

DISCREZIONALITÀ GIUDIZIARIA E PRINCIPI COSTITUZIONALI

di Francesco Viganò

Che ruolo svolgono i principi costituzionali nella fase di commisurazione della pena? Questo contributo analizza i principali principi che la Costituzione italiana detta in materia di pena e la loro rilevanza come criteri orientativi della discrezionalità giudiziale nella determinazione della pena al singolo condannato.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Legalità della sanzione penale. – 3. Proporzionalità della pena. – 4. Personalità della responsabilità penale (in particolare: colpevolezza e individualizzazione della sanzione). – 5. Rieducazione e minimo sacrificio necessario della libertà personale. – 6. Eguaglianza. – 7. Diritto di difesa e principio del contraddittorio. – 8. Obbligo di motivazione (art. 111, sesto comma, Cost.). – 9. Controllo di legittimità sulla pena. – 10. In conclusione.

1. Introduzione.

Quale spazio hanno i principi costituzionali nella fase di applicazione della sanzione penale, dominata da quella discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena, di cui parla l'art. 132 c.p.?

Una riflessione a partire da questa domanda non è forse inutile, dal momento che i principi costituzionali vengono di solito evocati e analizzati dai penalisti come strumento di *controllo della legittimità costituzionale* della legislazione penale o come criteri orientativi dell'*interpretazione* di quella legislazione da parte del giudice, ma ben più raramente come *criteri* ai quali debbono ispirarsi i *giudizi discrezionali* che la legge penale affida espressamente al giudice, come per l'appunto quelli sulla commisurazione della pena.

La mia impressione è che dalla Costituzione siano in realtà desumibili – oltre, come è ovvio, alla funzione rieducativa – numerose indicazioni preziose di cui il giudice dovrebbe servirsi quando, dopo l'accertamento del fatto di reato e l'ascrizione della relativa responsabilità all'imputato, è chiamato a decidere sulla sanzione che allo stesso dovrà essere applicata. In questo piccolo contributo vorrei, perciò, cercare di fornire una almeno approssimativa rassegna delle indicazioni che mi paiono praticamente più rilevanti per il giudice, alla luce della copiosa giurisprudenza della Corte costituzionale che quel testo ha interpretato nel corso dei quasi settant'anni della sua storia.

Non senza riprendere, *in limine*, un'osservazione illuminante della Presidente emerita Marta Cartabia, relativa a una significativa *assenza* nel testo costituzionale: in

nessuna delle norme che quel testo dedica alla materia penale compare la parola “carcere”¹. La Costituzione parla, all’art. 27, di “pene”, al plurale, invitandoci così a ripensare al sistema sanzionatorio in chiave non carcerocentrica. Così come non può ruotare attorno al carcere – contro la *vulgata* diffusa tra i penalisti – è, del resto, la *realtà* del nostro sistema penitenziario oggi, in cui il numero complessivo delle persone affidate agli uffici dell’esecuzione penale esterna è più elevato rispetto a quello dei detenuti. La pena, ci dicono all’unisono la Costituzione e i dati statistici, non è *solo* quella detentiva: e di ciò tutti quanti – legislatore, giudici, accademici – dovremmo sempre più essere consapevoli.

Due precisazioni ancora, per meglio tracciare i confini del tema cui intendo dedicare questo contributo.

La prima. Mi occuperò qui, anzitutto, delle decisioni giudiziali sulla sanzione penale in senso lato: nozione comprensiva tanto delle pene, quanto delle misure di sicurezza nonché, più in generale, di tutte le misure limitative dei diritti fondamentali applicabili dal giudice di cognizione, compresa la confisca, comunque esse siano qualificabili dal punto di vista dogmatico. Ma il discorso abbraccerà anche quegli strumenti di diritto sostanziale o processuale, parimenti attivabili dal giudice di cognizione, che consentono di limitare o escludere tali limitazioni dei diritti fondamentali a carico dell’imputato o del condannato (come la non punibilità per particolare tenuità del fatto, l’estinzione del reato per condotte riparatorie, la sospensione condizionale, la non menzione della condanna, il perdono giudiziale successivo alla condanna per i minorenni, le diminuzioni di pena derivanti dalla scelta del rito).

Oggetto dell’analisi sarà, in altre parole, quella che in via stipulativa definirei la “commisurazione giudiziale in senso lato”², comprendente la serie di decisioni con le quali il giudice della cognizione è chiamato a stabilire: (a) *se* debba essere applicata una sanzione penale a chi sia stato ritenuto responsabile della commissione di un fatto di reato, (b) *quale* sanzione debba essere applicata (pena detentiva, pecuniaria, sostitutiva, accessoria, misura di sicurezza, confisca, etc.) e *in quale misura*, nonché (c) se la sanzione

¹ CARTABIA (2024).

² Per questa definizione, comprensiva della decisione sulla sospensione condizionale e sulla non menzione della condanna, cfr. recentemente la sentenza n. 208 del 2024 della Corte costituzionale. Il citato articolo di PALAZZO (2022), p. 1346, distingue invece, in modo più articolato, (a) una commisurazione “infraeditale”, diretta alla determinazione della pena base in applicazione dell’art. 133 c.p., (b) una commisurazione “extraeditale” (comprendente l’applicazione delle circostanze – alla quale occorrerebbe, peraltro, aggiungere forse l’applicazione della disciplina sugli aumenti di pena in caso di concorso formale o di reato continuato), (c) una commisurazione “in senso ampio”, consistente nella scelta delle alternative sanzionatorie disponibili *in sede di cognizione ovvero di esecuzione*, e (d) una commisurazione “in senso negativo”, consistente nell’eventuale scelta della non punibilità. Ho ritenuto qui di non seguire questa classificazione, soprattutto perché desideravo concentrarmi (come chiarisco subito nel testo) sui giudizi discrezionali del *solo giudice della cognizione*: ben consapevole, naturalmente, che l’impatto concreto della pena sul condannato dipende oggi in misura non meno rilevante, sin dall’inizio dell’esecuzione, dalle decisioni del giudice dell’esecuzione e di quello di sorveglianza.

e i suoi effetti penali debbano effettivamente essere *eseguiti* (sospensione condizionale, non menzione della condanna)³.

La seconda precisazione concerne invece ciò di cui *non* mi occuperò. L'analisi che segue sarà focalizzata sui giudizi discrezionali di competenza del *giudice della cognizione* in punto di commisurazione della pena in senso lato: con esclusione dunque delle valutazioni del *legislatore* sulle comminatorie e in generale sulle disposizioni in materia di pena, delle decisioni del *pubblico ministero* suscettibili di avere influenza sul trattamento sanzionatorio dell'autore del reato, nonché – a valle della condanna – delle decisioni sulle concrete vicende esecutive della pena affidate dalla legge alla competenza del *giudice dell'esecuzione* o di quello di *sorveglianza*. Decisioni, queste ultime, pure di enorme importanza dal punto di vista pratico e rispetto alle quali molti dei principi costituzionali che passerò in rassegna avrebbero molto da dire, ma la cui compiuta analisi finirebbe per eccedere di molto lo spazio a me riservato.

2. Legalità della sanzione penale.

Prendendo le mosse dai principi che *limitano* la discrezionalità giudiziale nelle decisioni relative alla commisurazione della pena in senso lato – e, dunque, alla *applicazione* della pena –, il primo e fondamentale principio che viene in considerazione è certamente quello di *legalità della sanzione penale*, con i suoi molteplici corollari risultanti dall'art. 25, secondo e terzo comma, Cost., ma anche dalle norme corrispondenti nelle carte internazionali o sovranazionali dei diritti umani che vincolano il nostro paese: l'art. 7, primo paragrafo, CEDU, l'art. 15, primo paragrafo PIDCP, l'art. 49, primo paragrafo, CDFUE. Tra questi corollari, il diritto internazionale dei diritti umani annovera anche il diritto all'applicazione della *lex mitior* tra tutte quelle entrate in vigore dopo la commissione del fatto: diritto che la Corte costituzionale italiana ha invece tradizionalmente fondato sul principio di eguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.⁴

Il principio di legalità della pena, solo apparentemente ovvio, è stato al centro dell'attenzione della giurisprudenza penale e costituzionale nell'ultimo decennio sotto una serie di profili di grande rilievo. Il riferimento è, anzitutto, alla valorizzazione, da parte della giurisprudenza penale, del principio costituzionale e convenzionale della legalità della pena anche nella fase della sua esecuzione, sotto il profilo – in particolare – della necessità per il giudice dell'esecuzione di assicurare che non possa essere eseguita una pena *divenuta* illegale, per effetto di una sentenza della Corte costituzionale, della

³ Da tale nozione restano necessariamente escluse le decisioni sulla sospensione del processo con messa alla prova e il perdono giudiziale per i minorenni di cui all'art. 169, primo comma, c.p., che non presuppongono un previo giudizio di responsabilità dell'imputato e non possono, pertanto, essere considerate parti della commisurazione della pena, nemmeno se intesa in senso lato. Tuttavia, molti dei principi costituzionali passati in rassegna in questo contributo potrebbero egualmente applicarsi anche alle decisioni del giudice relative a tali istituti.

⁴ Per una recente ricapitolazione dell'evoluzione della giurisprudenza di legittimità sul tema, cfr. sentenza n. 63 del 2019, punto 6.1. del *Considerato in diritto*.

Corte EDU o della Corte di giustizia⁵. Ancora, la valorizzazione del divieto di retroattività delle modifiche *in peius* della pena, così come declinato dalla giurisprudenza della Corte EDU, è stato alla base del *revirement* con cui la stessa Corte ha stabilito la non retroattività delle modifiche delle norme in tema di misure alternative alla detenzione (e delle norme processuali comunque incidenti sull'esecuzione della pena, come l'art. 656 c.p.p.), allorché il loro effetto sia quello di mutare la natura stessa della pena applicabile al condannato, come nel caso paradigmatico in cui, in forza delle modifiche normative, una pena verosimilmente destinata a essere eseguita *fuori* dal carcere debba essere invece eseguita *dentro* il carcere⁶. Infine, l'attuale situazione di diffusa e sistemica lesione del principio di legalità delle misure di sicurezza di cui all'art. 25, terzo comma, Cost. è stato sottolineato dalla Corte costituzionale in una recente decisione, in cui si è invocato – sinora, peraltro, invano – un sollecito intervento del legislatore a sanare una situazione di eclatante contrasto del quadro normativo vigente con i principi costituzionali, rispetto al quale la Corte si è – allo stato – astenuta dall'intervenire per non rischiare di creare, con il proprio intervento, un risultato di *vulnus* ancora maggiore all'insieme dei principi costituzionali in gioco⁷.

Tuttavia, nessuno di questi profili – pur di grande rilievo e certo non irrilevanti per i compiti del giudice della cognizione (il quale ha pur sempre il dovere di scrutinare, anche d'ufficio, la legittimità costituzionale delle norme che è chiamato ad interpretare ed applicare, *in primis* in relazione allo stesso principio di legalità e ai suoi corollari) – tocca i poteri *discrezionali* del giudice nel momento della commisurazione della pena in senso lato. Rispetto a tale momento, il principio di legalità viene semplicemente in considerazione quale *cornice esterna* entro la quale può legittimamente dispiegarsi la discrezionalità del giudice, come già chiaramente enunciato – a livello di legislazione ordinaria – dall'art. 132 c.p.

Un profilo forse non del tutto banale merita, però, una particolare sottolineatura in questo contesto. La “legge” di cui parla l'art. 132 c.p. deve oggi intendersi non solo come *legge statale*, ma anche come qualsiasi fonte in vario modo sovraordinata rispetto alla legge ordinaria, e per questo in grado di vincolare il giudice italiano: la Costituzione, naturalmente; ma anche le norme internazionali in materia di diritti umani e il diritto dell'Unione europea.

Nessuna di queste norme diverse dalla legge statale (e dagli atti aventi forza di legge) è in grado allo stato di porre in essere norme incriminatrici⁸, né – per quanto qui più rileva – di stabilire essa stessa le sanzioni che il giudice è tenuto ad applicare a coloro che siano stati ritenuti responsabili della commissione di un reato. Cionondimeno, tutte queste fonti possono, in forme diverse ma comunque vincolanti per il giudice, influire sull'attività di commisurazione della sanzione da parte del giudice. I principi

⁵ Per un recente quadro d'insieme di queste pronunce, cfr. sentenza n. 2 del 2022, punto 5.1.1. del *Considerato in diritto*.

⁶ Sentenza n. 32 del 2020.

⁷ Sentenza n. 22 del 2022, in particolare punti 5.3.2. e 6 del *Considerato in diritto*.

⁸ Salvo forse che nel caso, del tutto peculiare, dell'art. 90, primo comma, Cost., in relazione ai reati di alto tradimento e attentato alla Costituzione compiuti dal Presidente della Repubblica.

costituzionali di cui tratterò in questo contributo costituiscono, del resto, altrettanti esempi in proposito.

Quanto in particolare alle fonti internazionali e sovranazionali, occorre rammentare che il giudice penale in sede di commisurazione della pena – così come ogni altro giudice – è tenuto a *interpretare la legge statale in conformità a tali obblighi*, e naturalmente anche – per quanto questo profilo sia in genere poco messo in evidenza dalla dottrina – ad *orientare l'esercizio della propria discrezionalità* in modo da assicurare che la propria decisione risulti compatibile con gli obblighi stessi.

Un esempio per tutti. In materia di diffamazione da parte del giornalista, la costante giurisprudenza della Corte EDU sugli obblighi discendenti dall'art. 10 CEDU ritiene che una pena detentiva possa giustificarsi soltanto in ipotesi eccezionali, ad esempio in relazione a casi inquadrabili nelle categorie dell'*hate speech* o dell'istigazione alla violenza⁹. Nella sentenza n. 150 del 2021, la Corte costituzionale ha giudicato costituzionalmente non illegittimo l'art. 595, terzo comma, c.p. – il quale prevede, alternativamente, una pena detentiva o pecuniaria per la diffamazione aggravata dall'uso della stampa o di un altro mezzo di pubblicità – a condizione che il giudice orienti il proprio potere discrezionale ai principi desumibili dalla menzionata giurisprudenza della Corte EDU, oltre che dalla stessa sentenza n. 150 del 2021 della Corte costituzionale. Si osserva, in proposito, in quest'ultima pronuncia: «Il potere discrezionale che [l'art. 595, terzo comma, c.p.] attribuisce al giudice nella scelta tra reclusione (da sei mesi a tre anni) e multa (non inferiore a 516 euro) deve certo essere esercitato tenendo conto dei criteri di commisurazione della pena indicati nell'art. 133 cod. pen., ma anche – e ancor prima – delle indicazioni derivanti dalla Costituzione e dalla CEDU secondo le coordinate interpretative fornite da questa Corte e dalla Corte EDU; e ciò anche al fine di evitare la pronuncia di condanne penali, che potrebbero successivamente dar luogo a una responsabilità internazionale dello Stato italiano per violazioni della Convenzione [...]. Ne consegue che il giudice penale dovrà optare per l'ipotesi della reclusione soltanto nei casi di eccezionale gravità del fatto, dal punto di vista oggettivo e soggettivo, rispetto ai quali la pena detentiva risulti proporzionata, secondo i principi poc'anzi declinati; mentre dovrà limitarsi all'applicazione della multa, opportunamente graduata secondo la concreta gravità del fatto, in tutte le altre ipotesi»¹⁰.

Una questione di particolare delicatezza è poi se l'influenza delle norme internazionali e sovranazionali in materia di commisurazione della pena possa operare soltanto *in bonam partem*, e dunque in senso limitativo della potestà punitiva (come nell'esempio ora riferito), ovvero possa operare anche in senso opposto – nel senso, cioè, di orientare il giudice a irrogare pene severe –, sia pure entro i limiti consentiti dalla legge penale italiana. Interrogativo, questo, di non poco momento, in relazione alla giurisprudenza della Corte EDU che richiede, ad esempio, l'irrogazione concreta di pene

⁹ Cfr., per tutte, il *leading case* Corte EDU, Grande Camera, 17 dicembre 2004, *Cumpănă e Mazăre contro Romania*, paragrafo 115.

¹⁰ Punto 6.3. del *Considerato in diritto*.

sufficientemente dissuasive nelle ipotesi di gravi violazioni dei diritti umani compiute da agenti dello Stato, in violazione dei propri doveri funzionali¹¹.

Certamente, invece, il giudice penale potrà tenere conto – in fase di commisurazione della pena – anche degli strumenti internazionali di *soft law*, a rigore non vincolanti per lo Stato, che tuttavia codificano buone prassi su cui si è convogliato un ampio consenso a livello internazionale, e che non a caso sono spesso valorizzate dalla giurisprudenza internazionale in materia di diritti umani e dalla stessa giurisprudenza costituzionale¹², quali preziosi criteri interpretativi delle garanzie – rispettivamente – convenzionali e costituzionali.

Laddove poi la legge nazionale opponga un limite, insuperabile in via ermeneutica, alla possibilità di orientare la discrezionalità del giudice in fase di commisurazione della pena in maniera conforme agli obblighi internazionali, il giudice stesso avrà un preciso dovere – *ex art. 23 della legge n. 87 del 1953* – di investire la Corte costituzionale del compito di risolvere, con efficacia *erga omnes*, la soluzione dell'antinomia: come è in effetti accaduto con la stessa sentenza n. 150 del 2021 poc' anzi rammentata, la quale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 13 della legge n. 47 del 1948 sulla stampa, che imponeva al giudice di applicare *congiuntamente* una pena detentiva, peraltro particolarmente severa (la reclusione da uno a sei anni), e una pena pecuniaria in caso di diffamazione a mezzo della stampa consistente nell'attribuzione di un fatto determinato. Proprio la necessaria irrogazione di una sanzione detentiva, ha osservato la Corte, era divenuta incompatibile con l'esigenza, particolarmente evidenziata dalla giurisprudenza di Strasburgo in materia di art. 10 CEDU, di «non dissuadere, per effetto del timore della sanzione privativa della libertà personale, la generalità dei giornalisti dall'esercitare la propria cruciale funzione di controllo sull'operato dei pubblici poteri»¹³.

Quanto, infine, al diritto dell'Unione, la sua peculiare rilevanza per il giudice penale – anche nella fase di commisurazione della pena – deriva dal suo essere dotato di *primazia* rispetto alla stessa legge nazionale. Fermo dunque il dovere, anche in questo caso, di interpretazione conforme della legge nazionale al diritto dell'Unione, e la connessa necessità che l'esercizio concreto del potere discrezionale in materia di pena tenga conto degli obblighi che da tale diritto derivino, il giudice ha in questo caso uno strumento in più di quanto non accada rispetto agli obblighi internazionali. Nel caso, infatti, di contrasto non superabile in via interpretativa tra legge interna e obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, il giudice potrà – qualora tali obblighi siano dotati di

¹¹ Sul punto, si consenta qui semplicemente il rinvio a un lavoro, invero non più recentissimo ma già corredato allora di ampi riferimenti alla giurisprudenza della Corte EDU, in cui avevo analizzato e discusso questi obblighi: VIGANÒ (2011); nonché, più recentemente, a VIGANÒ (2021), p. 96 ss.

¹² Per alcuni recenti esempi, cfr. sentenza n. 10 del 2024, punto 4 del *Considerato in diritto*, con riferimento alle Regole penitenziarie europee di cui alla raccomandazione Rec(2006)2-rev dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, e sentenza n. 219 del 2023, punto 4.5. del *Considerato in diritto*, con puntuali riferimenti alle «United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders» adottate dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 21 dicembre 2010 (le c.d. Bangkok Rules).

¹³ Punto 4.2. del *Considerato in diritto*.

effetto diretto – *disapplicare* la stessa legge nazionale, e dare così direttamente effetto agli obblighi unionali nel caso di specie.

Un tale scenario si verifica, ad esempio, allorché una legge nazionale relativa alla sanzione penale per un dato reato determini, in una materia rientrante nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione ai sensi dell’art. 51 CDFUE, la violazione del principio di proporzionalità della pena sancito dall’art. 49, paragrafo 3, CFDUE, ovvero del diritto al *ne bis in idem* di cui all’art. 50 CDFUE: diritti entrambi ai quali la giurisprudenza della Corte di giustizia ha riconosciuto idoneità a produrre effetti diretti negli ordinamenti degli Stati membri¹⁴. Il giudice avrà qui il potere, nell’ambito della commisurazione della pena, di disapplicare totalmente o parzialmente la legge nazionale (ad esempio, nella parte in cui prevede una sanzione minima per il reato), onde evitare di produrre effetti incompatibili con tali norme unionali.

Rispetto ai contrasti tra legge nazionale e diritto dell’Unione – a prescindere, questa volta, dalla sua concreta idoneità a produrre effetto diretto negli ordinamenti degli Stati membri – il giudice nazionale ha, peraltro, sempre la possibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale della legge interna, investendo così la Corte costituzionale della responsabilità di risolvere l’antinomia una volta per tutte, e con effetti *erga omnes*. Ciò che consente di assicurare un rimedio sistemico, e – verosimilmente – maggiormente conforme allo stesso principio di legalità della pena, che esige una predeterminazione normativa della cornice entro la quale il giudice è tenuto a esercitare la propria discrezionalità nella commisurazione della sanzione; e assieme consente di garantire una maggiore uniformità di trattamento ai consociati, rispetto a quanto non sia possibile ottenere attraverso la disapplicazione puntuale dei vincoli di legge ad opera dei singoli giudici, a tutto vantaggio del principio di eguaglianza, su cui dovremo tra poco soffermarci¹⁵.

Un’ultima osservazione, a chiusura di questa analisi relativa al ruolo del principio di legalità della pena nella fase di commisurazione della stessa. Come ben sottolinea Francesco Palazzo, riprendendo osservazioni da tempo formulate dalla dottrina italiana più autorevole, i vincoli opposti dal principio di legalità alla discrezionalità del giudice nella determinazione del trattamento sanzionatorio sono, a conti fatti, assai laschi, soprattutto dopo la fondamentale riforma del sistema sanzionatorio del 1974¹⁶ – e ciò è tanto più vero oggi, a cinquant’anni di distanza, in una situazione in cui il giudice si trova a fare i conti con una legalità multilivello, che trascende di molto quell’orizzonte esclusivamente statale cui si pensava a metà degli anni Settanta. I vincoli legislativi non sono, beninteso, del tutto scomparsi, tanto che gli errori compiuti dal giudice di merito nell’applicazione delle norme sulla pena sono

¹⁴ Sull’art. 49, paragrafo 3, CDFUE, si vedano C. giust. UE, sentenza 8 marzo 2022, C-205/20, *NE* (su cui RECCHIA 2022; BRANCATI 2022; nonché, volendo, VIGANÒ 2022); sentenza 19 ottobre 2023, G. ST. T., C.655/21. Sull’art. 50 CDFUE, cfr. ad es. C. giust., sentenza 20 marzo 2018, C-537/16, paragrafo 67.

¹⁵ Così la sentenza n. 149 del 2022, punto 2.2. del *Considerato in diritto*. In senso analogo, in materie diversa da quella penale, sentenze n. 181 del 2024, punto 6.5. del *Considerato in diritto*, e 15 del 2024, punto 8.2. del *Considerato in diritto*.

¹⁶ PALAZZO (2022), p. 1347.

ancora una delle cause più frequenti delle riforme in appello e degli annullamenti in Corte di cassazione. Ma, certo, la latitudine dei poteri di cui dispone il giudice penale nella concreta determinazione della pena è, oggi, del tutto rimarchevole, al fisiologico potere di stabilire la pena base tra il minimo e il massimo edittale aggiungendosi, alla rinfusa, un pressoché illimitato potere di applicare o non applicare gli aumenti e le diminuzioni di pena (essi stessi ampiamente discrezionali nella loro concreta entità) connessi alle circostanze del reato, grazie alla discrezionalità nel giudizio di bilanciamento delle circostanze stesse; oltre che il potere di aumentare la pena “fino al triplo” della pena base (e dunque: a partire da un solo giorno di reclusione in più) nel caso di concorso formale tra più reati o reato continuato. Tanto che lo stesso Palazzo non esita, oggi, a evidenziare il rischio che la commisurazione della pena – nel senso lato assunto ad oggetto di questo contributo – si trasformi, da luogo di esercizio della discrezionalità del giudice, in una «terra dell’arbitrio»¹⁷ in cui di fatto sia possibile giungere a qualsiasi risultato sanzionatorio, o quasi, manipolando *ad libitum* i criteri legali (e cioè utilizzandoli per motivare, retrospettivamente, un esito sanzionatorio deciso *a priori* dal giudice, secondo la propria intuizione di giustizia).

Proprio per evitare questo rischio, indubbiamente concreto, appaiono particolarmente importanti i criteri “materiali” (ulteriori rispetto al criterio “formale” di legalità della pena) desumibili dalla Costituzionale, ai quali il giudice della commisurazione è tenuto ad orientare i suoi – estesissimi – poteri discrezionali, spalancatigli dalla legge (nazionale, internazionale e sovranazionale) vigente. Criteri ai quali dovremo ora, finalmente, rivolgere la nostra attenzione.

3. Proporzionalità della pena.

Uno dei criteri “materiali” più rilevanti – ancorché, come meglio si vedrà, ancora di contenuto *negativo*, funzionale dunque più a porre *limiti* al potere discrezionale del giudice in materia di commisurazione che non a orientarne in positivo l’esercizio – è la proporzionalità della pena: ossia la necessità che la pena concretamente inflitta al condannato risulti proporzionata (o meglio, non sproporzionata) rispetto alla gravità del reato da lui commesso. Un principio, per la verità, non scritto nella Costituzione, ma elaborato gradualmente dalla Corte costituzionale sulla base – dapprima – del principio di eguaglianza-ragionevolezza di cui all’art. 3 Cost., e poi a partire da argomentazioni variamente ispirate alla funzione rieducativa della pena di cui all’art. 27, terzo comma, Cost., al principio di offensività fondato sull’art. 25, secondo comma, Cost., nonché – di recente – sul principio di “personalità” della responsabilità penale di cui all’art. 27, primo comma, Cost.¹⁸

¹⁷ PALAZZO (2022), p. 1349.

¹⁸ Per ogni approfondimento, e per gli indispensabili riferimenti, cfr., volendo, cfr. VIGANÒ (2021), p. 52 ss.

La proporzionalità della pena ha assunto, come è noto, una importanza crescente nella recente giurisprudenza costituzionale in materia di misura delle pene¹⁹. Emblematiche a tal riguardo le affermazioni contenute nella sentenza n. 46 del 2024²⁰, che in certo senso certificano il superamento del tradizionale *self-restraint* della Corte in materia penale, considerata per lungo tempo diretta espressione di una discrezionalità politica non censurabile dalla Corte se non in casi eccezionali. «Discrezionalità» – afferma la Corte – «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»²¹.

Dunque: è proprio nella materia penale, data la sua “naturale” incidenza sui diritti fondamentali della persona, che si richiede uno scrutinio di proporzionalità particolarmente penetrante: da parte della Corte costituzionale, ma ancor prima del giudice comune, al quale spetta, nel nostro ordinamento, il compito di rilevare per primo eventuali sconfinamenti delle scelte legislative in materia di sanzioni dai limiti della proporzionalità, e di investire la Corte delle relative questioni (salvo che non ritenga – entro l’ambito di applicazione del diritto dell’Unione europea – di procedere direttamente alla disapplicazione della norme di legge nazionale che determinerebbero un risultato sanzionatorio sproporzionato, e pertanto in contrasto con il poc’anzi menzionato art. 49, paragrafo 3, CDFUE: con tutta la problematicità, appena evidenziata, di una simile operazione).

Peraltro, la proporzionalità della pena non opera soltanto come criterio di valutazione della legittimità costituzionale delle scelte del legislatore, ma anche come criterio di commisurazione della pena, e dunque come criterio che vincola la stessa discrezionalità conferita al giudice dall’art. 132 c.p. E ciò in applicazione del principio generale secondo cui «la proporzionalità è “requisito di sistema nell’ordinamento costituzionale italiano, in relazione a ogni atto dell’autorità suscettibile di incidere sui diritti fondamentali dell’individuo” [...], operando sia come requisito di legittimità costituzionale di ogni legge che preveda limitazioni dei diritti fondamentali della persona, sia come requisito di legittimità di ogni misura amministrativa o giudiziaria che, in attuazione della legge, restringa i diritti di una persona nel singolo caso concreto»²².

¹⁹ In particolare, come criterio di controllo della pena minima comminata dal legislatore (da ultimo, sentenze n. 91 del 2024 e n. 46 del 2024), ovvero degli irrigidimenti ai meccanismi del bilanciamento tra le circostanze suscettibili di produrre risultati sanzionatori sproporzionati nei casi concreti (tra le ultime, sentenze n. 219, 217, 201, 197, 188, 141 e n. 94 del 2023).

²⁰ Dichiarativa dell’illegittimità costituzionale della pena minima di due anni prevista nel 2019 per l’appropriazione indebita.

²¹ Punto 3.1. del *Considerato in diritto* (corsivi aggiunti).

²² Sentenza n. 203 del 2024, punto 4.7. del *Considerato in diritto*.

Nell'ambito della commisurazione giudiziale, alla proporzionalità della pena rispetto alla gravità (oggettiva e soggettiva) del reato si ispirano tutti i criteri indicati nel primo comma dell'art. 133, primo comma, c.p., mentre alcuni almeno dei criteri classificati dal secondo comma come attinenti alla «capacità a delinquere» del colpevole (ad esempio, i motivi a delinquere e le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo) sono parimenti suscettibili di fornire indicazioni preziose per la valutazione del suo grado di colpevolezza nella commissione del reato e, dunque, della gravità del reato stesso.

Dal punto di vista del diritto costituzionale, peraltro, la proporzionalità della pena viene in considerazione anzitutto come un *limite massimo* alla discrezionalità del giudice nella fase commisurativa; ciò che corrisponde, nella sostanza, a quanto ritiene la dottrina oggi dominante nel nostro paese, che pure suole utilizzare il concetto – di origine tedesca – di “pena adeguata alla colpevolezza” (*schuldangemessene Strafe*) per indicare l'idea di una pena proporzionata al fatto di reato colpevole²³. Tale limite, quindi, non si oppone in alcun modo alla possibilità per il giudice di infliggere pene di entità anche significativamente inferiore rispetto a quelle che potrebbero risultare appropriate rispetto alla gravità del reato commesso, grazie alla valorizzazione di tutti i criteri indicati dal secondo comma dell'art. 133 c.p. (come la condotta susseguente al reato, o la stessa condotta antecedenti al reato), in quanto espressivi di una bassa pericolosità sociale, e comunque di una sua “necessità di pena” – intesa come bisogno di un trattamento rieducativo – particolarmente ridotti.

In quest'ottica si collocano, in effetti, anche varie circostanze attenuanti espressamente previste dal legislatore, che valorizzano condotte commesse dall'autore successivamente alla commissione del reato, suscettibili di essere considerate quali indizi di un percorso già in atto di ravvedimento del medesimo autore²⁴: dalla circostanza comune di cui all'art. 62, n. 6, c.p. (oggi allargata sino a comprendere la partecipazione a un programma di giustizia riparativa con la vittima del reato, concluso con un esito riparativo), alle numerose circostanze che – sul modello dell'art. 56, ultimo comma, c.p. – stabiliscono riduzioni di pena, o in taluni casi addirittura la non punibilità, per chi si sia attivato per porre rimedio alle conseguenze della propria condotta criminosa, o abbia collaborato con l'autorità giudiziaria nell'accertamento del fatto di reato e l'individuazione dei correi.

Le stesse circostanze attenuanti generiche di cui all'art. 62-*bis* c.p. si prestano, anch'esse, a valorizzare indici di minore pericolosità dell'agente desunte – come sottolineato recentemente dalla sentenza n. 197 del 2023 – da «condotte successive come l'immediata e spontanea autodenuncia, la piena collaborazione processuale, le attività di studio o lavoro intraprese nell'attesa del processo»²⁵; condotte che il giudice ha anzi il dovere di tenere conto, come sottolineato già dalla sentenza n. 183 del 2011 della stessa

²³ Sul punto, VIGANÒ (2021), p. 145, anche per i necessari riferimenti.

²⁴ Senza con ciò escludere la possibilità che talune almeno di tali condotte possano essere ritenute incidenti già sul disvalore del fatto di reato, sotto il profilo di una almeno parziale *riparazione ex post* dell'offesa arrecata (sul punto, DONINI 2020, p. 19).

²⁵ Punto 5.3.2. del *Considerato in diritto*.

Corte, che dichiarò costituzionalmente illegittima una modifica dell'art. 62-*bis* c.p. operata nel 2005, con la quale si precludeva in effetti al giudice di tenere conto, ai fini del riconoscimento delle attenuanti generiche, della «condotta susseguente al reato» da parte del condannato recidivo reiterato. Tale previsione fu in quell'occasione ritenuta in contrasto con i principi di ragionevolezza e di funzione rieducativa della pena, i quali impongono che – nella commisurazione della pena, e in particolare in sede di valutazione della sussistenza delle attenuanti generiche – debba poter «assumere rilevanza [...] una condotta, successiva al reato, indicativa di una positiva evoluzione in atto della personalità del condannato»²⁶.

Dal sistema nel suo complesso si evince, dunque, che la proporzionalità della pena è soltanto *uno* dei criteri cui il giudice deve orientare la propria discrezionalità nella fase commisurativa; fermo restando, però, il principio che ragioni di segno specialpreventivo attinenti al grado di pericolosità del condannato, così come preoccupazioni di ordine generalpreventivo relative alla percepita necessità di inviare un robusto messaggio di deterrenza rispetto a reati di particolare allarme sociale – anche ammesso che sia lecito per il giudice farsene carico, ciò che la dottrina oggi dominante nega in radice²⁷ – non potranno in alcun caso condurre all'irrogazione di pene *sproporzionate per eccesso* rispetto alla (oggettiva e soggettiva) gravità del fatto di reato commesso nel passato dal suo autore²⁸.

Il limite massimo in parola è destinato a operare non solo nell'individuazione della pena base all'interno della cornice edittale, ma nell'intera fase commisurativa “in senso lato”, comprensiva della stessa sull'applicabilità delle attenuanti generiche, che una prassi giudiziaria diffusa considera utilizzabili anche al solo fine di evitare l'irrogazione di pene sproporzionate al disvalore del fatto, altrimenti imposte dalla presenza di elevati limiti edittali minimi²⁹, e – soprattutto – del *bilanciamento tra le circostanze* e la quantificazione degli *aumenti di pena in caso di concorso formale o reato continuato*. Il giudizio di bilanciamento tra circostanze, in particolare, risulta cruciale per assicurare che la pena complessivamente irrogata non si ponga al di fuori di ogni ragionevole proporzione rispetto al *fatto* di reato, soprattutto a fronte dei consistenti aumenti di pena previsti dall'art. 99 c.p. – a volte in misura fissa – in caso di recidiva: ciò che spiega la particolare attenzione della Corte costituzionale nella valutazione della legittimità costituzionale del divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti in caso di recidiva ai sensi della legge n. 251 del 2005 (la cosiddetta legge “ex Cirielli”)³⁰, divieto

²⁶ Punto 7 del *Considerato in diritto*.

²⁷ Seguendo DOLCINI (1979), p. 246 ss.

²⁸ Su questa posizione cfr., anche per ogni ult. rif., VIGANÒ (2021), p. 216 ss.

²⁹ Echi di tale orientamento, diffuso nella giurisprudenza di merito, si trovano nell'*obiter dictum* di Cass., sez. un. pen., sentenza 15 ottobre 2019, n. 20808, ove la Corte nota che «si registra il ricorso alle attenuanti generiche per la mitigazione di trattamenti sanzionatori che diversamente risulterebbero sproporzionati, sia pure valorizzando profili avvertiti (non sempre a ragione) come estranei al catalogo dell'art. 133 c.p.; ma anche la cura nel filtrare eventuali spinte irrazionalistiche attraverso l'ancoraggio ai parametri legali della dosimetria sanzionatoria».

³⁰ Per una recente rassegna delle numerose pronunce che hanno colpito il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti stabilito dall'art. 69, quarto comma, c.p., e delle loro diverse linee argomentative, cfr.

che rischia di legare il mani al giudice nell'individuazione di una pena, per l'appunto, non sproporzionata al disvalore oggettivo e oggettivo del singolo fatto di reato commesso dal reo, quale che sia il grado di pericolosità sociale di questi, attestato dalle sue plurime condanne precedenti.

Punto di riferimento della valutazione di proporzionalità della pena, inoltre, non può che essere la *pena complessiva* da infliggere al condannato, comprensiva non solo delle pene principale, ma anche di quelle accessorie e della confisca. A proposito di quest'ultima, merita soltanto segnalare che – se un problema di proporzionalità verosimilmente non sussiste per ciò che concerne la confisca dei profitti del reato, laddove almeno questi ultimi vengano intesi come profitti netti, trattandosi di acquisizioni patrimoniali ottenute con modalità radicalmente illecite e, quindi, in radice non meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento – misure ablatorie dei beni strumentali alla commissione del reato, o del prodotto di esso, appaiono invece suscettibili di cagionare, nel caso concreto, sacrifici eccessivi (e, dunque, sproporzionati) del patrimonio del condannato³¹. Ciò che pone il tema dei possibili rimedi adottabili in una simile eventualità, già affrontato da altri ordinamenti ma rispetto al quale ancora mancano soluzioni di carattere generale nel sistema penale italiano.

Infine, qualche riflessione a parte deve essere svolta per ciò che concerne le *misure di sicurezza personali* applicabili dal giudice dopo l'accertamento di un fatto di reato, commesso da soggetto socialmente pericoloso (imputabile o no). Non avendo la misura di sicurezza personale alcuna connotazione punitiva, essa non mira a fornire una risposta al reato commesso, ma – strutturalmente³² – a neutralizzare, o comunque a controllare, la pericolosità sociale dell'interessato, rispetto alla quale la previa commissione di un fatto di reato assume il valore di *indizio*, o per così dire di *occasione* per l'applicazione del trattamento nel quale consiste la misura. Coerentemente con la natura della misura, il giudizio di proporzionalità non potrà assumere come uno dei termini della relazione la gravità del reato commesso, quanto piuttosto i reati che l'interessato *potrebbe commettere* in assenza della misura. La proporzionalità – come accade rispetto a ogni misura avente una funzione preventiva anziché reattiva – guarda qui al futuro, prospetticamente, piuttosto che – retrospettivamente – al passato³³. Conseguentemente, il giudice sarà chiamato a valutare – naturalmente, anche tenendo conto della tipologia e delle caratteristiche del reato già commesso – il rischio di commissione di nuovi reati da parte dell'interessato, “pesando” il grado di probabilità della loro commissione e la loro presumibile tipologia e gravità; per poi valutare se la misura di sicurezza concretamente applicabile sia *idonea* a schermare questo rischio, se

sentenza n. 94 del 2023, punto 10 del *Considerato in diritto*. Successivamente a tale pronuncia, ulteriori dichiarazioni di illegittimità costituzionale della disposizione, *in parte qua*, si trovano nelle sentenze n. 141, 188 e 201 del 2023.

³¹ In questo senso, sia pure con riferimento a una confisca prevista per un illecito amministrativo avente carattere punitivo, sentenza n. 112 del 2019, punto 8.3.4. e seguenti.

³² Sulla necessità peraltro, derivante dalla Costituzione, di ascrivere alla misura di sicurezza anche una finalità risocializzatrice, cfr. *infra*, 5.

³³ Più ampiamente, sul punto, RECCHIA (2020), p. 233 s., VIGANÒ (2021), p. 110 s. e 239 ss., e VIGANÒ (2024), p. 1124 ss.

essa sia sostituibile con altra meno afflittiva (ciò in cui si sostanzia la verifica di *necessità* della misura), e se – in un’ottica di bilanciamento tra tutti beni giuridici in gioco, individuali e collettivi – il sacrificio *certo e attuale* dei diritti fondamentali dell’interessato determinato dall’applicazione della misura si mantenga in un tollerabile rapporto di *proporzionalità in senso stretto* rispetto alla necessità di tutela dei beni potenzialmente pregiudicati dalle (verosimili) future attività criminali dell’interessato, in assenza della misura³⁴.

4. Personalità della responsabilità penale (in particolare: colpevolezza e individualizzazione della sanzione).

Un secondo principio costituzionale “materiale” di grande rilievo nella commisurazione della pena, in vario modo intrecciato al principio di proporzionalità della pena, è il carattere “personale” della responsabilità penale, sancito dall’art. 27, primo comma, Cost.

a) Come è a tutti noto, da tale norma costituzionale la dottrina prima, e poi la giurisprudenza costituzionale – a partire dalla sentenza n. 364 del 1988 – hanno tratto, anzitutto, il principio di *colpevolezza*, inteso come esigenza che la pena si fondi su un giudizio di *rimprovero* nei confronti dell’autore per avere commesso una violazione che egli avrebbe potuto (e dovuto) evitare.

Così inteso, il principio opera quale condizione dell’*an* della stessa responsabilità penale, e dunque “a monte” della fase di commisurazione della sanzione, vietando al giudice di ascrivere all’imputato la responsabilità per il fatto di reato contestatogli ove non sia possibile muovergli un rimprovero nel senso appena precisato – un divieto, peraltro, forse ancora non sufficientemente interiorizzato dalla giurisprudenza in tutte le sue implicazioni (ad esempio, in materia di delitti preterintenzionali o aggravati dall’evento, rispetto ai quali esso imporrebbe di escludere l’imputazione più grave ove non possa essere mosso un rimprovero di colpa all’agente per la causazione di un risultato lesivo più grave di quello voluto, in relazione alla prevedibilità di quell’evento nelle *concrete* circostanze in cui ha agito).

Ma il principio di colpevolezza enucleato dalla giurisprudenza costituzionale esige, altresì, che la pena concretamente irrogata ad un imputato rifletta il *grado del rimprovero* che può essergli mosso per avere commesso il fatto, acquistando così rilievo anche sul piano del *quantum* della sanzione a lui applicabile.

Ciò comporta la necessità – da tempo messa in luce dalla dottrina – che il giudice, nell’apprezzare le concrete conseguenze lesive di un fatto di reato (ai fini dell’art. 133

³⁴ Queste cadenze argomentative, caratteristiche della proporzionalità “prospettica” alla luce della quale può vagliarsi la legittimità costituzionale delle misure restrittive dei diritti fondamentali che, anche nell’ambito del diritto e della procedura penale, abbiano finalità preventive, sono ad esempio utilizzate dalla Corte nella sentenza n. 5 del 2023, relativa alla confisca dell’arma rispetto ai reati di possesso illegittimo della stessa, considerata quale misura di sicurezza (punto 6.2.3. del *Considerato in diritto*).

c.p., ovvero a qualunque altro fine riconducibile alla commisurazione in senso lato della pena), tenga conto a danno del condannato delle sole conseguenze da lui volute e previste, o almeno che avrebbe potuto prevedere; escludendo, invece, quelle pure in concreto verificatesi ma dovute a svolgimenti causali del tutto imprevedibili³⁵.

Inoltre, il grado di colpevolezza dell'autore nella commissione di un fatto di reato dipende in misura determinante non solo dall'intensità del dolo e dal grado della colpa (criteri entrambi espressamente menzionati dall'art. 133, primo comma, n. 3, c.p.), ma anche dall'insieme dei fattori che rendono *più o meno rimproverabile* la decisione di violare la legge penale: e dunque, dal grado di maturità ed equilibrio psichici, oltre che di capacità di autocontrollo, dell'autore, nonché dall'eventuale presenza di fattori esterni in grado di turbare il suo processo motivazionale nella situazione concreta (come una situazione di acuto disagio sociale, di carenza di occasioni di socializzazione e integrazione, ovvero specifiche circostanze concomitanti che, pur non escludendo del tutto il rimprovero, abbiano significativamente ristretto le sue alternative di condotta nel caso concreto).

Naturale, allora, la conseguenza: il principio di colpevolezza – come affermato dalla recente sentenza n. 73 del 2020 della Corte costituzionale, in particolare in un caso in cui veniva in considerazione il divieto di prevalenza della circostanza della parziale incapacità di intendere e di volere di cui all'art. 89 c.p. sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, c.p. – «esige [...], in via generale, che al minor grado di rimproverabilità soggettiva corrisponda una pena inferiore rispetto a quella che sarebbe applicabile a parità di disvalore oggettivo del fatto»³⁶.

b) Nella giurisprudenza costituzionale più recente – e nella stessa sentenza n. 73 del 2020 – il principio di personalità della responsabilità tende peraltro, sempre più spesso, a essere declinato (oltre che con riferimento al principio di colpevolezza) come necessità che la pena costituisca una risposta individualizzata, ossia calibrata su tutte le specifiche caratteristiche del fatto di reato e alla “necessità di pena” manifestata dal suo autore. Il punto è ben messo in rilievo da Francesco Palazzo, il quale parla ormai di un principio costituzionale di «*necessaria individualizzazione della pena*», inteso per l'appunto come «esigenza fondamentale e generale che la pena, ogni pena, possa dispiegare al meglio la sua funzionalità proprio in quanto parametrata alle caratteristiche della vicenda storica»³⁷.

Così inteso, il principio di individualizzazione della pena tendenzialmente si oppone – sul piano del giudizio di legittimità costituzionale delle norme – ad *automatismi* nella determinazione della pena e alla previsione di pene (o sanzioni punitive) *fisse*, che appaiono in via generale indiziate di illegittimità costituzionale³⁸.

³⁵ DOLCINI (1979), p. 348 ss.

³⁶ Punto 4.2. del *Considerato in diritto*.

³⁷ PALAZZO (2022), p. 1346.

³⁸ Così, in particolare, la sentenza n. 222 del 2018, punto 7.1. del *Considerato in diritto*, che interpreta in questo modo i principi già enunciati dalla Corte nella risalente sentenza n. 50 del 1980. In seguito, la Corte ha più volte applicato la propria giurisprudenza sulle pene fisse: cfr. ad es. sentenze n. 88 del 2019, punto 19 del

Ma tale principio ha un suo preciso significato, a me pare, anche quale criterio-guida della discrezionalità del giudice nella commisurazione in senso lato della pena. La necessaria individualizzazione della pena, quale principio direttamente fondato sull'art. 27, primo comma, Cost., è stato recentemente invocato dalla Corte costituzionale nella già citata sentenza 197 del 2023, in cui è stato dichiarato illegittimo il divieto, introdotto nel 2019 dalla legge detta del "codice rosso", di prevalenza delle circostanze attenuanti generiche e della provocazione rispetto alle figure aggravate di omicidio volontario commesso nell'ambito della famiglia. Una tale disciplina comportava in pratica – ha osservato la Corte – una indebita equiparazione alla misura minima di ventun anni di reclusione «per tutti i fatti di omicidio commessi all'interno di contesti familiari e affettivi, indipendentemente dal grado di colpevolezza dei loro autori, oltre che dal grado di pericolosità degli autori medesimi; con ciò impedendo che le differenze di disvalore soggettivo tra più fatti di omicidio, e tra i diversi livelli di pericolosità di più autori, possano concretamente riflettersi nella misura della pena a ciascuno applicabile»³⁹. Differenze, queste, che le due circostanze in esame consentono invece di valorizzare adeguatamente: e ciò anche con riferimento alle attenuanti generiche, talvolta ingiustamente considerate quali strumento genericamente indulgenziale, e in realtà costituenti «il luogo privilegiato in cui possono trovare spazio, nella fase di determinazione giudiziale della pena, considerazioni di equità e di umana "compassione" nei confronti dell'autore del reato, in ragione delle circostanze individuali nelle quali si è trovato ad agire all'epoca del fatto, o versa al momento della condanna: dall'immaturità connessa alla giovane età dell'autore o alla sua età particolarmente avanzata, alla presenza di disturbi della personalità che non attingano la soglia del vizio parziale di mente, a traumi subiti nella propria storia personale, a condizioni economiche o sociali particolarmente disagiate, ovvero a condotte successive come l'immediata e spontanea autodenuncia, la piena collaborazione processuale, le attività di studio o lavoro intraprese nell'attesa del processo»⁴⁰.

Tutte queste valutazioni sono, non a caso, affidate nei delitti di omicidio alla sensibilità di un giudice a composizione mista come la corte d'assise, chiamata – con le parole, ancora, della sentenza n. 197 del 2023 – «ad apprezzare e "pesare", ai fini della determinazione della risposta sanzionatoria, le ragioni che hanno indotto l'imputato ad agire, le circostanze nelle quali ha agito, e i singoli elementi che compongono la sua personalità. Una valutazione, questa, che ha sede naturale proprio nell'art. 62-bis cod. pen., e nella quale l'esperienza di vita del giudicante conta più delle indicazioni del legislatore. Il quale si confessa, anzi, incapace di tipizzare tutte le possibili sfaccettature della realtà, affidando direttamente al giudice il compito di cogliere i segni di una comune umanità anche in chi abbia compiuto un delitto così grave come l'omicidio»⁴¹.

Considerato in diritto (in riferimento a una sanzione accessoria); sentenza n. 185 del 2021, punto 6 del *Considerato in diritto* (in riferimento a una sanzione amministrativa di carattere punitivo).

³⁹ Punto 5.5.1. del *Considerato in diritto*.

⁴⁰ Punto 5.3.2. del *Considerato in diritto*

⁴¹ *Ibidem*.

Come si è acutamente osservato in dottrina, individualizzare la pena significa incrociare lo sguardo del reo, e vedere il suo volto⁴²: comprendere, cioè, la concreta vicenda umana nella quale è maturata ed è stata attuata la condotta delittuosa, e conformare la risposta sanzionatoria alle caratteristiche individuali di quella persona – alle sue *chances* concrete di risocializzazione, al percorso già compiuto nel frattempo, agli ostacoli (di ogni natura) che si frappongono concretamente a questo percorso.

La necessaria individualizzazione della pena, così concepita, solo apparentemente costituisce un mero corollario dei principi, di cui si è appena detto, di proporzionalità della pena e di colpevolezza (intesa, quest'ultima, anche come esigenza che il *quantum* della pena rifletta il grado di rimprovero che può muoversi all'agente per la commissione del fatto). In effetti, il suo contenuto *eccede* questi principi, nella misura in cui l'esigenza di calibrare la pena a tutte le circostanze del caso concreto non è riferibile unicamente ai connotati del *fatto* di reato per il quale l'autore viene condannato, ma anche a tutte le altre circostanze riferibili al suo *autore*, e al suo grado di pericolosità e "bisogno" individuale di pena, in relazione a tutte le finalità legittime della stessa. Compresa, dunque, le *condotte* del reo *posteriori* al fatto, le quali ben possono essere valorizzate in sede di commisurazione come indicative di un già avviato percorso di rieducazione, si da giustificare l'inflizione di una pena inferiore a quella che sarebbe stata proporzionata alla gravità, oggettiva e soggettiva, del fatto di reato isolatamente considerato.

5. Rieducazione e minimo sacrificio necessario della libertà personale.

Un terzo principio "materiale" di grande momento nella fase di commisurazione in senso lato della pena è quello della rieducazione del condannato, imposto dall'art. 27, terzo comma, Cost.

Tale finalità, secondo quanto affermato dalla stessa Corte costituzionale, è «ineliminabile»⁴³, dovendo essere garantita anche nei confronti di chi sia stato condannato all'ergastolo per delitti gravissimi⁴⁴, e non è sacrificabile «sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena»⁴⁵.

Come rammentato dalla celebre sentenza n. 313 del 1990, la finalità rieducativa deve accompagnare la pena «da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»⁴⁶: compresa, dunque, la fase in cui il giudice della cognizione è chiamato a determinare la pena che dovrà in concreto essere eseguita, in modo da precostituire le condizioni nelle quali potrà in concreto esplicarsi, sotto il

⁴² BARTOLI (2021), p. 246.

⁴³ Sentenza n. 189 del 2010, punto 2.1. del *Considerato in diritto*.

⁴⁴ Sentenza n. 274 del 1983.

⁴⁵ Sentenza n. 149 del 2018, punto 7 del *Considerato in diritto*, e ivi riferimenti in senso sostanzialmente conforme alle sentenze n. 78 del 2007, n. 257 del 2006, n. 68 del 1995, n. 306 del 1993 e n. 313 del 1990.

⁴⁶ Punto 8 del *Considerato in diritto*.

controllo della magistratura di sorveglianza, un trattamento del condannato finalizzato all'obiettivo della sua rieducazione.

“Rieducazione” è termine dal sapore invero un po' antiquato, che rischia di evocare sfumature moraleggianti difficilmente compatibili con il quadro costituzionale di uno Stato laico, se non addirittura la prospettiva di forzati trattamenti di riconversione delle attitudini interiori del condannato, sul modello dei “campi di rieducazione” tipici di taluni regimi dittatoriali. Ma non è certo in questo senso che il termine è inteso dalla giurisprudenza della Corte. Essa ha recentemente affermato che la rieducazione allude a quattro obiettivi chiave, indicati come «recupero, riparazione, riconciliazione e reinserimento sociale»⁴⁷. Tali obiettivi alludono – laicamente – a un complessivo progetto mirante a stimolare nel condannato (e non mai a coartare!) una revisione critica del proprio passato, una sua concreta attivazione per riparare il danno provocato alle vittime e alla collettività, al fine di sanare le ferite nel tessuto sociale provocate dal reato e reinserirsi, infine, nella trama delle relazioni sociali (affettive, familiari, sociali, educative, lavorative, ricreative), nel rispetto dei valori fondamentali della convivenza civile e senza ricadere nuovamente nella commissione di reati.

Il perseguimento di simili fondamentali obiettivi dovrebbe, allora, ispirare le scelte del giudice della cognizione relative non solo al *quantum* della sanzione complessiva da applicare, attraverso la valorizzazione – anche sulla base del nuovo testo dell'art. 62, n. 6, c.p. – di eventuali percorsi di recupero o di riparazione già avviati *medio tempore* dal reo; ma anche quelle relative all'*an* della pena o della sua concreta eseguibilità. Penso naturalmente alla sospensione condizionale della pena, nonché – prima ancora – alla eventuale *non punibilità* dell'autore per *particolare tenuità del fatto di reato* o per avvenuta *riparazione del reato*; o ancora – per ciò che concerne i condannati minorenni – all'applicazione del *perdono giudiziale*, ricorrendone i presupposti di legge. Parimenti – in una fase antecedente a quella di commisurazione, e della stessa decisione sull'*an* della responsabilità penale – ad analoghe considerazioni dovrebbe ispirarsi il giudice nella valutazione sulla richiesta di *sospensione del processo con messa alla prova*, che parimenti presuppone una “scommessa” dell'ordinamento sulla praticabilità di un percorso in grado di raggiungere gli obiettivi appena menzionati senza passare necessariamente per il processo penale, con i suoi gravosi costi personali e patrimoniali a carico del reo e i suoi (pure elevati, ancorché sistematicamente sottostimati) costi finanziari a carico dell'intera collettività.

Nell'effettuare simili valutazioni, il giudice di cognizione dovrà tenere presente anche un altro principio costituzionale, strettamente connesso ma analiticamente distinguibile dalla rieducazione: il principio del *minimo sacrificio necessario della libertà personale*, pure menzionato dalla sentenza n. 179 del 2017⁴⁸ e più volte ripreso dalla giurisprudenza costituzionale successiva⁴⁹, che ne ravvisa il fondamento nella solenne

⁴⁷ Sentenza n. 179 del 2017, punto 4.4. del *Considerato in diritto*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Sentenze n. 22 del 2022, punto 5.2. del *Considerato in diritto*; n. 191 del 2020, punto 2.6. del *Considerato in diritto*.

proclamazione del carattere «inviolabile» della libertà personale da parte dell'art. 13 Cost.

Tale principio – valevole per tutte le misure che comunque implicano una restrizione della libertà personale – è affermato a chiare lettere dal codice di procedura penale, allorché dispone, all'art. 275, comma 3, che «la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate». Esso deve, tuttavia, ritenersi senz'altro riferibile anche alle decisioni relative all'applicazione delle pene⁵⁰, vincolando così il giudice a una valutazione caso per caso se eventuali alternative al carcere, consentite dalla legislazione vigente, appaiano sufficienti ad assicurare un percorso rieducativo per il reo, offrendo al tempo stesso adeguate garanzie alla collettività contro il rischio di una sua recidiva.

Il recente d.lgs. n. 150 del 2022 (la cosiddetta “riforma Cartabia”) ha ridisegnato la disciplina delle *pene sostitutive* alle pene detentive brevi dichiaratamente ispirandosi tanto al principio rieducativo, quanto a quello del minimo sacrificio necessario della libertà personale. Il novellato art. 58 della legge n. 689 del 1981 dispone, in effetti, che «[i]l giudice, nei limiti fissati dalla legge e tenuto conto dei criteri indicati nell'articolo 133 del codice penale, se non ordina la sospensione condizionale della pena, può applicare le pene sostitutive della pena detentiva quando risultano *più idonee alla rieducazione del condannato* e quando, anche attraverso opportune prescrizioni, assicurano la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati» (primo comma), precisando altresì che «[t]ra 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» (secondo comma).

L'idea di fondo che emerge dalla riforma – esplicitata nella relazione della Commissione di studio che ha elaborato il relativo progetto⁵¹ – è, dunque, quella secondo cui «il carcere non deve rappresentare l'unica risposta al reato e [...], anzi, per gli effetti desocializzanti che comporta, deve essere evitato quando possibile in favore di pene da eseguirsi nella comunità». In positivo, d'altra parte, le pene sostitutive oggi previste appaiono nel loro complesso funzionali – come sottolineato recentemente dalla Corte costituzionale – «ad assicurare il mantenimento, e in ipotesi il potenziamento, dei legami del condannato con il proprio contesto lavorativo, educativo, affettivo e in generale sociale. E ciò sulla base di uno specifico “programma di trattamento elaborato dall'ufficio di esecuzione penale esterna, che prende in carico il condannato e che riferisce periodicamente sulla sua condotta e sul percorso di reinserimento sociale” (art. 56, secondo comma): in un'ottica complessiva [efficacemente definita dall'Unione camere penali, intervenute in qualità di *amicus curiae*] in termini di “pena-programma”, caratterizzata da “elasticità nei contenuti, predeterminati dalla legge, perché funzionale alla individualizzazione del trattamento sanzionatorio”, in funzione della garanzia di

⁵⁰ Sul punto, sentenza n. 84 del 2024, punto 3.2. del *Considerato in diritto*.

⁵¹ Citazioni puntuali nell'appena menzionata sentenza n. 84 del 2024, punto 3.2. del *Considerato in diritto*.

rieducazione e risocializzazione del condannato e, al contempo, di prevenzione speciale»⁵².

Entrambi i principi di rieducazione e minimo sacrificio necessario della libertà personale dovranno, infine, orientare la discrezionalità del giudice anche nelle decisioni relative all'applicazione di *misure di sicurezza*.

Per quanto l'art. 27 Cost. connetta espressamente la finalità rieducativa alle sole "pene", la giurisprudenza costituzionale ha più volte ribadito la sua riferibilità, con gli opportuni adattamenti, anche alle misure di sicurezza⁵³, anch'esse finalizzate non solo a controllare la pericolosità sociale degli interessati, ma anche a favorirne il recupero sociale attraverso opportuni trattamenti, di ordine sanitario o comunque psicologico-sociale. Il che era già stato nella sostanza affermato dalla Corte più di vent'anni fa – sia pure con riferimento al suo diritto alla salute, anziché alla libertà personale e al principio rieducativo – nella sentenza con la quale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'obbligo di disporre il ricovero in manicomio giudiziario della persona prosciolta perché inferma di mente ma socialmente pericolosa. Tale pronuncia aveva infatti affermato a chiare lettere che le misure di sicurezza disposte nei confronti di persone incapaci debbano rispondere contemporaneamente alle finalità, «collegate e non scindibili [...], di *cura e tutela dell'infermo* e di contenimento della sua pericolosità sociale», tanto che «[u]n sistema che rispondesse ad una sola di queste finalità (e così a quella di controllo dell'infermo "pericoloso"), e non all'altra, non potrebbe ritenersi costituzionalmente ammissibile»⁵⁴; e aveva conseguentemente ritenuto l'illegittimità costituzionale dell'obbligo per il giudice di ricorrere a una misura custodiale in luogo di una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, che risultasse in concreto idonea sia ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente, sia a far fronte alla sua pericolosità sociale.

6. Eguaglianza.

Meno evidente, ma a mio avviso egualmente pregnante, è il ruolo che dovrebbe avere il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., nella sua accezione nucleare che allude alla parità di trattamento tra i consociati nel loro rapporto con la legge (e, per estensione, con le pubbliche autorità), nell'esercizio della discrezionalità giudiziale nella fase di commisurazione della pena.

Nella mia esperienza – di docente di diritto penale prima, e poi di giudice costituzionale – mi è capitato di frequente di visitare carceri, e di conversare a ruota libera con i detenuti. Ebbene, ciò di cui essi più frequentemente si lamentano non è l'essere stati condannati a una pena anche severa in conseguenza del proprio reato, ma

⁵² Ancora, sentenza n. 84, punto 3.3.1. del *Considerato in diritto*.

⁵³ Sentenza n. 22 del 2022, punto 5.2. del *Considerato in diritto* (e ivi riferimenti alla giurisprudenza precedente: in particolare, sentenze n. 197 del 2021, punto 4 del *Considerato in diritto*, e n. 73 del 2020, punto 4.4. del *Considerato in diritto*).

⁵⁴ Sentenza n. 253 del 2003, punto 2 del *Considerato in diritto*.

la disegualianza di trattamento rispetto ad altri condannati che per reati analoghi hanno ricevuto pene assai meno severe, ovvero che hanno avuto la sorte – magari solo per la diversa lettera iniziale del rispettivo cognome – di essere giudicati da magistrati di sorveglianza ritenuti più generosi nella concessione di misure e benefici penitenziari. Fatta la dovuta tara a queste doglianze, nella consapevolezza che la tentazione di ritenersi vittime di trattamenti discriminatori fa parte della natura umana, credo però che alcuni profili problematici emergenti da questi racconti siano innegabili: le prassi commisurative sono spesso notevolmente divergenti non solo tra le diverse sedi giudiziarie, come qualsiasi giudice di appello può testimoniare, ma anche tra giudice e giudice dello stesso ufficio giudiziario, come molti avvocati da sempre lamentano (in particolare in relazione alle diversità di criteri commisurativi tra i giudici per le udienze preliminari).

Ora, la sensazione di ingiustizia che proviene dal sentirsi vittima di trattamenti ingiustamente deteriori rispetto a quelli ricevuti dai propri compagni costituisce indubbiamente un serio ostacolo a qualsiasi processo rieducativo, nel senso pregnante di cui si è detto.

Non è facile, invero, immaginare rimedi, posto che la riduzione degli spazi discrezionali del giudice nella determinazione del trattamento sanzionatorio si porrebbe a sua volta in frizione con il principio dell'individualizzazione della pena, di cui pure si è detto poc'anzi. Una via possibile – ma ancora tutta da studiare con riferimento specifico alle peculiarità dell'ordinamento italiano, nonché al rischio, empiricamente dimostrato nell'ordinamento americano, che essa possa provocare un innalzamento complessivo delle risposte sanzionatorie, e dunque maggiori tassi di incarcerazione⁵⁵ – potrebbe essere quella dell'introduzione di *linee guida* sulla commisurazione, costruite attorno a criteri che consentano graduare la gravità del reato e il "bisogno di pena" del singolo condannato secondo criteri uniformi (ad esempio, con riferimento ai delitti in materia di droga, dove le cornici edittali sono particolarmente divaricate, in relazione alla tipologia e alla quantità della sostanza, al numero degli episodi in cui il condannato è stato coinvolto, al numero di precedenti condanne, e così via); prevedendo poi la possibilità per il giudice di discostarsi nel caso concreto dalla linea guida, previa opportuna motivazione.

Indicazioni più precise provengono invece dalla stessa giurisprudenza costituzionale con riferimento alla rilevanza del principio di eguaglianza, nella sua dimensione sostanziale, rispetto alle pene pecuniarie.

Come rilevato già nella sentenza n. 131 del 1979 e ribadito nella recente sentenza n. 28 del 2022, la pena detentiva comprime la libertà personale, che è «bene primario posseduto da ogni essere vivente», mentre la pena pecuniaria incide sul patrimonio, bene che «non inerisce naturalmente alla persona umana»; di talché la pena pecuniaria naturalmente «comporta l'inconveniente di una disuguale afflittività e al limite, dell'impossibilità di applicarla, in funzione delle diverse condizioni economiche dei

⁵⁵ LACEY-PICKARD (2015), p. 225 ss.

soggetti condannati»⁵⁶. Una stessa multa di cinque, o dieci mila euro, può rappresentare un gravosissimo sacrificio per un lavoratore che ne guadagna meno di mille al mese, e risultare irrisoria – e per questo priva di qualsiasi efficacia deterrente – per un milionario.

Ciò rende costituzionalmente necessari, alla luce dell'art. 3, secondo comma, Cost. – che impone alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini – l'individuazione di correttivi all'impatto strutturalmente diseguale della pena pecuniaria, in modo che il giudice sia posto in condizione di tenere conto – oltre che della gravità del reato – delle condizioni economiche del reo, e della sua effettiva capacità di pagare la pena pecuniaria. In particolare, la sentenza n. 28 del 2022 indica espressamente, tra tali possibili correttivi, il meccanismo dei tassi giornalieri, adottato in via generale in molti ordinamenti a noi vicini ma recepito soltanto in relazione a taluni limitati fini in Italia. Con l'indispensabile precisazione, peraltro, che il valore di ciascun tasso deve essere adeguato alle concrete condizioni economiche del reo: ciò che non accadeva sulla base della disposizione esaminata nella sentenza in parola, che stabiliva il valore minimo di ciascun tasso giornaliero, ai fini della determinazione della pena pecuniaria sostitutiva, nell'importo di 250 euro: un importo, ha osservato la sentenza, «ben superiore a quella che la gran parte delle persone che vivono oggi nel nostro Paese sono ragionevolmente in grado di pagare, in relazione alle proprie disponibilità reddituali e patrimoniali»⁵⁷, che – moltiplicato per il numero di giorni di pena detentiva da sostituire – è suscettibile di condurre a risultati estremamente onerosi per molti condannati, a volte ben superiori al loro reddito annuo.

Sistemi di calcolo così rigidi, ha osservato ancora la Corte, finiscono per trasformare la pena pecuniaria sostitutiva in un privilegio per i soli condannati abbienti, in frontale contrasto con la logica dell'art. 3, secondo comma, Cost. Di qui la dichiarazione di illegittimità della disposizione, oggi sostituita dalla “riforma Cartabia” con l'art. 56-*quater* della legge n. 689 del 1981, che assai più opportunamente fissa un limite minimo di ciascun tasso giornaliero a cinque euro, lasciando libero il giudice di individuare un maggiore importo sino al limite massimo di 2.500 euro, in modo che ciascun tasso «corrispond[a] alla quota di reddito giornaliero che può essere impiegata per il pagamento della pena pecuniaria, tenendo conto delle complessive condizioni economiche, patrimoniali e di vita dell'imputato e del suo nucleo familiare».

Se poi possa parlarsi di un *diseguale impatto* anche di pene diverse da quella pecuniarie – ad esempio della pena detentiva in relazione all'età particolarmente avanzata del detenuto⁵⁸, o ai pregiudizi che il reo abbia già subito subito in conseguenza

⁵⁶ Sentenza n. 131 del 1979, punto n. 8 del *Considerato in diritto*.

⁵⁷ Punto 6.2. del *Considerato in diritto*.

⁵⁸ Sul punto, in materia di misure alternative all'esecuzione, si veda la sentenza n. 56 del 2021, punto 2.1. del *Considerato in diritto*, in cui si afferma espressamente che «il carico di sofferenza associato alla permanenza in carcere cresc[e] con l'avanzare dell'età, e con il conseguente sempre maggiore bisogno, da parte del condannato, di cura e assistenza personalizzate, che difficilmente gli possono essere assicurate in un contesto intramurario, caratterizzato dalla forzata convivenza con un gran numero di altri detenuti di ogni età». Per una tematizzazione del diverso impatto di pene detentive della medesima durata a seconda delle condizioni di vita del singolo condannato (come una condizione di disabilità, o l'appartenenza a gruppi

del reato (in termini di *poena naturalis*⁵⁹) – è questione di grande interesse, teorico e pratico, che appare tuttavia ancora specialmente bisognosa di analisi teoriche, e che in questa sede non può essere ulteriormente approfondita.

7. Diritto di difesa e principio del contraddittorio.

Mi avvio alla conclusione, ponendo l'accento su tre principi costituzionali di natura processuale, il cui ruolo dovrebbe essere – a mio giudizio – assai più valorizzato di quanto oggi non accade rispetto al momento della commisurazione della pena.

Anzitutto, viene in considerazione il diritto di difesa dell'imputato, quale riconosciuto in via generale dall'art. 24, e come più specificamente declinato dall'art. 111 Cost., in particolare con riferimento al principio del contraddittorio di cui al secondo comma di quest'ultima disposizione.

A fronte di valutazioni giudiziali che coinvolgono un numero così elevato di principi costituzionali "sostanziali" come quelli sin qui passati in rassegna, il nostro sistema processuale è singolarmente carente. In effetti non è, a tutt'oggi, previsto un *luogo processuale* in cui le parti possano discutere *funditus* della pena che deve essere inflitta a un imputato giudicato colpevole dei reati ascrittigli, sottoponendo al giudice le evidenze necessarie per giungere a una determinazione relativa alla pena conforme ai criteri di legge e ai principi costituzionali sin qui evocati.

Il processo penale, così come oggi strutturato, è un luogo in cui si discute, essenzialmente, dell'*an* della responsabilità dell'imputato per il reato contestatogli, e in cui l'istruttoria dibattimentale si concentra essenzialmente – forse con la sola eccezione dei processi per omicidio in corte d'assise – sulle prove relative alla commissione del fatto e alla sussistenza dell'elemento soggettivo. Un contraddittorio tra le parti sui fattori rilevanti per la commisurazione della pena non ha, normalmente, luogo nel processo: anche perché, del tutto comprensibilmente, la difesa non ha per lo più alcun interesse a ipotizzare espressamente di fronte al giudice la responsabilità dell'imputato.

Il risultato è che le delicatissime operazioni di commisurazione della pena vengono compiute dal giudice nella solitudine della camera di consiglio, senza un reale contributo delle parti; e ciò anche allorché siano necessarie valutazioni tecnicamente complesse come quelle relative alla confisca dei beni del condannato, connessi o meno che siano alla commissione del reato (si pensi ai casi di confisca *ex art. 240-bis c.p.!*); a meno che il giudice non preferisca delegare implicitamente per quest'ultimo adempimento il giudice dell'esecuzione.

sociali o etnici particolarmente svantaggiati), e della conseguente necessità per il giudice di tenere conto di tali condizioni, si veda di recente, nel diritto costituzionale comparato, Corte Suprema del Canada, sentenza 27 gennaio 2023, *R. v. Hills*, 2023 SCC 2, paragrafi 133 e seguenti (nonché la parallela sentenza 27 gennaio 2023, *R. v. Hillbach*, 2023 SCC 3, paragrafi 37 e – con riferimento specifico ai condannati appartenenti ai popoli nativi – 39 ss.).

⁵⁹ Sul punto, cfr. la recente sentenza n. 48 del 2024, che dichiara non fondata la questione così come allora posta dal Tribunale di Firenze.

Ciò evidenzia, a mio giudizio, l'opportunità di una riforma legislativa in grado di creare un *luogo* idoneo per queste valutazioni, successivamente alla decisione sull'*an* della responsabilità dell'imputato: un luogo in cui i diritti della difesa e il corollario del contraddittorio, anche sulla prova, possano pienamente esplicarsi, in modo da fornire al giudice, in modo trasparente, tutti gli elementi necessari per la valutazione sulle conseguenze sanzionatorie del reato, enormemente incidenti sull'esistenza futura del condannato.

Come è noto, la "riforma Cartabia" ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento, con il nuovo art. 545-bis c.p.p., una specifica udienza nelle specifiche ipotesi di in cui l'imputato, una volta condannato, chieda l'applicazione di una pena sostitutiva diversa dalla pena pecuniaria, al fine di consentire al giudice di acquisire dall'ufficio di esecuzione penale esterna e dalla polizia giudiziaria «tutte le informazioni ritenute necessarie in relazione alle condizioni di vita, personali, familiari, sociali economiche e patrimoniali dell'imputato», oltre che una serie di dati rilevanti circa il programma di trattamento cui il condannato dovrebbe essere sottoposto. All'udienza è prevista poi la partecipazione di tutte le parti, alle quali è data dunque la possibilità di interloquire su tutte le informazioni raccolte, e di contribuire così – nel rispetto del principio del contraddittorio – alla formazione della decisione del giudice sulla pena.

Vale la pena a questo punto di chiedersi, io credo, se da questo ancora embrionale esperimento possa germogliare, anche per il nostro paese, l'idea di una udienza di "sentencing" applicabile in via generale a valle della dichiarazione di colpevolezza dell'imputato per il reato ascrittogli: in modo da dare finalmente autonoma dignità alla fase, cruciale, di commisurazione della pena rispetto a quella precedente di valutazione dell'*an* della sua responsabilità, come da sempre accade in altri ordinamenti.

8. Obbligo di motivazione (art. 111, sesto comma, Cost.).

Da sempre la dottrina italiana lamenta, poi, la sistematica elusione dell'obbligo costituzionale di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali (art. 111, sesto comma, Cost.) in materia di commisurazione della pena. In pratica, il giudice è oggi tenuto – secondo la giurisprudenza della Cassazione – a fornire una specifica motivazione in punto di pena soltanto quando ritenga di infliggere una pena significativamente superiore ai minimi edittali, ovvero in relazione alla decisione di non applicare le circostanze attenuanti generiche.

Un'ampia riflessione della prassi e dell'accademia su questo profilo apparirebbe, mi pare, assai opportuna. A ragione, invero, Francesco Palazzo ha recentemente sottolineato che, per essere preso sul serio, l'obbligo di motivazione esige che siano chiari i criteri legali per la commisurazione⁶⁰: ciò che notoriamente non accade sulla base del mero dato testuale dell'art. 133 c.p., che – come è noto – enuncia una vasta gamma di

⁶⁰ PALAZZO (2022), p. 1349.

criteri, senza indicare alcuna relazione gerarchica tra essi, e soprattutto senza illuminare in alcun modo il giudice sulle finalità della pena che è chiamato a determinare.

Tuttavia, i principi costituzionali sin qui rammentati offrono una serie di indicazioni significative, anche in termini di rapporti reciproci tra i possibili criteri di commisurazione, sì da fornire al giudice una serie di parametri non solo per la sua *decisione* sulla pena, ma anche per la sua adeguata *motivazione*.

In quest'ultima operazione, non potrà non tenersi nel debito conto il noto canone kantiano che condiziona la "giustizia" (*Richtigkeit*) di ogni decisione morale: l'esigenza, cioè, che la decisione sia assunta sulla base di criteri di giudizio *generalizzabili* a tutte le situazioni simili, e idonei come tali a essere assunti come basi di giudizio anche per le decisioni future. Criteri, dunque, da esplicitare chiaramente nelle motivazioni, in modo tra l'altro da consentire alle giurisdizioni di appello e di legittimità di vagliarli nella loro effettiva correttezza e utilizzabilità quali metro di giudizio.

Un simile canone costituisce, mi pare, un punto di equilibrio virtuoso tra due principi costituzionali che rischierebbero, altrimenti, di entrare in conflitto reciproco proprio con riferimento alla commisurazione della pena: il principio di *individualizzazione* della sanzione, che esige dal giudice di valorizzare ai fini della commisurazione tutte le peculiarità individuali della situazione concreta per "ritagliare" la pena alla specifica situazione del reo; e il principio di *eguaglianza* di trattamento, sulla cui importanza di siamo poco fa soffermati. Le individuali circostanze in cui ha avuto luogo la commissione del reato, e le caratteristiche "soggettive" del suo autore, dovranno essere vagliate al metro di *criteri di giudizio generalizzabili e tendenzialmente uniformi* – come tali in grado di essere applicati anche in una serie indefinita di casi futuri –, a loro volta desunti dai principi costituzionali "materiali" cui la commisurazione deve ispirarsi: in particolare, colpevolezza (che è, conviene rammentarlo ancora una volta, concetto intrinsecamente "graduabile" in relazione alla maggiore o minore forza condizionante dei fattori, interno ed esterni, che hanno spinto l'autore a commettere il fatto), proporzionalità della pena, minimo sacrificio della libertà personale, rieducazione (nel senso pregnante indicato dalla recente giurisprudenza costituzionale), eguale impatto della pena su individui che si trovano in situazioni differenti.

Tanto delle circostanze individuali del reato o del suo autore potenzialmente rilevanti per la commisurazione, quanto dei criteri utilizzati dal giudice per la loro valutazione, dovrebbe allora darsi conto puntualmente nella motivazione, idealmente all'esito di una discussione in contraddittorio tra le parti, laddove – almeno – si intenda davvero fare sul serio con l'obbligo costituzionale di motivazione della decisione sulla pena.

9. Controllo di legittimità sulla pena.

Infine, un cenno conclusivo alla garanzia, posta dall'art. 111, settimo comma, Cost., del controllo in Cassazione delle determinazioni del giudice sulla pena.

A motivazioni più pregnanti sulla commisurazione della pena dovrebbe corrispondere naturalmente un controllo, da parte della Corte di cassazione, più

pregnante di quanto oggi abitualmente non accada sia sulla correttezza dei criteri adottati dai giudici in materia⁶¹; sia su eventuali omesse assunzioni di prove su circostanze decisive ai fini della commisurazione della pena, allorché la parte ne abbia fatto debita richiesta ai sensi dell'art. 606, comma 1, lettera *d*) c.p.p.; sia sulla mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione in relazione non solo ai criteri indicati nell'art. 133 c.p., ma anche – e direi, soprattutto – rispetto al complesso dei principi costituzionali “materiali” poc’anzi passati in rassegna, che dovrebbero orientare l’uso del potere discrezionale del giudice.

E forse sarebbero possibili e auspicabili – ma il tema, cui ho già dedicato altrove qualche cenno⁶², meriterebbe ben altro approfondimento – maggiori margini di controllo, da parte del giudice di legittimità, sul carattere (quanto meno) non manifestamente sproporzionato della pena irrogata in concreto rispetto alla gravità del reato potrebbero essere immaginati. Dopo tutto, la necessità che la pena non sia sproporzionata corrisponde a un principio costituzionale, ed è oggi espressamente imposta – nel vasto ambito di applicazione del diritto dell’Unione – da una norma della Carta dotata di effetto diretto negli Stati membri: sicché una pena sproporzionata è, oggi, al tempo stesso una *pena illegittima*, tanto quanto lo è una pena diversa o più elevata rispetto a quanto consentito dalle norme del codice penale. Ferma restando il giusto riconoscimento di un conveniente margine discrezionale al giudice di merito per la correlativa valutazione, sarebbe davvero stravagante ipotizzare che la Corte possa sindacare, a fronte di una specifica doglianza del condannato, *sub specie* di «inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche» (tra cui non possono non annoverarsi le norme costituzionali e lo stesso art. 49 della Carta!) il carattere *palesamente sproporzionato* di essa rispetto ai fatti, così come insindacabilmente ricostruiti dal giudice di merito?⁶³

10. In conclusione.

Altri principi costituzionali in grado di orientare la discrezionalità del giudice nella fase di commisurazione della pena potrebbero, probabilmente, essere ancora esaminati: e penso, in particolare, ai diritti (di rango costituzionale) dei *terzi* su cui la pena inflitta all’autore del reato incide, profilo cui è stata dedicata recentemente una perspicua monografia che indica preziose strade di riflessione future, anche sulla base di taluni recenti pronunce della Corte costituzionale⁶⁴. E parimenti, a valle della commisurazione della pena, un nuovo capitolo potrebbe aprirsi sui principi costituzionali che presiedono a tutte le decisioni relative all’*esecuzione* della pena, in cui

⁶¹ Come osserva giustamente LUPO (2024), p. 5, l’utilizzazione da parte del giudice di merito di un criterio di valutazione ritenuto scorretto dalla Cassazione integra un vizio censurabile ai sensi all’art. 606, comma 1, lettera *b*), c.p.p.

⁶² In VIGANÒ (2021), p. 259 s.

⁶³ Per un’analisi distesa del tema, sia pure con conclusioni aperte, cfr. ancora il saggio di LUPO (2024), 10 ss.

⁶⁴ GALLI (2024).

verrebbero in primo piano – oltre, naturalmente, alla finalità rieducativa – il principio di umanità della pena, sancito dallo stesso art. 27, terzo comma, Cost., e poi il diritto alla salute, all’educazione, alla vita privata e familiare, alla stessa dignità della persona e alle sue relazioni interpersonali⁶⁵.

Ma dobbiamo ora fermarci qui, sottolineando soltanto, in chiusura, un paio di profili di carattere generale, che a ben guardare corrono trasversali in tutte le osservazioni che precedono.

Anzitutto, i principi costituzionali passati in rassegna sono stati gradatamente conformati dalla giurisprudenza della Corte quali criteri di controllo della discrezionalità del legislatore. Tuttavia, l’interpretazione delle garanzie costituzionali operata dalla Corte ha una naturale vocazione espansiva: riverberandosi, grazie all’effetto *erga omnes* delle sue pronunce, sull’intero ordinamento, la sua giurisprudenza mira a orientare l’operato di tutte le pubbliche autorità – legislative, esecutive e giurisdizionali. È in particolare ai *giudici comuni* – unitamente all’amministrazione penitenziaria – che spetta, anzi, il compito cruciale di far vivere i principi che la Costituzione detta in materia di pena, assicurandone l’applicazione alle persone su cui la potestà punitiva dello Stato – il più incisivo dei poteri limitativi dei diritti fondamentali di cui lo Stato disponga – andrà ad incidere.

In secondo luogo, i principi costituzionali spesso non operano soltanto quali *limiti* ai poteri statali, ma – in molti casi, come accade per la finalità rieducativa della pena – anche come *criteri finalistici* che ne orientano l’azione: criteri, dunque, ai quali il potere legislativo, esecutivo e giudiziario sono chiamati a ispirare l’esercizio delle sfere di discrezionalità che a ciascuno di essi compete, sulla base della legge e della stessa Costituzione. E che debbono pertanto guidare le decisioni tanto del giudice della cognizione sulla determinazione della pena, quanto poi quelle dei giudici preposti alla sua esecuzione.

La Costituzione, si è detto, è un grande progetto incompiuto. A tutti noi, nell’ambito ciascuno delle proprie responsabilità, spetta il compito – difficile ed entusiasmante – di fare quanto possibile per realizzare questo programma. Gradualmente: ma con passo sicuro, e sguardo fisso alla meta.

⁶⁵ Si veda in particolare, per accenti particolarmente significativi proprio in materia di dignità delle persone e diritto alle relazioni interpersonali, la recentissima sentenza n. 10 del 2024, in materia di affettività del detenuto.

BIBLIOGRAFIA

BARTOLI, Roberto (2021): *Castigo: vendetta o giustizia*, in *Quaderni di storia del penale e della giustizia*, 3/2021

BRANCATI, Maria Giovanna (2022): *La pena proporzionata: viaggio tra legalità ed equità a partire della sentenza C-205/20*, in *Arch. pen.*, 1 ss.

CARTABIA, Marta (2024): *Prefazione a C. Danusso, E. Dolcini, D. Galliani, F. Palazzo, A. Pugiotto, M. Ruotolo, Ergastolo e diritto alla speranza. Forme e criticità del “fine pena mai”*, Giappichelli, Torino, reperibile anche in *Sistema penale*, 28 giugno 2024

DOLCINI, Emilio (1979): *La commisurazione della pena*, CEDAM, Padova

DONINI, Massimo (2020): *Genesi ed eterogenesi “moderna” della misura delle pene*, in *disCrimen*, 4 giugno 2020

GALLI, Martina (2024): *Gli effetti collaterali della pena*, Giappichelli, Torino

LACEY, Nicola - PICKARD, Hanna (2015): *The Chimera of Proportionality: Institutionalizing Limits on Punishment in Contemporary Social and Political Systems*, 78 *Mod. L. Rev.* 216

LUPO, Ernesto (2024): *I controlli giurisdizionali sui giudizi discrezionali*, in *Sistema penale*, 23 settembre 2024

PALAZZO, Francesco (2022): *Commisurazione della pena e discrezionalità giudiziale: un terreno di tensioni ed incertezze*, in *Dir. pen. proc.*, p. 1345 ss.

RECCHIA, Nicola (2020): *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino

RECCHIA, Nicola (2022): *La proporzione sanzionatoria nella triangolazione tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte di Giustizia*, in *Quad. cost.*, 887 ss.

VIGANÒ, Francesco (2011): *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, vol. IV, p. 2674 ss.

VIGANÒ, Francesco (2021): *La proporzionalità della pena*, Giappichelli, Torino

VIGANÒ, Francesco (2022): *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *Sist. pen.*, 26 aprile 2022

VIGANÒ, Francesco (2024): *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale: un primo bilancio*, in L. Casseti, F. Fabrizzi, A. Morrone, F. Savastano, A. Sterpa (a cura di), *Studi in memoria di Beniamino Caravita*, vol. I, Editoriale Scientifica, Napoli (e ora in *Sistema penale*, 8 gennaio 2025)