



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di Diritto pubblico, internazionale e comunitario

Dipartimento di Diritto privato e Critica del Diritto

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

**La commisurazione della pena: teorie,
criteri applicativi e prospettive evolutive**

Relatore:

ch.mo Giovanni Cocco

Correlatrice:

ch.ma Alice Ferrato

Laureanda:

Erica Capodaglio

Matricola: 2045306

Anno Accademico 2025/2026

Alla mia Famiglia

INDICE

INTRODUZIONE	1
CAPITOLO I - LE TEORIE DELLA PENA: FUNZIONI E GIUSTIFICAZIONI	5
1. Evoluzione storica e filosofica del concetto sostanziale di reato e del diritto penale	5
2. Le funzioni della pena: una panoramica tradizionale	9
2.1. Le scelte sanzionatorie del Codice Rocco e la crisi del sistema del doppio binario	11
2.2. L'avvento della Costituzione: l'art. 27, co. 3 Cost. e la rieducazione	13
2.3. Il più recente dibattito sulle funzioni della pena	17
2.3.1. La prevenzione generale	17
2.3.2. La retribuzione	20
2.3.3. La prevenzione speciale	22
2.4. Dalla teoria alla prassi: tendenze attuative nell'ordinamento	25
3. La giustificazione liberale della pena	27
3.1. Lo scopo generalpreventivo come finalità sottesa all'ordinamento penale nel suo insieme	28
3.2. I necessari limiti ad un sistema di deterrenza puro e all'uso della pena .	36
3.3. Considerazioni conclusive	50
4. Il sovraffollamento carcerario: la patologia della neutralizzazione	52
4.1. Cenni ad un'ineludibile giustificazione liberale dell'applicazione ed esecuzione della pena	52
4.2. Il riformismo penitenziario e la crisi del sistema penale	56
4.3. La questione della pena eseguita	62
4.4. Prospettive di riforma e apprezzamenti critici	64
CAPITOLO II - L'APPLICAZIONE DELLA PENA	75
1. La commisurazione della pena: in senso stretto e in senso lato	75
2. I criteri di commisurazione della pena	78
3. I criteri fattuali di commisurazione (art. 133 c.p.)	79
3.1. La gravità del reato	80
3.2. La capacità a delinquere	83
3.3. Comminatorie congiuntive e alternative di pena: la funzione dei criteri ex art. 133 c.p.	88
4. Il computo delle pene (art. 134 c.p.)	89

5.	Le circostanze del reato e la commisurazione della pena	92
5.1.	La struttura delle circostanze	94
5.2.	La funzione commisurativa delle circostanze	95

CAPITOLO III - I PROFILI CRITICI DELLA COMMISURAZIONE DELLA PENA..... 111

1.	Il silenzio dell'art. 133 c.p. sui criteri finalistici della commisurazione.....	111
1.1.	L'ambigua polivalenza ermeneutica dei criteri commisurativi e la crisi della prassi applicativa	111
1.2.	Il dibattito dottrinale alla luce dell'indeterminatezza dei criteri finalistici	116
1.2.1.	L'orientamento costituzionalmente orientato: il limite massimo della colpevolezza e la prognosi rieducativa	116
1.2.2.	Il pluralismo polifunzionale della pena e la funzione correttiva delle istanze specialpreventive.....	120
1.2.3.	La sponda comparatistica: proporzionalità e colpevolezza nella prospettiva della dottrina continentale	123
2.	La discrezionalità del giudice nell'applicazione della pena (art. 132 c.p.).....	126
2.1.	La discrezionalità giudiziale e i suoi limiti: tra legalità e proporzionalità	126
2.2.	Il potere discrezionale del giudice: libero o vincolato?	136
2.3.	L'elusione dell'obbligo di motivazione	143
2.4.	Il controllo sulla discrezionalità.....	149
3.	Il (difficile) coordinamento tra commisurazione e i c.d. riti alternativi	156
3.1.	Il patteggiamento	157
3.2.	Il giudizio abbreviato e il procedimento per decreto	160

CAPITOLO IV - LA GIUSTIZIA RIPARATIVA: IL RUOLO INNOVATIVO ASSUNTO NELLA COMMISURAZIONE DELLA PENA 163

1.	Genesi e fondamenti della giustizia riparativa.....	164
2.	La giustizia riparativa recepita dalla Riforma Cartabia: il modello della complementarità.....	167
2.1.	Il modello della complementarità e le sue varianti	167
2.2.	Le criticità del modello complementare	171
2.3.	Innesto e rientro: tra autonomia riparativa e valutazione giudiziale.....	176
3.	Giustizia riparativa e principi del diritto penale: una prospettiva critica.....	181
3.1.	Giustizia riparativa e il monopolio statale della risposta al reato	181
3.2.	Riparazione, <i>diversion</i> e commisurazione della risposta sanzionatoria	182
3.3.	Giustizia riparativa e non punibilità: una diversa collocazione sistematica.....	188

4.	Giustizia riparativa e commisurazione della risposta sanzionatoria.....	191
4.1.	La rilevanza degli esiti riparativi nella determinazione della risposta al reato.....	193
4.2.	Le più recenti conferme della giurisprudenza: Corte cost. n. 128/2025 e Cass. Sez. Un. n. 5166/2026	197
CONCLUSIONI		203
BIBLIOGRAFIA		207

INTRODUZIONE

La pena costituisce, da sempre, uno dei nodi più densi di implicazioni teoriche e pratiche dell'intero sistema penale. Fin dalle sue origini, invero, la riflessione filosofico-giuridica attinente alla sanzione penale si è interrogata attorno ad un duplice ed ineludibile quesito: quale sia il fondamento che legittima l'esercizio della pretesa punitiva dello Stato nei confronti del singolo individuo e la definizione delle finalità ultime cui siffatta potestà è chiamata a tendere.

Attorno a queste due domande si sono storicamente stratificate le diverse concezioni della pena – retributive, preventive, rieducative – le quali, lungi dal comporsi in una sintesi definitiva, coesistono tuttora in un equilibrio instabile, costantemente rimesso in discussione dal mutare del contesto storico, sociale e normativo.

Ebbene, come si avrà modo di illustrare nello snodo ricostruttivo che occupa il presente studio, l'indagine aderisce sul punto a una ricostruzione che individua tale fondamento nella funzione generalpreventiva negativa: in uno Stato liberale di diritto, il monopolio statale della risposta al reato non assurge a mera opzione discrezionale, bensì a condizione ineludibile, giacché unica alternativa idonea a prevenire la ritorsione privata e a garantire alla generalità dei consociati una tutela effettiva dei beni giuridici fondamentali, purché circoscritta entro rigorosi limiti di matrice garantistica.

La tensione concernente le teorie della pena non si esaurisce, tuttavia, sul piano della riflessione astratta. Se, infatti, la comminatoria legislativa fissa la cornice edittale della pena in rapporto alla singola fattispecie, è nel momento applicativo – laddove l'organo giudicante è chiamato a convertire il precetto normativo astratto nella sanzione concretamente irrogata all'autore del fatto – che gli attriti tra i diversi scopi della pena si manifestano con la massima evidenza, imponendo di stabilire quali di essi siano legittimati ad orientare, e in quale misura, l'esercizio del potere commisurativo del giudice. È precisamente in questa cerniera tra teoria e prassi che si colloca l'istituto della commisurazione della pena, oggetto della presente trattazione.

Muovendo da tali premesse, il primo capitolo si propone di ricostruire le principali teorie della sanzione penale e le relative funzioni, quale presupposto necessario ai fini

della comprensione delle logiche sottese alla successiva disciplina della commisurazione: dall'evoluzione storica e filosofica del concetto sostanziale di reato, sino alla giustificazione liberale della pena e ai limiti che essa impone a un sistema di deterrenza puro. Il capitolo si chiude affrontando una delle più conclamate patologie del sistema sanzionatorio penale italiano – il fenomeno del sovraffollamento carcerario – assunto quale banco di prova della tenuta pratica delle premesse teoriche esaminate, e quale primo segnale delle difficoltà che la traduzione applicativa di tali premesse inevitabilmente incontra.

È proprio a tale dimensione applicativa che si volge il secondo capitolo, dedicato alla disciplina positiva della commisurazione della pena – tanto in senso stretto quanto in senso lato – attraverso l'esame dei criteri di cui all'art. 133 c.p., del meccanismo del computo delle pene *ex art.* 134 c.p. e del ruolo delle circostanze del reato, quale strumento di affinamento della risposta sanzionatoria rispetto alle peculiarità del caso concreto.

La ricostruzione del quadro normativo, tuttavia, lascia emergere sin da subito nodi problematici non trascurabili, che il terzo capitolo si propone di affrontare analiticamente: il silenzio serbato dall'art. 133 c.p. in ordine ai criteri finalistici della dosimetria sanzionatoria; la natura e l'estensione della discrezionalità attribuita al giudice dall'art. 132 c.p., e l'effettività dell'obbligo di motivazione quale presidio contro il rischio di arbitrio; infine, il non sempre agevole coordinamento tra la disciplina della commisurazione e i riti alternativi – patteggiamento, giudizio abbreviato, procedimento per decreto – ciascuno dei quali incide, in misura e con modalità diverse, sul potere giudiziale di determinazione della sanzione.

Se i primi tre capitoli tracciano l'architettura teorica e applicativa della commisurazione nei suoi assetti più consolidati, il quarto e conclusivo capitolo volge lo sguardo ad un fenomeno di più recente emersione, ma di crescente rilievo nell'ordinamento penale italiano: la giustizia riparativa. Dopo averne ricostruito la genesi e i fondamenti filosofici, nonché il modello della complementarità recepito dalla Riforma Cartabia e le criticità che la sua integrazione solleva rispetto ai principi cardine del diritto penale, il capitolo affronta direttamente il tema che dà titolo alla presente trattazione: la rilevanza degli esiti riparativi nella determinazione della pena, alla luce tanto della

disciplina vigente quanto delle più recenti prese di posizione della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, che hanno fornito – a distanza di pochi mesi l’una dall’altra – un autorevole avallo alla ricostruzione proposta.

Il filo conduttore che attraversa l’intera trattazione risiede, in ultima analisi, nella tenuta del principio di discrezionalità giudiziale – orientata, vincolata e sindacabile – quale architrave della commisurazione della pena, posto a confronto, di volta in volta, con le tensioni derivanti dalle differenti funzioni attribuite alla sanzione penale, dalle esigenze di deflazione processuale e, da ultimo, dall’irrompere di un paradigma, quello riparativo, che pur senza sovvertire l’impianto tradizionale della risposta punitiva ne arricchisce, non senza sollevare interrogativi ancora aperti, gli strumenti e le prospettive.

CAPITOLO I - LE TEORIE DELLA PENA: FUNZIONI E GIUSTIFICAZIONI

1. Evoluzione storica e filosofica del concetto sostanziale di reato e del diritto penale

Ai fini della presente trattazione, pare utile, preliminarmente, definire i contorni di una nozione sostanziale di reato e di diritto penale (d.p.). Di quest'ultima se ne può tracciare un'evoluzione nel tempo, a partire dall'Illuminismo e dall'idea di contratto sociale, posto quale limite dello Stato: i cittadini istituiscono lo Stato quale strumento di garanzia della libertà individuale, vincolandone l'azione alla tutela della sicurezza strettamente necessaria al suo esercizio.

Dal nucleo di stampo illuministico, si snodano nel tempo numerosi orientamenti, primo fra tutti quello suffragato da Cesare Beccaria e Karl Ferdinand Hommel, i quali escludono categoricamente che il diritto penale possa essere adoperato per l'imposizione di determinate forme di vita ovvero di un'ideologia, circoscrivendolo alla prevenzione del c.d. *danno della Società*, inteso quale “unica e vera misura dei delitti”¹.

Ad anticipazione di quella che sarà poi la parabola del positivismo giuridico, rilevante è il pensiero di Birnbaum, fondato sull'estensione dell'oggetto della tutela, rinvenendo quest'ultimo non solo nel diritto soggettivo, ma anche nel concetto di bene giuridico, pressoché eliminando i vincoli allo Stato.

È proprio il concetto di *bene giuridico* a riecheggiare nelle elaborazioni dottrinali di Karl Binding e Arturo Rocco, identificato in tutto ciò che nella opinione del legislatore è rilevante per l'ordine giuridico. Tale definizione risulta significativa proprio nel contesto del positivismo giuridico, affermatosi tra la fine dell'Ottocento e la prima metà del Novecento, in cui, in primo luogo, lo Stato, poiché munito di un proprio potere giuridico, non è più concepito quale mero strumento di garanzia e realizzazione della libertà individuale e, in secondo luogo, la scienza giuridica si interroga su come il diritto penale possa concorrere ad assicurare la stabilità dello Stato così come appena descritto, ponendo al centro degli studi ciò che il legislatore tutela. Dai due maestri sopracitati il

¹ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764, 47.

delitto viene allora concepito quale lesione di un diritto soggettivo dello Stato all'obbedienza e si assiste alla trasformazione della legge da mezzo a fine in sé².

In ossequio a tale prospettiva, nella prima metà dello scorso secolo, l'emergente scuola cd. metodologica-teleologica o tecnico-giuridica insiste sul riconoscimento di un diritto vigente caratterizzato da norme incriminatrici che determinano il bene giuridico o l'oggetto della tutela, relegando, d'altra parte, il ruolo della scienza penale ad una mera interpretazione e sistemazione delle stesse. La cd. *violenza penale di Stato* risulta così asservita ai soli limiti a cui essa stessa si subordina e il concetto di reato è rimesso alla discrezionalità del legislatore, in parte limitato dalla concezione del bene giuridico come preesistente e fondante la tutela.

Critiche, sul fronte dei vincoli alla libertà di azione del giurista e del giudice evidenziati dalla dogmatica della scuola tecnico-giuridica, vengono elargite da chi, sotto il fascismo, promuove una concezione che possa allinearsi allo *spirito* e ai *desiderata* del regime, tanto da auspicare all'eliminazione del divieto di analogia.

Da ultimo, giova sottolineare la contrapposizione tra Binding, esponente della prospettiva logico-formale del diritto e Franz von Liszt, fautore di quella teleologica, caratterizzata dalla concezione del bene giuridico quale espressione degli interessi vitali dall'idea di un fine nella teoria giuridica, prospettiva in cui, tuttavia, il diritto penale diviene strumento dello Stato e della sua politica³.

Per quanto possa risultare pacifico che il diritto positivo debba identificarsi nel momento genetico di ogni indagine sul diritto penale, esso non la esaurisce: il diritto penale è «*un'arma a doppio taglio, tutela di beni giuridici attuata attraverso la lesione di beni giuridici*»⁴, è simultaneamente garanzia di tutela e strumento di compromissione degli stessi, tanto da spingere la dottrina a qualificare il fenomeno come violenza penale statale. Proprio alla luce di ciò, risulta fondamentale la ricerca dei limiti a cui è assoggettato il legislatore nonché il suo fondamento.

² DUBBER, *Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law*, American J. of Comparative law, 2006, 679; PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di 'extrema ratio'*, in Riv. it. dir. proc. pen., 3/2018, 1486.

³ NAUCKE, *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882*, ZStW, 1982, 536.

⁴ LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (1^a ed. 1881, 22^a ed. 1919), 46.

Il concetto di materia penale viene definito da autorevole dottrina quale *concetto di relazione*⁵: occorre porsi l'interrogativo circa ciò che merita o meno la pena, nell'ottica di svolgimento di una funzione critica, contrastante con chi, in ossequio alla tradizione della scuola tecnico-giuridica in Italia, configura come reato ciò che è dichiarato tale dal diritto vigente.

Rifacendosi ad un approccio di tipo strumentalistico o finalistico e dunque improntato alle conseguenze, è possibile indagare le questioni degli *obiettivi* e del *contenuto* del diritto penale, nel senso di identificare lo stesso quale tecnica o strumento la cui struttura e contenuto siano configurati in modo tale da servire – efficientemente – diversi possibili fini e da giustificare la sua permanenza in quanto consenta di conseguire questi ultimi.

La risposta al quesito concernente il contenuto della legge penale, o, per meglio dire, all'interrogativo su quale tipo di condotta debba configurare un reato, può essere offerta dalla concertazione della teoria del bene giuridico e del principio della prevenzione del danno agli altri (senza consenso) nonché del moralismo, intendendosi quest'ultimo quale limite alla criminalizzazione⁶.

Poiché ai fini della presente trattazione risulterebbe eccessivamente dispendioso addentrarsi nei meandri delle specificazioni di ciascuna delle teorie, principi e concetti di cui si è appena detto, ci si limiterà ad una breve trattazione degli stessi: la *teoria del bene giuridico*, che si radica nell'Illuminismo e nelle teorie del contratto sociale legittimante lo Stato e il diritto penale, rinviene i suoi tratti tipici nel ruolo del diritto penale quale garanzia di tutela di beni giuridici prepositivi (e dunque preesistenti all'attività legislativa) e fondanti, perciò legittimanti la stessa tutela sulla base dell'idea per cui possono essere tutelati solo beni giuridici *concreti*, con l'esclusione di credenze – siano esse politiche, morali o religiose – ideologie o sentimenti, nell'ottica di una limitazione del potere punitivo statale.

⁵ PALAZZO, *Il limite della political question fra Corte costituzionale e corti europee. Che cosa è 'sostanzialmente penale'*, in Donini, Foffani (cur.), *La 'materia penale' tra diritto nazionale ed europeo*, 10 s.

⁶ COCCO, *Il fondamento*, in COCCO-AMBROSETTI, *Trattato breve di diritto penale. Parte generale. La legge penale*, III^a ed., Cagliari-Padova, 2023, 13.

Il *principio della prevenzione del danno* che consta della massima per cui «è consentito criminalizzare X solo quando sia necessario per prevenire danni e quando il danno causato dalla criminalizzazione non sia sproporzionato rispetto a quello prevenuto» (c.d. *Harm Prevention Principle* o HPP)⁷. Ai fini di una contingentazione dell'arbitrarietà del legislatore, il divieto imposto dal diritto penale deve riguardare comportamenti che causano o minacciano grave danno agli interessi fondamentali, intesi nel senso di effettive *esigenze individuali* e non di *decisioni statali* su ciò che sia meglio per l'individuo⁸. In particolare, quest'ultimo fenomeno viene qualificato dalla dottrina penalistica contemporanea come *paternalismo penale*, essendo lo scopo di tale legislazione quello di orientare i comportamenti individuali attraverso la minaccia della sanzione, al fine della promozione di un modello di *buona vita*⁹.

Ambedue le concezioni di cui si è appena detto risultano perciò irrimediabilmente contrastanti con il fenomeno del *moralismo*, salvo precisare che in ogni caso esse si presentano come esteriormente limitate da un processo di selezione che fa riferimento ai valori fondanti la società illuminista-liberale, contrapposta, per ovvi motivi, ai regimi totalitari. Sono difatti escluse, dal novero delle previsioni incriminatrici dotate di legittimazione, quelle responsabili di sanzionare la semplice immoralità, un mero comportamento riprovevole, di tutelare sentimenti quali fastidio, disgusto, sgomento, e così via. Tra le ragioni fondanti tale esclusione si rinviene l'esigenza di tolleranza scaturita a fronte di una società, come quella contemporanea, che è multiculturale, nonché quella di impedire decisioni assolutamente arbitrarie ed eccessi di penalizzazione¹⁰.

Occorre fare riferimento altresì a due argomenti¹¹, di natura strumentale, che si pongono a fondamento delle teorie del bene giuridico e della prevenzione del danno agli altri, volti a delimitare funzionalmente l'ambito di legittimo intervento del diritto penale. In primo luogo, il raggio d'azione di quest'ultimo deve essere circoscritto ai danni gravi per specifici tipi di beni giuridici, configurandosi come *ultima (extrema) ratio* in presenza

⁷ EDWARDS, *Theories on Criminal Law*, SEP 2018; ID, *Harm Principles, Legal Theory* 2014, 259 s.; RAZ, *Autonomy, Toleration, and the Harm Principle*, in GAVISON (cur.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, Oxford, 1987, 418 s.

⁸ FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, I, *Harm to Others*, New York, 1984.

⁹ PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica*, cit., 1472.

¹⁰ COCCO, *Il fondamento*, cit., 17.

¹¹ COCCO, *Il fondamento*, cit., 20-23.

di comportamenti connotati da significativa dannosità. Vengono così in rilievo i principi di *extrema ratio*, proporzionalità e sussidiarietà, immanenti allo stato di diritto e di cui si dirà più approfonditamente in seguito all'interno di questa trattazione.

In secondo luogo, l'intervento penale deve essere limitato alle condotte che, oltre ad essere lesive o pericolose per i beni giuridici, siano antigiuridiche e imputabili all'agente a titolo di colpevolezza.

In via conclusiva, appare pacifico che la presenza e i contenuti dell'ordinamento penale costruiscano una questione *aperta*, sulla quale risulta necessario indagare attraverso consolidati principi di stampo liberal-democratico e in una prospettiva pragmatica, ritrovando questi, nel fatto di costituire il modo più efficace ai fini del conseguimento degli obiettivi loro preposti senza arrecare danni individuali o sociali preponderanti, la giustificazione e condizione necessaria della loro stessa esistenza.

L'adesione al principio della prevenzione del danno a beni giuridici importa una presa di coscienza sulla necessità di un'analisi critica e di una dimostrazione empirica, fondata su prove adeguate, dell'indispensabilità e imprescindibilità dell'intervento legislativo penale.

Sebbene la legislazione adottata in ossequio a tale metodo non vada esente da errori, non seguirlo ne produce, senza alcun dubbio, di maggiori; si tratta difatti di una pietra miliare per la giustificazione del sistema penale nel suo complesso e, nello specifico, di ciascuna incriminazione, nonché ai fini del contrasto a programmi statali di *guerra* al crimine, alla droga, al terrorismo, che comportano la configurazione di un sistema di mero controllo delle minacce umane¹².

2. Le funzioni della pena: una panoramica tradizionale

Volgendo ora l'attenzione nei riguardi della c.d. sanzione penale, si tratterà, di seguito, un'analisi concernente i presupposti teorici e politico-criminali del sistema sanzionatorio attualmente vigente.

Benché per sua natura la pena consista indubbiamente in uno strumento afflittivo, ciò che rimane oscura è proprio la sua *giustificazione*; di questo, possiamo difatti cogliere agevolmente evidenza nella sterminata letteratura rinvenibile nel panorama dottrinale e

¹² COCCO, G., *Il fondamento*, cit., 24.

giurisprudenziale. Tra le ragioni fondanti tale fenomeno, di importanza cruciale risulta essere l'evoluzione storica delle concezioni relative a società e Stato, che hanno portato anzitutto ad un dispiegamento della pena verso fini, di volta in volta, diversi e, in secondo luogo, all'adozione di tecniche significativamente differenti nel corso del tempo (si sottolinea, a titolo esemplificativo, il passaggio progressivo dalle pene corporali, a quelle detentive e, da ultimo, a quelle c.d. alternative).

Ulteriore conseguenza dell'evoluzione storica di cui si è appena detto è l'estensione del concetto di sanzione penale anche alla c.d. *misura di sicurezza*, i cui tratti tipici, in breve, possono rinvenirsi nella preliminare e necessaria commissione di un reato e nello scopo – precipuo – della risocializzazione dell'autore del reato, in quanto soggetto socialmente pericoloso¹³.

Nell'intento di dissipare sin da subito eventuali opacità concettuali, giova premettere che le vicende che interessano e che hanno interessato il nostro sistema sanzionatorio ruotano nel tempo, senza soluzione di continuità, attorno a tre prospettive: la *retribuzione*, che rinviene il suo fondamento nell'idea per la quale la sanzione deve fungere quale perequazione rispetto alla colpa per il male commesso (*puniatur quia peccatum est*), mantenendo pur sempre fermo il parametro di proporzionalità tra risposta sanzionatoria e gravità del reato; la *prevenzione generale*, che configura la minaccia della pena quale contropinta alla spinta criminosa dei consociati, inducendoli così, sul piano psicologico, a desistere dal compiere fatti socialmente dannosi; infine, la *prevenzione speciale*, che vive nell'ottica di una strumentalità dell'inflizione della pena ad un determinato soggetto rispetto all'ipotesi di recidiva, e dunque con il fine di evitare che lo stesso possa commettere, in futuro, altri reati¹⁴.

Poiché si ritiene cruciale un approfondimento di ciascuna di queste, anche alla luce degli interventi legislativi e orientamenti succedutisi negli anni, questo costituirà il contenuto di quanto segue.

¹³ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, VIII^a ed., Bologna, 2023, 737.

¹⁴ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 738.

2.1. Le scelte sanzionatorie del Codice Rocco e la crisi del sistema del doppio binario

Il Codice Rocco e, più in generale, il legislatore del 1930, appuntava, quale asse portante di uno Stato c.d. forte, l'obiettivo della lotta alla criminalità. Le ragioni, se non giustificatrici quantomeno fondanti di tale scelta, possono rinvenirsi sia nell'ideologia fascista caratterizzante il panorama culturale dell'epoca, sia nel fenomeno di recrudescenza della criminalità, sviluppatosi a partire dalla fine dell'Ottocento in tutta Europa quale conseguenza dell'incremento dell'industrializzazione, che ha costituito manifestazione lampante dell'inefficacia degli strumenti penalistici ottocenteschi a fronte di delitto e recidiva¹⁵.

In questo contesto, sono state accolte dal legislatore le istanze di fondo del dibattito europeo volte alla riorganizzazione del sistema sanzionatorio ai sensi della *prevenzione generale* – che trovava sua attuazione anche mediante la retribuzione – e *speciale*, che facevano capo a strumenti atti alla sanzione di natura diversa. Nondimeno, questa inversione di tendenza di cui il legislatore del 1930 si è fatto attore, ha permesso allo stesso di dirimere il contrasto tra Scuola classica, i cui fautori sostenevano, sul presupposto della sussistenza del libero arbitrio, la prospettiva retributiva¹⁶ e Scuola positiva, i cui esponenti respingevano quest'ultima, corroborando di contro l'idea di un sistema di misure variamente configurate, ora con finalità terapeutiche ora con scopi neutralizzanti, a seconda del “tipo di delinquente”, rispettivamente recuperabile o irrecuperabile¹⁷.

Tale tentativo di appianamento è sfociato nell'affermazione del *sistema del c.d. doppio binario*, che affianca e aggiunge alla pena tradizionale elargita a fronte dell'accertamento della colpevolezza una misura di sicurezza, la quale trova fondamento e presupposto nella pericolosità del reo. Le ragioni teoriche e politico-criminali sottese all'introduzione di tale sistema sono rinvenibili nella relazione tra *prevenzione generale* – funzione delegata alla pena e in rapporto di complementarità con la *retribuzione* – e *prevenzione speciale*, conferita alle misure di sicurezza, atte alla neutralizzazione della pericolosità sociale del reo¹⁸.

¹⁵ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 739.

¹⁶ Cfr. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, III^a ed., Firenze, 1974.

¹⁷ Cfr. LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, V^a ed., Torino, 1897; FERRI, *Sociologia criminale*, V^a ed., Torino, 1925; GAROFALO, *Criminologia*, II^a ed., Torino, 1891.

¹⁸ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 740.

Il sistema del doppio binario non è riuscito, tuttavia, a concretizzarsi in un sistema sanzionatorio armonico e uniforme, tant'è che agevolmente individuabili sono le sue contraddizioni e insufficienze. Si ravvisano anzitutto *discrepanze teoriche* che trovano la loro manifestazione nella concezione dell'uomo come "diviso in due parti": da un lato, libero di volere e responsabile (e in quanto tale assoggettabile a pena), dall'altro lato, caratterizzato da una tendenza deterministica a delinquere e, di conseguenza, pericoloso socialmente (tratti che si configurano invece come presupposti della misura di sicurezza)¹⁹.

Peraltro, sul piano del diritto positivo, si registrano delle *ingerenze* reciproche che comportano diverse difficoltà nella distinzione dei presupposti e criteri che presiedono l'applicazione della pena – ossia l'art. 133 c.p., il quale prescrive che il giudice, nell'esercizio discrezionale del suo potere di commisurazione della pena, debba tenere in considerazione la "capacità a delinquere del colpevole" quale risultato di una valutazione concernente la personalità e l'ambiente di provenienza dello stesso – e la misura di sicurezza, in relazione alla quale l'art. 203 c.p. stabilisce che nell'accertamento del presupposto della stessa, ovverosia la pericolosità del soggetto, si debba fare riferimento alle medesime circostanze di cui all'art. 133 c.p.²⁰.

In conclusione, da segnalare, così come già fatto a suo tempo dall'Antolisei²¹, vi è anche il fallimento della pretesa distinzione tra le due forme sanzionatorie sulla base delle *modalità di esecuzione*, essendo sostanzialmente identitario, sul piano del trattamento, il contenuto afflittivo delle due. Sobillatore di tale risultato è stato in parte anche il mancato apprestamento di strutture corrispondenti all'intenzione legislativa, che permettessero, di fatto, una sostanziale diversificazione nell'esecuzione delle pene e delle misure.

La contraddittorietà e insufficienza che connotano i (pretesi) tratti distintivi tra le due sanzioni, trovano terreno fertile anche sul piano delle loro funzioni, tant'è che a tale fenomeno la dottrina fa criticamente riferimento mediante l'espressione "frode delle

¹⁹ NUVOLONE, *Il rispetto della persona umana nell'esecuzione della pena*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, 1969, 296.

²⁰ DE MARSICO, *Diritto penale, Parte generale*, Napoli, 1935, 478; DELITALA, *Criteri direttivi del nuovo codice penale* in *Riv. it. dir. pen.* 1935, 595.

²¹ ANTOLISEI, *Pene e misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. pen.* 1933, ora in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, 225.

etichette”; a fronte di ciò risulta allora imprescindibile l’esigenza di un superamento delle ragioni teoriche, prima ancora della disciplina stessa, che indussero il legislatore del 1930 ad introdurre tali sanzioni in primo luogo²².

2.2. L’avvento della Costituzione: l’art. 27, co. 3 Cost. e la rieducazione

Con l’ingresso nel panorama normativo italiano della Costituzione repubblicana, il problema concernente la funzione e il fondamento della pena prende una nuova direzione; il legislatore del 1948, infatti, si pronuncia *espressamente* sul punto, affermando all’art. 27, comma 3°: «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato».

In un primo momento, immediatamente successivo all’emanazione della Carta costituzionale, la dottrina si è espressa interpretando restrittivamente la portata della disposizione appena illustrata, nel senso di qualificare la finalità della rieducazione come “eventuale” facendo leva sul testuale verbo “tendere”, nonché ritenendo scopo necessario della pena, in ogni caso, la retribuzione e relegando la funzione rieducativa alla fase esecutiva, traendo forza dall’ordine di successione in cui si presentano i due enunciati caratterizzanti il comma 3° dell’art. 27 Cost.²³.

Tali preliminari orientamenti sono tuttavia suscettibili di essere criticati su tre versanti²⁴. Anzitutto, il tentativo di ridimensionare la portata normativa della disposizione in esame sfocia in un depotenziamento della sua innegabile carica innovatrice; infatti, qualora il legislatore avesse voluto dare alla stessa un significato diverso da quello espressamente testuale, egli avrebbe certamente dato corso a tale intenzione attraverso l’uso di termini più appropriati, senza contare che lo stesso concetto di “rieducazione” non si presta, di per sé, ad un consimile ridimensionamento, assumendo, in senso costituzionale, significati che vanno oltre la mera emenda individuale, tendendo più ad un concetto di “risocializzazione”.

²² FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 740.

²³ PETROCELLI, *Retribuzione e difesa nel progetto di codice penale del 1949*, in *Riv. it. dir. pen.* 1950, 593; SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, 156; GROSSO, C. F., voce *Responsabilità penale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1968, 719; BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, 15.

²⁴ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 742-744.

Privo di efficacia probatoria risulta anche il secondo argomento, radicato nell'ordine di successione in cui sono disposti i due enunciati di cui al comma 3° dell'art. 27 Cost.: il divieto di "trattamenti contrari al senso di umanità", difatti, può operare tanto rispetto alla retribuzione quanto alla funzione rieducativa; quest'ultima, invero, potrebbe potenzialmente porsi in contrasto con i criteri di umanità (si pensi, ad esempio, ad un trattamento farmacologico atto alla pura neutralizzazione del reo e così idoneo a comprimere la sua capacità di autodeterminazione, dignità e personalità).

Infine, assume una certa rilevanza anche il presupposto della concordanza tra rieducazione e autodeterminazione del reo ai fini del raggiungimento di un esito favorevole della prima: escluso qualsivoglia intervento coattivo, l'efficace compimento del processo rieducativo può costituire, solamente, un obiettivo tendenziale – e non un risultato certo – perseguibile solo in quanto il reo assuma un comportamento collaborativo. Si comprende così la *ratio* che soggiace all'espressione "tendere" di cui si è servito il legislatore nel riferirsi alla funzione rieducativa.

A questo punto, dopo aver evidenziato i punti critici dell'interpretazione dottrinale afferente la disposizione costituzionale in esame, è doveroso indagare i reali limiti di quest'ultima²⁵, individuando il primo di questi nel fatto che la rieducazione, di per sé, non è sufficiente a soddisfare tutte le finalità e funzioni preposte attualmente alla sanzione penale; del resto, mentre risulta possibile affermare che la rieducazione abbia importanza preminente nelle fasi di *commisurazione* ed *esecuzione* della pena, indubbiamente non è possibile sostenere lo stesso relativamente alla fase della *minaccia*, il cui fine ultimo trova identità nella prevenzione generale.

Un secondo limite è ravvisabile, infine, nella "genericità" stessa del concetto di rieducazione, dal quale scaturisce l'inevitabile necessità di una definizione chiara e precisa della portata di questo, alla stregua dei principi costituzionali.

La necessità di precisare il significato e i limiti della prevenzione speciale *sub specie* di rieducazione così come configurata nell'art. 27, comma 3° Cost., è rafforzata anche dal tentativo di dissipare eventuali equivoci e confutare le obiezioni che vengono

²⁵ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 744.

comunemente rivolte alla stessa²⁶: nucleo fondante di quest'ultime è la configurazione della rieducazione quale trattamento atto a compiersi in modo *definitivo*, tanto che, in quanto tale, dovrebbe di per sé essere incompatibile con la predeterminazione legale della durata delle sanzioni, nonché, addirittura, con la previsione del “fatto di reato” stesso quale suo presupposto indefettibile (l'esigenza di essere sottoposti ad un percorso rieducativo potrebbe infatti anche sorgere dall'atteggiarsi come persone moleste, oziose, vagabonde e via dicendo, a prescindere dalla commissione di un reato).

A fronte di tali orientamenti, si è sostenuto non solo che la funzione retributiva costituisce un elemento concettualmente *ineliminabile* della pena e dunque garanzia della conservazione del nesso tra diritto penale e fatto di reato nell'ottica della salvaguardia del singolo e della sua libertà da un'illimitata possibilità di intervento statale²⁷, bensì che anche la rieducazione deve assumere, a suo presupposto indefettibile, la commissione di un fatto socialmente dannoso, in ossequio all'interpretazione che ricavabile dal combinato disposto degli artt. 25, comma 2° e 27 comma 3° Cost. Dal principio di legalità discende difatti la qualificazione della pena quale effetto giuridico di un fatto penalmente rilevante (e non, dunque, di un mero atteggiamento interiore del reo)²⁸.

Giova precisare, a questo punto, che la configurazione della funzione retributiva e rieducativa alla luce del diritto penale del fatto non equivale, in alcun modo, a sottovalutare l'esigenza di assicurare una proporzione tra fatto e sanzione, in stretta osservanza del principio di proporzionalità, parametro essenziale di qualsiasi teoria razionale e moderna sulla funzione della pena²⁹.

In particolare, concorde è la dottrina nel ritenere che ai fini di una prevenzione generale la prospettazione di una sanzione eccessivamente afflittiva o, in generale, sproporzionata, potrebbe addirittura scatenare la reazione inversa nei consociati, alimentando sentimenti di ribellione³⁰. La stessa dinamica può vedersi riflessa anche in un'ottica di prevenzione speciale, e segnatamente della rieducazione, in quanto quest'ultima presuppone, quale condizione della sua piena realizzazione, non solo che il

²⁶ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 745.

²⁷ BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1974, 82, s.

²⁸ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 746.

²⁹ ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 164 ss.

³⁰ PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981, 262.

destinatario sia consapevole del disvalore del fatto commesso, ma anche che egli percepisca come “giusta e proporzionata” la sanzione inflittagli³¹.

A questo punto, sembra allora esigere un approfondimento il problema dei *contenuti* che il processo rieducativo deve fare propri³²: in primo luogo, alla luce del disposto di cui all’art. 27, comma 3°, Cost., può ritenersi pacifica l’esclusione dell’identità fra rieducazione e emenda morale; in uno Stato democratico di diritto, infatti, pretestuosa risulterebbe la pretesa del pentimento interiore del reo, risultando, al contrario, coerente con le finalità preposte a tale funzione, una riappropriazione da parte del delinquente dei valori fondanti la società così come prefigurata dall’ordinamento costituzionale.

In secondo luogo, occorre superare nello stesso senso anche il modello c.d. positivistico-criminologico della rieducazione, intesa quale mera neutralizzazione e correzione del soggetto pericoloso a fronte della sua “a-normalità” fisica, psicologica e/o sociale.

Tenendo conto di tali esclusioni, è possibile pertanto rinvenire i tratti somatici della rieducazione in un collegamento tra la disposizione costituzionale di riferimento e il complesso dei principi portanti il sistema costituzionale italiano. Facendo propria tale prospettiva, diversi autori sono giunti a proporre un collegamento con il principio di eguaglianza ex art. 3 Cost., dal quale emergerebbe la concezione di una rieducazione strumentale al recupero sociale di soggetti che ritrovano, nella loro condizione di inferiorità ed emarginazione, una causa fondante della propensione alla commissione di reati³³. Pur essendo in linea generale condivisibile, il presente orientamento è passibile di critica a fronte del fatto che non sembra applicabile al caso in cui il reo sia un soggetto ben inserito nella compagine sociale, che abbia commesso reati finanziari ed economici o ai danni di altri beni collettivi (c.d. criminalità dei *colletti bianchi*)³⁴.

Contribuisce positivamente al superamento di tale discrasia la distinzione tra la configurazione della rieducazione quale “obiettivo” a cui tendere, ossia il processo finalizzato alla rinnovata adesione, da parte del delinquente, ai valori fondamentali della

³¹ DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 18 ss.

³² FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 747.

³³ Cfr., fra i tanti, BRICOLA, *Misure alternative alla pena nel quadro di una nuova politica criminale*, in AA. VV., *Pene e misure alternative nell’attuale momento storico*, Milano, 1978, 363 ss.

³⁴ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 747.

convivenza, che rimane in ogni caso invariato di fronte alle possibili caratteristiche proprie del destinatario della sanzione; e la rieducazione intesa come “tecnica” o “strumento”, caso in cui il relativo processo assumerà connotazioni differenti a seconda che l’interessato sia un emarginato o un c.d. “colletto bianco”³⁵.

Nel primo caso, il ritrovamento della centralità dei principali valori sociali da parte del soggetto si potrà avere alla sola condizione, preliminare, del c.d. reinserimento nella società dello stesso, e dunque previo superamento della condizione di emarginazione.

Nel secondo caso invece, poiché l’individuo è già pienamente inserito nel tessuto sociale, lo scopo rieducativo può trovare piena attuazione anche mediatamente l’applicazione di una sanzione di tipo “afflittivo”, purché quest’ultima sia altrettanto idonea a raggiungere l’obiettivo dell’acquisizione dei suddetti valori da parte del destinatario.

Come già accennato, il processo rieducativo a cui si è fatto ivi riferimento presuppone la disponibilità psicologica dell’individuo ad esso sottoposto; è proprio qui che si ricava il senso e il significato proprio del verbo “tendere” impiegato dal comma 3° dell’art. 27 Cost.: la rieducazione *non* può costituirsi quale imposizione *coercitiva* e risulta così preclusa da un eventuale opposizione del soggetto, che rinviene in tal caso, indubbiamente, la sua configurazione più grave nei casi in cui il delitto di cui egli si fa reo si identifichi in una scelta politico-ideologica finalizzata al sovvertimento dell’ordinamento.

Appare opportuno precisare, infine, che il pluralismo di cui si connota la società contemporanea è di per sé un limite all’idealistica pretesa dell’adesione, da parte di tutti i consociati, all’insieme dei valori dominanti; ciò che residua, e di cui è possibile esigere il rispetto, risultano essere dunque le forme minime della vita in comune³⁶.

2.3. Il più recente dibattito sulle funzioni della pena

2.3.1. La prevenzione generale

Dalla seconda metà degli anni Sessanta si assiste ad una riacquisizione di un ruolo di primo piano della prevenzione generale nel panorama dottrinale³⁷; tale tendenza trova naturale giustificazione in due principali ordini di motivi, di cui il primo è da rinvenirsi

³⁵ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 748.

³⁶ MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell’onore*, Milano, 1974, 112; DOLCINI, *La commisurazione*, cit., 114.

³⁷ Cfr. MONACO, *Prospettive dell’idea dello «scopo» nella teoria della pena*, Napoli, 1984.

nell'aumento significativo della criminalità che ha interessato diversi paesi tra cui l'Italia, mentre il secondo è il frutto della reazione maturata a fronte degli esiti scarsamente incoraggianti della prassi applicativa della teoria della risocializzazione, la quale ha portato alla presunzione di una "caduta in crisi" dell'idea rieducativa stessa³⁸.

La funzione di prevenzione generale della pena è stata oggetto, nel tempo, di numerose interpretazioni; tra le prime vi è indubbiamente quella consistente nella c.d. *teoria della coazione psicologica*, che ritrova primo riconoscimento finanche nell'opera *Protagora* di Platone nonché in quelle di Seneca³⁹, per poi approdare ad una definizione definitiva soltanto con Bentham e Feuerbach nel diciannovesimo secolo. Stando a tale teoria, la finalità generalpreventiva della pena verrebbe raggiunta sulla base della presunzione per cui l'uomo, individuo capace di una valutazione razionale dei *pro* e *contro* della scelta criminale, a fronte della minaccia della pena e dunque di una possibile sofferenza, propenderebbe per un abbandono dell'intento criminoso, rinunciando alla prospettiva di possibili vantaggi connessi allo stesso⁴⁰.

Tale approccio non è andato esente da critiche, le quali sostengono, al contrario, che la rappresentazione dell'uomo come essere razionale sia quanto di più distante si possa rinvenire in relazione al delinquente, spinto ad agire da stimoli inconsci, emotivi e irrazionali⁴¹. A sua volta, questo tipo di obiezione risulta in sé eccessiva nonché incapace di trovare generale applicazione (per esempio, con riferimento ai reati in materia economica, alla cui base vi è verosimilmente sempre – quantomeno – un calcolo del margine di profitto)⁴².

³⁸ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 752.

³⁹ Giova, qui, riportare un estratto del *Protagora* di Platone: «Chi voglia saggiamente punire, non infligge la pena come retribuzione per un atto ingiusto – ché egli non può annullare ciò che è stato fatto – ma punisce pensando all'avvenire, e perché la stessa persona non commetta di nuovo un'ingiustizia, e perché non lo faccia altri, dopo aver visto che quella è stata punita (...). La persona viene punita per servire da esempio e da ammonimento»; Seneca invece affermerà: «*Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur*».

⁴⁰ Cfr. BECKER, *Crime and punishment: an economic approach*, in *Journal of political econ.*, 1968, 169 ss.; *The economic approach to the Human behavior*, Chicago, 1976; *Nobel lecture: the economic way of looking at behavior*, in *Journal of political econ.*, 3, 1993, 385 ss.; POLINSKY-SHAVELL, *The economic theory of public enforcement of law*, Stanford, 1998.

⁴¹ Cfr. BOCKELMANN, *Vom Sinn der Strafe*, in *Heidelberger Jahrbücher*, 1961, 33; BROMBERG, *Crime and the Mind*, New York, 1965.

⁴² FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 754; PACKER, *I limiti della sanzione penale*, Milano, 1978, 41.

La rivalutazione della finalità generalpreventiva a cui si fa riferimento in questa sede, tuttavia, non concerne l'idea della *prevenzione generale c.d. negativa* in termini di coazione psicologica, bensì riguarda quella della *prevenzione generale c.d. positiva*. Quest'ultima impostazione trova fondamento nell'attribuzione, alla minaccia della pena, di una funzione morale-pedagogica, nonché di orientamento culturale dei consociati, nel senso di incentivo alla formazione, in ciascuno di questi, di un *Super-io* (coscienza morale) ligio ai precetti normativi, svolgendo così anche una funzione di socializzazione⁴³.

La valenza deterrente e moralizzatrice della minaccia sanzionatoria rischia tuttavia di venire meno se a quest'ultima non segue, nei casi di violazione della norma, la sua effettiva applicazione; la stessa valenza, invece, si produrrà anche nella fase esecutiva, a condizione che il trattamento penitenziario sia avvertito come "spiacevole" dai consociati⁴⁴.

Così intesa, la funzione in esame necessita, per la sua efficacia, della presenza di alcune condizioni: essenziale è, indubbiamente, la tendenziale coincidenza tra il disvalore giuridico espresso dalla norma e la disapprovazione maturata nel contesto sociale; peraltro, fondamentale è che l'ordinamento penale, nel suo complesso, risulti dotato di credibilità e, in nessun caso, sia ingiusto o inefficace.

Da ultimo, è doveroso segnalare due critiche di fondo a cui tale impostazione può prestarsi: da un lato, potrebbe costituire essa stessa terreno fertile per una nuova giustificazione empirica della concezione *retributiva* della pena, come strumento per incanalare le aggressioni generate dal delitto, favorendo così la parificazione sociale; dall'altro lato, effetto collaterale della realizzazione dell'obiettivo ad essa preposto risulta essere quello di privilegiare la risposta ai bisogni collettivi di stabilità e sicurezza, trascurando così la funzione rieducatrice della pena⁴⁵.

⁴³ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 754; cfr. tra gli altri: ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in AA. VV. *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, 34 ss.; PACKER, *I limiti della sanzione penale*, cit., 42 ss.; ROSS, *Colpa, responsabilità e pena*, Milano, 1972, 64 ss.; PAGLIARO, *Aspetti giuridici della prevenzione*, in *Indice pen.*, 1976, 5 ss.; M. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettiva di riforma del codice penale italiano*, in AA. VV. *Teoria e prassi*, cit. 165 ss.; PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit.

⁴⁴ ANDENAES, *La prevenzione generale*, cit., 39.

⁴⁵ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 755.

A chiusura del quadro sulla prevenzione generale (c.d. positiva), bisogna precisare che questa funzione è operativa in tutte e tre le fasi del procedimento sanzionatorio (minaccia, inflizione ed esecuzione della pena), ma in misura differente: trova piena realizzazione nella fase della *minaccia*, in quanto, al fine di prevenire condotte socialmente dannose, è necessario che il sistema penale agisca preventivamente, esercitando la sua influenza.

La stessa risulta invece meno influente nella fase di *applicazione* della pena, rendendosi altrimenti corollari tanto la tendenza all'inflizione di *condanne esemplari* – idonee, in ragione della loro severità, a scatenare il terrore nei riguardi dei potenziali rei – quanto il rischio della *strumentalizzazione* e del sacrificio ingiusto del singolo delinquente per fini generali di politica criminali, soprascedendo al principio di proporzionalità nonché alla garanzia del rispetto del valore (inalienabile) della dignità umana.

La funzione in esame acquisisce infine ruolo marginale nella fase dell'*esecuzione*, essendo ivi predominante l'enfasi sul trattamento rieducativo, pur restando ferma l'efficacia deterrente della natura afflittiva dell'approccio sanzionatorio.⁴⁶

2.3.2. La retribuzione

Nell'ambito del dibattito sulla teoria e funzioni della pena, l'idea della *retribuzione*, che si accompagna a quella della prevenzione, costituisce pilastro fondamentale. Originariamente, trovando riscontro nella teologia cattolico-protestante, nonché nella filosofia idealistica, questa si identificava nella tesi per cui la pena era funzionale alla compensazione del male arrecato alla società mediante la commissione dell'atto delittuoso. Di questa possiamo trovare evidenza, tra le altre, nel *Die Metaphysik der Sitten* di Kant (1797); se ne riporta qui di seguito un estratto significativo:

«Anche se la società civile si sciogliesse con l'accordo di tutti i membri (per esempio, il popolo che abita un'isola decidesse di separarsi e di spargersi per tutto il mondo), l'ultimo assassino, che si trova in prigione, dovrebbe prima venire giustiziato in

⁴⁶ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 756-757.

modo che ad ognuno tocchi ciò che i suoi atti meritano e la colpa del sangue non ricada sul popolo, che non ha chiesto questa punizione»⁴⁷.

Attualmente, tuttavia, la giustizia assoluta non può essere fine precipuo di uno Stato di diritto caratterizzato da laicità e pluralismo; ad oggi, infatti, dando per presupposta la soluzione del problema del *perché* si debba punire, l'idea della retribuzione si identificherebbe in quella della proporzione tra entità della sanzione e grado di colpevolezza (e dunque la gravità del fatto)⁴⁸.

Da segnalare sono anche talune recenti tendenze dottrinali c.d. *neoretribuzionistiche*, che nascono come risposta alla supposta “crisi” della teoria rieducativa e che rinvergono la base empirica della retribuzione nei bisogni emotivi di punizione propri della società e di ciascun individuo, a fronte della commissione di fatti penalmente rilevanti⁴⁹. Tali posizioni, facendo propri gli approcci della psicoanalisi corroboranti il presunto desiderio inconscio di trasgredire le proibizioni insito in ognuno di noi, sostengono che la risposta sanzionatoria perpetrata dallo Stato nei confronti di chi abbia osato appagare i propri impulsi, comporti un duplice beneficio: da un lato, permette la canalizzazione dell'aggressività dei consociati suscitata dalla commissione dell'atto, dall'altro lato ne rafforza l'adesione ai valori tutelati⁵⁰.

L'approccio moderno alla teoria retributiva è evidentemente passibile di essere criticato sotto diversi punti di vista⁵¹: anzitutto, così come da ultimo configurata, essa si identifica – a ben vedere – in una tecnica di socializzazione, idonea a illustrare il meccanismo psicologico sottostante il rafforzamento della coscienza morale e della

⁴⁷ KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, §49 E I, Kant-Studienausgabe der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft, IV, 1965, 455.

⁴⁸ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 758.

⁴⁹ Cfr. EUSEBI, *La «nuova» retribuzione, I: Pena retributiva e teorie preventive; II: L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 914 ss. e 1315 ss.; MATHIEU, *Perché punire. Il collasso della giustizia penale*, Milano, 1978; D'AGOSTINO, *Le buone ragioni della teoria retributiva della pena*, in *Iustitia*, 1982, 236 ss.; ID., *Sanzione e Pena dell'esperienza giuridica*, Torino, 1987; MORSELLI, *La prevenzione generale integratrice nella moderna prospettiva retribuzionistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 48 ss.; RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996.

⁵⁰ Cfr., tra gli altri, HAFKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine strafrechtstheoretische Untersuchung*, Francoforte, 1976, 76 ss.

⁵¹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 759-760.

fedeltà nei confronti dei beni giuridici tutelati scaturito dalla minaccia e applicazione della pena⁵².

Pertanto, il recupero della teoria retributiva nel senso di una funzionalità *satisfattorio-stabilizzatrice* propria della pena rischia di riaprire la porta a punizioni c.d. terroristiche, fondate sulla necessità di un appagamento dei bisogni emotivi ed irrazionali degli individui e non sul principio di proporzionalità.

Va ricordata, infine, quella che si può affermare essere la principale obiezione avanzabile in questo ambito: dando rilievo preliminare alla funzione *positiva* che la pena assolve per la società, la prospettiva in esame finisce per disinteressarsi al destino del singolo delinquente, relegando in secondo piano la corresponsabilità della società stessa nella genesi del delitto. Al contrario, è proprio il riconoscimento di una simile corresponsabilità che permette di mantenere saldo il finalismo rieducativo della pena, ravvisando nella stessa uno strumento razionale idoneo ad avere effetti positivi anche nei confronti del singolo reo⁵³.

2.3.3. La prevenzione speciale

Ai fini del completamento del quadro tratteggiato dal recente dibattito sulle funzioni della pena, è necessario (tornare a) fare riferimento a quella *specialpreventiva*. Come già accennato, l'obiettivo ad essa preposto – per questo intendendosi il fatto di impedire che chi sia già stato riconosciuto quale responsabile di un fatto penalmente rilevante torni a delinquere anche in futuro – può essere perseguito mediante differenti tecniche sanzionatorie.

Tra queste, di particolare rilevanza sono: la *neutralizzazione* del soggetto, realizzata tanto attraverso l'impiego della coercizione fisica, quanto per mezzo di forme di interdizione giuridica, funzionali ad impedire al reo lo svolgimento delle attività che hanno, in primo luogo, creato le condizioni ai fini della commissione del delitto; nonché il condizionamento della personalità del reo, conseguito facendo leva sull'afflittività della sanzione e giungendo all'*emenda morale* del delinquente⁵⁴.

⁵² PACKER, *I limiti della sanzione penale*, cit., 44.

⁵³ Per tutti, NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, Tübingen, 1962, *passim*.

⁵⁴ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 760.

Attualmente, l'ideologia connessa alla prevenzione speciale è interessata da una crisi, tanto che, a tale proposito, diversi autori parlano di “*mito*” della risocializzazione; quest'ultima affonda le sue radici nella presunzione di un fallimento della prassi applicativa del finalismo rieducativo, corroborato da alcune indagini statistiche effettuate in paesi come Stati Uniti e Svezia, i cui esiti indicherebbero che, statisticamente, a prescindere dal tipo di trattamento o dalla sua eventuale applicazione, le possibilità di reiterazione del reato permangono invariate⁵⁵.

Si ritiene opportuno precisare, tuttavia, che il fallimento a cui si fa riferimento in questa sede, concerne specificamente il trattamento nel senso di *terapia della personalità*, somministrata da esperti in psicologia sulla base di criteri scientifici, senza prendere in considerazione, d'altra parte, che la rieducazione possa essere attuata anche attraverso tecniche altrimenti e variamente articolate, che non presuppongono l'adesione al modello medico. Peraltro, si tratta di dati ricavati da indagini circoscritte a gruppi esigui di detenuti selezionati e inseriti in istituti-modello.⁵⁶

Volgendo lo sguardo all'Italia, significativo è il fatto che la maggior parte degli istituti innovativi introdotti dalla nuova legge penitenziaria del 1975 (L. 354/1975) in ossequio alla prospettiva risocializzatrice, siano rimasti privi di attuazione concreta. A fronte di tali manchevolezze, si ritiene condivisibile l'affermazione per la quale queste non possano costituire indice del fallimento dell'idea rieducativa, bensì esclusivamente della prevalenza, rispetto alle istanze di rinnovamento, di una mentalità burocratica nella gestione della riforma⁵⁷.

L'intenzione legislativa del 1975 ha trovato nuovo terreno fertile, successivamente, nella L. 663/1986, fautrice di modifiche all'ordinamento penitenziario nell'ottica della rieducazione e della “decarcerizzazione” (tra queste, l'introduzione di ulteriori presupposti applicativi per le misure c.d. alternative alla detenzione e il potenziamento di alcuni istituti come i c.d. permessi-premio) Tuttavia, anche in tal caso, la finalità

⁵⁵ Cfr. LIPTON, MARTINSON e WILKS, *The Effectiveness of Correctional Treatment: a Survey of Treatment Evaluation Studies*, New York, 1975; DOLCINI, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 469 ss.

⁵⁶ Cfr. DOLCINI, *La rieducazione*, cit., 499 ss.; LÜDERSSEN, *Il declino del diritto penale*, trad. it., Milano, 2005, 11 ss.

⁵⁷ Cfr., per tutti, NEPPI MODONA, *Per la difesa della riforma penitenziaria: potenziamento delle misure alternative e nuovi compiti degli enti locali*, in AA. VV., *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Milano, 1983

rieducativa finisce per assumere ruolo marginale, non essendo stati previsti, unitamente a tali misure innovative, tutti gli accorgimenti necessari ad un suo perseguimento. Il sistema così delineato importa altresì il duplice rischio della concessione *automatica* e “*indulgenzialistica*” dei benefici extracarcerari nonché dell’erogazione degli stessi ai fini di un mero sfoltimento della popolazione carceraria. Infine, l’ampliamento della possibilità di riduzione dell’entità della pena in sede di condanna comporta l’effetto di rendere quest’ultima eccessivamente “flessibile”.

Tali tendenze, unitariamente all’estensione del novero dei beneficiari delle misure alternative a coloro che non solo non necessitano di risocializzazione (in quanto già perfettamente inseriti nella società) ma che sono anche rei di gravi reati, si rinvengono anche nelle ultime riforme, di cui alle L. 165/1998 e L. 231/1999, segnalando una perdita della razionalità sottostante l’idea della risocializzazione.⁵⁸

A questo punto, si rende opportuna una precisazione: il finalismo rieducativo, a prescindere dalla riaffermazione della sua validità teorica e politico-criminale, non è un fine in sé, non essendo invero ragionevole auspicare la trasformazione del delinquente in un “santo” ovvero in un “onesto ragioniere”. Allo stesso modo della finalità generalpreventiva quale strumento di orientamento morale-pedagogico, si tratta infatti esclusivamente di una tecnica volta alla tutela dei beni giuridici⁵⁹.

A fronte della panoramica appena tracciata, è possibile dare conclusione esaustiva al problema – sopracitato – del superamento del meccanismo del doppio binario tipico del Codice Rocco, sorto con l’introduzione dell’art. 27, co. 3, Cost.

Le iniziative volte alla soluzione di tale problema ruotano attorno a due fondamentali orientamenti: il primo, dottrinale, nell’ottica di una riforma, proponeva l’unificazione in un’*unica sanzione* della pena e della misura di sicurezza, idonea ad assolvere le finalità di entrambe⁶⁰.

⁵⁸ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 762-763; Cfr. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 168; DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 874.

⁵⁹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 763.

⁶⁰ DELITALA, *Sul progetto preliminare del primo libro del codice penale*, in *Riv. it. dir. pen.* 1950, 160; GRISPIGNI, *Le problème de l’unification des peines ed des mesures de sécurité. Rapport général au VI Congrès de l’Association internationale de droit pénal*, in *Scuola pos.* 1953, 440.

Il secondo, giurisprudenziale, affermando la «fungibilità di pene e misure», auspicava ad una detrazione del periodo di privazione della libertà personale ingiustamente sofferta dall'ammontare della misura di sicurezza applicata.

Entrambi gli orientamenti si pongono dunque in linea con la Costituzione, promotrice di un *sistema monistico* di sanzioni, costruito cioè sulla corrispondenza tra un reato ed una sola sanzione orientata in senso rieducativo, sia quest'ultima poi una pena o una misura di sicurezza⁶¹.

2.4. Dalla teoria alla prassi: tendenze attuative nell'ordinamento

Dopo aver inquadrato, in quanto precede, il dibattito teorico dedicato alle finalità della pena, si rende ora necessario analizzarne – pur sommariamente – i risvolti pratici e le tendenze profilatesi nella prassi⁶². Scopo precipuo di tale analisi è quello di misurare il grado di divergenza tra la pena c.d. teorica, anche nella sua prospettiva Costituzionale, e la pena c.d. reale, ossia nella sua veste applicativa.

In uno spirito anticipatorio, si vuole dare conto, sin d'ora, degli esiti della presente trattazione, che possono essere sintetizzati in una pessimistica affermazione di Dolcini: «nel sistema sanzionatorio italiano non funziona nulla (...): non funziona nemmeno il carcere, se dalla pena detentiva si può pretendere qualcosa di più e di diverso dalla intimidazione e dalla neutralizzazione»⁶³.

Invero, da un'indagine della fenomenologia punitiva attuale emerge un quadro contraddittorio, costellato di modelli eterogenei di punizione e qualificato da autorevole dottrina come sintomo di una “disintegrazione” o “disfacimento” dell'intero sistema sanzionatorio⁶⁴.

La stessa, si ritiene, trova la sua prima manifestazione nella tendenza emersa a partire da metà degli anni Settanta e affermata ulteriormente con la c.d. legge Gozzini

⁶¹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 764-765.

⁶² FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 765-769.

⁶³ DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. II, 2006, 1107.

⁶⁴ PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 419 ss.; PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 510 ss.

(L. 663/1986) concernente l'introduzione di misure (*lato sensu*) alternative alla detenzione, volte alla "decarcerizzazione". Nella prassi applicativa, ricaduta di queste ultime è stato un fenomeno di "fuga" dalla pena detentiva caratterizzato da eccessiva indulgenza nella concessione delle stesse nonché la perdita di certezza della pena inflitta in sede di condanna.

D'altra parte, a fronte di tale situazione, connotata da incertezza e precarietà si è registrata una risposta di segno uguale e contrario, incentivante il massiccio ricorso al carcere. Quest'ultima tendenza rinviene la sua *ratio* nella sfiducia circa l'apporto educativo delle misure c.d. extracarcerarie, nel quadro complessivo di un contesto alterato da fenomeni emergenti o aggravati di particolare pericolosità sociale⁶⁵, nonché dall'allarme collettivo per il bene della sicurezza, accresciuto e strumentalizzato dalle forze politiche di centro-destra ai fini di un tornaconto elettorale⁶⁶.

Si registrano inoltre forti implicazioni sostanziali e conseguenze inaspettate dall'introduzione, nel sistema processuale, dei c.d. riti alternativi (per questi intendendosi gli istituti del rito abbreviato e del patteggiamento), segnati dall'affidamento all'iniziativa e all'accordo delle parti, unitamente ad una rilevante riduzione della pena. In relazione a questi, si è sollevato un dubbio circa la loro compatibilità con le finalità preventive (generali e speciali) della pena, avallato anche dalla Corte costituzionale, la quale, nonostante demandi al giudice la valutazione della "congruità" rieducativa della pena⁶⁷, non è di per sé in grado di superare tale limite, essendo la scelta della pena rimessa in larga parte alla discrezionalità delle parti.

Giova infine fare riferimento alle novità apportate dalla normativa del biennio 1991 e 1992 concernente la criminalità organizzata di stampo mafioso⁶⁸. Per i soggetti facenti

⁶⁵ Ci si riferisce, qui, per esempio alla crescente popolazione carceraria, attualmente ben oltre le 50.000 presenze, anche a fronte di un incremento non indifferente dei detenuti tossicodipendenti e/o extracomunitari; per ulteriori dati v. DOLCINI, *Le misure alternative oggi*, cit., 857; ID.; *La pena in Italia, oggi*, cit., 1073.

⁶⁶ Emblematica, in tale senso, è la L. 251/2005 (L. ex Cirielli), caratterizzata dalla tendenza a qualificare i recidivi, tipicamente di classi subalterne, quali "pericolosi nemici" dell'ordine costituito, da isolare e neutralizzare attraverso lunghe detenzioni, ispirandosi all'ideologia punitiva statunitense della c.d. "tolleranza zero".

⁶⁷ Cfr. sent. Corte cost., n. 313/1990, in *Foro.it*, 1990, I, 2386, con nota di FIANDACA.

⁶⁸ Cfr. BERNASCONI, *I sistemi di protezione per i collaboratori della giustizia nella prospettiva premiale dell'ordinamento italiano e nell'esperienza statunitense*, in AA. VV., *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, A. Presutti (cur.), Milano, 1994, 139 ss.

parte di tali contesti criminali, il legislatore ha prospettato un circuito penitenziario ben differenziato dagli altri, improntato ad una disciplina “a forbice”, ispirata alla logica del “bastone” e della “carota”: da una parte, l’inasprimento del trattamento sanzionatorio, atto precipuamente ad una neutralizzazione del soggetto in un’ottica strettamente retributiva; dall’altra, l’apprestamento di sconti di pena e di possibilità di accesso a misure alternative e ad altri benefici penitenziari per i c.d. pentiti, ossia i detenuti ammessi ad uno speciale programma di protezione a fronte della loro collaborazione.

Il perseguimento, proprio di questa disciplina, dell’obiettivo pratico della disgregazione delle organizzazioni di matrice mafiosa – favorendo il pentimento e la dissociazione dalle stesse – sembra tuttavia derogare ai principi generali sottostanti il trattamento dei delinquenti comuni. Tale deroga può essere vista diversamente a seconda che si voglia privilegiare l’unità e omogeneità del sistema, unitariamente al primato della funzione rieducativa, ovvero le ragioni della difesa sociale.

Si può allora, a questo punto, tornare alle istanze iniziali della presente trattazione e confermare le affermazioni di Dolcini: l’ordinamento italiano, nella sua fenomenologia punitiva, è caratterizzato da una fisionomia tutt’altro che unitaria e da gravi squilibri sia in relazione alle istanze general e specialpreventive, sia alle garanzie individuali⁶⁹.

3. La giustificazione liberale della pena

Alla luce di quanto premesso nei paragrafi precedenti, dedicati rispettivamente all’evoluzione del concetto sostanziale di reato e all’analisi, in una prospettiva tradizionale, delle finalità perseguite dal sistema sanzionatorio, emerge la necessità di affrontare un’ulteriore questione di fondo rimasta aperta: quale sia la giustificazione alla base della legittimazione della pretesa punitiva dello Stato nei confronti del singolo individuo.

Invero, la riflessione relativa alla giustificazione della pena rappresenta uno degli snodi centrali della teoria generale del diritto penale; in questo contesto, le diverse elaborazioni dottrinali, tradizionalmente ricondotte alle concezioni preventive, retributive e c.d. miste, rappresentano dei tentativi atti a fornire una risposta a tale interrogativo, nonché ad individuare i limiti dell’intervento punitivo. In particolare, nell’attuale contesto

⁶⁹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 768-769.

caratterizzato da ordinamenti ispirati ai principi dello Stato liberale di diritto, la riflessione penalistica si è sforzata di individuare una giustificazione della pena idonea a ricondurre quest'ultima entro i confini propri dello Stato così configurato, nonché compatibile con il carattere necessariamente limitato del potere punitivo.

In questo contesto, di particolare importanza risulta il contributo – che troverà illustrazione nel presente paragrafo – di autorevole dottrina⁷⁰ che, nell'ottica dell'individuazione del fondamento della pena in un modello penalistico coerente con i principi dello Stato liberale, propone di rinvenire la giustificazione dell'intervento punitivo nella funzione *generalpreventiva c.d. negativa*, intesa come strumento di orientamento per il comportamento dei consociati attraverso la minaccia della pena nonché di tutela dei beni giuridici fondamentali. Proprio per il contesto in cui tale funzione si inserisce, si sottolinea tuttavia la necessità che la stessa venga bilanciata da una serie di limiti di matrice liberale.

3.1. Lo scopo generalpreventivo come finalità sottesa all'ordinamento penale nel suo insieme

La proposta di cui si è appena detto muove dall'assunto per il quale, negli ultimi decenni, la convergenza di tendenze politiche e culturali ha avuto, quale esito, quello di minare la fiducia nell'Illuminismo intellettuale classico e nel fondamento di matrice liberale della pena⁷¹ (corroborato da intellettuali come Hobbes, Locke, Bentham e J.S. Mill); proprio a fronte di tali tendenze, si avverte dunque l'esigenza della riformulazione e riaffermazione di idee ascrivibili al pensiero liberale quali giustificazione della pena.

La necessitata rielaborazione concettuale deve essere volta alla dimostrazione del ruolo essenziale giocato dalla minaccia e dall'applicazione della pena ai fini del raggiungimento dell'ordine sociale, che non può trovare in altro modo realizzazione, senza contare che la sanzione penale è di per sé essenziale affinché del peso e delle conseguenze del crimine non si faccia carico la sola vittima⁷².

⁷⁰ Giovanni Cocco; e in particolare, COCCO, *Teorie sulla pena e applicazione pratica* in COCCO-AMBROSETTI, *Trattato breve di diritto penale, Punibilità e pene*, IV^a ed., Cagliari-Padova, 2025; COCCO, *Appunti per una giustificazione liberale della pena*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/2020.

⁷¹ Tra i tanti, KUNZ, *Muss Strafe wirklich sein? Einige Überlegungen zur Beanwortbarkeit der Frage und zu den Konsequenzen daraus*, FS Jung, Baden-Baden, 2004, 71 ss.

⁷² BEDAU, KELLY, *Punishment*, Stanford Enc. of Phil., 2010.

Il fatto che l'istituto della pena abbia trovato, notoriamente, propria giustificazione nei principi tipici delle democrazie costituzionali e liberali, non esclude – sia chiaro – la possibilità di criticare i singoli atti punitivi, in relazione alla loro legittimità o opportunità, potendo questi risultare eccessivi, immeritati o brutali.

La giustificazione in esame può trovare fondamento tanto in argomenti di carattere finalistico o utilitaristico, quanto in argomenti di natura deontologica o retributiva (anche in una teoria liberale della pena, dunque, vi è spazio per la meritevolezza retributiva), purché siano introdotti adeguati limiti atti a circoscriverne l'impiego.

Fermo restando che l'istituto della pena si basa su una pluralità di valori, nel (lungo) percorso necessario al raggiungimento della definizione di una sua giustificazione – a cui il dibattito contemporaneo sembra apprestarsi correttamente – è necessario comprendere preliminarmente che l'inflizione della pena non ha valore in sé, ovvero non è un atto dotato di autonoma e intrinseca intelligibilità, e richiede dunque sempre un *quid pluris* per la sua legittimazione.

Tra le obiezioni opponibili a tale affermazione si possono rinvenire, indubbiamente, le tesi di Foucault e Nietzsche, nonché probabilmente l'andamento della storia stessa, corroboranti l'idea per la quale la natura umana tenda a manifestare, ancorché dissimulatamente, una sorta di compiacimento nell'infliggere ad altri un male socialmente autorizzato (come la pena). Tal soddisfazione, tuttavia, deve essere ricondotta alla malvagità umana e la pena, benché in astratto possa essere definita anche senza uno scopo, una consimile lacuna – nel contesto di una democrazia costituzionale e liberale – non permetterebbe alla stessa di essere giustificata.

Risulta dunque, di primaria importanza, precisare gli obiettivi perseguiti dall'istituto, la cui realizzazione sia in sé giustificata; peraltro, è necessario dimostrare che la realizzazione di tali obiettivi avvenga attraverso (specifici modi di) applicazione della pena ovvero che non possa avvenire, con pari o maggiore efficienza, senza intervento punitivo⁷³.

⁷³ COCCO, *Appunti per una giustificazione*, cit., 2; cfr. BEDAU, KELLY, *Punishment*, cit.

In questa cornice, è possibile avanzare la proposta di una *giustificazione liberale della pena*⁷⁴: a fronte delle – inevitabili – condotte umane intenzionalmente dannose per gli altri consociati, da una parte appare ingiusto prospettare preventivamente il perdono o il silenzio da parte delle persone offese nei confronti degli autori del fatto, dall'altra non è tuttavia tollerabile una ritorsione privata, sicché quest'ultima deve essere prevenuta, anche attraverso la fiducia che i membri della collettività accordano alle istituzioni a che i responsabili di tali reati vengano arrestati, giudicati e condannati e sottoposti all'esecuzione della pena.

Il fine precipuo dello Stato moderno e liberale è quello della tutela dei beni giuridici c.d. pubblici, attraverso la previsione legislativa del divieto e punizione di un'eventuale lesione degli stessi, non essendo prospettabile, al contrario, il perseguimento di una giustizia assoluta.

In una società giusta, e dunque razionale, appare difficilmente contestabile la preferibilità della prevenzione della condotta illecita, per mezzo della minaccia della pena, in luogo della sua punizione. Risulta pressoché ridondante specificare che, in questo contesto, è auspicabile preliminarmente la *volontaria* osservanza dei consociati ai precetti (di una società giusta) in ragione dell'intima adesione di ciascuno agli stessi e che, solo qualora non possa realizzarsi la volontarietà a cui si fa ivi riferimento, sarà allora percorribile, quale *extrema ratio*, lo strumento della minaccia della sanzione penale, al fine di garantire un'osservanza (seppur *involontaria*) della legge.

Si ha ragione di credere, difatti, che accordare uno spazio di libertà indiscriminato a *coloro che violerebbero la legge*, senza prevedere alcuna conseguenza in tal caso, non comporterebbe altra conseguenza se non quella dell'aumento della lesione dei beni pubblici.

Non sembra peraltro condivisibile l'obiezione opposta alla prevenzione generale così delineata, che sostiene la mancanza di evidenze empiriche circa l'efficacia della sua funzione deterrente⁷⁵. Invero, la critica risulta debole tanto in ragione della pretesa dimostrativa impraticabile che avanza, quanto in forza dell'agevole ragionamento che segue: è indubbio che l'assenza dell'avvertimento della sanzione comporti l'incremento di comportamenti dannosi e, di conseguenza, di vantaggi per l'offensore; risulta

⁷⁴ COCCO, *Appunti per una giustificazione*, cit., 2-3.

⁷⁵ GÜNTHER, *Responsabilità e pena nello stato di diritto*, Torino, 2010, 95; EISEMBERG, *Kriminologie*, München, V^a ed., 2000, 596 ss.

innegabile, allora, che la sanzione penale abbia – quantomeno – una certa influenza sui cittadini⁷⁶, pur essendo questi certamente soggetti all'influenza di altri fattori⁷⁷.

Ciò premesso, occorre tuttavia specificare che affinché la pena sia effettivamente strumentale alla prevenzione dell'inosservanza della legge, essa abbisogna di due condizioni concernenti la percezione che della stessa hanno i consociati: deve essere avvertita anzitutto come *legittima*, in quanto idonea a fornire tutela ai beni pubblici e a prevedere, a fronte di una lesione di quest'ultimi, un'adeguata sanzione; nonché come *credibile*, intesa tanto nel senso di ragionevolmente severa, quanto in quello di efficacemente (verosimilmente) applicata a chiunque di essa si renda trasgressore⁷⁸.

Resta salda, allora, la posizione tipica dell'illuminismo, che può ritrovare emblematica manifestazione nell'espressione beccariana per cui «la clemenza è virtù del legislatore, e non dell'esecutore delle leggi», la quale fa riferimento alla fiducia riposta nelle operazioni concernenti la fase edittale a che la risultante legislazione sia dotata dei caratteri della proporzionalità, umanità ed equilibrio, e che non sia pertanto bisognosa di (successiva) clemenza. Un uso eccessivo, o anche solo generalizzato, di quest'ultima nella fase esecutiva darebbe luogo, infatti, ad una serie di corollari, tra cui, segnatamente: incertezza circa la reale applicazione della pena, aspettative di impunità e svalutazione dell'effetto deterrente-preventivo della norma penale⁷⁹.

A questo punto, appare pacifico affermare che a partire dalla fase edittale, i passaggi successivi – dunque non solo quello alla fase giudiziale ma anche quello finale alla fase esecutiva – devono essere anch'essi idonei ad asservire l'esigenza di suffragare l'efficacia

⁷⁶ HOERSTER, *Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens*, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1970, 272 ss.; SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, Berlin, 2004, 88 ss.; KORIATH, *Zum Streit um die positive Generalprävention - Eine Skizze*, in Radtke, Henning e altri (eds.), *Muss Strafe sein?*, Baden-Baden, 2004, 69 ss.; KUHLEN, *Anmerkungen zur positiven Generalprävention*, in Schünemann, Bernd e von Hirsch, Andrew e Jareborg, Nils (eds.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg, 1998, 58 ss.; WEIGEND, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt*, FS Hirsch, Berlin, 1999, 933; GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie: ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlin, 2009, 364 ss.

⁷⁷ STRATENWERTH, *Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?*, Berlin, 1995, 9; HASSEMER, *Strafe nim Rechtsstaat*, Baden-Baden, 2000, 207.

⁷⁸ Già BECCARIA, *Dei delitti*, cit.; FEUERBACH, *Anti-Hobbes, oder über die Grenzen der Höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn* (1798) [trad. *Anti-Hobbes, ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, Milano, 1972], 108 ss.

⁷⁹ BECCARIA, *Dei delitti*, cit., §XX; FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, 1780-1783, ed. Parigi 1853 [rist. integrale, Napoli, 2003], libro III, parte III, capo LVII; ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, [rist. della 5ª ed. Prato 1833, Milano, Giuffrè, 2003], 1791, parte V, cap. IV, § 1129.

dell'avvertimento insito nella previsione sanzionatoria, dando così prova della *credibilità* del sistema⁸⁰.

Riconoscendo a tale esigenza primaria importanza, risulta altresì agevole affermare che, anche qualora si volesse privilegiare la *prevenzione speciale positiva* nella fase dell'esecuzione, così come corroborato dalla maggior parte della dottrina penalistica contemporanea (a partire da von Liszt), sia inevitabile la retrocessione di tale finalità ove si registri un'incompatibilità tra questa e le esigenze generali di tutela della collettività⁸¹. È dunque in questo senso che può affermarsi l'identità di scopi tra applicazione e previsione normativa della pena⁸²; non può difatti prevedersi, quale base legittimante il sistema penale, il principio della rieducazione, in quanto l'indagine circa il "*perché si punisce*" non può esaurirsi nella previsione della sanzione ai soli fini rieducativi o nell'interesse del reo⁸³.

Si rende da ultimo necessario precisare che il *principio della certezza* della pena si colloca logicamente in una posizione successiva rispetto a quello della pena giusta, la quale, oltre a fare riferimento a fatti qualificabili come delitti in senso sostanziale, deve «essere la *minima* possibile e in *grado* ed in *ispecie*, o, a parlare più esattamente, deve riunire il *maximum* di sufficienza al fine suo di imprigionare la cagione del delitto (§ 395), il *minimum* di dolore ed in ispecie ed in grado per colui che la soffre»⁸⁴. È proprio in ossequio a tali condizioni che si instaura la proposta dei riformatori illuministi, volta alla definizione di un assetto normativo caratterizzato tanto da un ricorso alla detenzione circoscritto e limitato attraverso l'impiego di pene alternative, quanto da una riduzione degli spazi di discrezionalità nella fase dell'applicazione giudiziale⁸⁵.

⁸⁰ ROSS, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., 91; ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York, 1973 [trad. sp. di Luzón Peña, *Problemas básicos de Derecho penal*, Madrid, Reus, 1976], 17; EISEMBERG, *Kriminologie*, cit., 573; VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, 320; PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit. 263 ss.; MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, Jus 1974, 483; COCCO, *Appunti per una giustificazione*, cit., 4.

⁸¹ MIR PUIG, *Bases constitucionales del derecho penal*, Madrid, 2011, 51; COCCO, *Ergastolo liberale versus filantropismo anticomunitario. Cenni sul diritto della comunità politica di resistere alla criminalità tirannica*, RCP, 2022.

⁸² ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 16^a ed., 2003, 690.

⁸³ PULITANÒ, *Minacciare e punire*, in *Studi Dolcini*, Milano, 2018, 14; FIANDACA, *Scopi della pena tra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale*, in VASSALLI, GIULIANO (ed.), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 133.

⁸⁴ ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, cit. §404; analogamente, FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., Libro III, parte II, capo XXVII.

⁸⁵ PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., 3 ss.

Già alla luce di quanto ivi premesso è possibile intuire l'impossibilità di una radicale distinzione, in relazione alle relative funzioni, tra le varie fasi che connotano l'istituto della pena, ossia *previsione* o *comminatoria legale*, *applicazione giudiziale* ed *esecuzione della condanna*. Quanto alla prima, è indubitabile la sua finalità generalpreventiva, collocandosi questa cronologicamente prima della commissione del fatto delittuoso; tipica della seconda fase è invece la conferma della validità della scelta punitiva operata dal legislatore; infine, in relazione all'ultima fase, risultano altrettanto ineliminabili le esigenze di prevenzione generale rispetto alla – pur perseguita – funzione specialpreventiva, anche se può accadere occasionalmente il contrario, purché in *bonam partem*. A tal proposito si può pensare, a titolo esemplificativo, al caso dell'abrogazione della legge penale, in cui, venute meno le finalità generalpreventive (cfr. art. 2 c.p.), e non costituendo più il fatto un reato, la pena non deve essere eseguita, pur potendo permanere esigenze di risocializzazione o neutralizzazione.

Anche in forza del fatto che il principio di retroattività della legge penale più favorevole gode attualmente di copertura internazionale (assicurata dalla Carta edu e dal diritto eurounitario) e nazionale (garantita dalla Costituzione all'art. 3)⁸⁶, è plausibile sostenere che – a ben guardare – anche la fase esecutiva sia servente la prevenzione generale, non essendo invece possibile asserire altrettanto nei riguardi della risocializzazione, che costituisce, in quest'ottica, esclusivamente la *modalità* accettata dallo stato liberal-democratico contemporaneo quale strumento finalizzato ad evitare la lesione di ulteriori beni giuridici, da parte di chi si sia già reso responsabile di un tale fatto.

D'altra parte, sebbene sia chiaro che la pena *giusta* è quella proporzionata alla gravità del fatto di reato integrato, e che sia dunque quella di matrice retributiva, già nell'ottica illuministica si sosteneva l'inidoneità della mera retribuzione a rivestire il ruolo di primaria funzione della pena, identificando invece quest'ultima nella prevenzione generale dei reati. Su questa linea, a fronte di minori esigenze generalpreventive, si riteneva indubbiamente ammissibile l'attenuazione della pena stessa⁸⁷.

⁸⁶ AMBROSETTI, *La legge penale nel tempo*, in COCCO-AMBROSETTI, *Trattato breve di diritto penale. Parte generale*. I-1, *La legge penale*, cit., 147.

⁸⁷ COCCO, *Appunti per una giustificazione*, cit., 4.

Raccogliendo le istanze appena proposte, si può agevolmente notare il tendenziale e primario orientamento dell'ordinamento penale, nel suo insieme, alla prevenzione dei reati, risultando per contro, in assenza di quest'ultima, di per sé insufficienti a giustificare le fasi dell'applicazione ed esecuzione della pena le sole ragioni retributive di giustizia o gli scopi di prevenzione speciale risocializzante.

Anche le finalità specialpreventive c.d. positive, rivolte al singolo autore del delitto, riguardano la tutela non – come ad un primo sguardo superficiale invece apparirebbe – dei beni specificamente lesi dal fatto passato, bensì quella di *tutti* i beni giuridici potenzialmente aggredibili *in futuro* da chi, in quel momento, sta eseguendo la pena nonché da qualunque altro consociato.

Nella prospettiva della primaria importanza della salvaguardia generale dei beni giuridici rispetto a possibili offese future, emerge l'evidente assurdità dell'esempio kantiano poc'anzi riportato⁸⁸, in quanto non solo risulterebbe irrazionale giustiziare l'ultimo assassino rimasto da solo su un'isola, ma sarebbe privo di qualunque senso anche il perseguimento di un obiettivo di risocializzazione dello stesso.

Ci si può difatti spingere ad affermare che un sistema penale fondato esclusivamente sulla (ri)socializzazione configurerebbe il più *illiberale* dei sistemi possibili⁸⁹: un sistema puramente riformativo, in cui i cittadini non sono considerati quali agenti razionali ed autodeterminati, bensì come oggetti da plasmare attraverso qualsivoglia tecnica idonea a modularne le intenzioni, affinché quest'ultime siano il più possibile aderenti alla legge; in ultima analisi, risulterebbe così possibile tracciare un parallelismo tra tale modello e il vecchio *Stato di polizia*, nel quale i cittadini sono “sudditi da educare”.

In una società liberale, allora, lo “scopo generale che la giustifica”⁹⁰ non può essere altro che la *prevenzione generale*, nella sua versione c.d. *negativa*, intesa quale prevenzione della lesione dei beni pubblici. Quest'ultima precisazione, e più in generale la puntuale individuazione dei beni giuridici protetti e della nozione sostanziale di delitto, risultano fondamentali affinché la pena, che in questo ambito costituisce una tecnica di controllo sociale finalizzata alla garanzia dell'ordine sociale, non si riduca ad uno

⁸⁸ Si veda in particolare il §2.3.2., p. 16 della presente trattazione.

⁸⁹ COCCO, *Appunti per una giustificazione*, cit., 5.

⁹⁰ HART H.L.A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1968 [trad. di JORI, *Responsabilità e pena: saggi di filosofia del diritto*, Milano, 1981], 8-11.

strumento di dominio e di legittimazione di un ordine sociale ingiusto⁹¹. Proprio la definizione *sostanziale* di delitto (come lesione di beni pubblici), permette di mettere in luce la necessità di una teoria della pena atta a prevenire altresì la *violenza punitiva dello Stato* che trova sua manifestazione tanto nella pena *arbitraria* (verso i fatti non qualificati quali delitti) quanto in quella *sproporzionata* avendo riguardo alla rilevanza del bene e alla gravità dell'offesa arrecata⁹².

A questo punto, si può procedere alla formulazione di alcune considerazioni conclusive⁹³ sulla proposta di una giustificazione liberale della pena fin qui delineata. Anzitutto, la funzione preventiva di tutela dei beni giuridici prende atto in due fasi: si parla di *prevenzione primaria* a proposito di quella che si realizza attraverso la previsione normativa del fatto di reato e della relativa sanzione, finalizzata ad orientare il comportamento della generalità dei consociati verso l'astensione da condotte lesive o l'adozione di comportamenti idonei ad evitarle; qualora, tuttavia, si verificasse una violazione della norma e, dunque, il fallimento della prima fase, l'attuazione della funzione generalpreventiva in esame può essere raggiunta, *secondariamente*, attraverso l'applicazione – e l'esecuzione – della pena, idonee a riaffermare la piena validità della norma incriminatrice.

È agevole dunque osservare come la giustificazione della pena sia essenzialmente proiettata *verso il futuro*, configurandosi (la pena) non tanto quale vendetta bensì come strumento per evitare che consimili delitti vengano commessi in futuro. Trova qui, allora, coerente applicazione il principio di legalità (*nullum crimen, nulla poena sine previa lege poenali*) e dunque la previsione legislativa della responsabilità penale, che opera come perentorio e preliminare invito, rivolto ai consociati, all'osservanza della legge, incentivata poi ulteriormente dall'intimo timore che gli stessi provano a fronte del rischio di vedersi, in caso contrario, sanzionati (c.d. prevenzione generale). In questo senso, appare condivisibile la definizione, di matrice dottrinale, del sistema penale quale *tecnica*

⁹¹ Cfr. RODRÍGUEZ MESA, *Las razones del derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2007.

⁹² Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 8ª ed., Bari, 2004; SILVA SANCHÉZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992; RODRÍGUEZ MESA, *Las razones del derecho penal*, cit.; DIEZ RIPOLLÉS, *El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista*, in *Jueces para la Democracia*, 1997, n. 30.

⁹³ COCCO, *Appunti per una giustificazione*, cit., 5-6.

di controllo sociale⁹⁴, che trova giustificazione nel fine ad essa preposto di tutela dei beni giuridici e dei diritti individuali – e dunque della società tutta – e che è strutturata, in quanto tale, attraverso norme, sanzioni e procedimenti⁹⁵.

A presupposto della qualificazione del diritto penale come *sottosistema di controllo sociale*, vi sono – intuitivamente – altri sottosistemi di socializzazione e regolazione sociale, intrecciati tra di loro in una relazione di complementarietà funzionale, nel senso che senza l'esistenza e l'efficace operatività di questi, lo strumento penale non può, *di per sé*, riuscire contro la delinquenza⁹⁶.

Se si considera, poi, che gli strumenti propri del diritto penale (pene e misure di sicurezza), in ragione della significativa compressione dei beni fondamentali del reo che importano, costituiscono i mezzi più incisivi nonché gravosi di cui dispone l'ordinamento, si riescono a comprendere agevolmente le limitazioni apposte al loro utilizzo, ammissibile solo qualora questo sia necessario e funzionale alla tutela dei beni giuridici, in ossequio al principio di *extrema ratio*.

Ne deriva che l'intervento penale non appare giustificato né funzionale tanto qualora i suoi obiettivi di tutela possano essere conseguiti attraverso strumenti alternativi meno invasivi o onerosi, quanto nella situazione in cui esso comporti costi sia per l'autore del fatto sia per ulteriori beni giuridici di pari o superiore valore rispetto a quello tutelato; in tali ipotesi, sarà dunque possibile rinunciare legittimamente alla pena, anche soltanto parzialmente⁹⁷.

3.2. I necessari limiti ad un sistema di deterrenza puro e all'uso della pena

Se da una parte si può concepire l'obiettivo di tutelare la collettività quale finalità *esterna* (e dunque non intrinseca) all'istituzione della pena, ponendosi così in linea con

⁹⁴ GIBBS, *Crime, Punishment, and Deterrence*, New York, 1975; GARLAND, *The Culture of Control*, New York, 2001 [trad. a cura di CERETTI, *La cultura del controllo*, Milano, 2004]; HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2^a ed., München, 1990, 316 ss.; ZIPF, *Die Integrationsprävention (positive Generalprävention)*, in *Strafrecht Strafprozeßrecht und Kriminologie*, FS Pallin, Wien, 1989, 304; MOOS, *Positive Generalprävention und Vergeltung*, in *Strafrecht Strafprozeßrecht und Kriminologie*, FS Pallin, Wien, 1989, 304; BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 5^a ed., Madrid, 1998, 9 ss.; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho Penal*, Pamplona, 1997, 340; RODRÍGUEZ MESA, *Las razones del derecho penal*, cit.; DIEZ RIPOLLÉS, *El bien jurídico protegido*, cit.; KAISER, *Criminologia. Una introduzione ai suoi principi*, Milano, 1985, 216 ss.

⁹⁵ HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen*, cit., 316 ss; ID, *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012, 115 ss. [*Warum strafe sein muss*, Berlin, 2009].

⁹⁶ HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen*, cit., 319.

⁹⁷ COCCO, *Appunti per una giustificazione*, cit., 6.

la tradizione del pensiero liberale classico corroborante una giustificazione della sanzione penale basata con argomenti di carattere *finalistico*, dall'altra occorre tuttavia considerare che a fronte di tale utilità sociale, si collocano i beni essenziali del singolo individuo.

Ne consegue l'impossibilità dell'accoglimento di una *dottrina finalistica pura*, rendendosi necessario l'inquadramento della funzione sociale della pena all'interno di un quadro valoriale che trascende la logica propria della prevenzione⁹⁸. Risulterà così fondamentale l'introduzione di una serie di limiti, la cui articolazione costituisce l'aspetto più rilevante di una teoria liberale della pena.

Si procede, quindi, a delineare i limiti fondamentali posti all'uso della pena, che devono essere considerate paritetiche rispetto alle finalità preventive stesse⁹⁹, nell'ottica di una teoria liberale sensibile alla tutela del singolo di fronte alle (possibili) ingerenze Statali.

Anzitutto, la pena, in tutte le sue fasi di previsione, applicazione ed esecuzione, può essere proposta solo in relazione a comportamenti costituenti *delitti in senso materiale*¹⁰⁰, i quali devono essere individuati, come già anticipato agli albori della presente trattazione, in ossequio ai principi della tutela dei beni giuridici e del danno ad altri¹⁰¹, quale derivazione del concetto di contratto sociale¹⁰². Appare opportuno precisare, in questa sede, che tale concezione di delitto, più che una limitazione, è fondamento della tutela penale.

Parimenti, se si adotta la prospettiva *esterna* a cui si faceva or ora riferimento – e dunque vivendo il confronto con gli altri strumenti di controllo sociale – ci si avvede della presenza dei principi di *extrema ratio*, *frammentarietà* e *sussidiarietà* quali (necessarie) delimitazioni all'ambito di intervento di diritto penale, rispondenti a valutazioni *assiologiche* e di *efficienza* del diritto penale rispetto alle altre forme di regolazione sociale.

⁹⁸ GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, cit., n. 150, 380.

⁹⁹ Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, *El bien jurídico protegido*, cit., 126.

¹⁰⁰ COCCO, *Appunti per una giustificazione*, cit., 6-7.

¹⁰¹ Cfr. COCCO, *Il fondamento*, cit., 9 ss.

¹⁰² SCHÜNEMANN, *Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de derecho liberal*, in VON HIRSCH, SEELMANN, WOHLERS, ROBLES PLANAS (cur.), *Límites al derecho penal*, Barcelona, 2012, 66 ss.

In primo luogo, coerentemente con il limite della necessaria materialità del delitto, l'oggetto della tutela penale deve essere circoscritto ai *danni gravi arrecati a specifici tipi di beni giuridici*, che non possono essere prevenuti o contrastati altrimenti, ovvero attraverso strumenti meno incisivi¹⁰³. Il diritto penale, infatti, deve trovare impiego esclusivamente come *extrema ratio* – e dunque nei soli casi di c.d. *stretta necessità*¹⁰⁴ – contro tali categorie di comportamenti, essendo tale strumento di intervento idoneo a ledere gravemente i beni fondamentali della persona (vita, libertà e onore)¹⁰⁵.

Tale impostazione trova riconoscimento tanto nella concezione di contratto sociale, per la quale la rinuncia alla libertà di ciascun cittadino trova giustificazione solo per la misura necessaria a rendere possibile la protezione reciproca¹⁰⁶, quanto nei principi costituzionali e nella filosofia sociale, da cui è possibile ricavare un generale *favor per la libertà individuale*, quale limite esterno al potere punitivo statale. In questo senso, adoperare il diritto penale ai fini della protezione dei beni giuridici risulta legittimo fintanto che i benefici di tale intervento risultino superiori ai costi derivanti dalla compressione delle libertà individuali.

Ciò premesso, è possibile dunque comprendere la valenza, in questo contesto, del *principio di frammentarietà* della tutela penale, per il quale quest'ultima deve trovare spazio di operatività esclusivamente con riguardo a determinate forme di aggressione particolarmente intense a beni di significativo rilievo, escludendo da quest'area quelle condotte che, pur configurandosi come antigiuridiche o moralmente riprovevoli, non sono idonee, di per sé, a raggiungere quel livello di offensività tale da giustificare la risposta sanzionatoria¹⁰⁷.

¹⁰³ Già BECCARIA, *Dei delitti*, cit. e FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14^a ed. (a cura di Mittermaier, Gießen, 1847), 1847; ma anche ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4^a ed., München, 2006, 45 ss.; SCHÜNEMANN, *El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*, Bogotá, 2007, 51 ss.

¹⁰⁴ COCCO, *Il fondamento*, cit., 25 ss.

¹⁰⁵ In questo senso, la celebre affermazione di von Liszt (a cui si è già fatto accenno, v. *supra*): «la pena è una spada a doppio taglio: tutela beni giuridici attraverso la lesione di beni giuridici».

¹⁰⁶ LOCKE, *Second Treatise of Government* [trad., *Il secondo trattato sul governo*, Milano, 1998], 1690; BECCARIA, *Dei delitti*, cit., §2.

¹⁰⁷ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 10^a ed., Berlin, 1967, 4 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit. 5, 32 ss.; MAIWALD, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, in *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag* (Karlsruhe, C.F. Müller), 1972, 9.

Strettamente intrecciato a questo principio è, indubbiamente, il già accennato (e di cui si dirà ulteriormente) *principio di proporzione*¹⁰⁸.

Prendendo ora in esame il *principio di sussidiarietà*, se ne illustrerà immediatamente il profilo c.d. *esterno*¹⁰⁹, rimandando la trattazione di quello c.d. *interno* ad un momento successivo. Sul primo punto, la scienza penalistica contemporanea è concorde nell'affermare che, considerato l'impatto – sulla vita del singolo – generato dal diritto penale, quest'ultimo possa intervenire solo qualora la finalità precipua dello stesso (la tutela dei beni giuridici) non possa essere soddisfatta, in via prioritaria, da istanze diverse da quella statale.

L'individuazione degli strumenti alternativi a quello penale necessita, per la sua riuscita, del riferimento al principio in esame, il quale stabilisce in generale una relazione tra persona e società¹¹⁰: in una prospettiva *negativa*, tale relazione si traduce nel fatto che lo Stato non debba assumere funzioni a cui sono pienamente capaci di assolvere, invece, la persona o gli enti sociali intermedi; per contro, dal punto di vista *positivo*, l'intervento statale diventa necessario e trova giustificazione (solo) quando questi ultimi soggetti non siano in grado di garantire adeguatamente tali funzioni.

Può accadere, infatti, che il conflitto sociale che prende le sue mosse dalla lesione di un bene giuridico trovi efficace composizione attraverso l'intervento dei soggetti direttamente coinvolti, ossia l'autore del fatto e la vittima; qualora tale possibilità non sia praticabile, è possibile ricorrere ad ulteriori istanze di controllo sociale *informale* (estraneie all'apparato sociale), quali la famiglia, la scuola o le associazioni. A fronte dell'inadeguatezza anche di queste ultime alla soddisfazione delle esigenze di tutela, possono provvedere alla stessa le forme di controllo sociale *formale* – ossia affidate agli organi statali – a partire da quelle meno dispendiose, quali la polizia amministrativa, le misure di assistenza sociale nonché gli strumenti di diritto civile o amministrativi, per

¹⁰⁸ BÖSE, *Grundrechte und Strafrecht als 'Zwangsrecht'*, in HEFENDEHL, VON HIRSCH e WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003, 89 ss.; BUNZEL, *Die Potenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze des Rechtsgüterschutzes in der Informationsgesellschaft*, in HEFENDEHL, VON HIRSCH, e WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie*, cit., 96 ss. .

¹⁰⁹ COCCO, *Appunti per una giustificazione*, cit., 7-9.

¹¹⁰ KAUFMANN, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, in FS Henkel, Berlin, 1974, 99.

arrivare infine a quella più onerosa, identificabile nel diritto penale, della cui efficacia difficilmente può di contro dubitarsi (c.d. *principio di efficacia*¹¹¹).

Si tratta, questa, di una posizione che affonda le sue più antiche radici nelle riflessioni di John Locke¹¹² (1632-1704) e che trova nuova manifestazione nelle elaborazioni dottrinali più recenti, valorizzanti il concetto di *auto-protezione* della vittima, facendo con questo riferimento al divieto di intervento del diritto penale quando la persona offesa sia in grado di difendersi autonomamente, purché lo voglia¹¹³, e privilegiando strumenti di *prevenzione tecnica*¹¹⁴ (come i controlli preventivi) rispetto a quello penale.

È agevolmente comprensibile, a questo punto, l'inammissibilità dell'utilizzo del diritto penale quale *prima ratio*, inteso come strumento atto ad orientare o correggere lo sviluppo sociale, tipico, invece, delle legislazioni c.d. *di lotta* adottate per esempio in Germania o in Italia al fine di contrastare l'uso delle sostanze stupefacenti, nelle quali viene attribuita funzione primaria e autonoma al diritto penale¹¹⁵.

Peraltro, va ivi tenuta in considerazione l'osservazione¹¹⁶ circa il fatto che l'intervento del diritto penale in materia economica possa essere meno invasivo per le libertà dei soggetti rispetto ai meccanismi preventivi – essendo sufficiente, per evitarlo, l'osservanza della norma – che risulta, da una parte, in ogni caso inidonea a mettere in discussione il principio di *extrema ratio*, dall'altra, in grado addirittura di rafforzarlo. Ciò in quanto quest'ultimo, fondato sulla tutela delle libertà dei cittadini (e qui, segnatamente, ci si riferisce a quelle di impresa), impone una valutazione complessiva relativamente agli strumenti disponibili e ai soggetti coinvolti ai fini della stima della possibile entità di

¹¹¹ DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1656 ss.

¹¹² In particolare, ci si riferisce, qui, alla riflessione dell'intellettuale circa i fini del governo, corroborante l'idea della limitazione dell'operatività del diritto penale alla (sola) tutela della proprietà dei sudditi (per questa intendendosi anche vita e libertà) nonché alla condizione che tale intervento risulti indispensabile alla salvaguardia della collettività; cfr. LOCKE, *Second Treatise of Government*, cit., II, 15, 171.

¹¹³ HÖRNLE, *Subsidiarität als Begrenzungsprinzip-Selbstschutz*, in VON HIRSCH, SEELMANN, WOHLERS (cur.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden, 2006, 36-47.

¹¹⁴ HEFENDHEL, *Äpfel und Birnen oder Steine statt Steine. Die technische Prävention und das Strafrecht*, in VON HIRSCH, SEELMANN, WOHLERS (cur.), *Mediating Principles.*, cit., 48-53.

¹¹⁵ WOHLERS, *Strafrecht als ultima ratio-tragender Grundsatz eines rechtsstaatlichen Strafrechts oder Prinzip ohne eigenen Aussagegehalt?*, in VON HIRSCH, SEELMANN, WOHLERS (cur.), *Mediating Principles.*, cit., 54 ss.

¹¹⁶ Cfr. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, 4^a ed., München, 2014.

impatto sulle suddette libertà. Pertanto, qualora l'esito di tale valutazione indichi che l'intervento del diritto penale "classico" assicuri maggiori spazi di libertà e garanzie rispetto ai sistemi preventivi particolarmente pervasivi, questo non solo sarà giustificato, ma deve essere preferito proprio in virtù del principio di sussidiarietà.

Giova precisare, tuttavia, la non sovrapposibilità dei principi di *extrema ratio* e di *sussidiarietà*, collocandosi, il secondo, in posizione subordinata rispetto al primo; la verifica di cui si è appena detto (circa l'efficacia degli strumenti di tutela alternativi) deve difatti prendere luogo esclusivamente in riferimento a quei comportamenti che abbiano già superato il vaglio della *frammentarietà*, ponendosi il rischio, altrimenti, di sanzionare penalmente fatti di scarsa rilevanza in forza della (sola) assenza di altri strumenti idonei a prevenirli.

Non appare invece persuasiva la ricostruzione¹¹⁷ che circoscrive l'ambito di operatività del principio di sussidiarietà, quale limite alla punizione, alla sola fase applicativa della pena, escludendo dallo stesso la fase di previsione. Il principio in esame, infatti, pur avendo indubbiamente rilievo nella fase applicativa, deve trovare primariamente concreta affermazione proprio nella fase della comminatoria, in cui la decisione circa la previsione (o meno) di una sanzione penale in presenza di certi fatti richiede – già in questa fase – un giudizio di necessità. Dunque, risulta possibile ed è giustificata la rinuncia alla previsione della pena a fronte di comportamenti che, sebbene siano astrattamente riconducibili alla nozione *materiale* di delitto, possano essere prevenuti da altri strumenti, idonei a svolgere un'efficace funzione generalpreventiva almeno equivalente a quella garantita dalla minaccia della pena.

Per contro, solo una concezione meramente retributiva della pena potrebbe impedire l'operatività del principio di sussidiarietà di fronte ad un delitto in senso materiale. Analogamente è possibile dire con riferimento al caso in cui la previsione di una fattispecie sia necessaria, ma ad essa si accompagnino specifiche cause di non punibilità¹¹⁸.

Il principio in esame trova applicazione, infatti, anche nei casi in cui il ricorso della pena risulti superfluo, essendo, lo scopo della norma, già stato raggiunto mediante altri

¹¹⁷ In particolare, quella di Seher; cfr. SEHER, *Kann Strafrecht 'subsidiär' sein? Aporien eines 'unbestrittenen' Rechtsgrundsatzes*, in VON HIRSCH, SEELMANN, WOHLERS (cur.), *Mediating Principles.*, cit., 143.

¹¹⁸ Cfr. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, Padova, 2017.

mezzi, non riconducibili direttamente né ai soggetti coinvolti nel conflitto né ai sopracitati sistemi *informali* o *formali* di controllo sociale. Esempio pertinente, in questo caso, è quello della c.d. *pena naturale*, che si configura quando l'autore della condotta illecita subisce, dalla stessa, delle conseguenze di particolare gravità, le quali non solo vengono percepite come autentico male derivante dalla violazione della norma, ma risultano idonee, di fatto, a compensare tale violazione, con l'effetto di preservare la fiducia dei consociati nella validità della norma, senza necessità di ricorrere alla sanzione penale¹¹⁹.

Oltre a quelli fin qui elencati, ulteriore limite all'applicazione della pena è il *principio della responsabilità personale colpevole*, desumibile dal concetto di dignità dell'uomo e dai principi propri dello Stato di diritto. In questo contesto, infatti, gli scopi generalpreventivi della pena non possono essere perseguiti attraverso il sacrificio dei beni essenziali – ossia a spese – del singolo, essendo necessario l'accertamento di una sua responsabilità, idonea a muovere allo stesso un rimprovero per la lesione dei beni giuridici tutelati dalla norma penale in violazione di quest'ultima¹²⁰.

Infatti, mentre l'ordinamento di stampo totalitario poteva giovare persino del sacrificio del soggetto incolpevole, lo Stato di diritto si fonda sul principio per cui l'assenza di colpevolezza opera quale limite primario all'applicazione della pena, purché questa si configuri altresì come manifestazione di un rimprovero etico-sociale nei confronti della condotta posta in essere¹²¹.

Trova dunque piena realizzazione il divieto kantiano di strumentalizzare l'uomo, utilizzandolo come semplice *mezzo*¹²²; divieto che, in questo contesto, non assurge a fondamento della pena (com'è tipico invece nelle teorie retributive), bensì opera quale limite liberale invalicabile della reazione punitiva, essendo necessario, affinché il senso di giustizia della società possa dirsi appagato, che l'applicazione della pena corrisponda alla colpevolezza dell'autore del fatto¹²³: di qui, il principio per cui *non può esservi pena in assenza di colpevolezza*.

¹¹⁹ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Berlin, 1991, 13; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, cit., 342; COCCO, *La punibilità quarto elemento*, cit., *passim*.

¹²⁰ COCCO, *Appunti per una giustificazione*, cit., 9.

¹²¹ FRISCH, *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/4, 2014, 166 ss.

¹²² HOSKINS, *Deterrent Punishment and Respect for Persons*, in *Ohio State Journal of Criminal Law* vol. 8, 2011, 369 ss.

¹²³ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., Navarra, 2005, 62.

Procedendo ad analizzare ora il *principio di proporzionalità*, è necessario precisare che la pena, in quanto necessariamente concorde a tale principio¹²⁴, deve costituire il risultato di un attento bilanciamento tra, da un lato, la probabilità e la gravità del danno arrecato al bene giuridico e, dall'altro, tanto l'interesse dei cittadini alla salvaguardia della libertà personale e ad un'equa distribuzione degli oneri sociali, quanto l'impegno richiesto agli apparati statali ai fini dell'accertamento e della repressione del reato, segnatamente in assenza di strumenti alternativi idonei alla prevenzione del danno.

Nell'ambito dello Stato di diritto, dunque, la pena non solo deve perseguire le finalità generalpreventive ed essere necessaria in ossequio al principio di sussidiarietà, ma deve essere altresì *adeguata ed esigibile (proporzionata in senso c.d. stretto)* nel contesto ordinamentale in esame e dunque non inaccettabile per lo Stato di diritto¹²⁵, a fronte del ruolo di primo piano assegnato alla dignità della persona, che impedisce che la stessa possa essere ridotta a mero strumento ai fini del perseguimento delle finalità di prevenzione generale.

Dal principio in esame derivano una serie di corollari, primo fra tutti il fatto che le pene non possano essere tali da configurarsi quali *crudeli o inusuali*¹²⁶ o meglio, come sostenuto dalla giurisprudenza europea, *inumane e degradanti*¹²⁷. In pacifica conformità a tale divieto si rinviene quello relativo alla tortura, la cui tutela penale ha trovato esclusivo riconoscimento all'art. 13, co. 4 Cost.¹²⁸, perlomeno fino alla L. 110/2017, fautrice dell'introduzione nell'ordinamento penale dello specifico (e relativo) delitto, precisamente agli artt. 613-bis (*Tortura*) e 613-ter (*Istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura*) c.p., inseriti tra i delitti contro la libertà morale della persona.

Sul punto, occorre fare una precisazione di beccariana ascendenza, per la quale la *crudeltà* della pena è di per sé già configurabile a fronte di una sanzione *socialmente*

¹²⁴ Il rilievo del principio è difatti riconosciuto tanto a livello comunitario dalla Carta di Nizza all'art. 49, n. 3 (per il quale: «*le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato*»), quanto a livello nazionale, ex art. 117, co. 1°, Cost.

¹²⁵ HASSEMER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe*, in VON HIRSCH, SEELMANN, WOHLERS (cur.), *Mediating Principles*, cit., 195.

¹²⁶ Sul punto: *cruel and unusual* secondo la terminologia del Bill of Rights; *trattamenti contrari al senso di umanità* ex art. 27, co. 3° Cost.; *pene o trattamenti inumani e degradanti* ex art. 3 Cedu.

¹²⁷ Cfr. Corte EDU, G.C., 9.7.2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, ricorsi n. 66069/09, 130/10 e 3896/10; VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 65.

¹²⁸ Dello stesso, giova riportarne il testo: «*è punita ogni violenza fisica o morale esercitata su persone comunque sottoposte a restrizione della libertà*».

inutile. Di conseguenza, non solo deve essere escluso l'uso della pena di morte e della tortura, bensì anche quello di pene manifestamente sproporzionate già *in astratto*, rispetto alla *gravità* del fatto (delitto in senso materiale) e alla *colpevolezza*, anche qualora non siano in alcun modo sostituibili, in termini di efficienza, da altri strumenti. Analogamente, risulterebbe oltremodo inaccettabile punire con la medesima severità reati dolosi e reati colposi.

Su questa linea d'onda si pone una recente formulazione del principio di proporzione che, correlandolo alle idee di giustizia ed eguaglianza, ne riviene tre elementi coessenziali, configurabili quali limiti all'intervento penalistico¹²⁹. Tra questi, il primo, ossia l'*adeguatezza* (del mezzo rispetto al fine), risiede nell'idoneità della minaccia della pena a contribuire alla decrescita dei comportamenti vietati sulla base di relazione causali empiricamente verificabili, e non su meri presupposti ideologici. Il secondo elemento, ovvero la *necessità*, trova suo fondamento nella scelta, tra una pluralità di mezzi idonei al conseguimento dello scopo, di quello che comporta il minor pregiudizio per la persona coinvolta. Da ultimo, il terzo, vale a dire l'*esigibilità* (o *proporzionalità in senso stretto*), è interessato dalla sua stretta connessione con il principio del *ne bis in idem* (per il quale non è possibile subire due volte una punizione per il medesimo fatto), la misura della colpevolezza quale limite della pena ed infine, la più drastica idea della necessaria rinuncia da parte dello Stato ad interventi che, seppur utili e addirittura miti, inficino l'inviolabilità della sfera intima della persona (a titolo di esempio: i diari personali o i colloqui intimi nella sfera privata)¹³⁰.

Nel contesto di questo discorso, giova mettere in luce la necessità dell'*adeguatezza* della pena al fatto e alla colpevolezza, configurabile quale limite alle finalità di prevenzione generale. Tale aspetto trova piena espressione nel tradizionale principio demandante la corrispondenza tra gravità del delitto e severità della pena (e viceversa); in ossequio allo stesso, la sanzione penale *non* può dirsi legittima sul fronte della previsione, dell'applicazione e neppure su quello dell'esecuzione qualora un incremento

¹²⁹ HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit., 153 ss.; e, per il ruolo del principio di uguaglianza, PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, n. 2, 2017, 49 ss.

¹³⁰ HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit., 160 ss.

– anche di minima entità – della severità della pena rispetto a quella effettivamente meritata sia inflitto con la promessa di ottenere una riduzione del fenomeno criminoso¹³¹.

Emblematica, in questo senso, è la distorsione giurisprudenziale di tale principio, manifestatasi nel tentativo di equiparazione del trattamento dell'omicidio colposo a quello dell'omicidio doloso, attraverso l'estensione della nozione di dolo eventuale; nonostante il successivo fallimento di tale tentativo interpretativo, si è registrata un'analogia criticità, questa volta sul piano legislativo, a fronte della riforma del c.d. *omicidio stradale* (art. 589-bis c.p.), fautrice dell'introduzione di pene particolarmente severe – assimilabili a quelle previste per le ipotesi dolose – per *nuove* figure di reato, pur restando le stesse qualificate come colpose¹³².

Tornando al principio in esame, diversi sono stati gli interventi dottrinali; tra questi si ricorda anzitutto quello di Beccaria¹³³, il quale evidenzia le ragioni generalpreventive della necessaria proporzionalità tra pena e reato, corroborando l'idea che agendo diversamente si possa arrivare a compromettere non solo il senso morale della differenza di gravità dei delitti, ma anche qualsiasi incentivo a trattenersi dal commettere quelli più gravi. Altrettanto risalente ma tuttora degna di considerazione è la riflessione del giurista britannico William Blackstone¹³⁴, che del principio sottolinea, invece, le ragioni pragmatiche, per le quali un'eccessiva severità delle pene può condurre alla loro disapplicazione da parte delle giurie. Infine, in linea generale, è bene ricordare che una pena, percepita come ingiusta, non è idonea a svolgere efficacemente una funzione deterrente¹³⁵; concetto, questo, che trova perfetta manifestazione nelle parole di Marinucci, delle quali se ne riporta un estratto:

«solo un ordinamento penale sentito come *giusto* nel suo insieme può portare la generalità dei destinatari a una obbedienza giuridica *volontaria*; se invece si avverte che beni primordiali sono già in astratto privi di tutela o di tutela adeguata, mentre altri beni di rango assai inferiore formano oggetto di una protezione oltranzista, allora l'intero

¹³¹ GÜNTHER, *Responsabilità e pena*, cit., 95.

¹³² PISA, *L'omicidio stradale nell'eclissi giurisprudenziale del dolo eventuale*, in *Dir. pen e proc.*, 2016, f. 2, 145; nel medesimo senso già C. cost. 26/1979, che giudicò illegittima l'equiparazione del trattamento di omicidio e quello di tentato omicidio del superiore nell'art. 186 co. 1° c.p.m.p.

¹³³ BECCARIA, *Dei delitti*, cit., §XXIII; riproposto anche da MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas*, cit. 60.

¹³⁴ BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, I-V, Oxford, 1765-1769, IV, 1.

¹³⁵ LÜDERSEN, *Abschaffen des Strafens?*, Frankfurt, 1995, 99 ss.; GÜNTHER, *Responsabilità e pena*, cit., 96; MONTADA, *Moralische Entwicklung und moralische Sozialisation*, in OERTER, MONTADA (cur.), *Entwicklungspsychologie*, 4ª ed., Weinheim, 1998, 867.

sistema penale perde la sua capacità di orientamento e di guida, e *si pervertisce*, sino a diventare uno dei principali fattori criminogeni»¹³⁶.

Le considerazioni appena illustrate riguardano anzitutto la c.d. *comminatoria edittale*, ossia la pena stabilita in astratto per ciascun reato. Appaiono a questo punto contestabili tanto la posizione di Feuerbach, suffragante la coincidenza fra la pena *meritata* e la pena *prevista* dalla legge e per cui la misura della stessa dipende dallo scopo intimidatorio, a causa dell'insito rischio di eccessi (come dimostrato dal Codice penale bavarese del 1813, di cui lui stesso si fa autore e nel quale erano previste sanzioni molto severe anche a fronte di reati di scarsa gravità), quanto la posizione – da questa non distante – di von Liszt¹³⁷, il quale, seppur in un'ottica specialpreventiva, affermava che «la pena corretta, cioè giusta, è la pena necessaria».

Quanto premesso vale altresì con riferimento alla *pena applicata* all'autore del singolo fatto di reato, nel momento della determinazione giudiziale della sanzione da parte del giudice entro i limiti edittali legislativamente previsti. In questo ambito, come già anticipato, non possono essere qualificate come legittime le sanzioni che, perseguendo fini generalpreventivi, risultino superiori a ciò che costituirebbe la corrispondenza fra gravità oggettiva e soggettiva del fatto¹³⁸.

Il principio di proporzione trova riscontro anche in diversi istituti, tra cui quello delle limitazioni della libertà personale nel corso del procedimento penale – sul punto è infatti previsto *ex art. 275, co. 3 c.p.p.* che venga disposta la custodia cautelare in carcere solo qualora le relative esigenze non possano essere adeguatamente soddisfatte da altre misure – nonché quello della recidiva, in relazione al quale è fondamentale il rispetto del principio in esame affinché gli automatici effetti moltiplicatori della sanzione che la connotano non comportino un incremento drastico e ingiustificato di quest'ultima¹³⁹.

¹³⁶ MARINUCCI, *Politica criminale*, cit., 483.

¹³⁷ LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht 'Marburger Programm'*, 1882/1883 [trad. *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962], 46.

¹³⁸ HASSEMER, *Generalprävention und Strafzumessung*, in HASSEMER, LÜDERSSEN e NAUCKE (cur.), *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt a.M., 1979, 29 ss.

¹³⁹ Cfr. in tema C. cost. sentt. n. 185/2015, n. 74/2016 e n. 205/2017.

A completamento del quadro delineato, appare opportuno precisare che, per la Corte costituzionale¹⁴⁰, una sanzione eccessiva integra la violazione tanto dell'art. 3, co. 1 quanto dell'art. 27, co. 3 Cost., sulla base della considerazione del principio di proporzionalità quale elemento strutturale del *volto costituzionale* dell'illecito penale, desumibile dal principio di eguaglianza e dalla (necessaria) funzione rieducativa della pena.

Si inseriscono nel medesimo quadro interpretativo anche le posizioni della dottrina retribuzionista italiana – e in particolare quella di Giuseppe Bettiol – suffraganti l'idea della pena retributiva funzionale al contenimento degli eccessi del diritto penale e alla garanzia dei diritti fondamentali dell'individuo; si fa riferimento, in questo caso, al c.d. retribuzionismo *negativo*, che riviene la condizione essenziale per la giustificazione della pena nel fatto che essa sia *meritata*¹⁴¹, operando quale limite invalicabile alla punizione dell'innocente, nonché a quella eccessivamente severa nei confronti del colpevole¹⁴².

Si tratta di un limite, questo, che segna la distanza tra le concezioni *liberali* e le teorie *pure* della *prevenzione generale negativa*: il singolo autore del reato non può essere chiamato a rispondere alle tendenze criminali proprie della società, bensì, in conformità al principio di responsabilità penale, risponderà unicamente del proprio comportamento, configurandosi altrimenti – intollerabilmente – quale mero capro espiatorio.

A fronte della diffusa impostazione dottrinale¹⁴³ che distingue e distribuisce i principi della pena *giusta* e della pena *utile* nelle varie fasi del sistema sanzionatorio – per cui il momento della previsione legislativa è connotato dalla prevalenza della funzione generalpreventiva, la quale risulta limitata invece nella fase applicativa dalla gravità del fatto e della colpevolezza, mentre in quella esecutiva assumono preponderante rilievo le esigenze specialpreventive – se ne pone un'altra¹⁴⁴ che, sebbene non configurabile come alternativa, introduce indubbiamente un correttivo alla ricostruzione tripartita di cui si è appena detto.

In particolare, si sottolinea l'operatività del principio della pena *giusta* quale limite invalicabile anzitutto con riferimento alla pena *edittale* prevista dalla legge, la quale deve

¹⁴⁰ Si vedano: C. cost. n. 313/1990; n. 343/1993; n. 341/1994; n. 68/2012; n. 251/2012; n. 236/2016.

¹⁴¹ DOLINKO, *Some Thoughts about Retributivism*, Ethics vol. 101, n. 3, 1991, 539 ss.

¹⁴² V. per tutti HART H.L.A., *Punishment and Responsibility*, cit.

¹⁴³ Per tutti, cfr. ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, cit.

¹⁴⁴ COCCO, *Appunti per una giustificazione*, cit., 12; ID, *Teorie sulla pena*, cit., 19-20.

essere dunque proporzionata alla gravità del fatto. Di qui, una critica alle derive della *prevenzione speciale pura*, segnatamente nella prospettiva della pena giudizialmente indeterminata proprio a tali fini risocializzanti, che affida ai tecnici del trattamento (anziché al giudice) la determinazione della pena. Il rifiuto di consimili teorie risiede nella prospettazione di esiti di per sé inaccettabili, quali l'irrogazione di sanzioni più severe per fatti di minima entità commessi da soggetti ritenuti particolarmente pericolosi rispetto a quelle previste per un soggetto, reo di un reato più grave, considerato non recidivante.

Infine, la critica principale viene riservata all'*applicazione* di tale concezione specialpreventiva, in ragione della sua esigua aderenza alla realtà: il modello di diritto penale presupposto alle istanze risocializzanti e alla conseguente indeterminatezza della pena non è, di fatto, riscontrabile nella prassi. In quest'ultima, l'istituzione carceraria si caratterizza, al contrario, per una struttura tutt'altro che pedagogica nonché per effetti stigmatizzanti, mentre gli strumenti atti alla risocializzazione risultano deboli e inadeguati rispetto alla complessità dell'obiettivo del reinserimento sociale del reo¹⁴⁵.

Passando ora alla trattazione degli ultimi due – necessari – limiti all'uso della pena, è in primo luogo rilevante il già anticipato *principio di sussidiarietà c.d. interno*, che impone la sistematizzazione dei diversi strumenti sanzionatori di cui si connota il diritto penale in un ordine di utilizzo preferenziale, affinché vi sia il ricorso alle misure più severe solo a fronte della rivelata inefficacia di quelle più lievi (in tal senso, la pena detentiva assume carattere sussidiario rispetto a quella pecuniaria)¹⁴⁶.

Correlato al principio testé menzionato vi è indubbiamente quello del *minimalismo*, a sua volta espressione, sul piano interno, del principio di *extrema ratio*: inderogabile deve essere la preferenza per la pena meno severa, purché essa sia concorde ai principi a cui si è fatto fin qui riferimento e non comporti una riduzione sostanziale dell'efficacia preventiva della stessa per specifici rei ed offese¹⁴⁷. L'approccio, di stampo liberale e riproposto variamente dal pensiero penalistico contemporaneo, può ritrovarsi negli scritti

¹⁴⁵ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas*, cit., 53-54.

¹⁴⁶ ZIPF, *Kriminalpolitik*, 2ª ed., Karlsruhe, 1980, 53 [trad., *Politica criminale*, Milano, 1989]; NIGGLI, *Ultima Ratio? Über Rechtsgüter und das Verhältnis von Straf- und Zivilrecht bezüglich der sogenannten subsidiären oder sekundären 'Natur des Strafrechts*, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1993, 239.

¹⁴⁷ BEDAU, KELLY, *Punishment*, cit.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 325, 391; PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal*, Madrid, 2011, 57; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal*, cit., 243; DEMURO, *Ultima ratio*, cit., 1661.

di Beccaria, dei quali si riporta il seguente significativo passaggio: «in generale il peso della pena e la conseguenza di un delitto dev'essere la *più efficace* per gli altri e la *meno dura* che sia possibile per chi la soffre, perché non si può chiamare legittima società quella dove non sia principio infallibile che gli uomini si siano voluti assoggettare ai minori mali possibili»¹⁴⁸.

Da ultimo, completa il quadro del complesso dei limiti liberali ivi in esame il divieto di irrogazione delle pene con modalità lesive dei diritti degli accusati e dei condannati, e dunque, segnatamente, delle *garanzie processuali* – prima fra tutte la presunzione di innocenza – e *sostanziali*, nonché del *principio di uguaglianza* davanti alla legge¹⁴⁹.

Con riferimento alle prime, occorre evidenziare i rischi connessi ai tentativi di soddisfare tanto le finalità generalpreventive atte ad una rassicurazione della collettività circa l'efficienza del sistema, quanto le finalità retributive proprie delle esigenze di giustizia sostanziale ma perseguite al di fuori delle regole procedurali, in quanto tali sforzi tendono sovente a tradursi in una ricerca di un colpevole *ad ogni costo*.

Quanto alle seconde, si rende necessario segnalare le criticità dei tentativi di *flessibilizzazione* del processo in nome della giustizia, con la conseguente incidenza su istituti sostanziali quali il nesso di causalità, surrogato talvolta da categorie come l'aumento del rischio, e il dolo, la cui estensione risulta idonea a ricomprendere ipotesi manifestamente colpose.

Infine, del principio di uguaglianza appare particolarmente insidiosa la c.d. *criminologia attuariale*, di cui si rendono esponenti i sostenitori della c.d. tolleranza zero e il cui meccanismo, basato su quello tipico della matematica delle assicurazioni¹⁵⁰, si fonda sulla classificazione dei soggetti in gruppi statisticamente determinati a fronte di un maggiore o minore tasso di pericolosità¹⁵¹, legato, tuttavia, a fattori propri della sola categoria di appartenenza, a prescindere da parametri e comportamenti riconducibili al singolo individuo sottoposto alla misura di sorveglianza, contenimento o

¹⁴⁸ BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § XXVII.

¹⁴⁹ COCCO, *Appunti per una giustificazione*, cit., 13.

¹⁵⁰ Cfr. EWALD, *Insurance and Risk*, in BURCHELL, CORDON E MILLER (cur.), *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, Chicago, 1991; WACQUANT, *Les prisons de la misère, Raisons d'Agir*, Paris, 1999 [trad. *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale*, Milano, 2000]; WILSON, *Thinking About Crime*, New York, 1975.

¹⁵¹ EWALD, *Insurance and Risk*, cit., 195.

neutralizzazione. Tale tendenza sembra dunque condurre ad un ritorno alla – ormai superata – *giustizia di censo*, incompatibile con i principi propri (di cui si è detto ampiamente nella presente trattazione) della tradizione giuridica liberale¹⁵².

3.3. Considerazioni conclusive

In esito a quanto si è fin qui disquisito, è possibile formulare una serie di considerazioni finali, a partire dal fatto che la molteplicità dei limiti liberali ivi delineati esclude l'ammissibilità di un *sistema di deterrenza puro*, in quanto quest'ultimo, nel tentativo di fornire ai potenziali rei ragioni prudenziali ai fini dell'osservanza della legge, ossia le motivazioni idonee a giustificare l'esistenza dei precetti legislativi, finisce per relazionarsi agli stessi quali esseri esclusivamente egoisti, orientandoli attraverso la coercizione propria della minaccia. I limiti anzidetti costituiscono, in questo quadro, garanzia che la *previsione* della pena non si configuri effettivamente quale minaccia, bensì come l'annuncio della conseguenza (per l'appunto, la pena) della violazione della norma.

Così predisposto, il sistema in esame risulta allora pienamente rispettoso dei soggetti puniti o comunque avvertiti della pena, in quanto da un lato si delinea come una *forma di autodifesa*¹⁵³ della società, e dall'altro quale tutela a favore di coloro che, pur inabili al recepimento dell'*appello morale* della legge, possono comunque comprenderne le ragioni prudenziali¹⁵⁴. Può peraltro escludersi la configurazione della violazione del divieto kantiano di usare gli individui «soltanto come *mezzi*» a fronte dell'applicazione della sanzione all'autore volontario di un delitto previsto e accertato secondo le regole dell'ordinamento di uno Stato di diritto¹⁵⁵, ammettendosi, nei confronti di quest'ultimo e esclusivamente a tali condizioni, la perdita di alcuni diritti comunemente riconosciuti ai

¹⁵² Cfr. SANTORO, *Carcere e società liberale*, Torino, 1997; CASTEL, *From Dangerous to Risk*, in BURCHELL, CORDON E MILLER (cur.), *The Foucault Effect*, cit.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit.

¹⁵³ Tra i tanti, in Italia: ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 691.

¹⁵⁴ BAKER, *Consequentialism, Punishment and Autonomy*, in CRAGG (cur.), *Retributivism and its Critics*, Stuttgart, 1992, 149.

¹⁵⁵ Cfr. WALKER, *Punishment, Danger and Stigma: the morality of criminal justice*, Oxford, 1980, 80 s.

consociati nonché l'erogazione di alcuni tipi di trattamento, che al di fuori di questi casi sarebbero illegittimi¹⁵⁶.

Pur non andando esente da critiche¹⁵⁷, l'approccio attribuyente alla pena *finalità generalpreventive limitate* costituisce la forma più persuasiva di una sua giustificazione, essendo il sistema penale, in quest'ottica, strumento idoneo ad avvertire in modo equivalente la generalità dei consociati del rischio in cui potrebbero incorrere i loro diritti a fronte di intenzionali e specifici comportamenti dannosi¹⁵⁸.

Si ritiene così irrinunciabile la prospettiva di prevenzione generale¹⁵⁹ che può anche essere qualificata come *nuova* purché tenda ad una progressiva attenuazione della materia penale nonché del ricorso allo strumento carcerario, al fine di riservare uno spazio di intervento anche ad altre modalità operative di prevenzione dei comportamenti criminosi.

Si promuovono, in questo senso, interventi in ambito socio-economico nonché culturale in quanto bacini di proliferazione della criminalità, nonché, sul piano strettamente giuridico, lo sviluppo di sanzioni alternative a quella detentiva, anche attraverso la ridefinizione delle pene accessorie in pene principali (quali il lavoro socialmente utile o la detenzione di fine settimana) e anche ricorrendo alla loro applicazione già in sede di cognizione.

Infine, risultano in quest'ottica caldeggiabili altresì lo sviluppo – ulteriore – degli istituti valorizzanti la riparazione del danno e la tutela degli interessi materiali della vittima, unitamente all'impiego della mediazione ai fini della soluzione di conflitti impliciti a varie forme di criminalità, pur esclusivamente laddove questa risulti ammissibile e utile ai fini preventivi (e dunque non inappropriata, come in materia di violenza sessuale).

¹⁵⁶ GOLDMAN, *Toward a New Theory of Punishment*, L. and Phil., 1982, 57 ss.; MORRIS, C., *Punishment and Loss of Moral Standing*, Canadian J. of Phil., 1991, 53 ss.; WELLMAN, *The Rights Forfeiture Theory of Punishment*, Ethics 2012, 371 ss.

¹⁵⁷ Ci si riferisce alle critiche rivolte alla pena strettamente rispettosa dei limiti liberali, rea – sempre secondo tali critiche – dell'irrigidimento eccessivo del formalismo giuridico e idonea, di conseguenza, ad ostacolare a priori un trattamento equivalente per reati concretamente identici; tra gli esponenti di tali approcci valutativi: CACCIARI, *Due passi all'inferno. Brevi note sul mito della pena*, in CURI e PALOMBARINI (cur.), *Diritto penale minimo*, Roma, 2002, 243; ROSS, *Colpa, responsabilità e pena*, cit., 223 ss.

¹⁵⁸ HART H.L.A., *Punishment and Responsibility*, cit.

¹⁵⁹ COCCO, *Appunti per una giustificazione*, cit., 14; ID, *Teorie sulla pena*, cit., 22.

4. Il sovraffollamento carcerario: la patologia della neutralizzazione

Avendo già dato conto, nel precedente paragrafo, delle ragioni¹⁶⁰ legittimanti la configurazione delle finalità dell'ordinamento penale proprio di una società liberale in termini di prevenzione generale e, segnatamente, nella sua tradizionale accezione negativa, nonché dei limiti che ad esse si affiancano, necessari in funzione della salvaguardia delle libertà individuali nei confronti del potere pubblico, appare ora opportuno approfondire la giustificazione dell'applicazione e dell'esecuzione della pena¹⁶¹, essendo gli stessi profili di crescente rilievo nel dibattito contemporaneo.

In particolare, nella seguente trattazione si indagheranno i principi e le finalità dei suddetti momenti sanzionatori, unitamente ai criteri per la determinazione della pena, tanto relativamente alla sua entità quanto alla sua tipologia¹⁶². Infine, si approfondirà la correlata questione, di significativa incidenza, del *sovraffollamento carcerario* quale corollario patologico della neutralizzazione.

L'analisi che si propone rinvia alla c.d. *teoria del sistema di pene*, concernente l'individuazione e la definizione degli strumenti idonei a permettere l'attuazione concreta delle finalità della pena, in ossequio ai principi giustificatori della stessa. È ivi possibile discernerne tre distinti ambiti concettuali: il diritto delle tipologie di pena, il diritto della loro applicazione nonché determinazione e il diritto dell'esecuzione penale¹⁶³.

4.1. Cenni ad un'ineludibile giustificazione liberale dell'applicazione ed esecuzione della pena

Nonostante, come si è già stabilito precedentemente, l'*applicazione* della pena – e per questa intendendosi la condanna del reo e la sua commisurazione – si fondi sulla correlazione tra la sua legittimazione e la giustificazione dell'ordinamento penale ai fini generalpreventivi (nel senso che anch'essa persegue scopi di prevenzione generale, essendo essa stessa la conferma della serietà dell'avvertimento proprio della pena), questo non implica tuttavia in alcun modo che il giudice, nelle operazioni concernenti la

¹⁶⁰ Cfr. COCCO, *Appunti per una giustificazione*, cit., 2-14; ID, *Teorie sulla pena*, cit., 3-22.

¹⁶¹ Cfr. COCCO, *Nothing Works: per il recupero della giustificazione liberale della applicazione e della esecuzione della pena*, in *Ind. pen.*, 2020; ID, *Teorie sulla pena*, cit.

¹⁶² Cfr. DUFF, *Legal punishment*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2013.

¹⁶³ GRACIA MARTÍN, in GRACIA MARTÍN, BOLDOVA PASAMAR, ALASTUEY BOLDON, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2004, 32.

quantificazione della pena del caso concreto, debba adottare un approccio teleologico o finalistico, precipuamente in quanto egli non dispone di informazioni sufficienti alla prospettazione dei tangibili, attuali o futuri, effetti dell'inflizione dell'una non meno che dell'altra sanzione a un dato soggetto e in un preciso momento, nonché della reale utilità collettiva di una condanna rispetto ad un'assoluzione.

Il momento *applicativo* della pena può dunque giovare di una giustificazione perlopiù *procedurale*, che trova fondamento nell'idea per cui da un sistema fondamentalmente *equo* non possono che derivare decisioni altrettanto *giuste*, pur residuando la possibilità di un errore o di una lacuna prudenziale del giudice stesso. Invero, al di fuori dello schema legislativo sanzionatorio di una società *giusta*, facendosi con questo riferimento ad un ordinamento strutturato conformemente ai limiti anzidetti, non è dato riscontrare una precisata concezione di “*pena meritata*” per il singolo reo. Quest'ultima, allora, non può essere altro se non il prodotto di un ordinamento così configurato, identificandosi di fatto nella pena *autorizzata* da un sistema sanzionatorio penale equo e costituendo così espressione di “*pura giustizia procedurale*”¹⁶⁴.

In quest'ottica, non solo deve essere rigettato qualsivoglia tentativo di configurazione di un criterio indipendente e astratto di *meritevolezza*, che si basi su intuizioni o calcoli utilitaristici, ma altresì, chiunque sia riconosciuto responsabile di un fatto, risulterà essere meritevole di subire la sanzione e, *ceteris paribus*, dovrebbe effettivamente subirla. Fare diversamente, e dunque esimere dalla pena coloro che hanno determinato la violazione delle disposizioni normative, significherebbe anzitutto arrecare un'ingiustizia a coloro che, al contrario, hanno mantenuto un comportamento rispettoso dell'ordinamento e, in secondo luogo, legittimerebbe la creazione di una classe di *free riders* dannosi per la società¹⁶⁵.

È così, pertanto, che è possibile riconoscere quali intrinseci alla pena applicata al caso singolo, elementi essenzialmente *retributivi*, essendo ciascun provvedimento sanzionatorio tanto concettualmente quanto normativamente, di fatto, un atto di privazione per chi lo subisce, ossia colui che è stato accertato quale responsabile e

¹⁶⁴ RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), 1971 [trad., *Una teoria della giustizia*, Milano, 1984].

¹⁶⁵ BEDAU, KELLY, *Punishment*, cit.

esclusivamente in ragione di tale accertamento. Si tratta, questa, di una prospettiva nettamente distante da quella propria delle teorie miste, attribuenti – viceversa – alla fase applicativa la *valorizzazione dei fattori personali e sociali* ai fini della determinazione della pena e della prevenzione speciale¹⁶⁶; a ben vedere, difatti, gli strumenti di cui dispone il giudice per effettuare tali valutazioni risultano essere minimi e tutti relativi al passato piuttosto che al futuro (si pensi ai precedenti penali).

Da ultimo, ci si limiterà a richiamare quanto già esposto in precedenza¹⁶⁷: pur identificandosi la pena *giusta*, nelle fasi di previsione ed applicazione, in quella proporzionata alla violazione secondo un criterio retributivo, la sua funzione primaria nonché giustificazione deve essere generalpreventiva, risultando così possibile modularla sulla base di esigenze preventive concrete¹⁶⁸.

Procedendo ora all'analisi della giustificazione fondante l'*esecuzione* della pena, è possibile affermare che tale fase appare il contesto privilegiato di applicazione delle teorie *utilitaristiche*, essendo la stessa legittimata esclusivamente in ragione dell'utilità sociale prodotta¹⁶⁹; invero, a fronte della certezza di una futura assenza assoluta di commissione di reati, il carcere equivarrebbe ad un costo inutile¹⁷⁰.

Sul punto, si è già sottolineata la stretta correlazione tra la fase esecutiva e tanto il principio di prevenzione generale - dovendo, la pena minacciata, essere dotata di *credibilità* in quanto efficacemente applicata ed eseguita – quanto quello di prevenzione speciale, che deve trovare altresì sinergica e significativa applicazione, in ossequio a quanto corroborato dalle teorie miste¹⁷¹.

A ben vedere, anche la c.d. *prevenzione individuale positiva* mediante la risocializzazione si pone di fatto al servizio delle istanze generalpreventive sia con riferimento all'ipotesi di recidiva, concernente gruppi non certamente esigui di soggetti (i c.d. *pregiudicati*) capaci di determinare lesioni di significativa gravità ai beni giuridici, sia relativamente alla funzione di garanzia nonché conferma, alla collettività, della

¹⁶⁶ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas*, cit., 60; Cfr. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in JuS 1966, 377; e in ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, cit., 24.

¹⁶⁷ Si veda Cap. I, par. 3.1., p. 28 della presente trattazione.

¹⁶⁸ COCCO, *Nothing Works*, cit., 292-293.

¹⁶⁹ PAVARINI, *Il 'grottesco' nella penologia contemporanea*, in CURI, PALOMBARINI, cit., 260.

¹⁷⁰ Si dimostra così nuovamente l'assurdità della posizione kantiana, illustrata al Cap. I, par. 2.3.2., p. 16 della presente trattazione.

¹⁷¹ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas*, cit., 60.

vigenza dell'ordinamento penale e dunque di adeguata tutela dei beni giuridici, anche attraverso tali strumenti risocializzanti¹⁷².

Anche qualora si condividesse la prospettiva che predilige, tra le diverse modalità a disposizione della società quali reazioni al fenomeno criminoso, la socializzazione *effettivamente riuscita* in quanto l'unica idonea a trovare giustificazione razionale¹⁷³, non per questo verrebbe meno la caratteristica delicatezza della materia stessa.

Di particolare rilevanza sono, da un lato, le incongruenze proprie della risocializzazione inserita in un contesto di prassi, dovute alla carenza strutturale di adeguate risorse atte al suo sostentamento; dall'altro lato, lo stesso concetto risulta in sé *ambivalente*¹⁷⁴, giacché la risocializzazione può identificarsi in egual misura nei due estremi di mera esigenza di evitare la c.d. desocializzazione e del problematico intento di trasformare la personalità del reo.

Pertanto, l'attuazione della risocializzazione può rivelarsi complessa a fronte di delitti che rinvergono, tra le loro cause scatenanti, carenze soggettive di socializzazione del reo; in particolare, si fa ivi riferimento a talune categorie di reati gravi e, soprattutto, alla recidiva in materia di reati contro il patrimonio¹⁷⁵.

Da ultimo, va tenuto presente che la fase esecutiva non può essere interessata da un conflitto tra scelte risocializzanti e istanze generalpreventive, necessitando queste ultime di essere in ogni caso prevalenti, a costo della generazione, in seno alla collettività, di un sentimento di *sfiducia* circa la certezza del diritto nonché la sua capacità di fornire tutela ai beni giuridici, fino al rischio di sfociare in reazioni incontrollate.

Deve invece escludersi l'idoneità della *mera retribuzione* a fornire contenuti e direttive alle politiche penitenziarie, essendo ormai risalente e superata la tradizionale concezione del carcere quale centro atto alla sola custodia e dei condannati quali soggetti lasciati al loro destino¹⁷⁶. La retribuzione, difatti, non solo non trova applicazione nella

¹⁷² Sul punto, si ricorda l'affermazione della stessa Corte EDU I, 13.6.2019, n. 77633/16, *Viola c. Italia*, relativa al fatto che la funzione di risocializzazione ha lo scopo ultimo di prevenire la recidiva e proteggere la società.

¹⁷³ GÜNTHER, *Responsabilità e pena*, cit., 101.

¹⁷⁴ PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in *Studi Dolcini*, Milano, 2018, II, 538.

¹⁷⁵ Sul punto, LÜDERSEN, *Kriminologie. Einführung in die Probleme*, Baden-Baden, 1984, 103 s., riferendosi a strutture narcisistiche della personalità.

¹⁷⁶ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas*, cit., 49.

fase esecutiva proprio in ragione della pluralità di regimi carcerari, ma risulta altresì messa in crisi dalle c.d. *misure alternative alla detenzione*, artefici dell'introduzione di nuovi presupposti ai fini della modulazione della durata della pena oltre – si intende – a quello basato sulla *gravità* del reato (tra questi, la condotta osservata dal detenuto in carcere, nonché le condizioni oggettive di un suo eventuale reinserimento nella società), criticabili¹⁷⁷ a fronte del loro risvolto applicativo non rispondente a criteri di certezza e di razionalità.

A chiusura di questo quadro introduttivo e in virtù di quanto fin qui esposto, è agevolmente condivisibile l'affermazione corroborante l'incompatibilità, con il fondamento liberale della pena, di un *sistema puro di neutralizzazione*, interessato al solo e precipuo fine di impedire ai condannati la commissione di ulteriori reati. Si tratta infatti di un sistema di tendenziale prefigurazione e neutralizzazione delle scelte future dei singoli soggetti, che rifiuta il riconoscimento, in capo agli stessi, della libertà di determinare autonomamente la loro condotta futura in quanto agenti morali responsabili.

Di tale approccio, nondimeno, è possibile rintracciare talvolta degli elementi anche nelle normative attuali, della cui evoluzione ed impatto sull'istituto carcerario si approfondirà subito.¹⁷⁸

4.2. Il riformismo penitenziario e la crisi del sistema penale

Nel quadro delle persistenti criticità che connotano il sistema penale si inserisce indubbiamente il tema del c.d. *riformismo penitenziario*, segnato da una tensione irrisolta tra istanze di cambiamento e consolidate inerzie nonché ineffettività strutturali proprie del sistema penale, inficianti la certezza della pena ed incoraggianti fenomeni quale il *sovraffollamento carcerario*.

Si ritiene opportuno dunque, preliminarmente, effettuare una disamina delle varie riforme succedutesi nell'ambito dell'ordinamento penitenziario, a partire da quella emblematica del 1975 (L. 354/1975), che ha introdotto in via inaugurale le *misure alternative alla detenzione* sotto l'egemonia culturale della risocializzazione, pur

¹⁷⁷ MOSCONI, *La crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effetti sull'istituzione penitenziaria*, in CURI, PALOMBARINI, cit., 358.

¹⁷⁸ COCCO, *Nothing Works*, cit., 296-297; ID, *Teorie sulla pena*, cit., 25-26.

mantenendo la centralità della pena detentiva. Attraverso tali innovative misure, applicate nella fase esecutiva ad opera del magistrato di sorveglianza sulla base di principi e criteri nettamente differenti rispetto a quelli propri della fase commisurativa della pena nel giudizio di cognizione¹⁷⁹, è stata possibile l'affermazione, come regola, del modello della *pena flessibile*, orientato esclusivamente a finalità specialpreventive positive conformemente ad una logica correzionale, fondata su un giudizio prognostico di non recidività.

Alla riforma del 1975 or ora richiamata seguirono numerosi interventi normativi, artefici del superamento dell'impostazione di prevenzione speciale in senso positivo attraverso l'ampliamento dei criteri di accesso alle misure alternative e, per contro, il decremento del ricorso alla pena detentiva, fin qui concepita quale risposta onnicomprensiva alle esigenze di politica tanto criminale quanto sociale nonché causa concorrente all'aggravamento del fenomeno del sovraffollamento penitenziario.

In particolare, si fa riferimento anzitutto alla legge c.d. Gozzini (L. 633/1986), la quale prende le distanze dalle finalità specialpreventive in senso stretto, privilegiando invece una logica eminentemente premiale volta alla sollecitazione del condannato affinché lo stesso osservi condotte ritenute socialmente utili¹⁸⁰; più precisamente, attraverso l'ammissione all'affidamento in prova ai servizi sociali anche in assenza di una previa osservazione della personalità in ambito carcerario, la riforma non solo ha esteso l'ambito di operatività delle misure alternative già esistenti, ma ha altresì creato le condizioni ideali ai fini del consolidamento della tendenza ad una *negoziabilità* della pena nella fase esecutiva, in risposta ad esigenze di natura tecnocratica connesse ai disagi sofferti dalla popolazione carceraria¹⁸¹.

In rapporto di continuità con tale rinnovato orientamento si rinviene la legislazione emergenziale preordinata al contrasto della criminalità organizzata, imperniata su due direttrici, di cui la prima è riconducibile all'attuazione di un sistema sanzionatorio

¹⁷⁹ In particolare: *an*, *quantum* e *quomodo* sono modulati tenendo in considerazione le caratteristiche personali del reo, la condotta tenuta dallo stesso in carcere, nonché le condizioni oggettive di un eventuale reinserimento; in questo senso è altresì possibile distinguere le misure in esame dalle c.d. *sanzioni sostitutive delle pene detentive* comminate dal giudice con la condanna.

¹⁸⁰ PAVARINI, *Il 'grottesco'*, cit., 262.

¹⁸¹ PAVARINI, *La penitenziarizzazione della giustizia penale*, in MOCCIA (cur.), *La giustizia contrattata*, Napoli, 1998, 75 ss.

connotato da maggiore rigurosità, mentre la seconda è identificabile quale esasperazione della tendenza alla negoziabilità dei termini della pena, fino alla configurazione della possibilità di una *rinuncia all'esecuzione* della condanna all'ergastolo in presenza di una collaborazione qualificata. In particolare, quest'ultima, benché evidentemente efficace nella lotta al fenomeno mafioso, risultava tuttavia incoerente con le finalità specialpreventive¹⁸².

Nel solco di tali legislazioni è altrettanto rilevante la riforma Simeone-Saraceni del 1998 (L. 165/1998), promotrice della flessibilità dell'esecuzione penale tanto da sopersedere in alcuni casi di fatto alla stessa, quale risposta alle criticità generate dal fenomeno del sovraffollamento carcerario¹⁸³. Coerentemente, è stata artefice dell'ampliamento dell'ambito di applicazione delle misure alternative – che per esigenze di sintesi non verrà approfondito in questa sede – mancando, tuttavia, di provvedere ad un corrispondente rafforzamento dell'organico a controllo e supporto del condannato (tanto del corpo della polizia, quanto dei servizi sociali)¹⁸⁴.

Si inseriscono, in tale contesto, ulteriori nonché numerosi interventi, ai quali si provvede ivi di seguito a fare breve accenno¹⁸⁵: in primo luogo la L. 207/2003, che ha introdotto il c.d. indultino, configurato non come misura alternativa bensì quale sospensione dell'esecuzione della pena detentiva degli ultimi due anni a condizione che il condannato abbia espiato almeno metà della pena, con conseguente estinzione della stessa a fronte dell'esito positivo della prova nei cinque anni successivi¹⁸⁶.

In secondo luogo, rilevante è la legge ex Cirielli (L. 251/2005), che da un lato ha limitato l'accesso ai benefici per i soggetti recidivanti e, segnatamente, in caso di recidiva reiterata; dall'altro lato, ha esteso ai soggetti ultrasettantenni la possibilità di applicazione della detenzione domiciliare.

Proprio in relazione a quest'ultimo regime sanzionatorio di particolare importanza è la novità introdotta inizialmente in via temporanea dalla legge Alfano (L. 199/2010) e poi stabilizzata dal d.l. n. 146/2013, convertito in L. 10/2014, per questa intendendosi

¹⁸² COCCO, *Nothing Works*, cit., 297-298; ID, *Teorie sulla pena*, cit., 26.

¹⁸³ PAVARINI, *Il 'grottesco'*, cit., 263.

¹⁸⁴ COCCO, *Nothing Works*, cit., 297-298.

¹⁸⁵ COCCO, *Nothing Works*, cit., 298.

¹⁸⁶ La c.d. *sospensione condizionata dell'esecuzione detentiva nel limite massimo di due anni* può essere concessa *una tantum* e non trova applicazione per i delinquenti abituali, professionali o per tendenza e per i condannati per reati particolarmente gravi (tra questi: associazione per delinquere di stampo mafioso, traffico di stupefacenti, violenza sessuale).

l'istituto dell'esecuzione della pena presso il domicilio. Peraltro, la stessa disciplina ha introdotto l'istituto dell'affidamento in prova *allargato* applicabile a chi, anche in via residuale, debba espiare una pena non superiore a quattro anni.

Tali ultimi provvedimenti, unitamente al d.l. 211/2011 (convertito in L. 9/2012) nonché al d.l. n. 78/2013 (convertito con modificazioni in L. 94/2013), denominate *svuota-carceri*, hanno fatto seguito agli interventi della Corte EDU che, con le sentenze *Sulejmanovic e Torreggiani*¹⁸⁷, ha condannato l'Italia rilevando la violazione dell'art. 3

¹⁸⁷ Rispettivamente, C. EDU II, 16.7.2009, *Sulejmanovic c. Italia*, n. 22635/03 e C. EDU 8.1.2013, *Torreggiani c. Italia* ric. nn. 43517/09, 55400/09, 57875/09, 35315/10 e 37818/10.

Ai fini della presente trattazione giova fare ivi accenno alle vicende che hanno portato alle due pronunce or ora riportate, nonché ai principi sanciti, in tali occasioni, dalla Corte EDU; cfr. BILE, *Caso Sulejmanovic c. Italia – Sintesi*, 2009, www.governo.it; REDAZIONE GIURISPRUDENZA PENALE, *Sentenza Torreggiani: Strasburgo condanna l'Italia*, in *Giurisprudenza penale*, 2013; COCCO, *Nothing Works*, cit., 299.

In particolare, per quanto riguarda la citata sentenza *Sulejmanovic c. Italia*: il ricorrente Izet Sulejmanovic, cittadino bosniaco, si è trovato a disporre, per la durata della sua detenzione nel carcere di Rebibbia, la cui entità – benché imprecisata – è stata indubbiamente superiore ai due mesi e mezzo, di uno spazio individuale di circa 2,70 m², dovendo condividere una cella di 16,20 m² con annesso locale sanitario di 5,04 m² insieme ad altre cinque persone. A fronte di tale ricorso, la Corte EDU ha richiamato la propria giurisprudenza in materia (si vedano, a tal proposito, le sentenze: *SAADI contro Italia*, n. 37201/06, del 28 febbraio 2008; *LABITA contro Italia*, n. 26772/95, del 6 aprile 2000; *KUDLA contro Polonia*, n. 30210/96, del 26 ottobre 2000), affermando anzitutto l'applicabilità assoluta ed indiscriminata dell'art. 3 Cedu, a prescindere dalla tipologia nonché gravità dei fatti commessi; in secondo luogo, la Corte ha evidenziato l'importanza, quale corollario dell'articolo in esame, dell'obbligo dello Stato di assicurarsi della compatibilità tra le condizioni detentive di ogni detenuto e il rispetto della dignità umana, così come del fatto che le modalità esecutive della misura non costituiscano per il detenuto una prova di intensità superiore a quella inevitabilmente insita alla detenzione in sé, nonché, infine, che la salute e il benessere dello stesso siano adeguatamente assicurate. Peraltro, facendo riferimento ad alcune recenti pronunce, rese prevalentemente nei confronti della Russia (si vedano, in particolare, le sentenze: *TREPACHKINE contro Russia*, n. 36898/03, del 19 luglio 2007; *ALEKSANDR MAKAROV contro Russia*, n. 15217/07, del 12 marzo 2009; *LIND contro Russia*, n. 25664/05, del 6 dicembre 2007; *KANTYREV contro Russia*, n. 37213/02, del 21 giugno 2007; *ANDREĬ FROLOV contro Russia*, n. 205/02, del 29 marzo 2007; *LABZOV contro Russia*, n. 62208/00, del 16 giugno 2005; *MAYZIT contro Russia*, n. 63378/00, del 20 gennaio 2005; *MOISSEIEV contro Russia*, n. 62936/00, del 9 ottobre 2008; *Vlassov contro Russia*, n. 78146/01, del 12 giugno 2008; *BABOUCHKINE contro Russia*, n. 67253/01, del 18 ottobre 2007; *PEERS, contro Grecia*, n. 28524/95, del 19 aprile 2001), la Corte ha ribadito che la quantificazione dello spazio personale di ciascun detenuto deve tenere conto di numerosi fattori (tra questi, a titolo di esempio: la durata della privazione della libertà, le condizioni psichiche e fisiche del soggetto) e, in ragione di questi, non può dunque stabilirsi a priori una volta per tutte. Inoltre, si è specificato che, da una parte, in alcuni casi più gravi di sovrappopolazione lo stesso spazio individuale inferiore a 3 m² aveva giustificato di per sé l'accertamento della violazione dell'art. 3 Cedu, mentre dell'altra, in altri casi, nonostante il dato della sovrappopolazione risultasse più mite, la verifica circa il rispetto dell'art. 3 Cedu prendeva in ogni caso le mosse da ulteriori aspetti quali l'areazione disponibile, l'accesso alla luce e all'aria naturali e così via.

A fronte di tali richiami giurisprudenziali e della situazione oggetto del ricorso presentato dal Sig. Sulejmanovic la Corte ha ritenuto infine che la mancanza di spazio sofferta dal ricorrente durante il periodo interessato da tale tasso di sovrappopolazione nella cella (e dunque fino ad aprile del 2003 e non oltre), fosse idonea di per sé ad integrare la violazione dell'art. 3 Cedu, condannando conseguentemente l'Italia al pagamento di un risarcimento per il danno morale pari a euro 1.000 a favore del ricorrente.

Quanto alla sentenza *Torreggiani c. Italia*, essa costituisce l'esito di sette ricorsi depositati tra il 2009 e il 2010 da parte di altrettanti detenuti che lamentavano la violazione dell'art. in esame a fronte della loro permanenza nelle carceri di Busto Arsizio e di Piacenza in celle triple e con meno di 4 m² a propria disposizione. Significativa è la qualificazione della stessa sentenza, da parte dei giudici, quale “sentenza

della Convenzione¹⁸⁸, quale esito del crescente contrasto tra le finalità proprie della pena prevista e applicata da un lato e quelle della pena effettivamente eseguita dall'altro, contesto in cui ha assunto rilievo particolarmente critico il fenomeno del sovraffollamento carcerario, qualificabile quale *surplus* afflittivo.

A fronte di tale evoluzione normativa risulta possibile affermare indubbiamente che l'esito del riformismo penitenziario non è dato riscontrarsi in altro se non nella *frammentazione* del sistema sanzionatorio classico¹⁸⁹. Più precisamente, viene sovvertito l'assetto del principio di intangibilità del giudicato – che rinviene originario fondamento in una concezione meritocratica della pena – nonché del principio di uguaglianza, rispettivamente a causa della crescente autonomia della fase esecutiva e del necessario carattere individualizzante della pena finalizzata alla risocializzazione che finisce, di fatto, per essere disomogenea.

Ne deriva, conseguentemente, una compromissione tanto alla certezza formale del diritto penale, quanto alla centralità del fatto di reato rispetto alla figura dell'attore¹⁹⁰.

A fronte delle *inevitabili disuguaglianze* proprie della fase esecutiva e dunque di un diritto penale di fatto riproduttore delle stesse, l'unica soluzione praticabile appare essere quella dell'affermazione del principio di sussidiarietà nella fase della comminatoria quale esito di una mediazione ispirata a criteri di efficacia; ciò al fine di garantire, nel contesto

pilota” per gli eventuali futuri e analoghi casi italiani di sovraffollamento carcerario, che costituisce peraltro l'elemento distintivo rispetto alla sentenza *Sulejmanovic c. Italia* di cui si è appena detto, essendo tale sovraffollamento, nel caso Torreggiani, di fatto qualificato come problema sistemico, connotato ed aggravato da criticità strutturali nonché ulteriori condizioni materiali degradanti (tra cui la mancanza di acqua calda per lunghi periodi, di illuminazione o ventilazione) incompatibili con il rispetto della dignità umana. A fronte di tali criticità, come anticipato, la Corte di Strasburgo ha condannato unanimemente l'Italia per la violazione dell'art. 3 Cedu, corroborando tale decisione attraverso argomenti di fatto analoghi a quelli richiamati *supra* in occasione della sentenza del 2009. Di questi ultimi, ai fini di una maggiore chiarezza, se ne riporta un estratto: «La carcerazione non fa perdere al detenuto il beneficio dei diritti sanciti dalla Convenzione. Al contrario, in alcuni casi, la persona incarcerata può avere bisogno di una maggiore tutela proprio per la vulnerabilità della sua situazione e per il fatto di trovarsi totalmente sotto la responsabilità dello Stato. In questo contesto, l'articolo 3 pone a carico delle autorità un obbligo positivo che consiste nell'assicurare che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l'interessato ad uno stato di sconforto né ad una prova d'intensità che ecceda l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della reclusione, la salute e il benessere del detenuto siano assicurati adeguatamente».

¹⁸⁸ Si riporta di seguito il testo del citato art. 3 Cedu: «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

¹⁸⁹ PAVARINI, *Il 'grottesco'*, cit., 264.

¹⁹⁰ FERRAJOLI, *Diritto e ragione.*, cit.; PAVARINI, *Il 'grottesco'*, cit., 267.

di uno stato genuinamente liberale, il maggior grado di soddisfazione dei consociati, tanto sul versante della loro libertà, quanto su quello dell'evoluzione sociale¹⁹¹.

Sul punto, è possibile rilevare una serie di osservazioni, prima fra tutte quella che individua tra le concause del problema del sovraffollamento carcerario l'incapacità del legislatore di risolvere *a monte* il contrasto tra le divergenti istanze di politica criminale, con conseguente attribuzione alla fase esecutiva il compito di riequilibrarle. Tale meccanismo, di fatto, culmina nella correzione – in tale ultima fase – degli eccessi nell'esercizio dello *ius puniendi*, trovando piena copertura nel consolidato alibi della tutela dell'ideologia specialpreventiva (c.d. truffa delle etichette)¹⁹².

Peraltro, il sistema così congegnato produce esiti paradossali relativamente all'attuale realtà carceraria, in quanto la stessa – in cui costante è il dato di un terzo di detenuti stranieri, così come quello di un quarto di tossicodipendenti – risulta inidonea alla soddisfazione di finalità preventive, siano queste speciali positive o generali (avendo riguardo soprattutto alla dimensione largamente diffusa dell'illegalità in questione), permettendo invece piena nonché prevalente soddisfazione delle esigenze *meramente neutralizzanti*¹⁹³.

Nella medesima ottica di *neutralizzazione* trova collocazione altresì la legislazione i cui destinatari sono soggetti qualificati come particolarmente pericolosi, condannati ad una pena c.d. indeterminata (a tale funzione pare ancora rispondere l'ergastolo) da eseguirsi in istituti di massima sicurezza¹⁹⁴; si tratta, in tal caso, di misure aventi natura progressivamente assimilabile a quella delle misure di sicurezza previste per gli imputabili¹⁹⁵, configurandosi entrambe quali misure politico-amministrative la cui applicazione si fonda su valutazioni di pericolosità nonché quale risposte alle esigenze di contrasto e controllo della criminalità.

¹⁹¹ DE LA CUESTA AGUADO, *Un Derecho penal en la frontera del caos*, in *Rev. Et. Jur. y Ec. de la Fund. Un. de Algeiras*, 1997, 43.

¹⁹² PAVARINI, *Il 'grottesco'*, cit., 264; MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas*, cit., 54.

¹⁹³ PAVARINI, *Il 'grottesco'*, cit., 288.

¹⁹⁴ Trovano perfetta raffigurazione in questo ambito gli ergastolani, che sulla base dei dati forniti dal Ministero della Giustizia a fine 2023 risultavano essere più di 1800; oltre 700 sono altresì i sottoposti al regime speciale cd. del 41-bis L. cd. Gozzini.

¹⁹⁵ PAVARINI, *Il 'grottesco'*, cit., 289.

In ultima analisi, nella prassi, sembra trovare concreta attuazione la risalente impostazione delineata nel *Programma di Marburgo* (1882) di von Liszt. Quest'ultimo infatti riservava diverse critiche alla concezione retributiva allora egemone, qualificando piuttosto la pena come giusta in quanto funzionale alla tutela dei beni giuridici.

Secondo tale prospettiva la sanzione penale assume una proiezione teleologica orientata al futuro, modulandosi diversamente a seconda della tipologia di autore coinvolto, segnatamente recidivo ma recuperabile, occasionale, ovvero non recuperabile, nei cui confronti trovano giustificazione, rispettivamente, strumenti di deterrenza, rieducazione ovvero neutralizzazione¹⁹⁶.

4.3. La questione della pena eseguita

A fronte della grave nonché allarmante crisi del sistema sanzionatorio penale, dei cui tratti caratteristici si è fin qui disquisito, si pone l'esigenza di una riconsiderazione critica delle c.d. *misure alternative alla detenzione*¹⁹⁷, essendo state le stesse a lungo disattese anche dagli studiosi stessi¹⁹⁸, in ragione della distanza introdotta dal legislatore fra tali misure e la *teoria dei tipi di pena* ovvero la *sanzione prevista in sede edittale* – in cui risulta di primaria importanza quella detentiva – così come i criteri di commisurazione ad essa correlati, inevitabilmente connotati da componenti retributive.

Delle misure in esame è difatti possibile rinvenire originaria e teorica configurazione quali strumenti di attuazione della funzione rieducativa e, segnatamente, di quella risocializzante nell'ambito dell'ordinamento penitenziario, in ossequio all'art. 27, co. 3 Cost.¹⁹⁹, unitamente al principio di umanità della pena²⁰⁰; tuttavia, nella prassi,

¹⁹⁶ COCCO, *Nothing Works*, cit., 300.

¹⁹⁷ Per queste intendendosi l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare, la semilibertà e la liberazione anticipata, disciplinate dall'ordinamento penitenziario (*ex artt. 47 ss.*), a cui può essere aggiungersi la liberazione condizionale, prevista invece nel codice penale. Tali misure sono chiaramente distinte dalle c.d. sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, comminate dal giudice per la condanna, essendo le prime, al contrario, applicate nella fase esecutiva dal Magistrato di sorveglianza, come già accennato *supra* nella presente trattazione (in particolare, si veda il §4.2., p. 52).

¹⁹⁸ Evidenza di tale tendenza può essere rinvenuta nell'esigua trattazione delle stesse in diversi manuali di diritto penale, tra cui, a titolo esemplificativo, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 791 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, 10^a ed., Padova, 2017, 748 ss.

¹⁹⁹ Di cui si è già trattato, in particolare al §2.2., pp. 8 ss. della presente trattazione; e, sul punto: MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale, Parte generale*, 8^a ed., 2019, 742 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Parte generale*, cit., 791 ss.

²⁰⁰ DOLCINI, *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in *Dir. Pen. Cont.* 22.2.2018

tali misure hanno subito una progressiva trasformazione, delineandosi nel tempo quali strumenti duttili, asserviti alle più svariate ed eterogenee politiche punitive.

In particolare, rileva in questo ambito, l'identità – attuata pur sempre in occasione della loro applicazione concreta – tra la loro funzione tipica e quella volta al contenimento del sovraffollamento carcerario, così come di fatto testimoniato dalle recenti legislazioni la cui denominazione (c.d. *svuota-carceri*) costituisce la dimostrazione della relativa estensione applicativa.

Ciò che ne deriva è una progressione di riforme penali contribuenti alla formazione di un quadro complessivo connotato da marcata irrazionalità ed ambiguità: da una parte, numerosi e reiterati risultano gli incrementi delle pene edittali in un'ottica di contrasto alle forme di criminalità maggiormente allarmanti sul piano sociale o idonee a sollevare istanze retributivo-repressive e moralizzatrici; dall'altra, notevole è l'ampliamento dell'ambito di applicazione delle misure alternative, con conseguente attenuazione degli effetti dei suddetti aumenti di pena²⁰¹.

A questo punto, ai fini di un'autentica comprensione e contrasto alla crisi della sanzione penale, si rende manifesta la necessità di un'analisi approfondita della *questione della pena effettivamente eseguita*; la stessa, infatti, si distanzia nettamente da quella minacciata e da quella irrogata proprio in ragione dell'intervento delle misure alternative²⁰². In particolare, queste ultime, poiché spesso oggetto di un utilizzo non appropriato, sono state indubbiamente concause dell'affermazione di un diritto penale inefficace nonché generatore di disuguaglianze, le quali, benché inevitabili in virtù della

²⁰¹ COCCO, *Nothing Works*, cit., 301; cfr. altresì CERESA CASTALDO, *La legge, il giudice, la pena*, in *Sist. pen.*, 2020.

²⁰² Nella sent. n. 32/2020 la Corte cost. ha sostanzialmente riconosciuto la *natura di pena* delle misure alternative alla detenzione, allontanando, invece la concezione che le identifica quale mera modalità esecutiva della stessa. Suffragando quanto detto, la Corte ha difatti dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'applicazione retroattiva della legge c.d. Spazzacorrotti (L. n. 3/2019), segnatamente laddove questa estende alla maggior parte dei reati contro la pubblica amministrazione le medesime preclusioni alle misure alternative in esame disposte ex art. 4-bis o.p. o in relazione ai reati di criminalità organizzata. In particolare, sul punto, la Consulta afferma che il tradizionale orientamento per cui le pene detentive devono essere eseguite in base alla legge vigente al momento della loro esecuzione (e non quella in vigore al momento del fatto) va disatteso quando detta legge sopravvenuta comporti «una trasformazione della natura della pena e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato», in ragione – sottolinea la Corte – della differenza radicale che vi è tra il fuori e il dentro il carcere, tanto sul versante quantitativo quanto e primariamente su quello qualitativo.

necessaria personalizzazione della pena nella fase esecutiva, sarebbero – quantomeno in parte – contenibili²⁰³.

Così configurate, le misure in esame rappresentano pertanto quello che può essere definito il “lato oscuro della pena”²⁰⁴ o, per utilizzare una differente espressione, il “volto meno noto del diritto penale”²⁰⁵, essendo le stesse sottratte alla verifica pubblica del dibattimento penale e rimesse ad un’ampia discrezionalità giudiziale esercitata in fase esecutiva, a fronte di una (teorica) modulazione di queste sulla base delle caratteristiche personologiche del condannato da parte della magistratura di sorveglianza. Tale ultimo fattore, sebbene in parte necessario, risulta essere inevitabilmente concorrente alla promozione della crescente sfiducia nell’effettività e nella giustizia del sistema penale, essendo abituale l’espressione di sconcerto da parte di vittime ed opinione pubblica quando, a distanza di pochi anni dalla condanna, coloro che si sono resi responsabili di gravi reati contro la persona ritrovano la libertà²⁰⁶.

A fronte del quadro così delineato, appare condivisibile l’ambizione ad un intervento in questo ambito, volto a frenare la pericolosa deriva dell’attività legislativa, che trova giustificazione talvolta in accordo alle posizioni intellettuali elitarie, connotate da un significativo distacco dalla realtà e talaltra, al contrario, in accordo ad approcci populistici, fautori di una visione deformata della stessa. Un esito di tale portata critica deve (e può) essere evitato attraverso l’adozione di un’impostazione di matrice liberale, idonea ad una costruzione del sistema ispirato a criteri di razionalità²⁰⁷.

4.4. Prospettive di riforma e apprezzamenti critici

Da ultimo, si vuole affrontare il problema dell’eccessiva penalizzazione e le criticità connesse all’applicazione delle misure alternative alla detenzione, attraverso la prospettazione di alcune direttrici di riforma volte a rendere il sistema più equilibrato, efficiente nonché coerente, nel pieno rispetto dei principi propri di uno Stato liberale.

²⁰³ PALAZZO, *Crisi del carcere e culture di riforma*, in *Riv. trim. dir. e proc. pen.* 4/2017, 9.

²⁰⁴ COCCO, *Nothing Works*, cit., 302.

²⁰⁵ COCCO, *Le misure alternative alla detenzione in carcere e carcere duro*, in COCCO-AMBROSETTI, *Trattato breve*, cit., 476.

²⁰⁶ Sul punto basti osservare i dati pervenutici dal 2014 al 2022, relativi al numero, quasi raddoppiato, di soggetti ammessi alle misure dell’affidamento in prova al servizio sociale (da 12.011 a 23.647), di cui in particolare provenienti dalla detenzione 6.693 (nel 2022), con una significativa percentuale di tossico e alcolodipendenti (2.545); cfr. COCCO, *Le misure alternative alla detenzione*, cit., 477.

²⁰⁷ COCCO, *Nothing Works*, cit., 302.

In primo luogo, una risposta a tali problematiche e, segnatamente, a quelle derivanti da un'eccessiva penalizzazione, a cui spesso si tenta di ovviare in modo approssimativo ed aleatorio mediante il bilanciamento delle misure alternative, potrebbe essere individuata – rifacendosi all'orientamento più tradizionale – nella *depenalizzazione* e, in ossequio alla proposta ivi illustrata ed anticipata, nell'affermazione del principio di sussidiarietà già nella fase della comminatoria²⁰⁸, unitamente alla *sistematizzazione* delle cause di non punibilità nel senso di prevederne l'applicazione a fronte dell'accertamento del ripristino del bene giuridico leso ovvero dell'eliminazione del pericolo creato con riguardo alle fattispecie di reato di minore gravità.

In secondo luogo, congiuntamente alla depenalizzazione ed estensione dell'applicabilità degli istituti di (non) punibilità, è condivisibile la proposta di elevazione al rango di pene principali delle misure alternative, in quanto capaci di «svolgere, rispetto a determinate tipologie di fattispecie, tutte le funzioni della pena»²⁰⁹. La conseguenza dell'attuazione di una consimile istanza non sarà altro che la sottrazione delle stesse alla discrezionalità giudiziale penitenziaria.

Sul punto, significativi sono gli esiti delle critiche concernenti la natura *discrezionale* nonché *sospensiva* delle misure alternative²¹⁰; in particolare facendosi riferimento, quanto alla discrezionalità, alla determinazione delle stesse da parte della magistratura di sorveglianza che – in via teorica – dovrebbe adattare alle caratteristiche personologiche del condannato e deciderne non solo il contenuto, le prescrizioni, la revoca e l'esito, bensì anche la loro stessa concessione. Ciò che ne risulta è, di fatto, un'eccessiva discrezionalità che non trova alcun limite né guida in criteri prestabiliti e che si espone così, di fatto, all'influenza di fattori emotivi individuali e delle contingenze sociali del momento, aderendo il più delle volte ad una generalizzata tendenza indulgente²¹¹, quale risposta ad esigenze di gestione del sistema penitenziario e segnatamente al problema del sovraffollamento carcerario, elementi del tutto estranei – tuttavia - alla personalità del reo²¹². Infine, quanto al carattere sospensivo delle misure in

²⁰⁸ Cfr. COCCO, *La punibilità quarto elemento*, cit.

²⁰⁹ PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 102.

²¹⁰ PALAZZO, *Riforma*, cit., 99.

²¹¹ MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 749.

²¹² PALAZZO, *Riforma*, cit., 100.

esame si intende la possibilità, insita nelle stesse, di un ritorno alla detenzione, a fronte del fallimento del percorso risocializzativo²¹³.

I limiti or ora esposti rendono evidente la necessità del superamento del consolidato connubio tra le attuali misure alternative e le finalità personalistico-risocializzatrici, essendo lo stesso tutt'altro che agevolmente attuabile nella prassi, tanto che di fatto ciò che si ottiene è il contenimento degli effetti desocializzanti della detenzione, funzionale altresì in senso deflattivo rispetto al sovraffollamento carcerario. Peraltro, è parimenti condivisibile la proposta concernente la trasformazione delle misure in esame – e, segnatamente, della detenzione domiciliare – in tipologie sanzionatorie autonome, per queste intendendosi pene alternative non detentive, nell'ambito di una riforma organica più ampia, volta alla ridefinizione della cornice edittale delle fattispecie di parte speciale²¹⁴.

Tuttavia, sebbene siano noti il fallimento nonché la contraddizione propri del metodo di intervento legislativo fin qui segnalati, la tendenza non è stata quella – più logica – ad una revisione complessiva degli indirizzi, bensì si è di contro registrata una perseverazione nell'elevazione ad esclusiva finalità dell'esecuzione della funzione rieducativa della pena²¹⁵, in contrapposizione alla sua serietà ovvero certezza²¹⁶, ad opera della delega al Governo per la riforma del sistema dell'esecuzione penale di cui alla L. 103/2017.

Pur essendo possibile, in via preliminare, ammettere la condivisibilità di una parte significativa degli enunciati di principio e delle soluzioni elaborate dalla Commissione per la riforma, è altrettanto apprezzabile l'orientamento²¹⁷ che rinviene i limiti e i rischi della stessa tanto nell'attribuzione esclusiva, nella fase esecutiva, al principio di rieducazione – interpretato impropriamente nel senso della sua incompatibilità con la necessaria afflittività della pena detentiva, che nella presente trattazione si sostiene essere per converso suo presupposto – quanto nell'assenza di un riscontro pratico con la concreta

²¹³ PALAZZO, *Riforma*, cit., 100.

²¹⁴ PALAZZO, *Riforma*, cit., 102; ID., *Crisi del carcere*, cit., 9 ss. Nello stesso senso anche la L. 67/2014, contenente una delega per l'introduzione tra le pene principali della reclusione domiciliare e dell'arresto domiciliare, che non è stata tuttavia esercitata.

²¹⁵ Cfr. PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile*, cit., 538.

²¹⁶ GIOSTRA, *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, in *Dir. pen. cont.* 9.4.2018.

²¹⁷ Cfr. COCCO, *Nothing Works*, cit.

situazione complessiva della società, anche economica, rispetto a quanto teorizzato. Non desta difatti alcuna sorpresa il sostanziale fallimento, tra diffuse polemiche, della riforma in esame²¹⁸.

Corroborando quanto ammesso in prima battuta, è possibile osservare che, in un contesto ideale e privo di limiti di risorse, tra le soluzioni prospettate molte di queste risulterebbero auspicabili; nondimeno, a ben guardare, un tale scenario non contemplerebbe neppure la sussistenza della tipologia di criminalità a cui tali interventi sono rivolti. La realtà sociale odierna è, per contro, di gran lunga diversa: numerose e costanti sono le difficoltà incontrate nel garantire diritti fondamentali, quali l'accesso al lavoro per i giovani, un'adeguata assistenza agli anziani nonché le cure necessarie ai malati, fino alla messa in discussione dello stesso diritto alla pensione. Quella della ristrettezza di risorse è dunque una criticità diffusa anche in altri ambiti e non propria in via esclusiva della politica di edilizia carceraria.

A fronte di quanto appena illustrato, la pretesa di attuazione di un sistema esecutivo che presupponga la concreta idoneità delle politiche risocializzatrici a conseguire i risultati prefissati in forza di una piena disponibilità dell'ingente quantità di risorse richieste, appare tanto illusoria quanto rischiosa, in quanto mentre da una parte può essere accertato con pressoché assoluta certezza l'indebolimento della funzione generalpreventiva della pena – la quale dovrebbe invece, come si è già ribadito, mantenere un ruolo di significativa importanza anche nella fase esecutiva – dall'altra parte non è possibile essere altrettanto certi dell'effettivo incremento degli effetti risocializzanti delle riforme attuabili. Peraltro, la sanzione penale in sé e, segnatamente, lo stesso concetto di privazione che la connota, impongono una parametrizzazione alla condizione generale della società²¹⁹.

Si tratta, queste, di considerazioni che hanno trovato espressione già in precedenza e in particolare negli anni Settanta, quando il panorama ordinamentale era connotato, contestualmente, da un primo approccio italiano al modello correzionale e da un

²¹⁸ In particolare, in attuazione della delega di cui all'art. 1, co. 82, 83 e 85, lett. a), d), i), l), m), o), r), t) e u), L. 103/2017, il d. lgs. n. 123/2018 (la più recente riforma dell'ordinamento penitenziario) ha limitato essenzialmente i suoi interventi ad una assistenza sanitaria più adeguata, alla semplificazione delle procedure, alla enunciazione della "nuova" ideologia alla base del trattamento penitenziario, unitamente all'ampiamiento di alcune prerogative (tra queste, a titolo esemplificativo: ore d'aria, vicinanza con la famiglia, assistenza figli, attenzione all'orientamento sessuale, colloqui con avvocati e familiari, e via dicendo).

²¹⁹ COCCO, *Nothing Works*, cit., 304.

superamento dello stesso in altri Paesi a fronte dei relativi risvolti pratici tutt'altro che incoraggianti. Sociologi, criminologi e penalisti furono difatti indotti alla revisione delle proprie posizioni circa gli effetti preventivi, sia speciali (da misurarsi con la riduzione della recidiva) sia generali, dei programmi riabilitativi, alla luce di una serie di indagini empiriche che collimarono in un decremento di credibilità degli stessi²²⁰.

Peraltro, non trascurabile risultava essere altresì l'immagine, restituita dai modelli di giustizia fondati su logiche preventive, di un sistema giudiziario diseguale ed arbitrario, in ragione del rilievo attribuito dallo stesso a criteri di matrice soggettiva (quali la pericolosità e la possibilità di risocializzazione del reo)²²¹.

Nondimeno, nella percezione collettiva era diffusa l'idea di un sistema penale eccessivamente indulgente – se non addirittura privo di efficacia – nella sua connotazione risocializzante nei confronti della criminalità organizzata (per tale intendendosi la mafia e il terrorismo)²²².

Da ultimo, diversi furono i rilievi circa la sproporzione tra l'incidenza (limitata) degli interventi di carattere terapeutico e i costi (elevati) sostenuti.

A fronte di tali esiti infausti, la tendenza fu quella di far tornare al centro del dibattito la responsabilità individuale rispetto alla corresponsabilità sociale, sintetizzabile nel motto «*to condemn more and to understand less*»²²³.

A questo punto, appare opportuno specificare²²⁴, come già accennato agli albori della presente trattazione²²⁵, che qualora l'esecuzione della sanzione penale fosse volta unicamente alla soddisfazione di finalità rieducative o di reinserimento sociale, il carcere perderebbe ogni ragion d'essere nei confronti dei soggetti che, benché responsabili della commissione di gravi illeciti di natura economico-finanziaria ovvero contro la pubblica amministrazione, appartengono ai ceti sociali più elevati e risultano essere, di conseguenza, già ben inseriti nella compagine sociale.

²²⁰ Cfr. MARTINSON, *What Works? – Questions and Answers About Prison Reform*, in *The Public Interest* 1974, 22 ss.

²²¹ AMERICAN FRIENDS SERVICE COMMITTEE, *Struggle for Justice: A Report on Crime and Punishment in America*, New York, 1971.

²²² GÜNTHER, *Responsabilità e pena*, cit., 100.

²²³ GARLAND, *The Culture of Control*, cit. 184.

²²⁴ COCCO, *Nothing Works*, cit., 305-306.

²²⁵ Si veda, in particolare il §2.2., p. 11-12.

È importante ribadire altresì che non possa d'altra parte ritenersi ammissibile un sistema puramente riformativo, facendosi con questo riferimento a quello volto esclusivamente alla modifica delle intenzioni dei destinatari affinché gli stessi in futuro si comportino conformemente alla legge, in quanto la prioritizzazione di tale finalità non costituirebbe altro che la legittimazione di qualsivoglia tecnica atta allo scopo, con i conseguenti rischi che ne deriverebbero nel lungo periodo.

Di conseguenza, si riconferma la centralità della finalità generalpreventiva, affiancata da una componente retributiva e afflittiva della pena applicata ed eseguita, quale unica giustificazione alla detenzione compatibile con un'impostazione liberale, in particolar modo per quanto concerne i reati economico-finanziari di maggiore gravità²²⁶.

Oltretutto, al fine di comprendere l'astrattezza delle impostazioni teoriche inneggianti alla primazia della risocializzazione, è sufficiente soffermarsi con sufficiente realismo sulla tipologia di detenuti che, sulla base di tali concezioni, dovrebbero essere i destinatari di ingenti investimenti, strumentali alle relative politiche. Tra le principali concause del sovraffollamento carcerario si rinviene indubbiamente la significativa presenza di detenuti stranieri condannati per reati legati al traffico di stupefacenti²²⁷, contro il patrimonio nonché contro la persona; a fronte di questo dato, appare dunque improbabile che la collettività risulti propensa al sacrificio di interessi generali (quali, a titolo esemplificativo, quelli legati alle opportunità occupazionali o allo sviluppo dell'edilizia scolastica) in favore della destinazione di ingenti risorse alla rieducazione di soggetti resisi responsabili di consimili delitti²²⁸.

Corroborante la tesi che si sta ivi sostenendo è altresì l'argomento che sostiene che l'effettiva esecuzione della pena detentiva, quantomeno per quanto concerne i reati di

²²⁶ Viceversa, per quanto riguarda i reati di minore gravità, si ritiene opportuno preferire la via della non punibilità a fronte dell'avvenuta riparazione del danno nonché, eventualmente, un surplus sanzionatorio non detentivo.

²²⁷ Significativi, difatti, sono i dati relativi ai reati in materia di traffico di sostanze stupefacenti, i quali interessano oltre un terzo dei detenuti; segnatamente 21.000 su un totale di 60.000 nel 2019, di cui circa 7.600 stranieri. Si tratta di rilievi che, peraltro, dovrebbero essere tanto indice del fallimento delle politiche proibizioniste vigenti finora tali ambiti, quanto propulsione alla ricerca di una via alternativa e, in particolare, verso una legislazione più liberale atta alla sottrazione del *business* in questione alla criminalità organizzata, che a sua volta permetterebbe la risoluzione (pur parziale) del problema del sovraffollamento e delle sue (illogiche) risoluzioni proposte.

²²⁸ COCCO, *Nothing Works*, cit., 306.

particolare gravità, racchiude *in sé* un valore risocializzante²²⁹, in quanto idonea alla comunicazione al reo dell'inammissibilità da parte della comunità politica della condotta sanzionata²³⁰. Tale comunicazione, nonché la conseguente e relativa presa di coscienza in capo al reo, costituiscono infatti presupposto imprescindibile di qualsivoglia percorso di risocializzazione affiancato alla pena detentiva. Appare dunque pacifico che in assenza di una censura severa quale è la detenzione e dunque di fatto la privazione della libertà personale, non sarebbe realizzabile l'effettiva risocializzazione degli autori di reati gravi²³¹.

L'orientamento in questione trova terreno fertile anche nella giurisprudenza della Corte EDU che, facendo riferimento ai meccanismi di revisione della condanna attivabili soltanto in seguito al decorso di un periodo di detenzione di lunga durata, riconosce alla pena una funzione retributiva – che può essere letta nel senso della congruità della stessa alle finalità preventive (generali e speciali) – giustificante la detenzione stessa, quantomeno fino a quando la necessaria privazione della libertà non perduri oltre i 25 anni²³², soglia oltre la quale la Corte ritiene debba essere attribuita primaria importanza la funzione rieducativa, purché sempre subordinata, in caso di fallimento, alle esigenze di difesa sociale.

Da ultimo, occorre ribadire la centralità mantenuta dal principio illuministico della certezza della pena anche nella fase esecutiva, essendo lo stesso strettamente connesso alla finalità di prevenzione generale dell'ordinamento penale. Tale principio, nella fase in esame, deve contemperarsi con il fine rieducativo e, dunque, con la finalità di prevenzione speciale, la quale risulta assimilabile anziché al fondamento della pena o al fine precipuo

²²⁹ Sul punto pare concordare la Corte cost. nella recente sent. n. 50/2020, in cui si viene esplicitata la considerazione della misura detentiva quale forma piena nonché ordinaria di esecuzione della pena, capace di effetti risocializzanti.

²³⁰ Benché sia vero che la concezione della pena quale *comunicazione morale* al reo costituisca elemento centrale delle recenti teorie retributive – secondo le quali significato e scopo primario della sanzione penale è quello della comunicazione ai rei della censura o condanna da loro meritata a fronte dei crimini commessi – anche il finalismo, che ha riguardo all'utilità della pena, può rinvenire la stessa in relazione al suo carattere comunicativo; sul punto, cfr. LACEY, *State Punishment: Political Principles and Community Values*, London, 1988; BRAITHWAITE, PETTIT, *Not Just Deserts*, Oxford, 1990.

²³¹ COCCO, *Nothing Works*, cit. 307.

²³² Corte EDU, G.C., 9.7.2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, cit., ripresa anche da Corte EDU I, 13.6.2019, *Viola c. Italia*, cit.

originariamente designato dai Costituenti per la pena (come sostengono invece talune letture), all'obiettivo della sua esecuzione²³³.

Doverosa è la reminiscenza or ora effettuata a fronte dell'indebolimento del suddetto principio a causa dell'incremento, assolutamente non adeguato e rimesso alla discrezionalità giudiziaria, della forbice tra pena prevista, applicata e concretamente eseguita, anche in ragione delle esigenze scaturite dalla necessità di un superamento del problema del sovraffollamento carcerario. Ne deriva tuttavia, come anticipato, una compromissione del principio in esame e, dunque, dell'intangibilità del giudicato, della certezza formale del diritto penale, della centralità del fatto criminoso rispetto all'autore dello stesso nonché del principio di eguaglianza²³⁴.

Occorre precisare che i criteri oggettivi e verificabili a cui è necessariamente ancorato il principio di intangibilità del giudicato sono stati talvolta qualificati quali *automatismi* o *presunzioni* determinanti l'impedimento nonché il ritardo della personalizzazione del trattamento rieducativo, soprattutto quando rivolti a recidivi e autori di gravi reati, e proprio per questo, oggetto di numerosi tentativi di rimozione degli stessi nella fase esecutiva²³⁵. Tuttavia, si ritiene che tali criteri possano di fatto costituire una base solida ai fini dell'esecuzione della pena inflitta per un periodo significativo, nonché, purché adottati alla stregua del principio di proporzionalità, una concreta attuazione del principio della certezza della pena, nel senso della legittima espressione del significato generalpreventivo della pena eseguita in relazione a reati di particolare gravità. Nondimeno, consimili criteri e presunzioni, purché non assoluti, risulterebbero altresì utili ai fini della riconduzione della discrezionalità giudiziale entro ambiti vincolati²³⁶.

Particolarmente spinosa risulta la questione della doverosa distinzione che deve intervenire tra l'opportuno riconoscimento del valore della pena applicata per la violazione commessa, necessariamente fondata sul fatto commesso nonché sulla pena applicata e non costituente dunque mai una presunzione (bensì il fondamento stesso dell'esecuzione della sanzione) e, l'impiego di *ulteriori* criteri o presunzioni, assoluti o relativi, finalizzati alla determinazione degli esiti del percorso risocializzante in relazione

²³³ Cfr. C. cost. 21.11.1974, n. 264; C. cost. 25.5.1989, n. 282; C. cost. 11.6.1993, n. 306; C. cost. 7.7.2005, n. 296; C. cost. 21.6.2006, n. 257.

²³⁴ COCCO, *Nothing Works*, cit., 309.

²³⁵ Così l'art. 85 lett. e) della legge delega n. 103/2017.

²³⁶ COCCO, *Nothing Works*, cit., 309.

a comportamenti idonei ad escludere il progresso ovvero ad attestare la persistente pericolosità del reo. Questi ultimi, difatti, sono indubbiamente sottoponibili ad un giudizio di *ragionevolezza*, a fronte del quale, qualora le presunzioni assolute limitative di diritti fondamentali che ne costituiscono il relativo oggetto siano connotate da arbitrarietà ed irrazionalità (così intendendosi l'estraneità da dati di esperienza generalizzata sintetizzabili nella formula dell'*id quod plerumque accidit*), risulteranno incompatibili con l'art. 3 Cost.²³⁷.

Alla luce di quanto appena esposto, appare dunque pacifico che, una volta accertato in via definitiva il fatto di reato concretamente commesso e comminata la relativa pena proporzionata, risulti assolutamente contraria ad ogni senso logico la tesi che sostiene, relativamente alla fase esecutiva, l'esclusivo rilievo della personalità del reo, non contemplando in modo assoluto né il fatto né la sanzione applicata. Le tragiche conseguenze di una consimile concezione fondata su tali irrealistici presupposti non saranno altro che lo svilimento del significato della condanna e la determinazione di effetti distorsivi sul sistema, quali, come anticipato, l'inasprimento delle pene edittali e il ricorso a deroghe normative per singole fattispecie²³⁸.

Il *modus procedendi* in questione qualificandosi come ambivalente ed irrazionale risulta, conseguentemente, non condivisibile. Benché si ritenga possibile l'instaurazione di un confronto circa i meccanismi dell'esecuzione ai fini di un equilibrato e consapevole contemperamento delle finalità della pena, unitamente a quello sui limiti suscettibili di essere introdotti nella fase esecutiva alle istanze di prevenzione generale e speciale negative nell'ottica della possibilità concessa al reo di intraprendere un percorso di risocializzazione, quest'ultimo deve necessariamente trovare fondamento in due condizioni imprescindibili affinché possa dirsi effettivo e credibile. La prima di queste consiste nell'acquisizione, da parte del reo, di una reale consapevolezza circa la gravità del reato commesso, la quale può trovare attuazione anche attraverso la concreta espiazione di una parte significativa della pena, in primo luogo per i reati gravi. La seconda, infine, si concretizza nell'interiorizzazione, da parte del condannato, della

²³⁷ In questo senso, si veda Corte cost., 25-29.3.2013, n. 57, § 4.2.

²³⁸ PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile*, cit., 540.

percezione della serietà nonché idoneità del contesto istituzionale e sociale al contrasto del crimine²³⁹.

L'attività di bilanciamento degli interessi coinvolti (e dunque la determinazione dei criteri decisionali nonché delle presunzioni *aut similia*), nella quale rivestono un ruolo significativo le differenti impostazioni culturali, compresa quella contemplata nella presente trattazione, dovrebbe essere demandata nella misura più ampia possibile al legislatore, piuttosto che a giudici, assistenti sociali ovvero, genericamente, agli operatori dell'esecuzione, anche nell'ottica di una preservazione degli stessi da indebite pressioni nonché rischi per la loro incolumità personale²⁴⁰.

A conclusione del presente capitolo e specialmente a fronte di quanto fin qui proposto nonché analizzato, si ritiene necessaria un'ultima precisazione: in assenza di un significativo cambiamento di indirizzo l'esecuzione penale persisterà, ad uno sguardo critico, nella sua inefficacia²⁴¹.

²³⁹ COCCO, *Nothing Works*, cit., 310.

²⁴⁰ COCCO, *Nothing Works*, cit., 311.

²⁴¹ MARTINSON, *What Works?*, cit., 22 ss.; COCCO, *Nothing Works*, cit., 311.

CAPITOLO II - L'APPLICAZIONE DELLA PENA

1. La commisurazione della pena: in senso stretto e in senso lato

Quanto sin qui delineato, e dunque l'analisi delle teorie della pena, ha condotto alla presa di coscienza del progressivo superamento di una concezione unitaria della sanzione penale a favore di un modello polifunzionale connotato da un intreccio di istanze retributive e preventive. Di significativa rilevanza in tale contesto è stato l'intervento del principio rieducativo sancito dall'art. 27, comma 3° Cost., che ha forzato una rilettura del sistema in chiave personalistica, senza tuttavia eliminare le tensioni tra le diverse finalità. In questo ambito trova spazio altresì la proposta, di cui si è ampiamente trattato²⁴², corroborante la necessaria prevalenza, tra queste ultime, della finalità generalpreventiva, pur insistendo sulla circoscrizione della relativa operatività entro rigorosi limiti di stampo garantistico, idonei all'attuazione di un quadro conforme ad un modello liberale di diritto penale.

La tendenziale linearità delle premesse teoriche fin qui analizzate, tuttavia, risulta turbata nella dimensione applicativa delle stesse, dove si riscontrano diverse difficoltà nella traduzione dei principi elaborati dal piano astratto a quello concreto. Le criticità a cui si fa ivi riferimento, tra cui l'irrigidimento del sistema sanzionatorio e l'affermazione di patologie come il sovraffollamento carcerario, non costituiscono altro se non evidenze della configurazione della pena quale luogo in cui le svariate funzioni della pena sono chiamate a confrontarsi e a trovare un equilibrio.

In tale prospettiva trova spazio, dunque, il tema della *commisurazione della pena*, che costituirà il fulcro del presente capitolo quale snodo centrale fra teoria e prassi.

Segnatamente, nella trattazione che seguirà si indagheranno le norme regolatrici del tipo nonché della quantità della pena da applicarsi al caso concreto, prendendo così le distanze dalla determinazione in senso generale ed astratto della pena propria dell'attività legislativa, per giungere infine alla determinazione delle modalità applicative ai concreti fatti di reato da parte del giudice.

²⁴² Sul punto, si veda il Capitolo I, §3 della presente trattazione.

Sul punto, infatti, la giurisprudenza²⁴³ sostiene che il principio di legalità non possa sussistere indipendentemente dall'individualizzazione (della pena), nel senso di un suo adeguamento alle singole fattispecie; la conformazione delle sanzioni ai casi concreti permette anzitutto l'attuazione del principio di personalità della responsabilità penale così come demandato dall'art. 27, co. 1 Cost., in quanto rende – nei limiti del possibile – *personale* la responsabilità penale e, in secondo luogo, costituisce strumento affinché la determinazione della pena risulti quanto più possibile *finalizzata*, in ossequio all'art. 27, co. 3 Cost. sancente il finalismo rieducativo²⁴⁴.

Giova, a questo punto, operare la distinzione tra commisurazione in senso *stretto* e commisurazione in senso *lato*, facendosi con la prima riferimento alla determinazione da parte del giudice della *misura* della pena nel giudizio di cognizione, entro una predeterminata cornice edittale che ne fissa i limiti minimo e massimo, oltre che della *specie* di pena nei casi di comminatoria alternativa; quanto alla seconda, si allude a tutte quelle valutazioni operate dal giudice di cognizione e finalizzate all'individuazione della risposta sanzionatoria al reato nel caso concreto attraverso l'esercizio del potere discrezionale vincolato o limitato.

Ai fini della commisurazione in senso stretto occorre fare riferimento agli artt. 132-140 c.p. (di cui si tratterà nei successivi paragrafi), mentre per quanto riguarda quella in senso lato, ad essa possono ascriversi numerose norme tra cui, a titolo esemplificativo, le norme concernenti le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, le circostanze, il concorso formale, la recidiva e così via.

Peraltro, ulteriore elemento differenziante i due tipi di commisurazione è rinvenibile in relazione alle rispettive finalità perseguite, prevalendo, per quanto concerne la commisurazione in senso stretto, le istanze di retribuzione e proporzionalità e primeggiando di contro il principio di rieducazione relativamente agli istituti di

²⁴³ In particolare, ci si riferisce a C. cost., 9.3.1967, n. 25, a C. cost. 14.4.1980, n. 50 – confermata successivamente da C. Cost. 24.6.1992, n. 299 – nonché a C. cost. 23.4.1991, n. 203; rec. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena*, Torino, 2020, 73; ID, *Natura e confini dell'individualizzazione della pena nel giudizio di cognizione*, in MENGHINI, MATTEVI, *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, Trento, 2022, 84 ss.

²⁴⁴ COCCO, *L'applicazione della pena*, in COCCO-AMBROSETTI, *Trattato breve di diritto penale, Punibilità e pene*, cit., 312.

commisurazione in senso lato, segnatamente con riferimento a quattro obiettivi chiave, ossia “recupero, riparazione, riconciliazione e reinserimento sociale”²⁴⁵.

Oltretutto, nell’ambito della commisurazione in senso lato, occorre tenere conto della necessità di garantire, nell’applicazione delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, il principio del minimo sacrificio necessario della libertà personale²⁴⁶, attraverso la scelta di «quella più idonea alla rieducazione e al reinserimento del condannato, con il minor sacrificio della libertà personale»²⁴⁷, sempre a condizione che tali misure risultino «più idonee alla rieducazione del condannato e [...] assicurino la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati»²⁴⁸.

Da ultimo, non va dimenticato l’obbligo – di derivazione comunitaria – imposto al giudice circa la necessità di effettuare una valutazione di complessiva proporzionalità della pena inflitta affinché si giunga alla piena osservanza del principio *ne bis in idem* a fronte della previsione di sanzioni tanto penali quanto amministrative, che si configura altresì quale limite all’eccessiva discrezionalità giudiziale accordata dall’art. 132 c.p.²⁴⁹.

Infine, in un’ottica introduttiva del tema in esame, si ritiene doveroso quantomeno accennare, rimandando la relativa e approfondita illustrazione ad un momento successivo della presente trattazione²⁵⁰, all’istituto della giustizia riparativa (di cui agli artt. 42-67 d.lgs. 150/2022), in ragione del ruolo innovativo da essa assunto nell’ambito della commisurazione della pena, tenendo conto dell’incidenza che ha sulla stessa tanto nella sua connotazione in senso lato quanto in senso stretto; nonché agli istituti processuali di c.d. definizione alternativa del processo, e segnatamente all’applicazione della pena su richiesta delle parti (c.d. patteggiamento *ex* artt. 444 ss. c.p.p.) e al giudizio abbreviato (artt. 438-443 c.p.p.), a fronte dell’impatto da questi provocato sulla quantificazione della pena in concreto, unitamente all’espansione del paniere di scopi della pena statutale²⁵¹.

²⁴⁵ C. cost. 13.7.2017, n. 179, punto 4.4.; VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria e principi costituzionali*, in *Sist. pen.* 6.3.2025.

²⁴⁶ C. cost. 13.7.2017, n. 179; C. cost. 31.7.2020, n. 191; C. cost. 27.1.2022, n. 22; VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria*, cit.

²⁴⁷ Art. 58, co. 2, L. 689/1981.

²⁴⁸ Art. 58, co. 1, L. 689/1981.

²⁴⁹ VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria*, cit.

²⁵⁰ Si vedano in particolare il cap. III, §3. e il cap. IV.

²⁵¹ COCCO, *L’applicazione della pena*, cit., 313-314.

2. I criteri di commisurazione della pena

Ai fini della soddisfazione della finalità di rendere maggiormente razionali e verificabili le scelte sanzionatorie poste in essere nella prassi applicativa, la dottrina più consapevole²⁵² si è adoperata nell'elaborazione di una *sistematica* dei criteri ovvero degli indici di commisurazione della pena.

In primo luogo, assumono rilievo i criteri c.d. *finalistici*; in particolare, ci si riferisce all'attività giudiziale di individuazione dei fini che dovranno esser soddisfatti attraverso l'irrogazione della sanzione. Tale operazione è connotata da non poche criticità, essendo pacifico che a seconda della finalità privilegiata – sia questa di prevenzione speciale o generale ovvero retributiva – possano risultare idonee ed adeguate al caso concreto delle misure di pena diverse tra di loro; conseguentemente, ai fini del superamento del problema a cui si è appena fatto accenno nonché, in generale, delle eventuali antinomie possibilmente riscontrabili nella fase di commisurazione, parrebbe efficace l'istituzione di una *gerarchia* tra i diversi scopi della pena.

Individuate le finalità di irrogazione della pena, il giudice potrà dunque procedere alla selezione delle circostanze di fatto, la cui valenza è rinvenibile alla luce del criterio finalistico preliminarmente privilegiato; si parla, a tal proposito, dei criteri c.d. *fattuali* di commisurazione della pena. A titolo esemplificativo, è possibile sostenere che qualora il giudice, in prima battuta, attribuisca ruolo prevalente al principio retributivo, egli sarà indotto a conferire rilevanza a indici fattuali quali il grado di colpevolezza nonché la gravità obiettiva del reato commesso; viceversa, qualora a ricoprire un ruolo di primaria importanza risultino essere le esigenze specialpreventive, saranno di contro considerate le circostanze di ordine soggettivo e segnatamente quelle idonee a costituire indice di una tendenza recidivante del soggetto (tra queste, l'inclinazione a delinquere, le condizioni sociali e familiari del reo e così via).

Costituisce infine momento conclusivo dell'*iter* in esame la valutazione presieduta dai criteri c.d. *logici* di commisurazione e dunque quella concernente l'incidenza degli indici fattuali ai fini della determinazione della gravità complessiva del reato e della conseguente modulazione della sanzione entro i limiti edittali minimo e massimo²⁵³.

²⁵² Ci si riferisce, in particolare, a DOLCINI, *La commisurazione*, cit., 16 ss. nonché alla letteratura tedesca ivi citata.

²⁵³ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 800-801.

3. I criteri fattuali di commisurazione (art. 133 c.p.)

Diversamente da quanto previsto in altri sistemi codicistici – e segnatamente nel §46 StGB – l'art. 133 c.p. indica in via esclusiva i criteri c.d. *fattuali* di commisurazione della pena, benché i criteri c.d. *finalistici* rappresentino un parametro interpretativo essenziale dei primi²⁵⁴.

Rinviando l'approfondimento della questione concernente il silenzio del codice italiano sui criteri finalistici al capitolo che seguirà²⁵⁵, ci si occuperà, in questa sede, dell'analisi dei criteri (fattuali) di commisurazione della pena proposti dall'art. 133 c.p.

Giova a questo punto riportare il testo del citato articolo, in funzione di una più ampia intellegibilità del quadro normativo che verrà ivi illustrato. L'art. 133 c.p. prevede:

«Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tener conto della *gravità del reato*, desunta: 1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione; 2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa.

Il giudice deve tener conto, altresì, della *capacità a delinquere* del colpevole, desunta: 1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; 3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; 4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo».

È pertanto agevole osservare come il legislatore, all'art. 133 c.p., abbia proposto una differenziazione dei criteri commisurativi (fattuali) a seconda che gli stessi afferiscano alla *gravità del reato* (co. 1) ovvero alla *capacità a delinquere* del soggetto (co. 2), specificando, per ciascuno di questi, una serie di indici concorrenti alla definizione del relativo significato.

²⁵⁴ PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., 493; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 821; RONCO, *Sub artt. 132, 133, 134* in RONCO, ROMANO B. (a cura di) *Codice penale ipertestuale*, Torino, 4^a ed., 2012, 840; Cass. pen. III, 10.1.2013, n. 10095, ced 255153; conf. Cass. pen. V, 27.6.2019, n. 35100, ced 276932; Cass. pen. V, 3.11.2020, n. 1947/2021, ced 280668).

²⁵⁵ In particolare, si veda il cap. III, §1.

3.1. La gravità del reato

Procedendo all'analisi del criterio di cui al primo comma, spetta al giudice apprezzare, preliminarmente, la *gravità del reato*; in altri termini, il fatto concreto deve essere ricondotto e dunque collocato entro una scala graduata di intensità, con riguardo alle possibili manifestazioni del tipo legale astratto²⁵⁶. Si tratta, questo, del criterio primario di commisurazione, mediante il quale il giudice è in grado di conformare la pena alla colpevolezza dell'agente in ragione del fatto posto in essere, intesa quale misura della gravità della realizzazione colpevole. Risulta integrata, di fatto, un'operazione di stampo retributivo²⁵⁷ la quale da un lato assolve imprescindibili esigenze di effettività, in assenza delle quali quelle generalpreventive proprie del diritto penale risulterebbero prive di consistenza e, dall'altro lato, si pone quale presidio a tutela dell'imputato, affinché questi non trovi impiego quale strumento di politica criminale e, dunque, quale mero *capro espiatorio*²⁵⁸.

In relazione a tale criterio, gli indici "fattuali" di commisurazione sopra riportati ineriscono alla gravità del reato apprezzato nelle rispettive componenti materiale e psicologica: risulta tipica della prima fase dell'*iter* commisurativo (alla cui illustrazione si è poco fa provveduto) la valutazione circa gli aspetti idonei ad incidere sul disvalore della condotta e dell'evento, nonché sulla natura ed intensità dell'elemento soggettivo²⁵⁹.

Seguitando nell'analisi, occorre procedere alla disamina dei citati indici fattuali di gravità, muovendo dal primo concernente le modalità dell'azione e, segnatamente, «la natura, i mezzi, l'oggetto il tempo e il luogo» della stessa; così, verrà conseguentemente in rilievo la condotta dell'agente in ordine alla tipologia di strumenti adoperati, alla durata, al luogo e al tempo opzionati, alle circostanze concomitanti nonché alle condizioni di estrinsecazione della condotta²⁶⁰, che concorrono a delineare il fatto in termini di maggiore o minore pericolosità ovvero riprovevolezza²⁶¹.

²⁵⁶ PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., 495; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 495.

²⁵⁷ Cfr. RONCO, *Sub artt. 132, 133, 134*, cit., 842.

²⁵⁸ COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 326.

²⁵⁹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 801.

²⁶⁰ RONCO, *Sub artt. 132, 133, 134*, cit., 842.

²⁶¹ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 817.

In questo contesto, occorre ricordare altresì che il disvalore dell'azione può evincersi in via analogica dalle circostanze di fatto che, ad opera del legislatore, sono qualificate quali aggravanti o attenuanti²⁶²; tra queste, per esempio, l'aver tratto in inganno il soggetto, vittima di truffa, attraverso raggiri o artifici particolarmente insidiosi.

Quanto al secondo indice, attinente alla «gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato», il riferimento è quello al *quantum* di lesione ovvero messa in pericolo del bene giuridico alla cui tutela è preposta la norma violata²⁶³. A tal fine, assumono valenza le sole conseguenze volute e previste o quantomeno prevedibili, dovendosi di contro escludere quelle riconducibili a svolgimenti causali e, nella specie, totalmente imprevedibili²⁶⁴.

Sul punto, una parte della dottrina sostiene che ai fini della valutazione in esame sia rilevante il riferimento all'offesa tipica intesa nell'accezione penalistica, dovendosi dalla stessa escludere, in quanto ad essa estraneo, il danno civilistico²⁶⁵. Pur condividendo tale affermazione, autorevole dottrina ritiene sostenibile il rilievo, quali modalità dell'azione, delle concrete conseguenze patrimoniali derivanti dal reato, e non necessariamente riconducibili alla persona offesa²⁶⁶.

Peraltro, quanto al grado del pericolo, qualora quest'ultimo sia "concreto" sarà anzitutto sempre qualificato come più grave di quello "astratto" (purché, chiaramente, si faccia riferimento ad un medesimo bene) e, in secondo luogo, il disvalore dello stesso sarà tanto più accentuato quanto maggiore risulterà l'entità della probabile lesione o, quantomeno, del grado di probabilità della sua verifica²⁶⁷.

Da ultimo, afferente al criterio della gravità del reato vi è altresì «l'intensità del dolo o il grado della colpa», indice che invoca il principio di colpevolezza quale parametro di bilanciamento tra la valutazione concernente i profili oggettivi della gravità dell'offesa e quella dei profili soggettivi della stessa²⁶⁸, idoneo altresì ad impedire che la

²⁶² Cfr. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 9ª ed., Milano, 2020, 503.

²⁶³ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 817.

²⁶⁴ DOLCINI, *La commisurazione*, cit., 348 ss.; VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria*, cit.

²⁶⁵ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 802.

²⁶⁶ COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 326.

²⁶⁷ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 802.

²⁶⁸ PULITANÒ, *Diritto penale*, 5ª ed., Torino, 2013, 496.

commisurazione della pena si traduca in una svalutazione di elementi del fatto non rimproverabili all'agente²⁶⁹.

In particolare, l'intensità del dolo si sostanzia nella pregnanza della *rappresentazione* – e pertanto inerisce alle modalità secondo cui il soggetto si rappresenta gli elementi costitutivi della fattispecie di reato, potendo altresì assumere rilievo il grado di consapevolezza circa l'antigiuridicità (pena o extrapenale) del fatto perpetrato²⁷⁰ – e della *volizione*, per essa intendendosi il livello di adesione interiore del soggetto alla condotta posta in essere²⁷¹.

La volontà colpevole appare, segnatamente, di intensità maggiore nel dolo *intenzionale*, configurandosi di contro progressivamente come meno grave nel dolo *diretto* ed infine nel dolo *eventuale*²⁷². Peraltro, tenendo altresì in considerazione la complessità del processo deliberativo²⁷³, il dolo *d'impeto* sarà ritenuto condivisibilmente idoneo a manifestare un minor coefficiente di gravità rispetto al dolo *di proposito*²⁷⁴.

Infine, il grado della colpa si apprezza tanto nella misura della divergenza tra la condotta posta in essere dall'agente e quella demandata a monte dalla regola precauzionale violata (c.d. diligenza oggettiva), quanto nella concreta attitudine del reo ad adeguarsi a tale regola cautelare, il cui *quantum di esigibilità* deve essere scrutinato alla stregua di diversi fattori, quali le circostanze contingenti, le condizioni psico-fisiche dello stesso, il ruolo sociale rivestito nonché l'attività da questi espletata²⁷⁵.

Sul punto si rivela altresì significativa l'inaccettabile inclinazione della cronaca recente a privilegiare una valutazione incentrata, in via esclusiva, sui profili oggettivi, a fronte della quale occorre opporre, oltre all'espressa previsione dell'indice considerato, il fondamentale presidio del principio di colpevolezza, già posto in luce quale imprescindibile criterio finalistico.

²⁶⁹ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 822.

²⁷⁰ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 818.

²⁷¹ ROMANO, GRASSO, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. II, artt. 85-149, 4ª ed., Milano, 2012, 353.

²⁷² Cass. S.U., 12.10.1993, in *Foro italiano*, 1994, II, 437.

²⁷³ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 818.

²⁷⁴ RONCO, *Sub artt. 132, 133, 134*, cit., 842.

²⁷⁵ PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit. 819; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 818; RONCO, *Sub artt. 132, 133, 134*, cit., 843.

Conseguentemente, giacché insita al principio or ora citato si rinviene l'esigenza per la quale «in via generale, al minor grado di rimproverabilità soggettiva corrisponda una pena inferiore rispetto a quella che sarebbe applicabile a parità di disvalore oggettivo del fatto»²⁷⁶, appare evidente che oltre ai criteri rinvenibili nell'art. 133 c.p., debbano essere considerati anche quei fattori afferenti ad un maggiore o minore grado di rimproverabilità della decisione di violare la legge penale facente capo al reo, quali il grado di maturità ed equilibrio psichici, la capacità di autocontrollo dell'autore, nonché l'eventuale presenza di fattori esterni (come, tra gli altri, una situazione di acuto disagio sociale) idonei al turbamento del processo motivazionale nella situazione concreta dello stesso²⁷⁷.

Il riferimento di cui all'art. 133 c.p. alla gravità del reato non è tuttavia di per sé sufficiente ad una definizione esaustiva dell'attività commisurativa, necessitando di contro, quest'ultimo, di essere integrato con la valutazione circa la *capacità a delinquere*, della quale si vedranno immediatamente le specifiche e che può dirsi configurata quale ulteriore indice di commisurazione idoneo ad ampliare lo spettro dei criteri fattuali sopra citati, e sul quale si impernano numerose opinioni dottrinali divergenti²⁷⁸.

3.2. La capacità a delinquere

Il comma 2° dell'art. 133 c.p. individua, quale ulteriore criterio di commisurazione, la capacità a delinquere del reo, il quale, unitamente agli indici fattuali ad esso afferenti, concorre ad estendere l'apprezzamento giudiziale dal piano del fatto oggettivo a quello della *personalità* dell'agente²⁷⁹.

Circa il significato di tale secondo criterio commisurativo, numerose sono state le interpretazioni proposte. Onde evitare di addentrarsi nei meandri delle più disparate esegesi dottrinali, si propone di raccogliere le stesse in due tesi tra loro contrapposte, l'una propendente per una visione *retrospettiva-retributiva* e l'altra attinente ad una prospettiva *prognostico-preventiva*²⁸⁰.

²⁷⁶ C. cost. 24.4.2020, n. 73.

²⁷⁷ VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria*, cit.

²⁷⁸ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 802.

²⁷⁹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 803.

²⁸⁰ COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 327-328; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 803-804.

In ordine alla prima, la suddetta capacità viene intesa quale personalità dell'autore rispecchiantesi nell'azione e dunque una sorta di "attitudine al reato commesso"; segnatamente, in tale ottica, gli indici di cui al comma 2 ad essa afferenti costituiscono parametri per la graduazione della colpevolezza, ivi rilevando l'apprezzamento della personalità morale del reo (naturalmente *imputabile*) quale si estrinseca nel fatto, in funzione della formulazione di un giudizio di riprovevolezza adeguatamente individualizzato²⁸¹.

Per quel che concerne la seconda proposta, invece, essa corrobora la proiezione della capacità a delinquere nel futuro, identificandola nell'attitudine del soggetto a realizzare nuovi fatti delittuosi²⁸², avvicinandosi così alla nozione di "pericolosità sociale" quale presupposto di applicazione di una misura di sicurezza.

In questo contesto si demanda pertanto al giudice di ponderare scrupolosamente le esigenze di intimidazione-ammonimento del reo, unitamente alla contemplazione dell'opportunità di evitare allo stesso inutili rischi di desocializzazione, prefigurando prospettive di reinserimento nella società conformi agli strumenti predisposti in tal senso dall'ordinamento²⁸³.

Pare così rintracciabile una duplice connotazione: per un verso, la capacità soggettiva di porre in essere il reato oggetto del giudizio e, per un altro, la propensione alla perpetrazione, in avvenire, di ulteriori illeciti²⁸⁴. Benché sorretto da istanze preventive, sia speciali che generali, il giudizio prognostico in esame proiettato verso il futuro non può tuttavia condurre al superamento dei limiti della colpevolezza per il fatto. Conseguentemente, quest'ultimo deve essere apprezzato esclusivamente in senso favorevole (*in bonam partem*), avendo riguardo alla portata marginale riconoscibile alla specialprevenzione nella fase applicativa, scongiurando in questo modo che la pena giunga all'assunzione di una funzione desocializzante²⁸⁵.

²⁸¹ PETROCELLI, *La funzione della pena*, in *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, 124; BETTIOL, *Diritto penale, Parte generale*, 11^a ed., Padova, 1981, 403.

²⁸² ANTOLISEI, *La capacità a delinquere*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, 168; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 819; ROMANO, GRASSO, *Commentario sistematico*, cit., 354; VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, cit., 334; PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 497; Cass. pen. I, 12.1.1999, ced 212192.

²⁸³ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 821.

²⁸⁴ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 771; Cass. pen. II, 5.6.1990, n. 9572, ced 184786.

²⁸⁵ COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 328.

Da ultimo, a fronte dell'evidente difficoltà di decretare quale tra le letture or ora riportate sia quella più giusta, nonché in difetto di indicazioni *ex art.* 133 c.p. idonee al superamento di tale criticità, altro non rimane che la ricostruzione del significato in esame attraverso il richiamo di elementi esterni, benché a loro volta afferenti alle concezioni proprie di ogni autore; di conseguenza, in un quadro come quello appena delineato, appare pacifica l'efficacia quale strumento risolutivo di una prospettiva di stampo costituzionale²⁸⁶.

Pervenendo ora alla disamina degli indici fattuali afferenti alla suddetta capacità²⁸⁷, si rinvencono anzitutto i c.d. *motivi a delinquere*, per gli stessi intendendosi gli elementi che hanno indotto il soggetto a porre in essere una condotta apprezzabile in termini di meritevolezza sociale ovvero riprovevolezza²⁸⁸; elementi che, tuttavia, appaiono piuttosto riconducibili al giudizio di colpevolezza del fatto.

In particolare, idonei a disvelare la genesi psichica della condotta e, conseguentemente il grado di adesione e di partecipazione dell'agente al fatto, sono elementi quali la natura, l'intensità nonché la persistenza temporale dei motivi in esame²⁸⁹.

Tale motivo o movente, comunemente definito altresì quale causa psichica, può essere ricondotto, nel linguaggio proprio della psicologia, ad un'inclinazione affettiva, che si manifesta sotto forma di sentimento, impulso o pulsione istintuale; quest'ultima, benché possa rivestire carattere inconscio in quanto estranea alla consapevolezza del soggetto agente, può nondimeno – anche se non senza criticità²⁹⁰ – assumere talvolta rilevanza in sede di valutazione della capacità criminale²⁹¹.

Quanto al *carattere del reo*, di cui altresì si costituisce la capacità a delinquere, è identificabile nel concorso tra il temperamento del soggetto (dato biologico di matrice ereditaria) e il carattere in senso proprio, esito della dialettica interiore tra fattori endogeni

²⁸⁶ A cui si farà riferimento e che troverà debita illustrazione nel cap. III, §1 della presente trattazione; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 804.

²⁸⁷ COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 328-329; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 805-806.

²⁸⁸ ROMANO, GRASSO, *Commentario sistematico*, cit., 355.

²⁸⁹ RONCO, *Sub artt. 132, 133, 134*, cit., 843.

²⁹⁰ Tra i fattori critici occorre considerare tanto la misura della differenza tra l'approccio penalistico e quello psicoanalitico, quanto l'inidoneità nonché incompetenza del giudice all'emissione di giudizi dotati di un accettabile grado di attendibilità sulle pulsioni inconscie del reo; sul punto, si veda HAFFKE, *Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie*, in *GA*, 1978, 33 ss.

²⁹¹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 805.

(temperamento) incentivanti una condotta atta alla soddisfazione di istinti e tendenze affettive ovvero repulsive e fattori esogeni (ambiente) che, dall'esterno, sarebbero idonei ad indurre l'uomo ad una quasi totale sottomissione agli stessi²⁹². A seconda del fatto posto in essere, è possibile determinare il carattere del reo, qualificandolo quale più improntato ad una scelta di vita contraria alla legalità, ovvero fragile e scarsamente strutturato quanto ad autocontrollo ed orientamento²⁹³.

Il secondo indice, consistente nella «condotta e vita del reo antecedenti al fatto di reato», rinviene la sua giustificazione nel fatto che la ricostruzione della personalità dell'individuo si realizza attraverso la presa di coscienza di tutti gli aspetti atti ad illuminarla; conseguentemente, sono altresì liberamente valutate condotte e situazioni che, sebbene non strettamente afferenti al reato²⁹⁴, risultano tuttavia idonee a costituire indice di una (potenziale) ribellione all'ordinamento²⁹⁵ (quali episodi, atteggiamenti, inclinazioni), unitamente ai precedenti penali e giudiziari, non trovando in questo caso alcuno spazio la presunzione di innocenza²⁹⁶.

Giova ivi precisare che i precedenti appena nominati assumono rilievo per il solo fatto di risultare a carico del reo nel momento in cui il giudice è intitolato alla determinazione della pena ovvero alla modificazione di quella già irrogata con riferimento al reato *sub iudice*²⁹⁷.

In relazione al terzo indice assume altresì rilevanza, proprio in ragione del rapporto di vicinanza intercorrente tra la stessa e il reato commesso, la «condotta del reo contemporanea o susseguente al reato». Si ritengono indubbiamente inerenti a quest'ultima l'operato dell'agente adottato durante l'esecuzione del fatto delittuoso diverso dalla condotta tipica (per esempio, in luogo di quello che avrebbe dovuto doverosamente adottare nel caso dei reati c.d. omissivi) e, parimenti, le modificazioni intervenute sulle conseguenze del reato (quali la riparazione anche parziale del danno – patrimoniale e non – cagionato); peraltro, rilevano nello stesso senso la condotta serbata

²⁹² ROMANO, GRASSO, *Commentario sistematico*, cit., 355; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 805.

²⁹³ RONCO, *Sub artt. 132, 133, 134*, cit., 844.

²⁹⁴ Cass. pen. II, 11.6.1980, in *Cass. pen.* 1982, 1304.

²⁹⁵ ROMANO, GRASSO, *Commentario sistematico*, cit., 355.

²⁹⁶ Cass. pen. II, 14.11.1984, n. 9967; Cass. pen. VII, ord. 7.6.2023, n. 30345.

²⁹⁷ Cass. pen. V, 27.11.1978, n. 713/1979, ced 140879; Cass. pen. VI, 22.6.2021, n. 34532.

nei confronti della persona offesa, unitamente alla reiterazione di comportamenti *contra ius* nei riguardi della stessa²⁹⁸, nonché l'integrazione di ulteriori reati²⁹⁹, la pendenza di procedimenti penali successivi al reato giudicando³⁰⁰ e – *pro reo* – la partecipazione ad un programma di giustizia riparativa e l'eventuale esito riparativo³⁰¹.

Da ultimo, assume altresì valenza nel contesto in esame il comportamento processuale, la cui valutazione deve essere tuttavia effettuata in sinergia con il diritto costituzionale di difesa, in ossequio al quale (nonché ai suoi corollari consistenti nel diritto al silenzio e a mentire) l'esito non può constare di alcun pregiudizio per l'imputato³⁰². Nell'ambito *de quo*, la valutazione operata nei confronti di quest'ultimo da un lato assume rilievo favorevole ove abbia ad oggetto atteggiamenti di collaborazione processuale ovvero la confessione³⁰³, mentre dall'altro vengono di contro qualificati in senso sfavorevole comportamenti quali la slealtà processuale nonché la violazione di diritti di terzi³⁰⁴.

Infine, per quanto concerne il quarto indice, riguardando questo le «condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo», risulta chiaro l'intento del legislatore di sottolineare l'incidenza dell'ambiente esterno in cui lo stesso vive ed opera nonché dell'educazione ricevuta – sia essa culturale, morale ed economica – all'interno del processo criminogenetico. Si tratta in questo caso di indici connotati da marcata ambivalenza, che possono assumere sfaccettature e significati differenti a seconda che si privilegino istanze general o special-preventive, corroboranti l'affermazione di un rapporto di proporzionalità diretta tra il degrado personale e sociale del reo e il tasso di criminalità latente del reo; ovvero esigenze di stampo retributivo fondate sulla colpevolezza, sulla base delle quali un ambiente familiare e sociale degradato potrà far apparire quale meno riprovevole il fatto posto in essere dall'agente³⁰⁵.

²⁹⁸ RONCO, *Sub artt. 132, 133, 134*, cit., 844.

²⁹⁹ I quali, come specificato dalla sent. della Cass. pen. II, 10.9.2021, n. 41995, devono essere riuniti in continuazione al più grave di cui viene quantificata e (motivata) la pena.

³⁰⁰ Cass. pen. VI, 23.5.2012, n. 21838, ced 252881.

³⁰¹ Ai sensi dell'art. 58 d.lgs. 150/2022.

³⁰² PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 497; Cass. pen. 8.6.1987, in *Cass. pen.* 1988, 807; Cass. pen. III, 15.3.1995, n. 9781, ced 202859; Cass. pen. III, 3.6.2014, n. 38678, ced 260660.

³⁰³ Cass. pen. II, 15.5.2019, n. 27547, ced 276108.

³⁰⁴ RONCO, *Sub artt. 132, 133, 134*, cit., 844.

³⁰⁵ RONCO, *Sub artt. 132, 133, 134*, cit., 844, ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 806.

3.3. Comminatorie congiuntive e alternative di pena: la funzione dei criteri *ex art. 133 c.p.*

Ai fini del completamento dell'illustrazione del quadro applicativo dell'art. 133 c.p., occorre ricordare che il relativo parametro valutativo deve essere richiamato anche nel caso di comminatorie congiuntive ovvero alternative di pena detentiva e pecuniaria³⁰⁶.

Quanto al primo caso, al giudice è consentito procedere ad una commisurazione diversa e variamente calibrata delle due specie sanzionatorie, avendo riguardo altresì al relativo e differente grado di afflittività³⁰⁷, giacché la valutazione circa i suddetti criteri *ex art. 133 c.p.* (e dunque la gravità del fatto e la capacità a delinquere) può realizzarsi attraverso un meccanismo compensativo, del quale può essere manifestazione, per esempio, la diminuzione della pena detentiva a fronte di un incremento della sanzione pecuniaria, quale risposta concreta ad esigenze specialpreventive positive.

Relativamente al secondo caso, invece, i criteri di cui all'art. 133 c.p. risultano orientativi circa la selezione della tipologia sanzionatoria, tenendo conto in *bonam partem* del minore impatto desocializzante proprio della pena pecuniaria. In analoga direzione si può ravvisare la tendenza diffusasi nella prassi giurisprudenziale relativa alla commisurazione delle pene detentive di entità non elevata, consistente nell'attitudine a non fornire adeguata motivazione in ordine alla determinazione della pena pecuniaria³⁰⁸, limitandosi al richiamo di generici criteri di equità e congruità, oltre a quello dei parametri *ex art. 133 c.p.*³⁰⁹; di contro, a fronte dell'irrogazione di una pena detentiva, è senz'altro richiesta una motivazione puntale e specifica³¹⁰.

In questa sede occorre peraltro ricordare e specificare che il riferimento all'art. 133 c.p. risulta altresì indispensabile in funzione dell'applicazione delle sanzioni sostitutive delle pene detentive di breve durata³¹¹.

³⁰⁶ RONCO, *Sub artt. 132, 133, 134*, cit., 845.

³⁰⁷ Cass. pen. II, 27.5.1975, in *Giust. Pen.* 1976, II, 162.

³⁰⁸ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 815.

³⁰⁹ Cass. pen. III, 18.6.2015, n. 37867, ced 264726.

³¹⁰ Cass. pen. VI, 20.2.2018, n. 10772, ced 272762.

³¹¹ Cass. pen. II, 28.2.2024, n. 8794.

In questo ambito, all'individualizzazione della pena sovrintende, in via primaria, la commisurazione in senso ampio, sebbene anche quella in senso stretto vi concorra in modo significativo. Si rinviene manifestazione di tale dinamica specialmente nei casi in cui l'esigenza di calibrare il trattamento sanzionatorio in rapporto a tutte le circostanze proprie del caso concreto non risulti circoscrivibile ai soli connotati del fatto di reato ascritto all'agente, bensì debba essere estesa altresì all'insieme degli elementi riferibili alla persona dell'autore, unitamente al suo grado di pericolosità sociale nonché al "bisogno individuale di pena", in funzione della pluralità di finalità legittime della pena.

A fronte del quadro or ora delineato, assumono conseguentemente rilevanza anche le condotte *posteriores* al fatto di reato, che possono ritrovare valorizzazione in sede di commisurazione quali indici di un percorso – già intrapreso – di rieducazione e che risultano così idonee a giustificare l'irrogazione di una pena inferiore a quella che, avendo avuto riguardo alla sola gravità oggettiva e soggettiva dell'illecito isolatamente considerato, sarebbe stata congrua al principio di proporzionalità³¹².

Da ultimo, occorre specificare che con l'esigenza in esame risulta nondimeno necessaria la contemperazione dell'applicazione del principio di eguaglianza, avvertito fortemente tanto dagli stessi rei quanto dai consociati, nonché fondamento imprescindibile della percezione di giustizia della pena e della legittimità del percorso rieducativo.

Benché in teoria si tratti di un bilanciamento imprescindibile, nella pratica risulta di affatto agevole realizzazione, segnatamente con riferimento alla sanzione carceraria, per la quale può prospettarsi l'opportunità di ricorrere a linee guida di maggiore analiticità e specificazione rispetto ai canoni codicistici³¹³.

4. Il computo delle pene (art. 134 c.p.)

Ai fini della presente trattazione occorre ivi affrontare – pur brevemente – l'istituto del computo delle pene³¹⁴, la cui disciplina rinviene esplicitazione nell'enunciato

³¹² COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 330.

³¹³ VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria*, cit.; VENTUROLI, *Natura e confini*, cit., 109; EUSEBI, *Appunti minimi in tema di riforma del sistema sanzionatorio penale*, in PISA (cur.), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, Torino, 2008, 287.

³¹⁴ COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 331-332.

normativo dell'art. 134 c.p., il quale statuisce: «Le pene temporanee si applicano a giorni, a mesi e ad anni.

Nelle condanne a pene temporanee non si tiene conto delle frazioni di giorno, e, in quelle a pene pecuniarie, delle frazioni di euro».

In via generale l'art. 134 c.p. individua l'unità di misura rilevante ai fini tanto della commisurazione in senso stretto quanto della determinazione degli aumenti e delle diminuzioni, espressi in termini percentuali³¹⁵, delle pene temporanee principali e accessorie, ovvero applicate in via sostitutiva, nonché delle pene pecuniarie e delle ulteriori sanzioni previste per i reati attribuiti alla competenza del Giudice di pace.

Peraltro, l'istituto in questione assume rilevanza altresì con riferimento alla pena dell'ergastolo la quale, benché perpetua, è soggetta a meccanismi di computo interno³¹⁶, rispetto ai quali trova applicazione l'art. 134 c.p.³¹⁷.

Le pene «si applicano a giorni, a mesi e ad anni» mentre la relativa unità minima di misura è rappresentata dal giorno ovvero dall'euro per le pene pecuniarie³¹⁸. Sul punto appare dunque necessario specificare che tali unità non assumono tuttavia la funzione di pena base per il singolo reato, a fronte dell'inderogabilità del minimo assoluto previsto per ciascuna specie sanzionatoria (il c.d. minimo generale³¹⁹), trovando di contro esclusiva applicazione in sede di determinazione di pene di maggiore entità ovvero quali incrementi o riduzioni conseguenti, rispettivamente, alla presenza di circostanze aggravanti o attenuanti, nonché quale aumento nelle ipotesi contemplate *ex art.* 81 c.p., anche nella misura di un solo giorno³²⁰.

Peraltro, poiché ai sensi del secondo comma non devono essere prese in considerazione le frazioni di giorni nelle condanne a pene temporanee, qualora intervengano attenuanti ovvero diminuenti determinanti una riduzione della pena la cui

³¹⁵ A titolo esemplificativo, si riporta la formulazione normativa dell'art. 65, n. 3 c.p.: «le altre pene sono diminuite in misura non eccedente un terzo».

³¹⁶ Tra questi, per esempio, la determinazione del periodo di isolamento notturno *ex art.* 72, co. 2, c.p.

³¹⁷ RONCO, *Sub artt.* 132, 133, 134, cit., 855; ROMANO, GRASSO, *Commentario sistematico*, cit., 378.

³¹⁸ ROMANO, GRASSO, *Commentario sistematico*, cit., 378.

³¹⁹ Consistente, segnatamente, in 15 giorni di reclusione (art. 23 c.p.), in €50,00 di multa (art. 24 c.p.), in 5 giorni di arresto (art. 25 c.p.) e €20,00 di ammenda (art. 26 c.p.).

³²⁰ ROMANO, GRASSO, *Commentario sistematico*, cit., 378.

entità risulti infine comprendente una frazione di giorno, quest'ultimo dato frazionario verrà eliminato, senza procedere di contro all'arrotondamento dello stesso all'unità superiore. Parimenti, per quanto concerne le pene pecuniarie, saranno trascurate le frazioni di euro in ossequio al combinato disposto tra l'art. 134 c.p. e l'art. 51, co. 3, d.lgs. n. 213/1998³²¹, demandante l'arrotondamento con l'eliminazione dei decimali – ossia l'unità di misura minima delle pene pecuniarie³²² – a fronte delle conversioni in euro delle sanzioni pecuniarie penali o amministrative³²³.

Da ultimo, si rende doverosa la segnalazione circa la necessità di una lettura congiunta tra l'art. 134 c.p. e l'art. 14 c.p.³²⁴, il quale dispone che giorni, mesi e anni di pena siano computati, ai fini penali, secondo il calendario comune. Conseguentemente, non avrà alcuna rilevanza l'effettiva estensione temporale delle singole unità di misura (per esempio, se 365 ovvero 366 giorni per l'anno), né può trovare altresì applicazione la finzione che prevede l'equivalenza tra un mese e 30 giorni³²⁵, tanto che la durata della pena risulterà variabile in funzione dello specifico mese nel quale essa viene in esecuzione.

Segnatamente, il *dies a quo* della detenzione deve essere computato nella sua durata qualora la stessa sia determinata *a giorni*; per converso, la scadenza coinciderà con il giorno corrispondente a quello iniziale di decorrenza allorché sia commisurata *a mesi* o *ad anni*³²⁶.

Infine, si ritiene condivisibile la proposta³²⁷ di adottare, a fronte delle (benché modeste, tuttavia sempre esistenti) divergenze temporali della durata della pena, il giorno di reclusione o di arresto quale unica unità di misura³²⁸.

³²¹ Del quale, allo scopo di restituire un quadro organico della disciplina in esame, si riporta di seguito il dato letterale: «Se l'operazione di conversione prevista dal comma 2 produce un risultato espresso anche con decimali, la cifra è arrotondata eliminando i decimali».

³²² RONCO, *Sub artt. 132, 133, 134*, cit., 856.

³²³ COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 331.

³²⁴ Il quale, rubricato "Computo e decorrenza dei termini" prevede testualmente: «Quando la legge penale fa dipendere un effetto giuridico dal decorso del tempo, per il computo di questo si osserva il calendario comune.

Ogni qual volta la legge penale stabilisce un termine per il verificarsi di un effetto giuridico, il giorno della decorrenza non è computato nel termine.»

³²⁵ Propria, quest'ultima, del Codice Zanardelli.

³²⁶ Cass. pen. I, 4.11.2009, n. 48125, ced 245506.

³²⁷ Di RONCO, *Sub artt. 132, 133, 134*, cit., 858.

³²⁸ COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 332.

5. Le circostanze del reato e la commisurazione della pena

A conclusione del presente capitolo e coerentemente con lo stesso, si ritengono meritevoli di considerazione la disciplina delle circostanze del reato e il ruolo delle stesse nella commisurazione della pena.

Con particolare riguardo all'assetto normativo delle circostanze del reato, oltre ad essere – lo stesso – individuabile negli artt. 59, co. 1°, 2° e 3°; 60; nonché dal 61 al 70 del codice penale, è possibile altresì identificarlo quale punto di convergenza tra le istanze derivanti dal principio di legalità – impositivo di una previa determinazione legislativa tanto delle fattispecie incriminatrici, quanto dei criteri di commisurazione della sanzione penale – e l'opposta esigenza di preservazione, in capo al giudice, di spazi di discrezionalità, atti a consentire l'adeguamento della sanzione, anche al di là dei limiti prescritti dalla relativa cornice edittale, alle specifiche connotazioni di maggiore o minore disvalore del fatto concreto sottoposto all'esame di quest'ultimo³²⁹.

La soddisfazione dell'esigenza di demandare a parametri predeterminati il processo di individualizzazione della sanzione penale non si consegue nella sua integrità attraverso l'utilizzo esclusivo del modello di commisurazione c.d. intraedittale di cui all'art. 133 c.p., bensì necessita altresì – per il modello costruito dal legislatore italiano³³⁰ – di un ulteriore e distinto livello di adeguamento c.d. extraedittale della pena.

Tale secondo livello si fonda su una soluzione tecnica³³¹, che da una parte si caratterizza quale, di fatto, non indispensabile alla costruzione dell'architettura penalistica né appartenente ai suoi principi inderogabili, dall'altra si rinviene in un'esplicita tipizzazione, tanto nella parte generale quanto in quella speciale del codice penale nonché nella legislazione complementare, di una pluralità di situazioni – talvolta riferibili al fatto di reato, talvolta alla persona dell'autore – non integranti autonomamente una responsabilità penale, bensì presupponenti la stessa e incidenti, in via esclusiva, in

³²⁹ MANCA, *Circostanze del reato e commisurazione della pena* (59, co. 1, 2 e 3; 60; 61/70; 118), in COCCO-AMBROSETTI, *Trattato breve di diritto penale, Punibilità e pene*, cit., 339.

³³⁰ Il quale differisce, e in questa sede proprio in questo, da altri modelli propri di altri ordinamenti occidentali, tra cui quelli di *Sentencing* anglosassoni nonché la *Strafzumessung* tedesca, per i quali i relativi criteri generali adottati, assimilabili al modello di commisurazione intraedittale italiano, sarebbero di per sé idonei ad esaurire la materia; MANCA, *Le circostanze del reato*, in RONCO (diretto da), *Commentario sistematico al codice penale*, vol. II, *Il reato*, t. 2, 2ª ed., Bologna, 2011, 1 ss.

³³¹ PULITANÒ, *Circostanze del reato. Problemi e prospettive*, in DASSANO, VINCIGUERRA (cur.), *Scritti Marini*, Napoli, 2010, 701 ss.

termini quantitativi e talora anche qualitativi sulle conseguenze sanzionatorie, spingendosi anche oltre i limiti della cornice edittale prevista per la singola fattispecie incriminatrice³³².

Sebbene ciò si evinca da quanto testé detto, giova nondimeno precisare che l'ambito di operatività degli elementi circostanziali in esame si esplica nell'affiancarsi, al ricorrere di situazioni tipiche, ad un reato già perfezionato, ossia al c.d. reato-base o reato semplice, rispetto al quale il dato circostanziante non deve confluire tra i suoi elementi costitutivi³³³.

Conseguentemente, gli stessi non saranno idonei a dar vita ad una distinta ed autonoma fattispecie incriminatrice, risolvendosi esclusivamente nella configurazione di una forma circostanziata del medesimo illecito, alla quale si ricollega esclusivamente una variazione del trattamento sanzionatorio³³⁴.

L'istituto delle circostanze si colloca pertanto all'intersezione dei due momenti cardinali del diritto penale: da un lato il reato, attinente alla struttura delle stesse e rispetto al quale esse si configurano quali elementi caratterizzanti in senso lato, seppur meramente eventuali e accessori (c.d. *accidentalia delicti*); dall'altro, la pena, della quale assumono la funzione di criteri di commisurazione³³⁵. Proprio questo secondo profilo, in particolare, costituisce specifico oggetto della presente trattazione, concernendo lo stesso la funzione commisurativa delle circostanze e ricomprendendo altresì l'insieme di disposizioni normative volte a disciplinare le modificazioni della pena determinate dalla ricorrenza di una o più circostanze³³⁶ che istituiscono, come già ivi anticipato, una fase extraedittale di commisurazione della sanzione penale.

Nella dimensione or ora attenzionata si collocano le classificazioni qualificanti le tradizionali distinzioni tra le diverse circostanze, delle quali si parlerà immediatamente nel paragrafo che seguirà, sebbene non in maniera totalizzante, essendo l'analisi in esame volta precipuamente ad un approfondimento circa la loro funzione commisurativa.

³³² MANCA, *Circostanze del reato e commisurazione*, cit., 340.

³³³ MANCA, *Le circostanze del reato*, cit. 8.

³³⁴ MANCA, *Circostanze del reato e commisurazione*, cit., 340.

³³⁵ JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin, 1996 [trad. spagn. *Tratado de derecho Penal, Parte General*, Granada, 2002], 270 ss.; DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983, 2.

³³⁶ Si fa riferimento, in particolare, agli artt. 63, 64, 65, 66, 67, 69 nonché 69-bis c.p.

5.1. La struttura delle circostanze

Gli effetti sulla pena si inscrivono entro alcuni dei tradizionali e molteplici criteri di classificazione che, come già anticipato, assumono particolare rilievo nella fase commisurativa³³⁷ e dei quali si farà una breve disamina³³⁸ ai fini del completamento nonché della piena comprensione del quadro in esame.

In primo luogo, è dato riscontrare il criterio che distingue tra circostanze *aggravanti* ed *attenuanti* a seconda che comportino rispettivamente un incremento ovvero una diminuzione della pena-base³³⁹.

In secondo luogo, è possibile delineare un'ulteriore distinzione tra circostanze *obbligatorie* e *facoltative* (o *discrezionali*), a seconda che il loro accertamento determini un vincolo per il giudicante nel senso della modificazione della pena ovvero ne affidi la determinazione alla sua valutazione discrezionale. Così come tra le prime sono rinvenibili le circostanze comuni *ex artt. 61, 61-bis e 62 c.p.* nonché le aggravanti speciali *ex artt. 576, 577, 625 c.p.*, tra le seconde possono ravvisarsi la recidiva *ex art. 99 c.p.*³⁴⁰, le attenuanti *ex artt. 114 e 117 c.p.*, ultima parte, *c.p.* e le generiche *ex art. 62-bis c.p.*

Peraltro, sono ulteriormente discernibili le circostanze *ad efficacia comune* da quelle *ad efficacia speciale*³⁴¹, qualificandosi le prime quali fautrici dell'aumento o della diminuzione della pena predeterminata per il reato-base fino alla misura di un terzo e concernenti tanto le ipotesi che prevedono testualmente tale effetto quanto quelle in cui il *quantum* di variazione di pena non risulta esplicitato (quali quelle *ex artt. 61, 62 e 62-bis c.p.*), essendo quest'ultimo, nella stessa misura poc'anzi accennata, ricollegato a tali ipotesi dagli *artt. 64, co. 1 e 65, n. 3*, rispettivamente nel senso di un consimile aumento, con il limite massimo dei trent'anni di reclusione per effetto di una sola aggravante (*art. 64, co. 2 c.p.*) e di una tale riduzione, con il limite minimo di ventiquattro anni per effetto di una sola attenuante incidente sulla pena-base dell'ergastolo (*art. 65, n. 2 c.p.*)³⁴².

³³⁷ PROSDOCIMI, *Note su alcuni criteri di classificazione delle circostanze del reato*, in *Ind. Pen.*, 1983, 269.

³³⁸ Rimandando invece, per l'intera trattazione, a COCCO-AMBROSETTI, *Trattato breve di diritto penale. Parte generale, Il reato*, Padova, III^a ed., 2024.

³³⁹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 442; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 668; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 465 ss.

³⁴⁰ Salvo l'ipotesi *ex co. 5*.

³⁴¹ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 669.

³⁴² Per esigenze di chiarezza espositiva, si riporta di seguito anzitutto il testo dell'*art. 64 c.p.*, rubricato "Aumento di pena nel caso di una sola circostanza aggravante": «Quando ricorre una circostanza

Con riguardo alle seconde, rientrano nel relativo novero quelle circostanze che prescrivono meccanismi di modulazione della pena variamente determinati e riconducibili a tre sotto-categorie³⁴³: ravvisabili sono anzitutto le circostanze autonome, comportanti l'applicazione di una pena di specie differente rispetto a quella prevista per il reato-base (tra queste, per esempio, gli artt. 576 e 577 c.p.); in secondo luogo si rinvencono le circostanze indipendenti le quali, pur rimanendo nell'alveo della medesima specie di pena, importano la rideterminazione *ex novo* della cornice edittale, priva di qualsivoglia correlazione con quella stabilita per il reato semplice (ad esempio, l'art. 625 c.p.); infine, le circostanze ad effetto speciale che, ai sensi dell'art. 63, co. 3, ultima parte, c.p., risultano connotate da variazioni del trattamento sanzionatorio superiore al terzo espressamente previste dal legislatore (tra queste ultime indubbiamente la recidiva aggravata e reiterata *ex art.* 99, co. 2, 3 e 4)³⁴⁴, ovvero desumibili dal rapporto frazionario intercorrente tra la cornice edittale del reato-base e quella risultante dall'applicazione dell'aggravante. È pertanto chiaro ed evidente che in tale ultima sotto-categoria di circostanze confluiscono altresì le (sole) circostanze indipendenti che determinino un aumento di pena eccedente il terzo³⁴⁵.

5.2. La funzione commisurativa delle circostanze

Una volta delineate struttura e classificazioni delle circostanze del reato, nel relativo quadro sistematico si impone la necessità di esaminarne la proiezione funzionale sul versante della commisurazione della pena. Come già sommariamente anticipato, le

aggravante, e l'aumento di pena non è determinato dalla legge, è aumentata fino a un terzo la pena che dovrebbe essere inflitta per il reato commesso.

Nondimeno, la pena della reclusione da applicare per effetto dell'aumento non può superare gli anni trenta». In secondo luogo e al medesimo fine, si ritiene opportuno riportare testualmente altresì l'art. 65 c.p., rubricato quale "Diminuzione di pena nel caso di una sola circostanza attenuante": «Quando ricorre una circostanza attenuante, e non è dalla legge determinata la diminuzione di pena, si osservano le norme seguenti: 1) [abr.]; 2) alla pena dell'ergastolo è sostituita la reclusione da venti a ventiquattro anni; 3) le altre pene sono diminuite in misura non eccedente un terzo».

³⁴³ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 669.

³⁴⁴ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 669.

³⁴⁵ Cass. pen. Sez. Un., 9.6.2017, n. 28953; Cass. pen. III, 11.10.2016, n. 6875/2017, in *Riv. trim. dir. pen. cont.* 2017, 3, 302; MELCHIONDA, *Le circostanze 'indipendenti' sono sempre 'ad effetto speciale'? Una risposta negativa (non 'faziola' ma 'di parte') aspettando le Sezioni Unite*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2017, 4, 181; ID, *Circostanze 'indipendenti' con variazione edittale di pena non superiore ad un terzo: per le Sezioni Unite non sono 'ad effetto speciale' e non rilevano ai fini della prescrizione*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2017, 6, 267; PALERMO FABRIS, PERINA, *Sub artt. 61-63*, in FORTI, SEMINARA, ZUCCALÀ, *Commentario breve al Codice penale*, 327; BERTOLESI, *La rilevanza delle circostanze c.d. indipendenti ai fini del calcolo del termine di prescrizione: la questione rimessa alle Sezioni Unite*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2017, 3, 302.

circostanze non si esauriscono difatti in una dimensione meramente descrittiva, bensì assolvono un ruolo essenziale nella concreta determinazione del trattamento sanzionatorio.

In tale prospettiva, esse operano invero quali criteri di determinazione nonché di applicazione al caso concreto delle variazioni sanzionatorie connesse alla sussistenza di uno o più elementi circostanziali, il cui nucleo regolativo è rinvenibile negli artt. 66-69 c.p.

L'assetto normativo a cui si è appena accennato è suscettibile di un'articolazione in due distinte ipotesi, delle quali la prima trova espressione a fronte della presenza di una sola circostanza (artt. 63, co. 1; 64 e 65 c.p.), mentre la seconda si individua nell'istituto del c.d. concorso di più circostanze afferenti al medesimo reato-base, a sua volta idonea a declinarsi ulteriormente a seconda che si versi in un concorso c.d. omogeneo, connotato dalla simultanea presenza di sole circostanze aggravanti o di sole attenuanti (artt. 63, co. 2, 3, 4 e 5; 66 e 67 c.p.), ovvero in un concorso c.d. eterogeneo, contraddistinto dalla presenza di circostanze aggravanti unitamente a quella delle attenuanti (art. 69 c.p.)³⁴⁶.

Venendo all'esame della prima ipotesi, l'art. 63, co. 1 c.p.³⁴⁷ prescrive un giudizio bifasico³⁴⁸ di commisurazione giudiziale della pena, il cui *iter* logico-argomentativo deve trovare puntuale esplicitazione nell'apparato motivazionale della sentenza³⁴⁹.

In particolare, mentre la prima fase si sostanzia nella determinazione del *quantum* di pena tra il minimo e il massimo edittali relativi al reato-base operata dal giudice facendo esclusivo riferimento ai criteri di commisurazione intraedittale ex art. 133 c.p. ed escludendo così qualsivoglia considerazione di eventuali elementi circostanziali; dall'altra parte, la seconda fase è connotata dalle operazioni di rimodulazione della pena in termini di aumento o diminuzione, quale effetto dell'accertata sussistenza della circostanza³⁵⁰.

³⁴⁶ MANCA, *Circostanze del reato e commisurazione*, cit., 341-342.

³⁴⁷ Del quale, rubricato "Applicazione degli aumenti o delle diminuzioni di pena", si riporta di seguito il dato letterale: «Quando la legge dispone che la pena sia aumentata o diminuita entro limiti determinati, l'aumento o la diminuzione si opera sulla quantità di essa, che il giudice applicherebbe al colpevole, qualora non concorresse la circostanza che la fa aumentare o diminuire».

³⁴⁸ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 674 ss.; PULITANO, *Diritto penale*, cit., 391 ss.; PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, in *Diritto penale*, II, 1988, 207; MANCA, *Le circostanze del reato*, cit., 51.

³⁴⁹ ZALIN, *Sub artt. 68-70*, in FORTI, SEMINARA, ZUCCALÀ, cit., 344.

³⁵⁰ MANCA, *Circostanze del reato e commisurazione*, cit., 342.

Proprio in tale ambito acquista peculiare rilievo una questione, per lo più negletta ancorché di primaria importanza, attinente al rapporto intercorrente tra le circostanze in senso stretto e i criteri di commisurazione della pena ai sensi dell'art. 133 c.p.³⁵¹, alla quale si ritiene opportuno riservare, seppur in misura contenuta, un apposito spazio nella presente trattazione.

Atteso che si possa verificare l'ipotesi in cui il medesimo elemento fattuale rivesta una duplice valenza assumendo simultaneamente tanto una rilevanza circostanziale quanto la funzione di parametro *ex art. 133 c.p.*, parte della dottrina, prendendo le mosse dal principio del *ne bis in idem* sostanziale³⁵², ritiene che lo stesso debba essere computato una sola volta in sede di determinazione della pena, e dunque, in altre parole, che non possa essere valorizzato reiteratamente nell'ambito del medesimo *iter* bifasico, relegando tale operazione in via esclusiva alla seconda fase, essendo la previsione a titolo circostanziale posta in rapporto di specialità con i criteri *ex art. 133 c.p.*, che, costituendo *lex generalis*, dovranno cedere il passo³⁵³ alla previsione speciale che tipizza il medesimo elemento come aggravante ovvero attenuante³⁵⁴.

Procedendo ora all'analisi della seconda fase del giudizio bifasico, occorre precisare che la stessa si sostanzia nella commisurazione extraeditale della pena conseguente all'incidenza della circostanza e che la relativa conformazione varia in funzione della natura del criterio di variazione della pena predisposto dal legislatore per la circostanza operante nel caso concreto.

Segnatamente, in presenza di circostanze ad efficacia comune ovvero ad effetto speciale, la variazione assume struttura proporzionale e il giudice dovrà individuare quest'ultima sulla base di un apprezzamento qualitativo di intensità, ricavato mediante la costruzione ideale di una scala graduale di sottofattispecie tipiche³⁵⁵, lungo la quale collocare il fatto concreto, oggetto del giudizio, a seconda del suo grado di gravità³⁵⁶.

³⁵¹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 437, 451.

³⁵² PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 393 ss.; DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., 111 ss.

³⁵³ PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, cit., 207 ss.

³⁵⁴ MANCA, *Circostanze del reato e commisurazione*, cit., 342.

³⁵⁵ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 676 ss.; PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, cit., 207.

³⁵⁶ Occorre ivi precisare che resta in questa sede esclusa la necessità di una perfetta simmetria tra le pene congiunte, potendo l'incidenza sanzionatoria operare in modo differenziato tra pena detentiva e pecuniaria; sul punto, Cass. pen. III, 14.7.2004, n. 39861, in *Guida al diritto* 2004, f. 45, 61.

Diversamente, ove ricorrano circostanze caratterizzate da criteri non proporzionali di determinazione della pena – quali le circostanze autonome o indipendenti, il cui assetto sanzionatorio risulta svincolato dalla pena-base del reato – la risposta punitiva dovrà essere determinata *ex novo*, individuandola all'interno della nuova cornice edittale attraverso rinnovata applicazione dei criteri generali *ex art. 133 c.p.*, già impiegati nella fase iniziale suddetta propria del giudizio bifasico, che subirà pertanto, in questi casi, una *reductio ad unum*³⁵⁷.

Le disposizioni normative poste a presidio della disciplina della seconda fase del giudizio bifasico sono, anzitutto per quanto concerne l'ipotesi di concorso omogeneo di circostanze, gli artt. 63, co. 2-5, 66 e 67 c.p. In via generale, l'art. 63, co. 2 c.p.³⁵⁸ prevede che, in presenza di una pluralità – e dunque un concorso – di aggravanti ovvero attenuanti, trovi applicazione il criterio del c.d. cumulo materiale delle variazioni di pena secondo un meccanismo progressivo di calcolo, in forza del quale ogni incremento ovvero decremento incide sulla pena già modificata dalla variazione precedente, ferma restando l'osservanza dei limiti massimi e minimi stabiliti rispettivamente per le aggravanti e le attenuanti dagli artt. 66³⁵⁹ e 67³⁶⁰ c.p.

Il modello generale delineato al co. 2 testé analizzato rinviene ai co. 3 e 4 del medesimo art. 63 c.p.³⁶¹ il relativo regime derogatorio, idoneo a circoscriverne

³⁵⁷ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 677.

³⁵⁸ Il quale segnatamente prevede testualmente: «Se concorrono più circostanze aggravanti, ovvero più circostanze attenuanti, l'aumento o la diminuzione di pena si opera sulla quantità di essa risultante dall'aumento o dalla diminuzione precedente».

³⁵⁹ Rubricato «Limiti degli aumenti di pena nel caso di concorso di più circostanze aggravanti» dispone che: «Se concorrono più circostanze aggravanti, la pena da applicare per effetto degli aumenti non può superare il triplo del massimo stabilito dalla legge per il reato, salvo che si tratti delle circostanze indicate nel secondo capoverso dell'articolo 63, né comunque eccedere: 1) gli anni trenta, se si tratta della reclusione; 2) gli anni cinque, se si tratta dell'arresto; 3) e, rispettivamente, euro 10.329 o euro 2.065, se si tratta della multa o dell'ammenda; ovvero, rispettivamente, euro 30.987 o euro 6.197, se il giudice si avvale della facoltà di aumento indicata nel capoverso dell'articolo 133 *bis*».

³⁶⁰ Rubricato «Limiti delle diminuzioni di pena nel caso di concorso di più circostanze attenuanti» dispone: «Se concorrono più circostanze attenuanti, la pena da applicare per effetto delle diminuzioni non può essere inferiore: 1) [abr.]; 2) a dieci anni di reclusione, se per il delitto la legge stabilisce la pena dell'ergastolo. Le altre pene sono diminuite. In tal caso, quando non si tratta delle circostanze indicate nel secondo capoverso dell'articolo 63, la pena non può essere applicata in misura inferiore ad un quarto».

³⁶¹ Segnatamente, ai co. 3 e 4 dell'art. 63 c.p. è previsto: «Quando per una circostanza la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato o si tratta di circostanza ad effetto speciale, l'aumento o la diminuzione per le altre circostanze non opera sulla pena ordinaria del reato, ma sulla pena stabilita per la circostanza anzidetta. Sono circostanze ad effetto speciale quelle che importano un aumento o una diminuzione della pena superiore ad un terzo.

Se concorrono più circostanze aggravanti tra quelle indicate nel secondo capoverso di questo articolo, si applica soltanto la pena stabilita per la circostanza più grave; ma il giudice può aumentarla».

l'operatività al solo concorso tra circostanze ad efficacia comune. Ove di contro queste concorrano con quelle ad efficacia speciale, troverà applicazione il co. 3, configurante una vera e propria gerarchia normativa tra circostanze nella sequenza di applicazione delle variazioni sanzionatorie. In ossequio allo stesso, il giudice dovrà prioritariamente procedere alla determinazione della pena sulla base della variazione derivante dalla circostanza ad efficacia speciale, secondo i criteri tipici di ciascuna delle tre sottocategorie ad essa afferenti³⁶², per poi procedere solo successivamente all'applicazione, sulla pena così rideterminata, della variazione fino ad un terzo connessa alla circostanza ad efficacia comune³⁶³.

Muovendo ora a considerare i co. 4 e 5³⁶⁴ dell'art. 63 c.p., è possibile rinvenirne la disciplina dell'ipotesi di concorso tra più circostanze omogenee ad efficacia speciale. In tale evenienza, adottando un modello assimilabile a quello del cumulo giuridico³⁶⁵, il legislatore ha imposto la selezione nonché l'applicazione di una sola circostanza e dei relativi effetti (e segnatamente, la più grave tra le aggravanti e la meno grave tra le attenuanti), unitamente al riconoscimento in capo al giudice della facoltà di apportare ulteriori variazioni rispettivamente in aumento o diminuzione alla luce dei criteri generali di cui agli artt. 64, co. 1 e 65, n. 3 c.p., applicabili, come già anticipato, in tutti i casi in cui la variazione di pena non sia predeterminata dalla legge³⁶⁶.

Da ultimo, l'operatività della disciplina del concorso omogeneo³⁶⁷ resta esclusa nei casi di concorso apparente di circostanze, configurabile allorché una circostanza si ponga in rapporto di specialità, ai sensi dell'art. 15 c.p.³⁶⁸, rispetto ad un'altra, ovvero

³⁶² Di cui *supra* (si veda il Cap. II, §5.1. della presente trattazione) e, segnatamente, il giudizio di intensità per le circostanze ad effetto speciale, i criteri *ex art.* 133 c.p. per le circostanze autonome nonché, pur implicitamente, per quelle indipendenti; sull'evidenza della svista legislativa appena nominata: MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 678; ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, artt. 1-84, 3^a ed., Milano, 2004, 642 ss.; MANCA, *Le circostanze del reato*, cit., 53 n. 179; PUCETTI, *Sub artt.* 63-68, in RONCO, ROMANO B. (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, cit., 585 ss.

³⁶³ MANCA, *Circostanze del reato e commisurazione*, cit., 343.

³⁶⁴ Rinviano alla nota di cui *supra* per il tenore letterale del co. 4, si traspone in questa sede quello del co. 5, per il quale: «Se concorrono più circostanze attenuanti tra quelle indicate nel secondo capoverso di questo articolo, si applica soltanto la pena meno grave stabilita per le predette circostanze; ma il giudice può diminuirle».

³⁶⁵ Cass. pen. VI, 7.11.2019, n. 52011, ced 278055-01.

³⁶⁶ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 679.

³⁶⁷ E per Manna in MANNA, *voce Circostanze del reato*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, VI, Roma, 1993, 10, anche quella del concorso eterogeneo, di cui si dirà *infra*.

³⁶⁸ Del quale, rubricato “Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale”, si riporta di seguito il dato testuale: «Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito».

qualora, ai sensi dell'art. 68 c.p.³⁶⁹, una circostanza, pur non configurandosi quale speciale, ne assorba integralmente un'altra. In tali ipotesi difetta invero il presupposto stesso della pluralità effettiva di circostanze, venendo pertanto meno la stessa base applicativa del meccanismo concorsuale e risultando conseguentemente doverosa l'applicazione della sola circostanza speciale ovvero, ove si riscontri un caso di mera continenza, di quella che comporti una variazione di pena di maggiore entità³⁷⁰.

In ultima istanza, risulta opportuno soffermarsi sull'art. 69 c.p., posto a presidio della disciplina dell'ipotesi di concorso eterogeneo di circostanze, configurabile allorché, con riferimento ad un unico fatto di reato, vengano a cumularsi una o più circostanze aggravanti e una o più attenuanti. A fronte degli inevitabili contrasti insorgenti tra elementi idonei alla determinazione dell'inasprimento della risposta punitiva da un lato e fattori che, pur inerendo al medesimo fatto nonché al medesimo autore, depongono in senso favorevole per un temperamento del trattamento sanzionatorio dall'altro, la disposizione in esame si fa carico di stabilirne i criteri di composizione³⁷¹.

Segnatamente ai fini della determinazione della pena concretamente irrogabile, il giudice è chiamato ad effettuare una valutazione comparativa degli elementi contrapposti in esame, illustrandone puntualmente le ragioni nella motivazione³⁷² attraverso un giudizio di bilanciamento suscettibile – salvo diversa predeterminazione di legge – di condurre a tre distinti esiti: primo fra questi è indubbiamente la prevalenza delle circostanze aggravanti (art. 69, co. 1 c.p.³⁷³), con conseguente ed esclusiva applicazione degli aumenti di pena unitamente all'assoluta obliterazione delle attenuanti; in secondo

³⁶⁹ Del quale, rubricato “Limiti al concorso di circostanze”, si riporta ivi il dato testuale: «Salvo quanto è disposto nell'articolo, quando una circostanza aggravante comprende in sé un'altra circostanza aggravante, ovvero una circostanza attenuante comprende in sé un'altra circostanza attenuante, è valutata a carico o a favore del colpevole soltanto la circostanza aggravante o la circostanza attenuante, la quale importa, rispettivamente, il maggiore aumento o la maggiore diminuzione di pena.

Se le circostanze aggravanti o attenuanti importano lo stesso aumento o la stessa diminuzione di pena, si applica un solo aumento o una sola diminuzione di pena».

³⁷⁰ MANCA, *Circostanze del reato e commisurazione*, cit., 344.

³⁷¹ MANCA, *Circostanze del reato e commisurazione*, cit., 344.

³⁷² LOMBARDO, *Sub art. 69*, in RONCO, ROMANO B. (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, cit., 602 ss.; Cass. pen. I, 27.6.2024, n. 39700, ced 287194-01; Cass. pen. V, 6.10.2021, n. 1054/2022; Cass. pen. III, 22.11.2013, n. 116, ced 258147.

³⁷³ Rubricato “Concorso di circostanze aggravanti e attenuanti”, si riporta di seguito il co. 1: «Quando concorrono insieme circostanze aggravanti e circostanze attenuanti, e le prime sono dal giudice ritenute prevalenti, non si tien conto delle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti, e si fa luogo soltanto agli aumenti di pena stabiliti per le circostanze aggravanti».

luogo, di contro, può realizzarsi la preminenza delle circostanze attenuanti (art. 69, co. 2 c.p.³⁷⁴), comportante l'applicazione delle sole diminuzioni sanzionatorie con totale premissione delle aggravanti³⁷⁵; infine, è contemplata l'ipotesi dell'equivalenza (art. 69, co. 3 c.p.³⁷⁶), che implica la neutralizzazione reciproca degli effetti delle contrapposte circostanze, le quali, bilanciandosi, si elidono integralmente indipendentemente dal loro numero, con conseguente riconduzione del fatto nell'alveo sanzionatorio previsto per la fattispecie base³⁷⁷.

In questo ambito, risulta nondimeno estremamente ardua la cristallizzazione di un criterio normativo univoco cui ancorare il giudizio di bilanciamento: invero, a fronte del difetto di direttive legislative puntuali nonché dell'esclusione della decisività tanto del mero dato quantitativo delle circostanze in conflitto³⁷⁸ quanto dei parametri di cui all'art. 133 c.p., sebbene autorevolmente evocati³⁷⁹, non resta che il riconoscimento del carattere unitario e onnicomprensivo assunto da tale valutazione, in ossequio alla quale si impone una considerazione simultanea di tutti gli elementi circostanziali³⁸⁰, unitamente alla conseguente attribuzione al giudice di un'ampia ed incontrollata discrezionalità che si atteggia, sostanzialmente, quale vera e propria delega in bianco conferitagli dall'ordinamento penale³⁸¹.

Proprio quest'ultimo, nel corso del tempo, ha fatto ricorso a plurimi e differenti modelli – caratterizzati dalla concessione di eterogenei spazi di apprezzamento giudiziale in quanto modulati in funzione dei mutevoli fini di politica criminale propri delle diverse epoche storiche – relativi ai margini di operatività del giudizio di bilanciamento a cui si è fatto or ora riferimento.

³⁷⁴ Del quale si riporta ivi, segnatamente, il dato testuale: «Se le circostanze attenuanti sono ritenute prevalenti sulle circostanze aggravanti, non si tien conto degli aumenti di pena stabiliti per queste ultime, e si fa luogo soltanto alle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti».

³⁷⁵ Cfr. Cass. pen. Sez. Un., 25.10.2018-15.5.2019 n. 20808, in *Giur. it.*, 2019; NOTARO, *Il giudizio in tema di recidiva e suoi effetti sul termine di prescrizione del reato*, in *Giur. it.*, 2257.

³⁷⁶ Il quale dispone: «Se fra le circostanze aggravanti e quelle attenuanti il giudice ritiene che vi sia equivalenza, si applica la pena che sarebbe inflitta se non concorresse alcuna di dette circostanze».

³⁷⁷ MANCA, *Circostanze del reato e commisurazione*, cit., 344.

³⁷⁸ CADOPPI, VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, Parte generale*, 9ª ed., Milano, 2023, 362.

³⁷⁹ PAGLIARO, *Il reato*, Milano, 2007, 321; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 490.

³⁸⁰ Cass. pen. IV, 17.5.2022, n. 20034; Cass. pen. I, 11.6.2021, n. 28109, ced 281671; Cass. pen. II, 26.1.2021, n. 17347, ced 281217-05.

³⁸¹ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 684.

Evidenza di una consimile inclinazione è rinvenibile già nel dettato originario dell'art. 69, co. 4 c.p. ispirato, proprio per la diffusione delle stesse all'epoca, ad istanze retributive nonché, al contempo, generalpreventive negative. In ossequio a tali finalità, la formulazione originaria prevedeva l'esclusione dal novero del giudizio del bilanciamento – in un'ottica di contenimento della discrezionalità giudiziale, di cui si paventava un impiego eccessivamente indulgente³⁸² – le circostanze inerenti alla persona del reo ex art. 70 c.p., oltre alle circostanze autonome e a quelle indipendenti, i cui effetti, pertanto, non erano suscettibili di essere neutralizzati dalla prevalenza ovvero dall'equivalenza di circostanze di segno contrario³⁸³.

La *ratio* alla base della stessa esclusione delle circostanze ad efficacia speciale risiedeva, sempre nell'ottica di cui sopra, nell'esigenza della sottrazione all'apprezzamento giudiziale della gravità di circostanze, la cui entità risultava già essere stata oggetto di valutazione da parte dello stesso legislatore³⁸⁴.

In un secondo momento e, segnatamente, nell'aprile del '74, si assisterà ad una riforma novellistica dell'assetto testé illustrato, operata dall'art. 6, d.l. n. 99/1974 e convertito in L. n. 220/1974 e improntata consentire – nella rinnovata prospettiva di una special-prevenzione positiva, suggerita dal finalismo rieducativo di cui all'art. 27 Cost., nonché nelle more di una complessiva riforma del sistema sanzionatorio – una più duttile modulazione della pena in relazione al fatto e alla colpevolezza e, segnatamente, un temperamento in sede giudiziale del rigido sistema delle aggravanti speciali³⁸⁵. La rinnovazione del dettato dell'art. 69, co. 4 c.p.³⁸⁶ determinò pertanto l'effetto di

³⁸² MANCA, *Le circostanze del reato*, cit., 57.

³⁸³ MANCA, *Circostanze del reato e commisurazione*, cit., 345.

³⁸⁴ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 448.

³⁸⁵ Specialmente quelle del furto ex art. 625 c.p.; PULITANO, *Diritto penale*, cit., 393 ss.; GIUNTA, *Dal disegno di legge Cirielli alla legge ex Cirielli: l'evoluzione del testo e del suo contenuto*, in GIUNTA (cur.), *Le innovazioni al sistema penale*, Milano, 2006, 15; PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010, 28; MANCA, *Le circostanze del reato*, cit., 57 ss.

³⁸⁶ Il cui tenore letterale, attualmente, consiste in quanto segue: «Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, esclusi i casi previsti dall'articolo 99, quarto comma, nonché dagli articoli 111 e 112, primo comma, numero 4), per cui vi è divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti, ed a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato».

eliminazione delle pregresse limitazioni, unitamente alla conseguente estensione dell'operatività del giudizio di bilanciamento all'intero spettro delle circostanze³⁸⁷.

Appare in questa sede opportuno segnalare che, sul punto, sono state avanzate dalla dottrina prevalente giustificate riserve, atte ad evidenziare la sostanziale abdicazione, operata dal legislatore con la riforma in esame, a vantaggio di una c.d. supplenza giudiziaria, nonché una torsione dell'assetto sistematico di difficile ricomposizione³⁸⁸.

In altre parole, il legislatore del '74, anziché procedere ad una revisione legislativa degli ambiti edittali della sanzione, ha preferito imboccare la via della delega al giudice, in sede commisurativa, della modulazione del *quantum* sanzionatorio nel senso di un adeguamento alla mutata sensibilità sociale, determinando conseguentemente un'eccessiva dilatazione del potere discrezionale del giudice, peraltro priva di qualsivoglia criterio-guida ovvero meccanismo di controllo predeterminato³⁸⁹.

Allorché con la riforma in esame l'idea rieducativa ha conseguito un rilevante riconoscimento nell'ambito del diritto positivo³⁹⁰, la stessa ha nondimeno iniziato ad incrinarsi sotto il peso della diffusa percezione della sua inefficacia circa il contenimento della recidiva, riaprendo così la via a interventi successivi, talora connotati da un'impostazione marcatamente populista, determinanti l'introduzione di aggravanti privilegiate nonché di ipotesi sottratte al giudizio di bilanciamento³⁹¹.

In particolare, per quanto riguarda queste ultime, sarà la logica emergenziale a rappresentare il varco argomentativo attraverso cui si assisterà alla progressiva reintroduzione di nuovi vincoli al giudizio di bilanciamento, con particolare riguardo a specifiche fattispecie della parte speciale e della legislazione *extra codicem*^{392,393}.

³⁸⁷ MELCHIONDA, *Le circostanze del reato, origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, 688 ss.

³⁸⁸ PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, cit., 213; ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 710; GUERRINI, *Le circostanze del reato*, in *Introduzione II*, 291 ss.; CIVELLO, *Recidiva reiterata e limiti al bilanciamento ex art. 69 c.p.: due nuove conquiste nella battaglia contro "il divieto di prevalenza"*, in *Archivio penale*, 2014, 1, 18 ss.

³⁸⁹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit. 448.

³⁹⁰ Seguiranno difatti, sullo stesso solco, la riforma dell'ordinamento penitenziario ex L. 354/1975 nonché quella carceraria ex L. 616/1986, di cui si è già detto nel Cap. I, §4, della presente trattazione.

³⁹¹ MANCA, *Circostanze del reato e commisurazione*, cit., 345.

³⁹² RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2001, 417; GUERRINI, *Le circostanze del reato*, cit., 294.

³⁹³ Per esigenze di sintesi, non si tratteranno nello specifico le riforme di cui si è appena detto, limitandosi pertanto ad effettuarne ivi una breve disamina: rilevante è anzitutto l'art. 1, d.l. 625/1979, convertito in L. n. 15/1980, fautore dell'introduzione dell'aggravante ad effetto speciale della finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, unitamente alla corrispondente esclusione della possibilità di

Siffatta transizione esegetica rinverrà la sua realizzazione ideale solo con la L. 251/2005 (altresì nota come *ex Cirielli*), imperniata sulla controversa tendenza al recrudescimento sanzionatorio nei confronti dei soggetti recidivi, configurandosi quale tentativo (pur modesto) di trapianto nel sistema penale italiano dei paradigmi propri del neoretribuzionismo nonché della prevenzione speciale negativa di matrice statunitense, sorto a fronte della pragmatica convinzione del fallimento della prevenzione speciale positiva³⁹⁴, ritenuta strutturalmente inidonea al perseguimento di reali obiettivi di emenda del reo. Tale postulato è sfociato nell'assoggettamento dell'organo giudicante a stringenti e pressoché ineludibili direttive (*guidelines*) in sede di commisurazione della pena (*Sentencing*), volte ad inibire qualsivoglia scostamento dalla finalità di neutralizzazione del reo³⁹⁵.

Si ritiene dunque riconducibile proprio all'intervento normativo *de quo* il recupero della centralità, nella politica giudiziaria, della parabola di graduale compressione della discrezionalità di merito³⁹⁶, intesa nuovamente quale meccanismo di clemenza fallace sul piano rieducativo e della deterrenza.

Nel panorama della disciplina concernente le circostanze del reato tale tendenza si estrinseca, segnatamente, in un novellato limite ostativo di portata generale all'operatività

una risoluzione del giudizio di bilanciamento nel senso della prevalenza o equivalenza delle attenuanti. Simili limitazioni al giudizio in esame si rinvencono nell'art. 280, co. 2 e 4 c.p., nonché negli artt. 289-*bis* c.p. e 630 c.p. e altrettanto rilevanti risultano le eccezioni introdotte dall'art. 7, d.l. 152/1991, convertito nell'art. 1, L. 203/1991 a fronte dell'emergenza mafiosa, dall'art. 3 d.l. 122/1993, convertito in L. 205/1993 in ossequio a istanze di contrasto al fenomeno del c.d. *hate speech* nonché, da ultimo, dall'art. 15, co. 4, L. 228/2003 in materia di pedofilia.

Sul punto, ai fini di una più ampia e approfondita ricostruzione si rimanda a MANCA, *Circostanze del reato e commisurazione*, cit., 346 e alle fonti ivi citate.

³⁹⁴ Alveo nel quale si collocano la *Just desert theory*, ispiratrice delle dottrine della *Zero tolerance* e del sistema californiano *Three strikes and you're out*, incentrare sul rifiuto di una concezione specialpreventiva positiva della pena e, conseguentemente corroboranti l'idea di una pena quale sanzione proporzionata nonché atta alla neutralizzazione del reo; VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 23.

³⁹⁵ Cfr. DELLA BELLA, *Three Strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 830 ss.; MANCA, *Le circostanze del reato*, cit., 1 ss., 60 ss.; CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: 'tre colpi e sei fuori'?*, in SCALFATI (cur.), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006, 53 ss.

³⁹⁶ INSOLERA, *Una nuova grammatica costituzionale di fronte alla palingenesi della ideologia punitiva*, in INSOLERA (cur.), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, 29 ss.; GIUNTA, *Dal disegno di legge Cirielli*, cit., 14 ss.; MELCHIONDA, *Modifiche in materia di circostanze*, in GIUNTA, (cur.), *Le innovazioni*, cit., 181 ss.

del giudizio di bilanciamento proprio dell'art. 69 c.p., pur se con attenuata cogenza rispetto all'originaria impostazione del Codice Rocco del 1930³⁹⁷.

In particolare, la formulazione inedita del co. 4, frutto dell'intervento riformatore del 2005, sebbene preservi la regola generale dell'operatività del giudizio di bilanciamento anche con riguardo alle circostanze attinenti alla persona del reo – autonome e indipendenti, ripristinate dalla novella del 1974 – introduce, dall'altra parte, il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti, pur lasciando tuttavia impregiudicata la possibilità di pervenire ad un giudizio di equivalenza nelle ipotesi di recidiva *ex art.* 99, co. 4 c.p.³⁹⁸ nonché in quelle di determinazione al reato di soggetti totalmente o parzialmente non imputabili o non punibili *ex artt.* 111 e 112, co. 1, n. 4 c.p.^{399, 400}.

La contrazione della discrezionalità giudiziale, benché vivamente criticata in dottrina⁴⁰¹, ha nondimeno manifestato sin da subito un'incidenza applicativa assai meno impattante rispetto ai proclami riformatori, anzitutto in ragione della persistente possibilità, non intaccata dalla riforma, di pervenire in ogni caso all'elisione degli effetti delle aggravanti attraverso il giudizio di equivalenza e, in secondo luogo, in virtù della permanenza in capo al giudice della facoltà di escludere *ab origine* l'operatività della recidiva stessa – stante la sua configurazione quale circostanza di natura facoltativa – ovviando così al connesso limite della prevalenza delle attenuanti, unitamente alla possibilità di ritenere, in via alternativa, che la recidiva, sebbene accertata, non costituisca

³⁹⁷ MANCA, *Circostanze del reato e commisurazione*, cit., 346.

³⁹⁸ Del quale ("Recidiva") si riporta ivi il dato letterale: «Se il recidivo commette un altro delitto non colposo, l'aumento della pena, nel caso di cui al primo comma, è della metà e, nei casi previsti dal secondo comma, è di due terzi».

³⁹⁹ Rispettivamente rubricati "Determinazione al reato di persona non imputabile o non punibile" e "Circostanze aggravanti" ed esplicitanti i seguenti dispositivi: «Chi ha determinato a commettere un reato una persona non imputabile, ovvero non punibile a cagione di una condizione o qualità personale, risponde del reato da questa commesso, e la pena è aumentata. Se si tratta di delitti per i quali è previsto l'arresto in flagranza, la pena è aumentata da un terzo alla metà.

Se chi ha determinato altri a commettere il reato ne è il genitore esercente la responsabilità genitoriale, la pena è aumentata fino alla metà o, se si tratta di delitti per i quali è previsto l'arresto in flagranza, da un terzo a due terzi.»; «La pena da infliggere per il reato commesso è aumentata: [...] 4) per chi, fuori del caso preveduto dall'articolo 111, ha determinato a commettere il reato un minore di anni 18 o una persona in stato di infermità o di deficienza psichica, ovvero si è comunque avvalso degli stessi o con gli stessi ha partecipato nella commissione di un delitto per il quale è previsto l'arresto in flagranza.».

⁴⁰⁰ GIUNTA, *Dal disegno di legge Cirielli*, cit., 11; MELCHIONDA, *Modifiche in materia di circostanze*, cit., 206 ss.

⁴⁰¹ Tra i tanti, PAVARINI, *The spaghetti incapacitation: la nuova disciplina della recidiva*, in INSOLERA (cur.), *La legislazione*, cit., 3 ss.; FLORA, *Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 1325 ss., che stigmatizzano tale compressione quale inquietante e incolta *americanata*.

indice di una maggiore pericolosità dell'agente, e pertanto inidonea alla giustificazione dell'applicazione del limite di cui all'art. 69, co. 4 c.p.⁴⁰².

Nel solco tracciato dalla riforma del 2005 è dato riscontrare una serie di *asistematici* interventi normativi di parte speciale, a loro volta improntati alla limitazione della discrezionalità giudiziale nel bilanciamento di circostanze, attraverso il divieto tanto di prevalenza quanto altresì di equipollenza delle attenuanti, approdando così alla configurazione di una sorta di *privilegio* o *blindatura* delle aggravanti⁴⁰³, cui è sottesa la finalità di approntare una più incisiva tutela dei beni giuridici evocati o quantomeno di veicolare il corrispondente messaggio simbolico⁴⁰⁴.

Ulteriormente, dalla medesima prospettiva improntata alla neutralizzazione del reo deriva l'inserimento nel panorama ordinamentale di numerose nuove circostanze aggravanti⁴⁰⁵, sovente esito di approssimative manovre di populismo penale e di un fallace panpenalismo, rintracciabile nel susseguirsi dei numerosi "decreti sicurezza"⁴⁰⁶, nonché di correlate sollecitazioni di stampo lobbistico tese al perseguimento di interessi particolaristici, spesso nobilitati dal richiamo alle "categorie vulnerabili"⁴⁰⁷. Consimili modifiche apportate al regime della commisurazione della pena risultano da ultimo finalizzate a circoscrivere frammentari aspetti di supposta pericolosità sociale, nell'intento di tacitarli attraverso il consueto, quanto vano, inasprimento sanzionatorio⁴⁰⁸.

⁴⁰² PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.* 2006, *dossier mensile* 1, 32; MELCHIONDA, *Modifiche in materia di circostanze*, cit., 189 ss., 209 ss.; SCALFATI, *Cade il bilanciamento delle 'circostanze'*, in *Guida dir.* 2006, *dossier* 1, 39 ss.; Cass. pen. Sez. Un. 27.5.2010, in *Cass. pen.* 2011, 2094; Cass. pen. VI, 3.12.2009, n. 47909; Cass. pen. IV, 20.3.2008, n. 12348.

⁴⁰³ SCHIRÒ, voce *Circostanze aggravanti del reato*, in *Digesto*, 4^a ed., *Discipline penalistiche*, Torino, 2021, 90; CAMPLANI, *Le circostanze privilegiate e il relativo bilanciamento nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite*, in *Cammino Diritto*, 2022, 1, 12 ss.

⁴⁰⁴ Giacché la presente trattazione non costituirà la sede di illustrazione di tali interventi normativi a fronte di inevitabili esigenze di sintesi, si rinvia per la stessa a MANCA, *Circostanze del reato e commisurazione*, cit., 347-348 nonché alle fonti ivi citate, limitando qui la relativa disamina ad una breve enucleazione delle novelle: l'art. 1, lett. e, d.l. 92/2008, convertito in L. 125/2008 (c.d. pacchetto sicurezza), fautore dell'introduzione dell'art. 590-bis c.p.; sulla stessa linea sono da segnalare l'art. 1, co. 6, lett. c, L. 103/2017 che ha introdotto il co. 4 dell'art. 624-bis c.p., nonché l'art. 69-bis n. 1-6 c.p.p. ex d.lgs. 21/2018.

⁴⁰⁵ A titolo esemplificativo si ricorda quella della clandestinità ex art. 61, n. 11-bis c.p., introdotta dal d.l. 92/2008 (c.d. pacchetto sicurezza) e dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte cost. con la sentenza 249/2010; per le altre aggravanti introdotte in ossequio alla stessa prospettiva, si rimanda a MANCA, *Circostanze del reato e commisurazione*, cit., 348 e alle fonti ivi citate.

⁴⁰⁶ DOLCINI, *Un paese meno sicuro per effetto del decreto-legge sicurezza*, in *Sist. pen.* 2025; PAPA, *Com'è che il diritto penale è diventato una favola?*, in *Sist. pen.* 2025.

⁴⁰⁷ SCHIRÒ, voce *Circostanze aggravanti*, cit., 86 ss.

⁴⁰⁸ LOSAPPIO, *Dal diritto penale rimoszionale alla rimozione del diritto penale*, in LOSAPPIO, MANCA, TEIXERA (cur.), *Il diritto penale nel guado tra libertà, sicurezza e populismo*, Pisa, 2022, 13; MANCA, *Il*

Nondimeno, la cronaca del recente passato si atteggia a testimone dello sgretolamento giurisprudenziale di tale impianto di rigide “*guidelines*”, eroso dalle numerose declaratorie di incostituzionalità, che hanno investito segnatamente il divieto di prevalenza delle attenuanti a fronte della recidiva reiterata *ex art.* 99, co. 4 c.p., ravvisando (i giudici costituzionali) nello stesso una sterilizzazione delle reali caratteristiche del fatto e della colpevolezza del reo, con conseguente *vulnus* ai principi di proporzionalità sanzionatoria, di uguaglianza nonché di ragionevolezza⁴⁰⁹.

In particolare, le riserve circa tale rigoristica preclusione legale hanno esplicitato perplessità, anche sul piano costituzionale, alla luce della stessa *ratio* che la giurisprudenza ascrive al giudizio di bilanciamento, fondato sulla ponderazione congiunta della concreta gravità del fatto e della personalità del reo, nell’ottica di un adeguamento della sanzione penale al caso concreto. Ne deriva che l’interdizione di una piena comparazione per tale categoria di rei si traduce in un’arbitraria sottrazione all’operatività di principi generali quali, oltre a quelli or ora indicati, di individualizzazione del trattamento sanzionatorio e di rieducazione *ex art.* 27 Cost., esigenti, per contro, la modulazione in concreto della pena in rapporto alla personalità di ciascun agente⁴¹⁰.

Sul punto, all’esito di una prima fase segnata dal tentativo della giurisprudenza costituzionale di neutralizzare il rigore della riforma attraverso un’interpretazione costituzionalmente orientata⁴¹¹ – recuperando terreno quanto alla discrezionalità giudiziale in sede applicativa della recidiva stessa – la Consulta, intervenendo radicalmente, ha infine restituito pienezza al giudizio di bilanciamento, con riguardo a singole circostanze idonee ad incidere in misura particolarmente significativa sulla commisurazione della pena, attraverso mirate pronunce di (parziale) illegittimità dell’art. 69, co. 4 c.p. laddove lo stesso, imponendo il divieto di prevalenza delle attenuanti,

diritto penale di fronte alla vittima. Tra strumentalizzazione populista e reali prospettive di tutela, in LOSAPPIO, MANCA, TEIXERA (cur.), *Il diritto penale nel guado*, cit., 141; PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate*, cit., 14 ss., 22 ss.; LOMBARDO, voce *Circostanze*, in *Digesto delle discipline penalistiche, Aggiornamento V*, Torino, 2010, 88 ss.

⁴⁰⁹ VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 73; LOMBARDO, voce *Circostanze*, cit., 620.

⁴¹⁰ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 450-451.

⁴¹¹ LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3 ss.; CIVELLO, *Recidiva reiterata*, cit., 3 ss.; PIFFER, *I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: la disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. cont.*, 2010, 1 ss.

importava il sacrificio dell'individualizzazione della pena sull'altare di un automatismo repressivo⁴¹².

Gli interventi giurisprudenziali appena richiamati, iscrivendosi nel solco di un precedente intervento demolitivo del divieto di prevalenza delle attenuanti generiche in favore del recidivo⁴¹³ e, più latamente, di un indirizzo volto alla riaffermazione della centralità della proporzionalità sanzionatoria⁴¹⁴ – di cui si rinviene altresì manifestazione già nel superamento dell'automatismo dell'obbligatorietà della recidiva di cui all'art. 99, co. 5 c.p.⁴¹⁵ – sembrano di fatto preludere ad una tendenziale rimozione di qualsivoglia limite, anche di carattere speciale, al giudizio di bilanciamento *ex art.* 69 c.p.⁴¹⁶

Invero, tali vincoli, oramai stigmatizzati quali espressione di indebiti automatismi sanzionatori⁴¹⁷, vengono attualmente percepiti, sebbene inquietantemente ridotta sia la distanza temporale dalla riforma del 2005 e dunque in un contesto segnato da una significativa *oscillazione pendolare* delle teorie di volta in volta legittimanti la pena, quali strutturalmente incompatibili con il trattamento individuale improntato ai canoni di proporzionalità e ragionevolezza⁴¹⁸. Ciò appare valevole a prescindere dalla concreta incidenza commisurativa della singola attenuante sacrificata, atteso che i parametri della gravità del fatto e del grado della colpevolezza (cardini dell'individualizzazione della pena) non risultano incisi necessariamente dalla recidiva, inidonea, pertanto, a fungere da veicolo per una surrettizia reintroduzione di presunzioni di pericolosità sociale⁴¹⁹.

⁴¹² Per una puntuale disamina delle pronunce in questione si rimanda a quella di MANCA, *Circostanze del reato e commisurazione*, cit., 349 nonché a quella delle fonti ivi citate.

⁴¹³ C. cost. 7.6.2011, n. 183, in *Giur. cost.* 2011, 2359; GATTA, *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irrazionale divieto*, in *Giur. cost.*, 2011, 2359 ss.; CARUSO, *Recidiva riformata, attenuanti generiche e discrezionalità. A proposito di Corte cost., sent. n. 183 del 7.6.2011*, in *Archivio penale*, 2011, 961 ss.

⁴¹⁴ VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.* 2017, 2, 61; ID, *La proporzionalità della pena*, cit., 113 ss.; C. cost. 10.11.2016, n. 236.

⁴¹⁵ Si indica ivi, nelle parentesi quadre, le parole rimosse dalla formulazione del comma in esame a seguito della declaratoria di parziale illegittimità ad opera della sent. della C. cost. 23.7.2015, n. 185: «Se si tratta di uno dei delitti indicati all'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, l'aumento della pena per la recidiva [è obbligatorio e], nei casi indicati al secondo comma, non può essere inferiore ad un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto»; sul punto, oltre alla sentenza già ricordata: Cass. pen. V, 3.7.2014, n. 27443, in *Dir. pen. cont.*, 2014; GATTA, *Recidiva obbligatoria, la cassazione solleva questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 27, co. 3, Cost.*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 1.

⁴¹⁶ CARUSO, *Su recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: parola 'fine' della Corte Costituzionale?*, in *Archivio Penale*, 2013, 219 ss.; CIVELLO, *Recidiva reiterata*, cit., 17 ss.

⁴¹⁷ LEO, *Automatismi sanzionatori*, cit., 5.

⁴¹⁸ CIVELLO, *Recidiva reiterata*, cit., 16 ss.

⁴¹⁹ PADOVANI, *Diritto penale*, 12^a ed., Milano, 2019, 327 ss.

Peraltro, unitamente a quanto appena illustrato appare opportuno segnalare il crescente consolidarsi anche nel panorama dottrinale nonché giurisprudenziale italiano della consapevolezza del c.d. *chilling effect*, altrimenti indicato quale effetto di raffreddamento, prodotto dalla sproporzione sanzionatoria, ingenerante una forma patologica di ipertrofia della funzione general-preventiva, che dispiega i suoi effetti paralizzanti non solo in relazione all'illecito, ma altresì alle attività lecite contigue e all'esercizio di diritti, in ragione del timore di indebite incursioni punitive⁴²⁰.

In ultima analisi, a conclusione della presente disamina, risulta agevole osservare come l'*occasionale soprassalto di rigore punitivo*⁴²¹ imperniato sulla predeterminazione legale di un trattamento deteriore per i recidivi sia oramai attualmente soccombente dinanzi al rin vigorirsi dell'esigenza di una commisurazione sanzionatoria individualizzata. Tale mutamento di prospettiva trae alimento non solo da consimili istanze dogmatiche bensì anche dalla perdurante criticità del versante esecutivo della pena, nei fatti rivelatasi “di inutile inumanità” e gravata dal sovraffollamento carcerario⁴²², criticità sulle quali è stata sollecitata – all'ordinamento italiano – una riflessione tanto da parte di severi moniti sovranazionali, culminati nella nota sentenza *Torreggiani*⁴²³, quanto dalla stringente insostenibilità dei costi del sistema penitenziario.

Sul punto, si è registrata una convergenza di interventi, legislativi e giurisprudenziali, atti al ripristino della discrezionalità giudiziale in materia sanzionatoria⁴²⁴, nonché alla valorizzazione di istituti orientati alla risocializzazione, quali, ad esempio, quello della messa alla prova ex art. 3 L. 67/2014⁴²⁵, la cui applicazione rimessa alla valutazione del giudice a prescindere dallo *status* di recidivo.

⁴²⁰ MANCA, *Circostanze del reato e commisurazione*, cit., 350.

⁴²¹ DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, 2^a ed., Torino, 2012, 646.

⁴²² PALAZZO, *Crisi del carcere*, cit., 1 ss.; FILIPPI, *Adelante Pedro...con (poco) juicio. Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 377; MANNOZZI, *Crisi del sistema sanzionatorio e prospettive di riforma: un dialogo tra diritto, storia e arte*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2017, 4, 104 ss.; sul punto si veda altresì il Cap. I, §4 della presente trattazione.

⁴²³ Della quale si è trattato ivi al Cap. I, §4.2.

⁴²⁴ Cass. pen. V, 3.7.2014, cit.

⁴²⁵ BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 663; MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 674.

Da ultimo, può chiudersi così il quadro ivi delineato relativo alle circostanze, in relazione al quale giova rimarcare infine come la portata del giudizio di bilanciamento trascenda la mera determinazione quantitativa in chiave individualizzazione della pena, determinando la stessa invero ulteriori ricadute di natura sostanziale, incidendo in modo differenziato a seconda che gli istituti di volta in volta rilevanti postulino quale loro presupposto l'integrazione della fattispecie circostanziata ovvero si limitino alla valorizzazione di una determinata connotazione del trattamento sanzionatorio⁴²⁶.

⁴²⁶ MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., 692 ss.; DELOGU, *I limiti di efficacia del giudizio di equivalenza o di prevalenza delle circostanze*, in *Scritti Carnelutti*, Padova, 1950, 381 ss.; STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971, 20 ss., 147 ss.; DE VERO, *Circostanze del reato*, cit., 217 ss.; MANCA, *Circostanze del reato e commisurazione*, cit., 350-351.

CAPITOLO III - I PROFILI CRITICI DELLA COMMISURAZIONE DELLA PENA

La disamina dei criteri normativi che sottendono il quadro giuridico della commisurazione or ora effettuata non esaurisce il complesso delle questioni che investono la determinazione del trattamento sanzionatorio, permanendo nodi di pregnante rilevanza nonché criticità concernenti le finalità orientative l'intervento punitivo, i limiti di matrice prettamente costituzionale che costituiscono la cornice entro cui si iscrive l'esercizio della discrezionalità giudiziale e infine le modalità di coordinamento di una consimile valutazione con gli istituti processuali suscettibili di incidere sulla commisurazione della pena.

In tale prospettiva appare meritevole di specifica considerazione il significativo silenzio serbato dall'art. 133 c.p. in ordine ai criteri finalistici propri della dosimetria sanzionatoria, lacuna da cui ha preso le mosse un articolato dibattito dottrinale. Specularmente, l'analisi della disposizione di cui all'art. 132 c.p. impone una riflessione critica circa la natura e l'estensione del potere discrezionale attribuito dallo stesso al giudice nella definizione della pena, nonché i vincoli sostanziali e l'effettività dell'obbligo di motivazione quali limiti ad un esercizio arbitrario del potere giurisdizionale.

Da ultimo, nel presente capitolo si prenderanno in esame i c.d. riti alternativi quali il giudizio abbreviato, il procedimento per decreto e il patteggiamento, attraverso un'estensione dell'indagine al non agevole coordinamento tra gli stessi e la disciplina della commisurazione della pena, verificando se e in quale misura le peculiari caratteristiche e finalità di tali istituti possano armonizzarsi con quelle proprie della determinazione del trattamento sanzionatorio.

1. Il silenzio dell'art. 133 c.p. sui criteri finalistici della commisurazione

1.1. L'ambigua polivalenza ermeneutica dei criteri commisurativi e la crisi della prassi applicativa

Costituisce oggetto di previa rilevazione – in questa sede⁴²⁷ – l'idoneità degli indici di commisurazione di cui all'art. 133 c.p. a prestarsi a letture ermeneutiche plurime e non

⁴²⁷ Si veda nello specifico il Capitolo II, § 2 della presente trattazione.

univoche, in dipendenza della prospettiva teorica assunta di volta in volta a fondamento. Tale dinamica emerge con particolare evidenza finanche in relazione al criterio della «gravità del reato», benché indubbiamente meno controverso, la cui componente di «gravità» può trovare declinazione non solo in un'ottica tradizionalmente *retributiva*, incentrata sull'entità del danno e sul grado di colpevolezza, bensì può essere letta anche in chiave *generalpreventiva*, ove il disvalore del fatto si misura in termini di erosione della fiducia collettiva nell'ordinamento, nonché infine in una prospettiva *specialpreventiva*, in relazione alla quale si registra una correlazione tra gravità e grado di pericolosità criminale desumibile dalla condotta.

L'idoneità ad essere funzionale ad interpretazioni polivalenti si manifesta con ancora maggiore nitidezza con riguardo al criterio di cui al secondo comma dell'articolo in esame, ossia la «capacità a delinquere»⁴²⁸; segnatamente, il richiamo alle «condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo» apre le porte a letture diversificate dell'indice in questione, risultando così – a titolo esemplificativo – l'inserimento in contesti di criminalità organizzata rilevante in esigua misura sul piano strettamente *retributivo*, ma al contempo idoneo a giustificare l'imposizione di un più rigoroso apprezzamento in chiave *specialpreventiva*, essendo elevato il rischio di recidiva; specularmente, la commissione occasionale di un reato contro il patrimonio ad opera di un soggetto economicamente agiato può comportare valutazioni e soluzioni sanzionatorie di segno opposto.

Permane infine una rilevante incertezza circa il rapporto di ordine sistematico intercorrente tra i due commi dell'art. 133 c.p. nonché, *a fortiori*, in relazione al relativo criterio prevalente di commisurazione; in questo senso appare incerta la doverosità di attribuzione di centralità alla gravità del reato ovvero alla capacità a delinquere, o, ancora, ad un loro reciproco bilanciamento secondo una logica di contemperamento⁴²⁹.

Alla luce delle considerazioni svolte sino a questo punto, appare meritevole di piena condivisione l'autorevole osservazione circa il fatto che l'art. 133 c.p. «non brilla per cristallina chiarezza»⁴³⁰. Invero, la sua intrinseca ambiguità strutturale trova fondamento

⁴²⁸ Cfr., tra altri, NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, 2^a ed., Padova, 1982, 328 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 630 ss.

⁴²⁹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 806-807.

⁴³⁰ NUVOLONE, *Il sistema*, cit., 332.

nella circostanza in cui esso si limita ad individuare una serie di parametri di natura fattuale, omettendo tuttavia *in toto* l'esplicitazione dei criteri finalistici che dovrebbero sovrintendere ed orientare l'esercizio del potere commisurativo da parte del giudice⁴³¹, costituendo questi ultimi – come già accennato⁴³² – chiave di lettura imprescindibile di quelli fattuali⁴³³.

Tale omissione determina conseguentemente una persistente ed inaccettabile incertezza circa il rilievo da attribuire, nella fase della concreta determinazione sanzionatoria, alle istanze retributive e preventive (siano esse speciali o generali)⁴³⁴, prospettiva in cui gli elementi *ex art. 133 c.p.* assumono la fisionomia di meri indicatori fattuali, suscettibili delle più svariate letture ermeneutiche in relazione alla funzione della pena *in limine* adottata quale parametro di riferimento, risultando così gli stessi inadatti alla delimitazione effettiva dell'ambito discrezionale affidato al giudice⁴³⁵.

Sul punto appare opportuno sin da subito affermare nonché ribadire, in ossequio a quanto sostenuto da autorevole dottrina, la necessaria circoscrizione del rilievo delle diverse funzioni della pena nella fase della commisurazione giudiziale; in tale prospettiva appare ragionevole sostenere che la finalità di prevenzione generale assurge esclusivamente a giustificazione della necessità di applicazione della pena, quale presidio dell'effettività dell'ordinamento penale, dovendosi invece escludere la sua idoneità ad incidere sull'esercizio del potere discrezionale del giudice in sede di determinazione del trattamento sanzionatorio, non ritenendosi configurabile l'identità fra la pena concretamente inflitta e la pena quale strumento di esemplarità ovvero di intimidazione, dovendo la stessa rispondere a istanze di proporzionalità rispetto alla colpevolezza dell'autore per il fatto commesso⁴³⁶.

Tale assetto trova fondamento nei principi di valenza costituzionale di dignità dell'uomo e di responsabilità penale personale, di cui, rispettivamente, agli artt. 3 e 27, comma 1, Cost., atti a rendere evidente l'irragionevolezza di una potenziale adesione a

⁴³¹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 807.

⁴³² Ci si riferisce ivi all'*incipit* del Capitolo II, §3 della presente trattazione.

⁴³³ COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 322.

⁴³⁴ DOLCINI, *La commisurazione*, cit., 39 ss.

⁴³⁵ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 807.

⁴³⁶ DOLCINI, *La commisurazione*, cit., 246 ss.; RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996, 119; VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 145; ID, *Discrezionalità giudiziaria* cit.

tesi giustizialiste, attribuenti al condannato una funzione meramente strumentale rispetto ad obiettivi di politica criminale. Le esigenze di prevenzione generale trovano pertanto naturale spazio nella fase della *previsione legislativa* e, dunque, segnatamente, nella tipizzazione delle fattispecie incriminatrici, nella determinazione delle cornici edittali, nella costruzione del sistema sanzionatorio, nonché nella necessità dell'accertamento del fatto e applicazione della pena, senza tuttavia estendersi alla concreta commisurazione della pena.

Nella medesima prospettiva può trovare collocazione il rilievo critico circa il fatto che le persistenti difficoltà applicative della commisurazione della pena, spesso manifestatesi in istanze vendicative individuali e sociali, costituiscano *in primis* il riflesso di una più generale crisi del sistema sanzionatorio, determinata dall'assenza di scelte legislative coerenti e sufficientemente determinate e sfociata nel progressivo trasferimento in capo al giudice l'ingente responsabilità dell'individuazione di una pena rispondente a criteri di equità, attribuendo di fatto alla fase applicativa funzioni che, per loro natura, dovrebbero riscontrarsi nelle prerogative proprie del nomoteta stesso. In questo ambito, doverosa postilla appare essere quella dell'affermazione dell'inidoneità del mero incremento delle pene edittali a costituire criterio risolutivo delle criticità insite al sistema (ricordando a tal fine, oltretutto, che non vi è alcuna evidenza empirica di una qualsivoglia corrispondenza tra la diminuzione del tasso di criminalità in presenza di un incremento dei livelli sanzionatori nella fase applicativa⁴³⁷), risultando di contro assai più ragionevole la proposta di una complessiva revisione della disciplina sanzionatoria.

Parimenti, possono sollevarsi analoghi rilievi critici anche con riferimento alle letture che attribuiscono carattere preminente alla finalità rieducativa quale criterio guida della commisurazione⁴³⁸. Difatti, in mancanza di parametri normativi e strumenti conoscitivi adeguati, sorge il rischio dell'istituzione di un giudice «dispensatore di pene ingiuste per difetto», fattore che contribuisce ad alimentare la percezione di ingiustizia del sistema penale nonché la sollecitazione di interventi normativi di segno rigorista⁴³⁹.

Appare altresì opportuno porre in debita evidenza come la sanzione applicata nel caso di specie presenti, in virtù di sua intrinseca natura, connotati essenzialmente riconducibili alla logica retributiva, la quale risulta peraltro richiamata attualmente dal

⁴³⁷ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 823.

⁴³⁸ Per tutti, MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 821.

⁴³⁹ COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 323.

principio di proporzionalità: il giudice, invero, non disponendo di informazioni analitiche e puntuali circa gli effetti derivanti dall'applicazione di una determinata pena nei confronti di uno specifico soggetto inserito in un contesto temporale e fattuale altrettanto determinato, sarà tenuto a rinvenire quale fondamento della propria decisione delle giustificazioni prettamente procedurali e sistematiche, convoglianti nell'idea che qualifica una pena come "meritata" nella misura in cui essa coincida sostanzialmente con quella consentita da un sistema sanzionatorio equo e coerente. Resta fermo, in ogni caso, il principio per cui la pena inflitta in concreto non debba mai tradursi in un ostacolo alle finalità rieducative nonché alla conseguente possibilità di risocializzazione del soggetto condannato, conformemente a quanto già sopra delineato.

Da ultimo, giova precisare che eventuali significativi mutamenti della personalità dell'autore del reato intercorsi nel lasso temporale compreso fra la commissione del fatto di reato e la pronuncia della condanna, ovvero tra quest'ultima e l'esecuzione della pena, trovano, nell'ordinamento penale, specifica considerazione prevalentemente attraverso gli istituti di prescrizione del reato e della pena, senza assumere tuttavia una determinante incidenza nella fase propriamente deputata alla commisurazione della sanzione penale⁴⁴⁰.

Alla stregua di quanto fin qui esposto non costituisce indubbiamente un elemento di sorpresa il fatto che le carenze della disciplina in esame trovino significativa conferma nella prassi applicativa in sede giurisprudenziale.

In questo senso, non passa certamente inosservato lo svuotamento di effettività dell'obbligo motivazionale sancito dall'art. 132 c.p., determinatosi a fronte del frequente ricorso a formule stereotipate prive di autentica capacità esplicativa, quali «tenuto conto degli elementi di cui all'art. 133 c.p. si stima equa» ovvero «adeguata al fatto e alla personalità» una pena pari a...; consimili espressioni, in quanto inidonee a consentire la ricostruzione dell'*iter* logico seguito dal giudice, finiscono per occultare le effettive ragioni della scelta sanzionatoria, lasciandole affidate, in ultima analisi, ad una valutazione sostanzialmente intuitiva operata dallo stesso decidente, se non addirittura al suo incontrollabile *arbitrium*⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 323-324.

⁴⁴¹ Sul punto si veda *amplius* al § 2.3., Capitolo III, della presente trattazione.

Ulteriore profilo meritevole di attenzione è rappresentato dalla diffusa e consolidata tendenza della giurisprudenza di merito a determinare il *quantum* della pena collocandolo in corrispondenza ovvero in prossimità del minimo edittale. Sebbene tale orientamento possa essere interpretato quale strumento volto a mitigare l'eccessivo rigore dell'impianto sanzionatorio delineato dal codice del 1930, assumendo conseguentemente una funzione di supplenza rispetto alla perdurante inerzia del nomoteta sul piano riformistico⁴⁴², esso presenta nondimeno rilevanti profili critici. Infatti, da un lato, il pur condivisibile intento atto all'adeguamento del sistema punitivo all'evoluzione della coscienza giuridica e sociale rischia di tradursi in una prassi eccessivamente indulgente e difficilmente controllabile; dall'altro, la dinamica surrogatoria intrapresa dalla magistratura è idonea ad alterare la fisiologica funzione della commisurazione della pena, collidendo con le specifiche esigenze della stessa⁴⁴³.

1.2. Il dibattito dottrinale alla luce dell'indeterminatezza dei criteri finalistici

1.2.1. L'orientamento costituzionalmente orientato: il limite massimo della colpevolezza e la prognosi rieducativa

L'omissione normativa *de qua* in ordine ai criteri finalistici di commisurazione della pena ha dato luogo ad un articolato dibattito dottrinale improntato ad individuare parametri e principi idonei a orientare il giudizio di dosimetria sanzionatoria.

Secondo un primo approccio dottrinale⁴⁴⁴, del quale si ritiene meritevole l'illustrazione, la lacuna in esame non consentirebbe di fare ricorso ad una concezione della pena assunta in via aprioristica come valida e autosufficiente ad opera dell'interprete o del giudice, in quanto una consimile impostazione si risolverebbe, inevitabilmente, nell'affidamento della decisione a valutazioni soggettive dello stesso, determinando conseguentemente l'assunzione, per ciascuna teoria della pena, di propri ed autonomi titoli di legittimazione in assenza di oggettivi criteri di selezione.

Ne discenderebbe, pertanto, l'esigenza di individuare dei criteri orientativi dotati tanto di coerenza razionale quanto di effettiva vincolatività giuridica, idonea alla

⁴⁴² STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi Urbinati*, 1976-1977, 238.

⁴⁴³ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 807-808; Cfr. anche DOLCINI, *La disciplina della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 40.

⁴⁴⁴ Ci si riferisce ivi alla ricostruzione proposta da Fiandaca in FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 808-811.

limitazione della discrezionalità giudiziale. In quest'ottica si propone una ricostruzione dei criteri finalistici della commisurazione della pena in chiave costituzionale, muovendo dalle disposizioni della Carta fondamentale in materia penale le quali, essendo disposizioni di principio, si presterebbero ad orientare in senso sistematico l'intera fenomenologia punitiva, ivi compresa la fase irrogativa della sanzione⁴⁴⁵.

In tale prospettiva parrebbe fisiologico il riferimento all'art. 27, co. 1, Cost., il quale, nel consacrare implicitamente il principio della responsabilità tanto personale quanto colpevole, manifesta una precisa opzione assiologica del sistema penale, orientata a sottolineare la centralità dell'elemento soggettivo dell'illecito penale. Invero, muovendo dalla considerazione del *nulla poena sine culpa* quale principio dotato di riconoscimento costituzionale, ne consegue direttamente, in termini di coerenza sistematica, che il requisito della *colpevolezza* debba assumere un ruolo prioritario anche nell'ambito della determinazione quantitativa della sanzione.

Una consimile ricostruzione produce d'altra parte rilevanti conseguenze sul piano ermeneutico con riferimento al primo comma dell'art. 133 c.p.: segnatamente, tra gli indici della «gravità del reato» il giudice è tenuto ad attribuire preminente rilievo all'«intensità del dolo» ovvero al «grado della colpa», mentre la consistenza della «gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato»⁴⁴⁶ non potrà giustificare una risposta sanzionatoria eccedente a quella imposta – in ossequio al principio di proporzionalità – dal grado di colpevolezza dell'agente concretamente accertata. In ultima istanza, è possibile affermare pertanto che nell'economia del primo comma dell'art. 133 c.p. la colpevolezza assume la funzione di criterio direttivo ai fini della determinazione del limite massimo della pena concretamente irrogabile⁴⁴⁷.

In secondo luogo, l'impostazione in esame sottolinea il rilievo dell'art. 27, co. 1 Cost. ai fini della commisurazione della pena altresì sotto un diverso profilo, identificato nel *divieto di responsabilità per fatto altrui*. Sotto tale angolazione, la disposizione costituzionale osterebbe ad un'attribuzione giudiziale all'indice concernente la «gravità

⁴⁴⁵ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 808.

⁴⁴⁶ Quanto all'analisi del criterio commisurativo e dei relativi indici ivi citati si rinvia al Capitolo II, §3.1. della presente trattazione.

⁴⁴⁷ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 808-809; Cfr. per tutti, DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1974, 360 ss.

del danno o del pericolo» di rilevanza tale da piegare il giudizio di determinazione della pena concreta a esigenze generalpreventive⁴⁴⁸.

La scelta sanzionatoria improntata all'irrogazione di pene aventi funzione esemplare risulta tuttavia contrastante con lo stesso divieto di responsabilità per fatto altrui, nella misura in cui attribuisce al singolo autore del reato il ruolo di mezzo idoneo al perseguimento di finalità di deterrenza generale, attraverso l'assoggettazione del reo a una pena eccedente la sua colpevolezza al solo fine di prevenire la commissione di analoghi illeciti in futuro da parte di terzi⁴⁴⁹.

Benché a questo punto appaia quasi superfluo, si ritiene comunque doveroso affermare che le esigenze di prevenzione generale, pur indubbiamente rilevanti nell'ambito del sistema penale, non risultano legittimanti l'irrogazione di una pena sproporzionata eccedente il limite segnato dalla colpevolezza del fatto concreto, il quale opera difatti quale parametro invalicabile entro il quale deve collocarsi la risposta sanzionatoria determinata dal giudice in sede commisurativa⁴⁵⁰.

Ulteriori coordinate interpretative in materia di dosimetria sanzionatoria discenderebbero, stando all'impostazione in esame, dal comma 3° dell'art. 27 Cost., consacrante il principio della finalità rieducativa a cui deve tendere la sanzione penale. Invero, risulterebbe di fatto illogico ritenere che la funzione rieducativa possa esplicarsi esclusivamente nella fase esecutiva della pena, senza riconoscere che la valenza orientatrice di tale finalità possa esplicarsi anche nel momento irrogativo della sanzione, imponendo al giudice di individuarne una adeguata, tanto nel tipo quanto del *quantum*, alla promozione del recupero sociale del condannato.

A fronte dell'adozione di tale prospettiva, ne discenderebbero diverse conseguenze, prima fra queste la necessaria rilettura del secondo comma dell'art. 133 c.p., per la quale la capacità a delinquere assumerebbe solo una connotazione eminentemente prognostica,

⁴⁴⁸ A titolo esemplificativo, la medesima dottrina richiama il caso del giudice che, allo scopo di contrastare il frequente verificarsi di incendi dolosi durante la stagione estiva in una determinata area boschiva, commini all'autore di un singolo fatto una pena di eccezionale rigore orientata a dissuadere la generalità dei consociati dal porre in essere analoghe condotte, ma eccedente – in termini di proporzionalità – rispetto al grado di colpevolezza concretamente manifestatasi.

Per un caso simile si veda Trib. Lanusei, 4 agosto 1983, in *Foro.it*, 1984, II, 410.

⁴⁴⁹ BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 89; DOLCINI, *La commisurazione*, cit., 89; ROMANO, M., *Prevenzione generale*, cit., 167.

⁴⁵⁰ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 809.

secondo una logica di prevenzione speciale, dovendo essere (la stessa) apprezzata dal giudice in funzione della probabilità che il reo commetta in futuro ulteriori illeciti.

Complementare risulta così essere l'osservazione circa il fatto che anche il perseguimento della finalità rieducativa incontri un limite nel principio costituzionale della responsabilità penale personale – di cui all'art. 27, co. 1 Cost. – tanto che neppure l'esigenza di favorire il recupero sociale del reo può legittimare l'irrogazione di una pena di misura eccedente rispetto a quella proporzionata al grado della colpevolezza manifestatosi nel fatto concreto.

Parimenti, occorre specificare che, in tale contesto, le istanze specialpreventive saranno destinate ad operare esclusivamente in *bonam partem*, nel senso della giustificazione di una mitigazione del trattamento sanzionatorio rispetto alla pena che astrattamente risulterebbe proporzionata al grado della colpevolezza, ove il giudice ritenga che una risposta sanzionatoria meno afflittiva sia maggiormente efficace ai fini della risocializzazione del reo.

Le considerazioni ivi svolte consentono, da ultimo, di delineare il rapporto intercorrente fra i due commi dell'art. 133 c.p.⁴⁵¹, ricostruendolo nel senso dell'attribuzione al primo comma del titolo di principale criterio di riferimento della determinazione della pena, essendo lo stesso idoneo alla delimitazione del massimo trattamento sanzionatorio consentito dalla colpevolezza del fatto. Specularmente, si sottolinea la funzione complementare nonché subordinata rivestita dal secondo comma, desumibile anche dallo stesso dato letterale della disposizione, che introduce il riferimento al parametro della «capacità a delinquere» mediante l'avverbio «altresì»⁴⁵².

A conclusione di quanto esposto, è possibile affermare che la ricostruzione prospettata consente di tratteggiare un vero e proprio modello di commisurazione della pena, delineato – si ricorda – al fine di colmare vuoti normativi di significativa rilevanza, nonché fondato sull'integrazione dei principi costituzionali di colpevolezza e finalità rieducativa, rispettivamente significativi in funzione limitativa della discrezionalità giudiziale attraverso l'individuazione del limite massimo della risposta sanzionatoria e in

⁴⁵¹ Criticità di ordine sistematico a cui si è fatto accenno in apertura del presente capitolo III, al §1.

⁴⁵² FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 809-811; per la medesima impostazione si vedano: DOLCINI, *Note sui profili costituzionali*, cit., 370 ss.; ID, *La commisurazione*, cit., 48 ss.; ID, voce *Potere discrezionale del giudice (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985.

funzione mitigatrice, qualora ne ricorrano i presupposti e operando esclusivamente in senso favorevole al reo.

1.2.2. Il pluralismo polifunzionale della pena e la funzione correttiva delle istanze specialpreventive

La ricostruzione di matrice costituzionale appena esaminata concorre a formare uno dei principali tentativi elaborati dalla dottrina volti al superamento del silenzio attuato dall'art. 133 c.p. in ordine ai criteri finalistici della commisurazione della pena. Nondimeno, la stessa non rappresenta l'unica soluzione prospettata nel panorama dottrinale, avendo costituito effetto fisiologico dell'assenza di un'esplicita opzione legislativa il consolidarsi di differenti modelli interpretativi circa il rapporto tra colpevolezza e prevenzione speciale.

Segnatamente, il panorama dottrinale italiano degli ultimi decenni si è contraddistinto per l'affermazione di concezioni eclettiche o polifunzionali della pena, contesto nel quale la questione della commisurazione della risposta sanzionatoria viene tradizionalmente inquadrata entro la cornice dei principi costituzionali della colpevolezza (art. 27, co. 1, Cost.), della finalità rieducativa e risocializzante della pena (art. 27, co. 3, Cost.) e di uguaglianza (art. 3, Cost.)⁴⁵³.

Ciò nondimeno persistono significativi contrasti esegetici circa il ruolo sistematico della colpevolezza nel rapporto con le esigenze di prevenzione speciale⁴⁵⁴; invero, il richiamo a valori costituzionali, pur costituendo un parametro ermeneutico imprescindibile ai fini della ricostruzione della disciplina in esame, non appare di per sé sufficiente a comporre il persistente dissenso interpretativo concernente tanto la funzione della pena quanto i criteri orientativi la stessa operazione di determinazione sanzionatoria.

Più precisamente, muove dal coordinamento sistematico del primo e del terzo comma dell'art. 27 Cost., l'orientamento che individua nel grado di colpevolezza l'esclusivo parametro di determinazione del *quantum* della pena, relegando le esigenze di prevenzione speciale alla fase della commisurazione c.d. in senso lato⁴⁵⁵. L'impostazione

⁴⁵³ COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 324.

⁴⁵⁴ PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1987, 798 ss.

⁴⁵⁵ A titolo esemplificativo: ai fini della concessione della sospensione condizionale ai sensi dell'art. 163 c.p.; inoltre, per la differenza con la commisurazione c.d. in senso stretto, si veda il Capitolo II, §1 della presente trattazione.

de qua, riconducibile alla c.d. *teoria gradualistica* o al *modello bifasico*⁴⁵⁶, facendo riferimento al combinato disposto dei commi 1 e 3 dell'art. 27 Cost. – dai quali si ricava rispettivamente il fondamento della responsabilità penale nella colpevolezza e la finalità rieducativa della pena – deduce il necessario affidamento alla colpevolezza del ruolo di criterio primario di commisurazione della pena, legittimandone l'irrogazione nonché determinandone la qualità ed entità, ferma la necessaria coerenza della risposta sanzionatoria con la finalità rieducativa delineata dal dettato costituzionale⁴⁵⁷.

Di contro, un differente orientamento⁴⁵⁸ – di cui si è già dato conto poc'anzi⁴⁵⁹ – imperniato sul disposto dell'art. 27, co. 3 Cost., rifugge l'idea della colpevolezza quale unico criterio di determinazione della pena, concependola viceversa quale limite invalicabile entro il quale devono operare le esigenze specialpreventive, quali la rieducazione e la risocializzazione, le quali assumono funzione imprescindibile nella fase commisurativa, giustificando l'irrogazione di un trattamento sanzionatorio più favorevole rispetto a quello applicabile in virtù della proporzione tra pena e colpevolezza, purché la relativa modulazione risulti conforme al principio di ragionevolezza. Nella prospettiva di tale secondo modello denominato c.d. *ascendente*⁴⁶⁰, istituti quali la giustizia riparativa⁴⁶¹, i criteri di commisurazione ex 133 c.p. (e, segnatamente, la condotta antecedente e successiva al reato, ove «espressive di una ridotta pericolosità sociale o di una contenuta esigenza di trattamento rieducativo»⁴⁶²), nonché le circostanze attenuanti generiche di cui all'art. 62-bis c.p.⁴⁶³, assumono particolare rilievo, essendo idonee a permettere una determinazione della pena rispondente ad un criterio di adeguatezza rispetto alle peculiarità del caso concreto⁴⁶⁴.

⁴⁵⁶ CALVI, *Istanze criminalpedagogiche e vincolo tipologico nella classificazione esecutiva*, in AA. VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, 284; HORN, *Sub §46 StGB*, in *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, nota a margine, 33.

⁴⁵⁷ RONCO, *Il problema della pena*, cit., 121.

⁴⁵⁸ DOLCINI, *La commisurazione*, cit., 93, 153 ss.; EUSEBI, *La "nuova" retribuzione (I e II)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, 1315 ss.; FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 836; MONACO, *Prospettive dell'idea dello scopo nella teoria della pena*, Napoli, 1984, 259 ss.; VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria*, cit.

⁴⁵⁹ Si veda nello specifico il contributo di Fiandaca, oggetto di disamina nel precedente §1.2.1. del presente capitolo.

⁴⁶⁰ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 821 ss.

⁴⁶¹ Si veda *amplius infra*, in particolare al capitolo IV della presente trattazione.

⁴⁶² VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria*, cit.

⁴⁶³ C. cost. 30.10.2023, n. 197; C. cost. 7.6.2011, n. 183.

⁴⁶⁴ COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 324-325.

A fronte dei modelli or ora illustrati, autorevole dottrina⁴⁶⁵ sostiene tuttavia la preferibilità di un terzo orientamento (c.d. modello *discendente*), il quale, pur riconoscendo la centralità della colpevolezza in quanto parametro fondamentale della determinazione sanzionatoria, riconosce altresì alle istanze specialpreventive una funzione positiva già nella fase della commisurazione in senso stretto. Segnatamente, in ossequio al modello *de quo*, l'organo giudicante, una volta individuato il trattamento sanzionatorio rispondente ai criteri di proporzionalità rispetto al grado della colpevolezza, sarà legittimato a modularne in senso restrittivo l'entità, qualora ciò risulti necessario al fine di evitare conseguenze desocializzanti nei confronti del reo incompatibili con la finalità rieducativa della pena⁴⁶⁶. In altri termini, mentre da una parte la colpevolezza continua a rappresentare il criterio ordinatore della risposta sanzionatoria, dall'altra, le istanze specialpreventive opereranno in funzione correttiva, consentendo un'attenuazione della pena tale da favorire il reinserimento sociale del condannato.

La fase applicativa della pena non costituisce invero il contesto adeguato all'elaborazione di articolate prognosi di risocializzazione, difettando il giudice della cognizione degli elementi conoscitivi necessari alla formulazione di attendibili valutazioni circa il futuro percorso rieducativo del condannato; al contrario, appare ben più significativa l'incidenza del principio rieducativo nella fase della comminatoria legislativa – oltre che, come è fisiologico, in quella esecutiva – attraverso la determinazione in astratto delle cornici edittali e la predisposizione degli istituti volti ad incidere sulla commisurazione in senso lato.

Nondimeno, non può ritenersi esclusa la rilevanza della finalità specialpreventiva *de quo* nella commisurazione, tenuto fermo il fatto che essa svolge una funzione *negativa* nel senso di impedire che la sanzione concretamente inflitta determini effetti di emarginazione, regressione o destrutturazione del percorso di reinserimento sociale del condannato⁴⁶⁷. Si tratta, questa, di una ricostruzione rispetto alla quale la giurisprudenza costituzionale non appare assolutamente incompatibile. Nella sentenza n. 313/1990⁴⁶⁸ la

⁴⁶⁵ Ci si riferisce a Giovanni Cocco, in COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 325.

⁴⁶⁶ ROMANO M., GRASSO, *Commentario sistematico*, cit., 362 ss.

⁴⁶⁷ In tale prospettiva, e segnatamente nell'ambito della commisurazione in senso lato, si configurano quali istituti particolarmente significativi quelli della sospensione condizionale della pena, la non menzione della condanna, l'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi nonché la sospensione del procedimento con messa alla prova, volti inequivocabilmente al perseguimento di finalità specialpreventive.

⁴⁶⁸ C. cost. 3.7.1990, n. 313, in *Foro Italiano*, 1990, I, 2385.

stessa ha difatti affermato che la finalità rieducativa deve assurgere a criterio orientativo tanto nella fase esecutiva quanto nella fase di determinazione del trattamento sanzionatorio, censurando la radicale esclusione delle istanze specialpreventive da tale momento applicativo. Giova precisare che, al contempo, la stessa Corte ha successivamente ribadito⁴⁶⁹ che rispetto alle differenti finalità costituzionalmente attribuite alla pena (retributive, generalpreventive e di prevenzione speciale), non sussistendo tra le stesse una gerarchia rigida ovvero immutabile, è configurabile in capo al legislatore la possibilità di privilegiare, di volta in volta, l'una o l'altra funzione, purché nel rispetto del principio di ragionevolezza⁴⁷⁰.

Da ultimo, occorre precisare che ai fini della verifica della proporzionalità della pena rispetto alla colpevolezza, sarà necessario avere riguardo al trattamento sanzionatorio irrogato nei confronti del condannato nel suo complesso, ovverosia comprensivo tanto della pena principale quanto, altresì, delle pene accessorie nonché della confisca⁴⁷¹.

1.2.3. La sponda comparatistica: proporzionalità e colpevolezza nella prospettiva della dottrina continentale

La preferibilità del modello *discendente*, inteso a rintracciare nella colpevolezza l'irrinunciabile fulcro ordinatore della dosimetria sanzionatoria – relegando le esigenze specialpreventive ad una funzione meramente emendativa in sede applicativa – trova decisivo riscontro nelle sofisticate elaborazioni della dogmatica giuridica europea. In questa prospettiva assume di pregnante rilevanza quell'ordinamento teorico, espresso da autorevole dottrina straniera⁴⁷² che, nell'effettuare un'analisi dello statuto e dei rapporti intercorrenti tra il principio di colpevolezza e quello di proporzionalità, approda ad esiti ermeneutici corroboranti, sul piano della teoria generale del diritto, l'opzione teorica prediletta da illustre dottrina, di cui si è dato conto nel paragrafo precedente.

⁴⁶⁹ C. cost. 8.7.1993, n. 306, in *Giurisprudenza costituzionale* 1993, 2466; C. cost. 28.4.1994, n. 168, in *Giurisprudenza italiana* 1995, I, 357.

⁴⁷⁰ COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 325.

⁴⁷¹ VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria*, cit.

⁴⁷² Ci si riferisce ivi a Wolfgang Frisch e, segnatamente, al suo contributo: FRISCH, *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3-4/2014, 165-167.

L'impostazione *de qua* muove da un'analisi critica dei canoni tradizionali del principio di proporzionalità di matrice pubblicistica, quali l'idoneità, la necessità nonché la proporzionalità in senso stretto⁴⁷³, ravvisandone dunque una radicale inutilizzabilità in ordine alla risoluzione della *quaestio* concernente la commisurazione sanzionatoria fin qui rilevata. Di significativa evidenza è il fatto che i parametri finalistici preventivi soffrano di una strutturale carenza empirico-conoscitiva in sede di determinazione sanzionatoria: più precisamente, l'organo giudicante, nella fase della cognizione, si ravvisa sprovvisto di leggi scientifiche ovvero dati oggettivi atti a stabilire l'esatto *quantum* di pena che integri i canoni dell'«idoneità» e «necessarietà» rispetto alle esigenze di risocializzazione del reo⁴⁷⁴ o di deterrenza nei confronti della generalità dei consociati⁴⁷⁵. Pertanto, appare coerente ritenere fisiologica deriva della pretesa di ricavare la misura della sanzione dai soli scopi preventivi, l'esposizione della risposta punitiva a esiti imprevedibili nonché privi di reale determinatezza⁴⁷⁶.

Fondamentale rilevanza in questa cornice viene assunta dalla teorizzazione della c.d. insufficienza definitoria del canone di proporzionalità; difatti, sebbene lo stesso – segnatamente nella sua declinazione euro-unitaria e sovranazionale – costituisca rimarchevole strumento di verifica della legittimità delle ingerenze statali, esso si ispira ad una logica strutturalmente diversa da quella insita alla determinazione dosimetrica della sanzione. La prima si configura invero come “bipolare”⁴⁷⁷, orientata ad una ponderazione dell'efficienza di un mezzo rispetto ad uno scopo, esaurendosi di fatto nella verifica circa la tollerabilità di un determinato sacrificio normativo (ovverosia che esso risulti *non sproporzionato*)⁴⁷⁸, permanendo tuttavia priva di quella forza definitoria interna idonea alla determinazione della misura adeguata della sanzione nel caso concreto. Al contrario, se si facesse esclusivo affidamento sul principio di proporzionalità, si esporrebbe il sistema al rischio di un'indebita omologazione sanzionatoria, punendo con il medesimo rigore fatti di disvalore astratto profondamente differente, in funzione

⁴⁷³ Per questi intendendosi l'idoneità del mezzo impiegato (e dunque il fatto che esso sia adatto ed opportuno) ai fini del raggiungimento dello scopo lecito perseguito dallo Stato a fronte della lesione di un diritto fondamentale, nonché il fatto che esso sia adeguato, equilibrato, ovvero non sproporzionato rispetto all'intervento statale; v. *amplius* FRISCH, *Principio di colpevolezza*, cit., 167 e le fonti ivi citate.

⁴⁷⁴ Cfr. tra gli altri, SCHÖCH in *FS Schaffstein*, 1975, 255, 262 ss.; KAISER, in *FS Bockelman*, 1979, 923 ss.

⁴⁷⁵ Cfr. KAISER, in *FS Bockelman*, cit., 930; ID, *Kriminologie*, cit., 34 ss.; SCHÖCH, *FS Jescheck*, 1985, 1081, 1090 ss.

⁴⁷⁶ FRISCH, *Principio di colpevolezza*, cit., 168-170.

⁴⁷⁷ FRISCH, *Principio di colpevolezza*, cit., 172.

⁴⁷⁸ HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981, 75.

della sola ragione di essere reputati di utilità equipollente rispetto allo scopo preventivo perseguito⁴⁷⁹.

Conseguentemente, in perfetta sintonia con il modello *discendente* or ora richiamato, appare fisiologica la conclusione circa il fatto che il solo principio di colpevolezza risulterà possessore di quella caratura assiologica nonché metodo comparativo idoneo ad ancorare il giudizio commisurativo ad un dato reale e proporzionato, rintracciabile nel grado di rimproverabilità del fatto così come storicamente commesso e integrato in una coerente scala di valori⁴⁸⁰. In quest'ottica, pertanto, i parametri finalistici e i vagli di proporzionalità non potranno assurgere a criteri ordinatori della dosimetria sanzionatoria, operando al più solo quali correttivi estrinseci, con funzioni limitative ovvero di mitigazione in *bonam partem*.

Sulla base delle considerazioni svolte, è possibile dunque sostenere che l'omissione dei criteri finalistici di cui si macchia l'art. 133 c.p. non autorizza l'interprete a colmare la stessa attraverso il ricorso in via primaria alle istanze preventive nelle operazioni di quantificazione della pena; al contrario, in tale contesto, doverosa sarà l'assunzione da parte della colpevolezza del ruolo di criterio ordinatore insostituibile giacché, come appena ricordato, un trattamento punitivo che avesse la pretesa di conformarsi esclusivamente alle esigenze di prevenzione (sia essa speciale o generale), non farebbe altro che tradursi in una sanzione indefinibile, frammentata e, in ultima istanza, iniqua⁴⁸¹.

Da ultimo, in quest'ottica non è privo di significato il fatto che la stessa dogmatica europea ravvisi l'apice della frizione tra la logica della colpevolezza e quella propria dei meccanismi di pura proporzionalità utilitaristica in relazione a quegli istituti processuali valorizzanti la possibilità per le parti di concordare pattiziamente l'entità del trattamento sanzionatorio. Invero, la tensione fra i due principi in esame è ritornata indubbiamente attuale proprio a fronte della diffusione nonché progressiva legittimazione di matrice costituzionale dei c.d. riti alternativi, primo fra tutti il *patteggiamento sulla pena*; si tratta, per l'appunto, di contesti in cui l'indagine volta all'individuazione della pena *giusta* in quanto determinata alla luce della colpevolezza abdica in favore di una logica improntata all'efficienza deflativa e all'utilità reciproca tra le parti, proiettando allarmanti ombre

⁴⁷⁹ FRISCH, *Principio di colpevolezza*, cit., 171 e 174.

⁴⁸⁰ FRISCH, *Principio di colpevolezza*, cit., 173.

⁴⁸¹ FRISCH, *Principio di colpevolezza*, cit., 174-175.

sulla tenuta del principio di colpevolezza quale limite invalicabile a siffatte prassi sanzionatorie transattive⁴⁸².

Tale criticità disvela pertanto come la crisi della commisurazione non sia un fenomeno esclusivamente sostanziale, bensì altrettanto processuale, nella misura in cui rinvenga un decisivo nonché problematico terreno di emersione nelle dinamiche proprie dei riti alternativi⁴⁸³; uno snodo fondamentale, quest'ultimo, che impone un'estensione dell'indagine all'analisi del non agevole coordinamento tra le esigenze proprie della dosimetria sanzionatoria e quelle di riti speciali quali il giudizio abbreviato e l'applicazione della pena su richiesta delle parti, di cui si dirà in seguito⁴⁸⁴.

In ultima analisi, a fronte di quanto fin qui illustrato in riferimento alla crisi della commisurazione fondata sull'aporia sistematica generata dal silenzio sui criteri finalistici *ex art. 133 c.p.*, si impone uno spostamento dell'orizzonte d'indagine verso la disciplina dell'art. 132 c.p. – di cui si darà immediatamente conto – al fine di vagliare l'estensione dello statuto della discrezionalità insita allo stesso nonché la tenuta del relativo obbligo motivazionale, approdando infine alla valutazione del coordinamento della materia *de qua* con i riti speciali.

2. La discrezionalità del giudice nell'applicazione della pena (art. 132 c.p.)

2.1. La discrezionalità giudiziale e i suoi limiti: tra legalità e proporzionalità

In linea generale, tanto le sanzioni restrittive dello *status libertatis* quanto le pene pecuniarie, si caratterizzano per la loro intrinseca flessibilità (c.d. carattere «mobile»), muovendosi entro una cornice edittale predeterminata dal nomoteta e circoscritta fra un minimo ed un massimo. Parimenti, non è raro che il precetto penale configuri una comminatoria alternativa, prevedendo così l'applicazione nei confronti del reo di una sanzione detentiva ovvero, in via sussidiaria, di una pena pecuniaria (o, eventualmente, una misura sostitutiva).

Benché già accennato, giova fare ivi riferimento – sotto il profilo concettuale – all'istituto della commisurazione della pena, la quale si configura quale determinazione giudiziale del *quantum* di pena da infliggere concretamente all'autore del reato entro i

⁴⁸² FRISCH, *Principio di colpevolezza*, cit., 165.

⁴⁸³ FRISCH, *Principio di colpevolezza*, cit., 177.

⁴⁸⁴ In particolare, si veda *amplius* il capitolo III, §3 della presente trattazione.

parametri edittali, nonché quale selezione della tipologia sanzionatoria più idonea da opporre all'illecito posto in essere⁴⁸⁵. Proprio in ordine a quest'ultimo profilo, occorre sottolineare – così come condivisibilmente effettuato da autorevole dottrina⁴⁸⁶ – come la legalità costituzionale imponga attualmente un superamento definitivo del sistema sanzionatorio rigidamente «carcerocentrico», prescrizione desumibile in primo luogo dalla declinazione della stessa Carta fondamentale delle “pene” al plurale, a partire dalla quale è possibile rilevare come il potere discrezionale del magistrato in funzione giudicante non possa più sostanzarsi in una mera operazione di computo quantitativa, bensì, al contrario, si risolverà in una scelta qualitativa orientata alla soddisfazione delle istanze del principio del minimo sacrificio necessario della libertà personale, artefice dell'imposizione al giudice della valorizzazione delle alternative al carcere ogni qualvolta l'obiettivo della rieducazione possa essere efficacemente perseguito altrimenti⁴⁸⁷.

Invero, nell'adeguare la sanzione alle contingenze del caso concreto, l'organo giudicante esercita un c.d. *potere discrezionale*, che trova espresso riconoscimento all'art. 132, co. 1 c.p. e il quale sarà oggetto – nelle sue sfumature – della trattazione *de qua*. Segnatamente, appare opportuno riportare ivi il disposto dell'articolo in esame, a tenore del quale: «nei limiti fissati dalla legge, il giudice applica la pena discrezionalmente»; a rigore, tuttavia, il medesimo dato normativo impone un fondamentale controbilanciamento, subordinando tale prerogativa giurisdizionale ad un rigido onere motivazionale, statuendo l'obbligo del giudicante di «indicare i motivi che giustificano l'uso di tale potere discrezionale»⁴⁸⁸.

La *ratio* sottesa all'attribuzione di tale discrezionalità all'autorità giudiziaria appare di immediata intuizione: a fronte dell'inattitudine della norma generale ed astratta a cogliere le molteplici sfumature di disvalore che connotano il singolo accadimento storico, il legislatore rimette necessariamente al giudice il compito di ponderare ogni

⁴⁸⁵ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 797; e, in argomento, si veda la dottrina ivi citata.

⁴⁸⁶ Si fa ivi riferimento sempre a Francesco Viganò e, segnatamente, al suo contributo VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria e principi costituzionali nelle decisioni sull'applicazione della sanzione penale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4/2024.

⁴⁸⁷ VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria*, cit., 2-3.

⁴⁸⁸ Per esigenze di chiarezza si riporta qui il dato normativo in esame per intero, di cui all'art. 132, co. 1, c.p. (rubricato «Potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena: limiti»): «Nei limiti fissati dalla legge, il giudice applica la pena discrezionalmente; esso deve indicare i motivi che giustificano l'uso di tale potere discrezionale».

elemento dello stesso, al fine di pervenire ad un trattamento sanzionatorio rispondente ai principi di personalità ed individualizzazione⁴⁸⁹.

In tale prospettiva, si impone la necessità di un'analisi del meccanismo determinativo della sanzione, nel senso di un esame approfondito dei vincoli normativi e giurisprudenziali che ne perimetrano l'esercizio. Segnatamente, ai fini dell'applicazione della sanzione, il primo comma dell'art. 132 c.p. attribuisce al decidente – come si è appena visto – una discrezionalità c.d. *vincolata*, ovverosia un potere discrezionale che postula un obbligo di motivazione sulle ragioni del suo esercizio.

Tale potestà deve dispiegarsi entro limiti c.d. esterni dettati dalla legge, costituiti dai minimi e dai massimi edittali *speciali* – e dunque riferiti ai singoli reati – o *generali*, concernenti le singole tipologie sanzionatorie; sotto questo profilo, il secondo comma dell'art. 132 c.p.⁴⁹⁰ statuisce che laddove l'ordinamento consenta il superamento dei tetti edittali previsti per la singola fattispecie, il giudice debba in ogni caso attenersi ai confini stabiliti in via generale per ciascuna specie di pena *ex artt. 23, 24, 25 e 26 c.p.*⁴⁹¹, fatta eccezione per le deroghe espressamente codificate.

Alla luce di quanto appena evidenziato, appare necessario sottolineare che la potestà *de qua* debba essere esercitata tanto alla luce dei criteri commisurativi di cui all'art. 133 c.p., quanto – e altresì in via prioritaria – in conformità alle coordinate ermeneutiche di rango costituzionale nonché convenzionale, secondo gli indirizzi tracciati dalla Consulta e dalla Corte di Strasburgo. Un consimile orientamento risulta peraltro essere rispondente a quell'esigenza di prevenire l'adozione di pronunce di

⁴⁸⁹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit. 798; cfr. tra gli altri, BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., 100; MASSA, M., *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959, 80; LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli, 1967, 56; SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 51.

⁴⁹⁰ Del quale si riporta ivi il disposto: «Nell'aumento o nella diminuzione della pena non si possono oltrepassare i limiti stabiliti per ciascuna specie di pena, salvi i casi espressamente determinati dalla legge».

⁴⁹¹ Indicanti rispettivamente i parametri edittali della reclusione, della multa, dell'arresto e dell'ammenda.

condanne penali idonee a costituire l'oggetto di responsabilità internazionale dello Stato italiano per violazione dei precetti contenuti nella CEDU⁴⁹²⁴⁹³.

In questo ambito, proprio l'analisi del ruolo che le fonti sovraordinate – costituzionali e convenzionali – rivestono nell'alveo della commisurazione della pena impone una rigorosa rimessa a punto dello statuto metodologico che governa l'attività commisurativa del giudice. A tale riguardo, appare imprescindibile muovere dalle condivisibili riflessioni di autorevole dottrina⁴⁹⁴ che, a fronte della tendenza della dogmatica tradizionale alla circoscrizione dei principi costituzionali ad una dimensione prettamente statica, valorizzandoli cioè esclusivamente quali parametri per il sindacato di legittimità costituzionale sulle scelte sanzionatorie del legislatore ovvero quali meri canoni ermeneutici ed orientativi ai fini dell'interpretazione operata dal giudice, evidenzia la necessità del superamento di una tale impostazione. Invero, quest'ultima finisce per trascurare la forza precettiva diretta che la Costituzione deve esercitare nella fase applicativa della pena; si postula così la necessità che la stessa operi, anzitutto, come un insieme di *criteri* ai quali deve ispirarsi l'organo giudicante nell'esercizio del proprio potere discrezionale di commisurazione sanzionatoria⁴⁹⁵.

Primo e fondamentale pilastro assiologico nonché limite all'esercizio del potere discrezionale del giudicante è costituito indubbiamente dal principio di *proporzionalità* della sanzione penale; tale canone, benché privo di espressa indicazione nel testo della Carta costituzionale, ha trovato solido radicamento nell'elaborazione giurisprudenziale sulla base del prisma combinato dei principi di eguaglianza-ragionevolezza, della finalità rieducativa della pena, nonché di offensività e, più recentemente, di personalità della

⁴⁹² Sul punto, si veda la sentenza della C. cost. 12.7.2021, n. 150; peraltro, giova specificare che il principio in esame è stato enucleato in relazione all'art. 595, co. 3, c.p., statuente in via alternativa la pena detentiva o pecuniaria a fronte dell'ipotesi di diffamazione a mezzo stampa o altro mezzo di pubblicità. Sul punto è stata esclusa l'incostituzionalità di tale assetto sanzionatorio sul presupposto che il giudice conformi la propria discrezionalità ai principi desumibili dalla giurisprudenza della Corte EDU (si veda, *ex plurimis*, Corte EDU GC, 17.12.2004, *Cumpănă e Mazăre contro Romania*, §115); conseguentemente, in tale ottica, l'applicazione della reclusione dovrà configurarsi necessariamente quale *extrema ratio* e dovrà pertanto ritenersi legittima solo in ipotesi di straordinaria gravità della condotta, tanto sotto il profilo oggettivo quanto quello soggettivo, in cui la sanzione detentiva risulti rispondente ai criteri di proporzionalità, dovendo il giudicante preferire, in tutti gli altri casi, l'irrogazione della sola pena pecuniaria adeguatamente calibrata sul disvalore concreto della fattispecie.

⁴⁹³ COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 315.

⁴⁹⁴ Si fa ivi riferimento sempre a Francesco Viganò e, segnatamente, al suo contributo di cui *supra*.

⁴⁹⁵ VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria*, cit., 2.

responsabilità penale, di cui rispettivamente agli artt. 3, 27, terzo comma, 25, secondo comma e 27, primo comma, Cost.⁴⁹⁶. Evidenza della centralità del principio di proporzionalità nell'architettura sanzionatoria è rinvenibile infatti nelle stesse parole della Consulta, per la quale: «Discrezionalità non equivale ad arbitrio. Qualsiasi legge dalla quale discendano compressioni dei diritti fondamentali della persona deve potersi razionalmente giustificare in relazione a una o più finalità legittime perseguite dal legislatore; e i mezzi prescelti dal legislatore non devono risultare manifestamente sproporzionati rispetto a quelle pur legittime finalità. Il controllo sul rispetto di tali limiti spetta a questa Corte, *che è tenuta a esercitarlo con tanta maggiore attenzione, quanto più la legge incida sui diritti fondamentali della persona*. Il che *paradigmaticamente accade rispetto alle leggi penali*, che sono sempre suscettibili di incidere, oltre che su vari altri diritti fondamentali, sulla libertà personale dei loro destinatari»⁴⁹⁷.

Invero, alla luce di tali considerazioni giurisprudenziali, il vincolo di proporzionalità non deve pertanto essere inteso esclusivamente quale statico parametro ai fini del sindacato di legittimità costituzionale delle scelte del nomoteta, bensì opererà parimenti quale *criterio* di commisurazione della pena, circoscrivendo la stessa discrezionalità di cui dispone il giudice ai sensi dell'art. 132 c.p.

Nell'alveo della commisurazione giudiziale, la proporzionalità della pena rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva del reato costituisce il fondamento normativo dei criteri *ex art. 133 c.p.*, tanto con riferimento al primo comma, che orienta il computo della stessa in base al disvalore del fatto, quanto agli elementi del secondo comma concernenti la «capacità a delinquere», parimenti idonei a offrire indici preziosi al fine di saggiare il reale grado di colpevolezza dell'agente e, conseguentemente, l'effettiva gravità dell'illecito concretamente commesso.

Nondimeno, sotto il profilo del diritto costituzionale la proporzionalità rileva anzitutto quale limite massimo invalicabile posto a presidio dell'attività dosimetrica; in questo senso, se da un lato tale limite non opera quale impedimento nei confronti del decidente affinché questo infligga una sanzione di entità significativamente inferiore rispetto all'astratta gravità del reato – valorizzando a favore del reo i criteri di cui al

⁴⁹⁶ Cfr. ai fini di approfondimento, VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 52 ss.

⁴⁹⁷ Punto 3.1. del *Considerato in diritto* (corsivi aggiunti da Viganò in VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria*, cit., 7) della sentenza C. cost. 22.03.2024, n. 46.

secondo comma dell'art. 133 c.p.⁴⁹⁸ – dall'altro lato esso si configura quale ostacolo assoluto contro ogni eccesso. Risulta dunque di agevole intuizione l'immediata conseguenza: eventuali istanze preventive, siano esse speciali e dunque connesse alla pericolosità del soggetto, ovvero generali orientate alla deterrenza collettiva a fronte di reati di significativo allarme sociale, non potranno in alcun caso costituire base legittimante ai fini dell'irrogazione di una pena sproporzionata per eccesso rispetto al fatto storico commesso⁴⁹⁹.

Da ultimo occorre precisare che un consimile scudo assiologico è destinato a proiettarsi ben oltre la mera individuazione della pena base all'interno della cornice edittale; si tratta di un principio che governa l'intera fase della commisurazione in senso lato, imponendosi quale canone orientativo di operazioni valutative quali il giudizio di applicabilità delle attenuanti generiche, il medesimo bilanciamento tra le circostanze ai sensi dell'art. 69 c.p. nonché la quantificazione degli aumenti dovuti a titolo di concorso formale o reato continuato, ambiti in cui l'ingerenza del principio di proporzionalità risulta cruciale ai fini dell'irrogazione di un trattamento sanzionatorio complessivamente tollerabile⁵⁰⁰.

Se, pertanto, il vincolo di proporzionalità è posto a presidio dell'adeguatezza oggettiva della sanzione al disvalore del fatto, l'estensione dell'indagine alla dimensione più strettamente soggettiva del reato trova fondamento nel principio di *personalità della responsabilità penale* (art. 27, co. 1 Cost.), che si configura ivi quale secondo criterio “materiale” di assoluto rilievo nell'alveo delle operazioni di dosimetria sanzionatoria.

Da tale matrice tanto la dottrina quanto – successivamente⁵⁰¹ – la giurisprudenza costituzionale, hanno enucleato il principio di *colpevolezza*, quale postulato che subordina l'irrogazione della sanzione all'effettiva rimproverabilità soggettiva del reo a fronte del fatto di aver posto in essere una condotta antidoverosa liberamente evitabile.

⁴⁹⁸ Tra questi indubbiamente la condotta susseguente o antecedente al reato, i quali, se espressivi di una ridotta pericolosità sociale, determinano una “necessità di pena” intesa quale bisogno di un trattamento rieducativo, particolarmente ridotta. In quest'ottica di mitigazione sanzionatoria possono collocarsi altresì le circostanze attenuanti – tanto comuni quanto generiche – previste dal legislatore, valorizzanti le condotte poste in essere dal reo successivamente alla commissione del reato e suscettibili di essere considerate indici di un percorso di ravvedimento interiore già in atto del medesimo.

⁴⁹⁹ Sul punto si veda anche VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 216 ss.

⁵⁰⁰ VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria*, cit., 6-8.

⁵⁰¹ Nello specifico a far data dalla celebre sentenza della C. cost. 24.03.1988, n. 364.

Sebbene tale canone spieghi tradizionalmente la sua efficacia “a monte” della fase commisurativa, quale condizione dell’*an* della responsabilità, l’imperativo costituzionale irradia i propri effetti anche sulla determinazione del *quantum* sanzionatorio, imponendo che la pena rifletta l’effettivo grado del rimprovero ascrivibile all’autore. Sul piano applicativo ciò comporta che nell’apprezzamento dei criteri di cui all’art. 133 c.p. il giudice debba, per un verso, porre a carico dell’autore le sole conseguenze lesive integranti dolo o colpa, ovvero concretamente prevedibili – escludendo di contro i decorsi causali del tutto imprevedibili⁵⁰² – e, per l’altro, scrutinare tutti i fattori endogeni ed esogeni condizionanti il processo motivazionale del reo (quali, a titolo esemplificativo: il disagio sociale ovvero la maturità psichica). Ne deriva pertanto la regola, ribadita recentemente dalla Consulta, secondo cui ad un’attenuata rimproverabilità soggettiva deve necessariamente corrispondere un trattamento sanzionatorio altrettanto mite, pur a fronte di un’identità di disvalore oggettivo del fatto⁵⁰³.

Peraltro, nella più recente evoluzione giurisprudenziale⁵⁰⁴ il principio di personalità della responsabilità tende ad emanciparsi quale autonoma esigenza di individualizzazione della risposta punitiva, modellata sulle peculiarità esistenziali e storiche del condannato⁵⁰⁵. Invero, se in chiave negativa tale principio rigetta recisamente i meccanismi sanzionatori rigidi e automatici nonché le pene fisse, in chiave positiva costituisce criterio orientativo per la discrezionalità del giudice della cognizione; segnatamente, luogo d’elezione di questo scrutinio risiede proprio nell’istituto delle attenuanti generiche – di cui si è or ora evidenziata la funzione mitigatrice – qualificate dalla Corte Costituzionale⁵⁰⁶ quali lo strumento normativo deputato a dare rilevanza alla vicenda umana dell’imputato, comprese le condotte riparatorie e i personali vissuti.

⁵⁰² DOLCINI, *La commisurazione*, cit., 348 ss.

⁵⁰³ Punto 4.2. del *Considerato in diritto* della sentenza della C. cost. 73/2020, cit.

⁵⁰⁴ E nella stessa sentenza della C. cost. 73/2020, cit.

⁵⁰⁵ Sul punto si veda *amplius* PALAZZO, *Commisurazione della pena e discrezionalità giudiziale: un terreno di tensioni e incertezze*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 1346.

⁵⁰⁶ Da ultimo con la sentenza della C. cost. 197/2023, cit., che ha censurato l’illegittimità costituzionale del divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti generiche e della provocazione introdotto dalla novella sul c.d. codice rosso con riferimento, nello specifico, alle ipotesi aggravate di omicidio volontario commesso all’interno del nucleo familiare; sul punto, la Consulta ha sottolineato come consimili preclusioni fondate su automatismi impediscano di conferire correttamente rilievo al differente disvalore soggettivo nonché alla reale pericolosità espressa dai singoli autori (si vedano i punti 5.5.1. e 5.3.2. del *Considerato in diritto* della sentenza in esame).

Secondo un'efficace suggestione dottrinale, individualizzare la pena equivale ad «incrociare lo sguardo del reo, e vedere il suo volto»⁵⁰⁷ e, pertanto, a comprendere il contesto in cui il delitto è maturato, al fine di conformare la sanzione alle concrete prospettive di emenda nonché risocializzazione dell'individuo. Conseguentemente, la portata della “necessaria individualizzazione” eccede i confini della proporzionalità e della colpevolezza strettamente e tradizionalmente intese a fronte del fatto che l'esigenza di calibrare la sanzione non si esaurisce nella mera fisionomia del fatto storico, bensì abbraccia tutte le circostanze riferibili al suo autore, comprese le condotte successive al reato. Queste ultime, laddove manifestino un progresso nel percorso rieducativo del reo, sono così idonee a giustificare l'irrogazione di una pena più contenuta rispetto a quella che sarebbe stata originariamente esigibile (nel senso di *proporzionata*) alla luce del solo disvalore oggettivo e soggettivo del fatto di reato, sancendo pertanto, di fatto, il superamento di una concezione puramente statica del trattamento sanzionatorio⁵⁰⁸.

Un terzo principio che riveste un ruolo cardine nella fase di determinazione della sanzione penale è costituito dal principio della *rieducazione* del reo di cui all'art. 27, co. 3, Cost. Sul punto, come richiamato dalla stessa Consulta⁵⁰⁹, giova precisare che la finalità rieducativa deve contrassegnare il fenomeno punitivo lungo tutto il suo sviluppo, per questo intendendosi «da quando nasce, all'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»⁵¹⁰, così investendo la stessa *in toto* il momento in cui il giudice della cognizione è chiamato a quantificare la sanzione che concretamente sarà poi destinata all'esecuzione.

Sul piano definitorio, appare opportuno evidenziare come il termine “rieducazione” sia connotato da un'eco anacronistica, idonea a suggerire derive etichettanti o moralismi stridenti tendenzialmente incompatibili con i postulati propri di uno Stato laico. Nondimeno, la giurisprudenza della Corte ne fornisce una lettura tutt'altro che inconciliabile con quest'ultimi, declinandola nei quattro obiettivi chiave del «recupero, riparazione, riconciliazione e reinserimento sociale»⁵¹¹. Si delinea, in tal modo, un programma teso a sollecitare – senza mai imporre – un esame critico del vissuto del reo

⁵⁰⁷ BARTOLI, *Castigo: vendetta o giustizia*, in *Quaderni di storia del penale e della giustizia*, 3/2021, 246.

⁵⁰⁸ VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria*, cit., 9-12.

⁵⁰⁹ Segnatamente nella celebre sentenza C. cost. 313/1990, cit.

⁵¹⁰ Punto 8 del *Considerato in diritto* della sentenza C. cost. 313/1990.

⁵¹¹ Punto 4.4. del *Considerato in diritto* della sentenza C. cost. 179/2017, cit.

nonché un suo impegno alla riparazione del danno arrecato ai singoli e alla comunità attraverso la commissione del reato; in quest'ottica, il perseguimento di tali obiettivi deve guidare il giudizio di determinazione sanzionatoria non solo con riferimento all'individuazione del *quantum*, ma altresì a quella dell'*an* nonché in relazione alle modalità della sua concreta eseguibilità.

In sede di consimili ponderazioni, l'istanza risocializzante si salda ad un parametro costituzionale distinto ma sinergico: il principio del *minimo sacrificio necessario della libertà personale*⁵¹², la cui matrice risiede nella proclamata inviolabilità dell'art. 13 Cost.⁵¹³ e il quale costituisce criterio cogente per l'organo giudicante affinché lo stesso vagli concretamente caso per caso l'adeguatezza delle risposte sanzionatorie e, segnatamente, di quelle *extra*-carcerarie in un'ottica di soddisfazione del parametro di *extrema ratio* carceraria⁵¹⁴, tenuto fermo il fatto che esse risultino idonee a favorire l'emenda del condannato nonché la tutela dei consociati dal pericolo di reiterazione di nuove condotte illecite⁵¹⁵.

Tale binomio concettuale ha peraltro ricevuto decisivo impulso normativo per il tramite del d.lgs. 150/2022 (c.d. Riforma Cartabia), fautrice del nuovo statuto delle pene sostitutive delle pene detentive brevi; invero, la riformulazione dell'art. 58 della L. 689/1981 ha determinato l'imposizione al giudice dell'applicazione di sanzioni sostitutive ove queste si palesino «più idonee alla rieducazione» e «assicurino la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati», vincolandolo altresì alla selezione della misura che assicuri rieducazione e reinserimento del reo «con il minor sacrificio

⁵¹² Ripreso ed esplicitato più volte dalle sentenze C. cost. 179/2017, cit.; C. cost. 22/2022, cit., punto 5.2. del *Considerato in diritto*; C. cost. 31.07.2020, n. 191, punto 2.6. del *Considerato in diritto*.

⁵¹³ Segnatamente, al primo comma l'art. 13 Cost. sancisce che: «La libertà personale è inviolabile».

⁵¹⁴ La quale in ambito processuale trova tutela *ex art.* 275, co. 3, c.p.p., a rigore del quale: «La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate. Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 270, 270 *bis* e 416 *bis* del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari. Salvo quanto previsto dal secondo periodo del presente comma, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater* del presente codice nonché in ordine ai delitti di cui agli articoli 575, 600 *bis*, primo comma, 600 *ter*; escluso il quarto comma, 600 *quinqies* e, quando non ricorrano le circostanze attenuanti contemplate, 609 *bis*, 609 *quater* e 609 *octies* del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari o che, in relazione al caso concreto, le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure».

⁵¹⁵ Sul punto, sentenza C. cost. 10.05.2024, n. 84, punto 3.2. del *Considerato in diritto*.

della libertà personale»⁵¹⁶. La *ratio* dalla quale muove la riforma poggia sull'assunto che lo strumento carcerario non esaurisca lo spettro delle risposte sanzionatorie e che, a fronte della sua intrinseca carica desocializzante vada evitato, ove possibile, a favore di trattamenti sanzionatori da eseguirsi nella comunità⁵¹⁷.

A questo punto, doverosa postilla risulta essere la precisazione circa il fatto che benché l'art. 27 Cost. riconnetta espressamente le istanze del finalismo risocializzante nonché del minimo sacrificio della libertà personale alle sole "pene", è oramai consolidata in ambito giurisprudenziale⁵¹⁸ la riferibilità delle stesse anche alle decisioni relative all'applicazione delle misure di sicurezza, provvedimenti rispetto ai quali la discrezionalità giudiziale deve parimenti tendere tanto alla neutralizzazione della pericolosità del soggetto quanto al suo recupero sociale mediante specifici presidi terapeutici ovvero assistenziali⁵¹⁹.

A conclusione del presente paragrafo occorre fare da ultimo riferimento al principio di *eguaglianza* di cui all'art. 3, primo comma, Cost., il quale, analogamente ai principi poc'anzi analizzati, esplica la propria valenza ben oltre il momento dell'astratta previsione edittale, investendo direttamente l'esercizio del potere discrezionale riconosciuto al giudicante in sede di quantificazione della sanzione. Ciononostante, il quadro applicativo contemporaneo appare connotato da marcate criticità, che trovano manifestazione nelle sensibili disparità nelle prassi commisurative non solo tra le diverse sedi giudiziarie, bensì anche all'interno dei medesimi uffici.

Orbene, sul piano dogmatico e costituzionale, tale asimmetria punitiva riverbera effetti fortemente disfunzionali sulle finalità proprie del principio rieducativo *ex art. 27*,

⁵¹⁶ Per esigenze di chiarezza espositiva, si ritiene opportuno riportare l'intero dato normativo di cui all'art. 58, co. 1 e 2, L. 689/1981: «Il 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 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.».

⁵¹⁷ Sul punto si veda *amplius* la sent. C. cost. 84/2024, cit.

⁵¹⁸ Sent. C. cost. 22/2022, cit., punto 5.2. del *Considerato in diritto* (e ivi riferimenti alla giurisprudenza precedente, segnatamente la sent. C. cost. 21.10.2021, n. 197, punto 4 del *Considerato in diritto*, nonché la sent. C. cost. 73/2020, cit., punto 4.4. del *Considerato in diritto*).

⁵¹⁹ VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria*, cit., 12-13.

co. 3, Cost., a fronte del fatto che la percezione, da parte di chi lo subisce, di un trattamento sanzionatorio difforme o dipendente da dinamiche puramente aleatorie, non può che condurre ad ingenerare nel reo un radicato sentimento di ingiustizia il quale, determinando un pregiudizio alla credibilità delle istituzioni, si erge a severo ostacolo verso l'avvio di qualsiasi autentico percorso di risocializzazione.

In chiave *de iure condendo*, l'elaborazione di correttivi volti a mitigare simili distorsioni sconta una strutturale complessità: una contrazione eccessiva degli spazi riservati alla discrezionalità giudiziale rischierebbe difatti di entrare in rotta di collisione con il fondamentale principio di individualizzazione della pena. Sul punto, illustre dottrina ha ravvisato un punto di equilibrio fra le contrapposte esigenze nell'adozione di apposite linee guida destinate ad orientare le attività di dosimetria sanzionatoria⁵²⁰. La previsione di tali parametri permetterebbe invero di arginare il rischio di statuizioni arbitrarie o ingiustificatamente disomogenee, preservando al contempo le peculiarità del caso concreto attraverso la previsione di un rigoroso onere di motivazione ove si verificasse uno scostamento dallo standard, di modo da assicurare l'affermazione di un sistema sanzionatorio pienamente conforme al dettato costituzionale⁵²¹.

2.2. Il potere discrezionale del giudice: libero o vincolato?

Si profila, a questo punto, l'esigenza di chiarire se il potere decisionale di cui dispone il giudice nella determinazione della risposta sanzionatoria sia da considerarsi assoluto oppure subordinato a precisi vincoli. L'orientamento dottrinale preminente depone nel senso di una c.d. discrezionalità *vincolata*, evidenziando come, a differenza dell'azione della Pubblica Amministrazione guidata da valutazioni di convenienza e «opportunità», l'attività dell'organo giudicante sia soggetta a precisi limiti normativi predeterminati. Questi ultimi – come già anticipato – possono essere ricondotti a tre principali categorie: in primo luogo, al perimetro edittale della sanzione, dovendo il giudice determinare un *quantum* di pena che risulti compresa tra il minimo e il massimo

⁵²⁰ Sul punto, indicazioni più specifiche sussistono in relazione alla dimensione sostanziale del principio di eguaglianza applicato alle pene pecuniarie, con particolare riferimento all'impatto asimmetrico delle sanzioni patrimoniali in base alle condizioni economiche del reo e ai correttivi introdotti ad opera della riforma Cartabia (art. 56-*quater*, L. 689/1981), sulla scorta della recente giurisprudenza, e segnatamente della sentenza C. cost. 1.2.2022, n. 28. A tale riguardo si rinvia a VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria*, cit., 14-15.

⁵²¹ VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria*, cit., 14.

edittale sanciti dalla norma incriminatrice; in seconda battuta, al vincolo prodotto dai parametri commisurativi di cui all'art. 133 c.p.; e, da ultimo, all'obbligo motivazionale prescritto dall'art. 132 c.p., la cui funzione essenziale risiede nel garantire la sindacabilità esterna delle scelte operate dal titolare dei poteri discrezionali medesimi⁵²².

In forza di tale impianto, la discrezionalità sanzionatoria si configurerebbe quale ideale proseguimento dell'attività legislativa, traducendone in concreto le opzioni di politica criminale e attuandone gli scopi in relazione allo specifico episodio fattuale sottoposto a giudizio.

Una simile scelta legislativa trova la propria giustificazione nella strutturale impossibilità per il legislatore di determinare preliminarmente, in via generale ed astratta, tutte le sfumature di valore o di disvalore suscettibili di caratterizzare il singolo episodio criminoso. Ne consegue la necessità di demandare al giudice il compito di valutare gli elementi del caso concreto rilevanti ai fini dell'individualizzazione della risposta sanzionatoria, così da adeguare la pena alle peculiarità della vicenda oggetto del giudizio⁵²³.

Nondimeno, se appare indubitabile che l'intento del nomoteta fosse originariamente quello di edificare un sistema improntato alla discrezionalità vincolata, si impone tuttavia l'esigenza di accertare se e in quale misura tale opzione astratta abbia trovato un reale riscontro nell'effettiva prassi applicativa⁵²⁴.

In questa prospettiva, occorre evidenziare come il concetto di discrezionalità presupponga un'autonomia valutativa che, benché priva di legami con automatismi normativi, non deve tuttavia essere in alcun modo confusa con una licenza di puro arbitrio. Il nucleo di tale prerogativa, difatti, risiede nella capacità della stessa di aprirsi a ponderazioni individualizzanti, finalizzate a calibrare la risposta punitiva sulle singolarità

⁵²² Cfr. *ex multis*, DELOGU, *Potere discrezionale del giudice e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 374 ss.; NUVOLONE, *Il ruolo del giudice nell'applicazione della pena*, ora in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, II, Padova, 1969, 1561; BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Milano, 1939, ristampato in *Il Tommaso Natale*, 1975, 149 ss.; VASSALLI, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, in *Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari*, II, Milano, 1958, 742; AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.* XXVII, Milano, 1977, 229; SATURNINO, voce *Discrezionalità (dir. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, 5.

⁵²³ BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit. 100; MASSA, M., *Le attenuanti generiche*, cit., 80; LATAGLIATA, *Circostanze*, cit., 56; SPASARI, *Appunti*, cit., 51.

⁵²⁴ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 798-799.

del caso concreto, superando così la rigidità di fattispecie legali generali ed astratte. Risulta pertanto intrinseca all'istituto la presenza di vincoli finalistici, volti a individuare la pena *giusta* per il fatto storico in relazione alla funzione che essa svolge nel sistema ordinamentale⁵²⁵; ciò comporta che la fase applicativa non può né deve contemplare la possibilità di fondarsi sul soggettivo sentimento di giustizia dell'organo giudicante, dovendosi invece configurare rigorosamente quale specificazione e concretizzazione del precetto legale⁵²⁶.

In quest'ottica, infatti, è bene specificare che l'attività giudiziale conserva una natura essenzialmente dichiarativo-ricognitiva, non già creativa⁵²⁷: il giudice non è chiamato ad elaborare autonomamente la risposta sanzionatoria secondo personali criteri di giustizia, bensì ad individuare ed applicare la pena che rispetto al caso concreto risulta rispondente a istanze di proporzionalità. Proprio in questo senso la discrezionalità penale si distingue radicalmente da quella amministrativa: mentre quest'ultima si fonda su valutazioni di opportunità e convenienza, il potere commisurativo del giudice è interamente funzionalizzato all'applicazione dei criteri legali e costituzionali che governano la determinazione della pena⁵²⁸. Conseguentemente, gli spazi di discrezionalità riconosciuti *ex artt.* 132 e 133 c.p. sono pertanto preordinati a realizzare un equilibrio tra le esigenze di legalità e certezza della pena e quelle di proporzione e individualizzazione del trattamento sanzionatorio⁵²⁹⁵³⁰.

La verifica dell'effettiva natura vincolata della discrezionalità giudiziale impone preliminarmente di considerare come il legislatore abbia progressivamente ampliato gli spazi decisionali affidati al giudice, ben oltre la sola determinazione quantitativa della pena. Invero, in questo quadro teorico occorre sottolineare come l'ambito della discrezionalità giudiziale non si esaurisca nella sola commisurazione in senso *stretto*, bensì si estenda in modo pervasivo anche alla commisurazione in senso *lato*, un versante che ha registrato una rilevante dilatazione nella seconda metà del Novecento. Tale

⁵²⁵ BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 100; CARUSO, *La discrezionalità penale. Tra 'tipicità classificatoria' e 'tipologia ordinale'*, Padova, 2009, 164; RONCO, *Sub artt. 132, 133, 134*, cit., 832.

⁵²⁶ ROMANO M., GRASSO, *Commentario sistematico*, cit., 344 ss.

⁵²⁷ ROMANO M., GRASSO, *Commentario sistematico*, cit., 345.

⁵²⁸ Cass. pen. I., 21.08.1990, in *Riv. pen.*, 1991, 666; DOLCINI, *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in MARINUCCI, DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 268.

⁵²⁹ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 763.

⁵³⁰ COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 317-318.

impianto evolutivo ha comportato un graduale ridimensionamento del ruolo del 132 c.p., originariamente limitante il potere discrezionale del giudice, a seguito di numerosi interventi legislativi che hanno determinato l'allentamento dell'originario equilibrio tra la predeterminazione legale e l'adattamento della sanzione al caso concreto. Ne è pertanto derivata una significativa estensione dei poteri in esame del giudice⁵³¹ nonché il sorgere dei dubbi circa il rispetto dei principi di legalità e certezza della pena⁵³².

Segnatamente, l'ampliamento *de quo* si è mosso essenzialmente lungo due direttrici: per un verso, l'estensione dei meccanismi di calcolo della pena base, mediante – *ex multis* – l'introduzione (d.lgs. lt. n. 288/1944) delle attenuanti generiche (art. 62-*bis* c.p.), la revisione (d.l. n. 99/1974, conv. in L. n. 220/1974) del giudizio di bilanciamento fra circostanze *ex art.* 69 c.p. e l'attribuzione – ad opera della novella del 1974 – di ampia discrezionalità nella quantificazione degli aumenti per il concorso formale e la continuazione di reati; per un altro verso, la possibilità di incidere sul tipo di sanzione nonché sulla sua effettiva applicazione, come dimostrato rispettivamente dal sistema delle pene sostitutive (di cui alla L. 689/1981 e i recenti approdi del d.lgs. 150/2022) e dall'introduzione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, di cui all'art. 131-*bis* c.p. ad opera del d.lgs. 28/2015.

La risultante di tale stratificazione normativa è riconoscibile in un'eccezionale estensione della forbice sanzionatoria a disposizione del giudice, della cui ampiezza si scorgono inevitabilmente i rischi di una deriva arbitraria⁵³³: la possibilità di spaziare tra il minimo e il massimo edittale, unitamente al potere ampiamente discrezionale concernente la determinazione degli aumenti e delle diminuzioni circostanziali nonché la possibilità dell'irrogazione, a fronte della continuazione tra più reati, fino al triplo della pena a partire da un solo giorno di reclusione, determina difatti una forbice sanzionatoria estremamente ampia e flessibile.

Cionondimeno, la *ratio* di una consimile dilatazione del margine di manovra giudiziale è da rinvenire primariamente nell'esigenza della garanzia del principio di individualizzazione della pena, il quale impone che la risposta sanzionatoria sia calibrata non soltanto sui connotati oggettivi del fatto di reato, bensì su tutte le peculiarità del caso

⁵³¹ ROMANO M., GRASSO, *Commentario sistematico*, cit., 342.

⁵³² RONCO, *Sub artt.* 132, 133, 134, cit., 834.

⁵³³ PALAZZO, *Commisurazione della pena e discrezionalità giudiziale*, cit., 1349; VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria*, cit.

concreto, e pertanto l'insieme delle circostanze riferibili al suo autore, al grado di pericolosità nonché al suo specifico *bisogno* individuale di pena, valorizzando appieno le condotte *post delictum* qualora queste rivelino l'avvio di un percorso rieducativo⁵³⁴.

Proprio nella centralità di questo imperativo è possibile rinvenire la ragione per la quale le recenti istanze di irrigidimento normativo volte a imbrigliare la discrezionalità affidata all'organo giudicante si siano rivelate di fatto disorganiche e siano state ridimensionate dalla Consulta – segnatamente a partire dalla nota sentenza n. 183/2011 – fermamente orientata a censurare quegli automatismi che precludevano al giudice la presa in considerazione del comportamento successivo al reato ai fini della commisurazione sanzionatoria⁵³⁵.

In questo quadro di ampliamento degli spazi decisionali riservati al giudice appare fisiologica la necessità dell'individuazione di limiti, di matrice costituzionale, entro i quali tale discrezionalità può legittimamente esercitarsi. Sul punto, autorevole dottrina⁵³⁶ ha sottolineato come la determinazione della misura della pena⁵³⁷ – tanto nel momento della comminatoria edittale astratta quanto in quello della commisurazione giudiziale effettuata in concreto – rappresenti, come è evidente, uno dei nodi strutturali della materia penale. Sul punto, benché il testo costituzionale non fornisca precise indicazioni, rimettendo così la dosimetria della pena alle opzioni di politica criminale del legislatore⁵³⁸, occorre specificare come anche in tal caso una simile prerogativa non trovi risoluzione in un'attribuzione incondizionata.

Invero, sul rapporto fra delitti e pene, i principi costituzionali pongono parimenti in questo ambito dei vincoli precisi: sul versante sistematico, la fondamentale logica della proporzione si salda al canone di uguaglianza e ragionevolezza⁵³⁹ (di cui all'art. 3 Cost.), che si pone quale criterio di controllo imponente da una parte la parità di trattamento per situazioni analoghe e dall'altra la diversificazione della risposta punitiva a fronte di fattispecie eterogenee. Negli spazi di politica legislativa, proprio quest'ultimo principio

⁵³⁴ VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria*, cit.; BARTOLI, *Castigo: vendetta o giustizia*, cit., 246.

⁵³⁵ COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 316-317.

⁵³⁶ Ci si riferisce ivi a Pulitanò, in PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit.

⁵³⁷ Sul punto si veda *amplius* PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 641 ss.

⁵³⁸ Sulle origini di tale indirizzo, corroborato ripetutamente dalla Corte Costituzionale, si veda PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo della ragionevolezza*, in *Giur. it.* 1971, IV, 192 ss.

⁵³⁹ FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, in AA. VV., *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano, 2009, 116.

domanda che i criteri di differenziazione siano fondati sui principi “materiali” del sistema pena, quali l’offensività del fatto, il grado della colpevolezza e la natura stessa della pena.

A tale parametro si affianca, con valenza orientativa, la prescrizione del finalismo rieducativo sancita dall’art. 27, comma terzo, Cost.; difatti, come chiarito dalla già citata sentenza n. 313/1990 della Corte costituzionale, l’istanza di risocializzazione non si esaurisce nella fase trattamentale o esecutiva, bensì vincola lo stesso legislatore al momento della determinazione edittale astratta. Ne deriva che le esigenze di politica criminale non possono mai giustificare la strumentalizzazione della persona del condannato, giacché la funzione rieducativa attiene alla legittimazione stessa della risposta punitiva e non può, pertanto, rimanere estranea ai criteri di determinazione della misura⁵⁴⁰.

Una diretta ricaduta di tali coordinate costituzionali sul potere di commisurazione giudiziale *ex art. 132 c.p.* emerge chiaramente nelle pronunce con cui la Consulta ha progressivamente eliminato i vincoli commisurativi rigidi e gli automatismi edittali correlati alla recidiva reiterata. In questo senso particolarmente significative appaiono le sentenze n. 251/2012 e n. 185/2015⁵⁴¹: nel dichiarare l’incostituzionalità tanto del divieto di prevalenza delle attenuanti *ex art. 69, co. 4, c.p.*, quanto dell’obbligatorietà dell’aumento di pena *ex art. 99, co. 5 c.p.*, la Corte ha ribadito come la totale elisione del margine di apprezzamento dell’organo giudicante rispetto alla lieve entità del fatto concreto conduca ad un esito punitivo manifestamente sproporzionato. Invero, la neutralizzazione della discrezionalità giudiziale in favore di un automatismo fondato su presunzioni di pericolosità soggettiva si risolve difatti nella determinazione di una sanzione percepita dal reo quale ingiusta, vanificando così la necessaria aderenza del trattamento sanzionatorio alla gravità reale dell’offesa e compromettendo, al contempo, la funzione rieducativa di cui all’art. 27, co. 3, Cost.⁵⁴².

Di contro, l’esigenza di preservare il margine di apprezzamento del giudice da rigidismi sanzionatori non equivale a legittimare una commisurazione del tutto priva di effettivi argini normativi. Questi ultimi, peraltro, non riguardano soltanto l’esercizio del potere commisurativo da parte del giudice, bensì investono a monte la stessa

⁵⁴⁰ PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., 49-50.

⁵⁴¹ Nello specifico, si fa riferimento rispettivamente alla sent. C. cost. 15.11.2012, n. 251 e alla sent. C. cost. 23.07.2015, n. 185.

⁵⁴² PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., 51.

conformazione legislativa della cornice edittale, la quale deve essere costruita entro limiti compatibili con i principi costituzionali. Sul punto, si ritiene condivisibile l'osservazione di autorevole dottrina circa la necessità di una rispondenza della struttura stessa della cornice edittale a precisi vincoli costituzionali: invero, la previsione di spazi di manovra sanzionatori eccessivamente dilatati introduce un livello di aleatorietà intrinsecamente comportante rischio di convertire la discrezionalità del giudice in mero arbitrio. In ossequio a tale impostazione risulta emblematica la pronuncia con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di una forbice sanzionatoria sproporzionata⁵⁴³ – segnatamente, si trattava di pene oscillanti tra i 2 e i 24 anni di reclusione nell'ipotesi di integrazione del delitto di “violata consegna”⁵⁴⁴ – precisando come: «Il principio di legalità richiede che l'ampiezza del divario tra il minimo e il massimo della pena non ecceda il margine di elasticità necessario a consentire l'individualizzazione della pena secondo i criteri di cui all'art. 133 e non sia manifestamente non correlato alla variabilità delle fattispecie concrete e delle tipologie soggettive rapportabili alla fattispecie astratta»⁵⁴⁵.

Un divario edittale spropositato finisce per vanificare la funzione orientativa della norma, privando l'ordinamento di criteri guida certi e ponendosi in aperto contrasto con il volto costituzionale del sistema penale, il quale rifiuta tanto l'assenza totale di discrezionalità – tipica delle pene in misura fissa⁵⁴⁶ – quanto la sua incontrollata dilatazione⁵⁴⁷.

In definitiva, raccordando i diversi profili fin qui esaminati, al quesito circa la natura libera o vincolata del potere commisurativo non può che darsi una risposta nel senso di una discrezionalità vincolata, e, alla luce delle ultime osservazioni, per questa intendendosi costituzionalmente vincolata nei fini. L'attività di dosimetria sanzionatoria *ex art. 132 c.p.*, infatti, non si configura né quale rigido automatismo etero-imposto dal

⁵⁴³ Sent. C. cost. 24.06.1992, n. 299.

⁵⁴⁴ Nello specifico si trattava dell'art. 122 del codice penale militare di pace, rubricato “Violata consegna da parte di militare preposto di guardia a cosa determinata” e sancente: «Il militare, che, essendo preposto di guardia a cosa determinata, la sottrae, distrae, devasta, distrugge, sopprime, disperde o deteriora, o la rende, in tutto o in parte, inservibile, è punito, per il solo fatto della violata consegna, con la reclusione militare non inferiore a due anni».

⁵⁴⁵ C. cost. n. 299, del 1992, cit., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1468, con nota di C.F. Grosso.

⁵⁴⁶ Cfr. C. cost. 24.03.1980, n. 50.

⁵⁴⁷ PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., 54.

legislatore né quale “assegno in bianco” rimesso all’incontrollato e personale senso di giustizia del giudicante. Essa si sostanzia, al contrario, in uno spazio di manovra giudiziale delimitato da cornici edittali ragionevoli e preordinato dai parametri costituzionali di proporzione, ragionevolezza ed effettiva rieducazione, i quali rappresentano l’unico ed autentico fondamento di validità della potestà punitiva dello Stato di diritto⁵⁴⁸.

2.3. L’elusione dell’obbligo di motivazione

Come si è avuto modo di evidenziare nel paragrafo precedente, la discrezionalità giudiziale nella commisurazione della pena si configura quale discrezionalità vincolata. Tale qualificazione troverebbe la propria più significativa garanzia nell’obbligo di motivazione imposto dall’art. 132, primo comma, c.p., da leggersi in combinato disposto con l’art. 111, co. 6 Cost.⁵⁴⁹. Invero, se la legge demanda al giudice il compito di adeguare la risposta sanzionatoria alle peculiarità del caso concreto, è proprio la motivazione a costituire garanzia che l’esercizio di tale potere rimanga sottratto ad ogni forma di arbitrio e che si svolga nel rispetto dei criteri normativi che lo disciplinano⁵⁵⁰.

In tale prospettiva, l’art. 132 c.p. impone al giudice un obbligo motivazionale generale e completo – facendo così acquisire all’esercizio della discrezionalità anche la qualifica di “controllato”⁵⁵¹ – il quale è pertanto destinato ad investire non soltanto la commisurazione in senso stretto, ma altresì ogni ulteriore segmento di quella in senso lato, ivi compresi la determinazione degli aumenti e delle diminuzioni derivanti dalle circostanze, il giudizio di comparazione delle stesse ex art. 69 c.p. e la quantificazione degli aumenti conseguenti al concorso formale o alla continuazione.

Segnatamente, la motivazione deve svilupparsi secondo un percorso argomentativo rispettoso dei canoni della logica, nel quale il giudice è chiamato a dare conto tanto degli elementi del fatto e della personalità dell’autore ritenuti rilevanti ai fini della decisione⁵⁵²,

⁵⁴⁸ PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., 49-50.

⁵⁴⁹ Del quale si riporta ivi il disposto: «Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati».

⁵⁵⁰ COCCO, *L’applicazione della pena*, cit., 318.

⁵⁵¹ VASSALLI, *Il potere discrezionale del giudice*, cit., 742; NUVOLONE, *Il ruolo del giudice nell’applicazione*, cit., 1563.

⁵⁵² BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., 105 ss.; CARUSO, *La discrezionalità penale*, cit., 238 ss.; DOLCINI, *La commisurazione*, cit., 250.

quanto del percorso comparativo e valutativo attraverso il quale tali elementi sono stati ponderati nella concreta determinazione della risposta punitiva⁵⁵³.

Alla luce di tali primarie osservazioni, appare condivisibile l'affermazione secondo la quale la motivazione assolve ad una funzione che trascende la mera esternazione delle ragioni poste alla base della decisione giudiziale, bensì, attraverso la stessa, deve risultare verificabile che la sanzione irrogata costituisca l'esito di un *iter* logico-ricostruttivo coerente con i principi e con i limiti che governano l'esercizio della discrezionalità giudiziale⁵⁵⁴, rendendo così possibile un effettivo controllo critico da parte delle parti⁵⁵⁵.

La ricostruzione teorica *de qua* deve nondimeno confrontarsi nella prassi con un consolidato indirizzo interpretativo, che ha progressivamente attenuato l'effettiva incidenza dell'obbligo motivazionale, ridimensionandone la portata. Invero, tanto nella concreta determinazione del trattamento sanzionatorio quanto nella concessione dei benefici previsti dall'ordinamento, il giudice esercita frequentemente il proprio potere discrezionale con margini di sindacabilità estremamente limitati. Parallelamente, la giurisprudenza di legittimità tende a confermare le determinazioni assunte dai giudici di merito, salve le sole ipotesi in cui emerga una manifesta incongruenza tra l'apparato motivazionale e gli elementi di natura oggettiva ritualmente acquisiti nel corso del procedimento⁵⁵⁶.

A fronte della tendenziale circoscrizione dell'effettività dell'obbligo di motivazione da parte della giurisprudenza, si registra di contro il riconoscimento allo stesso di una particolare intensità esclusivamente nelle ipotesi in cui la pena venga determinata oltre il valore medio della cornice edittale⁵⁵⁷ sino al suo limite massimo predeterminato dalla

⁵⁵³ Cass. pen. Sez. Un., 21.04.1995, in *Giur. pen.*, 1996, II; RONCO, *Sub artt. 132, 133, 134*, cit., 836.

⁵⁵⁴ VASSALLI, *Il potere discrezionale del giudice*, cit., 742.

⁵⁵⁵ DELOGU, *Potere discrezionale del giudice*, cit., 394.

⁵⁵⁶ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 799; Cfr. SIRENA, *Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in tema di sanzioni*, in AA.VV. *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma.*, Milano, 1982, 415; BERTONI, *La riforma penale dell'aprile 1974 nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 1343; LARIZZA, *La commisurazione della pena. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 596, ai quali si rinvia per una ricostruzione degli orientamenti della giurisprudenza relativamente all'esercizio del potere discrezionale del giudice nelle operazioni di dosimetria sanzionatoria.

⁵⁵⁷ Per il criterio di calcolo, si veda la sent. Cass. pen. III, 22.2.2019, n. 29968.

legge⁵⁵⁸; invero, in tali evenienze, il giudice è chiamato ad esplicitare, con un grado di analicità crescente in rapporto all'avvicinarsi della sanzione al massimo edittale, i criteri soggettivi e oggettivi di cui all'art. 133 c.p. posti a fondamento della scelta sanzionatoria, i quali devono essere apprezzati alla luce delle finalità rieducativa, retributiva nonché preventiva della sanzione penale⁵⁵⁹.

Ciò nondimeno, anche nelle ipotesi di applicazione di pene particolarmente prossime al limite massimo della cornice edittale, la Corte di Cassazione reputa adeguata e pertanto sufficiente una motivazione che dia conto degli elementi ritenuti maggiormente significativi nell'ambito della valutazione complessiva dei parametri di cui all'art. 133 c.p.⁵⁶⁰. Ne consegue, di fatto, che il sindacato di legittimità si traduce in un giudizio di soddisfazione dell'obbligo motivazionale ogni qualvolta la determinazione della pena non costituisca espressione di una scelta arbitraria ovvero manifestamente illogica e risulti sorretta da un adeguato apparato argomentativo⁵⁶¹.

Diversamente, qualora la pena sia determinata in misura inferiore al valore medio della cornice edittale, la giurisprudenza riduce sensibilmente l'intensità dell'obbligo motivazionale, escludendo la necessità di una disamina puntuale dei criteri commisurativi⁵⁶². In tali ipotesi, difatti, è considerato idoneo anche il semplice richiamo al criterio dell'adeguatezza della pena, nel quale si ritengono implicitamente ricompresi gli elementi di cui all'art. 133 c.p.⁵⁶³; parimenti, viene reputata sufficiente l'individuazione del parametro ritenuto prevalente, senza che il giudice debba prendere posizione su tutti gli elementi favorevoli o sfavorevoli dedotti dalle parti, purché vi sia l'esplicitazione delle circostanze considerate decisive nel quadro della valutazione complessiva del caso concreto⁵⁶⁴. L'orientamento giurisprudenziale *de quo* ammette, peraltro, che la giustificazione della quantificazione della pena effettuata nel caso concreto possa desumersi implicitamente dalle argomentazioni sviluppate in relazione ad

⁵⁵⁸ Così Cass. pen. Sez. Un., 27.2.2020, n. 12778, ced. 278869-01 in motivazione; Cass. pen. III, 18.2.2025, n. 9806.

⁵⁵⁹ Cass. pen. II, 19.12.2023, n. 2002/2024; Cass. pen. V, 5.7.2021, n. 33846; Cass. pen. V, 27.6.2019, n. 35100, cit.; Cass. pen. II, 27.4.2017, n. 36104; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 814.

⁵⁶⁰ Cass. pen. I, 25.9.2013, n. 3155; Cass. pen. III, 26.5.2021, n. 28924.

⁵⁶¹ Cass. pen. V, 23.1.2025, n. 8357; Cass. pen. III, 14.12.2023, n. 684/2024.

⁵⁶² Cass. pen. III, 15.5.2024, n. 35108; Cass. pen. III, 13.7.2021, n. 35221; Cass. pen. III, 22.2.2019, n. 29968, cit.

⁵⁶³ Cass. pen. IV, 5.11.2015, n. 46412.

⁵⁶⁴ Cass. pen. Sez. Un., 21.4.1979, n. 5519; conf. Cass. pen. III, 15.5.2024, n. 35108, cit.

altri punti della decisione⁵⁶⁵; in quest'ottica è altresì ammesso il ricorso a formule motivazionali estremamente sintetiche – quali «pena congrua», «equa», «adeguata», «non eccessiva», «congruo aumento»⁵⁶⁶ – segnatamente quando la sanzione sia applicata nel minimo edittale, in misura ad esso prossima, ovvero entro valori comunque medio-bassi⁵⁶⁷.

In termini sostanzialmente analoghi si orienta la giurisprudenza con riferimento alla scelta fra pena detentiva e pena pecuniaria nell'ambito delle comminatorie alternative. Ai fini del diniego delle circostanze attenuanti generiche è considerato sufficiente che il giudice richiami gli elementi reputati determinanti o comunque significativi⁵⁶⁸, con conseguente implicita disattesa di ogni ulteriore profilo dedotto. Conseguentemente, il mancato riconoscimento delle attenuanti generiche può fondarsi esclusivamente sui precedenti penali dell'imputato⁵⁶⁹, purché il giudice, nell'attribuire rilevanza agli stessi, prenda in esame – a pena di illegittimità della motivazione – le specifiche deduzioni formulate dall'interessato sul punto⁵⁷⁰. Resta fermo, peraltro, che la presunzione di non meritevolezza non comporta l'obbligo per il giudice di motivare il mancato riconoscimento delle circostanze in esame quando difetti una specifica richiesta dell'imputato ovvero quest'ultima sia formulata in termini del tutto generici⁵⁷¹. Il medesimo orientamento viene altresì esteso anche al mancato riconoscimento del beneficio della sospensione condizionale della pena, disciplinato ex art. 163 c.p.⁵⁷².

Inoltre, con riferimento al giudizio di comparazione tra circostanze aggravanti ed attenuanti, quale momento della commisurazione della pena in senso lato, si afferma che, in ragione del carattere unitario e complessivo del relativo apprezzamento, il giudice di merito non è tenuto ad esplicitare le ragioni per le quali abbia ritenuto di dichiarare l'equivalenza anziché la prevalenza delle circostanze, salvo il caso in cui la parte abbia

⁵⁶⁵ Cass. pen. III, 18.2.2020, n. 11729; Cass. pen. III, 5.6.2016, n. 38251.

⁵⁶⁶ Cass. pen. II, 18.12.2024, n. 1951/2025; Cass. pen. II, 7.7.2021, n. 39270; Cass. pen. II, 23.6.2021, n. 36376; Cass. pen. II, 8.3.2018, n. 12846; in funzione critica, *ex multis*, ROMANO M., GRASSO, *Commentario sistematico*, cit., 348.

⁵⁶⁷ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 815; Cass. pen. III, 12.2.2014, n. 17004; Cass. pen. II, 11.2.2010, n. 18159; Cass. pen. II, 23.9.2009, n. 2037; Cass. pen. IV, 5.11.2009, n. 6687; Cass. pen. III, 8.10.2009, n. in *Guida al diritto*, 2009; Cass. pen. IV, 7.5.2013, n. 35703.

⁵⁶⁸ Cass. pen. III, 15.5.2024, n. 35108, cit., che considera sufficiente la mera assenza di elementi favorevoli.

⁵⁶⁹ Cass. pen. I, 9.7.2021, n. 32798; Cass. pen. II, 15.7.2020, n. 23903; Cass. pen. III, 20.12.2018, n. 1913/2019.

⁵⁷⁰ Cass. pen. III, 23.4.2013, n. 23055; conf. Cass. pen. IV, 1.9.2021, n. 37955.

⁵⁷¹ Cass. pen. III, 15.5.2024, n. 35108, cit.; Cass. pen. III, 17.7.2018, n. 54179.

⁵⁷² Cass. pen. III, 11.5.2016, n. 35852; Cass. pen. II, 18.12.2024, n. 1951/2025, cit.

avanzato una specifica richiesta corredata dall'indicazione di elementi fattuali idonei a sorreggerla⁵⁷³. In tale prospettiva si reputa parimenti adeguata la motivazione che giustifichi il giudizio di equivalenza sul presupposto che esso rappresenti la soluzione maggiormente adeguata ad assicurare la congruità della pena concretamente irrogata⁵⁷⁴.

La tendenza a considerare ordinaria o normale l'irrogazione della pena nel minimo edittale viene identificata quale una delle cause della discutibile propensione del nomoteta all'introduzione di cornici sanzionatorie progressivamente più elevate, talora manifestamente sproporzionate rispetto all'entità dell'offesa arrecata ai beni giuridici tutelati. A tale ricostruzione può tuttavia obiettarsi che la prassi giurisprudenziale fin qui esaminata costituisca, in realtà, una risposta all'eccessiva severità delle pene edittali legislativamente predeterminate⁵⁷⁵. A fronte del quadro dottrinale ivi illustrato, appare condivisibile quella posizione che ritiene censurabile tanto l'operato del legislatore quando asseconda istanze di matrice populistica orientate ad un irragionevole aggravamento del trattamento sanzionatorio, quanto quello giurisprudenziale, responsabile di una frequente omissione circa l'adempimento dell'obbligo di fornire adeguata motivazione delle scelte operate in sede di commisurazione della pena⁵⁷⁶.

Parimenti, con riferimento alle pene accessorie, per le quali il legislatore prevede un limite minimo ed uno massimo di durata ovvero uno soltanto di tali limiti, la concreta determinazione compete al giudice ai sensi dell'art. 133 c.p., senza che possa operare un automatico adeguamento alla durata della pena principale in forza dell'art. 37 c.p.⁵⁷⁷⁵⁷⁸. Nell'esercizio di tale potere discrezionale il giudice è tenuto a considerare le peculiari finalità proprie di ciascuna pena accessoria e la relativa valutazione deve, in ogni caso, fondarsi sulla gravità della condotta posta in essere nonché sugli ulteriori indicatori della capacità a delinquere richiamati ex art. 133 c.p.⁵⁷⁹. Quanto all'obbligo motivazionale, la

⁵⁷³ Cass. pen. VII, ord. 20.10.2017, n. 11210/2018; Cass. pen. III, 4.2.2025, n. 10921.

⁵⁷⁴ Cass. pen. IV, 23.5.2007, n. 25532; Cass. pen. II, 4.6.2021, n. 23158.

⁵⁷⁵ RONCO, *Sub artt. 132, 133, 134*, cit., 837.

⁵⁷⁶ COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 320.

⁵⁷⁷ Il quale, rubricato «Pene accessorie temporanee: durata», contempla il seguente disposto: «Quando la legge stabilisce che la condanna importa una pena accessoria temporanea, e la durata di questa non è espressamente determinata, la pena accessoria ha una durata eguale a quella della pena principale inflitta, o che dovrebbe scontarsi, nel caso di conversione, per insolvibilità del condannato. Tuttavia, in nessun caso essa può oltrepassare il limite minimo e quello massimo stabiliti per ciascuna specie di pena accessoria».

⁵⁷⁸ Cass. pen. Sez. Un., 28.2.2019, n. 28910.

⁵⁷⁹ Cass. pen. V, 19.1.2021, n. 12052; Cass. pen. I, 9.7.2021, n. 32798, cit.

giurisprudenza richiede che la decisione giudiziale sia sorretta da una motivazione specifica, logicamente coerente ed adeguata, il cui livello di approfondimento deve crescere proporzionalmente all'avvicinarsi della durata della pena accessoria ai limiti massimi della cornice edittale⁵⁸⁰, nonché in relazione all'eventuale significativo scostamento rispetto alla durata della pena principale inflitta⁵⁸¹⁵⁸².

La disamina dell'elaborazione giurisprudenziale or ora effettuata consente pertanto di confermare il persistente ridimensionamento dell'effettività dell'obbligo di motivazione in materia di commisurazione della pena, fenomeno da tempo denunciato dalla dottrina italiana. Nondimeno la stessa ha autorevolmente osservato⁵⁸³ come la sistematica elusione di tale obbligo motivazionale non possa rappresentare esclusivamente il precipitato di un orientamento giurisprudenziale atto a limitare il sindacato sulle valutazioni discrezionali del giudice di merito, ma sia altresì favorita dalla stessa disciplina positiva, atteso che l'art. 133 c.p., pur elencando una pluralità di criteri orientativi dell'attività dosimetrica, non ne chiarisce il rapporto reciproco né, soprattutto, individua espressamente la finalità della pena a cui essi devono conformarsi⁵⁸⁴.

Proprio per tale ragione, l'obbligo in esame può ritenersi realmente soddisfatto soltanto ove il giudice renda intelligibile non solo gli elementi valorizzati ai fini della determinazione della pena, ma anche i criteri di giudizio attraverso i quali tali elementi sono stati apprezzati, così da renderli generalizzabili ed applicabili in una pluralità di casi analoghi, in ossequio al noto canone kantiano che condiziona la "giustizia" (*Richtigkeit*) di ogni decisione morale⁵⁸⁵.

Invero, alla luce di quanto appena evidenziato, sembra pertanto auspicabile l'adesione ad una simile impostazione, che consentirebbe – da un lato – di preservare la fondamentale individualizzazione della risposta sanzionatoria, e dall'altro di assicurare l'altrettanto necessaria coerenza con il principio di eguaglianza, rendendo effettivamente

⁵⁸⁰ Cass. pen. V, 3.11.2020, n. 1947/2021, cit.; Cass. pen. V, 24.1.2020, n. 7034; Cass. pen. V, 9.12.2019, n. 11329/2020.

⁵⁸¹ Cass. pen. I, 9.7.2021, n. 32798, cit.

⁵⁸² COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 320-321.

⁵⁸³ Ci si riferisce ivi, segnatamente, a Francesco Palazzo, in PALAZZO, *Commisurazione della pena*, cit., 1349.

⁵⁸⁴ Criticità di cui si è dato conto e di cui si è detto ampiamente al §1, capitolo III della presente trattazione.

⁵⁸⁵ Ci si riferisce, per l'appunto, all'esigenza che la decisione sia assunta sulla base di criteri valutativi generalizzabili a tutte le situazioni simili, sì da renderli idonei a fungere da parametro anche per la decisione di casi futuri.

verificabile il corretto esercizio della discrezionalità giudiziale alla luce dei principi costituzionali ai quali la commisurazione della pena deve ispirarsi, segnatamente quelli di colpevolezza, proporzionalità, minimo sacrificio della libertà personale e finalità rieducativa⁵⁸⁶⁵⁸⁷.

Da ultimo, appare necessario precisare che in tale prospettiva, il profilo maggiormente critico della questione *de qua* non sembra risiedere soltanto o quantomeno non prettamente nell'ampiezza della discrezionalità riconosciuta al giudice, bensì (anche) nell'attenuazione dell'obbligo di motivazione che ne dovrebbe presidiare l'esercizio: invero, ogni qualvolta la motivazione si esaurisca in formule stereotipate o in richiami meramente assertivi ai criteri *ex art.* 133 c.p., viene meno la possibilità di effettuare qualsivoglia effettivo controllo sulla razionalità del percorso decisionale intrapreso dal giudice, con il rischio che la discrezionalità formalmente vincolata che gli è riconosciuta si traduca, nella prassi, in una discrezionalità sostanzialmente libera.

2.4. Il controllo sulla discrezionalità

A chiusura del presente paragrafo, si propone un'analisi circa le modalità di controllo sull'attività commisurativa, di cui necessario corollario risulta essere la verifica degli strumenti processuali attraverso i quali risulta possibile garantire che la discrezionalità giudiziale rimanga – come formalmente dovrebbe essere – nei confini di un potere vincolato. In tale prospettiva occorre riprendere la ricostruzione di autorevole dottrina proposta poc'anzi, che individua nell'obbligo motivazionale il vero e proprio perno dogmatico per il controllo dell'esercizio della dosimetria sanzionatoria⁵⁸⁸.

Invero, poiché la determinazione della pena non può risolversi in un'intuizione equitativa ovvero in una scelta insindacabile del giudicante, la garanzia che l'apprezzamento del caso concreto si mantenga nei limiti predeterminati dal nomoteta si fonda interamente sulla conoscibilità dell'*iter* argomentativo di cui si è reso fautore il giudice. In tale ottica, il dovere di esplicitare le ragioni dello stesso, posto *ex art.* 132 c.p., viene integrato con il precetto sancito dall'art. 111, co. 6 Cost., erigendo la motivazione

⁵⁸⁶ Del cui ruolo in ambito commisurativo si è già dato conto nel §2.2., Capitolo III della presente trattazione.

⁵⁸⁷ VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria*, cit., 16-17.

⁵⁸⁸ Ci si riferisce qui a Cocco in COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 318 e alla dottrina ivi citata.

a presidio supremo di garanzia e legalità, nonché a condizione di validità della decisione, contro ogni deriva di arbitrio.

A fronte di tale premessa teorica, appare utile a questo punto illustrare una proposta *de iure condendo* di altrettanto illustre dottrina⁵⁸⁹ la quale, nella prospettiva di un sistema orientato ad una motivazione più pregnante e rigorosa sulla commisurazione della pena, evidenzia come al rafforzamento dell'obbligo motivazionale debba corrispondere altresì un parallelo e più incisivo controllo di legittimità, garantito al più alto livello dal disposto dell'art. 111, co. 7, Cost.⁵⁹⁰.

In questo quadro, il vaglio della Suprema Corte non dovrebbe limitarsi ad una verifica esteriore del percorso argomentativo, bensì estendersi alla correttezza dei criteri adottati dal giudice di merito, all'eventuale omessa assunzione delle prove decisive in ordine alle circostanze rilevanti ai fini della quantificazione della sanzione (ai sensi dell'art. 606, co. 1, lett. *d*, c.p.p., allorché la parte ne abbia fatto debita richiesta), nonché alla presenza dei vizi di mancanza, contraddittorietà ovvero manifesta illogicità della motivazione (di cui all'art. 606, co. 1, lett. *e*, c.p.p.)⁵⁹¹. Segnatamente, tale ultimo controllo dovrebbe essere condotto non soltanto alla luce degli indici dell'art. 133 c.p., ma altresì attraverso il costante raffronto con i – già citati – principi costituzionali “materiali” che devono orientare l'esercizio della discrezionalità del giudicante.

A tale sollecitazione può accompagnarsi una più audace prospettiva di riforma interpretativa, volta all'ampliamento dei confini del controllo di legittimità sul carattere manifestamente sproporzionato della pena irrogata in concreto⁵⁹²; invero, poiché il divieto di sproporzione costituisce un principio di rango costituzionale – oggi rafforzato dall'efficacia diretta dell'art. 49 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione

⁵⁸⁹ Il riferimento, in questo caso, è a Francesco Viganò, in VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria*, cit., 17-18.

⁵⁹⁰ Art. 111, co. 7, Cost.: «Contro 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. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra».

⁵⁹¹ Si riporta pertanto di seguito l'art. 606, co. 1, lett. *d* ed *e* c.p.p., rubricato «Casi di ricorso»: «1. Il ricorso per cassazione può essere proposto per i seguenti motivi:

[...]

d) mancata assunzione di una prova decisiva, quando la parte ne ha fatto richiesta anche nel corso dell'istruzione dibattimentale limitatamente ai casi previsti dall'articolo 495, comma 2;

e) mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato ovvero da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame».

⁵⁹² In tema cfr. altresì VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit.

Europea⁵⁹³ – una pena manifestamente eccedente tale parametro trasfigura da questione di mero apprezzamento di merito a vera e propria forma di illegittimità rilevabile dalla Cassazione.

Pertanto, in tale prospettiva, pur salvaguardando il margine di valutazione spettante al giudice di merito nel caso concreto, si sostiene la piena configurabilità di un controllo di legittimità che, a fronte di una specifica doglianza dell'imputato, vagli il carattere manifestamente sproporzionato della pena sotto il profilo della «inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche», annoverando in queste ultime tanto i precetti costituzionali quanto quelli sovranazionali⁵⁹⁴.

A fronte di tali istanze, ai fini della comprensione dei binari processuali entro i quali incanalare il controllo sulla discrezionalità commisurativa dinanzi al giudice di legittimità, appare particolarmente utile la classificazione proposta da stimata dottrina⁵⁹⁵ ricostruente i diversi tipi di vizio idonei ad inficiare la decisione del giudicante.

Sotto il profilo dogmatico e processuale possono invece essere distinte tre ipotesi di violazione concernenti l'atto discrezionale: in primo luogo, l'assenza o la parvenza della motivazione, per la quale una decisione del tutto priva di qualsivoglia giustificazione viola in modo diretto l'obbligo motivazionale prescritto dall'ordinamento, integrando una vera e propria violazione della legge processuale; in secondo luogo, l'erronea individuazione del criterio-guida fissato dalla legge, vizio che si configura a fronte dell'applicazione da parte del giudicante di un parametro difforme ovvero contrario rispetto a quello stabilito esplicitamente o implicitamente dalla norma ai fini dell'esercizio del potere discrezionale e che versa parimenti in una violazione di legge (sostanziale o processuale, a seconda della norma che conferisce il relativo potere); da

⁵⁹³ Il quale, rubricato «Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene» sancisce:

«1. Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima.

2. Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni.

3. Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato.»

⁵⁹⁴ VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria*, cit., 17-18.

⁵⁹⁵ Si fa ivi riferimento a Ernesto Lupo in LUPO, *I controlli giurisdizionali sui giudizi discrezionali*, in *Sistema penale*, 2024, 5 ss.

ultimo, infine, l'erronea o illogica applicazione del criterio-guida al caso concreto, che si delinea nell'ipotesi in cui il parametro normativo sia stato correttamente individuato ma l'apprezzamento delle circostanze di fatto riposi su ragioni manifestamente illogiche o in contrasto con le risultanze probatorie, portando così ad un travalicamento della violazione di legge in senso stretto e confluendo nella figura del vizio motivazionale di cui all'art. 606, co. 1, lett. e, c.p.p.

Tale tripartizione riveste una fondamentale utilità pratica nel quadro delle impugnazioni di legittimità, permettendo la stessa di individuare la perimetrazione del controllo della Corte di cassazione, in quelle ipotesi – di certo non rare – in cui l'ordinamento processuale limita l'esperibilità del ricorso alla sola violazione di legge, precludendo la deducibilità dei vizi motivazionali⁵⁹⁶.

Nondimeno, la traduzione sul piano concreto dello schema concettuale or ora illustrato trova un severo limite di effettività nella prassi applicativa. Sul punto, si è condivisibilmente evidenziato – e nella presente trattazione altresì anticipato⁵⁹⁷ – come i criteri-guida prescritti dall'art. 133 c.p. per l'esercizio del potere discrezionale – sia con riferimento alla commisurazione della pena entro i limiti edittali ai sensi dell'art. 132 c.p., sia relativamente alle ulteriori determinazioni concernenti la punibilità, manifestino un'inadeguatezza di fondo riconducibile a due distinti profili. Da un lato, la formulazione dei criteri è tale da far assumere alla norma la caratteristica di essere “onnicomprendensiva” nella misura in cui gli stessi hanno la pretesa di inglobare qualsivoglia fattore rilevante per il soddisfacimento delle esigenze del caso specifico, senza tuttavia esplicitare la specifica valenza o significatività delle singole circostanze, con la conseguenza che il singolo dato fattuale (si pensi a titolo esemplificativo ai «motivi a delinquere») permane in una condizione di astratta neutralità, risultando incapace di orientare in modo vincolante la scelta del giudicante⁵⁹⁸. Dall'altro lato, il disposto dell'art. 133 c.p. si mostra del tutto silente in ordine ai criteri finalistici della pena. Ne deriva che la concreta portata normativa dell'elencazione codicistica si rivela pressoché nulla⁵⁹⁹, con il risultato che l'unico effettivo limite esterno posto al potere discrezionale dalle due norme poc'anzi citate finisce per identificarsi esclusivamente con l'obbligo di motivazione.

⁵⁹⁶ LUPO, *I controlli giurisdizionali*, cit., 5.

⁵⁹⁷ Si rinvia nello specifico al §1, Capitolo III della presente trattazione.

⁵⁹⁸ BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., 98 ss.

⁵⁹⁹ PALAZZO – BARTOLI, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2024, 563.

Da tale indeterminatezza strutturale discende un'immediata ricaduta sul piano del sindacato di legittimità, condizionandone incisivamente i confini: a fronte dell'affermato orientamento che ritiene legittimamente adempiuto l'obbligo motivazionale anche laddove il giudice valorizzi un solo criterio – reputato assorbente – tra quelli elencati *ex art. 133 c.p.*, del diffuso ricorso a formule sintetiche o clausole di stile, entrambi idonei ad evidenziare il sensibile divario tra il modello teorico della discrezionalità vincolata e la realtà applicativa⁶⁰⁰, nonché del difetto di vincoli legali precisi, il risultato sembra essere quello della contingentazione del sindacato della Corte di Cassazione ad una verifica meramente estrinseca sulla tenuta logico-formale della motivazione⁶⁰¹, peraltro connotata anch'essa da diversi limiti applicativi⁶⁰². Un simile quadro trova ulteriore fattore di criticità nella recente disciplina processuale che ha soppresso l'appello del pubblico ministero sull'entità della pena (*ex art. 593, co. 1, c.p.p.*⁶⁰³), precludendo un riesame di merito sulle risposte punitive ingiustificatamente indulgenti e riducendo pertanto ulteriormente gli spazi di garanzia del sistema⁶⁰⁴.

Orbene, sulla scorta delle citate aporie della prassi applicativa la dottrina⁶⁰⁵ si è da ultimo interrogata sulla reale effettività e dunque concreto margine di praticabilità dell'orientamento ermeneutico or ora richiamato, inteso ad elevare il principio di proporzionalità delle sanzioni a regola giuridica imperativa, la cui inosservanza da parte del giudice di merito sia direttamente censurabile dinanzi alla Corte di cassazione a titolo di violazione di legge⁶⁰⁶. In tale prospettiva, occorre innanzitutto ricordare nonché riconoscere come a favore di tale tesi giochi indubbiamente il dato normativo

⁶⁰⁰ DOLCINI, *Potere discrezionale del giudice (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 767.

⁶⁰¹ CAPUTO, *Giudizio penale di legittimità e vizio di motivazione*, Milano, 2021, 277.

⁶⁰² Appare difatti utile precisare che, come esplicitato nel §2.3., Capitolo III, della presente trattazione, la verifica sulla tenuta logica del provvedimento si attiva nella prassi in modo incisivo quasi esclusivamente in presenza di sanzioni fissate in misura nettamente superiore al minimo ovvero oltre la media edittale; per contro, di fronte a pene prossime ai minimi edittali, l'uso delle formule stereotipate viene giudicato appagante, con un conseguente depotenziamento del controllo di legittimità.

⁶⁰³ Il quale, rubricato «Casi di appello», presenta attualmente siffatta formulazione: «Salvo quanto previsto dagli articoli 443, comma 3, 448, comma 2, 579 e 680, l'imputato può appellare contro le sentenze di condanna mentre il pubblico ministero può appellare contro le medesime sentenze solo quando modificano il titolo del reato o escludono la sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale o stabiliscono una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato.».

⁶⁰⁴ LUPO, *I controlli giurisdizionali*, cit., 6-7.

⁶⁰⁵ Il riferimento è ancora a Ernesto Lupo in LUPO, *I controlli giurisdizionali*, cit., 10-13.

⁶⁰⁶ Segnatamente, si allude alla proposta di Viganò in VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria*, cit., 17-18 nonché ID, *La proporzionalità della pena*, cit., di cui all'inizio del presente §2.4., Capitolo III.

sovranaZIONALE di cui all'art. 49, §3 CDFUE nella misura in cui lo stesso, riferendosi espressamente alle pene «inflitte» e non soltanto a quelle comminate in sede edittale, configura in capo all'imputato un vero e proprio diritto fondamentale a non subire un trattamento sanzionatorio sproporzionato, ponendo un vincolo cogente tanto al giudice comunque quanto al legislatore.

Cionondimeno, a ben vedere, una simile proposta si scontra con resistenze sia di matrice dogmatica sia processuale: sotto il primo profilo, l'applicazione del canone di proporzionalità impone la parametrizzazione della sanzione alla «gravità del reato», intesa in senso prevalentemente oggettivo; un siffatto giudizio, tuttavia, richiede l'elaborazione di un concetto di «gravità» parzialmente dissimile da quello desumibile *de iure condito* dall'art. 133, co. 1 c.p., il quale comprende invero diversi elementi marcati da una forte valenza soggettiva, quali i «motivi a delinquere» o i «precedenti penali». Sotto un secondo profilo, configurandosi quale limite esterno alla discrezionalità giudiziale – nel senso di regola giuridica che pone un divieto, la cui inosservanza costituisce una violazione di legge – la mancanza di contorni normativi ben definiti racchiude il pericolo di un “pendio scivoloso”: si teme cioè che il vaglio della Corte di Cassazione, nella prassi, non si arresti ai soli casi di *manifesta* sproporzione, bensì scivoli verso una mera divergenza di vedute tra i giudici di merito e di legittimità sulla pena ritenuta equa rispetto al caso concreto.

Una simile deriva ermeneutica produrrebbe peraltro ricadute significative sul piano sistematico: la deducibilità del divieto di sproporzione quale violazione di legge alimenterebbe un esponenziale incremento dei ricorsi di legittimità, in un contesto già gravato da una mole imponente di sopravvenienze⁶⁰⁷, al quale la struttura complessa della Suprema Corte faticherebbe ad opporre orientamenti nomofilattici uniformi, rendendo quasi inevitabile il solleccito e pertanto l'intervento delle Sezioni Unite.

A tali perplessità di ordine sostanziale si affiancano complicazioni di carattere spiccatamente procedimentale, legate alla natura della pronuncia di annullamento che seguirebbe al ricorso per violazione di legge in esame. Sebbene le Sezioni Unite abbiano interpretato estensivamente i poteri *ex art. 620, co. 1, lett. l, c.p.p.* (che prevede il potere della Cassazione di “rideterminare la pena sulla base delle statuizioni del giudice di

⁶⁰⁷ Nel 2023 i ricorsi penali presentati alla Corte di cassazione sono stati n. 47.157, con un aumento del 4% rispetto all'anno precedente; sul punto: *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2023. Considerazioni finali*, presentata dalla Presidente M. Cassano il 25 gennaio 2024, 9; 301 del testo integrale.

merito”)⁶⁰⁸, legittimando la rideterminazione diretta del trattamento sanzionatorio anche in presenza di “risultati di accertamenti esposti contestualmente ad argomentazioni decisive”⁶⁰⁹ e, dunque, in presenza di apprezzamenti discrezionali su elementi già accertati dal giudice di merito, la rilevata sproporzione della pena non implica automaticamente l’individuazione della sanzione proporzionata e quindi *giusta* da irrogare. Peraltro, risultando di frequente arduo estrapolare dalle sentenze di merito – i soli atti in questo senso consultabili dalla Suprema Corte – tutte le caratteristiche del fatto necessarie per la rideterminazione della pena, la stessa Corte si troverebbe sovente nell’impossibilità di decidere nel merito, dovendo disporre l’annullamento con rinvio e frustrando così le esigenze di celerità processuale.

Da ultimo, in quest’ottica, tali nodi sistematici conducono a ritenere che l’effettiva operatività del principio di proporzionalità quale limite vincolante per la discrezionalità giudiziaria in esame non possa essere interamente delegato all’esegesi giurisprudenziale di legittimità. Ne deriva l’auspicio di un intervento riformatore che, sulla scorta della recente giurisprudenza costituzionale orientata alla qualificazione della proporzionalità quale vero e proprio “canone”⁶¹⁰ cogente, ne cristallizzi la portata mediante una riscrittura selettiva dell’art. 133 c.p., ovvero attraverso una pronuncia additiva della Corte costituzionale⁶¹¹, idonea a delimitare con certezza i confini del sindacato sulla discrezionalità commisurativa⁶¹².

In definitiva, alla luce dell’analisi condotta nel presente paragrafo, è possibile affermare che il controllo sulla discrezionalità nella determinazione della pena si conferma uno snodo imprescindibile per garantire che l’attività di dosimetria sanzionatoria non trasmodi in un esercizio arbitrario del potere giudiziale. Tuttavia, se da un lato l’indeterminatezza dei criteri di cui all’art. 133 c.p., unitamente al consolidato

⁶⁰⁸ Rubricato “Annullamento senza rinvio” l’art. 620, co. 1, lett. *l.*, c.p.p. sancisce: «1. Oltre che nei casi particolarmente previsti dalla legge, la corte pronuncia sentenza di annullamento senza rinvio: [...]

l) se la corte 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 necessari, e in ogni altro caso in cui ritiene superfluo il rinvio.».

⁶⁰⁹ Cass. pen. Sez. Un., 24.01.2018, n. 3464 e segnatamente §7 del *Considerato in diritto*.

⁶¹⁰ Significativo è l’impiego da parte della Consulta della dizione «canone della proporzionalità della pena», avvicinandosi alla nozione di regola imperativa, segnatamente nella sent. C. cost., 20.7.2023, n. 188.

⁶¹¹ Si auspica al riguardo un intervento di integrazione dell’art. 133 c.p. di portata analoga a quello compiuto da Corte Cost. nella sent. 24.3.1988, n. 364 in tema di errore scusabile.

⁶¹² LUPO, *I controlli giurisdizionali*, cit., 10-13.

orientamento giurisprudenziale che reputa sufficiente una motivazione anche sintetica, finiscono per circoscrivere il sindacato di legittimità ad una verifica prevalentemente esteriore della tenuta argomentativa della decisione, dall'altro lato le recenti sollecitazioni volte a trasformare il divieto di sproporzione in una regola vincolante azionabile per violazione di legge mostrano evidenti limiti applicativi ed organizzativi. Ne deriva che, allo stato del diritto vigente, l'effettività del controllo sulla discrezionalità appare ancora affidata alla sola sensibilità motivazionale del singolo giudicante piuttosto che all'esistenza di parametri realmente idonei a vincolare l'esercizio del potere commisurativo.

3. Il (difficile) coordinamento tra commisurazione e i c.d. riti alternativi

Dall'analisi dello statuto e dei limiti della discrezionalità di cui agli artt. 132 e 133 c.p., emerge come le attività concernenti la commisurazione della sanzione penale debbano rispondere alle istanze di proporzionalità e colpevolezza. Ciononostante, il concreto soddisfacimento di tali imperativi di matrice sostanziale si scontra duramente con i meccanismi regolativi del processo penale e, segnatamente, con la disciplina dei procedimenti speciali introdotti con il codice del 1988. Si impone pertanto un ampliamento dell'indagine condotta in questa sede, al fine di verificare la tenuta delle esigenze legate alle operazioni di dosimetria sanzionatoria all'interno dei c.d. riti alternativi, ove le logiche premiali e deflative importano il rischio di un'alterazione del fisiologico rapporto tra gravità del fatto, colpevolezza e risposta punitiva.

L'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988 ha difatti determinato, nel nostro ordinamento, l'ingresso di riti speciali che prescindono per loro natura da un legame diretto con le finalità del trattamento sanzionatorio, risultando di contro rispondenti ad esigenze ed obiettivi squisitamente intraprocessuali. Attraverso l'adesione dell'imputato a tali istituti – che implica la rinuncia alle garanzie connesse al dibattimento e talvolta addirittura ad una piena esplicazione del diritto di difesa – il sistema accorda allo stesso un beneficio sanzionatorio in termini di diminuzione della pena. Un simile sconto, estraneo alle dinamiche proprie delle circostanze attenuanti, solleva

conseguentemente rilevanti criticità di raccordo tra la disciplina sostanziale di determinazione del trattamento sanzionatorio e il diritto processuale⁶¹³.

Invero, i procedimenti speciali risultano estranei alla tutela immediata dei beni giuridici e determinano effetti pregiudizievoli con riguardo alle finalità della pena; segnatamente, essi incidono sul principio di proporzione della pena rispetto alla gravità del fatto e alla colpevolezza del reo, minando in ultima analisi la razionalità, la credibilità dell'intero sistema punitivo⁶¹⁴ e la sua stessa efficacia orientativa dal punto di vista culturale. In tale prospettiva non appare affatto persuasiva la tendenza a ricercare la legittimazione di tali meccanismi esclusivamente nel miglioramento dell'efficienza dell'apparato giudiziario e, conseguentemente, nella sua complessiva efficacia in termini generalpreventivi⁶¹⁵.

3.1. Il patteggiamento

Le principali criticità in tema di coordinamento tra la commisurazione e i riti alternativi si manifestano con riferimento all'applicazione della pena su richiesta delle parti (artt. 444 ss. c.p.p.). L'istituto contempla una diminuzione della pena in misura non superiore ad un terzo, concessa a titolo premiale quale ricompensa per la scelta del rito e al fine di favorire la definizione rapida del processo. Alla base di tale sconto non si rinviene una ridotta istanza di matrice specialpreventiva, in quanto la scelta d'opportunità dell'imputato non equivale ad una dimostrazione di ravvedimento o di minor pericolosità del soggetto, né parimenti è ravvisabile una minore esigenza di prevenzione generale⁶¹⁶, giacché la celerità del giudizio non compensa la perdita della funzione orientativa della pena, derivante dalle rilevanti sperequazioni sanzionatorie tra reati omologhi o dall'applicazione di pene identiche a fatti di diversa gravità⁶¹⁷.

⁶¹³ COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 332.

⁶¹⁴ RONCO, *Sub artt. 132, 133, 134*, cit., 849.

⁶¹⁵ PULITANÒ, *Diritto Penale*, cit., 513.

⁶¹⁶ PAGLIARO, *Riflessi del nuovo processo sul diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 38; PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 933.

⁶¹⁷ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 831; FIANDACA, *Pena 'patteggiata' e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro italiano*, 1990, 2388.

Peraltro, occorre segnalare che l'operatività del rito in esame abbraccia anche forme di criminalità di significativo rilievo⁶¹⁸: oltre ai reati puniti con pene pecuniarie o con sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, esso trova applicazione tanto nell'ipotesi di c.d. patteggiamento allargato (art. 444, co. 1 c.p.p.)⁶¹⁹, che ricomprende tutti i reati per i quali, avuto riguardo alla pena determinata in concreto – comprensiva degli aumenti e delle diminuzioni derivanti dalle circostanze e della riduzione fino ad un terzo conseguente alla scelta del rito – debba applicarsi una pena non superiore ai cinque anni (al netto delle esclusioni *ex* art. 444, co. 1-*bis* c.p.p.)⁶²⁰, quanto in quella di c.d. patteggiamento ordinario (art. 445 c.p.p.)⁶²¹, relativamente al quale il limite è rappresentato da una pena detentiva, anche congiunta a pena pecuniaria, non superiore a due anni, determinata anch'essa in concreto. Il quadro in esame è stato ulteriormente appesantito dalle peculiari disposizioni introdotte con riferimento ai reati contro la Pubblica Amministrazione (art. 444, co. 1-*ter* e 3-*bis* c.p.p.)⁶²²; segnatamente, interventi

⁶¹⁸ ROMANO M., GRASSO, *Commentario sistematico*, cit., 343; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 829 ss.

⁶¹⁹ Rubricato «Applicazione della pena su richiesta», l'art. 444 c.p.p. al suo comma 1 statuisce: «1. L'imputato e il pubblico ministero possono chiedere al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, 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. L'imputato e il pubblico ministero possono altresì chiedere al giudice di non applicare le pene accessorie o di applicarle per una durata determinata, salvo quanto previsto dal comma 3-*bis*, e di non ordinare la confisca facoltativa o di ordinarla con riferimento a specifici beni o a un importo determinato».

⁶²⁰ Art. 444, co. 1-*bis*, c.p.p.: «1-*bis*. Sono esclusi dall'applicazione del comma 1 i procedimenti per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, i procedimenti per i delitti di cui agli articoli 600-*bis*, 600-*ter*, primo, secondo, terzo e quinto comma, 600-*quater*, secondo comma, 600-*quater*.1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600 quinquies, nonché 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater* e 609-*octies* del codice penale, nonché quelli contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali e per tendenza, o recidivi ai sensi dell'articolo 99, quarto comma, del codice penale, qualora la pena superi due anni soli o congiunti a pena pecuniaria».

⁶²¹ Rubricato «Effetti dell'applicazione della pena su richiesta», l'art. 445 c.p.p. prevede segnatamente al co. 1: «1. La sentenza prevista dall'articolo 444, comma 2, quando la pena irrogata non superi i due anni di pena detentiva soli o congiunti a pena pecuniaria, non comporta la condanna al pagamento delle spese del procedimento né l'applicazione di pene accessorie e di misure di sicurezza, fatta eccezione della confisca nei casi previsti dall'articolo 240 del codice penale. Nei casi previsti dal presente comma è fatta salva l'applicazione del comma 1-*ter*».

⁶²² Il cui disposto consiste rispettivamente in: «1-*ter*. Nei procedimenti per i delitti previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater* e 322-*bis* del codice penale, l'ammissibilità della richiesta di cui al comma 1 è subordinata alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato.»; «3-*bis*. Nei procedimenti per i delitti previsti dagli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, primo comma, 320, 321, 322, 322 *bis* e 346-*bis* del codice penale, la parte, nel formulare la richiesta, può subordinarne l'efficacia all'esenzione dalle pene accessorie previste dall'articolo 317-*bis* del codice penale ovvero all'estensione degli effetti della sospensione condizionale anche a tali pene accessorie. In questi casi il giudice, se ritiene di applicare le pene accessorie o ritiene che l'estensione della sospensione condizionale non possa essere concessa, rigetta la richiesta».

normativi che hanno suscitato rilevanti perplessità in ordine alla loro compatibilità con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., delineando un regime differenziato difficilmente giustificabile sotto il profilo costituzionale.

L'assetto normativo del sindacato del giudice relativamente a tale istituto contemplava originariamente la circoscrizione ad una verifica della corretta qualificazione giuridica del fatto, dell'esatta applicazione e bilanciamento delle circostanze nonché l'assenza di cause di proscioglimento immediato di cui all'art. 129 c.p.p.⁶²³; da tale novero rimaneva di contro escluso qualsivoglia controllo sulla congruità della pena concordata dalle parti, preclusione che fu tuttavia censurata dalla Corte Costituzionale⁶²⁴ per violazione dell'art. 27, co. 3 Cost. nella parte in cui impediva al giudice di verificare l'adeguatezza della sanzione rispetto alla funzione rieducativa della pena.

Recependo tali indicazioni, la L. n. 479/1999 si è resa fautrice dell'introduzione nell'art. 444, co. 2, c.p.p.⁶²⁵ dell'obbligo per il giudice di valutare la congruità del trattamento sanzionatorio *finale* richiesto dalle parti; tale valutazione, tuttavia, non attribuisce allo stesso anche il potere di sostituire la pena concordata con una diversa ritenuta più appropriata⁶²⁶, bensì esclusivamente quello di rigettare la richiesta qualora ritenga la sanzione incongrua. Tale apprezzamento, da compiersi sul risultato finale comprensivo della riduzione conseguente alla scelta del rito⁶²⁷, non richiede l'esame esaustivo e indistinto di ogni indice dell'art. 133 c.p., essendo sufficiente la presa in

⁶²³ Rubricato «Obbligo della immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità», l'art. 129 c.p.p. dispone: «1. In ogni stato e grado del processo, il giudice, il quale riconosce che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato ovvero che il reato è estinto o che manca una condizione di procedibilità, lo dichiara di ufficio con sentenza. 2. Quando ricorre una causa di estinzione del reato ma dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere con la formula prescritta».

⁶²⁴ C. cost. n. 313/1990, cit.

⁶²⁵ Il quale attualmente prevede che: «2. Se vi è il consenso anche della parte che non ha formulato la richiesta e non deve essere pronunciata sentenza di proscioglimento a norma dell'articolo 129, il giudice, sulla base degli atti, se ritiene corrette la qualificazione giuridica del fatto, l'applicazione e la comparazione delle circostanze prospettate dalle parti, le determinazioni in merito alla confisca, nonché congrue le pene indicate, ne dispone con sentenza l'applicazione enunciando nel dispositivo che vi è stata la richiesta delle parti. Se vi è costituzione di parte civile, il giudice non decide sulla relativa domanda; l'imputato è tuttavia condannato al pagamento delle spese sostenute dalla parte civile, salvo che ricorrano giusti motivi per la compensazione totale o parziale. Non si applica la disposizione dell'articolo 75, comma 3. Si applica l'articolo 537-bis».

⁶²⁶ Cass. pen., 31.1.2013, n. 18669.

⁶²⁷ Cass. pen. V, 3.1.2019, n. 18304.

considerazione di quelli concretamente rilevanti e decisivi ai fini della determinazione della pena nel caso specifico⁶²⁸.

Ciononostante, nella prassi applicativa, il controllo giudiziale si converte tendenzialmente in un vaglio di tipo prevalentemente negativo, nel senso di una limitata verifica a che la pena non risulti manifestamente inadeguata per difetto⁶²⁹, mentre risulta spesso marginale un'effettiva e approfondita applicazione dei criteri commisurativi previsti *ex art.* 133 c.p.⁶³⁰, con conseguente sostanziale ridimensionamento della funzione di controllo nonché di garanzia della proporzionalità affidata al giudice⁶³¹.

3.2. Il giudizio abbreviato e il procedimento per decreto

Se nel patteggiamento la commisurazione della pena risente inevitabilmente dell'accordo raggiunto tra le parti, il rapporto tra la stessa e riti quali il giudizio abbreviato e il procedimento per decreto si configura in modo diverso; invero, nei due istituti il legislatore adotta soluzioni profondamente diverse quanto all'incidenza del rito sul potere di determinazione del trattamento sanzionatorio.

Con riguardo al giudizio abbreviato (artt. 438 ss. c.p.p.), il procedimento si caratterizza per la decisione assunta allo stato degli atti, vale a dire sulla base del materiale probatorio acquisito nel corso delle indagini preliminari. Sul piano dell'accertamento, tale peculiarità impone al giudice di applicare il canone dell'«oltre ogni ragionevole dubbio» (art. 533 c.p.p.) a un quadro conoscitivo non vagliato dal contraddittorio, determinando un'attenuazione del rigore probatorio nell'accertamento del fatto⁶³². Diversamente, sul piano della commisurazione della pena, la scelta del rito non incide sull'esercizio del potere commisurativo della pena, il quale continua a trovare disciplina nei criteri di cui all'art. 133 c.p.; soltanto una volta determinata la sanzione ritenuta congrua nel caso concreto sulla base di questi ultimi, troverà applicazione la riduzione automatica prevista quale effetto premiale della scelta del rito. Il giudice, infatti, conserva integralmente la discrezionalità nella determinazione del trattamento sanzionatorio, cui segue una

⁶²⁸ Cass. pen. I, 3.12.1992, in *Massimario della Cassazione Penale*, 1993, f. 4, 93.

⁶²⁹ PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 513.

⁶³⁰ LOZZI, *Il patteggiamento fra anomalie ed eccessi*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, 863.

⁶³¹ COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 332-333.

⁶³² Cfr. ORLANDI, *Discrezionalità e regole di giudizio nel processo penale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4/2024, 26-27.

riduzione automatica di un terzo nel caso di delitti e della metà in caso di contravvenzioni⁶³³, a norma di quanto stabilito dall'art. 442 c.p.p.⁶³⁴ A tale beneficio si aggiunge altresì l'ulteriore riduzione di un sesto di cui all'art. 442, co. 2-*bis*, c.p.p., applicabile dal giudice dell'esecuzione ove la sentenza di condanna non sia stata oggetto di impugnazione.

Da ultimo, giova ricordare che la L. n. 33/2019 ha precluso il ricorso al rito abbreviato per i delitti puniti con l'ergastolo, disciplina ritenuta conforme ai principi costituzionali dalla Corte Cost. con la sentenza n. 260/2020⁶³⁵.

Diversamente, nel procedimento per decreto (artt. 459 ss. c.p.p.), riservato ai reati per i quali sia concretamente irrogabile una pena pecuniaria, anche in sostituzione di quella detentiva. In questa ipotesi, il nomoteta riduce sensibilmente gli spazi di discrezionalità del giudice nella determinazione della pena⁶³⁶, attribuendo al pubblico ministero il potere di formulare la richiesta di emissione del decreto *de quo* indicando una pena diminuita fino alla metà del minimo edittale (art. 459 c.p.p.)⁶³⁷. L'autorità giudiziaria, di contro, non dispone del potere autonomo di rideterminazione del trattamento sanzionatorio prospettato, potendo esclusivamente accogliere ovvero respingere la richiesta formulata dall'organo di accusa. Ciò che rimane fermo, in relazione al decreto penale di condanna, è invece l'obbligo di motivare la riduzione della pena al di sotto del minimo edittale e le ragioni poste a fondamento della relativa determinazione, ai sensi dell'art. 460, co. 1, lett. c e 2, c.p.p.⁶³⁸.

⁶³³ Cass. pen. I, 14.4.1994, in *Cass. pen.*, 1995, 2947; Cass. pen. I, 27.10.1993, in *La giustizia penale*, 1994, III, 330.

⁶³⁴ Rubricato «Decisione», l'art. 442 c.p.p. prevede: «1. Terminata la discussione, il giudice provvede a norma degli articoli 529 e seguenti.

1-*bis*. Ai fini della deliberazione il giudice utilizza gli atti contenuti nel fascicolo di cui all'articolo 416, comma 2, la documentazione di cui all'articolo 419, comma 3, e le prove assunte nell'udienza.

2. In caso di condanna, la pena che il giudice determina tenendo conto di tutte le circostanze è diminuita della metà se si procede per una contravvenzione e di un terzo se si procede per un delitto.

2-*bis*. Quando né l'imputato, né il suo difensore hanno proposto impugnazione contro la sentenza di condanna, la pena inflitta è ulteriormente ridotta di un sesto dal giudice dell'esecuzione.

3. [abr.]

4. Si applica la disposizione dell'articolo 426 comma 2.»

⁶³⁵ C. cost., 3.12.2020, n. 260.

⁶³⁶ RONCO, *Sub artt. 132, 133, 134*, cit., 849.

⁶³⁷ Rubricato «Casi di procedimento per decreto» l'art. 459 c.p.p. prevede segnatamente al co. 2: «2. Il pubblico ministero può chiedere l'applicazione di una pena diminuita sino alla metà rispetto al minimo edittale.».

⁶³⁸ Rubricato «Requisiti del decreto di condanna», l'art. 460 c.p.p. prevede ai co. 1, lett. c e 2: «1. Il decreto di condanna contiene:

Anche con riferimento a quest'ultimo rito, la scelta legislativa di prevedere un trattamento sanzionatorio più favorevole trova indubbiamente il proprio fondamento in finalità eminentemente deflative del processo⁶³⁹. L'attenuazione della risposta punitiva costituisce pertanto, così come nel caso del patteggiamento, il corrispettivo della rinuncia alle forme ordinarie di celebrazione del processo; tuttavia, mentre nel giudizio abbreviato lo sconto di pena si innesta su una commisurazione integralmente rimessa al giudice, nel procedimento per decreto la determinazione sanzionatoria risulta sostanzialmente anticipata dall'iniziativa del P.M. e dal relativo particolare potere discrezionale, con conseguente compressione del ruolo del giudice ad un controllo limitato all'accoglimento ovvero al rigetto della richiesta⁶⁴⁰.

[...]

c) la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, comprese le ragioni dell'eventuale diminuzione della pena al di sotto del minimo edittale»; «2. Con il decreto di condanna il giudice applica la pena nella misura richiesta dal pubblico ministero indicando l'entità dell'eventuale diminuzione della pena stessa al di sotto del minimo edittale; ordina la confisca, nei casi previsti dall'articolo 240, secondo comma del codice penale, o la restituzione delle cose sequestrate; concede la sospensione condizionale della pena. Nei casi previsti dagli articoli 196 e 197 del codice penale, dichiara altresì la responsabilità della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria.»

⁶³⁹ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 832.

⁶⁴⁰ COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 333-334.

CAPITOLO IV - LA GIUSTIZIA RIPARATIVA: IL RUOLO INNOVATIVO ASSUNTO NELLA COMMISURAZIONE DELLA PENA

A fronte dell'illustrazione effettuata nei capitoli precedenti delle principali teorie della pena, della disciplina normativa della sua commisurazione nonché dei principali profili problematici che caratterizzano l'attività giudiziale di determinazione della risposta sanzionatoria, si ritiene ora opportuno soffermarsi su un fenomeno che, negli ultimi anni, ha assunto una posizione di rilievo non indifferente nel sistema penale italiano: la c.d. giustizia riparativa.

La sua progressiva affermazione introduce invero una prospettiva ulteriore rispetto alle tradizionali modalità di risposta al reato, atta alla valorizzazione della posizione della vittima, alla responsabilizzazione dell'autore dell'offesa e alla riparazione delle conseguenze derivanti dal fatto.

La giustizia riparativa pone pertanto l'accento sulla dimensione relazionale del reato e sulla possibilità di affrontarne le ripercussioni attraverso il dialogo tra i soggetti coinvolti. Tale prospettiva, pur non assurgendo necessariamente ad alternativa alla giustizia penale tradizionale, nondimeno solleva interrogativi circa le modalità e i limiti della sua integrazione all'interno del sistema penale vigente, soprattutto in considerazione della natura pubblica del reato e delle tradizionali finalità attribuite alla sanzione penale.

In questo quadro, l'interesse per il fenomeno *de quo* ha assunto significativo rilievo nell'ordinamento italiano a seguito dell'introduzione nello stesso della disciplina organica della giustizia riparativa ad opera del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150. La riforma Cartabia si è invero resa fautrice di aver disciplinato per la prima volta in via generale la giustizia riparativa, prevedendo programmi, modalità di accesso ed effetti dei relativi esiti, stabilendo forme di raccordo con il procedimento penale; a fronte di tali innesti, si rende necessario interrogarsi tanto sulla natura e sulla funzione dei novelli istituti, quanto sul loro rapporto con quelli propri della giustizia penale e, segnatamente in questa sede, con la determinazione della risposta sanzionatoria.

Il presente capitolo si propone pertanto di ricostruire, dapprima, le origini e i caratteri fondamentali della giustizia riparativa, allo scopo di individuare la prospettiva

teorica alla base di tale modello. In secondo luogo, si approderà all'esame delle modalità attraverso le quali essa è stata recepita dall'ordinamento italiano e del rapporto instaurato dalla Riforma Cartabia tra giustizia riparativa e giustizia penale. In seguito, troverà spazio l'analisi delle principali criticità che tale integrazione pone rispetto ai principi di diritto penale e, soprattutto, degli effetti che gli esiti dei programmi di giustizia riparativa possono produrre sulla risposta sanzionatoria. Particolare attenzione sarà infine dedicata alla loro incidenza sulla commisurazione della pena, tanto in senso lato quanto in senso stretto, nonché agli ulteriori effetti che l'ordinamento riconnette al raggiungimento di un esito riparativo.

1. Genesi e fondamenti della giustizia riparativa

La progressiva affermazione, negli ordinamenti contemporanei, di forme di composizione delle controversie alternative alla via giudiziale si colloca in un contesto caratterizzato da un crescente affermarsi di modelli di giustizia orientati alla partecipazione, al confronto e al consenso dei soggetti direttamente coinvolti. Il fenomeno, manifestatosi inizialmente soprattutto nell'ambito civilistico attraverso gli strumenti riconducibili alla categoria delle *Alternative Dispute Resolution* (A.D.R.), trae origine dall'esigenza di sperimentare forme di gestione della conflittualità diverse da quelle proprie del processo e della decisione giudiziale. Se infatti il processo è istituto eteronomo quali l'arbitrato affidano la definizione della controversia ad un soggetto terzo, gli strumenti consensuali quali la mediazione e la negoziazione assistita attribuiscono di contro rilievo preminente alla partecipazione delle parti e alla loro autonomia nella ricerca di una soluzione condivisa (di qui, ci si riferisce coerentemente agli stessi quali strumenti autonomi)⁶⁴¹.

La diffusione di tali modelli trova spazio, secondo accreditata dottrina, nel quadro di «una crisi senza precedenti del sistema giudiziario di regolamentazione delle controversie»⁶⁴²; tuttavia, l'affermazione degli istituti in esame non appare riconducibile esclusivamente all'esigenza di fronteggiare l'inefficienza o il sovraccarico degli apparati

⁶⁴¹ Cfr. sul punto: RUBINO-SAMMARTANO, *Adr, arbitrato, conciliazione*, Bologna, 2007; DE PALO-GUIDI, *Risoluzione delle controversie. ADR nelle corti federali degli Stati Uniti*, Milano, 1999; GIANNITI-PICCIONE, *La mediazione professionale nel sistema degli A.D.R.*, Torino, 2012; COSI-ROMUALDI, *La mediazione nei conflitti. Teoria e pratica dei metodi A.D.R.*, Torino, 2010.

⁶⁴² Così PANZANI, *La disciplina della mediazione: un sistema di riduzione dell'arretrato della giustizia civile?*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2011, 29-40.

giudiziari, costituendo di contro una risposta più profonda alla percezione dei limiti propri di una giustizia rigidamente formalizzata nel cogliere e nel governare la complessità del conflitto sotteso alla controversia. Quest'ultimo, infatti, ancorché suscettibile di una qualificazione eminentemente giuridica, si innesta frequentemente in una realtà più articolata, nella quale assumono rilievo dimensioni personali, relazionali, sociali ed economiche che le forme e le categorie del processo non sono sempre in grado di valorizzare adeguatamente. La ricerca di strumenti alternativi si inserisce pertanto in una più generale esigenza di individuare modalità di gestione del conflitto maggiormente sensibile alle peculiarità del caso concreto e alla trama relazionale delle vicende controverse⁶⁴³.

Originatosi e consolidatosi, segnatamente a partire dagli anni Settanta nel contesto nordamericano⁶⁴⁴, tale fenomeno ha progressivamente oltrepassato i confini dell'esperienza civilistica, investendo altresì il settore penale, ambito nel quale si è parimenti sviluppata, proprio a partire da quegli stessi decenni, una serrata riflessione critica tanto sulle concrete modalità di funzionamento della giustizia penale, quanto sui suoi stessi presupposti teorici⁶⁴⁵. In questo clima hanno trovato elaborazione modelli diretti ad attribuire rinnovata centralità ai soggetti direttamente interessati dall'illecito e, in particolare, alla vittima, a lungo relegata in una posizione marginale all'interno dei moderni sistemi di giustizia penale⁶⁴⁶. Il reato viene così considerato non esclusivamente quale violazione dell'ordinamento e della norma penale, ma altresì quale manifestazione di un conflitto suscettibile di ripercuotersi sulle relazioni interpersonali e sulla stessa dimensione comunitaria⁶⁴⁷.

⁶⁴³ REGGIO, *L'emergere di modelli consensuali e conciliativi in alternativa al diritto giudiziale. Prospettive contemporanee*, in FUSELLI-MORO, *Al Principio*, Milano, 2022, 413-414.

⁶⁴⁴ Per una disamina rispettivamente introduttiva e di sviluppo degli ADR negli Stati Uniti, cfr. FRIEDMAN, *Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice: a Retrospective (and a Look ahead)*, in *Indiana Law Review*, 5, 2007, 1193-1214; DE PALO-GUIDI, *Risoluzione delle controversie*, cit.

⁶⁴⁵ Cfr. *ex multis*, con riferimento al dibattito italiano: EUSEBI, *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990; FIANDACA-MUSCO, *Perdita di legittimità del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 27 ss.; PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 430 ss.; GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 415 ss.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit.

⁶⁴⁶ Cfr. ROY, *Victim Offender Reconciliation Program for Juveniles in Elkhart Count Indiana: An Exploratory Study*, in *Justice Professional*, 8/1994, 23-35.

⁶⁴⁷ REGGIO, *L'emergere di modelli consensuali*, cit., 414-415.

È in questo terreno che, tra gli anni Ottanta e Novanta, prende forma il paradigma della *Restorative Justice*, comunemente indicato nell'ordinamento italiano quale giustizia riparativa. Tale modello si caratterizza per l'elaborazione di una modalità alternativa di risposta al reato, nella quale viene posta al centro l'offesa concretamente arrecata e le conseguenze che da essa derivanti per la vittima, per l'autore nonché, più in generale, per l'intera comunità dei consociati⁶⁴⁸. In tale prospettiva, la riparazione assurge quale fulcro della risposta all'illecito, secondo una concezione trascendente il mero risarcimento patrimoniale e ricomprendente d'altro canto attività concretamente orientate a rimediare alle conseguenze dell'offesa, nonché, ove possibile, a ricostruire condizioni di dialogo e di reciprocità fra i soggetti coinvolti⁶⁴⁹.

In questa chiave di lettura, la giustizia riparativa si colloca all'interno di un più ampio ripensamento delle modalità attraverso cui il diritto può intervenire nella gestione del conflitto. In quest'ottica, il ricorso a strumenti alternativi alla giurisdizione statale parrebbe restituire ai soggetti direttamente coinvolti un più ampio spazio di autonomia; nondimeno, la peculiarità di tali modelli non risiede nella semplice sostituzione della volontà dello Stato con quella dei privati. Di maggiore interesse appare essere, piuttosto, il tentativo di ricongiungere l'esperienza propriamente giuridica a quella relazionale, nella quale il conflitto trova concreta manifestazione, superando così una concezione meramente normocentrica del diritto e valorizzandone la funzione di tutela, ricomposizione e, ove possibile, ricostruzione delle relazioni intersoggettive compromesse.

In questa prospettiva, occorre precisare che il ricorso a forme alternative di composizione del conflitto non vale di per sé a porre in discussione la giustizia di matrice processuale, bensì evidenzia come la risposta giuridica al conflitto possa esplicarsi attraverso forme ulteriori rispetto a quelle proprie del giudizio formalizzato. Il diritto, invero, può concorrere alla gestione del conflitto tanto attraverso il processo quanto, altresì, mediante l'assunzione della funzione di promozione del dialogo e di

⁶⁴⁸ Cfr. *amplius*: MANNOZZI-LODIGIANI, *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015; COPPOLA-DE VANNA, *Riparazioni. Riparare il dolore e i legami sociali: la sfida della giustizia riparativa*, Bari, 2019.

⁶⁴⁹ REGGIO, *L'emergere di modelli consensuali*, cit., 416; cfr. ID, *Giustizia Dialogica. Luci ed ombre della Restorative Justice*, Milano, 2010.

ricomposizione non-violenta delle relazioni intersoggettive, trovando nella giustizia riparativa una delle più significative espressioni di tale prospettiva nell'ambito penale⁶⁵⁰.

2. La giustizia riparativa recepita dalla Riforma Cartabia: il modello della complementarità

Se il primo profilo di indagine ivi proposto ha riguardato la genesi e i fondamenti teorici della giustizia riparativa, occorre ora volgere l'attenzione alle modalità attraverso le quali tale paradigma ha trovato concreto recepimento nel sistema penale italiano. In tale ottica, assume centrale rilievo la disciplina organica introdotta dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, che – come già previamente accennato – ha posto per la prima volta la giustizia riparativa in relazione sistematica con la giustizia penale. I profili critici di tale integrazione non attengono tuttavia solamente all'introduzione degli strumenti riparativi in sé, bensì alla loro collocazione all'interno del sistema punitivo e agli effetti che tale ingerenza è suscettibile di produrre sulla risposta sanzionatoria, sino ad incidere sulla stessa determinazione della pena.

2.1. Il modello della complementarità e le sue varianti

Muovendo dalle obiezioni che sono state rivolte alla giustizia riparativa, queste possono essere ricondotte, in via generale, a tre distinti profili: un primo ordine di critiche riguarda la stessa considerata quale autonomo paradigma di giustizia, tradizionalmente contrapposto al modello di giustizia punitiva; in secondo luogo trovano spazio anche i rilievi critici concernenti le modalità attraverso le quali i due paradigmi vengono posti in relazione tra loro, con particolare riferimento al modello della c.d. complementarità accolto dalla Riforma Cartabia; infine, un ultimo ordine di riserve attiene alla disciplina positiva introdotta dal d.lgs. 150/2022 e alla formulazione delle singole disposizioni che regolano i programmi di giustizia riparativa⁶⁵¹.

Lasciando da parte per esigenze sistematiche il primo ordine di critiche⁶⁵², nella prospettiva qui adottata, assumono di contro particolare rilievo le questioni inerenti al modello della complementarità, posto che è attraverso quest'ultimo che la giustizia

⁶⁵⁰ REGGIO, *L'emergere di modelli consensuali*, cit., 417.

⁶⁵¹ BARTOLI, *Complementarità, innesto e rientro nella disciplina della giustizia riparativa*, in *Sistema Penale*, 2025, 5.

⁶⁵² Il cui approfondimento nella presente sede non trova opportunamente spazio; in merito alla relativa trattazione si rinvia così a BARTOLI, *Complementarità, innesto e rientro*, cit., 5-9.

riparativa viene stabilmente inserita nel sistema della giustizia penale e posta in rapporto con la tradizionale risposta punitiva.

Non appare difatti ipotizzabile né condivisibile, quantomeno nell'ambito della riflessione giuridica, che la giustizia riparativa possa integralmente sostituire quella punitiva. Invero, mentre da un lato la previsione di un precetto penale postula la possibilità di una conseguenza sanzionatoria in caso di sua violazione, dall'altro la giustizia riparativa si caratterizza per la volontarietà e la spontaneità della partecipazione al relativo percorso, sicché non potrebbe costituire, di per sé sola, una forma generale e necessaria di risposta al reato. L'autore dell'illecito potrebbe infatti opporre il proprio rifiuto ad intraprendere il percorso riparativo ovvero non adempiere agli impegni assunti, senza che la logica insita allo strumento sia per sua natura in grado di imporne la partecipazione ovvero l'adempimento. A fronte di tali considerazioni, appare lampante il motivo per il quale la giustizia riparativa non possa essere concepita quale modello integralmente sostitutivo della risposta sanzionatoria⁶⁵³.

Prima della Riforma Cartabia i due paradigmi erano stati prevalentemente configurati come realtà parallele, destinate ad operare secondo logiche sostanzialmente autonome e senza significativo coordinamento reciproco, fatta eccezione per alcune specifiche ipotesi, quali quelle connesse alla messa alla prova. In un simile modello, proprio l'assenza di interferenze reciproche escludeva, quantomeno in linea generale, la necessità di affrontare particolari problemi di coordinamento. La stessa disciplina organica introdotta nel 2022 conserva peraltro una dimensione di tale autonomia, segnatamente all'art. 44⁶⁵⁴ che prevede la possibilità di accedere ai programmi di giustizia riparativa anche successivamente all'esecuzione della pena o a seguito di una sentenza di

⁶⁵³ BARTOLI, *Complementarità, innesto e rientro*, cit., 9-10.

⁶⁵⁴ Rubricato «Principi sull'accesso», l'art. 44, d.lgs. 150/2022 prevede: «1. I programmi di giustizia riparativa disciplinati dal presente decreto sono accessibili senza preclusioni in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità.

2. Ai programmi di cui al comma 1 si può accedere in ogni stato e grado del procedimento penale, nella fase esecutiva della pena e della misura di sicurezza, dopo l'esecuzione delle stesse e all'esito di una sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere, per difetto della condizione di procedibilità, anche ai sensi dell'articolo 344-*bis* del codice di procedura penale, o per intervenuta causa estintiva del reato.

3. Qualora si tratti di delitti perseguibili a querela, ai programmi di cui al comma 1 si può accedere anche prima che la stessa sia stata proposta.».

non luogo a procedere o di non doversi procedere per difetto della condizione di procedibilità e per intervenuta causa estintiva del reato.

Cionondimeno, la principale novità della Riforma Cartabia è costituita dall'aver posto in relazione i due paradigmi attraverso un modello di tipo *complementare*. In questa prospettiva la complementarità non si esaurisce nella possibilità che la giustizia riparativa intervenga dopo l'attivazione del sistema punitivo, producendo effetti al suo interno, ma implica altresì che essa si ponga in funzione di completamento della risposta punitiva, consentendo di soddisfare esigenze alle quali quest'ultima, in ragione della propria struttura e funzione, non è in grado di dare adeguata risposta.

La complementarità trova una prima ragione nella diversa considerazione attribuita ai soggetti e alle dimensioni del conflitto: mentre da un lato la giustizia punitiva tende a concentrare la propria attenzione sul fatto di reato e sulla violazione della norma, lasciando la persona offesa estranea al nucleo della risposta sanzionatoria, dall'altro lato la giustizia riparativa valorizza di contro direttamente la posizione della vittima, fondandosi sulla possibilità di un confronto tra quest'ultima e l'autore dell'offesa. Allo stesso modo, mentre la risposta punitiva tende a privilegiare la dimensione normativa del fatto, il paradigma riparativo attribuisce rilievo alla sua componente umana e relazionale.

In tal modo la relazione tra i due modelli si configura quale meccanismo in cui la giustizia riparativa non elimina la risposta punitiva bensì si affianca ad essa, contribuendo a soddisfare esigenze ultronee rispetto a quelle cui quest'ultima è tradizionalmente preordinata⁶⁵⁵.

La scelta del modello complementare operata dalla Riforma Cartabia, a differenza delle altre forme di rapporto tra giustizia punitiva e giustizia riparativa, apre tuttavia ad una serie di questioni di carattere tanto tecnico quanto sistematico, che possono essere meglio comprese distinguendo le diverse forme di complementarità – o per meglio dire, *varianti* – che possono individuarsi, rispettivamente qualificabili come sostitutiva, attenuante ed esecutiva. Sul punto, mentre le prime due assumono particolare rilievo ai fini della presente analisi, alla variante esecutiva sarà possibile fare (breve) riferimento in un momento successivo della presente trattazione.

⁶⁵⁵ BARTOLI, *Complementarità, innesto e rientro*, cit., 10.

La variante *sostitutiva* si fonda sulla possibilità che l'esito positivo del percorso riparativo prenda il posto della pena, determinando l'estinzione del reato e, conseguentemente, la mancata applicazione della sanzione. La previsione di un consimile effetto comporta peraltro che il modello non possa essere riferito indistintamente a qualsiasi fattispecie criminosa, bensì che la sua applicabilità debba essere circoscritta a reati selezionati in ragione della loro particolare dinamica offensiva, prevalentemente riconducibile ad una dimensione personalistica nonché del minore disvalore del fatto. Si tratta dunque di fatti di gravità medio-bassa, caratterizzati da un'offesa che coinvolge beni riferibili direttamente alla persona. Sul piano processuale, il modello sostitutivo si caratterizza inoltre per il suo collocarsi in una fase anticipata del procedimento: quest'ultimo viene sospeso per consentire lo svolgimento del programma riparativo e, in caso in cui l'esito si determini in senso positivo, il reato si estingue; ove, di contro, il percorso non conduca ad un risultato favorevole, il procedimento riprende il proprio corso.

Diversamente, la variante *attenuante* si caratterizza per il fatto che l'esito positivo del programma riparativo non determina il venir meno della pena, bensì ne comporta una attenuazione, assumendo pertanto la funzione di fattore suscettibile di incidere sulla risposta sanzionatoria. Proprio perché l'effetto prodotto consiste nella mitigazione della pena e non nella sua sostituzione, ne consegue che l'accesso al percorso *de quo* non deve essere necessariamente circoscritto ai reati di minore gravità, potendo riguardare anche fattispecie caratterizzate da un più elevato disvalore. Anche sul piano processuale il modello presenta caratteristiche differenti: il programma può essere avviato in ogni momento e in ogni stato e grado del procedimento, sviluppandosi parallelamente a quello punitivo. Invero, quest'ultimo prosegue senza soluzione di continuità, mentre la giustizia riparativa trova spazio al suo interno attraverso un percorso parallelo destinato solo successivamente a rientrare nel procedimento penale. A seconda dell'esito conseguito, ne deriva una diversa rilevanza sul piano sanzionatorio: l'esito positivo consente l'attenuazione della pena; contrariamente, quello negativo rimane privo di effetti sfavorevoli sul procedimento punitivo.

La Riforma Cartabia, accanto alla conservazione di ipotesi riconducibili al modello parallelo e alla previsione della variante esecutiva (di cui si dirà), ha recepito entrambe le varianti sostitutiva e attenuante. Segnatamente, la prima trova applicazione con

riferimento ai reati perseguibili a querela remissibile, rispetto ai quali appare ivi importante segnalare la previsione di una forma di remissione tacita ai sensi dell'art. 152, co. 3, n. 2, c.p.⁶⁵⁶; la seconda trova invece fondamento nella previsione dell'art. 44, co. 1 e 2 della disciplina organica che, così come anticipato, consente l'accesso ai programmi di giustizia riparativa senza preclusioni legate alla fattispecie criminosa ovvero alla sua gravità, in ogni stato e grado del procedimento. A ciò si aggiunge inoltre il riformato art. 62, co. 1, n. 6, c.p.⁶⁵⁷, attribuyente all'esito positivo del programma la natura di circostanza attenuante, con conseguente diminuzione della pena fino ad un terzo⁶⁵⁸.

A ben vedere, pertanto, è possibile affermare che la variante attenuante assuma di fatto particolare rilievo nella prospettiva della presente indagine, configurandosi quale punto nel quale la complementarità fra giustizia riparativa e giustizia punitiva si traduce direttamente in un possibile effetto sulla determinazione della pena.

2.2. Le criticità del modello complementare

Venendo ora alle criticità connesse al modello complementare adottato dal d.lgs. 150/2022, il modello sostitutivo non sembra suscitare invero particolari questioni di principio. Esso presenta, da un lato, problematiche in larga parte comuni agli altri istituti che, in una fase antecedente alla decisione, si configurano come alternative alla pena detentiva, quali le condotte riparatorie, la messa alla prova e, sotto taluni profili, la stessa querela remissibile, a fronte del fatto che tali istituti possono assoggettare la persona indicata come autore del fatto a conseguenze suscettibili di incidere sulla risposta al reato pur in assenza di un effettivo accertamento della responsabilità.

Sotto altro profilo, la connessione del modello sostitutivo con la querela appare tuttavia particolarmente coerente con la progressiva evoluzione della funzione propria di

⁶⁵⁶ Rubricato «Remissione della querela», l'art. 152, co. 3, n. 2, c.p. dispone: «Vi è altresì remissione tacita: [...] 2) quando il querelante ha partecipato a un programma di giustizia riparativa concluso con un esito riparativo; nondimeno, quando l'esito riparativo comporta l'assunzione da parte dell'imputato di impegni comportamentali, la querela si intende rimessa solo quando gli impegni sono stati rispettati».

⁶⁵⁷ Rubricato «Circostanze attenuanti comuni», l'art. 62, co. 1, n. 6, c.p. sancisce: «Attenuano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze attenuanti speciali, le circostanze seguenti: [...] 6) l'avere, prima del giudizio, riparato interamente il danno, mediante il risarcimento di esso, e, quando sia possibile, mediante le restituzioni; o l'essersi, prima del giudizio e fuori del caso preveduto nell'ultimo capoverso dell'articolo 56, adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato; o l'avere partecipato a un programma di giustizia riparativa con la vittima del reato, concluso con un esito riparativo. Qualora l'esito riparativo comporti l'assunzione da parte dell'imputato di impegni comportamentali, la circostanza è valutata solo quando gli impegni sono stati rispettati».

⁶⁵⁸ BARTOLI, *Complementarità, innesto e rientro*, cit., 10-11.

quest'ultima, sempre più connotata in senso personalistico. Benché non appaia opportuno soffermarsi sulle più ampie trasformazioni che hanno interessato l'istituto, può rilevarsi come tale caratterizzazione renda sistematicamente coerente il collegamento non soltanto tra querela remissibile e condotte riparatorie, ma altresì tra la medesima e la giustizia riparativa. La querela consente, invero, di valorizzare la dimensione personale dell'offesa, mentre la sua remissibilità apre alla possibilità di un confronto fra i soggetti coinvolti, suscettibile di condurre all'assunzione da parte del soggetto indicato quale autore dell'offesa, di condotte riparatorie ovvero di comportamenti maturati all'interno di un percorso propriamente riparativo⁶⁵⁹.

Ne deriva che la variante sostitutiva appare maggiormente coerente con una concezione della giustizia riparativa incentrata sulla dimensione personalistica dell'offesa, mentre differente è la problematica posta dalla variante attenuante, nella quale il percorso riparativo viene ad inserirsi nel procedimento punitivo e può tradursi in una concreta incidenza sulla risposta sanzionatoria.

Ben più rilevanti risultano viceversa le questioni di principio poste dalla variante attenuante, proprio in ragione della peculiare configurazione assunta dal rapporto tra i due paradigmi in esame: non soltanto la giustizia riparativa trova innesto in quella punitiva per poi rientrare nel relativo procedimento, ma i due percorsi sono destinati a svilupparsi parallelamente. Proprio in relazione a tale profilo emerge una significativa tensione con il principio di presunzione di innocenza che pare doveroso sottolineare.

La problematica *de qua* può essere colta muovendo dalla considerazione che soltanto chi ritenga di essere, quantomeno in qualche misura, responsabile dell'accaduto potrebbe trovare in sé l'inclinazione ad intraprendere un percorso di carattere riparativo. Da tale premessa discenderebbe, per un verso, la possibilità di interpretare l'adesione al programma quale implicita ammissione di responsabilità e, per un altro verso, il rischio che la stessa partecipazione dell'imputato finisca per condizionare la valutazione del giudice. La questione appare considerevole segnatamente con riferimento alla giustizia riparativa poiché, mentre nella messa alla prova la stessa può emergere soprattutto in caso di mancato perfezionamento del percorso, nel caso del modello riparativo attenuante il procedimento penale non viene sospeso; di qui la conseguenza per cui la mera attivazione

⁶⁵⁹ BARTOLI, *Complementarità, innesto e rientro*, cit., 12.

del programma può assumere rilevanza indipendentemente dall'esito conseguito, potendo incidere sulla percezione della posizione processuale dell'imputato.

Peraltro, la questione risulta ulteriormente accentuata dalla circostanza che le pratiche riparative, la letteratura scientifica e le fonti europee attribuiscono significativo rilievo al c.d. "riconoscimento dei fatti" quale presupposto del percorso riparativo. Ove, dunque, l'avvio del programma o il suo positivo compimento presuppongano necessariamente il riconoscimento dei fatti, la correlazione tra partecipazione al percorso e responsabilità dell'imputato rischierebbe di assumere una portata particolarmente incisiva: una volta intrapreso il programma, potrebbe invero ritenersi implicitamente acquisita una presa di posizione dell'interessato rispetto all'accaduto, con conseguente forte tensione rispetto alla presunzione di innocenza. A tale obiezione si è replicato osservando, da un lato, che il riconoscimento dei fatti non coincide necessariamente con l'assunzione di responsabilità e, dall'altro, che esso interviene nell'ambito del percorso riparativo, dinanzi al mediatore e non al giudice, mentre le dichiarazioni rese in tale sede sono sottratte alla conoscibilità processuale e non possono essere utilizzate nel procedimento. Ove si parli di assunzione di responsabilità questa potrebbe essere inoltre intesa non tanto quale riconoscimento della responsabilità per un fatto storico appartenente al passato, quanto quale responsabilità verso l'altro e, *a fortiori*, quale apertura ad una dimensione futura del rapporto.

Il problema impone tuttavia di porre interrogativi sulla struttura stessa del percorso riparativo: se quest'ultimo postula, quale condizione iniziale ovvero quale possibile esito, il riconoscimento dei fatti, la dissonanza con il principio di innocenza risulta difficilmente eludibile, anche laddove tale riconoscimento avvenga in uno spazio sottratto alla cognizione giudiziale. Diversamente, ove il programma possa trovare autonomo ed indipendente sviluppo rispetto a tale riconoscimento, le criticità prospettate tenderebbero ad attenuarsi. In quest'ottica, occorre tenere ferma la considerazione per cui l'origine della regola del "riconoscimento dei fatti" è rinvenibile in un contesto nel quale giustizia punitiva e giustizia riparativa erano concepite quali paradigmi paralleli e sostanzialmente indipendenti. L'intersecazione dei due modelli determinata dalla Riforma Cartabia impone pertanto di ponderare la possibilità di configurare un percorso riparativo che non faccia necessariamente leva sul riconoscimento dei fatti.

La questione rinvia così alla concezione stessa del percorso riparativo, dalla quale dipende altresì la configurazione del relativo esito. In tale prospettiva possono essere individuati due modelli differenti: il primo, propriamente *ristorativo*, è orientato alla restaurazione della posizione della vittima e assume quale fulcro il fatto verificatosi, valorizzando gli esiti strettamente riparatori. A questo punto risulta possibile affermare che la posizione asimmetrica dei protagonisti renda in questo caso comprensibile la necessità di un riconoscimento dei fatti e che una consimile configurazione appaia coerente con il modello sostitutivo mentre manifesta una maggiore problematicità rispetto alla variante attenuante.

Diversamente, il modello *consensuale, mediativo e personalistico* è orientato alla ricostruzione della relazione interpersonale e fondato sul confronto, sul reciproco riconoscimento e sul superamento del conflitto. In relazione allo stesso, il fulcro del percorso non troverà rappresentazione esclusivamente nel fatto e nella restaurazione del bene leso, bensì nella relazione tra le persone coinvolte. Conseguentemente, più che di “riconoscimento dei fatti”, sarebbe piuttosto opportuno discorrere di “ricostruzione della verità dei fatti”, intesa quale rievocazione condivisa di quanto accaduto, sottratta a falsificazioni e manipolazioni, nonché funzionale alla possibile ricostruzione di un rapporto di fiducia tra le parti.

Appare così pacifico rinvenire proprio nella diversa concezione del percorso riparativo uno dei punti più delicati del rapporto fra giustizia riparativa e punitiva. Invero, quando i due paradigmi rimangono collocati su piani integralmente paralleli, la prima può più agevolmente assumere una connotazione ristorativa, incentrata sul fatto e sulla posizione della vittima; di contro, quando essa si innesta nel sistema punitivo, la reciproca interferenza rende necessario interrogarsi sulle condizioni della loro compatibilità. Ne discende che in questo quadro appare maggiormente coerente un modello personalistico-consensuale, nel quale la finalità del percorso non si esaurisce nella restaurazione ovvero riparazione dell'offesa, bensì si orienta verso la gestione della relazione interpersonale attraverso il confronto diretto tra i soggetti coinvolti⁶⁶⁰.

La distinzione in esame assume particolare rilievo anche rispetto alla successiva incidenza degli esiti riparativi sulla risposta sanzionatoria: quanto più il percorso viene concepito in termini di restaurazione dell'offesa e di riparazione in senso oggettivo, tanto

⁶⁶⁰ BARTOLI, *Complementarità, innesto e rientro*, cit., 13-15.

più agevole risulta la sua trasposizione nella logica della pena; per converso, quanto più esso viene ricondotto ad una dimensione personalistica e consensuale, tanto più delicato diviene il problema di attribuirgli una rilevanza ai fini della commisurazione senza alterarne la natura e senza trasformarlo in un ulteriore strumento della risposta punitiva.

Resta infine, come anticipato, l'esame del modello complementare esecutivo, nel quale la giustizia riparativa si colloca nella fase di esecuzione della pena. È proprio in tale ambito che emergono, forse più chiaramente che negli altri modelli, alcune tensioni derivanti dall'interazione tra logica riparativa e logica punitiva. Nella fase esecutiva, difatti, la giustizia riparativa viene inevitabilmente assorbita nella dimensione rieducativa e risocializzante della pena. La disponibilità del condannato ad intraprendere un percorso riparativo e a confrontarsi con la vittima rischia così di divenire parte integrante dell'apprezzamento relativo al suo percorso di reinserimento.

In questo quadro, la giustizia riparativa può assumere la funzione di contenuto ovvero di presupposto degli istituti di matrice specialpreventiva. Nel primo caso le criticità appaiono indubbiamente più contenute: ciò che può essere valorizzato è la disponibilità ad intraprendere il percorso o la sua effettiva partecipazione, mentre non può assumere rilievo decisivo il raggiungimento dell'esito riparativo, che dipende anche dalla volontà della vittima e, più in generale, da fattori esterni alla sfera di controllo dell'autore dell'offesa. Ineludibile cambio di prospettiva si ha di contro ove la partecipazione al percorso riparativo si configuri quale condizione o presupposto ai fini dell'accesso ad un beneficio: in tali casi la giustizia riparativa alimenta il rischio della sua stessa fuoriuscita dalla propria funzione complementare quale strumento idoneo ad incidere direttamente sulla valutazione della persona sottoposta alla sanzione penale.

Suscettibile di diversi rilievi critici è, in questa prospettiva, la sua connessione con il requisito del "sicuro ravvedimento" richiesto per la liberazione condizionale; invero, mentre da un lato la condizione di soggezione del condannato nei confronti dello Stato e la sua condizione di privazione della libertà personale possono determinare una pressione indebita ad aderire al percorso riparativo, compromettendone la spontaneità, dall'altro lato la mancata disponibilità a parteciparvi potrebbe essere oggetto di interpretazione quale indice di un insufficiente ravvedimento.

Il problema *de quo* è ulteriormente accentuato dall'indeterminatezza del concetto di "sicuro ravvedimento", che consente di attribuire rilievo ad una gamma molto ampia di comportamenti, sino a ricomprendere il silenzio, l'inerzia ovvero l'omissione di condotte comunemente ritenute indicative di un effettivo cambiamento. Ne deriva il rischio che anche il rifiuto opposto all'ipotesi di incontro con la vittima o la mancata intrapresa di un percorso riparativo vengano utilizzati in senso sfavorevole al condannato.

In tal modo, la volontarietà – che dovrebbe configurarsi quale elemento chiave del percorso riparativo – rischia di essere progressivamente erosa dalla sua utilizzazione quale indice di ravvedimento: la partecipazione non costituirebbe più soltanto un'opportunità offerta al condannato, bensì potrebbe indirettamente divenire una condizione volta a dimostrare di essere meritevole del beneficio. Il problema investe pertanto direttamente il tema centrale del rapporto tra i due paradigmi: quanto più la giustizia riparativa viene utilizzata per modulare la risposta punitiva, tanto maggiore è il rischio che essa venga ricondotta alle categorie proprie della prevenzione speciale, perdendo autonomia rispetto alla logica della pena⁶⁶¹.

2.3. Innesto e rientro: tra autonomia riparativa e valutazione giudiziale

Venendo ora alle obiezioni più direttamente riferibili alla disciplina introdotta dalla Riforma Cartabia, possono individuarsi tre profili di particolare delicatezza: anzitutto il rapporto tra innesto e rientro del percorso riparativo e valutazione giudiziaria; in secondo luogo, il ruolo attribuito agli avvocati delle parti nella definizione degli accordi relativi all'esito materiale, ai sensi dell'art. 56, co. 5, del d.lgs. 150/2022⁶⁶²; infine, l'applicabilità della giustizia riparativa anche ai reati connotati dalla presenza di vittime particolarmente vulnerabili, a cominciare dalla violenza domestica di genere. Per esigenze di matrice sistematica ci si soffermerà, di qui in avanti, sui primi due⁶⁶³.

Quanto al primo profilo, occorre muovere da un paradosso interno alla disciplina complessiva della Riforma Cartabia. Da un lato la stessa si contraddistingue per un'apertura pressoché integrale, tanto sul piano dei modelli applicabili – parallelo,

⁶⁶¹ BARTOLI, *Complementarità, innesto e rientro*, cit., 15-16.

⁶⁶² Rubricato «Disciplina degli esiti riparativi» l'art. 56, co. 5 dispone infatti: «5. I difensori della persona indicata come autore dell'offesa e della vittima del reato hanno facoltà di assistere i partecipanti nella definizione degli accordi relativi all'esito materiale».

⁶⁶³ BARTOLI, *Complementarità, innesto e rientro*, cit., 17.

complementare sostitutivo, complementare attenuante e complementare esecutivo⁶⁶⁴ – quanto sul piano dei reati, nonché nella fase processuale, essendo il ricorso alla giustizia riparativa consentito in ogni stato e grado del procedimento, nonché nella fase esecutiva. Dall’altro lato, tale ampiezza è accompagnata dall’attribuzione di un ruolo particolarmente incisivo alla giurisdizione, soprattutto nelle fasi dell’innesto e del rientro, con il rischio che il protagonismo dell’organo giudicante finisca inevitabilmente per sovrapporsi al ruolo proprio delle parti e del mediatore.

La tensione risulta particolarmente evidente proprio alla luce della complementarità tra i due paradigmi: quanto più la giustizia riparativa viene chiamata ad interagire con quella punitiva, tanto più delicato diviene la circoscrizione degli ambiti di intervento che spettano, rispettivamente, alla giurisdizione e al percorso riparativo.

Per quanto attiene al rientro, la questione investe anzitutto il rapporto tra potere giurisdizionale e autonomia propria del percorso riparativo: invero, se nella prospettiva punitiva l’assenza di un potere valutativo del giudice potrebbe apparire quale indebita compressione della funzione giurisdizionale, l’assunzione della logica propria della giustizia riparativa impone di riconoscere nel mediatore il titolare del relativo percorso. L’attribuzione al giudice dell’ultima parola sull’esito rischierebbe, diversamente, non soltanto la neutralizzazione dell’autonomia della giustizia riparativa ma anche di assoggettarla alla logica propria della giustizia punitiva⁶⁶⁵.

In relazione all’innesto, di fondamentale importanza risulta essere l’art. 129-*bis* c.p.p.⁶⁶⁶, che attribuisce al giudice il potere di disporre il rinvio dell’imputato e della

⁶⁶⁴ Di cui si veda *amplius supra* in questo stesso §.

⁶⁶⁵ BARTOLI, *Complementarità, innesto e rientro*, cit., 17-18.

⁶⁶⁶ Rubricato «Accesso ai programmi di giustizia riparativa» il dispositivo dell’art. 129-*bis* c.p.p. consiste in quanto segue: «1. In ogni stato e grado del procedimento l'autorità giudiziaria può disporre, anche d'ufficio, l'invio dell'imputato e della vittima del reato di cui all'articolo 42, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, al Centro per la giustizia riparativa di riferimento, per l'avvio di un programma di giustizia riparativa.

2. La richiesta dell'imputato o della vittima del reato di cui all'articolo 42, comma 1, lettera b) del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, è proposta personalmente o per mezzo di procuratore speciale.

3. L'invio degli interessati è disposto con ordinanza dal giudice che procede, sentite le parti, i difensori nominati e, se lo ritiene necessario, la vittima del reato di cui all'articolo 42, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, 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. Nel corso delle indagini preliminari provvede il pubblico ministero con decreto motivato.

4. Nel 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

vittima ai Centri per la giustizia riparativa, anche d'ufficio, sentite le parti e, ove necessario, la vittima. La disposizione individua altresì taluni criteri valutativi, concernenti l'utilità del programma rispetto alla risoluzione delle questioni derivanti dal fatto e l'assenza di un concreto pericolo per gli interessati o per l'accertamento dei fatti.

In questo quadro, autorevole dottrina⁶⁶⁷ corrobora la necessità dell'apposizione di una serie di correttivi ermeneutici a siffatta formulazione. In primo luogo, il riferimento al «rinvio» non dovrebbe essere inteso quale attribuzione al giudice di un vero e proprio potere di avvio del percorso: ferma la necessità di un raccordo tra autorità giudiziaria e Centro, posto che l'esito riparativo è suscettibile di assumere rilevanza nel procedimento penale, al giudice dovrebbe competere un'attività essenzialmente formale, consistente nel comunicare al Centro la disponibilità delle parti ad intraprendere il percorso. Secondo questa prospettiva sarebbe risultato pertanto più coerente prevedere che fossero direttamente le parti a rivolgersi al Centro, con successiva comunicazione all'autorità giudiziaria.

In secondo luogo, l'espressione «anche d'ufficio» necessita altresì, sempre nella prospettiva della proposta dottrinale *de qua*, di una lettura restrittiva. Essa non può difatti tradursi nella possibilità di avviare il percorso indipendentemente dalla volontà dei soggetti coinvolti. Il riferimento all'ascolto delle parti e, eventualmente, alla vittima deve essere inteso nel senso che l'autonomia delle parti conserva rilievo decisivo rispetto all'accesso al percorso: non si tratta invero della prestazione del consenso all'esito riparativo, bensì della manifestazione della volontà di entrare in contatto con il Centro.

Infine, in tale ottica risultano parimenti problematici i criteri valutativi previsti dalla disposizione. Quello dell'utilità appare difficilmente conferente rispetto alla funzione del giudice il quale, soprattutto nella fase antecedente la decisione, non dispone

fine di consentire lo svolgimento del programma di giustizia riparativa. Durante la sospensione del processo il giudice, con le modalità stabilite per il dibattimento, acquisisce, a richiesta di parte, le prove non rinviabili.

4-bis. Le disposizioni di cui al comma 4 si applicano, altresì, prima dell'esercizio dell'azione penale, quando il pubblico ministero ha disposto la notifica dell'avviso di cui all'articolo 415-bis. In tal caso, sulla richiesta di sospensione del procedimento provvede il giudice per le indagini preliminari, sentito il pubblico ministero.

4-ter. Durante il tempo in cui il procedimento o il processo è sospeso, sono sospesi il corso della prescrizione e i termini di cui all'articolo 344-bis. Durante lo stesso tempo, i termini di durata massima della custodia cautelare di cui all'articolo 303 sono sospesi dal giudice, con ordinanza appellabile a norma dell'articolo 310. Si applica l'articolo 304, comma 6.

5. Al termine dello svolgimento del programma di giustizia riparativa, l'autorità giudiziaria acquisisce la relazione trasmessa dal mediatore.».

⁶⁶⁷ Ci si riferisce ivi sempre a Roberto Bartoli in BARTOLI, *Complementarità, innesto e rientro*, cit.

necessariamente di una conoscenza adeguata della vicenda e, in ogni caso, non risulta in grado di valutare l'utilità di un programma non ancora concretamente elaborato. Quanto ai criteri di pericolosità, la tutela rispetto ai rischi per l'accertamento dei fatti o per soggetti vulnerabili dovrebbe essere rimessa al mediatore, cui compete la gestione del percorso e la verifica delle condizioni necessarie al suo svolgimento.

Alla luce delle considerazioni or ora effettuate, è possibile sostenere che l'innesto dovrebbe essere invero ricondotto ad una funzione di mero raccordo tra procedimento penale e percorso riparativo, evitando così che la valutazione giudiziale finisca per anticipare quella propria del mediatore o, ancor più radicalmente, per trasformare l'accesso alla giustizia riparativa in un ulteriore segmento della decisione punitiva⁶⁶⁸.

Da ultimo, quanto al rientro disciplinato *ex artt.* 57 e 58 d.lgs. 150/2022⁶⁶⁹, il nodo centrale concerne la possibilità per il giudice di sottoporre ad autonoma valutazione l'esito del percorso riparativo definito dal mediatore; tale questione può essere sviscerata distinguendo tra svolgimento del percorso ed esito riparativo e, ulteriormente, tra esito negativo ed esito positivo.

Invero, in presenza di un esito negativo, l'art. 58, co. 2, stabilisce espressamente che esso non può produrre effetti sfavorevoli nei confronti della persona indicata quale autore dell'offesa; ciò – è importante specificare – non si traduce tuttavia affatto nell'esclusione della valutazione della partecipazione al percorso in senso favorevole ai sensi dell'art. 133 c.p., soprattutto ove l'interruzione o il mancato raggiungimento dell'esito positivo siano dipesi da circostanze non imputabili al soggetto⁶⁷⁰.

⁶⁶⁸ BARTOLI, *Complementarità, innesto e rientro*, cit., 18-19.

⁶⁶⁹ Dei quali si ritiene opportuno riportare i relativi dispositivi; in primo luogo l'art. 57, rubricato «Relazione e comunicazioni all'autorità giudiziaria», dispone: «1. Al 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. Ulteriori informazioni sono trasmesse su richiesta dei partecipanti e con il loro consenso.

2. Il mediatore comunica all'autorità giudiziaria procedente anche la mancata effettuazione del programma, l'interruzione dello stesso o il mancato raggiungimento di un esito riparativo, fermo restando quanto disposto dall'articolo 58.»; in secondo luogo, rubricato «Valutazione dell'esito del programma di giustizia riparativa» l'art. 58 prevede: «1. 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.

2. In ogni caso, la mancata effettuazione del programma, l'interruzione dello stesso o il mancato raggiungimento di un esito riparativo non producono effetti sfavorevoli nei confronti della persona indicata come autore dell'offesa».

⁶⁷⁰ Del resto, pare opportuno precisare, l'art. 51, d.lgs. 150/2022 preclude l'utilizzazione, nel procedimento penale e nella fase esecutiva, delle dichiarazioni e delle informazioni acquisite durante il programma, fatti

Viceversa, in presenza di un esito positivo, l'art. 58, co. 1, dispone che l'autorità giudiziaria, per le determinazioni di competenza, effettui apprezzamenti circa lo svolgimento del programma e, anche ai fini dell'art. 133 c.p., l'eventuale esito riparativo. Tale previsione è fautrice di diversi rilievi critici nonché interrogativi: si pone anzitutto il problema del possibile cumulo degli effetti dell'esito positivo, posto che esso può assumere rilievo già quale circostanza attenuante e non dovrebbe produrre una duplicazione di effetti anche in sede di commisurazione della pena. In quest'ottica risulterebbe pertanto preferibile il riferimento della valutazione ai sensi dell'art. 133 c.p. allo svolgimento del programma, valorizzando la partecipazione della persona indicata come autore soprattutto quando il mancato esito positivo non sia ad essa imputabile.

Peraltro, più radicalmente, occorre interrogarsi sulla possibilità che il giudice, a fronte di un esito dichiarato positivo dal mediatore, possa autonomamente qualificarlo come negativo, negandogli gli effetti previsti a corollario dalla disciplina. Su questo fronte, se è certamente possibile che l'esito riparativo venga utilizzato all'interno della giustizia punitiva senza che ciò ne comprometta la natura, assai più problematico sarebbe consentire alla giustizia punitiva di mettere in discussione l'esito definito nell'ambito del percorso riparativo. Una siffatta possibilità finirebbe invero per alterare la natura stessa della giustizia riparativa, subordinandone definitivamente il risultato alla valutazione giudiziale.

Il controllo del giudice dovrebbe pertanto rimanere estrinseco e formale, senza assurgere a rivalutazione dell'operato del mediatore; del resto, non risultano agevolmente individuabili né i criteri sulla cui base tale giudizio dovrebbe essere formulato, né il suo stesso oggetto.

È proprio nel rientro, dunque, che si manifesta con particolare evidenza il limite oltre il quale la complementarità rischia di convertirsi in subordinazione: la giustizia punitiva può attribuire rilevanza all'esito del percorso riparativo ma non dovrebbe riappropriarsene sino a determinarne autonomamente il significato.

Da ultimo giova sottolineare come appaia distonico altresì che la misura della diminuzione connessa alla circostanza attenuante sia rimessa alla discrezionalità giudiziale anziché essere predeterminato in misura fissa⁶⁷¹.

salvi i contenuti di cui all'art. 77, lasciando così spazio alla valorizzazione dello svolgimento del percorso nei limiti consentiti dalla disciplina.

⁶⁷¹ BARTOLI, *Complementarità, innesto e rientro*, cit., 19-20.

3. Giustizia riparativa e principi del diritto penale: una prospettiva critica

Disaminato l'innesto della giustizia riparativa nel corpo del sistema penale, si rende ora necessario volgere l'indagine verso le criticità e i nodi concettuali che tale compenetrazione genera rispetto ai principi fondanti del sistema penale. In questo orizzonte ermeneutico, la riflessione di illustre dottrina⁶⁷² consente di interrogarsi sui limiti entro i quali le istanze di riparazione e ricomposizione del conflitto possono trovare spazio, senza tuttavia alterare la natura eminentemente pubblica del reato né menomare le finalità ascritte alla sanzione penale.

3.1. Giustizia riparativa e il monopolio statale della risposta al reato

Come già anticipato nel paragrafo che precede il presente, la c.d. giustizia riparativa⁶⁷³ è configurabile quale modello che propone, in luogo del tradizionale diritto penale incentrato sulla pena detentiva, un'opzione fondata sulla mediazione e sulla riconciliazione, erigendo a protagonista la persona offesa, portatrice dell'istanza di attribuire dignità sistematica al ristoro del danno e alla restaurazione del bene giuridico leso.

In questa sede occorre tuttavia precisare che la mediazione, la conciliazione e, più in generale, gli istituti propri della giustizia riparativa possono svolgere una funzione meramente circoscritta, qualora siano intesi come espressione dell'interesse dell'ordinamento penale verso la vittima⁶⁷⁴. Come è noto e così come si è già dato conto, il delitto presenta natura eminentemente pubblica e la pena persegue altresì finalità di prevenzione generale⁶⁷⁵; ne consegue che va con fermezza riaffermato che la genesi e la tenuta del diritto penale moderno riposano sulla necessaria sottrazione della vittima dall'epicentro del conflitto generato dal reato. Invero, è lo Stato, ovvero la comunità politico-giuridica, a farsi carico di assicurare una risposta razionale all'offesa, opzione che rappresenta un progresso proprio della civiltà giuridica: il monopolio statale della

⁶⁷² Ci si riferisce ivi a Giovanni Cocco in COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato e istituti estranei*, in COCCO-AMBROSETTI, *Trattato breve di diritto penale, Punibilità e pene*, cit., 62 ss.

⁶⁷³ In materia si vedano *ex multis*: MANNOZZI-LODIGIANI, *Giustizia riparativa. Ricostruire legami*, cit.; ID, *La giustizia riparativa. Formanti, parole, metodi*, Torino, 2017; MANNOZZI, *La giustizia senza spada: uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003; ID, voce *Giustizia riparativa*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali X*, Milano, 2017.

⁶⁷⁴ HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit., 228 ss.

⁶⁷⁵ Segnatamente, ai fini di un approfondimento sul punto, si veda il Capitolo I della presente trattazione e le fonti ivi citate.

forza consente difatti di imbrigliare e sedare le istanze di vendetta nonché i conflitti derivanti dai reati⁶⁷⁶, anche alla luce della crescente attenzione del diritto penale contemporaneo verso i beni giuridici universali e funzionali.

Al monopolio della forza si accompagna quello della regolamentazione, cui spetta individuare e comunicare, con efficacia *erga omnes*, i comportamenti vietati e le conseguenze della loro violazione; in tal modo vengono definite statutariamente le posizioni del reo e dell'offeso, nel senso che la vittima viene sottratta dal centro della gestione del conflitto, mentre l'attenzione si concentra sull'autore del reato, a fronte del fatto che lo Stato assume quali proprie funzioni la prevenzione, la repressione dei reati nonché, secondo la medesima logica, la risocializzazione del reo.

Il monopolio statale della risposta punitiva al reato costituisce, pertanto, un tratto caratterizzante delle teorie generalpreventive, della riserva di legge e, più in generale, del modello di diritto penale proprio delle società liberali. Se nelle fasi primordiali di gestione del conflitto alla vittima spettava la vendetta, è di contro connaturato allo *Stato di diritto* che quest'ultima venga privata di tale potere, restandole precluso ogni potere d'incidenza sulla sorte del reo, tanto in relazione alla pena quanto al risarcimento del danno derivante dal reato⁶⁷⁷.

3.2. Riparazione, *diversion* e commisurazione della risposta sanzionatoria

Nonostante quanto appena illustrato, taluni recenti interventi novellistici ispirati al paradigma della giustizia riparativa mostrano una perfetta consonanza con i postulati dello Stato liberale di diritto. È il caso, in particolare, della nuova figura prevista dall'art. 162-ter c.p., che si differenzia dall'analoga previsione dell'art. 35, d.lgs. n. 274/2000⁶⁷⁸

⁶⁷⁶ HASSEMER, *Perché punire è necessario*, cit., 233 ss.; cfr. altresì COCCO, *Vittima, riparazione, mediazione e diversione*, in CATERINI-MULEO (cur.), *La giustizia al tempo del coronavirus*, Pisa, 2020; ID, *L'autonomia della punibilità e la giustizia riparativa a confronto verso le riforme*, in *Ind. Pen.*, 2/2023.

⁶⁷⁷ COCCO, *La punibilità quarto elemento*, cit., 62.

⁶⁷⁸ Si riportano, per esigenze espositive, i rispettivi dispositivi: rubricato «Estinzione del reato per condotte riparatorie» l'art. 162-ter c.p. prevede: «Nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato. Il risarcimento del danno può essere riconosciuto anche in seguito ad offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo.

Quando dimostra di non aver potuto adempiere, per fatto a lui non addebitabile, entro il termine di cui al primo comma, l'imputato può chiedere al giudice la fissazione di un ulteriore termine, non superiore a sei mesi, per provvedere al pagamento, anche in forma rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento; in tal

relativa ai reati di competenza del Giudice di pace, in quanto opportunamente depurata da qualsivoglia riferimento all'emenda personale o alla risocializzazione del reo in essa contenuti⁶⁷⁹.

Sotto diverso profilo, appaiono altresì compatibili con il disegno liberale – rimanendo confinati entro l'alveo della commisurazione della pena in senso ampio e in senso stretto, nonché della concessione della sospensione condizionale della pena abbreviata – gli esiti riparativi dei programmi di giustizia riparativa disciplinati dagli artt. 42-67, d.lgs. n. 150/2022. Resta fermo, al riguardo, il fondamentale limite di matrice garantista per cui l'incompiutezza del percorso, la sua interruzione o il mancato raggiungimento di un esito riparativo non possono in alcun caso tradursi in un pregiudizio sfavorevole in *malam partem* per l'imputato

Proprio con riferimento a tali esiti, tuttavia, si impone una riserva critica: essi tendono a configurare una singolare “sommatoria” tra contenuti punitivi – rimessi al prudente apprezzamento giudiziale ed eventualmente attenuati nella quantificazione sanzionatoria – e contenuti riparatori, i quali esigono di essere rispettati per spiegare rilevanza penalistica, senza potersi esaurire sul mero piano delle intenzioni. Per tale ragione, siffatti meccanismi sono stati oggetto di critiche, in quanto idonei ad alimentare

caso il giudice, se accoglie la richiesta, ordina la sospensione del processo e fissa la successiva udienza alla scadenza del termine stabilito e comunque non oltre novanta giorni dalla predetta scadenza, imponendo specifiche prescrizioni. Durante la sospensione del processo, il corso della prescrizione resta sospeso. Si applica l'articolo 240, secondo comma.

Il giudice dichiara l'estinzione del reato, di cui al primo comma, all'esito positivo delle condotte riparatorie. Le disposizioni del presente articolo non si applicano nei casi di cui all'articolo 612-bis».

Quanto all'art. 35, d.lgs. 274/2000, rubricato anch'esso «Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie» si dispone: «1. Il giudice di pace, sentite le parti e l'eventuale persona offesa, dichiara con sentenza estinto il reato, enunciandone la causa nel dispositivo, quando l'imputato dimostra di aver proceduto, prima dell'udienza di comparizione, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato.

2. Il giudice di pace pronuncia la sentenza di estinzione del reato di cui al comma 1, solo se ritiene le attività risarcitorie e riparatorie idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione.

3. Il giudice di pace può disporre la sospensione del processo, per un periodo non superiore a tre mesi, se l'imputato chiede nell'udienza di comparizione di poter provvedere agli adempimenti di cui al comma 1 e dimostri di non averlo potuto fare in precedenza; in tal caso, il giudice può imporre specifiche prescrizioni.

4. Con l'ordinanza di sospensione, il giudice incarica un ufficiale di polizia giudiziaria o un operatore di servizio sociale dell'ente locale di verificare l'effettivo svolgimento delle attività risarcitorie e riparatorie, fissando nuova udienza ad una data successiva al termine del periodo di sospensione.

5. Qualora accerti che le attività risarcitorie o riparatorie abbiano avuto esecuzione, il giudice, sentite le parti e l'eventuale persona offesa, dichiara con sentenza estinto il reato enunciandone la causa nel dispositivo.

6. Quando non provvede ai sensi dei commi 1 e 5, il giudice dispone la prosecuzione del procedimento.».

⁶⁷⁹ Si veda *amplius* sul punto: COCCO, *Vittima, riparazione, mediazione e diversione*, cit.

una sorta di *inflazione reattiva* e ad assumere una connotazione moralistica, evidenziata dal ricorso alle figure delle vittime aspecifiche o surrogate^{680,681}.

Un ulteriore profilo problematico concerne, infine, i modelli riconducibili alla c.d. *diversione*, attraverso i quali la logica della giustizia riparativa trova una peculiare proiezione sul piano processuale. Siffatti meccanismi sono atti – essenzialmente – ad evitare che la risposta al fatto di reato si determini attraverso il procedimento penale ordinario, postulando di contro la sottrazione della stessa ad un momento in cui non sia ancora intervenuto un definitivo accertamento della responsabilità, segnatamente per figure di reato in relazione alle quali l'incedere del rito penale ordinario appare, nella visione dei sostenitori, superfluo se non controproducente nella misura in cui l'esposizione del soggetto alle dinamiche processuali e la conseguente stigmatizzazione quale autore del reato potrebbero favorire la reiterazione di condotte devianti, secondo la nota prospettiva del c.d. *labeling approach*⁶⁸².

La reazione alla fattispecie criminosa viene così trasfusa in un itinerario *extra*-penale, slegato dalle dinamiche propriamente punitive e proteso al recupero del soggetto, alla ricomposizione della situazione conflittuale generata dal reato e, ove possibile, alla riparazione dell'offesa, nell'intento di perseguire scopi di prevenzione, reintegrazione e risocializzazione – tradizionalmente affidati agli strumenti della giustizia penale – attraverso moduli informali⁶⁸³.

Nell'ordinamento italiano tali modelli hanno trovato progressiva applicazione in ambiti differenti: dapprima nel settore minorile, successivamente nella competenza del Giudice di pace e, da ultimo, sono pervenuti nel diritto penale comune, mediante l'introduzione della sospensione del procedimento con messa alla prova (di cui agli artt. 168-bis ss. c.p., ad opera della L. n. 67/2014), istituto che impone il compimento di

⁶⁸⁰ BERTACCINI, *La giustizia riparativa in seno alla riforma punitivo-efficientista*, in *Legislazione penale*, 8.10.2024, 9 ss.; DONINI, *Paradigma vittimario e idea riparativa. Criteri di orientamento in una potenziale contraddizione di sistema*, in *Diritto di Difesa*, 16.7.2024, *passim*; FIANDACA, *Punizione*, Bologna, 2024, 148-151.

⁶⁸¹ COCCO, *La punibilità quarto elemento*, cit., 63.

⁶⁸² Sul punto si veda il classico studio di Tannenbaum in TANNENBAUM, *Crime and the community*, New York, 1951, 16 ss.

⁶⁸³ HIRANO, KOS, RABCEWICZ, ZUBKOWSKI, *Diversion and Mediation, Commentaire in preparazione del XIII Congresso internazionale di diritto penale*, in *Rassegna penitenziaria e criminologia*, 1983, 84; MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 20 ss.; BERTOLINI, *Esistono autentiche forme di "diversione" nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4/2015, 47 ss.

condotte funzionali alla rimozione ovvero attenuazione delle conseguenze dannose o pericolose prodotte dal reato e, ove possibile, al risarcimento del danno, cui si accompagna la prestazione di lavoro di pubblica utilità. A ben guardare, dunque, ne risulta un modello connotato da un'ambivalenza teorica e pertanto difficilmente riconducibile ad una singola funzione: alla componente riparativa e conciliativa si sovrappongono, invero, istanze di prevenzione speciale e generale, senza che si registri una rinuncia *in toto* della dimensione afflittiva propria della sanzione penale.

Va nondimeno evidenziato come l'istituto *de quo* concernente gli adulti si rende oggetto di taluni rilievi critici: anzitutto, lo stesso determina ineludibilmente una significativa forma di responsabilizzazione dell'interessato, a fronte della scelta di quest'ultimo di sottoporsi al programma comportante obblighi e prestazioni non trascurabili. Al contempo, l'assenza di una pronuncia di condanna determina il venir meno di quella funzione *comunicativa* attraverso la quale la sanzione esprime pubblicamente il disvalore attribuito al fatto commesso. Si propone così, sotto diversa angolazione, una delle criticità già emerse nell'analisi delle funzioni della pena⁶⁸⁴: l'esigenza di perseguire finalità risocializzanti e riparative non può tradursi nella completa oblitterazione della dimensione censoria e comunicativa della risposta penale, soprattutto laddove quest'ultima concorre alla conferma dell'autorità della norma e alla tutela delle esigenze generalpreventive.

In una prospettiva analoga può essere considerato l'affidamento in prova al servizio sociale nella fase esecutiva, il quale consente di perseguire, attraverso modalità non detentive, obiettivi di reinserimento e di responsabilizzazione del condannato. Quest'ultimo, tuttavia, a causa della sovrapposizione concorsuale con la messa alla prova nel giudizio di cognizione, finisce per smarrire la propria natura di misura alternativa alle pene detentive brevi, venendo svilito a mero strumento deflattivo nonché idoneo a concorrere alla riduzione della popolazione carceraria, anziché assurgere a modello di individualizzazione del trattamento nella fase esecutiva⁶⁸⁵.

Tale evoluzione si inserisce, del resto, nel più ampio processo di flessibilizzazione della risposta sanzionatoria già esaminato con riguardo al fenomeno del sovraffollamento

⁶⁸⁴ Sul punto si rinvia, ai fini di una panoramica più ampia della criticità in esame, al Capitolo I della presente trattazione.

⁶⁸⁵ COCCO, *La punibilità quarto elemento*, cit., 64-65.

carcerario⁶⁸⁶: istituti originariamente giustificati da finalità risocializzanti possono essere progressivamente investiti anche di una funzione deflattiva, con il rischio che le esigenze di gestione del sistema penitenziario finiscano per incidere sulla concreta conformazione della risposta al reato. Ne deriva un'ulteriore divaricazione tra la pena prevista, pena irrogata e pena effettivamente eseguita, suscettibile di riflettersi tanto sulla certezza della sanzione quanto sul suo significato generalpreventivo.

La questione *de qua* non si esaurisce pertanto nella mera verifica dell'effettiva valenza riparativa di tali istituti, investendo altresì il delicato equilibrio tra responsabilizzazione dell'autore, previo accertamento della sua responsabilità e salvaguardia delle garanzie che presidiano il processo penale⁶⁸⁷.

Invero, da ultimo, ulteriore e problematico snodo concerne il rapporto tra la responsabilizzazione del reo, il riconoscimento dei fatti e il difetto di un formale accertamento della responsabilità. D'altra parte, appare difficilmente concepibile un programma propriamente riparativo che prescindendo del tutto da un riconoscimento, da parte dell'interessato, del proprio coinvolgimento nella produzione dell'offesa⁶⁸⁸ e che non attribuisca primazia alla veridica ricostruzione dell'accaduto. In questa prospettiva, assume rilievo la tesi secondo cui la confessione volontaria costituirebbe una forma di comportamento *post-delictum* funzionalmente equivalente all'assoggettamento alla reazione punitiva, laddove quest'ultima venga intesa quale espressione di una censura meritata. In una chiave ancor più radicale, il riconoscimento della propria responsabilità assumerebbe di per sé una valenza intrinsecamente riparativa: sia quale contributo alla riparazione dell'offesa recata, sia quale riaffermazione dell'autorità del precetto violato, sia infine quale potenziale premessa per una ricomposizione del conflitto con la vittima.

La criticità in esame si confronta tuttavia con la particolare struttura della messa alla prova. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 91/2018⁶⁸⁹, ha escluso che l'istituto contrasti con la presunzione di non colpevolezza, rilevando come, in assenza di una condanna, manchi correlativamente un formale accertamento della colpevolezza: il trattamento alternativo alla pena viene infatti disposto su istanza dell'imputato, quale

⁶⁸⁶ Sul tema, si veda *supra*, Capitolo I, § 4.3.

⁶⁸⁷ COCCO, *La punibilità quarto elemento*, cit., 65.

⁶⁸⁸ MARTINEZ ESCAMILLA, *La mediación penal en España: estado de la cuestión*, in *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Madrid, 2011, 33.

⁶⁸⁹ C. cost., 27.4.2018, n. 91.

estrinsecazione delle sue facoltà difensive. La Consulta valorizza in questo senso anche l'elemento volitivo, rimettendo alla libera determinazione dell'interessato non soltanto l'accesso al rito, ma anche la concreta esecuzione del programma.

Nella medesima direzione si colloca altresì la pronuncia delle Sezioni Unite del 31 marzo 2016⁶⁹⁰, che ha individuato nella messa alla prova, per un verso, un rito speciale mediante il quale l'imputato, rinunciando alla prosecuzione del procedimento ordinario, accede ad un trattamento non detentivo; per un altro verso, un istituto connotato dall'anticipazione della risposta specialpreventiva, con conseguente *lacerazione* della tradizionale sequenza cognizione-esecuzione della pena. Proprio l'anticipazione della risposta al reato rispetto all'accertamento definitivo della responsabilità rende pertanto particolarmente fragile la coesistenza tra giustizia riparativa, responsabilizzazione del soggetto e presunzione di innocenza.

La questione, del resto, non risalta quale mera peculiarità della messa alla prova, bensì si iscrive nel più vasto tema dei presupposti d'accesso ai programmi di *Restorative Justice*. L'art. 12, co. 1, lett. c, della direttiva 2012/29/UE⁶⁹¹ contempla, tra le garanzie d'accesso, il riconoscimento ad opera dell'autore dei fatti essenziali alla vicenda; condizione analoga è prevista, in termini espressi, dalla legislazione spagnola in materia di giustizia riparativa⁶⁹². La medesima esigenza trova riscontro nel nostro ordinamento positivo, laddove l'art. 43, co. 2, d.lgs. 150/2022⁶⁹³ annovera tra le finalità della giustizia riparativa tanto il riconoscimento della persona offesa quanto la responsabilizzazione dell'indicato autore dell'offesa.

Ne deriva un'evidente tensione tra la necessità di un coinvolgimento consapevole dell'interessato nel percorso riparativo e la garanzia costituzionale della presunzione di

⁶⁹⁰ Cass. pen. Sez. Un., 31.3.2016, n. 36272.

⁶⁹¹ Segnatamente, rubricato «Diritto a garanzie nel contesto dei servizi di giustizia riparativa», l'art. 12 della Direttiva summenzionata prevede al co. 1, lett. c: «1. Gli Stati membri adottano misure che garantiscono la protezione delle vittime dalla vittimizzazione secondaria e ripetuta, dall'intimidazione e dalle ritorsioni, applicabili in caso di ricorso a eventuali servizi di giustizia riparativa. Siffatte misure assicurano che una vittima che sceglie di partecipare a procedimenti di giustizia riparativa abbia accesso a servizi di giustizia riparativa sicuri e competenti, e almeno alle seguenti condizioni: [...] c) l'autore del reato ha riconosciuto i fatti essenziali del caso».

⁶⁹² Nello specifico si fa riferimento alla L. n. 4/2015; sul punto si veda *amplius*: PISCONTI, *La restorative justice nel sistema della giustizia penale spagnola: peculiarità a confronto con il sistema italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 3/2024, 164 ss.; Trib. Genova I, 21.11.2023.

⁶⁹³ Rubricato «Principi generali e obiettivi», il secondo comma dell'art. 43 d.lgs. 150/2022 prevede: «2. I programmi di giustizia riparativa tendono a promuovere il riconoscimento della vittima del reato, la responsabilizzazione della persona indicata come autore dell'offesa e la ricostituzione dei legami con la comunità».

non colpevolezza. Postulata invero l'innocenza dell'imputato sino alla condanna definitiva *ex art. 27, co. 2, Cost.*, la dottrina ha criticamente evidenziato la problematicità di sottoporre l'individuo a incisive limitazioni della libertà personale e di circolazione, nonché a prescrizioni onerose – quali gli obblighi di dimora, l'affidamento in prova, il lavoro di pubblica utilità o le prestazioni riparatorie – qualora il consenso prestato non sia effettivamente libero e consapevole⁶⁹⁴.

La criticità assume così rilievo anche rispetto alla conformazione della risposta sanzionatoria al reato: quanto più il trattamento riparativo anticipa i contenuti propri della pena e incide sulla posizione dell'interessato prima della definizione del giudizio, tanto più diviene necessario interrogarsi sui presupposti che ne legittimano l'applicazione e sui limiti entro i quali gli esiti della procedura possono essere valorizzati nella determinazione della risposta al reato.

Permane, infine, un'ulteriore obiezione di carattere sistematico relativa alla reale attitudine di tali meccanismi ad attenuare il ricorso alla pena detentiva. Il rischio prefigurato dalla scena penalistica dottrinale è quello del c.d. *net widening*: le misure modellate in chiave alternativa alla detenzione, anziché restringere l'area del controllo penale, rischiano di estenderne le maglie a fattispecie e soggetti che altrimenti ne sarebbero rimasti estranei. In tal modo, la funzione deflattiva perseguita finisce per essere in concreto attenuata, se non neutralizzata, dall'indebito ampliamento della rete del controllo punitivo^{695,696}.

3.3. Giustizia riparativa e non punibilità: una diversa collocazione sistematica

Le criticità sin qui evidenziate inducono pertanto ad interrogarsi non soltanto sulla compatibilità degli strumenti riparativi con le garanzie proprie del diritto penale, ma anche sui limiti entro i quali essi possano trovare una razionale collocazione nel sistema sanzionatorio. In questa prospettiva, appare particolarmente significativa la posizione autorevolmente sostenuta in dottrina⁶⁹⁷, la quale sostiene la necessità che l'impiego di moduli conciliativi e di mediazione – laddove travalichino il mero risarcimento del danno,

⁶⁹⁴ CAVALIERE, *Considerazioni “a prima lettura” su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella L. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. Riforma Cartabia*, in *Pen. dir. e proc.*, 3/2021, 471.

⁶⁹⁵ CAVALIERE, *Considerazioni “a prima lettura”*, cit., 472.

⁶⁹⁶ COCCO, *La punibilità quarto elemento*, cit., 65-66.

⁶⁹⁷ Si fa ivi riferimento, nello specifico, alla proposta di Giovanni Cocco in COCCO, *La punibilità quarto elemento*, cit., 66-67.

la restaurazione del bene leso o l'eliminazione del pericolo derivante da reato – rimanga circoscritto essenzialmente agli illeciti di minore gravità, caratterizzati da una relazione personale tra autore e persona offesa all'interno della quale trovi origine il conflitto penalmente rilevante. Invero, soltanto in contesti di tale natura siffatti strumenti si palesano armonizzabili con le istanze di prevenzione generale e speciale nonché con i principi di proporzionalità ed *extrema ratio*, consentendo al contempo una riduzione dei costi connessi all'impiego delle risorse processuali, personali ed economiche.

La prospettiva delineata trova un significativo termine di raffronto nella disciplina della non punibilità di cui all'art. 649 c.p.⁶⁹⁸ per taluni reati contro il patrimonio⁶⁹⁹. In tali ipotesi, infatti, la scelta del legislatore ricade nell'attribuire pregnanza alla particolare relazione intercorrente tra le parti, sebbene attraverso un meccanismo differente: per alcune categorie di rapporti familiari, la legge attribuisce prevalenza al vincolo interpersonale, escludendo *tout court* la punibilità per determinati illeciti patrimoniali di minore gravità; rispetto ad altre relazioni, la medesima esigenza si traduce nella subordinazione dell'azione penale alla condizione di procedibilità della querela.

Muovendo proprio da tale presupposto teorico, la prospettiva dottrinale richiamata è in grado di individuare nella mediazione e nella composizione del conflitto uno strumento potenzialmente circoscritto a situazioni nelle quali la dimensione interpersonale del fatto renda preferibile una soluzione diversa dalla punizione, senza per questo postulare una generale sostituzione della risposta penale con modelli riparativi. In tali specifiche ipotesi si profilerebbe così la praticabilità di *iter* conciliativi – eventualmente assistiti dall'intervento di una figura pubblica – che, se reputati necessari

⁶⁹⁸ Il quale, rubricato «Non punibilità e querela della persona offesa, per fatti commessi a danno di congiunti» prevede: «Non è punibile chi ha commesso alcuno dei fatti preveduti da questo titolo in danno: 1) del coniuge non legalmente separato; 1-bis) della parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso; 2) di un ascendente o discendente o di un affine in linea retta, ovvero dell'adottante o dell'adottato; 3) di un fratello o di una sorella che con lui convivano.

I fatti preveduti da questo titolo sono punibili a querela della persona offesa, se commessi a danno del coniuge legalmente separato o della parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, nel caso in cui sia stata manifestata la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile e non sia intervenuto lo scioglimento della stessa, ovvero del fratello o della sorella che non convivano coll'autore del fatto, ovvero dello zio o del nipote o dell'affine in secondo grado con lui conviventi.

Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai delitti preveduti dagli articoli 628, 629 e 630 e ad ogni altro delitto contro il patrimonio che sia commesso con violenza alle persone».

⁶⁹⁹ Cfr. COCCO, *Il fondamento e i limiti dei rapporti familiari come causa di non punibilità o di perseguibilità a querela di parte*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2015; ID, *L'autonomia della punibilità*, cit.

e sufficienti alla composizione della lite originata dal reato, giungano a determinare la non punibilità del fatto.

La proposta assume pertanto peculiare rilievo anche rispetto al tema della commisurazione della risposta al reato: anziché incanalare necessariamente la condotta riparativa all'interno di un trattamento sanzionatorio sostitutivo o di un percorso prescrittivo, essa prospetta una soluzione diversa, nella quale la composizione del conflitto può incidere *a monte* sulla stessa punibilità del fatto. In questo senso, la non punibilità viene così eretta a sede sistematicamente più congrua per le condotte restauratrici nonché alcune forme di composizione del conflitto, ritenendosi tale soluzione maggiormente conforme alla struttura e ai principi del diritto penale liberale.

L'impostazione dottrinale *de qua* consente di traslare ulteriormente il baricentro della riflessione: non più soltanto sulla capacità della *restorative justice* di modulare una pena già determinata, ma sulla possibilità che la riparazione e composizione del conflitto incidano, in presenza di determinati presupposti, sulla stessa necessità della risposta punitiva. È proprio su questo crinale che si innesta la valutazione critica in ordine alla progressiva stratificazione degli istituti riparativi.

Invero, la sommatoria degli strumenti introdotti dalla più recente novellistica sotto l'etichetta della giustizia riparativa non appare priva di criticità, potendo determinare un sistema prevalentemente piegato ad istanze specialpreventive o a mere esigenze di contenimento del carico giudiziario. Si profilerebbe così una forma di "depenalizzazione in concreto" non esente da possibili frizioni con i principi del diritto penale liberale e con le garanzie individuali, rispetto alla quale non risultano, peraltro, necessariamente evidenti gli effetti in termini di riduzione del ricorso alla pena detentiva. Al contempo, un ricorso svincolato da rigidi criteri selettivi rischia di indebolire l'efficacia generalpreventiva del precetto penale, creando aree – di diritto o di fatto – di sostanziale impunità ovvero determinando significative disparità di trattamento.

Da ultimo, in tale ottica, viene altresì denunciata l'assenza di una visione sistematica idonea ad indirizzare le diverse tipologie di illecito verso gli strumenti più adeguati, eventualmente anche di natura riparativa. La questione investe dunque tanto la concreta efficacia dei singoli istituti quanto la stessa coerenza complessiva delle modalità attraverso cui l'ordinamento seleziona e commisura la risposta al reato. Rispetto a tale deriva, la dottrina individua nelle cause di non punibilità una soluzione maggiormente

fedele ai principi liberali, riconoscendo alle stesse un preciso fondamento e un autonomo ruolo dogmatico, oltre che una potenziale funzione di contenimento dell'indebita espansione del diritto penale⁷⁰⁰.

4. Giustizia riparativa e commisurazione della risposta sanzionatoria

Le criticità vagliate nel paragrafo precedente non esauriscono, tuttavia, la portata e la rilevanza della giustizia riparativa nell'alveo dell'ordinamento penale. Se, invero, la progressiva introduzione di istituti modellati sul paradigma riparativo impone di interrogarne la compatibilità rispetto ai principi propri del diritto penale liberale, occorre altresì volgere l'attenzione al diverso e ulteriore profilo attinente alla concreta incidenza che gli esiti dei programmi di *restorative justice* esplicano sulla conformazione della risposta al reato.

È precisamente in questa prospettiva che viene in rilievo la disciplina organica introdotta dagli artt. 42-67 del d.lgs. n. 150/2022, la quale ha delineato una molteplicità di forme di raccordo tra il percorso riparativo e il sistema penale; l'accesso ad un programma di giustizia riparativa e, segnatamente, il conseguimento di un esito riparativo, possono infatti assumere rilevanza in differenti momenti della vicenda penale, incidendo sulla definizione del procedimento, sulla commisurazione della pena e sulle successive modalità di esecuzione della sanzione⁷⁰¹.

Un simile assetto merita di essere vagliato alla luce della distinzione – già in precedenza rimarcata – tra la giustizia riparativa quale modello orientato alla ricomposizione dell'offesa e del conflitto ad essa sotteso, e gli istituti propriamente sanzionatori. La valorizzazione dell'esito riparativo non equivale, difatti, alla sostituzione della risposta punitiva con un autonomo e alternativo paradigma di determinazione della pena. Piuttosto, il legislatore ha inteso congegnare specifici meccanismi attraverso i quali il percorso riparativo è suscettibile di intersecare gli strumenti propri del sistema penale, attribuendo al percorso riparativo una rilevanza variabile in ragione della fase procedimentale e dell'istituto di volta in volta considerato.

⁷⁰⁰ COCCO, *La punibilità quarto elemento*, cit., 66-67.

⁷⁰¹ COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 313.

Il raccordo tra procedimento penale e giustizia riparativa è assicurato, anzitutto, dall'art. 129-*bis* c.p.p.⁷⁰², ai sensi del quale l'autorità giudiziaria può disporre l'invio dell'imputato e della persona offesa ai centri per la giustizia riparativa in ogni stato e grado del giudizio. A tale previsione si affianca l'art. 57 d.lgs. n. 150/2022⁷⁰³, intesa a disciplinare la trasmissione all'autorità procedente della relazione redatta dal mediatore all'esito del programma; in tale documento si dà formale conto delle attività svolte e dell'eventuale esito riparativo conseguito, ovvero della mancata effettuazione del programma, della sua interruzione o del mancato raggiungimento di un esito riparativo⁷⁰⁴.

Si configura pertanto un raccordo *funzionale* tra il percorso riparativo e il procedimento penale che, pur preservando la distinzione tra i rispettivi ambiti, consente all'esito del programma di assumere rilevanza nell'ambito della vicenda sanzionatoria. Il dato assume peculiare significatività proprio in quanto l'esito riparativo non rimane confinato nella dimensione meramente relazionale della composizione della lite, ma viene di contro valorizzato dall'autorità procedente secondo le diverse modalità espressamente contemplate dall'ordinamento.

La disciplina novellata rivela, in definitiva, un'incidenza trasversale dell'istituto riparativo: esso può assumere rilievo prima ancora che si giunga alla determinazione della pena, può incidere sulla sua concreta commisurazione e, da ultimo, trovare ulteriore valorizzazione nella fase esecutiva. Una consimile articolazione consente di cogliere la cifra peculiare del modello delineato dal legislatore riformatore: la giustizia riparativa non si erge a generale alternativa alla risposta punitiva, bensì a percorso idoneo all'interazione con i differenti strumenti attraverso i quali l'ordinamento procede alla determinazione e alla modulazione della risposta al reato.

È proprio su tale versante dogmatico che si impone ora di concentrare l'indagine, al fine di verificare in quali termini lo svolgimento del programma e, in primis, il raggiungimento di un esito riparativo siano suscettibili di incidere sulla determinazione della risposta sanzionatoria.

⁷⁰² Di cui si è già detto; segnatamente si veda *supra*, Capitolo IV, §2.3. della presente trattazione.

⁷⁰³ Di cui si è altrettanto detto *supra*, Capitolo IV, §2.3.

⁷⁰⁴ COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 313.

4.1. La rilevanza degli esiti riparativi nella determinazione della risposta al reato

Un primo ordine di considerazioni concerne la rilevanza che lo svolgimento del programma e, segnatamente, il conseguimento di un esito riparativo sono idonei ad assumere già nell'ambito della fase di cognizione. La disciplina introdotta dal d.lgs. n. 150/2022 non si limita, infatti, ad ascrivere alla riparazione una valenza nell'ambito della relazione tra autore dell'offesa e vittima del reato, bensì riconosce anche all'esito del percorso una specifica rilevanza rispetto ad una pluralità di istituti mediante i quali il procedimento può essere definito e la risposta afflittiva concretamente modulata.

Anzitutto, l'esito riparativo può spiegare effetti in relazione alla remissione della querela; ai sensi dell'art. 152 c.p.⁷⁰⁵, invero, la remissione può intervenire anche tacitamente qualora il querelante abbia partecipato ad un programma di giustizia riparativa conclusosi con esito riparativo, ferma restando la fedele adempienza degli impegni comportamentali assunti dall'imputato. In tale eventualità, la rilevanza dell'esito riparativo si colloca anteriormente alla stessa commisurazione della pena, potendo incidere sulla prosecuzione del procedimento e, per tale via, sulla punibilità del fatto.

Ulteriore punto di raccordo è rappresentato dalla sospensione del procedimento con messa alla prova; l'esito del programma di giustizia riparativa può infatti essere inserito, nel corso del processo, nell'itinerario di messa alla prova delineato dall'art. 464-*bis*, co. 4, lett. c., c.p.p.⁷⁰⁶, concorrendo in tale modo al potenziale effetto estintivo del reato proprio dell'istituto⁷⁰⁷. Anche sotto tale profilo, l'itinerario riparativo si innesta in un congegno processuale – di cui si è già previamente dato conto – confermando la possibilità che esso dispieghi effetti non già esclusivamente sulla concreta determinazione della pena, ma altresì sulle modalità di definizione del procedimento.

Più direttamente riconducibile alla commisurazione della pena in senso lato è invece la previsione dell'art. 62, co. 1, n. 6 c.p.⁷⁰⁸, che consente di valorizzare l'avvenuta

⁷⁰⁵ Di cui si è dato conto già nel Capitolo IV, §2.1. della presente trattazione.

⁷⁰⁶ Il quale, rubricato «Sospensione del procedimento con messa alla prova» prevede: «4. All'istanza è allegato un programma di trattamento, elaborato d'intesa con l'ufficio di esecuzione penale esterna, ovvero, nel caso in cui non sia stata possibile l'elaborazione, la richiesta di elaborazione del predetto programma. Il programma in ogni caso prevede: [...] c) le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa e lo svolgimento di programmi di giustizia riparativa».

⁷⁰⁷ COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 313.

⁷⁰⁸ A cui si è già fatto riferimento *supra*, segnatamente al Capitolo IV, §2.1. della presente trattazione.

partecipazione a un programma di giustizia riparativa con la persona offesa culminato in un esito favorevole, condizionatamente, anche in questo caso, al rispetto da parte dell'agente degli impegni comportamentali assunti.

La disposizione riveste peculiare rilievo dogmatico laddove attribuisce dignità ad una forma di riparazione che trascende il tradizionale risarcimento del danno; l'esito riparativo presenta, invero, una portata più ampia, nella misura in cui ricomprende una componente tendenzialmente soggettiva⁷⁰⁹ e si iscrive in un percorso nel quale la condotta dell'autore dell'offesa si confronta direttamente con la posizione della vittima. La riparazione viene così ad assumere una dimensione ulteriore rispetto alla mera reintegrazione patrimoniale dell'offesa, in quanto suscettibile di ricomprendere una componente relazionale e personale.

Sotto tale profilo, l'esito riparativo può concorrere all'individualizzazione del trattamento punitivo, senza tuttavia tradursi in un automatismo nella mitigazione della pena; la sua rilevanza si esplica, difatti, attraverso tipizzati canali predisposti dall'ordinamento e previo prudente apprezzamento dell'autorità giudiziaria⁷¹⁰.

Un distinto ancorché complementare canale di valorizzazione è rappresentato dall'art. 58 d.lgs. n. 150/2022 che consente di tenere conto dello svolgimento del programma e dell'eventuale esito riparativo ai fini della commisurazione della pena in *strictu sensu*, secondo i criteri guida di cui all'art. 133 c.p., nonché ai fini dell'applicazione delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi.

L'esito riparativo può, dunque, essere preso in considerazione nell'ambito della valutazione complessiva rimessa al giudice ai fini della concreta determinazione della pena entro i limiti edittali. In tale prospettiva, esso viene ad affiancarsi agli ulteriori elementi suscettibili di essere apprezzati ai fini dell'individualizzazione della risposta sanzionatoria, assumendo rilievo in quanto condotta *post-delictum*.

La norma consente peraltro di distinguere due differenti modalità di incidenza della medesima vicenda riparativa: per un verso, la partecipazione al programma conclusosi con esito positivo può concorrere all'integrazione della circostanza attenuante di cui all'art. 62, co. 1, n. 6 c.p.; per altro verso, il medesimo percorso e il relativo esito possono

⁷⁰⁹ PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV. *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, 2007, 125.

⁷¹⁰ COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 313.

essere valorizzati nell'ambito della più generale discrezionalità giudiziale prevista dall'art. 133 c.p.

La medesima disposizione attribuisce inoltre rilievo – come or ora anticipato – allo svolgimento del programma e al suo eventuale esito ai fini dell'applicazione delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, tanto che la giustizia riparativa finisce per assumere rilevanza non soltanto in relazione al *quantum* di pena, ma altresì rispetto alla qualità della stessa e dunque alla concreta conformazione della risposta sanzionatoria.

A tale possibilità di valorizzazione si accompagna, nondimeno, una garanzia di particolare pregnanza, già emersa nell'analisi delle criticità del modello riparativo: la mancata effettuazione del programma, la sua interruzione ovvero il mancato raggiungimento di un esito riparativo non possono produrre effetti sfavorevoli nei confronti della persona indicata quale autore dell'offesa; la disposizione (di cui all'art. 58 in esame) impedisce che la partecipazione al programma venga surrettiziamente trasformata in un obbligo e che l'eventuale insuccesso dello stesso possa ridondare in un aggravamento della risposta sanzionatoria⁷¹¹.

Si delinea pertanto una struttura asimmetrica della disciplina: lo svolgimento del programma e il conseguimento di un esito riparativo possono essere apprezzati in *bonam partem* nelle operazioni di dosimetria sanzionatoria, mentre la mancata partecipazione, l'interruzione del percorso o il mancato raggiungimento di un esito riparativo non possono tradursi in un pregiudizio per l'interessato. La norma assume un significato pregnante ove correlata alla tensione, già evidenziata nel paragrafo che precede – tra la responsabilizzazione dell'autore dell'offesa e le garanzie che presidiano la sua posizione nell'ambito del procedimento penale.

La portata dell'esito riparativo travalica, peraltro, il momento della determinazione della pena, proiettandosi sull'istituto della sospensione condizionale della pena. Il novellato art. 163, co. 4, c.p.⁷¹² dispone invero che, qualora la pena inflitta non ecceda

⁷¹¹ COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 313.

⁷¹² Il quale, rubricato «Sospensione condizionale della pena», al quarto comma dispone: « Qualora la pena inflitta non sia superiore ad un anno e sia stato riparato interamente il danno, prima che sia stata pronunciata la sentenza di primo grado, mediante il risarcimento di esso e, quando sia possibile, mediante le restituzioni, nonché qualora il colpevole, entro lo stesso termine e fuori del caso previsto nel quarto comma dell'articolo 56, si sia adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato da lui eliminabili nonché qualora il colpevole, entro lo stesso termine, abbia partecipato a un programma di giustizia riparativa concluso con un esito riparativo, il giudice può ordinare che

l'anno e il reo abbia partecipato, prima della pronuncia della sentenza di primo grado, ad un programma di giustizia riparativa conclusosi con esito positivo, il giudice possa ordinare che l'esecuzione della pena – determinata, nel caso di pena pecuniaria, mediante ragguaglio ai sensi dell'art. 135 c.p. – rimanga sospesa per il termine di un anno⁷¹³. Anche in tale sede, l'esito riparativo non si surroga alla pena né determina automaticamente la sospensione, bensì costituisce un elemento di cui l'ordinamento impone di tenere conto ai fini della conformazione della risposta punitiva.

Da ultimo, la proiezione del percorso riparativo si estende altresì alla fase esecutiva; l'art. 15-*bis* ord. pen.⁷¹⁴ (L. 26 luglio 1975, n. 354) prevede invero che la partecipazione ai programmi di giustizia riparativa e l'eventuale relativo esito possano essere apprezzati ai fini dell'assegnazione al lavoro all'esterno, alla concessione dei permessi premio, delle misure alternative alla detenzione nonché della liberazione condizionale (c.d. benefici penitenziari)⁷¹⁵. Anche in tale ambito viene preservata la medesima clausola di garanzia operante nella fase di cognizione summenzionata⁷¹⁶.

La disciplina di cui si è ora dato conto nel complesso evidenzia, in conclusione, come l'esito riparativo sia suscettibile di assumere rilievo lungo un arco particolarmente ampio della vicenda sanzionatoria. Esso, come si è appena visto, può incidere sulla definizione del procedimento a mezzo della remissione della querela o della messa alla prova; può essere apprezzato nella commisurazione della sanzione, tanto mediante la specifica previsione di cui all'art. 62, co. 1, n. 6 c.p., quanto nell'ambito della valutazione di cui all'art. 133 c.p.; può concorrere alla scelta delle sanzioni sostitutive e alla

l'esecuzione della pena, determinata nel caso di pena pecuniaria ragguagliandola a norma dell'articolo 135, rimanga sospesa per il termine di un anno».

⁷¹³ COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 313-314.

⁷¹⁴ Del quale, rubricato «Giustizia riparativa», si riporta ivi quanto dallo stesso disposto: «1. In 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.

2. La partecipazione al programma di giustizia riparativa e l'eventuale esito riparativo sono valutati ai fini dell'assegnazione al lavoro all'esterno, della concessione dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, nonché della liberazione condizionale. Non si tiene conto in ogni caso della mancata effettuazione del programma, dell'interruzione dello stesso o del mancato raggiungimento di un esito riparativo».

⁷¹⁵ COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 314.

⁷¹⁶ Si fa riferimento ivi ai casi di mancata effettuazione del programma, della sua interruzione o del mancato raggiungimento dell'esito riparativo, tutte ipotesi inidonee a costituire oggetto di valutazione in senso sfavorevole nei confronti del soggetto individuato quale autore del reato.

sospensione condizionale e, da ultimo, può informare la fase esecutiva ai fini dell'accesso ai benefici penitenziari⁷¹⁷.

Ne emerge una rilevanza trasversale dell'esito riparativo, che non si risolve tuttavia nella trasformazione della giustizia riparativa in un autonomo modello sanzionatorio; il percorso *de quo* si mantiene difatti distinto dalla pena e, di certo, non assurge a criterio generale e autonomo di determinazione della stessa. Piuttosto, la *ratio* del legislatore sembra essere stata quella della possibile valorizzazione dello stesso nell'ambito di una pluralità di istituti in funzione complementare rispetto alla risposta punitiva.

È precisamente siffatta configurazione a consentire di cogliere il dato di maggior interesse ai fini della presente indagine. La giustizia riparativa, pur non sostituendosi integralmente alla risposta penale, viene progressivamente ad assumere rilievo nella sua concreta determinazione e modulazione: l'esito del relativo percorso si erge a elemento qualificato della condotta successiva al reato, e, attraverso i differenti strumenti predisposti dall'ordinamento, concorre all'individuazione della risposta sanzionatoria.

Tenendo fermo il limite di stampo garantista di cui si è detto, ne deriva un modello nel quale la riparazione può spiegare effetti favorevoli nella determinazione della risposta al reato, senza che la sua mancata realizzazione possa tradursi in un aggravamento della posizione dell'autore dell'offesa.

In tale prospettiva, la disciplina degli esiti riparativi costituisce una delle manifestazioni più significative dell'innesto della giustizia riparativa nel sistema penale: non già la sostituzione della pena con la riparazione, bensì l'attribuzione a quest'ultima di crescente rilevanza nell'ambito della concreta dosimetria sanzionatoria.

4.2. Le più recenti conferme della giurisprudenza: Corte cost. n. 128/2025 e Cass. Sez. Un. n. 5166/2026

Le conclusioni sin qui raggiunte trovano, del resto, autorevole nonché recentissima conferma nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità⁷¹⁸, la quale, benché interpellata in ordine a questioni di matrice squisitamente processuale, non ha potuto esimersi dal prendere posizione – sia pure incidentalmente – sullo statuto sostanziale della

⁷¹⁷ Cfr. COCCO, *L'applicazione della pena*, cit., 313-314.

⁷¹⁸ Segnatamente, ci si riferisce ivi alle sentenze C. cost., 24.7.2025, n. 128 e Cass. pen. Sez. Un., 9.2.2026, n. 5166.

giustizia riparativa e, segnatamente, sul rapporto tra i relativi esiti e la commisurazione della pena.

Risulta pertanto d'uopo, a chiusura del presente capitolo, dare conto di tali arresti, nella misura in cui essi risultano funzionali a corroborare quanto in questa sede argomentato.

Un primo, significativo contributo proviene dalla sentenza della Corte costituzionale 24 luglio 2025, n. 128, investita della questione avente ad oggetto la legittimità costituzionale dell'art. 420-*quater*, co. 4, c.p.p.⁷¹⁹, «nella parte in cui non prevede che la sentenza di non doversi procedere per mancata conoscenza del processo da parte dell'imputato contenga l'avviso della facoltà di quest'ultimo di accedere ai programmi di giustizia riparativa»⁷²⁰. In specie, il giudice *a quo* prospettava invero un *vulnus* degli artt. 3 e 24 Cost., ravvisando quale causa di tale omissione un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto all'imputato regolarmente reperito, cui l'avviso è invece assicurato ai sensi dell'art. 419, co. 3-*bis*, c.p.p.^{721,722}.

Sul punto, la Corte ha dichiarato non fondate le questioni sollevate, facendo perno anzitutto sulla natura *sui generis* della sentenza di non doversi procedere, priva di accertamento nel merito e di efficacia preclusiva piena⁷²³, tale da giustificare la scelta legislativa di non tipizzarvi l'avviso in discorso. Ciò che più rileva ivi, tuttavia, è l'*iter*

⁷¹⁹ La disposizione dell'art. 420-*quater* c.p.p., rubricata «Sentenza di non doversi procedere per mancata conoscenza della pendenza del processo da parte dell'imputato», al quarto comma attualmente prevede:

«4. La sentenza contiene altresì:

a) l'avvertimento alla persona rintracciata che il processo a suo carico sarà riaperto davanti alla stessa autorità giudiziaria che ha pronunciato la sentenza;

b) quando la persona non è destinataria di un provvedimento applicativo della misura cautelare degli arresti domiciliari o della custodia in carcere per i fatti per cui si procede, l'avviso che l'udienza per la prosecuzione del processo è fissata:

1) il primo giorno non festivo del successivo mese di ottobre, se la persona è stata rintracciata nel primo semestre dell'anno;

2) il primo giorno non festivo del mese di marzo dell'anno successivo, se la persona è stata rintracciata nel secondo semestre dell'anno;

c) l'indicazione del luogo in cui l'udienza si terrà;

d) l'avviso che, qualora la persona rintracciata non compaia e non ricorra alcuno dei casi di cui all'articolo 420-*ter*, si procederà in sua assenza e sarà rappresentata in udienza dal difensore.».

⁷²⁰ G.u.p. Trib. Grosseto, 2.5.2024, nn. 152 e 163, in *Giurisprudenza penale*, 2024; sul punto si veda DEL POPOLO, *Omesso avviso della facoltà di accedere alla giustizia riparativa: sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 420-*quater*, comma 4, c.p.p.*, in *Giurisprudenza penale*, 2024.

⁷²¹ Rubricato «Atti introduttivi», l'art. 419, co. 3-*bis*, c.p.p. dispone: «3-*bis*. L'imputato e la persona offesa sono altresì informate che hanno facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa».

⁷²² 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 *Archivio penale*, 3/2025, 10-11.

⁷²³ PARLATO, *La giustizia riparativa e due nodi da sciogliere*, cit., 12, su C. cost. 24.7.2025, n. 128, cit.

motivazionale seguito dal Giudice costituzionale per escludere che l'omissione dell'avviso incida sul diritto di difesa dell'imputato; la Corte ha difatti ribadito come la giustizia riparativa si configuri quale programma di attività extraprocessuale, priva di carattere procedimentale in senso processual-penalistico e di natura giurisdizionale⁷²⁴, insuscettibile di atteggiarsi a procedimento incidentale o parallelo rispetto al giudizio di cognizione, distinguendosi da quest'ultimo per attori, oggetto nonché finalità tutelate. È precisamente in ragione di tale autonomia strutturale – coerentemente con quanto già illustrato nella presente trattazione⁷²⁵ – che gli effetti degli esiti riparativi sul procedimento penale restano, secondo la Corte, meramente indiretti ed eventuali.

Su tale presupposto si innesta la statuizione di maggior interesse ai fini della presente indagine: nel precisare i termini di siffatta incidenza indiretta, la Consulta ha infatti chiarito, in un vero e proprio *obiter dictum* che «l'esito riparativo può essere assunto dal giudice quale “elemento di fatto” successivo al fatto-reato ai fini dell'esercizio della discrezionalità nella commisurazione (art. 133 cod. pen.), nell'attenuazione (art. 62 cod. pen.) o nella sospensione (art. 163 cod. pen.) della pena, e rientra nella base cognitiva e valutativa allo stesso modo dell'“elemento di fatto” dell'avvenuto risarcimento»⁷²⁶. È proprio muovendo da siffatta assimilazione strutturale fra esito riparativo e condotta risarcitoria che la Corte ha tratto il corollario processuale – sul piano specificamente devoluto al suo scrutinio – fondante la decisione per la quale non sarebbe ipotizzabile predicare l'obbligatorietà di un avviso sui potenziali effetti commisurativi dell'esito riparativo, non essendo un simile avviso previsto neppure per la circostanza, strutturalmente analoga, del risarcimento del danno.

Ebbene tale presa di posizione, ancorché espressa in via incidentale, riveste una portata sistematica che eccede la specifica questione decisa. Essa assurge infatti ad autorevole conferma della ricostruzione già delineata nel paragrafo precedente⁷²⁷: l'esito riparativo non integra un autonomo titolo di determinazione della pena, bensì un mero fatto successivo al reato, destinato a confluire nel prudente apprezzamento dell'organo giudicante secondo le medesime coordinate proprie di ogni condotta *post-delictum* rilevante ex art. 133 c.p. – primo fra tutti, non a caso, il risarcimento del danno. La

⁷²⁴ C. cost. 24.7.2025, n. 128, cit., *massima* n. 46895.

⁷²⁵ Si rinvia, segnatamente, al Capitolo IV, §2 della presente trattazione.

⁷²⁶ PARLATO, *La giustizia riparativa e due nodi da sciogliere*, cit., 13.

⁷²⁷ Nello specifico ci si riferisce ivi al §4.1. del Capitolo IV.

giustizia riparativa, dunque, anche nel prisma della giurisprudenza costituzionale, non sostituisce né tantomeno affianca autonomamente la commisurazione della pena, limitandosi di contro ad arricchirne il compendio cognitivo, restando la relativa valutazione saldamente ancorata alla discrezionalità giudiziale e ai parametri legali che la governano.

Non stupisce, allora, che proprio a partire da tale qualificazione – pienamente condivisa e ulteriormente sviluppata – le Sezioni Unite della Cassazione siano di lì a poco intervenute sul medesimo tema, al fine di delineare, in termini ancora più sistematici, lo statuto complessivo della giustizia riparativa entro l’ordinamento processuale penale.

Invero, ulteriore e fondamentale intervento è rappresentato dalla sentenza pronunciata ad opera delle Sezioni Unite della Corte di cassazione 30 ottobre 2025 (dep. 9 febbraio 2026), n. 5166, chiamate a dirimere il contrasto giurisprudenziale insorto in ordine alla ricorribilità del provvedimento con cui il giudice di merito rigetti la richiesta di invio al Centro per la giustizia riparativa ai sensi dell’art. 129-*bis* c.p.p.⁷²⁸ Ebbene, pur investite di una *quaestio* di matrice strettamente processuale, le Sezioni Unite, sollecitate dalla stessa ordinanza di rimessione, hanno proceduto anzitutto alla ricostruzione dei rapporti tra giustizia riparativa e giustizia penale – premessa rivelatasi, nell’economia della motivazione, determinante ai fini della soluzione del quesito devoluto.

La Suprema Corte – in espressa continuità con la giurisprudenza della Corte costituzionale dianzi esaminata (C. cost. n. 128/2025) – ha ribadito in primo luogo che la giustizia riparativa si configura quale «*post factum* destinato a svilupparsi fuori del processo penale»⁷²⁹, non suscettibile di atteggiarsi a procedimento incidentale o parallelo rispetto al giudizio di cognizione, sì da escludere qualsivoglia *vulnus* al compendio delle garanzie del giusto processo quanto all’accertamento della responsabilità penale. Nondimeno, le Sezioni Unite si sono spinte oltre, cogliendo l’occasione per collocare l’istituto entro una cornice di respiro costituzionale: la giustizia riparativa – si può leggere nella pronuncia – «si configura come strumento idoneo ad attuare o a integrare le funzioni costituzionali della pena, senza derogare alle garanzie del giusto processo quanto

⁷²⁸ GATTA-GIALUZ, *Le Sezioni Unite sullo statuto della Giustizia riparativa: tra volto costituzionale della pena e garanzie del giusto processo*, in *Sistema penale*, 2026, 1.

⁷²⁹ C. cost. 24.7.2025, n. 128, cit.

all'accertamento della responsabilità penale»⁷³⁰, risultando pertanto pienamente coerente con il volto costituzionale della pena delineato dall'art. 27, co. 3, Cost., in quanto la consapevolezza maturata dall'autore del reato in ordine al disvalore della propria condotta ne promuove la responsabilizzazione e, per tale via, la risocializzazione⁷³¹.

Sul piano più propriamente processuale, devoluto alla cognizione della Cassazione, le Sezioni Unite hanno chiarito che il provvedimento con cui l'autorità giudiziaria consente l'accesso al programma riparativo si configura quale mera «autorizzazione»⁷³², riservata invece ai soli mediatori la valutazione sulla concreta fattibilità dell'incontro. Muovendo da tale qualificazione, la Suprema Corte ha riconosciuto natura propriamente giurisdizionale al sindacato compiuto dall'organo giudicante – pur restando priva di tale natura l'esperienza riparativa in sé – traendone il corollario dell'impugnabilità del provvedimento di rigetto, quando esso assuma contenuto negativo, con l'appello o il ricorso per Cassazione, unitamente alla sentenza che definisce il grado, e indipendentemente dal regime di procedibilità del reato⁷³³.

In questa sede, si rivela di preminente interesse il fondamento sostanziale posto dalle S.U. a base di tale conclusione, il quale si salda armoniosamente con le statuizioni della Consulta nella pronuncia n. 128/2025. La giurisprudenza di legittimità ha invero precisato che, competendo unicamente all'autorità giudiziaria «di “aprire le porte” della camera riparativa e, poi, di valutare lo svolgimento del percorso ivi compiuto», anche «ai fini dell'art. 133 codice penale», l'eventuale esito riparativo, sarebbe irragionevole negare a chi vi abbia interesse la possibilità di opporsi ad una decisione che gli precluda immotivatamente l'opportunità di fruire di un programma «suscettibile di riverberare i propri effetti favorevoli nello stesso procedimento penale»⁷³⁴. Anche in questa sede, dunque, l'esito riparativo viene ricondotto entro l'alveo del prudente apprezzamento giudiziale *ex art.* 133 c.p., quale fatto successivo al reato idoneo ad incidere sulle operazioni di dosimetria sanzionatoria – non diversamente da quanto già affermato dalla Consulta.

⁷³⁰ Cass. pen. Sez. Un., 9.2.2026, n. 5166, cit.

⁷³¹ GATTA-GIALUZ, *Le Sezioni Unite sullo statuto della Giustizia riparativa*, cit., 3-4.

⁷³² Cass. pen. Sez. Un., 9.2.2026, n. 5166, cit.

⁷³³ GATTA-GIALUZ, *Le Sezioni Unite sullo statuto della Giustizia riparativa*, cit., 5-7.

⁷³⁴ Cass. pen. Sez. Un., 9.2.2026, n. 5166, cit.; GATTA-GIALUZ, *Le Sezioni Unite sullo statuto della Giustizia riparativa*, cit., 7-8.

Le Sezioni Unite hanno peraltro cura di precisare che tali ricadute sanzionatorie mantengono un carattere meramente *eventuale e indiretto*: la mitigazione della pena e la stessa estinzione del reato non costituiscono difatti lo scopo del percorso riparativo, bensì un suo possibile – non garantito – effetto collaterale, condizionato dall'autonoma e insindacabile valutazione dei mediatori circa la fattibilità nonché la tempistica del relativo programma⁷³⁵. Trattasi, questo, di un rilievo di notevole momento dogmatico, in quanto preclude una lettura della pronuncia quale apertura verso un autonomo statuto sanzionatorio della giustizia riparativa: al contrario, la Cassazione conferma, nell'esercizio della propria funzione nomofilattica, che l'esito riparativo continua ad operare all'interno – e non in sostituzione – dei tradizionali meccanismi di commisurazione della pena.

Ne discende una perfetta sintonia tra il *dictum* costituzionale e l'approdo della giurisprudenza di legittimità, che si rafforzano e completano vicendevolmente: se la Corte costituzionale aveva colto, sia pure incidentalmente, l'equiparazione strutturale tra esito riparativo e risarcimento del danno quale «elemento di fatto» rilevante *ex art. 133 c.p.*, le Sezioni Unite hanno elevato tale acquisizione a presupposto di sistema, attribuendo alla giustizia riparativa una funzione integrativa – e non di surrogazione – delle finalità di matrice costituzionale della pena. È proprio in questa duplice conferma, giunta nel volgere di pochi mesi e da parte dei più autorevoli organi della giurisdizione italiana, che è possibile rinvenire il corollario di maggior rilievo dell'indagine: la giustizia riparativa, pur incidendo sulla commisurazione della pena attraverso i canali or ora delineati⁷³⁶, non risulta idonea ad alterarne la struttura portante, restando la discrezionalità del giudice – orientata dai parametri legali e dai principi costituzionali che la governano – il fulcro ultimo e irrinunciabile della risposta punitiva.

⁷³⁵ GATTA-GIALUZ, *Le Sezioni Unite sullo statuto della Giustizia riparativa*, cit., 8.

⁷³⁶ Si fa riferimento ivi al Capitolo IV, §4.1. della presente trattazione.

CONCLUSIONI

A conclusione della presente trattazione, si rende possibile tracciare talune considerazioni di sintesi, muovendo da una distinzione che, seppur mai enunciata in questi termini nel corso dell'indagine, ne ha costituito silenziosamente la direttrice dogmatica: quella tra il fondamento che legittima l'esistenza stessa della potestà punitiva statutale e i criteri destinati ad orientarne, nella concretezza del caso di specie, la quantificazione giudiziale. Si tratta, come si avrà modo di dare conto, di due domande distinte, alle quali la presente trattazione ha inteso fornire risposte altrettanto distinte e, per certi versi, complementari.

Sul primo versante, l'adesione ad una giustificazione della pena di matrice liberale, fondata sulla funzione generalpreventiva negativa, ha consentito di fondare la legittimità del monopolio statutale della risposta al reato: lo stato può punire perché, e nella misura in cui, tale potestà costituisce l'unica alternativa idonea a prevenire la ritorsione privata e a garantire ai consociati una tutela effettiva dei beni giuridici fondamentali, entro rigorosi limiti di matrice garantistica – proporzione, umanità, finalità rieducativa – che di tale giustificazione costituiscono parte integrante e non mero corollario accessorio.

È precisamente l'inosservanza di tali limiti, nella prassi esecutiva del sistema penitenziario italiano, a rivelare lo scarto – più volte sottolineato nel corso della trattazione – tra promessa di una potestà punitiva limitata e razionale e una realtà segnata dal sovraffollamento carcerario: un'applicazione distorta, prima ancora che una crisi teorica, della medesima giustificazione liberale cui si è aderito. I tentativi di riforma esaminati, benché tendenzialmente sorretti da condivisibili intenzioni, hanno finito per scontare l'illusione di poter emendare in sede meramente esecutiva ciò che invece affonda le proprie radici in una politica criminale complessivamente ipertrofica: la depenalizzazione, l'estensione delle pene sostitutive e la revisione delle misure alternative restano, in questa prospettiva, rimedi validi ma palliativi rispetto ad un problema che esigerebbe un ripensamento strutturale più radicale già in sede di comminatoria edittale.

Sul secondo versante – attinente, propriamente, alla commisurazione giudiziale – l'indagine condotta nel terzo capitolo ha permesso di sciogliere un nodo dogmatico di

primario rilievo: se, cioè, la medesima istanza generalpreventiva che legittima, sul piano generale, l'esistenza della pena debba orientare anche la sua concreta quantificazione ad opera del giudice. La soluzione propugnata assume carattere nettamente negativo.

Il silenzio serbato dall'art. 133 c.p. in ordine ai criteri finalistici della dosimetria sanzionatoria, lungi dal costituire una mera lacuna tecnica, ha imposto di chiarire come le istanze di prevenzione generale trovino propria e appagante sede nella fase della previsione legislativa – nella tipizzazione delle fattispecie, nella determinazione delle cornici edittali, nell'accertamento e nell'applicazione della pena in quanto tali – senza che ciò comporti una loro ulteriore estensione alla fase della commisurazione in senso stretto, la quale deve viceversa rispondere ad istanze di proporzionalità rispetto alla colpevolezza dell'autore per il fatto commesso. Diversamente opinando, si finirebbe per strumentalizzare il condannato rendendolo mero strumento di deterrenza collettiva, in stridente contrasto con i principi di dignità della persona e di responsabilità penale personale, di cui agli artt. 3 e 27, co. 1, Cost.

È proprio muovendo da tale cesura, tuttavia, che è emerso l'elemento di maggior criticità dell'intera indagine: la complessa verificabilità, sul piano della prassi giudiziaria, che il potere discrezionale del giudice rimanga effettivamente circoscritto ai parametri di proporzione ed individualizzazione, anziché flettere verso istanze deterrenti estranee al giudizio dosimetrico.

Se sul piano teorico tale discrezionalità è stata correttamente qualificata come discrezionalità *vincolata* – ancorata al perimetro edittale, ai criteri dell'art. 133 c.p. e all'obbligo di motivazione *ex art.* 132 c.p. – l'analisi della prassi applicativa ha rivelato uno scarto significativo tra tale qualificazione formale e l'effettivo esercizio del potere giudiziale. L'orientamento giurisprudenziale che ammette motivazioni sintetiche, financo apodittiche, ogniqualvolta la pena sia determinata in misura pari o inferiore al valore medio della cornice edittale finisce per svuotare di significato proprio quel presidio – la motivazione – che dovrebbe rendere verificabile, e dunque falsificabile, l'effettivo rispetto di tale confine funzionale.

Le proposte *de iure condendo* esaminate – dal rafforzamento dell'obbligo motivazionale a un più incisivo sindacato di legittimità sulla manifesta sproporzione della pena, anche alla luce dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

– appaiono, sul punto, pienamente condivisibili: priva di un controllo realmente effettivo, la distinzione tra fondamento generalpreventivo della pena e criteri di sua concreta quantificazione rischia di risolversi in una pura petizione di principio, priva di reale presidio processuale.

Su questo quadro si è infine innestata la disamina svolta nel quarto capitolo in ordine alla giustizia riparativa. L'analisi condotta ha permesso di escludere che tale istituto costituisca ovvero sia destinato a costituire un autonomo modello sanzionatorio alternativo alla commisurazione tradizionale: tanto le criticità evidenziate rispetto ai principi di diritto penale, quanto le più recenti prese di posizione della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite convergono invero nel ricondurre l'esito riparativo entro l'alveo dei tradizionali strumenti della dosimetria sanzionatoria – *in primis* l'art. 133 c.p., ma altresì la circostanza attenuante di cui all'art. 62, co. 1, n. 6 c.p. nonché il beneficio *ex art.* 163 c.p. – inteso quale fatto successivo al reato dagli effetti meramente eventuali e indiretti.

Permane, tuttavia, un interrogativo che solo la prassi applicativa dei prossimi anni potrà dipanare: se, cioè, la progressiva diffusione dell'istituto – ancora ostacolata da un percorso attuativo disomogeneo e lento – sia destinata a rimanere confinata entro questi argini o se non finisca piuttosto per esercitare, nel tempo, una silenziosa pressione trasformativa sulla stessa nozione di individualizzazione della pena.

In ultima analisi, l'itinerario ricostruttivo tracciato conferma come la commisurazione della pena continui a rappresentare, ancora oggi, il vero banco di prova della tenuta assiologica del sistema penale: il luogo in cui il fondamento generale della potestà punitiva e i criteri della sua applicazione al singolo devono restare distinti, onde scongiurarne lo snaturamento di entrambe le polarità. Siffatta distinzione resta affidata, da parte dell'ordinamento, alla discrezionalità dell'organo giudicante – vincolata nei fini, ma non sempre effettivamente controllata nei modi – la quale continua a rappresentare, al contempo, l'elemento di maggior pregio e il profilo di più acuta fragilità dell'intero sistema penale.

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA

- AMBROSETTI, *La legge penale nel tempo*, in COCCO-AMBROSETTI, *Trattato breve di diritto penale. Parte generale. La legge penale*, III^a ed., Cagliari-Padova, 2023, 147.
- AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.* XXVII, Milano, 1977, 229.
- ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in AA. VV. *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, 34 ss.
- ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 164 ss.
- ANTOLISEI, *La capacità a delinquere*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, 168.
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 16^a ed., 2003, 442, 690-691.
- ANTOLISEI, *Pene e misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. pen.* 1933, ora in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, 225.
- BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 5^a ed., Madrid, 1998, 9 ss.
- BAKER, *Consequentialism, Punishment and Autonomy*, in CRAGG (cur.), *Retributivism and its Critics*, Stuttgart, 1992, 149.
- BARTOLI, *Castigo: vendetta o giustizia*, in *Quaderni di storia del penale e della giustizia*, 3/2021, 246.
- BARTOLI, *Complementarità, innesto e rientro nella disciplina della giustizia riparativa*, in *Sistema Penale*, 2025, 5, 9-20.
- BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 663.
- BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764.
- BECKER, *Crime and punishment: an economic approach*, in *Journal of political econ.*, 1968, 169 ss. *The economic approach to the Human behavior*, Chicago, 1976; *Nobel lecture: the economic way of looking at behavior*, in *Journal of political econ.*, 3, 1993, 385 ss.
- BEDAU, KELLY, *Punishment*, Stanford Enc. of Phil., 2010.
- BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Milano, 1939, ristampato in *Il Tommaso Natale*, 1975, 149 ss.

- BERNASCONI, *I sistemi di protezione per i collaboratori della giustizia nella prospettiva premiale dell'ordinamento italiano e nell'esperienza statunitense*, in AA. VV., *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, A. PRESUTTI (cur.), Milano, 1994, 139 ss.
- BERTACCINI, *La giustizia riparativa in seno alla riforma punitivo-efficientista*, in *Legislazione penale*, 8.10.2024, 9 ss.
- BERTOLESI, *La rilevanza delle circostanze c.d. indipendenti ai fini del calcolo del termine di prescrizione: la questione rimessa alle Sezioni Unite*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2017, 3, 302.
- BERTOLINI, *Esistono autentiche forme di “diversione” nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4/2015, 47 ss.
- BETTIOL, *Diritto penale, Parte generale*, 11^a ed., Padova, 1981, 403.
- BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, 15.
- BILE, *Caso Sulejmanovic c. Italia – Sintesi*, 2009, www.governo.it.
- BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, I-V, Oxford, 1765-1769, IV, 1.
- BOCKELMANN, *Vom Sinn der Strafe*, in *Heidelberger Jahrbücher*, 1961, 33.
- BÖSE, *Grundrechte und Strafrecht als ‘Zwangsrecht*, in HEFENDEHL, VON HIRSCH e WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003, 89 ss.
- BRAITHWAITE, PETTIT, *Not Just Deserts*, Oxford, 1990.
- BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 89, 98 ss.
- BRICOLA, *Misure alternative alla pena nel quadro di una nuova politica criminale*, in AA. VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1978, 363 ss.
- BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1974, 82, s.
- BROMBERG, *Crime and the Mind*, New York, 1965.
- BUNZEL, *Die Potenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze des Rechtsgüterschutzes in der Informationsgesellschaft*, in HEFENDEHL, VON HIRSCH, e WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003, 96 ss.

- CACCIARI, *Due passi all'inferno. Brevi note sul mito della pena*, in CURI-PALOMBARINI (cur.), *Diritto penale minimo*, Roma, 2002, 243.
- CADOPPI, VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, Parte generale*, 9^a ed., Milano, 2023, 362.
- CALVI, *Istanze criminalpedagogiche e vincolo tipologico nella classificazione esecutiva*, in AA. VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, 284.
- CAMPLANI, *Le circostanze privilegiate e il relativo bilanciamento nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite*, in *Cammino Diritto*, 2022, 1, 12 ss.
- CAPUTO, *Giudizio penale di legittimità e vizio di motivazione*, Milano, 2021, 277.
- CARUSO, *La discrezionalità penale. Tra 'tipicità classificatoria' e 'tipologia ordinale'*, Padova, 2009, 164, 238 ss.
- CARUSO, *Recidiva riformata, attenuanti generiche e discrezionalità. A proposito di Corte cost., sent. n. 183 del 7.6.2011*, in *Archivio penale*, 2011, 961 ss.
- CARUSO, *Su recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: parola 'fine' della Corte Costituzionale?*, in *Archivio Penale*, 2013, 219 ss.
- CASTEL, *From Dangerous to Risk*, in BURCHELL, CORDON E MILLER (cur.), *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, Chicago, 1991.
- CAVALIERE, *Considerazioni "a prima lettura" su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella L. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. Riforma Cartabia*, in *Pen. dir. e proc.* 3/2021, 471-472.
- CERESA CASTALDO, *La legge, il giudice, la pena*, in *Sist. pen.*, 2020.
- CIVELLO, *Recidiva reiterata e limiti al bilanciamento ex art. 69 c.p.: due nuove conquiste nella battaglia contro "il divieto di prevalenza"*, in *Archivio penale*, 2014, 1, 3 ss., 16 ss.
- COCCO, *Appunti per una giustificazione liberale della pena*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/2020, 2-14.
- COCCO, *Ergastolo liberale versus filantropismo anticomunitario. Cenni sul diritto della comunità politica di resistere alla criminalità tirannica*, RCP, 2022.
- COCCO, *Il fondamento e i limiti dei rapporti familiari come causa di non punibilità o di perseguibilità a querela di parte*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2015.

- COCCO, *Il fondamento*, in COCCO-AMBROSETTI, *Trattato breve di diritto penale. Parte generale. La legge penale*, III^a ed., Cagliari-Padova, 2023, 10-22.
- COCCO, *L'applicazione della pena*, in COCCO-AMBROSETTI, *Trattato breve di diritto penale, Punibilità e pene*, IV^a ed., Cagliari-Padova, 2025, 312-334.
- COCCO, *L'autonomia della punibilità e la giustizia riparativa a confronto verso le riforme*, in *Ind. Pen.*, 2/2023.
- COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato e istituti estranei*, in COCCO-AMBROSETTI, *Trattato breve di diritto penale, Punibilità e pene*, IV^a ed., Cagliari-Padova, 2025, 62-67.
- COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, Padova, 2017.
- COCCO, *Le misure alternative alla detenzione in carcere e carcere duro*, in COCCO-AMBROSETTI, *Trattato breve di diritto penale, Punibilità e pene*, IV^a ed., Cagliari-Padova, 2025, 476-477.
- COCCO, *Nothing Works: per il recupero della giustificazione liberale della applicazione e della esecuzione della pena*, in *Ind. pen.*, 2020, 289, 291-311.
- COCCO, *Teorie sulla pena e applicazione pratica* in COCCO-AMBROSETTI, *Trattato breve di diritto penale, Punibilità e pene*, IV^a ed., Cagliari-Padova, 2025, 3-27.
- COCCO, *Vittima, riparazione, mediazione e diversione*, in CATERINI-MULEO (cur.), *La giustizia al tempo del coronavirus*, Pisa, 2020.
- COPPOLA-DE VANNA, *Riparazioni. Riparare il dolore e i legami sociali: la sfida della giustizia riparativa*, Bari, 2019.
- CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: 'tre colpi e sei fuori'?*, in SCALFATI (cur.), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006, 53 ss.
- COSI-ROMUALDI, *La mediazione nei conflitti. Teoria e pratica dei metodi A.D.R.*, Torino, 2010.
- D'AGOSTINO, *Le buone ragioni della teoria retributiva della pena*, in *Iustitia*, 1982, 236 ss.
- D'AGOSTINO, *Sanzione e Pena dell'esperienza giuridica*, Torino, 1987.
- DE LA CUESTA AGUADO, *Un Derecho penal en la frontera del caos*, in *Rev. Et. Jur. y Ec. de la Fund. Un. de Algeiras*, 1997, 43.
- DE MARSICO, *Diritto penale, Parte generale*, Napoli, 1935, 478.

- DE PALO-GUIDI, *Risoluzione delle controversie. ADR nelle corti federali degli Stati Uniti*, Milano, 1999.
- DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983, 2, 111 ss., 217 ss.
- DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, 2^a ed., Torino, 2012, 646.
- DEL POPOLO, *Omesso avviso della facoltà di accedere alla giustizia riparativa: sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 420-quater, comma 4, c.p.p.*, in *Giurisprudenza penale*, 2024.
- DELITALA, *Criteri direttivi del nuovo codice penale* in *Riv. it. dir. pen.* 1935, 595.
- DELITALA, *Sul progetto preliminare del primo libro del codice penale*, in *Riv. it. dir. pen.* 1950, 160.
- DELLA BELLA, *Three Strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 830 ss.
- DELOGU, *I limiti di efficacia del giudizio di equivalenza o di prevalenza delle circostanze*, in *Scritti Carnelutti*, Padova, 1950, 381 ss.
- DELOGU, *Potere discrezionale del giudice e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 374-394.
- DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1656 ss.
- DIEZ RIPOLLÉS, *El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista*, in *Jueces para la Democracia*, 1997, n. 30.
- DOLCINI, *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in MARINUCCI, DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 268.
- DOLCINI, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 469 ss., 499 ss.
- DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 16 ss., 39 ss., 89-93, 114, 153 ss., 246 ss., 348 ss.
- DOLCINI, *La disciplina della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 40.
- DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. II, 2006, 1107.

- DOLCINI, *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in *Dir. pen. cont.*, 22.2.2018.
- DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 874.
- DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1974, 360 ss.
- DOLCINI, *Un paese meno sicuro per effetto del decreto-legge sicurezza*, in *Sist. pen.* 2025.
- DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 767.
- DOLINKO, *Some Thoughts about Retributivism*, *Ethics* vol. 101, n. 3, 1991, 539 ss.
- DONINI, *Paradigma vittimario e idea riparativa. Criteri di orientamento in una potenziale contraddizione di sistema*, in *Diritto di Difesa*, 16.7.2024, *passim*.
- DUBBER, *Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law*, *American J. of Comparative law*, 2006, 679.
- DUFF, *Legal punishment*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2013.
- EDWARDS, *Harm Principles, Legal Theory* 2014, 259 s.
- EDWARDS, *Theories on Criminal Law*, SEP 2018.
- EISEMBERG, *Kriminologie*, München, V^a ed., 2000, 573, 596 ss.
- EUSEBI, *Appunti minimi in tema di riforma del sistema sanzionatorio penale*, in PISA (cur.), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, Torino, 2008, 287.
- EUSEBI, *La «nuova» retribuzione, I: Pena retributiva e teorie preventive; II: L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 914 ss. e 1315 ss.
- EUSEBI, *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990.
- EWALD, *Insurance and Risk*, in BURCHELL, CORDON E MILLER (cur.), *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, Chicago, 1991.
- FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law, I, Harm to Others*, New York, 1984.
- FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 8^a ed., Bari, 2004.
- FERRI, *Sociologia criminale*, V^a ed., Torino, 1925.

- FEUERBACH, *Anti-Hobbes, oder über die Grenzen der Höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn* (1798) [trad. *Anti-Hobbes, ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, Milano, 1972], 108 ss.
- FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14^a ed. (a cura di Mittermaier, Gießen, 1847), 1847.
- FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 836.
- FIANDACA, *Pena 'patteggiata' e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro italiano*, 1990, 2388.
- FIANDACA, *Punizione*, Bologna, 2024, 148-151.
- FIANDACA, *Scopi della pena tra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale*, in VASSALLI, GIULIANO (ed.), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 133.
- FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, in AA. VV., *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano, 2009, 116.
- FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, VIII^a ed., Bologna, 2023, 5, 32 ss., 437 ss., 737-748, 752-769; 791 ss.; 797-811.
- FIANDACA-MUSCO, *Perdita di legittimità del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 27 ss.
- FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, 1780-1783, ed. Parigi 1853 [rist. integrale, Napoli, 2003], libro III, parte II, capo XXVII e parte III, capo LVII.
- FILIPPI, *Adelante Pedro...con (poco) juicio. Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 377.
- FLORA, *Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 1325 ss.
- FRISCH, *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3/4, 2014, 166 ss.
- FRISCH, *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3-4/2014, 165-177.
- GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho Penal*, Pamplona, 1997, 340, 342, 380.

- GARLAND, *The Culture of Control*, New York, 2001 [trad. a cura di CERETTI, *La cultura del controllo*, Milano, 2004].
- GAROFALO, *Criminologia*, II^a ed., Torino, 1891.
- GATTA, *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irrazionale divieto*, in *Giur. cost.*, 2011, 2359 ss.
- GATTA, *Recidiva obbligatoria, la cassazione solleva questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 27, co. 3, Cost.*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 1.
- GATTA-GIALUZ, *Le Sezioni Unite sullo statuto della Giustizia riparativa: tra volto costituzionale della pena e garanzie del giusto processo*, in *Sistema penale*, 2026, 1, 3-8.
- GIANNITI-PICCIONE, *La mediazione professionale nel sistema degli A.D.R.*, Torino, 2012.
- GIBBS, *Crime, Punishment, and Deterrence*, New York, 1975.
- GIOSTRA, *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, in *Dir. pen. cont.* 9.4.2018.
- GIUNTA, *Dal disegno di legge Cirielli alla legge ex Cirielli: l'evoluzione del testo e del suo contenuto*, in GIUNTA (cur.), *Le innovazioni al sistema penale*, Milano, 2006, 11-15.
- GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 415 ss.
- GOLDMAN, *Toward a New Theory of Punishment*, L. and Phil., 1982, 57 ss.
- GRACIA MARTÍN, in GRACIA MARTÍN, BOLDOVA PASAMAR, ALASTUEY BOLDON, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2004, 32.
- GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie: ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlin, 2009, 364 ss.
- GRISPIGNI, *Le problème de l'unification des peines ed des mesures de sécurité. Rapport général au VI Congrès de l'Association internationale de droit pénal*, in *Scuola pos.* 1953, 440.
- GROSSO, C. F., voce *Responsabilità penale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1968, 719.
- GUERRINI, *Le circostanze del reato*, in *Introduzione II*, 291 ss.
- GÜNTHER, *Responsabilità e pena nello stato di diritto*, Torino, 2010, 95-96, 100-101.

- HAFFKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine strafrechtstheoretische Untersuchung*, Francoforte, 1976, 76 ss.
- HART H.L.A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1968 [trad. di JORI, *Responsabilità e pena: saggi di filosofia del diritto*, Milano, 1981], 8-11.
- HASSEMER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe*, in VON HIRSCH, SEELMANN, WOHLERS (cur.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden, 2006, 195.
- HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2^a ed., München, 1990, 316 ss.
- HASSEMER, *Generalprävention und Strafzumessung*, in HASSEMER, LÜDERSSEN e NAUCKE (cur.), *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt a.M., 1979, 29 ss.
- HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012 [*Warum strafe sein muss*, Berlin, 2009], 115 ss. 153 ss., 160 ss., 228 ss.
- HASSEMER, *Strafe im Rechtsstaat*, Baden-Baden, 2000, 207.
- HEFENDHEL, *Äpfel und Birnen oder Steine statt Steine. Die technische Prävention und das Strafrecht*, in VON HIRSCH, SEELMANN, WOHLERS (cur.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden, 2006, 48-53.
- HIRANO, KOS, RABCEWICZ, ZUBKOWSKI, *Diversion and Mediation, Commentaire in preparazione del XIII Congresso internazionale di diritto penale*, in *Rassegna penitenziaria e criminologia*, 1983, 84.
- HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, 1981, 75.
- HOERSTER, *Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1970, 272 ss.
- HORN, *Sub §46 StGB*, in *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, nota a margine, 33.
- HÖRNLE, *Subsidiarität als Begrenzungsprinzip-Selbstschutz*, in VON HIRSCH, SEELMANN, WOHLERS (cur.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden, 2006, 36-47.
- HOSKINS, *Deterrent Punishment and Respect for Persons*, in *Ohio State Journal of Criminal Law* vol. 8, 2011, 369 ss.

- INSOLERA, *Una nuova grammatica costituzionale di fronte alla palingenesi della ideologia punitiva*, in INSOLERA (cur.), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, 29 ss.
- JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2^a ed., Berlin, 1991. 13.
- JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5^a ed., Berlin, 1996 [trad. spagn. *Tratado de derecho Penal, Parte General*, Granada, 2002], 270 ss.
- KAISER, *Criminologia. Una introduzione ai suoi principi*, Milano, 1985, 34 ss., 216 ss.
- KAISER, in *FS Bockelman*, 1979, 923 ss.
- KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, §49 E I, *Kant-Studienausgabe der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft*, IV, 1965, 455.
- KAUFMANN, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, in *FS Henkel*, Berlin, 1974, 99.
- KORIATH, *Zum Streit um die positive Generalprävention - Eine Skizze*, in Radtke, Henning e altri (eds.), *Muss Strafe sein?*, Baden-Baden, 2004, 69 ss.
- KUHLEN, *Anmerkungen zur positiven Generalprävention*, in Schünemann, Bernd e von Hirsch, Andrew e Jareborg, Nils (eds.), *Positive Generalprävention*, Heidelberg, 1998, 58 ss.
- KUNZ, *Muss Strafe wirklich sein? Einige Überlegungen zur Beanwortbarkeit der Frage und zu den Konsequenzen daraus*, *FS Jung*, Baden-Baden, 2004, 71 ss.
- LACEY, *State Punishment: Political Principles and Community Values*, London, 1988.
- LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli, 1967, 56.
- LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3 ss.
- LIPTON, MARTINSON e WILKS, *The Effectiveness of Correctional Treatment: a Survey of Treatment Evaluation Studies*, New York, 1975.
- LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht 'Marburger Programm'*, 1882/1883 [trad. *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962], 46.
- LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (1^a ed. 1881, 22^a ed. 1919), 46.
- LOCKE, *Second Treatise of Government* [trad., *Il secondo trattato sul governo*, Milano, 1998], 1690.
- LOMBARDO, *Sub art. 69*, in RONCO, ROMANO B. (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, Torino, 4^a ed., 2012, 602 ss.

- LOMBARDO, voce *Circostanze*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Aggiornamento V, Torino, 2010, 88 ss., 620.
- LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, V^a ed., Torino, 1897.
- LOSAPPIO, *Dal diritto penale rimozionale alla rimozione del diritto penale*, in LOSAPPIO, MANCA, TEIXERA (cur.), *Il diritto penale nel guado tra libertà, sicurezza e populismo*, Pisa, 2022, 13.
- LOZZI, *Il patteggiamento fra anomalie ed eccessi*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, 863.
- LÜDERSEN, *Abschaffen des Strafens?*, Frankfurt, 1995, 99 ss.
- LÜDERSEN, *Il declino del diritto penale*, trad. it., Milano, 2005, 11 ss.
- LÜDERSEN, *Kriminologie. Einführung in die Probleme*, Baden-Baden, 1984, 103 ss.
- LUPO, *I controlli giurisdizionali sui giudizi discrezionali*, in *Sistema penale*, 2024, 5-7, 10-13.
- MAIWALD, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, in *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag* (Karlsruhe, C.F. Müller), 1972, 9.
- MANCA, *Circostanze del reato e commisurazione della pena (59, co. 1, 2 e 3; 60; 61/70; 118)*, in COCCO-AMBROSETTI, *Trattato breve di diritto penale, Punibilità e pene*, IV^a ed., Cagliari-Padova, 2025, 339-346, 350-351.
- MANCA, *Il diritto penale di fronte alla vittima. Tra strumentalizzazione populista e reali prospettive di tutela*, in LOSAPPIO, MANCA, TEIXERA (cur.), *Il diritto penale nel guado tra libertà, sicurezza e populismo*, Pisa, 2022, 141.
- MANCA, *Le circostanze del reato*, in RONCO (diretto da), *Commentario sistematico al codice penale*, vol. II, *Il reato*, t. 2, 2^a ed., Bologna, 2011, 1 ss., 8, 51-57, 60 ss.
- MANNOZZI, *Crisi del sistema sanzionatorio e prospettive di riforma: un dialogo tra diritto, storia e arte*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2017, 4, 104 ss.
- MANNOZZI, *La giustizia senza spada: uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, 20 ss.
- MANNOZZI, voce *Giustizia riparativa*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali X*, Milano, 2017.
- MANNOZZI-LODIGIANI, *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015.
- MANNOZZI-LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole, metodi*, Torino, 2017.

- MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, 10^a ed., Padova, 2017, 630 ss., 748-771.
- MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4^a ed., Navarra, 2005, 49-62.
- MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 674.
- MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale, Parte generale*, 8^a ed., 2019, 668-669, 674-679, 684, 742 ss.; 814-832.
- MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000.
- MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, Jus 1974, 483.
- MARTINEZ ESCAMILLA, *La mediación penal en España: estado de la cuestión, in Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Madrid, 2011, 33.
- MARTINSON, *What Works? – Questions and Answers About Prison Reform*, in *The Public Interest* 1974, 22 ss.
- MASSA, M., *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959, 80.
- MATHIEU, *Perché punire. Il collasso della giustizia penale*, Milano, 1978.
- MELCHIONDA, *Circostanze 'indipendenti' con variazione edittale di pena non superiore ad un terzo: per le Sezioni Unite non sono 'ad effetto speciale' e non rilevano ai fini della prescrizione*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2017, 6, 267.
- MELCHIONDA, *Le circostanze 'indipendenti' sono sempre 'ad effetto speciale'? Una risposta negativa (non 'faziosa' ma 'di parte') aspettando le Sezioni Unite*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2017, 4, 181.
- MELCHIONDA, *Le circostanze del reato, origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, 688 ss.
- MELCHIONDA, *Modifiche in materia di circostanze*, in GIUNTA, (cur.), *Le innovazioni al sistema penale*, Milano, 2006, 181 ss., 206 ss.
- MIR PUIG, *Bases constitucionales del derecho penal*, Madrid, 2011, 51.
- MONACO, *Prospettive dell'idea dello «scopo» nella teoria della pena*, Napoli, 1984.
- MONACO, *Prospettive dell'idea dello scopo nella teoria della pena*, Napoli, 1984, 259 ss.

- MONTADA, *Moralische Entwicklung und moralische Sozialisation*, in OERTER, MONTADA (cur.), *Entwicklungspsychologie.*, 4^a ed., Weinheim, 1998, 867.
- MOOS, *Positive Generalprävention und Vergeltung*, in *Strafrecht Strafprozeßrecht und Kriminologie*, FS Pallin, Wien, 1989, 304.
- MORRIS, C., *Punishment and Loss of Moral Standing*, Canadian J. of Phil., 1991, 53 ss.
- MORSELLI, *La prevenzione generale integratrice nella moderna prospettiva retribuzionistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 48 ss.
- MOSCONI, *La crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effetti sull'istituzione penitenziaria*, in CURI, PALOMBARINI (cur.), *Diritto penale minimo*, Roma, 2002, 358.
- MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, 112.
- NAUCKE, *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882*, ZStW, 1982, 536.
- NEPPI MODONA, *Per la difesa della riforma penitenziaria: potenziamento delle misure alternative e nuovi compiti degli enti locali*, in AA. VV., *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Milano, 1983.
- NIGGLI, *Ultima Ratio? Über Rechtsgüter und das Verhältnis von Straf- und Zivilrecht bezüglich der sogenannten, subsidiären oder sekundären Natur des Strafrechts*, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 1993, 239.
- NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, Tübingen, 1962.
- NOTARO, *Il giudizio in tema di recidiva e suoi effetti sul termine di prescrizione del reato*, in *Giur. it.*, 2257.
- NUVOLONE, *Il rispetto della persona umana nell'esecuzione della pena*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, 1969, 296.
- NUVOLONE, *Il ruolo del giudice nell'applicazione della pena*, ora in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, II, Padova, 1969, 1561, 1563.
- NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, 2^a ed., Padova, 1982, 328 ss.
- ORLANDI, *Discrezionalità e regole di giudizio nel processo penale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4/2024, 26-27.
- PACKER, *I limiti della sanzione penale*, Milano, 1978, 41 ss.
- PADOVANI, *Diritto penale*, 12^a ed., Milano, 2019, 327 ss.
- PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 933.

- PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981, 3 ss., 262 ss., 819.
- PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 419 ss.
- PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1987, 798 ss.
- PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.* 2006, dossier mensile 1, 32.
- PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, in *Diritto penale*, II, 1988, 207-213.
- PAGLIARO, *Aspetti giuridici della prevenzione*, in *Indice pen.*, 1976, 5 ss.
- PAGLIARO, *Il reato*, Milano, 2007, 321.
- PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 9^a ed., Milano, 2020, 465 ss., 490, 503.
- PAGLIARO, *Riflessi del nuovo processo sul diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 38.
- PALAZZO – BARTOLI, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2024, 563.
- PALAZZO, *Commisurazione della pena e discrezionalità giudiziale: un terreno di tensioni e incertezze*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 1346, 1349.
- PALAZZO, *Crisi del carcere e culture di riforma*, in *Riv. trim. dir. e proc. pen.* 4/2017, 1 ss., 9.
- PALAZZO, *Il limite della political question fra Corte costituzionale e corti europee. Che cosa è 'sostanzialmente penale'*, in DONINI, FOFFANI (cur.), *La 'materia penale' tra diritto nazionale ed europeo*, 10 s.
- PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in *Studi Dolcini*, Milano, 2018, II, 538-540.
- PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 99-102.
- PALERMO FABRIS, PERINA, *Sub artt. 61-63*, in FORTI, SEMINARA, ZUCCALÀ, *Commentario breve al Codice penale*, 327.
- PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 430 ss.

- PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV. *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, 2007, 125.
- PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 510 ss.
- PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di 'extrema ratio'*, RIDPP 3/2018, 1472, 1486.
- PANZANI, *La disciplina della mediazione: un sistema di riduzione dell'arretrato della giustizia civile?*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2011, 29-40.
- PAPA, *Com'è che il diritto penale è diventato una favola?*, in *Sist. pen.* 2025.
- 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 *Archivio penale*, 3/2025, 10-13.
- PAVARINI, *Il 'grottesco' nella penologia contemporanea*, in CURI, PALOMBARINI (cur.), *Diritto penale minimo*, Roma, 2002, 260-267, 288-289.
- PAVARINI, *La penitenziarizzazione della giustizia penale*, in MOCCIA (cur.), *La giustizia contrattata*, Napoli, 1998, 75 ss.
- PAVARINI, *The spaghetti incapacitation: la nuova disciplina della recidiva*, in INSOLERA (cur.), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, 3 ss.
- PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010, 14, 22-28.
- PETROCELLI, *La funzione della pena*, in *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, 124.
- PETROCELLI, *Retribuzione e difesa nel progetto di codice penale del 1949*, in *Riv. it. dir. pen.* 1950, 593.
- PIFFER, *I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: la disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. cont.*, 2010, 1 ss.
- PISA, *L'omicidio stradale nell'eclissi giurisprudenziale del dolo eventuale*, in *Dir. pen e proc.*, 2016, f. 2, 145.
- PISCONTI, *La restorative justice nel sistema della giustizia penale spagnola: peculiarità a confronto con il sistema italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 3/2024, 164 ss.

- POLINSKY-SHAVELL, *The economic theory of public enforcement of law*, Stanford, 1998.
- PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal*, Madrid, 2011, 57.
- PROSDOCIMI, *Note su alcuni criteri di classificazione delle circostanze del reato*, in *Ind. Pen.*, 1983, 269.
- PUCCETTI, *Sub artt. 63-68*, in RONCO, ROMANO B. (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, Torino, 4^a ed., 2012, 585 ss.
- PULITANÒ, *Circostanze del reato. Problemi e prospettive*, in DASSANO-VINCIGUERRA (cur.), *Scritti Marini*, Napoli, 2010, 701 ss.
- PULITANÒ, *Diritto penale*, 5^a ed., Torino, 2013, 391 ss., 496-497, 513.
- PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, n. 2, 2017, 49-54.
- PULITANÒ, *Minacciare e punire*, in *Studi Dolcini*, Milano, 2018, 14.
- PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 641 ss.
- RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2001, 417.
- RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.), 1971 [trad., *Una teoria della giustizia*, Milano, 1984].
- RAZ, *Autonomy, Toleration, and the Harm Principle*, in GAVISON (cur.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, Oxford, 1987, 418 s.
- REDAZIONE GIURISPRUDENZA PENALE, *Sentenza Torreggiani: Strasburgo condanna l'Italia*, in *Giurisprudenza penale*, 2013.
- REGGIO, *Giustizia Dialogica. Luci ed ombre della Restorative Justice*, Milano, 2010.
- REGGIO, *L'emergere di modelli consensuali e conciliativi in alternativa al diritto giudiziale. Prospettive contemporanee*, in FUSELLI-MORO, *Al Principio*, Milano, 2022, 413-417.
- RODRÍGUEZ MESA, *Las razones del derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2007.
- ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, [rist. della 5^a ed. Prato 1833, Milano, Giuffrè, 2003], 1791, parte V, cap. IV, § 404 e §1129.
- ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale, vol. I, artt. 1-84*, 3^a ed., Milano, 2004, 642 ss., 710.

- ROMANO, GRASSO, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. II, artt. 85-149, 4^a ed., Milano, 2012, 342-345, 353-355, 362 ss., 378.
- ROMANO, M. *Prevenzione generale e prospettiva di riforma del codice penale italiano*, in AA. VV. *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, 165 ss.
- RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996.
- RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996, 119-121.
- RONCO, *Sub artt. 132, 133, 134* in RONCO, ROMANO B. (a cura di) *Codice penale ipertestuale*, Torino, 4^a ed., 2012, 832-849; 855-858.
- ROSS, *Colpa, responsabilità e pena*, Milano, 1972, 64 ss., 91, 223 ss.
- ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in JuS 1966, 377.
- ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4^a ed., München, 2006, 45 ss.
- ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York, 1973 [trad. sp. di Luzón Peña, *Problemas básicos de Derecho penal*, Madrid, Reus, 1976], 17, 24.
- ROY, *Victim Offender Reconciliation Program for Juveniles in Elkhart Count Indiana: An Exploratory Study*, in *Justice Professional*, 8/1994, 23-35.
- RUBINO-SAMMARTANO, *Adr, arbitrato, conciliazione*, Bologna, 2007.
- SANTORO, *Carcere e società liberale*, Torino, 1997.
- SATURNINO, voce *Discrezionalità (dir. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, 5.
- SCALFATI, *Cade il bilanciamento delle 'circostanze'*, in *Guida dir.* 2006, dossier 1, 39 ss.
- SCHIRÒ, voce *Circostanze aggravanti del reato*, in *Digesto*, 4^a ed., *Discipline penalistiche*, Torino, 2021, 86 ss.
- SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, Berlin, 2004, 88 ss.
- SCHÖCH in *FS Schaffstein*, 1975, 255, 262 ss.
- SCHÖCH, *FS Jescheck*, 1985, 1081, 1090 ss.

- SCHÜNEMANN, *El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*, Bogotá, 2007, 51 ss.
- SCHÜNEMANN, *Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de derecho liberal*, in VON HIRSCH, SEELMANN, WOHLERS, ROBLES PLANAS (cur.), *Límites al derecho penal*, Barcelona, 2012, 66 ss.
- SEHER, *Kann Strafrecht 'subsidiär' sein? Aporien eines 'unbestrittenen' Rechtsgrundsatzes*, in VON HIRSCH, SEELMANN, WOHLERS (cur.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden, 2006, 143.
- SILVA SANCHÉZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.
- SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 51.
- SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, 156.
- SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, III^a ed., Firenze, 1974.
- STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi Urbinati*, 1976-1977, 238.
- STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971, 20 ss., 147 ss.
- STRATENWERTH, *Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?*, Berlin, 1995, 9.
- TANNENBAUM, *Crime and the community*, New York, 1951, 16 ss.
- TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, 4^a ed., München, 2014.
- VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, 320, 334.
- VASSALLI, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, in *Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari*, II, Milano, 1958, 742.
- VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena*, Torino, 2020, 73.
- VENTUROLI, *Natura e confini dell'individualizzazione della pena nel giudizio di cognizione*, in MENGHINI, MATTEVI, *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, Trento, 2022, 84 ss., 109.

- VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria e principi costituzionali nelle decisioni sull'applicazione della sanzione penale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4/2024, 2-3, 6-18.
- VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 23, 73, 113 ss.
- VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 52 ss., 145, 216 ss.
- VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 65.
- VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.* 2017, 2, 61.
- WACQUANT, *Les prisons de la misère, Raisons d'Agir*, Paris, 1999 [trad. *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale*, Milano, 2000].
- WALKER, *Punishment, Danger and Stigma: the morality of criminal justice*, Oxford, 1980, 80 s.
- WEIGEND, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt*, FS Hirsch, Berlin, 1999, 933.
- WELLMAN, *The Rights Forfeiture Theory of Punishment*, *Ethics* 2012, 371 ss.
- WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 10^a ed., Berlin, 1967, 4 ss.
- WILSON, *Thinking About Crime*, New York, 1975.
- WOHLERS, *Strafrecht als ultima ratio-tragender Grundsatz eines rechtsstaatlichen Strafrechts oder Prinzip ohne eigenen Aussagegehalt?*, in VON HIRSCH, SEELMANN, WOHLERS (cur.), *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden, 2006, 54 ss.
- ZALIN, *Sub artt. 68-70*, in FORTI, SEMINARA, ZUCCALÀ, *Commentario breve al Codice penale*, 344.
- ZIPF, *Die Integrationsprävention (positive Generalprävention)*, in *Strafrecht Strafprozeßrecht und Kriminologie*, FS Pallin, Wien, 1989, 304.
- ZIPF, *Kriminalpolitik*, 2^a ed., Karlsruhe, 1980 [trad., *Politica criminale*, Milano, 1989], 53.

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

- C. cost., 9.3.1967, n. 25.
- C. cost., 21.11.1974, n. 264.
- C. cost., 5.5. 1979, n. 26.
- C. cost., 14.4.1980, n. 50.
- C. cost., 24.03.1988, n. 364.
- C. cost., 25.5.1989, n. 282.
- C. cost., 2.7.1990, con nota di FIANDACA.
- C. cost., 3.7.1990, n. 313, in *Foro Italiano*, 1990, I, 2385.
- C. cost., 23.4.1991, n. 203.
- C. cost., 24.6.1992, n. 299.
- C. cost., 11.6.1993, n. 306.
- C. cost., 8.7.1993, n. 306, in *Giurisprudenza costituzionale* 1993, 2466.
- C. cost., 28.4.1994, n. 168, in *Giurisprudenza italiana* 1995, I, 357.
- C. cost., 7.7.2005, n. 296.
- C. cost., 21.6.2006, n. 257.
- C. cost., 7.6.2011, n. 183.
- C. cost., 15.11.2012, n. 251.
- C. cost., 25-29.3.2013, n. 57.
- C. cost., 23.7.2015, n. 185.
- C. cost., 10.11.2016, n. 236.
- C. cost., 13.7.2017, n. 179.
- C. cost., 27.4.2018, n. 91.
- C. cost., 26.2.2020, n. 32.
- C. cost., 31.7.2020, n. 191.
- C. cost., 12.3.2020, n. 50.
- C. cost., 24.4.2020, n. 73.
- C. cost., 3.12.2020, n. 260.
- C. cost., 12.7.2021, n. 150.
- C. cost., 21.10.2021, n. 197.
- C. cost., 27.1.2022, n. 22.
- C. cost., 1.2.2022, n. 28.

- C. cost., 30.10.2023, n. 197.
- C. cost., 22.3.2024, n. 46.
- C. cost., 10.5.2024, n. 84.
- C. cost., 24.7.2025, n. 128.

GIURISPRUDENZA INTERNAZIONALE

- Corte EDU, 6.4.2000, *Labita c. Italia*, n. 26772/95.
- Corte EDU, 26.10.2000, *Kudla c. Polonia*, n. 30210/96.
- Corte EDU, 19.4.2001, *Peers c. Grecia*, n. 28524/ 95.
- Corte EDU, G.C., 17.12.2004, *Cumpănă e Mazăre contro Romania*, §115.
- Corte EDU, 20.1.2005, *Mayzit c. Russia*, n. 63378/00.
- Corte EDU, 16.6.2005, *Labzov c. Russia*, n. 62208/00.
- Corte EDU, 29.3.2007, *Andreï Frolov c. Russia*, n. 205/02.
- Corte EDU, 21.6.2007, *Kantyreva c. Russia*, n. 37213/02.
- Corte EDU, 19.7.2007, *Trepachkine c. Russia*, n. 36898/03.
- Corte EDU, 18.10.2007, *Babouchkine c. Russia*, n. 67253/01.
- Corte EDU, 6.12.2007, *Lind c. Russia*, n. 25664/05.
- Corte EDU, 28.2.2008, *Saadi c. Italia*, n. 37201/06.
- Corte EDU, 9.10.2008, *Moisseiev c. Russia*, n. 62936/00.
- Corte EDU, 12.6.2008, *Vlassov c. Russia*, n. 78146/01.
- Corte EDU, 12.3.2009, *Aleksandr Makarov c. Russia*, n. 15217/07.
- Corte EDU II, 16.7.2009, *Sulejmanovic c. Italia*, n. 22635/03.
- Corte EDU, 8.1.2013, *Torreggiani c. Italia*, nn. 43517/09, 55400/09, 57875/09, 35315/10 e 37818/10.
- Corte EDU, G.C., 9.7.2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, nn. 66069/09, 130/10 e 3896/10.
- Corte EDU I, 13.6.2019, *Viola c. Italia*. n. 77633/16.

GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

- Cass. pen. II, 27.5.1975, in *Giust. Pen.* 1976, II, 162.
- Cass. pen. V, 27.11.1978, n. 713/1979.
- Cass. pen. II, 11.6.1980, in *Cass. pen.* 1982, 1304.

- Cass. pen. II, 14.11.1984, n. 9967.
- Cass. pen., 8.6.1987, in *Cass. pen.* 1988, 807
- Cass. pen. II, 5.6.1990, n. 9572.
- Cass. pen. I., 21.08.1990, in *Riv. pen.*, 1991, 666.
- Cass. pen. I, 3.12.1992, in *Massimario della Cassazione Penale*, 1993, f. 4, 93.
- Cass. pen. I, 27.10.1993, in *La giustizia penale*, 1994, III, 330.
- Cass. pen. I, 14.4.1994, in *Cass. pen.*, 1995, 2947.
- Cass. pen. III, 15.3.1995, n. 9781.
- Cass. pen. I, 12.1.1999, n. 291.
- Cass. pen. III, 14.7.2004, n. 39861, in *Guida al diritto* 2004, f. 45, 61.
- Cass. pen. IV, 23.5.2007, n. 25532.
- Cass. pen. IV, 20.3.2008, n. 12348.
- Cass. pen. II, 23.9.2009, n. 2037.
- Cass. pen. III, 8.10.2009, n. in *Guida al diritto*, 2009.
- Cass. pen. I, 4.11.2009, n. 48125.
- Cass. pen. IV, 5.11.2009, n. 6687.
- Cass. pen. VI, 3.12.2009, n. 47909.
- Cass. pen. II, 11.2.2010, n. 18159.
- Cass. pen. VI, 23.5.2012, n. 21838.
- Cass. pen. III, 10.1.2013, n. 10095.
- Cass. pen., 31.1.2013, n. 18669.
- Cass. pen. III, 23.4.2013, n. 23055.
- Cass. pen. IV, 7.5.2013, n. 35703.
- Cass. pen. I, 25.9.2013, n. 3155.
- Cass. pen. III, 22.11.2013, n. 116.
- Cass. pen. III, 12.2.2014, n. 17004.
- Cass. pen. V, 3.7.2014, n. 27443, in *Dir. pen. cont.*, 2014.
- Cass. pen. III, 3.6.2014, n. 38678.
- Cass. pen. III, 18.6.2015, n. 37867.
- Cass. pen. IV, 5.11.2015, n. 46412.
- Cass. pen. III, 11.5.2016, n. 35852.
- Cass. pen. III, 5.6.2016, n. 38251.

- Cass. pen. III, 11.10.2016, n. 6875/2017, in *Riv. trim. dir. pen. cont.* 2017, 3, 302.
- Cass. pen. II, 27.4.2017, n. 36104.
- Cass. pen. VII, ord. 20.10.2017, n. 11210/2018.
- Cass. pen. VI, 20.2.2018, n. 10772.
- Cass. pen. II, 8.3.2018, n. 12846.
- Cass. pen. III, 17.7.2018, n. 54179.
- Cass. pen. III, 20.12.2018, n. 1913/2019.
- Cass. pen. V, 3.1.2019, n. 18304.
- Cass. pen. II, 15.5.2019, n. 27547.
- Cass. pen. V, 27.6.2019, n. 35100.
- Cass. pen. VI, 7.11.2019, n. 52011.
- Cass. pen. V, 9.12.2019, n. 11329/2020.
- Cass. pen. V, 24.1.2020, n. 7034.
- Cass. pen. III, 18.2.2020, n. 11729.
- Cass. pen. II, 15.7.2020, n. 23903.
- Cass. pen. V, 3.11.2020, n. 1947/2021.
- Cass. pen. V, 19.1.2021, n. 12052.
- Cass. pen. II, 26.1.2021, n. 17347.
- Cass. pen. III, 26.5.2021, n. 28924.
- Cass. pen. II, 4.6.2021, n. 23158.
- Cass. pen. I, 11.6.2021, n. 28109.
- Cass. pen. VI, 22.6.2021, n. 34532.
- Cass. pen. II, 23.6.2021, n. 36376.
- Cass. pen. V, 5.7.2021, n. 33846.
- Cass. pen. II, 7.7.2021, n. 39270.
- Cass. pen. I, 9.7.2021, n. 32798.
- Cass. pen. III, 13.7.2021, n. 35221.
- Cass. pen. IV, 1.9.2021, n. 37955.
- Cass. pen. II, 10.9.2021, n. 41995.
- Cass. pen. V, 6.10.2021, n. 1054/2022.
- Cass. pen. IV, 17.5.2022, n. 20034.
- Cass. pen. VII, ord. 7.6.2023, n. 30345.

- Cass. pen. III, 14.12.2023, n. 684/2024.
 - Cass. pen. II, 19.12.2023, n. 2002/2024.
 - Cass. pen. II, 28.2.2024, n. 8794.
 - Cass. pen. III, 15.5.2024, n. 35108.
 - Cass. pen. I, 27.6.2024, n. 39700.
 - Cass. pen. II, 18.12.2024, n. 1951/2025.
 - Cass. pen. V, 23.1.2025, n. 8357.
 - Cass. pen. III, 4.2.2025, n. 10921.
 - Cass. pen. III, 18.2.2025, n. 9806.
-
- Cass. pen. Sez. Un., 21.4.1979, n. 5519.
 - Cass. pen. Sez. Un., 12.10.1993, in *Foro italiano*, 1994, II, 437.
 - Cass. pen. Sez. Un., 21.04.1995, in *Giur. pen.*, 1996, II.
 - Cass. pen. Sez. Un. 27.5.2010, in *Cass. pen.* 2011, 2094.
 - Cass. pen. Sez. Un., 31.3.2016, n. 36272.
 - Cass. pen. Sez. Un., 9.6.2017, n. 28953.
 - Cass. pen. Sez. Un., 24.01.2018, n. 3464.
 - Cass. pen. Sez. Un., 25.10.2018-15.5.2019 n. 20808, in *Giur. it.*, 2019.
 - Cass. pen. Sez. Un., 28.2.2019, n. 28910.
 - Cass. pen. Sez. Un., 27.2.2020, n. 12778.
 - Cass. pen. Sez. Un., 9.2.2026, n. 5166.

GIURISPRUDENZA DI MERITO

- Trib. Genova I, 21.11.2023.
- G.u.p. Trib. Grosseto, 2.5.2024, nn. 152 e 163, in *Giurisprudenza penale*, 2024.