

## Capitolo I      **Commisurazione della pena**

---

### **Sommario**

---

1. Premessa. – 2. La discrezionalità penale. – 2.1. Discrezionalità penale e legalità della pena. – 3. Il potere discrezionale del giudice tra commisurazione in senso stretto e commisurazione in senso lato. – 3.1. Le ipotesi di commisurazione in senso lato. – 4. La discrezionalità penale come discrezionalità controllata: l'obbligo di motivazione tra deontologia e prassi. – 4.1. Gli orientamenti prasseologici. – 4.2. Una politica penale giudiziaria? – 4.3. La correlazione tra il grado di analiticità della motivazione e il *quantum* della pena irrogata. – 4.4. Le tecniche di motivazione. – 4.5. L'obbligo di motivazione nelle ipotesi di commisurazione in senso lato. – 4.6. Il carattere apparentemente "innovativo" e sostanzialmente "regressivo" di alcune "isolate" sentenze della S.C. in tema di obbligo di motivazione. – 5. Discrezionalità e limiti edittali: il divieto di oltrepassare i limiti legali previsti per ciascuna specie di pena. – 6. La disciplina della dosimetria della pena. – 6.1. La crisi del modello unitario di commisurazione. – 6.2. Le finalità della pena in fase applicativa. – 6.3. L'apparente consacrazione della finalità specialpreventiva della pena in una significativa presa di posizione della giurisprudenza costituzionale. – 6.4. Il contributo critico della dottrina. – 7. I parametri di commisurazione della pena. – 7.1. La gravità del reato: gli indici fattuali. – 7.2. La capacità a delinquere. – 7.3. Gli indici fattuali della capacità a delinquere. – 7.4. La controversa rilevanza del comportamento processuale. – 8. La commisurazione della pena in caso di comminatoria alternativa e congiuntiva. – 9. L'impiego dei criteri di cui all'art. 133 c.p. nella commisurazione in senso lato. – 9.1. L'ambito circostanziale. – 9.2. Ulteriori ambiti di applicazione. – 9.3. La funzione dell'art. 133 c.p. nel quadro della disciplina delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi. – 10. Il problema della plurima valutazione dello stesso dato di fatto. – 11. Commisurazione della pena e riti speciali. – 12. La commisurazione della pena pecuniaria. – 12.1. Il potere discrezionale del giudice di aumento o diminuzione della pena pecuniaria inefficace o eccessivamente gravosa. – 13. Il frazionamento esecutivo del pagamento della pena pecuniaria. – 14. Il computo delle pene temporanee e pecuniarie. – 15. Il ragguglio fra pene pecuniarie e pene detentive. – 15.1. Profili di diritto intertemporale. – 16. La conversione della pena pecuniaria non eseguita per insolvibilità. – 16.1. La disciplina della conversione: i criteri di ragguglio. – 16.2. La conversione di "secondo grado". – 17. La detrazione dalla pena inflitta della custodia cautelare anteriormente subita. – 17.1. La dilatazione applicativa del principio di fungibilità. – 18. La detrazione dalla pena inflitta della pena e della custodia cautelare subite all'estero. – 19. L'esclusione dal computo della durata delle pene accessorie del tempo di esecuzione della pena (o misura di sicurezza) detentiva. – *Bibliografia.*

---

## 1. Premessa.

---

Il titolo V del c.p. tratta della «*modificazione, applicazione ed esecuzione della pena*» e comprende disposizioni che concernono, da un lato, il potere discrezionale del giudice nella **commisurazione della sanzione**, i criteri legali di esercizio di tale potere, il computo delle pene principali ed accessorie (capo I), dall'altro, in tema di **esecuzione**, la remunerazione del lavoro dei condannati e il rinvio dell'espiatione della pena (capo II). In dottrina è stata, peraltro, criticata la precarietà della sistematica e dell'intitolazione del titolo (e dei due capi che lo compongono), sia per la "lontananza di sede" tra le singole disposizioni relative alle singole pene e quelle del capo I, volte a disciplinarne l'irrogazione giudiziale, sia per l'anacronistica collocazione delle poche disposizioni di cui al capo II, sopravvissute ai rivolgimenti legislativi ed aventi ad oggetto una materia – l'esecuzione della pena – che, tenuto conto delle riforme *medio tempore* intervenute, dovrebbe più congruamente essere riservata ad una disciplina specialistica [ROMANO, GRASSO, 314]. Non vi è dubbio che ad assumere un ruolo centrale nell'economia della disciplina in esame sia il tema della *determinazione della pena in fase giudiziale* [PADOVANI, 319], ossia la complessa operazione valutativa di commisurazione della sanzione edittale, a disposizione del giudice di cognizione al momento della condanna, in termini adeguati, coerenti e proporzionati alla particolarità e alla individualità del caso concreto [ROMANO, GRASSO, 314], che segna, per l'appunto, il passaggio dal piano **astratto** della comminatoria edittale a quello **concreto** della pena inflitta al reo [PALAZZO, 580]. Se, da un lato, l'art. 132 c.p. pone a carico del giudice il potere-dovere di determinare la pena **discrezionalmente**, nei **limiti** fissati dalla legge, con l'obbligo di indicare **i motivi** che giustificano l'uso di un tal potere discrezionale, dall'altro, l'art. 133 c.p. prevede che, nell'*esercizio* di tale potere discrezionale, il giudice debba tenere conto di una serie di criteri legali che si polarizzano intorno alla **gravità del reato** e alla **capacità a delinquere** [MANTOVANI, 773]. Attribuzione al giudice del potere discrezionale di determinazione della pena, disciplina giuridica dei criteri di esercizio di predetto potere ed obbligo di motivazione a garanzia della corretta applicazione di tali criteri, rappresentano, dunque, i fondamenti, tra loro circolarmente collegati e logicamente interdipendenti, della disciplina in esame, nello specchio dei principi costituzionali. Nella misura in cui l'esigenza di legalità della pena si intreccia ad istanze di spazi di discrezionalità applicativa, che tengano conto di aspetti particolari e individualizzanti del caso concreto [PULITANÒ, 528], il potere discrezionale di commisurazione della sanzione, momento centrale dell'intero sistema penale, «segna il punto di massima tensione col fondamentale principio di legalità che ispira il diritto penale» [PALAZZO, 582]. Al fine di comprendere meglio i profili teleologici e metodologici delle dinamiche commisurative, è necessario chiarire preliminarmente lo specifico significato e la latitudine che in materia penale assume la nozione di *discrezionalità* giudiziale.

## 2. La discrezionalità penale.

---

Ormai superate le concezioni di **discrezionalità** quale potere di scelta sovrana del giudice o come generico potere di indulgenza (equità soggettiva), ispirato a considerazioni di opportunità [(a) BRICOLA, 4], l'attenzione deve essere rivolta agli orientamenti che intendono la nozione in esame come potere di scelta vincolato o libero a seconda dei casi o che riferiscono genericamente la medesima all'indeterminatezza del segno linguistico della fattispecie, cosicché la discrezionalità assume i caratteri di tipicità *per relationem*, secondo un processo di eterointegrazione che ruota intorno all'incompletezza del modello normativo [(a) BRICOLA, 20]. Il vizio metodologico e concettualistico insito in queste ricostruzioni è quello di "importare" nel diritto penale una nozione di *discrezionalità* derivata aprioristicamente da altri settori dell'ordinamento, mentre, invece, l'essenza della discrezionalità penale dovrebbe essere ricavata dall'unico dato di diritto positivo disponibile, ossia dall'art. 133 c.p., poiché soltanto attraverso l'interpretazione rigorosa di tale norma si può giungere ad una valutazione sistematica e unitaria [(a) BRICOLA, 67 ss.; CARUSO, 164]. Sulla base di tali premesse, l'essenza della nozione penalistica di *discrezionalità* viene individuata «nel riconoscimento da parte del legislatore dell'impossibilità di prevedere in anticipo nella forma di legge, in via generale ed astratta, le infinite strutture di valore del fatto che si traducono nella maggiore o minore rimproverabilità dell'agente, ossia la significatività di valore o disvalore» [(a) BRICOLA, 58 ss.]. In questa prospettiva, la discrezionalità viene distinta dal piano dell'interpretazione dei concetti indeterminati, elastici o vaghi ed identificata in una fonte giudiziale del diritto penale, creativa di significati di valore: il segno distintivo del concetto in esame viene, infatti, individuato nel difetto di un datoificante astratto e nell'esplicito rinvio legislativo al caso concreto, alle particolarità del fatto o dell'autore, posto che certi elementi non hanno un significato univoco e astratto in senso positivo o negativo [(a) BRICOLA, 193]. Sulla nozione di discrezionalità quale paradigma normativo espresso in forma discrezionale viene fondata la concezione *teleologica*, secondo la quale in presenza di un tale dato il giudice deve individuare preventivamente la finalità dell'istituto e quindi ricercare il significato di valore del caso concreto, ossia il valore congruo rispetto allo scopo per cui è attribuito il potere discrezionale, onde evitare l'arbitrio giudiziale [(a) BRICOLA, 144 ss.; CARUSO, 164]. Se la discrezionalità esprime, dunque, la necessità del giudizio del caso concreto in termini di *giustizia equitativa*, diviene fondamentale il controllo sulla conformità allo scopo, sull'osservanza degli eventuali limiti estrinseci e sulla rigorosità logica del processo di estrazione del significato del caso concreto, da esperirsi mediante la motivazione [(a) BRICOLA, 208 ss.]. La necessità che l'operazione valutativa si svolga all'interno e nel rispetto della cerchia di valori, intrinseci alla natura giuridica e alla finalità del trattamento da adottare (artt. 25 e 27 Cost.) assume un significato di **garanzia** che salda la discrezionalità penale al principio di legalità e al profilo personalistico dell'illecito penale [(a) BRICOLA, 323 ss.; 353 ss.]. Il nesso tra individualizzazione

della pena in rapporto alle specifiche esigenze del caso concreto e i principi costituzionali di uguaglianza, di personalità della responsabilità e del finalismo rieducativo, è alla base della tendenziale illegittimità costituzionale delle **pene fisse** [v. C. cost., sent. 14.4.1980, n. 50, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 725, con nota di PALIERO; DOLCINI, 453; (m) DOLCINI, 345 ss.].

**2.1. Discrezionalità penale e legalità della pena.** – Il problema della **com-misurazione** della pena in concreto ruota intorno all'esigenza garantistica della legalità, al principio della discrezionalità *vincolata* e a quello della discrezionalità *libera* [MANTOVANI, 773]. Che sia la natura **vincolata** della discrezionalità penale a caratterizzare e a distinguere quest'ultima da quella amministrativa, che risulta incentrata su valutazioni di opportunità e convenienza [(f) DOLCINI, 268], emerge in modo evidente sia dai lavori preparatori [in cui si osserva la necessità di «precisare gli elementi fondamentali, verso cui il giudice deve orientarsi nelle sue valutazioni, ed entro il cui ambito dovesse contenere l'uso dei poteri conferiti», «ad evitare che la discrezionalità diventi abuso o arbitrio»: v. *Lav. prep.*, vol. V, I, 189], sia, soprattutto, dalle progressive prese di posizione della Corte costituzionale circa la coesistenzialità che in materia penale deve ravvisarsi tra *discrezionalità penale e legalità della pena*.

Dopo avere osservato che «il principio di legalità della pena non tende a rendere prevedibile quale sia la sanzione nella quale si incorre per ciascun reato, né implica che la legge debba determinare in modo rigido la pena da infliggere in concreto» [C. cost., sent. 12.3.1962, n. 15, in *Giust. cost.*, 1962, 161], e che «nel diritto penale l'ordinamento tranne casi eccezionali di penali fisse, non può realizzare una adeguata corrispondenza della sanzione al fatto illecito, se non mediante la concreta valutazione del singolo caso, e con quella determinazione della pena che, volta per volta, con regolata discrezionalità ne vien fatta dal giudice» [C. cost., sent. 9.3.1967, n. 25, in *Giur. cost.*, 1967, 195], la Consulta afferma che «il principio di legalità non può prescindere dall'individualizzazione (della pena), ossia dal suo adeguamento alle singole fattispecie» [C. cost., sent. 24.6.1970, n. 131, in *Giur. cost.*, 1970, 1598]. Per tale via si rileva che «l'adeguamento delle risposte punitive ai casi concreti – in termini di eguaglianza e/o differenziazione di trattamento – contribuisce, da un lato, a rendere quanto più possibile “personale” la responsabilità penale, nella prospettiva segnata dall'art. 27, comma 1, Cost.; e nello stesso tempo è strumento per una determinazione della pena quanto più possibile “finalizzata”, nella prospettiva dell'art. 27 comma 3 Cost.» [C. cost., sent. 14.4.1980, n. 50, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 725 ss., con nota di PALIERO; nello stesso senso, v., anche, C. cost., sent. 24.6.1992, n. 299, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1468, con nota di GROSSO; C. cost., sent. 23.5.1991, n. 285, in *Cass. pen.*, 1992, 22; C. cost., sent. 23.4.1991, n. 203, in *Cass. pen.*, 1991, I, 1935]. Nella stessa direzione, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che, ai fini del trattamento sanzionatorio, le disposizioni di cui agli artt. 132 e 133 c.p., nell'impossibilità di catalogare gli svariati elementi di valore, prevedono innegabili “spazi discrezionali”, anche se questi hanno carattere vincolato: essi cioè non si incentrano – come nell'attività amministrativa – su motivi di opportunità, essendovi non solo limiti ben definiti, ma criteri legali che guidano il potere del giudice [Cass., Sez. I, 21.8.1990, Minic Bozidar, in *Riv. pen.*, 1991, 666].

Anche in dottrina si osserva che, quale tendenziale punto di equilibrio tra l'istanza di certezza e di predeterminazione della pena espressa dalla rigidità della

risposta punitiva (pena fissa) e l'indeterminatezza della sanzione, affidata a criteri di opportunità, equità ed utilità di volta in volta valutati dal giudice, il principio della discrezionalità **vincolata** mira a conciliare l'esigenza di certezza/legalità con quella di proporzione/individualizzazione della pena, in accordo al principio della personalità della responsabilità penale e alla finalità rieducativa della sanzione penale [MANTOVANI, 773 ss.].

Sulla garanzia costituzionale del potere discrezionale del giudice penale e sul nesso funzionale-teleologico con il principio di legalità, si fonda, inoltre, l'affermazione del principio secondo cui le comminatorie edittali sono costituzionalmente legittime, purché l'ampiezza della cornice edittale non ecceda il margine di elasticità necessario a consentire l'individualizzazione della pena secondo i criteri dell'art. 133 c.p.: infatti, quando la cornice edittale è eccessivamente dilatata «la predeterminazione legislativa della misura della pena diviene soltanto apparente e il potere conferito al giudice si trasforma da potere discrezionale in potere arbitrario» [così v. C. cost., sent. 24.6.1992, n. 299, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1468, con nota di GROSSO; sul tema, v. CORBETTA, 148 ss.].

### 3. Il potere discrezionale del giudice tra commisurazione in senso stretto e commisurazione in senso lato.

---

Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena costituisce un tema «ampio e smisurato, filtrandovi praticamente attraverso il prisma della pena tutto il reato e tutta la persona del suo autore» [(a) VASSALLI, 1316]. Se è vero che la commisurazione rappresenta «il grande banco di prova delle teorie sulla pena» [PEDRAZZI, 603], la «vera cartina di tornasole di qualsiasi teoria della pena» [MONACO, PALIERO, 422], il dato da cui prendere le mosse è rappresentato dalle clausole generali di cui agli artt. 132 e 133 c.p. che della commisurazione della pena contengono la disciplina processuale e sostanziale [(a) BRICOLA, 73 ss.]. Si tratta di due disposizioni logicamente complementari e funzionalmente interdipendenti: se la prima prevede il dovere di motivazione a garanzia del dovere e della congruità rispetto allo scopo dell'accertamento discrezionale, la seconda rappresenta l'unico strumento per la scelta e la graduazione della pena [(a) BRICOLA, 105 ss.; 144 ss.]. La forza espansiva e sistematica degli artt. 132 e 133 c.p. è tale da trascendere il tema dell'applicazione della pena per il quale la disposizione è stata concepita [(a) VASSALLI, 1316]: da questo punto di vista, l'art. 133 c.p. assume nel sistema il significato di vero e proprio **paradigma** della discrezionalità penale, di «fulcro intorno al quale ruotano tutte le disposizioni penali di natura discrezionale» [(a) BRICOLA 26; 73; per l'accostamento a «polmone della legislazione penale», v. BETTIOL, 41]. Sul presupposto secondo cui il potere discrezionale si articola in tutte quelle possibilità di scelta che la legge consente al giudice penale relativamente alla pena [DELOGU, 371], si è soliti distinguere tra **commisurazione in senso stretto**, concernente la quantificazione della pena base all'interno dei limiti edittali e la scelta della specie di pena in caso di comminatoria alternativa, e **commisurazione in senso lato** o in senso ampio, ricomprendente tutte le ulteriori e diverse ipotesi di discrezionalità relative alla sfera sanzionatoria.

**3.1. Le ipotesi di commisurazione in senso lato.** – Quest'ultimo ambito presenta una casistica di notevole estensione ed articolazione, suscettibile, in linea di massima, di essere divisa in quattro settori di esercizio della discrezionalità, la cui fonte è data dalla normativa sostanziale, processuale e penitenziaria.

In primo luogo, il campo di ipotesi caratterizzate dalla valutazione della *meritevolezza o meno* dell'applicazione di un dato istituto o di una determinata misura, in termini di negazione/affermazione (*in bonam partem*: la concessione o meno della sospensione condizionale della pena, del perdono giudiziale, della rateizzazione del pagamento della pena pecuniaria, del beneficio della non menzione della condanna, della liberazione condizionale, della riabilitazione, l'ammissione o meno all'oblazione facoltativa, la sostituzione o meno della pena detentiva breve, ecc.; *in malam partem*: la revoca facoltativa della sospensione condizionale della pena, l'applicazione della recidiva, la valutazione della pericolosità sociale, il giudizio sulla dichiarazione di abitudine, professionalità o di tendenza a delinquere, la decisione in tema di ordine di espulsione dello straniero, ecc.). In secondo luogo, i casi in cui il giudice è chiamato ad una opera di *quantificazione* diversa da quella avente ad oggetto la pena base (la determinazione del *quantum* di aumento o diminuzione della pena base in presenza di una circostanza, del *quantum* di aumento della pena quantificata per la violazione più grave, in caso di reato continuato o di concorso formale di reati, del *quantum* di diminuzione della pena nell'ambito del patteggiamento, il computo della pena da spiare in caso di revoca dell'affidamento in prova al servizio sociale, ecc.). In terzo luogo, assume rilievo la *ricerca giudiziale di elementi di valore* (o di disvalore: c.d. aggravanti indefinite) non tipizzati normativamente, in grado di influire sul trattamento sanzionatorio (si pensi, ad es., all'individuazione delle circostanze attenuanti generiche, alle ipotesi di cui agli artt. 114, 609-bis, comma 3, 648, comma 2, c.p., 73, comma 5, t.u. stup., ecc.). Infine, possono essere ricondotte all'area della commisurazione in senso lato le ipotesi in cui il giudice sia chiamato a *scegliere una tra due o più soluzioni alternative*, che incidono direttamente sul trattamento sanzionatorio (è il caso, ad es., del giudizio di comparazione nel concorso eterogeneo di circostanze) o che ad esso si raccordano in chiave potenziale (come avviene in sede di scelta della misura cautelare).

Pur nel riconoscimento che, a seconda dell'istituto a struttura discrezionale in esame, assume rilevanza la specifica funzione e la *ratio* ad esso sottese, l'opinione dominante ritiene che, a prescindere dall'espreso richiamo, sia proprio l'art. 133 c.p. a fungere da modello generale e paradigmatico di discrezionalità in tutte le ipotesi di commisurazione in senso lato. In dottrina si è, peraltro, osservato che l'art. 133 c.p. non è in grado di fornire una disciplina unitaria del potere discrezionale del giudice, poiché la commisurazione in senso lato deve fare in questi casi necessariamente appello a criteri ulteriori e diversi da quelli indicati dalla predetta disposizione [PALAZZO, 592; v., altresì, DELOGU, 397].

#### 4. La discrezionalità penale come discrezionalità controllata: l'obbligo di motivazione tra deontologia e prassi.

Quella relativa alla commisurazione della pena è, dunque, una discrezionalità *sui generis*, in quanto **vincolata** e regolata, sia pure entro **limiti** piuttosto ampi [Cass., Sez. I, 3.7.1986, Giberti, in *Riv. pen.*, 1987, 502; (a) VASSALLI, 1319 ss.]. Si può trattare di limiti *esterni*, come quelli segnati dalla cornice edittale del sin-

golo reato, di limiti *interni*, come quelli sanciti dall'art. 133 c.p., oppure di limiti di natura *processuale*, come quelli insiti nell'obbligo di motivazione [(c) DOLCINI, 55; sulla distinzione tra limiti di tenore istituzionale e limiti di tenore normativo, v. DELOGU, 372]. Secondo un'opinione, questi limiti vengono di solito simultaneamente «alla ribalta», in un complicato giuoco di complementarità, di condizionamento o addirittura di conflitto, cosicché sarà il giudice a doversi districare in questo caleidoscopio, componendo in armonia le diverse finalità, e i molteplici limiti che animano e frenano il potere concesso al giudice, alla ricerca del giusto equilibrio [DELOGU, 378]. Nella misura in cui il giudice deve dar conto nella motivazione della sentenza dei criteri, degli indici e dei giudizi di valore, la discrezionalità penale è, altresì, **controllata**: è, infatti, proprio attraverso la motivazione che si esercita quel controllo che è indissolubile dal potere di commisurazione della pena [(a) VASSALLI, 1334; (b) 742; (a) NUVOLONE, 1563]. Il giudice deve dimostrare di aver ragionato e come ha ragionato [DELOGU, 400], consentendo alle parti una lettura critica del suo operato. Il controllo si realizza attraverso l'obbligo della motivazione sancito in generale dal codice di procedura penale e specificato dall'art. 132 c.p.: il senso di quest'ultima autonoma previsione è sia quello di ribadire in forma particolare il più generico dettato costituzionale che vuole motivati tutti i provvedimenti giurisdizionali (art. 111 Cost.), sia quello di indicare la necessità che dalla motivazione emerga oltre che lo scopo, il progressivo sviluppo dell'indagine, dal fatto alla personalità dell'agente [(a) BRICOLA, 105 ss.; (a) CARUSO, 238 ss.; (d) DOLCINI, 250]. Non vi è dubbio, infatti, che l'obbligo di motivazione sia inscindibile dal potere-dovere del giudice – *ex art. 133 c.p.* – di fare tutto il possibile per adeguare la pena al fatto e alla personalità dell'agente, in conformità allo scopo attribuito alla sanzione dalla Carta fondamentale [v. (c) DOLCINI, 57; (d) 242 ss.]. Quale «guardiano logico» della certezza, la motivazione serve a determinare il grado di osservanza della calcolabilità della decisione del giudice, nel senso che, date certe premesse, se esse sono esatte e il giudice si attiene ai parametri-limite che regolano il suo potere discrezionale, la sua argomentazione non può che portare ad una decisione data e della sua giustizia in termini di eguaglianza/proporzione [DELOGU, 393]. Tramite la motivazione dovrebbe, insomma essere possibile verificare che alla pena irrogata in concreto si è giunti attraverso un *iter* logico e un quadro teleologico rispettoso dei principi, vincoli e limiti che – *in primis*, a livello costituzionale – orientano e regolano l'attività giudiziale di quantificazione della sanzione [MANTOVANI, 773; (b) VASSALLI, 742]. In giurisprudenza non mancano prese di posizione volte ad attribuire alla motivazione il ruolo di quel «controllo della ragione sull'intuizione» che la dottrina ha assegnato all'art. 132 c.p. [DELOGU, 394] consentendo alle parti una lettura critica del suo operato.

All'affermazione secondo cui la motivazione dovrebbe essere redatta in modo tale da far emergere il percorso logico seguito dal giudice in sede di commisurazione, individuando i criteri fattuali che hanno orientato le sue scelte [Cass., Sez. V, 15.1.1980, Ferrero, in *Riv. pen.*, 1980, 583], ha fatto seguito la tesi secondo la quale «l'obbligo di motivazione deve essere quantitativamente correlato al dispositivo» e «tutto intero il provvedimento deve trovare il suo apparato giusti-

ficativo nella esposizione dei motivi», al duplice scopo di garantire il corretto esercizio del potere discrezionale del giudice e di garantire l'imputato della congruità della pena che gli è stata inflitta [Cass., Sez. I, 28.4.1987, Cardile, in *Riv. pen.*, 1988, 631]. Il dovere di una motivazione coerente consente il controllo sulle modalità di esplicazione dell'anzidetto potere [Cass., Sez. I, 21.8.1990, Minic Bozidar, in *Riv. pen.*, 1991, 666; Cass., Sez. I, 14.10.1988, Balestri, in *Riv. pen.*, 1990, 181; nel senso che il controllo sulla corretta applicazione della legge può essere esercitato esclusivamente sulla motivazione che sorregge la decisione, v. Cass., Sez. I, 27.11.1989, Andreini, in *Cass. pen.*, 1991, 1059]. Si è osservato che si verifica l'elusione dei parametri dell'art. 133 c.p. quando, ad es., il giudice, valutando la responsabilità di molteplici imputati e per reati anche diversi per alcuni di essi e diversamente circostanziati, per tutti indistintamente si limita al generico riferimento «alla circostanza di cui all'art. 133 c.p.» e «alla particolare gravità dei reati e alla personalità degli imputati» [Cass., Sez. I, 14.10.1988, Balestri, cit.].

**4.1. Gli orientamenti prasseologici.** – Se dal piano **deontologico** passiamo a considerare il piano della **prassi**, ci accorgiamo facilmente come i plurimi richiami dottrinali circa l'inammissibilità delle *formulette* giurisprudenziali, la nullità della sentenza quale conseguenza dell'assenza di motivazione e la necessità di condizioni di trasparenza della motivazione [(c) DOLCINI, 57; (a) BRICOLA, 110], siano destinati a rimanere "lettera morta". L'inadeguatezza della strumentazione processuale a supportare l'indagine giudiziale [specie per quel che riguarda la capacità a delinquere, «regno di intuizioni e impressioni» e afflitta da sempre da un netto deficit di verificabilità: v. (a) BRICOLA, 116], accentua il rischio di un ineffabile **intuizionismo** giudiziario [(a) CARUSO, 244]. La stessa dottrina riconosce come, innervandosi su impulsi emotivi e di folgorazioni intuitive, l'attività determinazione del *quantum* della sanzione difficilmente possa tradursi in motivazione [(a) BRICOLA, 111]. Da questo punto di vista, si rivela lungimirante la risalente opinione dottrinale secondo cui, nell'impossibilità della dimostrazione della corrispondenza del *quantum* della pena al *quantum* del reato con matematica proporzione, per soddisfare il precetto di legge si sarebbero costruite «tre o quattro generiche frasi-tipo», che sarebbero servite per ogni caso [MARONGIU, 20]. La profezia si è avverata: attraverso le formulette orbitanti intorno alla congruità, adeguatezza ed equità della pena, nella prassi applicativa si verifica un'evidente elusione e neutralizzazione della disciplina positiva, sull'implicito presupposto della inidoneità degli artt. 132 e 133 c.p. ad imporre qualsiasi vincolo sostanziale alle scelte del giudice [(l) DOLCINI, 66]. «Dominata da intuizione e dall'esperienza personale del singolo giudice» [(l) DOLCINI, 17], la prassi riflette la difficoltà di conciliare i fattori emozionali con la predeterminazione di vincoli giuridici capaci di incanalare l'esercizio del potere discrezionale. L'orientamento dominante tende, infatti, a rendere insindacabile la scelta giudiziale della pena, enfatizzando le componenti intuitivo-irrazionali della commisurazione, in modo tale da appiattare sul piano processuale il significato e la rilevanza dell'obbligo di motivazione, svuotandolo di contenuti sostanziali e della sua valenza di garanzia. All'affermazione dell'ammissibilità del ricorso per cassazione in ordine alla motivazione del procedimento logico che ha portato il giudice alla determinazione della pena in concreto [v. (a) NUVOLONE, 1563], fa, infatti, da contraltare la tendenza a ri-

tenere che la commisurazione della pena, in sede di controllo di legittimità, sia censurabile soltanto per vizio processuale (mancanza o illogicità della motivazione, *ex art. 606 lett. e) c.p.p.*) e non per erronea applicazione delle norme penali sui criteri commisurativi, ossia per violazione di legge [(l) DOLCINI, 57 ss.]. Le direttive dell'art. 133 c.p. perdono, così, la loro funzione di vincolo di guida, assumendo un ruolo eventuale e sussidiario: l'unico vincolo opererebbe sul terreno della motivazione, con il conseguente *appiattimento* del significato dell'art. 132 c.p. sul piano strettamente **processuale**, negli angusti limiti del controllo meramente formale sulla regolarità della motivazione: l'impossibilità di far valere un'erronea applicazione dei criteri sostanziali di commisurazione finisce per sottrarre l'art. 133 c.p. al vaglio della giurisprudenza, creando una sorta di incompatibilità tra potere discrezionale e applicazione del diritto [(c) DOLCINI, 58].

In effetti, la S.C. ritiene che la valutazione giudiziale sul *quantum* della pena in concreto da irrogare, in quanto frutto di una valutazione globale dei fatti accertati e della personalità del reo, costituisca «un apprezzamento di fatto non censurabile in sede di legittimità», se è congruamente e logicamente motivata [Cass., Sez. V, 18.2.1987, Saffo, in *Riv. pen.*, 1987, 856] ovvero un potere insindacabile [Cass., Sez. VI, 6.3.1980, Coppola, in *CED*, 1980/145815]. Emblematica, in questo senso, l'affermazione – ormai tradizionale – secondo cui, sul presupposto che il potere discrezionale del giudice non deve soffrire di vincoli troppo stretti, il giudizio di commisurazione della pena in concreto costituirebbe «più il risultato di un'intuizione che di un processo logico di natura analitica» [Cass., Sez. II, 8.7.1992, Pavlovic, in *Riv. pen.*, 1993, 294; ancor prima, v. Cass., Sez. V, 16.2.1968, Collini, in *Giust. pen.*, 1969, III, 70, Cass., Sez. II, 23.1.1980, Saponaro, in *Riv. pen.*, 1980, 886]. *Idem* per il giudizio di riduzione della entità della pena inflitta, dovuta a circostanze [nella giurisprudenza di merito, v. C. App. Lecce-Taranto, 9.12.1994, Maiorino, in *Riv. pen.*, 1995, 925]. Lo svuotamento del precetto dell'obbligo di adeguata motivazione delle scelte di commisurazione è indotto dall'enfaticizzazione delle componenti intuitivo-emotive del giudizio; l'occasionale affermazione della necessità che il giudice dimostri di aver fatto buon uso del proprio potere discrezionale, affinché esso non degeneri in arbitrio [Cass., Sez. II, 2.2.1978, Di Palma, in *Cass. pen.*, 1979, 1140], non sembra valere in realtà più di una mera enunciazione di principio, di carattere ornamentale, puntualmente contraddetta nella prassi, con l'impossibilità di verificare a posteriori il percorso logico che il giudice ha seguito per quantificare concretamente in questo o in quel modo la sanzione. In definitiva, la S.C. alimenta tra i giudici di merito un'interpretazione riduttiva dell'obbligo di motivazione, circoscrivendone drasticamente la sfera di operatività e astenendosi volutamente dal valorizzarne le finalità di garanzia. Per una presa di posizione giurisprudenziale in senso critico verso l'orientamento dominante nella prassi, v. Cass., Sez. I, 28.4.1987, Cardile, in *Riv. pen.*, 1988, 631, che condanna il riferimento a folgorazioni intuitive, troppo affini a pulsioni psichiche sottratte per loro natura ad ogni regolamentazione normativa e d'indiscutibile natura irrazionale, dovendo invece configurarsi come una pura essenziale operazione intellettuale, disciplinata dai canoni della logica e della razionalità, i soli praticabili nei comportamenti applicativi delle prescrizioni normative [in senso analogo, v. altresì Cass., Sez. I, 14.9.1990, Italiano, in *Riv. pen.*, 1991, 666].

L'attribuzione al giudice di una sorta di “zona franca”, di una sfera di sovranità intangibile, fa sì che il binomio di cui agli artt. 132 e 133 c.p. si risolva in una copertura di comodo per qualsiasi arbitraria scelta del giudice [(m) DOLCINI, 371]. In tal modo la commisurazione della pena da forma di applicazione di norme giuridiche si trasforma in un ambito soggetto al sovrano apprezzamento del giudice ed ispirato a criteri meramente equitativi, con il rischio di motivazioni artificiali costruite a po-

steriori per dare un'apparenza di legittimità a scelte del giudice in realtà svincolate dal diritto positivo [(c) DOLCINI, 57]. L'idea sottesa alle pronunzie della S.C. secondo cui le scelte del giudice in sede di commisurazione si sottrarrebbero ontologicamente ad un serio obbligo di motivazione si risolve nella ritenuta impossibilità di esprimere in termini razionali le valutazioni del giudice e delegittimazione della pretesa di verificare se la scelta della pena sia stata effettuata in conformità dei parametri legali [(d) DOLCINI, 247], quasi che la quantificazione della pena rappresenti il risultato di una scelta insindacabile del giudice di merito [(l) DOLCINI, 59 ss.]. La tendenza a impostare la scelta commisurativa su basi irrazionali e intuitive, a eludere l'obbligo di dar conto dell'*iter* logico che ha portato il giudice a trarre la regola dal caso concreto, sottraendolo a qualsiasi vaglio o verificabilità, fa sì che la discrezionalità in sede commisurativa si trasformi, dunque, sovente in **discrezionalità libera**, se non in *arbitrio*. In proposito si è rilevato che, sul presupposto secondo cui la fissazione in concreto della pena rappresenterebbe «una sorta di “folgorazione” del singolo giudice», vengono surrettiziamente introdotti elementi irrazionali ed incontrollabili che finiscono per depotenziare e annullare la funzione orientativa svolta dagli indici di cui all'art. 133 c.p. [(b) LARIZZA, 58]. L'asserita impossibilità di una chiarificazione *ex post* della scansione logica del processo di quantificazione della pena, strumentale alla ricorrente affermazione della sostanziale insindacabilità delle scelte commisurative dei giudici di merito, ha fatto sì che l'obbligo di motivazione sancito dall'art. 132 c.p. sia ridotto dalla prassi in una dimensione estremamente angusta e stereotipia, con frequente ricorso a clausole di stile o formule tralattizie [PADOVANI, 320]. Emblematica la tendenza della S.C. a precisare che cosa non è necessario piuttosto che chiarire in positivo il contenuto dell'obbligo di motivazione [(l) DOLCINI, 62].

**4.2. Una politica penale giudiziaria?** – Il piano fenomenologico presenta, peraltro, profili di ulteriore e successiva criticità, che trascendono i confini del *residuo irrazionale* insito in ogni operazione valutativa. In primo luogo, assume rilievo la **supplenza** del potere legislativo: il difetto di criteri legislativi di commisurazione viene, infatti, sfruttata per correggere verso il basso le anacronistiche valutazioni legislative espresse negli spazi edittali [MONACO, 283 ss.; (b) STILE, 283]. In secondo luogo, l'inesprimibilità dei motivi, l'indicibilità delle argomentazioni (come osservato da Bruns, «ciò che non è afferrabile razionalmente, non può nemmeno essere partecipato»), la dissociazione tra formazione del giudizio sulla misura della pena e la relativa motivazione, nascondono spesso il ricorso a fattori o parametri estranei all'art. 133 c.p.: «protagonisti della commisurazione della pena nel nostro ordinamento continuano ad essere la tradizione, fattori irrazionali e le vedute di politica criminale dei singoli giudici» [(l) DOLCINI, 68]. Un'indagine realistica non può ignorare il fatto che nella prassi si ricorra a criteri **extralegali** od **occulti** di commisurazione: il riferimento alla tradizione come fattore di stabilità e certezza, il confronto con giudizi precedenti, la cristallizzazione di tariffari di pena [(c) DOLCINI, 70], il ricorso agli usi giudiziari ossia alle consuetudini sanzionatorie nelle varie circoscri-

zioni giudiziarie, il peso delle spinte emotive della pubblica opinione, rappresentano i più eclatanti tra i **fattori di irrazionalità** nella commisurazione della pena, destinati a creare irragionevoli disuguaglianze di trattamento [(i) DOLCINI, 42]. Lo “svuotamento” dell’obbligo di motivazione e il consolidarsi di una vera e propria “**politica penale giudiziaria**” aprono la porta al “convitato di pietra”: la prevenzione generale [(b) STILE, 279 ss.]. Alla luce dell’orientamento secondo cui l’unico vincolo per il giudice opererebbe sul piano processuale e precisamente nell’ambito della motivazione, diviene, dunque, necessario determinare sia in che modo nella prassi applicativa venga inteso il contenuto dell’obbligo di una specifica motivazione circa i criteri che giustificano l’uso del potere discrezionale da parte del giudice, sia soprattutto quali siano considerati i modi di adempimento di predetto obbligo. Il dato emergente dall’elaborazione giurisprudenziale è quello della persistente tendenza a eludere e a minimizzare il significato e l’importanza dell’obbligo di motivazione, mediante la “riduzione all’osso” del grado di analiticità e di specificità di quest’ultima. Le tecniche di *semplificazione* della commisurazione della pena adottate, rese pressanti dalle dimensioni quantitative del fenomeno [(c) DOLCINI, 69], sono accomunate dall’esigenza di aggirare il dettato dell’art. 132 c.p. *Escamotages* che ruotano intorno alla ritenuta superfluità di una puntuale valutazione di tutti i criteri dell’art. 133 c.p.

Sul presupposto che il giudizio di commisurazione sia il risultato di un’intuizione derivante da una valutazione globale dei fatti accertati e della personalità del reo, si ritiene sufficiente la presa in considerazione, sia pure implicita, degli elementi indicati nell’art. 133 c.p. Di fronte ad una gamma di discrezionalità tanto vasta quale quella affidata al giudice di merito dal combinato disposto degli artt. 132 e 133 c.p., si afferma l’inesigibilità di una motivazione che spieghi le ragioni delle differenze tra l’entità della pena concretamente prescelta ed un’altra di poco inferiore (o eventualmente superiore): l’obbligo deve intendersi adempiuto tutte le volte che la scelta del giudice di merito venga a cadere su una pena che, per la sua entità globale, non appaia manifestamente sproporzionata rispetto al fatto oggetto di sanzione [Cass., Sez. I, 27.11.1989, Andreini, in *Cass. pen.*, 1991, 1059]. La determinazione in concreto della pena viene, dunque, vista come il risultato di una valutazione complessiva, e non di un giudizio analitico sui vari elementi offerti dalla legge [Cass., Sez. VI, 20.5.1989, Mancusi, in *Riv. pen.*, 1990, 335; sulla non necessità di un’analitica esposizione dei motivi e sulla sufficienza di una valutazione globale degli elementi dell’art. 133 c.p., v. Cass., Sez. II, 26.3.2008, Gasparri, in *CED*, 2008/239754; Cass., Sez. V, 21.9.1982, Urtoller, in *Riv. pen.*, 1983, 533].

**4.3. La correlazione tra il grado di analiticità della motivazione e il quantum della pena irrogata.** – Ulteriori caratteri della tendenza prasseologica sono l’esclusione della necessità di motivare o di motivare in modo specifico ed analitico l’applicazione di una pena “media” o vicina ai limiti edittali inferiori e la sufficienza del ricorso a “*formulette pigre*” o *di stile*. In particolare, nella giurisprudenza della S.C. si è venuta a creare una stretta correlazione tra il grado di specificità della motivazione e il *quantum* della pena inflitta: quanto più ci si discosta dai livelli minimi edittali, tanto più la motivazione deve essere analitica e suffragata da un puntuale riferimento ai parametri dell’art. 133 c.p. [Cass., Sez. VI, 12.6.2008, B., in *CED*, 2008/241189]. Viceversa, quando la pena si attesta su valori minimi, il giudice potrebbe non motivare o motivare in modo aspecifico [(b) LARIZZA, 60].

La **quantità della pena** decide, dunque, del grado di analiticità della motivazione: in questa direzione, è abituale il ricorso al parametro del “**minimo edittale**”, anche quale base di partenza dell’attività commisurativa.

Secondo la S.C., infatti, l’obbligo di motivazione in ordine alla congruità della pena tanto più si attenua quanto maggiormente la pena in concreto inflitta si avvicina al minimo edittale [Cass., Sez. I, 7.6.1995, Brachet, in *Riv. pen.*, 1996, 246], cosicché quanto più il giudice intende discostarsi dal minimo edittale, tanto più ha il dovere di dare ragione del corretto esercizio del proprio potere discrezionale [Cass., Sez. VI, 18.11.1999, Baragiani, in *CED*, 1999/217333]. La tesi della non necessità di specifica motivazione quando la scelta del giudice risulta contenuta in una fascia medio bassa rispetto alla pena edittale [Cass., Sez. V, 22.2.2005, Alessio, in *CED*, 2005/231425; Cass., Sez. IV, 26.10.2004, Nuciforo, in *CED*, 2004/230278], si fonda sul presupposto secondo cui l’irrogazione di pena minima o intermedia tra minimo e massimo implicherebbe di per sé un uso equilibrato del potere discrezionale del giudice ed escludendo di per sé ogni abuso, non richiederebbe alcuna specifica motivazione. Si ritiene, inoltre, che l’obbligo di motivazione sia strumentale all’esigenza di assicurare all’imputato la conoscenza delle ragioni che hanno determinato la misura della sua condanna: nella prospettiva di ottenere una revisione del giudizio, si reputa che un reale obbligo di motivazione esplicita sussisterebbe solo nell’ipotesi in cui il giudice commisuri la pena in misura superiore al minimo edittale [Cass., Sez. V, 25.1.1997, Curcillo, in *CED*, 1997/207497]. Si esclude, altresì, il diritto dell’imputato ad una motivazione analitica quando il giudice orienta la propria scelta in riferimento alla pena minima inderogabile: se la pena non si discosta eccessivamente da tale livello, il giudice ottempera all’obbligo motivazionale anche ove adoperi espressioni o clausole di stile come “*pena congrua*”, “*pena equa*”, “*congruo aumento*”, ovvero si richiami genericamente alla gravità del reato o alla personalità del reo [Cass., Sez. IV, 21.9.2007, in *Guida dir.*, 46/2007, 88; Cass., Sez. III, 3.9.2007, Ruggieri, in *CED*, 2007/237402]. L’espressione “*pena adeguata*” farebbe supporre che il giudice abbia implicitamente valutato gli elementi obbiettivi e subbiettivi del reato risultanti dal contesto complessivo della sua decisione [Cass., Sez. V, 30.10.1980, Schinò, in *Riv. pen.*, 1981, 509], senza necessità della valutazione di tutti gli indici di cui all’art. 133 c.p. [Cass., Sez. II, 19.3.1984, Flores Machuca, in *Riv. pen.*, 1984, 974], cosicché per la legittimità della motivazione basterebbe un generico richiamo d’insieme ai criteri direttivi di cui all’art. 133 c.p. [Cass., Sez. I, 21.11.1983, Ghinati, in *Cass. pen.*, 1985, 890]. La tesi secondo cui l’applicazione da parte del giudice di merito della pena in misura prossima al minimo edittale concreto non richiederebbe alcuna motivazione [Cass., Sez. I, 25.6.1985, Sponton, in *Riv. pen.*, 1986, 267] oppure una specifica motivazione [Cass., Sez. I, 10.10.1985, Greco, in *Riv. pen.*, 1985, 603], viene talora fondata sul fatto che tale livello denoterebbe *in re ipsa* la scarsa gravità del reato e la scarsa capacità a delinquere del soggetto [Cass., Sez. I, 9.7.1968, Monelli, in *Mass. dec. pen.*, 1968, 1295], cosicché la pena nel minimo non abbisognerebbe di particolare motivazione allorché si attesta sui minimi edittali, o perché «la commissione del reato basta a giustificare la sanzione minima» [Cass., Sez. I, 3.10.1972, Calcagno, in *Mass. dec. pen.*, 1973, 568], o perché l’inflizione del minimo escluderebbe che il giudice abbia sconfinato nell’arbitrio [Cass., Sez. V, 20.4.1983, Cerrato, in *Riv. pen.*, 1983, 974; Cass., Sez. II, 31.10.1978, Lopriore, in *Riv. pen.*, 1979, 440]. Secondo la S.C., l’omissione nella sentenza emessa dal giudice di pace dei criteri di commisurazione della pena (nella specie, l’entità aritmetica della parte di multa da attribuire rispettivamente a pena base, a riduzione per le attenuanti e ad aumento per la continuazione) non riveste carattere essenziale e quindi non determina alcun effetto invalidante, qualora la pena applicata sia in misura prossima al minimo e sia possibile ricostruirne il percorso logico di determinazione [Cass., Sez. V, 22.2.2005, Alessio, in *CED*, 2005/231425].

**4.4. Le tecniche di motivazione.** – Sul piano delle **tecniche di motivazione** adottate in sede di quantificazione della pena nella misura del minimo edittale, si