



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO

Settore Penale

Relazione tematica

Il sindacato della Corte di cassazione in materia di trattamento sanzionatorio

Rel. n. 39/2024

Roma, 03 settembre 2024

Sommario

CAP. I. CONTROLLO DELLA CORTE DI CASSAZIONE SUL TRATTAMENTO SANZIONATORIO.....	2
1) La motivazione sul trattamento sanzionatorio.	2
2) La discrezionalità del giudice nel trattamento sanzionatorio.	4
3) Controllo della motivazione sul trattamento sanzionatorio complessivo.	6
3.1) Il potere di rideterminazione della pena.	10
3.2) L'incidenza dei limiti al potere di impugnazione del pubblico ministero.	12
4) Limiti edittali minimi e motivazione attenuata.	15
5) Pena superiore ai minimi edittali e obbligo di motivazione specifica.	17
6) Le circostanze attenuanti.	20
6.1) La comparazione tra opposte circostanze e il giudizio di bilanciamento.	24
6.2) Il riconoscimento (o no) delle circostanze attenuanti generiche.	28
7) La continuazione.	31
7.1) La determinazione della pena in caso di continuazione <i>in executivis</i>	32
7.2) Gli aumenti per i reati satellite in caso di reato continuato.	33
CAP. II – RISPETTO DEI PRINCIPI DEL DIRITTO PENALE IN TEMA DI TRATTAMENTO SANZIONATORIO.....	37

1) Le finalità della pena.	37
2) Principio di legalità.	39
2.1) La pena illegale.	42
3) Principio di proporzionalità in rapporto al fatto.	45
3.1) La graduazione delle pene: la forbice edittale.....	46
3.2) La graduazione della pena in rapporto all'offensività del fatto.	51
4) Principio di proporzionalità e individualizzazione.	52
4.1) Recidiva.	53
4.2) Sospensione condizionale della pena.....	60
5) Misura della pena in rapporto alle condizioni economiche e patrimoniali....	65
CAP. III- PROFILI SPECIFICI DI ALCUNI TRATTAMENTI SANZIONATORI	68
1) Le pene accessorie.	68
2) Le pene pecuniarie.	72
3) I nuovi trattamenti sanzionatori.....	77
4) Le pene sostitutive.	84

CAP. I. CONTROLLO DELLA CORTE DI CASSAZIONE SUL TRATTAMENTO SANZIONATORIO

1) La motivazione sul trattamento sanzionatorio.

«Nei limiti fissati dalla legge, il giudice applica la pena discrezionalmente: esso deve indicare i motivi che giustificano l'uso di tale potere discrezionale»: esordisce così l'art. 132 cod. pen., non a caso rubricato «Potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena».

Il discorso sulla applicazione (*rectius* irrogazione) della pena deve necessariamente partire da due punti fermi, tra loro strettamente correlati, a formare un tutt'uno che permea il tema del trattamento sanzionatorio, intendendosi con esso qualcosa di più articolato e complesso della pena "classica", prevista dall'art. 17 cod. pen., oggi arricchito con trattamenti sanzionatori "nuovi" o comunque rivisitati: da un lato, la discrezionalità del giudice nella irrogazione

della pena (a sua volta discrezionalmente comminata dal legislatore); dall'altro, la motivazione della decisione in punto di pena.

L'una è espressione di un potere riconosciuto al giudice direttamente dal legislatore, da esercitare con rigore, rifuggendo da ogni possibile abuso; l'altra, è lo strumento attraverso il quale il giudice indica gli elementi a sostegno del trattamento sanzionatorio ed il percorso commisurativo seguito, così consentendo al condannato, che ne è destinatario, di conoscere le ragioni a sostegno e di contestarne la portata davanti al giudice dell'impugnazione, che in tal modo esercita il dovuto controllo sul trattamento sanzionatorio applicato.

L'uso "rigoroso" e scevro da arbitri del potere discrezionale attribuito al giudice si manifesta, rendendosi ostensibile, attraverso la motivazione adottata sul punto nella decisione assunta: la commisurazione della pena e la disciplina fondamentale dettata dagli artt. 132 e 133 cod. pen. rappresentano il nucleo centrale del tema della discrezionalità penale riconosciuta al giudice, in rapporto alla peculiarità del caso concreto e alla personalità dell'autore, in modo che possa essere irrogato, come si vedrà, un trattamento sanzionatorio che sia proporzionato ed individualizzante, in un assetto che, al tempo stesso, sia compatibile con le finalità proprie della pena, in particolar modo con la finalità volta alla rieducazione, funzione, quest'ultima, che costituisce «patrimonio della cultura giuridica europea, particolarmente per il suo collegamento con il "principio di proporzione" fra qualità e quantità della sanzione, da una parte, ed offesa, dall'altra» (Corte cost., sent. n. 313 del 1990), la cui centralità è stata rimarcata nelle più recenti pronunce della Consulta, tanto da affermare il «principio della non sacrificabilità» di tale funzione «sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena» (Corte cost., sent. n. 149 del 2018).

Il discorso in ordine alla motivazione sulla pena e al sindacato in sede di legittimità costituirà il fulcro centrale dell'analisi che si proverà a fare nelle pagine seguenti, nella consapevolezza che esso tocca un aspetto peculiare, che "a monte" sconta un retaggio, cui negli ultimi anni si è cercato di fare fronte e di superare.

Quando infatti si parla di motivazione della decisione, il pensiero, quasi in automatico, va alla motivazione sulla responsabilità e dunque al giudizio cognitivo, e non, nell'immediato, al giudizio sulla irrogazione della pena, che resta, anche fisicamente, relegato nella "parte finale" di ogni decisione, cui si arriva dopo aver analizzato tutti gli aspetti inerenti la responsabilità per il fatto di reato, alla luce degli elementi di prova acquisiti.

Eppure, è indubbio che la fase della irrogazione della pena è quella che incide sull'imputato ed è quella in cui il giudizio di cognizione svolto spiega i suoi effetti. Queste considerazioni e la necessità di assicurare un trattamento sanzionatorio efficace ed effettivo, e soprattutto proporzionato ed individualizzante, hanno spinto e spingono ad un'inversione di rotta: quella di non considerare la fase della

cognizione e quella della esecuzione come due compartimenti stagni, ma di fare in modo che interagiscano tra loro e si intersechino, con un giudice della cognizione che sia anche giudice della esecuzione della pena.

Sono nati così nuovi trattamenti sanzionatori, comminati secondo schemi che sono spesso tratteggiati nelle linee essenziali, quasi “a maglie larghe”, nel cui ambito va irrogata dal giudice – spesso con l'intervento di altre parti, quali per esempio gli uffici di esecuzione penale esterna, che di fatto lo riempiono di contenuto - una sanzione che sia sempre più individualizzante e proporzionale (si pensi al programma di trattamento della messa alla prova, al lavoro di pubblica utilità e a tutte le differenti tipologie dello stesso, alle nuove pene sostitutive di pene detentive brevi, ma anche alle condotte ripristinatorie, a quelle riparatorie); ha preso corpo, attraverso la nuova udienza di *sentencing*, il “processo bifasico”, che già sul finire degli anni '90 del secondo scorso era stato ipotizzato in sede di commissione legislativa; si delinea, in definitiva, una nuova figura di giudice della cognizione che si occupa, sempre più direttamente, della pena, assumendo un ruolo nuovo e diverso.

In un nuovo contesto, quale quello attuale, soffermarsi sui criteri di commisurazione della pena e sugli orientamenti giurisprudenziali in tema, anche in ordine alle modalità di esplicazione del percorso argomentativo seguito nella sua irrogazione, diventa ancor più una necessità, a garanzia dell'imputato, che ne è il primo destinatario, e anche dello stesso giudice e della discrezionalità “rigorosa” e comunque vincolata che gli è riconosciuta e che va preservata.

2) La discrezionalità del giudice nel trattamento sanzionatorio.

Come più volte affermato dalla Corte costituzionale lo «strumento per una determinazione della pena quanto più possibile “finalizzata”, nella prospettiva dell'art. 27, comma terzo, Cost.» (Corte cost., sent. n. 50 del 1980) è la discrezionalità del giudice, il cui uso va svolto nell'ambito e secondo i criteri fissati dalla legge.

Se, da un lato, quindi, il legislatore non può trascurare, nella individuazione della pena, nessuna delle funzioni cui essa e, più generale, il trattamento sanzionatorio devono tendere, dall'altro, spetta al giudice valutare tutte le specifiche circostanze della fattispecie concreta, facendo buon uso (rigoroso, n.d.a.) del proprio potere discrezionale, di cui il medesimo dà conto attraverso l'indicazione dei motivi, ai sensi dell'art. 132 cod. pen. (in questo senso, Sez. 2, n. 5247 del 15/10/2020, dep. 2021, P, Rv 280639-01).

Come il legislatore commina, nella discrezionalità che gli è riconosciuta, la pena, rapportandola alle ipotesi di reato astrattamente previste, così il giudice irroga un trattamento sanzionatorio – non più, e non solo, semplicemente una

pena, ma qualcosa di molto più articolato e complesso, come si avrà modo di analizzare – adattandolo al caso specifico, e dunque adeguandolo tanto al fatto concreto, quanto alla persona, il tutto facendo applicazione rigorosa della discrezionalità in punto di commisurazione della pena, che gli è riconosciuta e che gli va garantita.

Riprendendo, sul punto, Sez. U, n. 47182 del 31/03/2022, Savini, in motivazione, «il tema della pena è il tema della coesistenza di due domini, quello del legislatore e quello del giudice, tra loro interrelati e tuttavia non confondibili. L'uno è espressione del potere di determinare il disvalore del tipo (ed eventualmente del sottotipo) astratto; l'altro del potere di determinare il disvalore del fatto concreto. Nel commisurare la pena il giudice si confronta, quindi, con due vincoli legali: quelli del primo tipo tendono a preservare le fondamentali opzioni legislative in ordine al disvalore del fatto reato astrattamente inteso; gli altri indirizzano e regolano la discrezionalità giudiziale nell'apprezzamento del disvalore del fatto reato storicamente concretizzatosi ai fini della individualizzazione della pena».

Il potere discrezionale del giudice nella determinazione della pena, come più volte affermato dalla Corte costituzionale, forma oggetto, nell'ambito del sistema penale, di un principio di livello costituzionale, non limitato solo alla fase di esecuzione della pena ma esistente già prima di essa, all'atto dell'irrogazione della sanzione (Corte cost., sent. n. 313 del 1990; n. 128 del 2008, n. 257 del 2006, n. 183 del 2011), che non può essere frutto di scelte immotivate o arbitrarie (e nemmeno “esasperatamente analitiche”, cfr. Sez. 3, n. 6877 del 26/10/2016, dep. 2017, S, Rv. 269196-01) ma deve essere espressione di quella discrezionalità “rigorosa” riconosciuta al giudice e del quale il medesimo deve dar conto, al destinatario, prima di tutto, e anche a chi effettua un controllo in sede di impugnazione, esplicando le ragioni e gli elementi che giustificano e sorreggono le scelte adottate, ai sensi dell'art. 132 cod. pen.

Gli indici di commisurazione della pena previsti dall'art. 133 cod. pen. forniscono al giudice “l'armamentario per forgiare” la condanna sulla persona dell'imputato, in considerazione della finalità rieducativa della pena e se è pur vero, come si vedrà, che la giurisprudenza della Corte è consolidata nel ritenere che sia sufficiente, ma solo quando il giudice non si discosti dai minimi edittali (ex multis Sez. 2, n. 36104 del 27/04/2017, Mastro, Rv. 271243-01) o quando irroghi, in caso di pena alternativa, quella pecuniaria (tra le varie, Sez. 3, n. 37867 del 18/06/2015, Di Santo, Rv. 264726-01), che dalla motivazione sul punto risulti la considerazione conclusiva e determinante in base a cui è stata adottata la decisione, anche con il ricorso a formule di stile (“pena congrua”, “pena adeguata”, “pena equa” e simili), è altrettanto indubbio che occorra, al di fuori di questi casi (in cui l'imputato beneficia comunque di un trattamento a lui più favorevole) che

la determinazione della pena, soprattutto quando la forbice edittale tra il minimo ed il massimo è ampia, non venga lasciata alle intuizioni personali del giudice, o addirittura al suo arbitrio, ma venga affidata ad un uso rigoroso della discrezionalità che il sistema gli riconosce e che si esprime, anche, nel rifuggire da clausole di stile e nel motivare, per converso, sulle ragioni determinanti la commisurazione della pena (in questo senso, anche Sez. 3, n. 6877 del 26/10/2016, dep. 2017, S, cit.), così da garantire all'imputato una pena effettivamente congrua, adeguata e proporzionale e assicurare la possibilità di un controllo rigoroso sulla motivazione, in sede di impugnazione.

L'ampiezza degli indici di commisurazione della pena prevista dall'art. 133 cod. pen. e le regole fissate dalle disposizioni di legge e ricavabili dalle norme, frutto dell'interpretazione giurisprudenziale di quelle stesse disposizioni, segnano il tracciato lungo il quale si muove il giudice nella commisurazione della pena e nella irrogazione del trattamento sanzionatorio, in uno sforzo, costante, di adeguamento delle norme astrattamente previste al caso specifico, che si manifesta nell'applicare un trattamento sanzionatorio personalizzato ed individualizzante e si estrinseca attraverso la motivazione delle ragioni che hanno portato alla decisione in punto di pena.

Il discorso relativo alla discrezionalità del giudice nel trattamento sanzionatorio è, infatti, strettamente correlato alla adeguatezza della pena - nel quale sono impliciti gli elementi di cui all'art. 133 cod. pen. -, alla sua ragionevolezza (citando Sez, U, Pizzone, «Di una pena non si può affermare o negare l'esattezza; ma si può riconoscere o criticare la ragionevolezza, intesa come relazione di coerenza tra la specie ([...]) e la misura della sanzione individuate e gli elementi che devono essere presi in considerazione per la determinazione della pena») e, soprattutto in epoca più recente, al principio di proporzionalità, sia in rapporto alla gravità del fatto di reato, che in rapporto alla capacità a delinquere dell'autore, con riflessi immediati sulla personalizzazione ed individualizzazione del trattamento sanzionatorio: è questo un principio al quale la Corte di cassazione si riporta, nel giudizio di controllo sulla motivazione relativa alla pena, soprattutto nelle pronunce che valutano la tenuta costituzionale delle norme che disciplinano il trattamento sanzionatorio, ma è anche il principio che, letto nell'ottica della finalità rieducativa cui ogni pena deve tendere, guida il sindacato della Corte in punto di pena.

3) Controllo della motivazione sul trattamento sanzionatorio complessivo.

Strettamente correlato alla discrezionalità del giudice nel trattamento sanzionatorio è l'obbligo di motivazione, il cui esercizio deve essere giustificato in

ogni passaggio in ragione dell'art. 132, primo comma, cod. pen., pur se resta insuperato, e continua ad essere ampiamente condiviso, anche nelle pronunce più recenti della Corte, il principio espresso da una risalente Sezioni Unite, secondo cui è da ritenersi adempiuto l'obbligo della motivazione in ordine alla misura della pena allorchè sia indicato l'elemento, tra quelli di cui all'art. 133 cod. pen., ritenuto prevalente e di dominante rilievo (Sez. U, n. 5519 del 21/04/1979, Pelosi, Rv. 142252-01) non essendo tenuto il giudice ad una analitica valutazione di tutti gli elementi, favorevoli o sfavorevoli, dedotti dalle parti in quanto, in una visione globale di ogni particolarità del caso, è sufficiente che dia l'indicazione di quelli ritenuti rilevanti e decisivi (così, in motivazione, anche Sez. 3, n. 19639 del 27/01/2012, Gallo e, recentemente, *ex plurimis* Sez. 2, n. 49728 del 09/11/2023, Gutierrez; Sez. 6, n. 29142 del 28/04/2023, Greco; Sez. 3, n. 26804 del 16/03/2023, Pitta).

Il controllo che la Corte di cassazione compie sul trattamento sanzionatorio è dunque un controllo sulla motivazione adottata dal giudice di merito nella irrogazione della sanzione: la motivazione è lo strumento, fondamentale, attraverso il quale la pena, comminata dal legislatore, viene applicata all'autore del fatto di reato e così come la motivazione "spiega" il ragionamento seguito dal giudice, dando conto degli elementi da questi valutati come determinanti nel trattamento sanzionatorio, allo stesso modo essa consente al giudice dell'impugnazione di controllare quel ragionamento, qualora e nei limiti in cui le parti lamentino eventuali vizi.

Tutto il discorso sul controllo da parte dei giudici di legittimità del trattamento sanzionatorio è, inevitabilmente, un controllo sulla motivazione nella parte in cui, soprattutto nella irrogazione della pena "classica", ossia, per intenderci, nella individuazione della misura della pena contemplata dall'art. 17 cod. pen., tocca il profilo della congruità, della adeguatezza e della proporzionalità della pena inflitta in concreto, sulla quale incidono le diminuzioni per il tentativo, gli aumenti e le diminuzioni previste per le circostanze aggravanti ed attenuanti, l'aumento per la continuazione, l'aumento per la recidiva, per dirne alcuni tra i più rilevanti.

In questi casi, quanto al controllo della motivazione, è principio assolutamente consolidato quello secondo cui è inammissibile la censura che miri ad una nuova valutazione della congruità della pena, la cui determinazione non sia frutto di arbitrio o di ragionamento illogico, e ciò in quanto la graduazione del trattamento sanzionatorio, anche in relazione agli aumenti e alle diminuzioni previsti per le circostanze aggravanti ed attenuanti e a titolo di continuazione, rientra pur sempre nel potere discrezionale del giudice di merito, che lo esercita, in aderenza ai principi enunciati negli artt. 132 e 133 cod. pen. (Sez. 3, n. 29968 del 22/02/2019, Del Papa, Rv. 276288-01; in termini conformi anche Sez. 4, n. 46412 del

05/11/2015, Scaramozzino, Rv. 265283- 01 e Sez. 5, n. 5582 del 30/09/2013, dep. 2014, Ferrario, Rv. 259142-01).

Insuperato è anche un ulteriore principio espresso in ordine al controllo esercitato ed esercitabile dalla Corte di cassazione sulla determinazione della pena, da una pronuncia relativamente non recente, che non conosce voci contrarie: il riferimento è a Sez. 6, n. 11564 del 12/03/2009, Masti, Rv. 242932-01, secondo cui la possibilità, riconosciuta alla Corte di cassazione dall'art. 620, lett. I), cod. proc. pen., di procedere direttamente alla determinazione della pena, deve ritenersi circoscritta alle ipotesi in cui alla situazione da correggere possa porsi rimedio senza accertamenti e valutazioni discrezionali su circostanze e punti controversi, suscettibili di diversi apprezzamenti di fatto, che rimangono in quanto tali operazioni incompatibili con le attribuzioni del giudice di legittimità (in termini, Sez. 4, n. 41569 del 27/10/2010, Negro, Rv. 248458-01; Sez. 6, n. 15157 del 20/03/2014, La Rosa, Rv. 259253-01; Sez. 5, n. 6782 del 06/12/2016, dep. 2017, Laconi, Rv. 269450-01; Sez. 6, n. 44874 del 11/09/2017, Dessi, Rv. 271484-01; Sez. 2, n. 4594 del 17/01/2018, Cantile, Rv. 272019-01).

E' questo un principio che non conosce voci contrarie, se non limitate, non senza contrasto, al caso specifico della sospensione condizionale della pena (cfr. Sez. 2, n. 17010 del 17/03/2022, Rosafio, Rv. 283114-01 secondo cui, ove nella sentenza di appello il giudizio prognostico di ricaduta nel reato non sia espresso in modo esplicito, ma dal percorso argomentativo emerga con chiarezza la prognosi effettuata dal giudice, la Corte di cassazione può fare ricorso ai poteri conferiti dall'art. 620, lett. I), cod. proc. pen., mentre si impone l'annullamento della sentenza con rinvio al giudice di merito quando nella motivazione non vi siano elementi utili per la concessione del beneficio in sede di legittimità).

In definitiva il giudizio sul trattamento sanzionatorio continua ad essere inteso come un giudizio sul fatto, che, il più delle volte, si sottrae al sindacato della Corte, anche se la recente valorizzazione del principio della proporzionalità e della individualizzazione della pena, letto nell'ottica finalistica della rieducazione, nel restituire una maggiore discrezionalità al giudice, permette alla Corte un sindacato in parte più esteso, perché svolto dando diretta applicazione ai nuovi canoni della pena.

E se ciò permea, in parte, i trattamenti sanzionatori "classici", deve anche registrarsi che quanto più articolato è il trattamento sanzionatorio irrogato (si pensi alla pena la cui sospensione condizionale sia stata subordinata ad un *facere*; alle condotte riparatorie, alle pene accessorie, al risarcimento del danno, al programma di trattamento nella messa alla prova, alle nuove pene sostitutive delle pene detentive brevi, alle diverse tipologie che assume il lavoro di pubblica utilità), tanto più l'obbligo della motivazione, richiede, per potersi ritenere adempiuto, che vengano chiarite le ragioni di quel trattamento sanzionatorio, per consentire, così,

un controllo alle parti interessati e in sede di impugnazione al giudice dell'impugnazione, ancorato ai parametri seguiti.

Come si avrà modo di analizzare, è proprio con riferimento alla più complesse e nuove forme di trattamento sanzionatorio - la cui comminazione è spesso delineata dal legislatore "a maglie larghe", tratteggiando gli aspetti essenziali, la struttura portante, ma lasciando che siano le parti interessate a dare contenuto a quel trattamento - che il principio della proporzionalità individualizzante della pena è, nella giurisprudenza della Corte, il principale parametro cui riferirsi, sia nella individuazione del trattamento sanzionatorio irrogabile, sia nel controllo sull'*iter* motivazionale seguito.

In conclusione, e rinviando alla trattazione che segue, si possono tuttavia già anticipare alcune riflessioni che emergono dall'analisi degli orientamenti giurisprudenziali sul tema del controllo della Corte in punto di pena.

In primo luogo, il controllo che la Corte effettua continua ad avere come "faro" l'individuazione, in particolare, della finalità rieducativa della pena, cui deve tendere il giudice nella commisurazione in concreto della pena e negli ultimi anni si assiste sempre di più alla valorizzazione, in linea con i principi espressi dalla Consulta, della funzione rieducativa, nell'ottica della quale vengono "letti" e laddove possibile "corretti", attraverso una serie di principi di diritto, le modalità di irrogazione sia dei trattamenti sanzionatori "tradizionali", sia quelli più nuovi, che sono spesso tratteggiati dal legislatore solo nelle linee essenziali e che lasciano quindi un più ampio margine di valutazione discrezionale al giudice.

In secondo luogo, persiste tuttora un ambito che finisce con il restare marginale nell'intervento della Corte, quello, come si vedrà, della pena vicina ai limiti edittali minimi, dove il mero richiamo a formule, che spesso sono di stile, viene tuttora ritenuto sufficiente a motivare il trattamento sanzionatorio, di fatto "svuotando" di effettività il controllo sulla motivazione da parte del giudice di legittimità, sol perché l'imputato ha comunque beneficiato di un trattamento di maggiore favore, che tuttavia, quale espressione di discrezionalità, presuppone comunque una adeguata motivazione.

Non può, inoltre, sottrarsi che sul controllo della Corte incidono anche fattori di natura processuale - *in primis* il principio devolutivo che permea le impugnazioni, anche quelle in sede di legittimità, con tutte le conseguenze rispetto ai motivi dedotti, deducibili e non dedotti, in uno ai limiti che incontrano le parti, specie il pubblico ministero, nella proposizione dei ricorsi - che di fatto rendono circoscritta la possibile rivisitazione del percorso commisurativo seguito dai giudici di merito, soprattutto da quello di primo grado, posto che anche la Corte di appello incontra il medesimo limite, e che, più in generale, possono finire con l'inibire il sindacato della Corte, salvi i casi di pena illegale, la cui nozione, forse anche non

a caso, è costantemente all'attenzione della Corte, anche nel suo Supremo Consesso.

Infine, pur essendo riconosciuta alla Corte la possibilità di intervenire direttamente sulla pena (attraverso l'art. 620, lett. I, cod. proc. pen.), si registrano tuttora pochi annullamenti senza rinvio in punto di pena, e quasi tutti hanno ad oggetto rideterminazioni della pena o nei limiti edittali minimi, o con riconoscimenti di benefici, e sono quindi espressione di interventi realizzati essenzialmente in *bonam partem*.

3.1) Il potere di rideterminazione della pena.

Il controllo che la Corte compie è dunque, come detto, un controllo sulla motivazione del trattamento sanzionatorio, anche se, con la riforma c.d. Orlando, e con il nuovo art. 620, lett. I), cod. proc. pen., così sostituito dall'art. 1 comma 67, legge 23 giugno 2017, n. 103, la Corte di cassazione può annullare senza rinvio la decisione impugnata se ritiene «di poter decidere, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, o di rideterminare la pena sulla base delle statuizioni del giudice di merito o di adottare i provvedimenti necessari, e in ogni altro caso in cui ritiene superfluo il rinvio».

La disposizione in esame ha segnato una svolta importante, ma ha tuttavia richiesto l'intervento delle Sezioni Unite, in ben due occasioni, nel 2017, con le Sez. U, Matrone, e nel 2022, con le Sez. U, PG c/ Galdini.

Con le Sez. U, n. 3464 del 30/11/2017, dep. 2018, Matrone, Rv. 271831-01, che erano state chiamate a chiarire se la nuova norma potesse essere interpretata nel senso di consentire la riformulazione del trattamento sanzionatorio in sede di legittimità, le Sezioni Unite hanno affermato che la Corte di cassazione pronuncia sentenza di annullamento senza rinvio se ritiene superfluo il rinvio e se, anche all'esito di valutazioni discrezionali, può decidere la causa alla stregua degli elementi di fatto già accertati o sulla base delle statuizioni adottate dal giudice di merito, non risultando necessari ulteriori accertamenti.

In tema di pene accessorie, si è poi affermato che la Corte di cassazione, ove rilevi l'illegittima omessa applicazione di pena accessoria predeterminata nella durata, pronuncia l'annullamento senza rinvio ai sensi dell'art. 620, lett. I), cod. proc. pen., mentre non può ricorrere alla rettificazione di cui all'art. 619 comma 2, cod. proc. pen. (Sez. U, n. 47502 del 29/09/2022, P.g. in proc. Galdini. Rv. 283754-02).

La norma, così come interpretata dal diritto vivente, risulta avere avuto applicazione nei casi in cui il giudice di merito abbia irrogato, nel procedimento per reato contravvenzionale definito con rito abbreviato, la riduzione di un terzo, in luogo della metà, riduzione, quest'ultima, direttamente applicata dal giudice di

legittimità (tra le varie, Sez. 1, n. 30378 del 20/06/2024, Hassan; Sez. 1, n. 26294 del 12/06/2024, Rosso); nei casi di abbreviato “secco” (Sez. 1, n. 25928 del 21/03/2024, Stricca), ovvero limitatamente al reato per il quale sia stato ritenuto che il fatto non sussista, o è comunque estinto o non procedibile, con rideterminazione della pena per il reato residuo (Sez. 1, n. 28372 del 13/03/2024, Giangrande; Sez. 1, n. 26207 del 09/04/2024, Morelli; Sez. 6, n. 44866 del 03/10/2023, Zagaria); in caso di riconoscimento del beneficio della non menzione (Sez. 1, n. 27414 del 08/05/2024, Ferlaino); nei casi di mancata applicazione della pena accessoria, o di omessa indicazione della durata della stessa (Sez. 6, n. 24393 del 30/04/2024, Lombardi; Sez. 3, n. 11997 del 24/10/23, Bosco; Sez. 5, n. 3457 del 19/10/2023, Chiacchiaretta,); in relazione alla durata del lavoro di pubblica utilità (Sez. 3, n. 874 del 14/12/2023, Grasso); in caso di contrasto tra dispositivo letto in udienza e motivazione della sentenza non contestuale (Sez. 1, n. 11921 del 11/01/2024, Serra); di aumento errato per la recidiva (Sez. 5, n. 44890 del 10/10/2023, Jovanovic); di errore di calcolo nella pena (Sez. 5, n. 18076 del 23/03/2023, Fenocchio) ma anche in casi come quello trattato da Sez. U, n. 7029 del 28/09/2023, dep. 2024, Giampà relativo alla determinazione della pena inflitta più grave da parte del giudice dell'esecuzione, in caso di riconoscimento della continuazione tra reati giudicati separatamente con rito abbreviato, fra cui sia compreso un delitto punito con la pena dell'ergastolo, per il quale il giudice della cognizione abbia applicato la pena di anni trenta di reclusione per effetto della diminuzione di un terzo ex art. 442, comma 2, terzo periodo, cod. proc. pen. (nel testo vigente sino al 19 aprile 2019).

A ben vedere, il rimedio della rideterminazione potrebbe anche avere una applicazione anche maggiore di quella che attualmente si registra (cfr, oltre a quelle indicate, anche Sez. 6, n. 12391 del 18/01/2018, Pupo, Rv. 272458-01 sull'applicazione dei limiti edittali nuovi per il reato di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990 e più in generale le varie pronunce che accolgono i motivi denunciati vizi di violazione di legge o di motivazione sulla pena, che non richiedono particolari valutazioni discrezionali), anche se, a mero titolo esemplificativo, l'attuale contrasto che tuttora si registra in tema di sospensione condizionale della pena (da un lato, le sentenze che ne escludono l'applicazione in caso di omessa pronuncia della corte di appello, fra cui ex *multiis*, Sez. 4, n. 465 del 14/10/2021, dep. 2022, Catabbo, Rv. 282562-01; dall'altro, le sentenze che l'ammettono, ove dal percorso argomentativo emerga con chiarezza la prognosi effettuata dal giudice, fra le ultime, Sez. 2, n. 17010 del 17/03/2022, Rosafio, Rv. 283114-01) sembra lasciar emergere una forma di “prudenza”, da parte della Corte, ad “entrare”, sia pur entro binari tracciati, nel trattamento sanzionatorio che, per sua natura, è questione rimessa ed affrontata dal giudice di merito.

In conclusione, l'interpretazione tratteggiata dal diritto vivente della norma di cui all'art. 620, lett. I), cod. proc. pen. e delle disposizioni di cui agli artt. 619, commi 2 e 3, cod. proc. pen. (che ammettono la possibilità per la Corte di cassazione di provvedere direttamente, senza pronunciare annullamento, se, rispettivamente, deve solo rettificare la specie o la quantità della pena per un errore di determinazione; o nei casi di legge più favorevole all'imputato, anche se sopravvenuta dopo la proposizione del ricorso, qualora non siano necessari nuovi accertamenti di fatto) condotta alla stregua della *ratio* deflattiva, in tema di impugnazioni, che ha connotato la cd. Riforma Orlando e con essa la sostituzione dell'ar. 620, lett. I, cod. proc. pen., potrebbe legittimamente portare la Corte, ove ritenga di poter decidere, a fare sempre maggiore ricorso alla rideterminazione della sanzione irrogata con la decisione impugnata, tenuto anche conto che, così facendo, si avrebbe anche un immediato effetto deflattivo sul giudizio di merito, sostanziandosi l'intervento in un annullamento senza rinvio.

3.2) L'incidenza dei limiti al potere di impugnazione del pubblico ministero.

Il controllo della Corte risente, inevitabilmente, dei limiti del principio devolutivo che connota tutto il regime delle impugnazioni e quindi anche dei limiti dei vizi deducibili (se già dedotti in sede di gravame) o rilevabili d'ufficio dal giudice di legittimità. Accanto a questi limiti – che riguardano tutto il complessivo giudizio di legittimità e non solo quello attinente al trattamento sanzionatorio – ci sono poi quelli che il sistema prevede con riferimento al potere di impugnazione del pubblico ministero, soprattutto a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. 6 febbraio 2018, numero 11, emanato in attuazione della delega conferita con l. 23 giugno 2017 numero 103 (Riforma Orlando).

Molte impugnazioni, sul trattamento sanzionatorio, vengono infatti proposte dal Procuratore generale presso la corte di appello, la cui legittimazione incontra i limiti fissati dall'art. 608, comma 1, cod. proc. pen. potendo, questi, ricorrere per cassazione sia contro ogni sentenza di condanna o di proscioglimento pronunciata in grado di appello sia contro la sentenza inappellabile (art 608, comma 1, cod. proc. pen.); e tale si intende, per il pubblico ministero, quella estranea al catalogo di cui all'art. 593, comma 1, cod. proc. pen, a norma del quale il pubblico ministero può impugnare con l'appello le sentenze di condanna solo quando «escludono la sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale o stabiliscono una pena di specie diversa da quella ordinaria» nonché «solo quando modificano il titolo del reato», in linea con quanto già previsto dall'articolo 443, comma 3, cod. proc. pen. per l'appello contro le sentenze di condanna emesse ad esito del giudizio abbreviato.

Altra limitazione al potere di appello – anche - del pubblico ministero concerne le sentenze di condanna per le quali sia stata applicata la sola pena dell'ammenda o la pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, nonché le sentenze di proscioglimento relative a reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena alternativa (art. 593, comma 3, cod. proc. pen.).

A ciò si deve aggiungere che di recente, l'ambito delle sentenze inappellabili è stato anche esteso, dalla Corte – pur registrandosi allo stato un contrasto sul punto - alle sentenze di condanna con le quali venga inflitta la pena pecuniaria sostitutiva della pena dell'arresto o la pena della ammenda in sostituzione della pena dell'arresto.

L'orientamento sviluppatosi prima della riforma Cartabia, e della modifica dell'art. 593, comma 3, cod. proc. pen., ad opera dell'art. 34, comma 1, lett. a), d.lgs. 22 ottobre 2022, n. 150, riteneva ammissibile l'appello avverso la sentenza di condanna per contravvenzione in relazione alla quale fosse stata applicata, ex art. 53 legge 24 novembre 1981, n. 689, la sola pena dell'ammenda come sanzione sostitutiva dell'arresto e ciò in ragione della revocabilità della sostituzione ex artt. 72 e 59 della l. n. 689 del 1981 (nel testo in vigore prima della entrata in vigore della c.d. Riforma Cartabia), rispetto alla quale il sacrificio del secondo grado nel merito non è costituzionalmente ammissibile. Si affermava infatti, secondo un orientamento consolidato, che l'art. 593, comma 3, cod. proc. pen., nel prevedere l'inappellabilità delle sentenze di condanna relative a contravvenzioni per le quali è stata applicata la sola ammenda, intendesse riferirsi alle contravvenzioni astrattamente punibili con la sola pena pecuniaria o con pena alternativa e non anche alle contravvenzioni astrattamente punibili con pena congiunta, quando venga poi in concreto inflitta la pena (pecuniaria) dell'ammenda, in sostituzione di quella detentiva dell'arresto (*ex plurimis*, Sez. 3, n. 14738 del 11/02/2016, Lupo, Rv. 266833-01; Sez. 4, n. 45751 del 08/11/2012, Longo, Rv. 253645-01; Sez. 1, n. 10735 del 05/03/2009, Provvidenti, Rv. 242879).

Questo orientamento è stato ripreso e ribadito anche dopo la riforma Cartabia e dopo l'interpolazione dell'art. 593, comma 3, cod. proc. pen. con l'aggiunta del riferimento alla pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità: Sez. 4, Ordinanza n. 11375 del 30/01/2024, Mamani, Rv. 286018 – 01, ha infatti affermato che permane il profilo, individuato dalla giurisprudenza di legittimità a fondamento dell'orientamento formatosi prima della riforma, per cui il sacrificio del secondo grado di giudizio non sarebbe costituzionalmente legittimo, a fronte della astratta possibilità, in caso di mancato pagamento, di conversione in una sanzione che incide sulla libertà personale.

Di contrario avviso Sez. 3, n. 20573 del 13/03/2024, Staffieri, Rv. 286360-01 che ha ritenuto inappellabile la sentenza di condanna con la quale è inflitta la

pena dell'ammenda, anche se in sostituzione, in tutto o in parte, di quella dell'arresto, per effetto del disposto dell'art. 593, comma 3, cod. proc. pen., come novellato dall'art. 34, comma 1, lett. a), d.lgs. 22 ottobre 2022, n. 150, e della contestuale introduzione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi di cui agli artt. 20-*bis* cod. pen. e 53 e ss. legge 24 novembre 1981, n. 689.

Vari gli argomenti a sostegno della soluzione ermeneutica adottata.

La Corte si richiama alla portata della riforma, che ha profondamente inciso sia sul sistema delle impugnazioni, introducendo tra l'altro l'istituto della improcedibilità, sia sul trattamento sanzionatorio, con le nuove pene (e non più "sanzioni") sostitutive delle pene (e non "sanzioni") detentive brevi. Si riportano ampi passi della relazione illustrativa del d.lgs. n. 150 del 2022 in cui si evidenzia «come il legislatore abbia inteso bilanciare l'istituto dell'improcedibilità, che introduce una sorta di «ghigliottina» temporale nel giudizio di merito, con un ampliamento dei casi di inappellabilità delle sentenze». Si rileva altresì che il disposto dell'articolo 57, terzo comma, della l. n. 689 del 1981 («la pena pecuniaria si considera sempre come tale, anche se sostitutiva della pena detentiva») valorizza una sostanziale assimilazione della pena sostitutiva pecuniaria alla pena pecuniaria *ab origine*. Si rimarca anche che il lavoro sostitutivo (così come la pena pecuniaria nel caso previsto dall'art. 71 l. n. 689 del 1981) può essere revocato ai sensi dell'articolo 66 l. cit, in caso di inosservanza delle prescrizioni e, non da ultimo, si analizza e si afferma la tenuta costituzionale della soluzione adottata.

Alla luce di tutte queste considerazioni, così sinteticamente riportate, la Corte ha ritenuto che la lettura sistematica dell'art. 593, comma 3, cod. proc. pen, come modificato consenta di affermare che il legislatore, in un'ottica di semplificazione del sistema delle impugnazioni volto a garantire maggiore selezione e celerità nella definizione dei processi, ha inteso ampliare l'area dell'inappellabilità a tutte le pene sostitutive non detentive, confinando il regime di appellabilità alle sole pene sostitutive della semilibertà sostitutiva e della detenzione domiciliare sostitutiva, che invece incidono sulla libertà personale del condannato.

Una volta tracciate le coordinate normative e giurisprudenziali per la definizione dell'ambito del potere di appello del pubblico ministero, può affermarsi che, al di fuori delle categorie di pronunzie individuate dalle disposizioni appena citate e dall'elaborazione che le ha riguardate, il pubblico ministero non può proporre appello contro le sentenze di condanna: in questi casi l'unico rimedio esperibile è il ricorso per cassazione per uno dei vizi di cui all'art. 606 cod. proc. pen.

Il potere del pubblico ministero di ricorrere per cassazione è, tuttavia, circoscritto, al di là dei confini generali di cui all'art. 606 cod. proc. pen., in due casi.

Il primo riguarda il ricorso per cassazione avverso sentenza di appello che abbia confermato la decisione di prime cure di proscioglimento, laddove l'art. 608, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. riduce i vizi deducibili a quelli di cui alle lettere a), b) e c) dell'art. 606 codice di rito.

Il secondo concerne il ricorso *per saltum* (previsto, ai sensi dell'art. 569, comma 1, cod. proc. pen., per le sentenze appellabili), nel cui ambito la parte pubblica può dedurre solo i vizi diversi da quelli di cui alle lettere d) ed e) dell'art. 606 cod. proc. pen., pena la conversione del ricorso in appello, a norma dell'art. 569, comma 3, cod. proc. pen.

Le limitazioni indicate, sia quelle che valgono per il pubblico ministero in generale, sia quelle, più specifiche, proprie del procuratore generale presso la corte di appello, incidono inevitabilmente sul sindacato e dunque sul controllo che la Corte svolge sul trattamento sanzionatorio, essendo lo stesso, per sua natura, circoscritto solo alle questioni che le vengono devolute.

4) Limiti edittali minimi e motivazione attenuata.

Il principio secondo il quale nel caso in cui venga irrogata una pena vicina al minimo edittale, il mero richiamo ai "criteri di cui all'art. 133 cod. pen." può ritenersi motivazione sufficiente per dimostrare l'adeguatezza della pena all'entità del fatto può ritenersi assolutamente consolidato: più la pena si avvicina ai minimi edittali, più l'obbligo della motivazione, in ordine alla congruità della pena inflitta, si attenua.

Ciò vale sia con riferimento alla pena e alla sua graduazione, sia in relazione agli aumenti ed alle diminuzioni previsti per le circostanze aggravanti ed attenuanti.

E' questo un principio che ha origini molto risalenti: già Sez. 2, n. 163 del 01/02/1966, Fulcone, Rv. 101843-01 aveva affermato che «la motivazione della sentenza in ordine alla determinazione della pena base, ed alle diminuzioni o agli aumenti operati per le eventuali circostanze attenuanti o aggravanti, è necessaria solo quando la pena inflitta sia di gran lunga superiore al minimo, o quanto meno superiore alla misura media edittale; fuori di questo caso, attesa l'assoluta discrezionalità attribuita in materia al giudice di merito, non è necessario che nella motivazione della sentenza siano richiamati tutti gli elementi indicati nell'art. 133 cod. pen., poichè anche l'uso di espressioni come 'pena congrua', 'congrua riduzione' e simili, è sufficiente a far ritenere che lo stesso giudice abbia valutato la fattispecie secondo i comuni criteri e non a proprio arbitrio».

Con riferimento alla determinazione della pena, si afferma che «nel caso in cui venga irrogata una pena prossima al minimo edittale, l'obbligo di motivazione del giudice si attenua, talchè è sufficiente il richiamo al criterio di adeguatezza

della pena, nel quale sono impliciti gli elementi di cui all'art. 133 cod. pen.. (*ex multis*, Sez. 2, n. 28852 del 08/05/2013, Taurasi, Rv. 256464-01).

Il principio è stato ribadito anche con riferimento alla pena fissata al di sotto della media edittale, e dunque ad una pena superiore rispetto ai minimi edittali: «[n]on è necessaria una specifica e dettagliata motivazione del giudice nel caso in cui venga irrogata una pena al di sotto della media edittale che deve essere calcolata non dimezzando il massimo edittale previsto per il reato, ma dividendo per due il numero di mesi o anni che separano il minimo dal massimo edittale ed aggiungendo il risultato così ottenuto al minimo». (Sez. 3, n. 29968 del 22/02/2019, Del Papa, Rv. 276288-01, in termini conformi anche Sez. 4, n. 46412 del 05/11/2015, Scaramozzino, Rv. 265283- 01).

Si è anche affermato, con una massima molto risalente ma non contrastata, che non è contraddittoria la sentenza che pur concedendo le circostanze attenuanti generiche, eroghi la pena in misura superiore al minimo, giacchè l'applicazione della pena nei limiti stabiliti dalla legge rientra nel potere discrezionale del giudice, il quale deve solo giustificare, secondo i criteri direttivi dell'art. 133 cod. pen., che tale potere non sia trasformato in arbitrio (Sez. 1, n. 1327 del 22/10/1969, Cosoleto, Rv. 113265-01).

Quanto agli aumenti ed alle diminuzioni previsti per le circostanze aggravanti ed attenuanti, si afferma – egualmente - che la loro graduazione rientra nella discrezionalità del giudice di merito, il quale, per assolvere al relativo obbligo di motivazione, è sufficiente che dia conto dell'impiego dei criteri di cui all'art. 133 cod. pen. con espressioni del tipo: "pena congrua", "pena equa" o "congruo aumento", come pure con il richiamo alla gravità del reato o alla capacità a delinquere, essendo, invece, necessaria una specifica e dettagliata spiegazione del ragionamento seguito soltanto quando la pena sia di gran lunga superiore alla misura media di quella edittale. (*ex multis* Sez. 2, n. 36104 del 27/04/2017, Mastro, Rv. 271243-01).

Più di recente, si è detto che «la discrezionalità del giudice nell'applicare la diminuzione derivante dalla ritenuta ricorrenza di una o più circostanze attenuanti deve trovare giustificazione nella motivazione della sentenza e il relativo onere è tanto più intenso quanto più contenuta è l'incidenza del beneficio rispetto alla pena in concreto stabilita» (Sez. 3, n. 42121 del 08/04/2019, Egbule, Rv. 277058-01).

Egual principio è stato espresso anche in relazione al reato continuato, essendosi affermato che il giudice di merito, nel calcolare l'incremento sanzionatorio in modo distinto per ciascuno dei reati satellite (così come prescritto da Sez. U, Pizzone, n.d.r.), non è tenuto a rendere una motivazione specifica e dettagliata qualora individui aumenti di esigua entità, essendo in tal caso escluso in radice ogni abuso del potere discrezionale conferito dall'art. 132 cod. pen. (Sez. 6, n. 44428 del 05/10/2022, Spampinato, Rv. 284005-01).

Come già osservato in precedenza, la pena mantenuta nei minimi edittali, la cui motivazione è spesso affidata a clausole di stile, per il solo fatto che essa è più favorevole al reo, sottraendosi di fatto al controllo da parte del giudice di legittimità, non è in linea con il generale dovere di motivazione, svincolato, come sottolinea anche la dottrina, dall'entità della pena irrogata e può, in tali situazioni, comportare il rischio di "svuotare" di effettività lo stesso sindacato sulla motivazione.

5) Pena superiore ai minimi edittali e obbligo di motivazione specifica.

Diversamente dai casi in cui venga irrogata una pena che si mantiene entro i limiti edittali minimi, quanto più il giudice intenda discostarsi dal minimo o dalla media edittale, tanto più ha il dovere di dare conto e ragione del corretto esercizio del proprio potere discrezionale, indicando specificamente, fra i criteri oggettivi e soggettivi enunciati dall'art. 133 cod. pen., quelli ritenuti rilevanti ai fini di tale giudizio (in questo senso Sez. 6, n. 35346 del 12/06/2008, Bonarrigo, Rv. 241189-01); allo stesso modo «una specifica e dettagliata motivazione in ordine alla quantità di pena irrogata è necessaria soltanto quando la pena sia di gran lunga superiore alla misura media di quella edittale» (così Sez. U, n. 12778 del 27/02/2020, S., Rv. 278869, non mass. sul punto); infine, in caso di irrogazione della pena in una misura prossima al massimo edittale, è necessaria una specifica e dettagliata motivazione in ordine alla quantità di pena irrogata, con l'indicazione dei criteri oggettivi e soggettivi di cui all'art. 133 cod. pen., valutati ed apprezzati tenendo conto della funzione rieducativa, retributiva e preventiva della pena (Sez. 3, n. 10095 del 10/01/2013, Monterosso, Rv. 255153-01; più di recente, Sez. 5, n. 35100 del 27/06/2019, Torre, Rv. 276932-01), non essendo sufficienti a tal fine le espressioni del tipo: "pena congrua", "pena equa" o "congruo aumento", come pure il richiamo alla gravità del reato o alla capacità a delinquere (Sez. 4, n. 27959 del 18/06/2013, Dell'Utri, Rv. 258356-01).

Ciò vale non solo con riferimento alla determinazione della pena ma anche in relazione alle diminuzioni o agli aumenti per le circostanze, avendo la Corte affermato che «[l]a specifica e dettagliata motivazione in ordine alla quantità di pena irrogata, specie in relazione alle diminuzioni o aumenti per circostanze, è necessaria soltanto se la pena sia di gran lunga superiore alla misura media di quella edittale, potendo altrimenti essere sufficienti a dare conto dell'impiego dei criteri di cui all'art. 133 cod. pen. le espressioni del tipo: "pena congrua", "pena equa" o "congruo aumento", come pure il richiamo alla gravità del reato o alla capacità a delinquere» (Sez. 2, n. 36245 del 26/06/2009, Denaro, Rv. 245596-01).

Allo stesso modo, per le pene accessorie, a fungere da parametro di riferimento nella indicazione dei criteri soggettivi ed oggettivi di cui all'art. 133 cod. pen. che devono sorreggere la motivazione che si discosti dai minimi edittali, è sempre la triplice funzione della pena: in questo senso Sez. 5, n. 11329 del 09/12/2019, dep. 2020, Retrosi, Rv. 278788 – 01 in una fattispecie in cui la Corte aveva annullato una sentenza di patteggiamento per bancarotta fraudolenta, nella parte in cui il giudice aveva irrogato le pene accessorie di cui all'art. 219, ultimo comma, legge fall., nel massimo edittale, motivando genericamente sulla gravità del danno e sull'entità delle condotte distrattive; in termini anche Sez. 5, n. 1947 del 03/11/2020, dep. 2021, Maddem, Rv. 280668-01, che, in tema di pene accessorie previste per i reati fallimentari, ha affermato che ove la durata sia determinata in misura superiore alla media edittale è necessaria una specifica motivazione in ordine ai criteri soggettivi ed oggettivi di cui all'art. 133 cod. pen., tenendo conto della funzione rieducativa, retributiva e preventiva della pena, ancor più ove sussista divaricazione nel trattamento sanzionatorio complessivo tra pena principale, irrogata nel minimo, e pene accessorie fissate nel massimo.

Non diversamente, anche in tema di misure di sicurezza, la Corte ha espresso lo stesso principio.

Sez. 2, n. 23797 del 17/07/2020, Rv. 279486-01, in un caso di applicazione della misura di sicurezza del ricovero in R.E.M.S. - o struttura simile - per la durata di cinque anni e dunque in misura superiore al minimo (tre anni) previsto dall'art. 219, comma secondo, cod. pen. per i casi di delitti, come nella specie, puniti con la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel minimo a dieci anni, ha affermato che il giudice è tenuto a motivare adeguatamente in ordine al corretto uso del potere esercitato quanto alla determinazione, superiore al minimo di legge, della durata della misura applicata. La pronuncia richiama, in particolare, un risalente precedente, Sez. 1, n. 1272 del 27/04/1973, dep. 1974, Specchia, Rv. 126176–01 (secondo cui al pari di quanto si verifica per le pene principali e per quelle accessorie, il giudice non ha affatto il dovere di applicare le misure di sicurezza nella misura minima, ma incontra, in relazione alle diverse ipotesi previste dalla legge, due soli condizionamenti: quello di non fissare la durata minima della misura di sicurezza in misura inferiore al limite di volta in volta stabilito dalla legge in relazione alla pena principale edittale, e quello di motivare adeguatamente in ordine al corretto uso del potere esercitato rispetto alla determinazione, superiore al minimo, della durata della misura di sicurezza) anche se, rispetto ai due condizionamenti indicati, se ne aggiunge anche un terzo, ai sensi dell'art. 1, comma 1-*quater* d.l. 31 marzo 2014, n. 52, convertito con modificazioni dalla l. 30 maggio 2014, n. 81, ossia la durata massima, che non può superare il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima.

Principio assimilabile è quello espresso in tema di determinazione del trattamento sanzionatorio in caso di pena congiunta.

Sez. 3, n. 25556 del 05/04/2019 Ud., Leone, Rv. 276010-01 ha affermato che il giudice che, fissando in prossimità del c.d. minimo edittale la pena detentiva, ritenga di irrogare invece la sanzione pecuniaria in misura apprezzabilmente superiore al cd. medio edittale, è tenuto ad esporre diffusamente le ragioni di tale seconda determinazione. In motivazione la Corte ha ritenuto che se è pur vero che in tema di applicazione della diminuzione per le attenuanti generiche, non sussiste l'obbligo del giudice di merito, nel caso di reato punito con pena detentiva congiunta a pena pecuniaria, di seguire il medesimo criterio nella determinazione della pena base detentiva e di quella pecuniaria (si richiama Sez. 4, n. 20228 del 15/03/2012, Lucky, Rv. 252682-01), «è tuttavia altrettanto indubbio che quanto più la "forbice" tra le due specie di pena tende a divaricarsi, tanto maggiore dev'essere la giustificazione che il giudice è tenuto a fornire al fine di chiarire le ragioni per le quali ha ritenuto di dover "amplificare" il trattamento sanzionatorio quanto alla pena pecuniaria, ponendo in condizione il destinatario della stessa di seguire il procedimento logico - giuridico che giustifica una più rigorosa reazione dell'ordinamento sotto il profilo sanzionatorio pecuniario, posto che è proprio in consimili ipotesi che la funzione special - preventiva dell'effetto sanzionatorio penale esplica i suoi massimi effetti, incidendo non solo sulla persona ma anche e soprattutto sul patrimonio dell'imputato».

Principio non dissimile è stato espresso in relazione alla pena alternativa.

Con riferimento ad una fattispecie in cui è stata ritenuta adeguatamente motivata la determinazione della pena dell'ammenda, in misura prossima a quella massima, attraverso il richiamo al criterio della "conformità a giustizia", si è affermato che «...il giudice non è tenuto ad esporre diffusamente le ragioni in base alle quali ha applicato la misura massima della sanzione pecuniaria, perché, avendo l'imputato beneficiato di un trattamento obiettivamente più favorevole rispetto all'altra più rigorosa indicazione della norma, è sufficiente che dalla motivazione sul punto risulti la considerazione conclusiva e determinante in base a cui è stata adottata la decisione, ben potendo esaurirsi tale motivazione nell'accenno alla equità quale criterio di sintesi adeguato e sufficiente» (Sez. 3, n. 37867 del 18/06/2015, Di Santo, Rv. 264726-01; in termini anche Sez. 1, n. 40176 del 01/10/2009, Russo, Rv. 245353-01).

Dopo le Sez. U, Pizzone, che hanno sposato la tesi per cui in tema di reato continuato, il giudice, nel determinare la pena complessiva, oltre ad individuare il reato più grave e stabilire la pena base, deve anche calcolare e motivare l'aumento di pena in modo distinto per ciascuno dei reati satellite (Sez. U, n. 47127 del 24/06/2021, Pizzone, Rv. 282269-01), il diritto vivente è ormai nel senso di richiedere, nella determinazione della pena per i reati satelliti avvinti dalla

continuazione, un grado di impegno motivazionale tale da consentire di verificare che sia stato rispettato il rapporto di proporzione tra le pene, anche in relazione agli altri illeciti accertati, che risultino rispettati i limiti previsti dall'art. 81 cod. pen. e che non si sia operato surrettiziamente un cumulo materiale di pene.

Richiamando Sez. 3, n. 24979 del 22/12/2017, dep. 2018, F., non massimata sul punto, nella parte in cui è stato affermato che «se per i reati satellite è irrogata una pena notevolmente inferiore al minimo edittale della fattispecie legale di reato, l'obbligo di motivazione si riduce, mentre, qualora la pena coincida con il minimo edittale della fattispecie legale di reato o addirittura lo superi, l'obbligo motivazionale si fa più stringente ed il giudice deve dare conto specificamente del criterio adottato, tanto più quando abbia determinato la pena base per il reato ritenuto più grave applicando il minimo edittale e/o quando abbia applicato una misura di pena in aumento sproporzionata, pur in presenza delle medesime fattispecie di reato», le Sez. U, Pizzone hanno valorizzato come, nei casi in cui la sentenza determini le pene, quella del reato più grave e quelle dei reati satellite, senza rispettare il criterio di proporzionalità reciproca, si colga una sospetta irragionevolezza, che va superata attraverso una motivazione specifica che dia conto delle ragioni in base alle quali il giudice abbia adottato differenti quantificazioni nel determinare la pena base e l'aumento di pena per la continuazione, così da fugare il dubbio della contraddittorietà del differente trattamento.

Venendo in rilievo, nella irrogazione della pena per i reati satellite, più reati e dunque una pena complessiva del reato continuato, è necessario che il giudice non faccia solo un uso corretto del potere discrezionale che gli è riconosciuto, ma che espliciti anche le ragioni sottese alla scelte operate, ragioni che, soprattutto nelle pronunce più recenti valorizzano il rapporto di proporzionalità tra l'entità della pena base e l'aumento per la continuazione, così da controllare che risultino rispettati i limiti previsti dall'art. 81 cod. pen.; che non si sia operato surrettiziamente un cumulo materiale di pene; che sia stato rispettato, ove ravvisabile, il rapporto di proporzione tra le pene, riflesso anche della relazione interna agli illeciti accertati. (Sez. 3, n. 24979 del 22/12/2017, dep. 2018, F., e Sez. U, Pizzone, che richiamano sul punto a Sez. 6, n. 8156 del 12/01/1996, Moscato, Rv. 205540-01).

6) Le circostanze attenuanti.

Il tema del riconoscimento delle circostanze attenuanti, e, in particolar modo delle circostanze attenuanti generiche, è uno degli ambiti di elezione della discrezionalità giudiziaria nella dosimetria della pena.

A monte, insuperato è il principio espresso in una risalente massima sull'uso del potere discrezionale conferito al giudice dall'articolo 132 cod. pen. in materia di determinazione della pena nei casi concreti, che, nell'affermare che non è indispensabile che la sentenza faccia menzione di tutti gli elementi specificati nell'art. 133 cod. pen. ma che è tuttavia necessario che essa faccia richiamo ai criteri direttivi indicati da tale articolo al fine di dimostrare che, nei singoli casi, quel potere non si è tramutato in arbitrio, ha precisato che [n]on può pertanto il giudice, senza venir meno all'obbligo di una corretta motivazione in ordine a tale esigenza, limitarsi ad indicare globalmente nella sentenza la pena ritenuta congrua nel caso concreto, omettendo di specificare la misura della pena base e quella delle detrazioni operate sulla medesima per il concorso di circostanze attenuanti, perchè tale omissione farebbe venir meno la possibilità di alcun controllo sull'uso fatto dal giudice del potere discrezionale» (Sez. 1, n. 443 del 10/05/1971, Oliverio, Rv. 118936 – 01, seguita da Sez. 1, n. 342 del 19/10/1977, dep. 1978, Boscaini, Rv. 137598-01, che ha precisato, in caso di più attenuanti, che non è motivo di nullità l'omessa specifica indicazione quantitativa della riduzione di pena operata per ciascuna delle attenuanti, quando l'entità della pena applicata in concreto sia adeguatamente giustificata ed il giudizio globale riguardante la riduzione per le attenuanti medesime sia frutto di un apprezzamento discrezionale della gravità del fatto e di altre circostanze rilevanti).

Principio generale è comunque quello secondo cui la discrezionalità del giudice nell'applicare la diminuzione derivante dalla ritenuta ricorrenza di una o più circostanze attenuanti deve trovare giustificazione nella motivazione della sentenza e il relativo onere è tanto più intenso quanto più contenuta è l'incidenza del beneficio rispetto alla pena in concreto stabilita (In questi termini, Sez. 3, n. 42121 del 08/04/2019, Egbule Onyeka, Rv. 277058-01).

Nel caso sottoposto al vaglio, la Corte pur avendo ritenuto immune da vizi la decisione della corte territoriale che aveva determinato la pena base detentiva nel massimo edittale previsto per il reato contestato di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990, avendo considerato, nel valutarne la congruità nell'ambito dell'ampia forcella edittale astrattamente prevista, la struttura criminosa della quale l'imputato era partecipe, la pluralità delle condotte a lui attribuite, nonché il fatto che la natura della sostanza stupefacente ceduta (cocaina) ovvero detenuta dall'imputato fosse fra quelle ritenute più dannose per la salute pubblica, ha tuttavia annullato con rinvio la sentenza di condanna che, riconosciute all'imputato le attenuanti generiche, aveva diminuito di un ottavo la pena detentiva e di un sesto quella pecuniaria, non motivando in ordine al rilevante scostamento dalla misura massima dell'entità di tale beneficio.

Si è affermato che «...sebbene sia indiscusso che rientra nelle prerogative del giudice del merito, sulla base degli elementi di giudizio offerti dall'art. 133 cod.

pen., commisurare l'entità della pena alla effettiva gravità del reato commesso, onde rendere efficace sia la funzione dissuasiva di essa che la sua finalità riabilitativa, ritiene, tuttavia, questa Corte che, anche in relazione alla incidenza che l'avvenuto riconoscimento di una o più circostanze attenuanti devono avere sulla determinazione della pena in concreto, non diversamente da quanto si verifica in sede di dosimetria della pena base, la discrezionalità del giudice del merito, per quanto ampia, deve trovare una sua giustificazione nella motivazione della sentenza emessa; ed il relativo onere sarà tanto più intenso quanto più contenuta sarà la incidenza del ritenuto beneficio in relazione alla determinazione della pena in concreto. Con ciò si vuole intendere, in altre parole, che tanto più il giudicante, nell'applicare la diminuzione di pena derivante dalla ritenuta ricorrenza di una o più circostanze attenuanti, si scosterà dalla misura massima di tale beneficio prevista dalla legge, tanto più specifica dovrà essere la motivazione con la quale egli dovrà giustificare, laddove non si voglia confondere la discrezionalità con l'arbitrio, siffatto scostamento".

Altro principio consolidato è quello che ritiene la misura della diminuzione della pena per ciascuna delle circostanze attenuanti applicate oggetto di una tipica facoltà discrezionale del giudice di merito, il quale, per adempiere al relativo obbligo di motivazione, non è tenuto ad una analitica enunciazione di tutti gli elementi presi in considerazione, ma può limitarsi alla sola enunciazione di quelli determinanti per la soluzione adottata, insindacabile in sede di legittimità qualora sia immune da vizi logici di ragionamento (Sez. 3, n. 6877 del 26/10/2016, dep. 2017, S, Rv. 269196-01; in termini conformi Sez. 5, n. 5582 del 30/09/2013, dep. 2014, Ferrario, Rv. 259142-01, Sez. 3, n. 1182 del 17/10/2007, dep. 2008, Cilia, Rv. 238851-01, Sez. 6, n. 829 del 09/12/1994, dep. 1995, Cipriani, Rv. 200641-01).

In motivazione, l'indicata decisione Sez. 3, n. 6877 del 26/10/2016, dep. 2017, S, cit. ha anche affermato, in caso di riconoscimento di più circostanze (anche aggravanti), che «l'entità della diminuzione attribuita ad una circostanza attenuante non vincola il giudice a rispettare le stesse proporzioni poiché ogni circostanza (attenuante o aggravante che sia) ha un suo titolo specifico che legittima aumenti o diminuzioni non proporzionate tra loro. Quel che conta però è che il giudice dia conto dei motivi che giustificano l'uso del potere discrezionale nell'applicazione della pena, ivi compresi le diminuzioni operate per le singole circostanze (Sez. 5, n. 7969 del 28/03/1980, Lotrecchio, Rv. 145716-01, secondo cui il giudice di merito deve indicare specificamente ogni operazione di diminuzione o di aumento di pena conseguente all'applicazione di attenuanti o di aggravanti. La relativa omissione, non consentendo il controllo sull'uso del potere discrezionale attribuito dalla legge per la determinazione della pena, si risolve in difetto di motivazione ed implica la nullità della sentenza)».

Quest'ultima pronuncia è particolarmente interessante per la decisione adottata nel caso di specie, in quanto spiega, quali siano i criteri che devono guidare il giudice qualora l'entità della sanzione in concreto irrogata consenta (o no) di concedere la sospensione condizionale della pena.

In applicazione infatti del principio espresso in Rv 269191-01 - « La misura della diminuzione della pena per ciascuna delle circostanze attenuanti applicate costituisce l'oggetto di una tipica facoltà discrezionale del giudice di merito, il quale, per adempiere al relativo obbligo di motivazione, non è tenuto ad una analitica enunciazione di tutti gli elementi presi in considerazione, ma può limitarsi alla sola enunciazione di quelli determinanti per la soluzione adottata, la quale è insindacabile in sede di legittimità qualora sia immune da vizi logici di ragionamento» - Sez. 3, n. 6877 del 26/10/2016, dep. 2017, S, cit. ha censurato la decisione del giudice di appello che, riconosciuta la sussistenza della circostanza attenuante prevista dall'art. 62, n. 6, cod. pen., esclusa in primo grado, aveva, tuttavia, applicato una riduzione di pena esigua e sproporzionata rispetto a quella determinata in prime cure con la concessione delle circostanze attenuanti generiche, giustificando tale scelta con la necessità di evitare che la pena fosse contenuta nei limiti previsti dall'art. 163 cod. pen. per la concessione della sospensione condizionale.

In motivazione si è affermato che «Non può essere ritenuto motivo valido la necessità, espressamente indicata dalla Corte di appello, di evitare che la pena sia contenuta nei limiti previsti dall'articolo 163 cod. pen. per la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena. I criteri di giudizio che presiedono alla concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena, pur attingendo ai medesimi indicatori di cui all'art. 133 cod. pen. sono del tutto eterogenei rispetto alla determinazione della pena stessa. Ai fini della sospensione condizionale della pena l'entità della condanna costituisce la obiettiva "*conditio sine qua non*" dell'esercizio della facoltà per il giudice di concedere il beneficio ma tale possibilità presuppone a sua volta un giudizio prognostico che esula dal *quantum* della sanzione e si fonda solo sulla ragionevole previsione che l'imputato si asterrà dal delinquere. Modulare la pena al solo e dichiarato fine di mantenere ferma la condizione ostativa alla concessione del beneficio (e dunque di impedire alla radice il giudizio prognostico) non è coerente con i criteri che presiedono alla quantificazione della pena stessa, ai cui fini è estranea la previsione dei comportamenti successivi alla condanna».

Che si tratti di fattori eterogenei, quelli che guidano il giudice nella commisurazione della pena, rispetto a quelli che consentono di riconoscere il beneficio della sospensione condizionale della pena o a quelli che fondano la concessione delle attenuanti (generiche) lo si ricava anche da una risalente pronuncia (Sez. 6, n. 4727 del 09/01/1979, Argentieri, Rv. 142072-01) così

massimata: «la concessione delle attenuanti generiche e della sospensione condizionale della esecuzione della pena non sono in contraddizione con l'applicazione della pena superiore al minimo edittale».

6.1) La comparazione tra opposte circostanze e il giudizio di bilanciamento.

Altro settore attraverso il quale si esprime la discrezionalità del giudice è quello del bilanciamento tra le circostanze.

Indicazioni sulla valutazione discrezionale che sorregge il giudizio di merito, e sulla sua sindacabilità o meno in sede di legittimità si traggono da Sez. U, n. 10713 del 25/02/2010, Contaldo, Rv. 245931-01, pronunciatasi in tema di giudizio di comparazione tra opposte circostanze, tema, questo, in relazione al quale già risalenti pronunce si erano espresse nel senso che «[l]e statuizioni relative al giudizio di comparazione fra circostanze eterogenee concorrenti e quelle relative alla determinazione in concreto della pena da infliggere all'imputato, sono censurabili in Cassazione solo se frutto di mero arbitrio o di ragionamento illogico» (Sez. 2, n. 12241 del 14/04/1978, Riccardi, Rv. 140139-01).

La sentenza delle Sezioni Unite, nell'analizzare i motivi del ricorso, ha affermato (par. 7.2) che le statuizioni relative al giudizio di comparazione tra opposte circostanze, implicando una valutazione discrezionale tipica del giudizio di cognizione, sfuggono al sindacato di legittimità se sorrette da sufficiente motivazione (cfr. Sez. 1, n. 5697 del 28/01/2003, Di Giulio, RV 223442-01) e sempre che non siano frutto di mero arbitrio o di ragionamento illogico (in linea con Sez. 3, n. 26908 del 22/04/2004, Ronzoni, Rv. 229298-01, ma, ancor prima con la risalente pronuncia Sez. 4, n. 9220 del 20/02/1979, Mazzei, Rv. 143340-01, secondo cui il giudizio di comparazione tra circostanze ex art 69 cod. pen. ha lo scopo di adattare la pena in misura più consona al caso concreto; la relativa statuizione, quindi, rientra nella attività discrezionale del giudice di merito e non è censurabile in Cassazione se, nella applicazione attinente al fine indicato, non si riveli frutto di mero arbitrio e di illogico ragionamento»).

In particolare, ritenere la soluzione della equivalenza come la più idonea a realizzare l'adeguatezza della pena irrogata in concreto (cfr. Cass. IV 23 maggio 2007, n. 25532, Montanino, RV 236992-01), facendo implicito riferimento ad una valutazione complessiva dell'episodio criminoso e della personalità dell'imputato, che si traduce in sostanza in un giudizio di non meritevolezza di un trattamento sanzionatorio ancor più mite, integra, secondo la Corte, una valutazione sufficiente, come tale non sindacabile in cassazione (nel caso oggetto di Sez. U, Contaldo, la Corte territoriale, una volta riconosciute le circostanze attenuanti generiche e la loro equivalenza, aveva determinato la pena detentiva nel minimo

edittoale previsto per l'ipotesi non aggravata di estorsione, operando, poi, la diminuzione, quasi nel massimo, per l'attenuante della dissociazione e la motivazione sul punto non è stata censurata tenuto anche conto che i motivi di appello non avevano dedicato argomentazioni specifiche alla richiesta di prevalenza, concentrando le doglianze sul fatto che il primo giudice non avesse compreso, negando il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, che esse avevano funzione del tutto diversa da quella riservata all'attenuante della dissociazione).

Nel campo del bilanciamento ha inciso notevolmente la Corte costituzionale, con una serie di pronunce di illegittimità costituzionale parziale aventi ad oggetto l'art. 69, ultimo comma, cod. pen., adottate nell'ottica, anche, di riequilibrare il trattamento sanzionatorio.

Senza ripercorrere l'*iter* delle pronunce della Consulta che hanno riguardato la norma indicata, può essere utile riportare quanto indicato in motivazione in Sez. 5, n. 4587 del 01/12/2023, dep. 2024, Rivera, Rv. 285939-01, che ne tratteggia il percorso, valorizzando l'evoluzione che nel tempo ha avuto la Consulta.

«Il Giudice costituzionale, fin dalle prime pronunce di accoglimento di questioni di legittimità aventi a oggetto l'art. 69, ultimo comma, cod. pen., ha svincolato il sindacato sulla disciplina del bilanciamento tra circostanze dal riferimento ad altre discipline sanzionatorie: il cd. *tertium comparationis* si è, infatti, eclissato a mano a mano che il giudizio di costituzionalità andava incentrandosi, in maniera più o meno esclusiva, sulla censura, *sic et simpliciter*, di meccanismi di commisurazione sanzionatoria implicanti aumenti della pena eccessivi (e legati, in particolare, alla pregressa vicenda criminale del reo ovvero alle caratteristiche soggettive dello stesso). [...]

È ben vero, come ricordato dal ricorrente, che deroghe al regime ordinario del bilanciamento tra circostanze, come disciplinato dall'art. 69 cod. pen., sono state ritenute costituzionalmente legittime, rientrando nell'ambito delle scelte discrezionali del legislatore, a condizione (v., ad es., Corte cost., sent. n. 143 del 2021) di non trasmodare «nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio» (Corte cost., sent. n. 205 del 2017 e n. 68 del 2012; in senso conforme, sent. n. 88 del 2019), non potendo in alcun caso giungere «a determinare un'alterazione degli equilibri costituzionalmente imposti sulla strutturazione della responsabilità penale» (sent. n. 73 del 2020 e n. 251 del 2012).

Vero è anche, come affermato dalla Consulta nella citata sentenza n. 143 del 2021, che l'art. 99, quarto comma, cod. pen., nel testo risultante dalla legge n. 251 del 2005, è stato oggetto di numerose dichiarazioni di illegittimità costituzionale, che hanno restituito al giudice la possibilità di ritenere, nell'ambito dell'obbligatorio giudizio di bilanciamento delle circostanze eterogenee, la prevalenza, rispetto all'aggravante della recidiva reiterata, di singole circostanze

attenuanti, che sono state distintamente, di volta in volta, oggetto di verifica di legittimità costituzionale.

[...] in passato, i casi oggetto di pronunce di incostituzionalità (Corte cost., sent., n. 251 del 2012, n. 105 del 2014, n. 106 del 2014 e n. 2017 del 2017) hanno avuto a oggetto circostanze attenuanti a effetto speciale (tali essendo quelle che comportano una diminuzione maggiormente significativa della pena, perché superiore ad un terzo: art. 63, terzo comma, cod. pen.), non già circostanze attenuanti generiche, come nel caso in esame.

Sebbene, in tempi più recenti, il Giudice delle leggi si sia spinto oltre, dichiarando l'illegittimità costituzionale della stessa disposizione attualmente censurata (art. 69, quarto comma, cod. pen.) anche in riferimento a circostanze attenuanti comuni, ciò è avvenuto in ragione di altri concorrenti profili di specialità. A tal proposito, la Corte costituzionale ha ricordato (nella cit. sentenza n. 143 del 2021), ad esempio, la diminuzione del vizio parziale di mente di cui all'art. 89 cod. pen., che è stata ritenuta espressiva di «una ridotta rimproverabilità, derivante dal minor grado di discernimento dell'autore della condotta (sentenza n. 73 del 2020). Sicché l'inderogabile divieto di prevalenza di tale diminuzione sulla recidiva reiterata non è stato ritenuto compatibile con l'esigenza, di rango costituzionale, di determinazione di una pena proporzionata e calibrata sull'effettiva personalità del reo».

Analoga dichiarazione di illegittimità costituzionale - ha ricordato ancora la Consulta nella cit. sentenza n. 143 del 2021 - ha avuto ad oggetto «il divieto di prevalenza della diminuzione di cui all'art. 116, secondo comma, cod. pen., che, pur essendo anch'essa un'attenuante comune e non già ad effetto speciale, assolve però, per la peculiarità della fattispecie, a una «funzione di necessario riequilibrio del trattamento sanzionatorio» nel caso in cui, nel concorso di più persone nel reato ai sensi dell'art. 116, primo comma, cod. pen., il reato commesso risulti essere più grave di quello voluto da taluno dei concorrenti (sentenza n. 55 del 2021)».

La «funzione di necessario riequilibrio del trattamento sanzionatorio» è stata ravvisata dalla Corte costituzionale nell'attenuante del «fatto di lieve entità» nel reato di sequestro di persona a scopo di estorsione; «ciò essenzialmente in ragione dell'esigenza di mitigare la risposta sanzionatoria di eccezionale asprezza (sentenza n. 68 del 2012), prevista da una legislazione emergenziale che aveva elevato notevolmente il minimo e il massimo della pena della reclusione per contrastare gravissimi fatti di criminalità organizzata, ricorrenti in passato, lasciando tuttavia inalterata la definizione della fattispecie del reato con la conseguenza di ricomprendere anche condotte assai meno gravi». Con riferimento al reato di sequestro di persona a scopo di estorsione, il Giudice delle leggi ha spiegato che «la peculiarità del rigido regime sanzionatorio edittale previsto per il

reato di sequestro di persona a scopo di estorsione - che vede una pena detentiva molto elevata, sia nel minimo (venticinque anni di reclusione), sia nel massimo (trenta anni), all'interno di una "forbice" ridotta a soli cinque anni - e la necessaria funzione di riequilibrio della diminvente» comportavano che la disciplina censurata, nel precludere al giudice, nel bilanciamento delle circostanze, la possibilità di prevalenza della diminvente del «fatto di lieve entità» sulla recidiva reiterata, finiva per disconoscere il principio della necessaria proporzione della pena rispetto all'offensività del fatto. Di talché «l'esigenza di assicurare anche per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione, attenuato dalla lieve entità del fatto, una pena adeguata e proporzionata alla differente gravità del fatto-reato diventava, in quel caso, più stringente proprio in considerazione di tale particolare cornice edittale».

Se quindi, in tema di bilanciamento tra circostanze, un ruolo di rilievo lo ha avuto la Consulta, che ha inciso su quelle norme che, limitandolo, finivano col vincolare il giudice nel trattamento sanzionatorio, è altrettanto innegabile che la Corte di cassazione lascia al giudice di merito la valutazione del bilanciamento, ritenendolo espressione di quella discrezionalità che gli va assicurata e anche garantita.

Tuttora valido è il principio espresso in una risalente pronuncia, secondo cui le statuizioni relative al giudizio di comparazione tra circostanze aggravanti e attenuanti, e dunque tra circostanze eterogenee concorrenti, sono censurabili in Cassazione soltanto nell'ipotesi in cui siano frutto di un mero arbitrio o di ragionamento illogico (Sez. 2, n. 12241 del 14/04/1978, Riccardi, Rv. 140139-01), principio, questo, richiamato in molte massime successive, in cui si è per esempio affermato che è sufficiente a giustificare la soluzione dell'equivalenza aver ritenuto detta soluzione la più idonea a realizzare l'adeguatezza della pena irrogata in concreto (Sez. 1, n. 15542 del 16/02/2001, Pelini, Rv. 219263-01; *idem* Sez. 4, n. 25532 del 23/05/2007, Montanino, Rv. 236992-01; Sez. 6, n. 6866 del 25/11/2009, dep. 2010, Alesci, Rv. 246134-01, orientamento, questo, fatto proprio dalle Sez. U, Contaldo e seguito da molte sentenze successive, *ex multis*, Sez. 2, n. 31543 del 08/06/2017, Pennelli, Rv. 270450-01).

Quanto poi alla censurabilità del vizio relativo all'omesso giudizio di comparazione tra circostanze aggravanti e attenuanti, già una risalente pronuncia ha avuto modo di affermare che esso costituisce un punto della decisione che può essere esaminato e considerato in modo autonomo in sede di gravame, solo se ad esso si riferiscono i motivi d'impugnazione; in mancanza ogni riesame, compreso quello successivo in cassazione, è precluso dal giudicato – formale, formatosi sul punto stesso, con conseguente preclusione, derivante dal giudicato, di lamentare la violazione di legge sul punto, non rientrando essa fra le nullità rilevabili d'ufficio in ogni momento (Sez. 2, n. 873 del 02/04/1971, Ferro, Rv. 119661-01). Non

diversamente, si è più di recente affermato che è inammissibile l'appello incidentale proposto avverso una sentenza di condanna in relazione al punto del giudizio di bilanciamento tra circostanze e della determinazione dell'entità della pena qualora l'appello principale abbia ad oggetto unicamente il diverso punto relativo alla mancata applicazione delle pene accessorie, in quanto l'appello incidentale è accessorio rispetto a quello principale, potendo investire soltanto punti della decisione censurati con quest'ultimo ovvero punti con i medesimi essenzialmente connessi. (Sez. 3, n. 23946 del 11/05/2021 Ud., Contessi, Rv. 281426-01).

Con riferimento, poi, al tipo di pronuncia adottabile dalla Corte di cassazione nel giudizio che abbia riguardato la comparazione tra circostanze, si è affermato che, qualora sia esclusa un'aggravante, pur ritenuta subvalente nel giudizio di comparazione con circostanze attenuanti, la sentenza impugnata deve essere annullata senza rinvio limitatamente alla circostanza esclusa e con rinvio per la rideterminazione della pena, in quanto l'eliminazione della aggravante potrebbe implicare una diversa valutazione in ordine all'entità della riduzione sanzionatoria derivante dalle circostanze attenuanti, ove non effettuata nel massimo, e incidere sulla determinazione del danno risarcibile, ove vi sia stata costituzione di parte civile (Sez. 3, n. 13274 del 05/03/2021, G, Rv. 280866-01).

6.2) Il riconoscimento (o no) delle circostanze attenuanti generiche.

Rilevante e significativa è l'incidenza delle circostanze attenuanti generiche sul trattamento sanzionatorio.

Come affermato da Sez. U, n. 20808 del 25/10/2018 (dep. 2019), Schettino, in motivazione, «..la prevalente giurisprudenza di questa Corte (consonante con parte della dottrina), ritiene che le attenuanti generiche hanno la funzione di adeguare la pena al caso concreto, permettendo la valorizzazione di connotati oggettivi o soggettivi non tipizzati ma che appaiono in grado di diminuire la meritevolezza e/o il bisogno di pena. Esse, quindi, presuppongono l'esistenza di elementi 'positivi', intendendo per tali quelli che militano per una diminuzione della pena che risulterebbe dall'applicazione dell'art. 133 cod. pen. Come è stato precisato, la ragion d'essere della previsione normativa recata dall'art. 62-*bis* cod. pen. è quella di consentire al giudice un adeguamento, in senso più favorevole all'imputato, della sanzione prevista dalla legge, in considerazione di peculiari e non codificabili connotazioni tanto del fatto quanto del soggetto che di esso si è reso responsabile. Ne deriva che la meritevolezza di detto adeguamento non può mai essere data per scontata o per presunta, sì da dar luogo all'obbligo, per il giudice, ove ritenga di escluderla, di giustificarne sotto ogni possibile profilo,

l'affermata insussistenza (cfr. Sez. 3, n. 35570 del 30/05/2017, Di Luca, Rv. 270694)».

La giurisprudenza della Corte è, dunque, consolidata nel ritenere che il riconoscimento, o no, delle circostanze attenuanti generiche è oggetto di un giudizio di fatto rimesso alla valutazione discrezionale del giudice, il quale può anche fondare la concessione o l'esclusione delle stesse rinviando alle ragioni espresse nella motivazione della decisione assunta, ed in tale caso la valutazione operata non può essere sindacata dalla Corte.

Si afferma, infatti, che la sussistenza di circostanze attenuanti rilevanti ai fini dell'art. 62-*bis* cod. pen. è oggetto di un giudizio di fatto e può essere esclusa dal giudice con motivazione fondata sulle sole ragioni preponderanti della propria decisione, non sindacabile in sede di legittimità, purchè non contraddittoria e congruamente motivata, neppure quando difetti di uno specifico apprezzamento per ciascuno dei pretesi fattori attenuanti indicati nell'interesse dell'imputato (Sez. 6, n. 42688 del 24/09/2008, Caridi, Rv. 242419-01; in termini conformi anche Sez. 6, n. 7707 del 04/12/2003 (dep. 2004), Anaclerio, Rv. 229768-01).

Questo orientamento si pone in linea con quanto a suo tempo affermato da Sez. 1, n. 9548 del 01/10/1986, dep. 1987, Esposito, Rv. 176622-01: «L'art. 62 *bis* del codice penale, che disciplina la categoria delle circostanze attenuanti generiche, non individua, ne' specifica, le situazioni in presenza delle quali esse debbono trovare applicazione, attribuendo al giudice un ampio potere discrezionale, nella determinazione e valutazione degli elementi e dei dati, che possano influire sulla decisione. È, tuttavia, evidente che il giudice può e deve fare riferimento sia ai criteri enunciati nell'art. 133 del codice penale - norma onnicomprensiva delle possibili situazioni influenti nel trattamento sanzionatorio, - sia ad elementi e situazioni di fatto particolari - diversi da quelli legislativamente indicati nell'art. 133 cod. pen. - aventi valore significante, ai fini dell'adeguamento della pena alla natura ed all'entità del fatto di reato commesso, ed alla personalità del reo. Il potere discrezionale del giudice - nonostante la sua ampiezza ed estensione - non è tuttavia illimitato e sottratto al controllo: egli ha l'obbligo di motivare la sua decisione - che non deve mai tradursi in arbitrio - indicando i parametri e i criteri utilizzati ed enunciando le ragioni che pone a fondamento del diniego o della concessione delle attenuanti generiche».

E' tuttavia altrettanto indubbio che «i poteri discrezionali di cui dispone il giudice nella determinazione della pena e nella concessione delle attenuanti generiche non sono esattamente coincidenti ne indipendenti. Pertanto, qualora il giudice di appello infligga all'imputato una pena di misura inferiore a quella inflittagli dal giudice di primo grado, ma respinga l'istanza di concessione delle attenuanti generiche, non si ha contraddittorietà della motivazione e, quindi,

nullità della sentenza (Sez. 6, n. 9366 del 27/02/1974, Lomardi, Rv. 128668 – 01).

La motivazione è congrua e non contraddittoria non solo quando il giudice ritenga la sussistenza delle attenuanti, nonostante difetti uno specifico apprezzamento per ciascuno dei fattori che incidono sulle circostanze, ma anche quando venga preso in esame uno solo di essi, e ciò sia quando quel fattore fonda la sussistenza della attenuante, sia quando ne determini l'esclusione. Egualmente consolidato è infatti l'orientamento che ritiene che nella valutazione degli elementi che concorrono a riconoscere o ad escludere le circostanze attenuanti generiche il giudice può limitarsi a prendere in esame, tra quelli indicati dall'art. 133 cod. pen., l'elemento che ritiene prevalente ed atto a determinare o meno il riconoscimento del beneficio, sicché anche uno solo di essi attinente alla personalità del colpevole o all'entità del reato ed alle modalità di esecuzione di esso può risultare all'uopo sufficiente (in questo senso, *ex multis*, Sez. 2, n. 23903 del 15/07/2020, Marigliano, Rv. 279549-02). In altri termini, il giudice non è tenuto a prendere in considerazione tutti gli elementi dedotti dalle parti o rilevabili dagli atti, potendo far riferimento a quelli che ritiene decisivi o comunque rilevanti, nel qual caso tutti gli altri si ritengono, anche implicitamente, disattesi o comunque superati da questo tipo di valutazione (Sez. 5, n. 43952 del 13/04/2017, Pettinelli, Rv 271269-01; Sez. 3, n. 1913 del 20/12/2018, dep. 2019, Rv 275509-01).

A monte, come si vede, vi è sempre e comunque un onere motivazione che grava sul giudice di merito, tenuto ad evidenziare gli elementi del caso concreto che giustificano il riconoscimento delle attenuanti e a spiegare la scelta in ordine all'eventuale giudizio di comparazione con le circostanze aggravanti (in questo senso, Sez. 2, n. 5247 del 15/10/2020, dep. 2021, P., Rv. 280639-01 e, prim'ancora, Sez. 6, n. 7946 del 10/04/1995, Faletto, Rv. 202165-01). Sotto questo profilo, si è anche affermato che la concessione delle circostanze attenuanti generiche necessita di apposita motivazione dalla quale emergano, in positivo, gli elementi che sono stati ritenuti atti a giustificare la mitigazione del trattamento sanzionatorio; in caso di esclusione si ritiene che essa sia adeguatamente motivata a condizione che però il giudice, a fronte di specifica richiesta dell'imputato volta all'ottenimento delle attenuanti in questione, indichi delle plausibili ragioni a sostegno del rigetto di detta richiesta, senza che ciò comporti tuttavia la stretta necessità della contestazione o della invalidazione degli elementi sui quali la richiesta stessa si fonda (Sez. U, n. 20808 del 25/10/2018, dep. 2019, Schettino, Rv. 275319, in motivazione; Sez. 1, n. 46568 del 18/05/2017, Lamin, Rv. 271315; Sez. 3, n. 35570 del 30/05/2017, Di Luca, Rv. 270694).

Qualora si versi in ipotesi in cui la fattispecie concreta integra un reato punito con pena edittale elevata, a fronte di episodio, che nella sua dimensione concreta,

appare non significativamente grave, le attenuanti generiche consentono al giudice, nella sua valutazione discrezionale, di tenere conto della concretezza della vicenda e di incidere con un intervento correttivo che rende, di fatto, la pena rispettosa del principio di ragionevolezza e del principio di proporzionalità; in altri termini, le attenuanti consentono “adeguare la pena al fatto”, formula, questa, che racchiude in sé questa articolata operazione di adeguamento della sanzione finale all’effettivo disvalore del fatto oggetto di giudizio (Sez. 2, n. 5247 dep. 2021, cit.).

D'altronde anche le Sez. U, Schettino hanno legittimato il ricorso alle attenuanti generiche per la mitigazione di trattamenti sanzionatori che, diversamente, risulterebbero sproporzionati.

7) La continuazione.

Il tema della continuazione, nel calcolo della pena, è uno di quegli ambiti lasciati alla discrezionalità del giudice di merito, il quale, secondo un risalente principio, non è tenuto a fornire una adeguata motivazione, laddove l'aumento sia contenuto in misura media (Sez. 2, n. 1641 del 29/10/1984, dep. 1985, Balarini, Rv. 167950-01).

E' questo un principio che si pone in linea con l'orientamento della Corte sui limiti edittali minimi e medi, ma che sembra tuttavia essere stato superato, come si vedrà, dalle recenti Sez. U, n. 47127 del 24/06/2021, Pizzone, Rv. 282269-01 che, nell'affermare la necessità che il giudice, nel determinare la pena complessiva per il reato continuato, debba non solo calcolare ma anche motivare l'aumento di pena in modo distinto per ciascuno dei reati satellite, ha fatto esplicito riferimento alla motivazione in ordine all'aumento operato, da correlare all'entità dei singoli aumenti di pena, così che possa essere, tra gli altri, verificato il rispetto del rapporto di proporzione tra le pene, anche in relazione agli ulteriori illeciti accertati.

Se, quindi, in un passato non tanto lontano, si riteneva che la continuazione fosse sindacabile in sede di legittimità solo quanto al profilo dell'unicità del disegno criminoso e dunque con riferimento alla sussistenza o meno del reato continuato, non anche in relazione all'aumento di pena operato sul reato individuato come più grave (Sez. 2, n. 4467 del 02/02/1984, Garbagnati, Rv. 164181-01), oggi il sindacato sul trattamento sanzionatorio nel reato continuato viene ammesso, fermo restando che, come di recente affermato, nel giudizio di cognizione, quanto al riconoscimento della continuazione, non vige il principio della domanda in ordine alla determinazione del trattamento sanzionatorio, sicchè il giudice ha il potere di commisurare discrezionalmente la pena irroganda e può in ragione di ciò riconoscere (ovvero escludere) d'ufficio la continuazione tra il reato rimesso alla

sua cognizione e altro per cui l'imputato ha riportato in precedenza condanna divenuta definitiva (Sez. 1, n. 17832 del 24/01/2017, Dogali, Rv. 269822-01).

Anche il tema della continuazione, comunque, risente, inevitabilmente, della discrezionalità riconosciuta al giudice di merito ed il sindacato che la Corte svolge sulla motivazione, incontra i limiti dovuti al riconoscimento di un trattamento che è comunque di favore e che, riprendendo le Sez. U, Pizzone, deve rispondere al principio di proporzionalità quale parametro, da un lato, di riferimento per il giudice nella irrogazione della pena, anche in caso di reato continuato, e, dall'altro, di controllo per la Corte di cassazione nel giudizio sulle ragioni che sottendono le scelte effettuate dal giudice di merito.

7.1) La determinazione della pena in caso di continuazione *in executivis*.

Di valutazione discrezionale, per quanto vincolata, del giudice parlano Sez. U, n. 28659 del 18/05/2017, Gargiulo, Rv 270074-01 e Rv 270073-01.

Il tema è quello della determinazione della pena in caso di continuazione riconosciuta in sede esecutiva che, così come accade anche nel processo di cognizione, deve «necessariamente passare attraverso la rigorosa, approfondita verifica della sussistenza di concreti indicatori — quali l'omogeneità delle violazioni e del bene protetto, la contiguità spazio-temporale, le singole causali, le modalità della condotta, la sistematicità e le abitudini programmate di vita - del fatto che, al momento della commissione del primo reato della serie, i successivi fossero stati realmente già programmati almeno nelle loro linee essenziali, non essendo sufficiente, a tal fine, valorizzare la presenza di taluno degli indici di cui sopra se i successivi reati risultino comunque frutto di determinazione estemporanea, di contingenze occasionali, di complicità imprevedibili, ovvero di bisogni e necessità di ordine contingente, o ancora della tendenza a porre in essere reati della stessa specie o indole in virtù di una scelta delinquenziale compatibile con plurime deliberazioni» (così in motivazione e di qui la massima Rv 270074-01).

In un inciso (par. 13) il Supremo consesso, nel raffrontare l'art. 187 disp. att. cod. proc. pen. (che sancisce che il giudice dell'esecuzione deve considerare violazione più grave quella per la quale è stata inflitta la pena più grave), alla parallela previsione dell'art. 81, primo e secondo comma, cod. pen., (a norma del quale la violazione con più azioni esecutive del medesimo disegno criminoso della stessa o di diverse violazioni di legge è punita con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave), rimarca come nel processo di cognizione l'individuazione della violazione più grave è appunto affidata alla valutazione discrezionale, per quanto vincolata, del giudice, mentre nella fase esecutiva essa, pur a fronte della cedevolezza, *pro reo*, del giudicato, non può che incontrare il limite della pena più grave già inflitta. Nell'uno come nell'altro caso, si dice, la

pena-base è sempre quella per la violazione più grave, rispettivamente da determinare o già determinata, così adattando l'istituto della continuazione alle caratteristiche proprie della esecuzione.

7.2) Gli aumenti per i reati satellite in caso di reato continuato.

Sez. U, n. 47127 del 24/06/2021, Pizzone, Rv. 282269-01 ha di recente espresso il principio così di seguito massimato: «In tema di reato continuato, il giudice, nel determinare la pena complessiva, oltre ad individuare il reato più grave e stabilire la pena base, deve anche calcolare e motivare l'aumento di pena in modo distinto per ciascuno dei reati satellite. (La Corte ha precisato che il grado di impegno motivazionale richiesto in ordine ai singoli aumenti di pena è correlato all'entità degli stessi e tale da consentire di verificare che sia stato rispettato il rapporto di proporzione tra le pene, anche in relazione agli altri illeciti accertati, che risultino rispettati i limiti previsti dall'art. 81 cod. pen. e che non si sia operato surrettiziamente un cumulo materiale di pene)».

La decisione sposa un orientamento che si muoveva lungo la scia già tracciata dalle Sezioni Unite: Sez. U, n. 25956 del 26/3/2009, Vitale, Rv. 243589-01, ai fini del calcolo dei termini di durata massima della custodia cautelare, aveva infatti già affermato la rilevanza dell'individuazione degli aumenti per i reati satellite, applicata solo per essi o alcuni di essi e la necessità, ove non fossero stati individuati, che la lacuna venisse colmata dal giudice investito della questione cautelare, che, con il limite dell'aumento complessivo di pena risultante dalla sentenza di condanna, è tenuto a determinare la frazione di pena riferibile a ciascuno dei reati in continuazione, ispirandosi a criteri che tengano conto della loro natura e oggettiva gravità, secondo l'apprezzamento fattone dal giudice di merito.

Successivamente anche Sez. U, n. 25939 del 28/02/2013, Ciabotti, Rv. 255347-01, nel puntualizzare che la violazione più grave va individuata in astratto in base alla pena edittale prevista per il reato ritenuto dal giudice in rapporto alle singole circostanze in cui la fattispecie si è manifestata e all'eventuale giudizio di comparazione fra di esse, hanno rimarcato la necessità di poter individuare la pena stabilita dal giudice in aumento per ciascun reato-satellite, da un lato, per verificare l'osservanza del limite di cui all'art. 81, terzo comma, cod. pen., dall'altro, perché per l'applicazione di determinati istituti (prescrizione, indulto, estinzione di misure cautelari personali, sostituzione delle pene detentive brevi), il cumulo giuridico deve essere "sciolto" ed i singoli reati devono essere considerati individualmente.

A questa stessa finalità, ossia quella di assicurare l'osservanza del limite di cui all'art. 81, terzo comma, cod. pen. e l'applicazione degli istituti per i quali è

necessario lo scioglimento del cumulo, si richiama anche Sez. U, n. 22471 del 26/2/2015, Sebbar, Rv. 263717-01 nel ricostruire l'evoluzione della giurisprudenza in tema di reato continuato. Riprendendo Sez. U, Ciabotti, si evidenzia come già Sez. U, n. 16208 del 27/03/2014, C., Rv. 258652-01 e Rv 258654-01 avessero chiarito che non può ritenersi violato il divieto di *reformatio in peius* di cui all'art. 597, comma 3, cod. proc. pen., quando, in sede di giudizio di impugnazione, viene diversamente configurata la struttura del reato continuato (per diversa individuazione o cambio di qualificazione giuridica del reato più grave), anche se, per taluno dei reati - unificati dall'identità del disegno criminoso - sia determinato un aumento maggiore rispetto a quello ritenuto dal primo giudice, a condizione - si intende - che la "pena finale" non ne risulti modificata *in peius*.

Che l'aumento per la continuazione vada operato non in modo onnicomprensivo, bensì specificando l'entità dei singoli aumenti per i reati satellite, è quanto afferma anche Sez. U, n. 40983 del 21/6/2018, Giglia, Rv. 273750, in tema di continuazione tra reati satellite puniti con pene eterogenee, trattandosi di una specificazione funzionale non solo quando si debbano applicare taluni istituti giuridici ad alcuni dei reati fittiziamente unificati, ma soprattutto a consentire il controllo dell'esercizio della discrezionalità del giudice nella determinazione della pena e quindi il rispetto del principio di proporzionalità di essa, dovendo i singoli aumenti corrispondere alla valutazione della gravità degli episodi in continuazione.

Più in generale, la questione sul tema della determinazione della pena per i reati satelliti, tange quella, molto delicata, relativa alla nullità della sentenza, *in parte qua*, con la quale il giudice di merito, nel pronunciare condanna per più reati, determini la pena complessiva, senza alcuna indicazione della pena stabilita per ciascun reato, di quello ritenuto più grave e dell'aumento per la continuazione (nullità affermata da Sez. U, n. 7930 del 21/05/1995, Zuoine, Rv. 201549-01 e poi in parte superata dalla giurisprudenza delle sezioni semplici successive – cfr Sez. 2, n. 4984 del 21/01/2015, Giannone, Rv. 262290-01 - perché ritenuta strettamente correlata alla fattispecie esaminata dal massimo consesso, nella quale il giudice aveva determinato la pena complessiva senza alcuna indicazione della pena stabilita per ciascun reato, di quello ritenuto più grave e dell'aumento per la continuazione), e lumeggia su un principio che connota le pronunce del Supremo consesso sul tema, ossia quello secondo cui proprio la verifica dell'osservanza del limite di cui all'art. 81, comma terzo, cod. pen. e gli effetti dello scioglimento del cumulo giuridico dovuti all'applicazione degli istituti della prescrizione, della sostituzione delle pene detentive brevi, della estinzione delle misure cautelare personali, per citarne alcuni, rendono necessario che sia individuabile la pena stabilita dal giudice, in aumento, per ciascun reato-satellite, anche tenendo presente – in questo senso le Sez. U, Sebbar - che la realtà

normativa costituita dall'istituto della continuazione è di carattere duttile, che può prestarsi, a seconda delle esigenze, a una lettura unitaria, ovvero ad una analisi frammentata, a seconda delle prospettive che si intendono perseguire (in altri termini, in vista del perseguimento dell'obiettivo del *favor rei*, coesistono nella figura del reato continuato profili giuridici, tanto di unitarietà, quanto di pluralità).

Sez. U, Pizzone, hanno ritenuto che, diversamente da quanto era stato sostenuto in alcune pronunce che militavano per la tesi dell'aumento unitario, il dato normativo imponga al giudice di individuare in modo distinto e specifico le pene che ritiene congrue per ciascuno dei reati avvinti dal nesso di continuazione.

Si rimarca che a norma dell'art. 533, comma 2, cod. proc. pen. il giudice stabilisce la pena che infliggerebbe per ciascun reato; quindi, determina la pena complessiva secondo le regole descritte all'art. 81 cod. pen., non diversamente da quanto previsto, nel codice Rocco, dall'allora art. 483, comma secondo, del vecchio cod. proc. pen., tanto che Sez. U, n. 1 del 23/01/1971, Urbinati, Rv. 118011 e Sez. U, n. 6300 del 26/05/1984, Falato, Rv. 165179 ritennero la nullità della sentenza che, nel pronunciare condanna per più reati, aveva inflitto una pena unica, senza stabilire, in violazione dell'art. 483 cod. proc. pen., la pena per ciascuno dei reati stessi (in questo senso, Sez. U, Urbinati), posto che la norma menzionata imponeva al giudice di merito di stabilire, per ogni condanna pronunciata per più reati, ed anche nelle ipotesi di concorso formale o in continuazione, specie se eterogeneo, la pena che sarebbe stata applicabile per ciascuna delle violazioni, al fine di procedere alla comparazione in concreto tra i risultati del cumulo giuridico e di quello materiale (in questo senso, Sez. U, Falato).

Questi principi, una volta introdotto il nuovo art. 533, comma 2, cod. proc. pen. sono stati ribaditi da Sez. U, n. 7930 del 21/04/1995, Zouine, Rv. 201549, ossia dalla decisione che aveva dichiarato la nullità "*in parte qua*" della sentenza, per l'impossibilità di operare il controllo sul buon uso fatto dal giudice del suo potere discrezionale, in un caso, specifico, in cui il giudice aveva determinato la pena complessiva senza alcuna indicazione della pena stabilita per ciascun reato, di quello ritenuto più grave e dell'aumento per la continuazione.

Partendo da queste premesse e ponendosi in linea con Sez. U, Zouine; Sez. U, Vitale; Sez. U, Ciabotti; Sez. U, Sebbar e Sez. U, Giglia, anche Sez. U, Pizzone hanno ritenuto che le previsioni normative (l'art. 533, comma 2, cod. proc. pen.; il rispetto del limite posto dall'art. 81, comma terzo, cod. pen.; l'applicazione di alcuni istituti in caso di scioglimento del cumulo) depongano per l'obbligo del giudice di dare specifica indicazione delle pene che vanno a costituire quella unitaria del reato continuato.

Si afferma, a tal proposito, che «...proprio la necessità di consentire il controllo dell'esercizio di quella discrezionalità che gli artt. 132, primo comma e 133 cod. pen. attribuiscono al giudice nella determinazione della pena implica la distinta

indicazione delle pene che concorrono alla individuazione della pena complessiva, secondo le modalità definite da ultimo dalla sentenza Giglia. Non vi è solo una utilità riflessa alla base della determinazione bifasica delle singole pene; si coglie in essa la diretta correlazione con il controllo della legalità, della congruità e quindi della efficacia rieducativa della pena».

Al principio di diritto affermato, le Sez. U, Pizzone arrivano dopo aver anche (e separatamente) analizzato gli opposti orientamenti in tema di obbligo di motivazione della pena del reato continuato, se essa possa limitarsi alla esposizione delle ragioni a base della misura della pena inflitta per il reato più grave; o, all'inverso, se anche i singoli aumenti debbano essere specificamente motivati.

Citando Sez. 6, n. 7777 del 29/01/2013, Bardeggia, Rv. 255052-01, si rimarca che «costituisce un preciso onere del giudicante dare conto delle ragioni delle sue decisioni su ogni aspetto dell'esercizio del suo potere discrezionale» e che «...solo garantendo la conoscibilità dei criteri utilizzati e dell'iter seguito dal giudice per determinare gli aumenti per ciascun reato-satellite è, difatti, possibile rendere effettivi la successiva verifica in merito alla congruità della commisurazione della pena da parte del giudice del gravame nonché l'eventuale controllo di legittimità circa la non arbitrarietà o manifesta irragionevolezza della pena inflitta» (in questo senso, Sez. 6, Coccomazzi).

Il discorso investe appieno il potere discrezione del giudice e la necessità che questi dia conto, con la motivazione, dell'esercizio della discrezionalità nella dosimetria della pena, secondo i parametri fissati dagli artt. 132 e 133 cod. pen., così da permetterne il controllo nelle sedi di gravame.

Affermano le Sez. U, Pizzone che «[l']autonomia dei reati satellite si salda all'obbligo di motivazione, che accede all'esercizio del potere discrezionale attribuito al giudice per la determinazione del trattamento sanzionatorio, sì che deve essere giustificato ogni risultato di quell'esercizio (art. 132, primo comma, cod. pen.). Allo stesso tempo, essa viene a specificare ulteriormente l'oggetto dell'obbligo di motivazione, in ragione dello stretto intreccio che stringe insieme la duplice operazione giudiziale e la discrezionalità che ad essa è sottesa, perché sia nello stabilire la pena che sarebbe da infliggere secondo le norme che precedono l'art. 81 cod. pen. che nel determinarla in forza di quest'ultima disposizione, il giudice esercita un potere discrezionale che deve essere giustificato nei suoi fondamenti razionali per la correlazione che deve esistere tra la pena e quella funzione rieducativa che alla stessa è assegnata dall'art. 27 Cost. Finalità rieducativa che può essere perseguita solo a condizione che la pena abbia una sua intrinseca razionalità e proporzionalità; carattere questo che consente di assicurarle anche il carattere non discriminatorio e quindi la coerenza al principio di uguaglianza».

Richiamando e riportando Corte cost., sent. n. 50 del 1980 si afferma che «in un ordinamento che assegna alla pena una fondamentale funzione rieducativa (cfr. da ultimo, Corte cost. n. 55 del 2021) la ragionevolezza del concreto trattamento sanzionatorio non può che essere data dalla sua proporzionalità rispetto alla meritevolezza e al bisogno di pena del reo» e ciò in quanto, se pur non espressamente prevista dalla nostra carta costituzionale, «la proporzionalità del trattamento sanzionatorio è requisito indefettibile per poterlo giudicare conforme a Costituzione».

Si torna dunque al principio di proporzionalità quale parametro, da un lato, di riferimento per il giudice nella irrogazione della pena, anche in caso di reato continuato, e, dall'altro, di controllo per la Corte di cassazione nel giudizio sulle ragioni che sottendono le scelte effettuate dal giudice di merito: è l'attitudine di una tendenziale proporzione tra le componenti della pena complessiva del reato continuato a dare dimostrazione di un corretto uso del potere discrezionale riconosciuto al giudice, per cui, se da un lato deve esserci un rapporto di proporzionalità tra l'entità della pena base e l'aumento dovuto alla continuazione, dall'altro è richiesto un più accentuato obbligo motivazionale ove il giudice abbia applicato una misura di pena in aumento sproporzionata, pur in presenza delle medesime fattispecie di reato.

E' dunque necessario che il giudice indichi il "quantum" dei singoli aumenti inflitti a titolo di continuazione in relazione a ciascun reato satellite e – in questo un elemento assolutamente significativo - che motivi su di esso, per non indiziare di sproporzione le pene inflitte, assicurando attraverso la motivazione «...che risultino rispettati i limiti previsti dall'art. 81 cod. pen.; che non si sia operato surrettiziamente un cumulo materiale di pene; che sia stato rispettato, ove ravvisabile, il rapporto di proporzione tra le pene, riflesso anche della relazione interna agli illeciti accertati» (in motivazione, Sez. U, Pizzone).

CAP. II – RISPETTO DEI PRINCIPI DEL DIRITTO PENALE IN TEMA DI TRATTAMENTO SANZIONATORIO

1) Le finalità della pena.

Il discorso sul rispetto dei principi del diritto penale in tema di trattamento sanzionatorio e sul controllo che la Corte esercita in questo ambito deve necessariamente partire dalle finalità cui deve tendere la pena.

Se infatti, in un non recente passato si affermava, nella giurisprudenza costituzionale, che «tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena - da un lato, quella di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività, e, dall'altro, quelle di prevenzione speciale e di

rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo - non può stabilirsi a priori una gerarchia statica e assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione. Il legislatore può cioè - nei limiti della ragionevolezza- far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata» (Corte cost. n. 183 del 2011), ha iniziato a prendere sempre più piede, nelle pronunce della Consulta (cfr, Corte cost., sent. n. 149 del 2018), «il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena (sentenze n. 78 del 2007, n. 257 del 2006, n. 68 del 1995, n. 306 del 1993 e n. 313 del 1990)».

Si leggeva già in Corte cost, n. 313 del 1990 «la necessità costituzionale che la pena debba “tendere” a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa fino a quando in concreto si estingue. Ciò che il verbo “tendere” vuole significare è soltanto la presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione...

«Se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniquale volta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (né in fase normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto [...] il precetto di cui al terzo comma dell'art.27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie».

Un percorso, dunque, quello che ha portato a ritenere non sacrificabile la funzione rieducativa della pena, iniziato già a metà degli anni '70 (Corte cost., n. 204 del 1974 che indica il recupero sociale del condannato come “fine ultimo e risolutivo della pena”, individuando il “diritto alla rieducazione”), proseguito nel decennio successivo (Corte cost. n. 313 del 1990) e culminato con le pronunce n. 257 del 2006 e la n. 78 del 2007, che, ragionando in termini di finalità rieducativa della pena, ed anzi, valorizzandone la portata, hanno ritenuto essenziale, a questo fine, la proporzionalità e l'individualizzazione del trattamento sanzionatorio (in linea con un percorso, che ha preso le mosse dalle sentenze Corte cost., n. 50 del 1980; n. 306 del 1993; n. 357 del 1994, n. 68 del 1995, n. 504 del 1995, n. 445 del 1997).

Al principio della rieducazione, come finalità essenziale, se non prioritaria, della pena, si è richiamata, più volte, la Corte di cassazione, soprattutto nelle decisioni delle Sezioni Unite che hanno riguardato, anche indirettamente, il trattamento sanzionatorio.

In questo senso, per citarne alcune e senza pretese di esaustività, Sez. U, n. 877 del 14/07/2022, dep. 2023, Sacchettino («La stessa finalità rieducativa della pena non è limitata alla sola fase dell'esecuzione, ma costituisce «una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue», implicando, inoltre, la presenza costante del "principio di proporzione" tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, ed offesa, dall'altra (Corte cost., sent. n. 313 del 1990 e n. 105 del 2014)»); Sez. U, n. 14840 del 27/10/2022, dep. 2023, La Sportiva, in motivazione, in ordine alla natura del programma di trattamento della messa alla prova; Sez. U. n. 38809 del 31/03/2022, Miraglia, in tema di pena illegale; Sez. U, n. 37503 del 23/06/2022, Liguori, in tema di sospensione condizionale della pena; Sez. U, n. 3423 del 29/10/2020, Gialluisi («Nel quadro delle plurime finalizzazioni costituzionalmente rilevanti riconosciute alla pena, la più recente giurisprudenza costituzionale ha rimarcato la centralità, nella definizione del volto costituzionale del sistema penale, della funzione rieducativa, richiamando il principio della non sacrificabilità di tale funzione sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena (Corte cost., sent. n. 149 del 2018)») ma prim'ancora Sez. U, n. 46653 del 26/06/2015, Della Fazia.

E', dunque, la finalità rieducativa lo scopo essenziale ed imprescindibile della pena e, come si vedrà, è in riferimento ad essa che la Corte, nel sindacato sul trattamento sanzionatorio, richiama e applica i principi del diritto penale.

2) Principio di legalità.

Principio fondamentale, alla base di ogni trattamento sanzionatorio, è il principio di legalità, desunto dall'art. 1 cod. pen. («Nessuno può esser punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite») e prim'ancora dall'art. 25, comma secondo, Cost. («Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso»), dall'art. 7 CEDU («Non può essere inflitta una pena maggiore di quella che sarebbe stata applicata al momento in cui il reato è stato commesso») e dall'art. 49, par. 1 («Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima»), par 2 («Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva

un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni.”) CDFUE. Anche l'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966 e reso esecutivo in Italia con legge 25 ottobre 1977, n. 881, oltre a prevedere espressamente il canone del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, impone anche l'obbligatoria applicazione al colpevole della pena sopravvenuta più favorevole.

Il principio di legalità della pena, che evidenzia la stretta correlazione tra la legge e la sanzione penale (*nullum crimen sine lege e nulla poena sine lege*), in ragione della quale soltanto il legislatore può comminare sanzioni penali, correlate a fatti di reato, è costantemente richiamato dalla Corte di cassazione, in quel “dialogo a distanza” con la Corte costituzionale, che, nelle numerose decisioni, ha delineato il volto costituzionale della pena.

Significativo è quanto afferma, in motivazione, Sez. U, Savini, che val la pena riportare per esteso, analizzando il Supremo consesso il principio di legalità proprio in rapporto agli altri principi che connotano la pena: «Secondo l'insegnamento del Giudice delle leggi, nell'ordinamento costituzionale il principio di legalità della pena implica, in primo luogo, la riserva a favore della legge statutale: «esso esige che sia soltanto la legge (o un atto equiparato) dello Stato a stabilire con quale misura debba esser repressa la trasgressione dei precetti che vuole sanzionati penalmente. La dignità e la libertà personali sono, nell'ordinamento costituzionale democratico e unitario che regge il Paese, beni troppo preziosi perché, in mancanza di un inequivoco disposto costituzionale in tali sensi, si possa ammettere che un'autorità amministrativa, e comunque un'autorità non statale, disponga di un qualche potere di scelta in ordine ad essi» (n. 62 del 1966; in tal senso anche n. 282 del 1990).

Ma la legalità della pena non è solo un argine frapposto alla moltiplicazione delle fonti di criminalizzazione; è anche garanzia contro l'arbitrio del giudice che, creando la pena, si arroga prerogative che spettano solo a chi è chiamato ad assumersi le responsabilità politiche della penalizzazione. «Solo il legislatore, dunque, può, nel rispetto dei principi della Costituzione, individuare i beni da tutelare mediante la sanzione penale, e le condotte, lesive di tali beni, da assoggettare a pena, nonché stabilire qualità e quantità delle relative pene edittali» (sentenza n. 447 del 1998).

Il monopolio a favore del legislatore è, però, accompagnato da vincoli; come la norma incriminatrice deve soddisfare il principio di determinatezza, anche per le pene egli è tenuto a stabilire il tipo, il contenuto e la misura della pena e a farlo in modo non arbitrario.

Determinatezza non significa, tuttavia, opzione a favore delle pene fisse: invero, «il principio di legalità della pena non può prescindere dalla individualizzazione di questa» (Corte cost., sent. n. 131 del 1970). Ed invero, la

pena 'costituzionale' non è solo rispettosa del principio di legalità, ma anche del principio di personalità della responsabilità penale e della funzione rieducativa. Corte cost., sent. n. 149 del 2018 rammenta «il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena».

La Corte costituzionale ha progressivamente accentuato il giudizio di tendenziale incoerenza delle pene fisse al dettato costituzionale, proprio in ragione della necessità dell'individualizzazione della pena».

Sempre richiamando e citando Sez. U, Savini, «La pena costituzionale è quindi la pena determinata dal legislatore secondo le direttrici evidenziate dal Giudice delle leggi ed individualizzata dal giudice. I due poteri concorrono verso il traguardo di una sanzione che rappresenti la sintesi dei valori costituzionali cui deve ispirarsi il diritto penale».

La premessa è, dunque, che il principio di legalità della pena è strettamente correlato al principio di proporzionalità ed individualizzazione della pena e che esso è violato ogni qual volta venga applicata una pena non prevista o diversa da quella prevista dalla legge per un determinato reato (Sez. U, n. 5690 del 07/02/1981, Viola, Rv. 149263-01), posto che «la legalità della pena è un valore garantito, oltre che dall'art. 1 cod. pen., dall'art. 25, comma secondo, e dall'art. 27, comma terzo, della Costituzione: la pena può essere irrogata solo in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso e deve tendere alla rieducazione del reo, non potendo consistere in trattamenti contrari al senso di umanità. La corretta individuazione della misura della pena irrogabile incide sulla corretta operatività dei principi di uguaglianza (art. 3 Cost.) e di proporzionalità della pena (art. 27, comma terzo, Cost.), tale dovendo ritenersi soltanto quella in concreto idonea a tendere alla rieducazione del condannato; per altro verso, la predeterminazione di una cornice edittale inviolabile per il giudice costituisce il punto di equilibrio fra legalità ed individualizzazione della pena» (così, in motivazione, Sez. U, Sacchetti).

La pena illegale contraddice le funzioni assegnate alla sanzione dalla Carta costituzionale, *in primis* la funzione rieducativa della pena che ha ricadute immediate in tema di legalità della pena, posto che sussiste la necessità costituzionale che la pena debba tendere alla rieducazione del condannato: ne deriva che non può soddisfare tale esigenza una pena *extra o contra legem*, che cioè non trovi riscontro nelle statuizioni del legislatore, in quanto essa «è di per sé idonea a conseguire la finalità rieducativa, che il potere legislativo ha ritenuto perseguibile attraverso l'esercizio del potere discrezionale giudiziale contenuto entro i limiti definiti» (in questo senso, Sez. U, Savini).

Per chiudere il sintetico discorso fin qui riportato e prima di affrontare la questione della pena illegale, va detto che il principio di legalità della pena si

applica anche con riferimento alle pene accessorie (Sez. U. n. 6240 del 27/11/2014, dep. 2015, B., in motivazione).

A seguito di Corte cost. n. 222 del 2018 – che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 216, u. c. l. fall. nella parte in cui dispone: «la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa per la durata di dieci anni l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa», anziché: «la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni» - si è infatti affermato che «la "sostituzione" della cornice edittale, operata dalla sentenza n. 222 del 2018, determina l'illegalità delle pene accessorie irrogate in base al criterio dichiarato illegittimo, indipendentemente dal fatto che quelle concretamente applicate rientrino comunque nel "nuovo" parametro, posto che il procedimento di commisurazione si è basato su una norma dichiarata incostituzionale. Detto principio, elaborato in relazione alle pene principali (Sez. U, n. 33040 del 26/02/2015, Jazouli; Sez. U, n. 37107 del 26/02/2015, Marcon), vale certamente anche per quelle accessorie «non essendo consentita dall'ordinamento l'esecuzione di una pena (sia essa principale o accessoria) non conforme, in tutto o in parte, ai parametri legali» (Sez. 5, n. 5882 del 29/01/2019, Baù, in motivazione).

2.1) La pena illegale.

Il tema della pena illegale e le differenze tra pena illegale («nozione, questa, che, riprendo Sez. U, 19 luglio 2018, Pittalà, in motivazione «è stata valorizzata dalla giurisprudenza di legittimità nella prospettiva di riconoscere alla Corte di cassazione un potere decisorio, *in bonam partem*, oltre il *devolutum*»; che «è stata al centro di varie pronunce delle Sezioni Unite, sovente collegate a declaratorie di illegittimità costituzionale di norme sostanziali e orientate a valorizzare il ruolo del giudice dell'esecuzione nel "ripristino" della pena costituzionalmente corretta», fino alle pronunce che ne hanno delimitato il perimetro pronunciandosi con riferimento alla sentenza di applicazione della pena) e pena illegittima (perché determinata in violazione di legge e che impone alla parte di ricorrere agli strumenti impugnatori riconosciuti dall'ordinamento) ha costantemente impegnato la Corte di cassazione nel suo più ampio consesso.

Il tema tocca quello della ricorribilità della sentenza di patteggiamento, posto che l'art. 448, comma 2-*bis*, cod. proc. pen. stabilisce che «Il pubblico ministero e l'imputato possono proporre ricorso per cassazione contro la sentenza solo per motivi attinenti all'espressione della volontà dell'imputato, al difetto di

correlazione tra la richiesta e la sentenza, all'erronea qualificazione giuridica del fatto e all'illegalità della pena o della misura di sicurezza», disposizione che viene interpretata nel senso che, laddove la pena oggetto di accordo risulti illegale, è possibile proporre ricorso per cassazione, mentre se essa è illegittima, il ricorso sarà inammissibile, fermo restando, in applicazione dei principi espressi da Sez U, Savin, che avverso la sentenza che applichi una pena che non sia stata oggetto di accordo, è sempre proponibile ricorso per cassazione, deducendo i vizi di cui all'art. 606 cod. proc. pen..

Ebbene, nei casi di sentenza di patteggiamento, le Sezioni unite si sono pronunciate più volte, sia direttamente (da ultimo, Sez. U, n. 5352 del 28/09/2023, dep. 2024, P., Rv. 285851-01; Sez. U, n. 877 del 14/07/2022, dep. 2023, Sacchettino, Rv. 283886-01; Sez. U, n. 21368 del 26/09/2019, dep. 2020, Savin, Rv. 279348-03, 279348-05; Sez. U, n. 33040 del 26/02/2015 Cc., Jazouli, Rv. 264206-01, 264207-01; Sez. U, n. 37107 del 26/02/2015, Marcon, Rv. 264857-01 e 264859-01; Sez. U., n. 35738 del 27/05/2010, Calibè, Rv. 247841-01) sia indirettamente, in alcuni passaggi motivazionali (Sez. U, n. 38809 del 31/03/2022, Miraglia, Rv 283689-01; Sez. U, n. 47182 del 31/03/2022, Savini, Rv. 283818-01).

In quelle decisioni, come in tutte le varie pronunce delle Sezioni Unite che hanno riguardato in generale l'illegalità della pena (oltre a quelle indicate, il tema è stato trattato da Sez. U, n. 7578 del 17/12/2020, dep. 2021, Acquistapace, Rv. 280539-01; Sez. U, 19 luglio 2018, Pittalà Sez. U, n. 47766 del 26/06/2015, Butera, Rv. 265109-01; Sez. U, n. 46653 del 26/06/2015, Della Fazio, Rv. 265111 Sez. U, n. 18821 del 24/10/2013 - dep. 2014, Ercolano, Rv. 258651; Sez. U, n. 42858 del 29/05/2014, Gatto, Rv. 260696; Sez. U., n. 5466 del 28/01/2004, Gallo, Rv 226715-01), la questione di fondo attiene appunto alla definizione di "pena illegale", nozione, questa, che ancora appare difficilmente enucleabile, proprio per le molteplici fattispecie che possono venire in rilievo.

La premessa è che «il principio di legalità della pena informa di sé tutto il sistema penale, vale sia per le pene detentive che per le pene pecuniarie, e comporta che pena legale sia soltanto quella prevista dall'ordinamento giuridico e non eccedente, per genere, specie o quantità, il limite legale; esso opera sia in fase di cognizione che di esecuzione, e vieta l'esecuzione di una pena (anche se inflitta con sentenza non più soggetta ad impugnazione ordinaria) che non trovi fondamento in una norma di legge, perché avulsa da una pretesa punitiva dello Stato»: così si è espressa Sez. U, Sacchettino, chiamata a dirimere la questione del se configurasse "pena illegale" ai fini del sindacato di legittimità sul patteggiamento, quella fissata sulla base di un'erronea applicazione del giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee, in violazione del criterio unitario previsto dall'art. 69, comma terzo, cod. pen.

In altri termini, secondo il diritto vivente, "pena legale" è soltanto quella "positiva", ovvero prevista dall'ordinamento giuridico, e quindi quella non eccedente, per specie e quantità, i limiti previsti dalla legge; per converso, è pena illegale "*ab origine*" quella che non corrisponde, per specie, ovvero per quantità, sia in difetto sia in eccesso, a quella astrattamente prevista per la fattispecie incriminatrice (Sez. U, n. 5352 del 28/09/2023, dep. 2024, P., Rv. 285851-01, che richiama Sez. U, Marcon e Sez. U, Jazouli) ed è pena illegale "sopravvenuta", quella che sia stata determinata dal giudice attraverso un procedimento di commisurazione basato su una norma successivamente dichiarata illegittima, con conseguente reviviscenza, o comunque con conseguente applicabilità, di una cornice edittale il favorevole (Sez. U, n. 5352 del 28/09/2023, dep. 2024, P., Rv. 285851-01 che richiama Sez. U, Jazouli).

Oggi, alla luce delle più recenti sentenze in tema, può affermarsi che nell'ambito della categoria dell'illegalità della pena, non rientra la sanzione che risulti conclusivamente legittima, pur essendo stata determinata seguendo un percorso argomentativo viziato (cfr. Sez. U, Savin, e Sez. U, n. 40986 del 19/7/2018, P.; Sez. U, Sacchettino), posto che «gli errori nell'applicazione delle diverse discipline che entrano in gioco nella commisurazione della pena danno luogo ad una pena illegale solo se la risultante (ovvero la pena indicata in dispositivo) è per genere, specie o per valore minimo o massimo diversa da quella che il legislatore ha previsto per il tipo (o sottotipo) astratto al quale viene ricondotto il fatto storico reato. Fuori da tale caso, la pena è illegittima, ove commisurata sulla base della errata applicazione della legge o non giustificata secondo il modello argomentativo normativamente previsto» (Sez. U, Savini).

In continuità, Sez. U, Sacchettino, richiamando a loro volta Sez. U, Miraglia, hanno quindi affermato che la nozione di pena illegale non può estendersi «sino al punto da includere profili incidenti sul regime applicativo della sanzione, a meno che ciò non comporti la determinazione di una pena estranea all'ordinamento per specie, genere o quantità. In altri termini, la pena è illegale (...) non quando consegua ad una mera erronea applicazione dei criteri di determinazione del trattamento sanzionatorio, alla quale l'ordinamento reagisce approntando i rimedi processuali delle impugnazioni, ma solo quando non sia prevista dall'ordinamento giuridico ovvero sia superiore ai limiti previsti dalla legge o sia più grave per genere e specie di quella individuata dal legislatore»: la pena non prevista, nel genere, nella specie o nella quantità, dall'ordinamento, «è una pena che attesta un abuso del potere discrezionale attribuito al giudice, con usurpazione dei poteri esclusivi del legislatore».

Allo stesso modo, la violazione delle regole che disciplinano l'uso del potere commisurativo - che resti tuttavia rispettoso della determinazione legale - pone invece una questione di legittimità della pena (in questo senso, Sez. U, Savini).

Così delineato l'ambito della pena illegale, laddove la fattispecie vi rientri, il sindacato della Corte e, prim'ancora, il ricorso per cassazione, non incontra quei limiti che invece trova quando la deduzione investa la pena illegittima, rispetto alla quale il sindacato della Corte, segue le regole generali (e nei casi di patteggiamento, come detto, se quella questione è stata oggetto dell'accordo, il ricorso in cassazione è inammissibile).

3) Principio di proporzionalità in rapporto al fatto.

Come affermato da Sez. U, Pizzone nella determinazione della pena il giudice esercita un potere discrezionale che deve essere giustificato nei suoi fondamenti razionali per la correlazione che deve esistere tra la pena e la funzione rieducativa che alla stessa è assegnata dall'art. 27 Cost e ciò in quanto «la finalità rieducativa può essere perseguita solo a condizione che la pena abbia una sua intrinseca razionalità e proporzionalità; carattere questo che consente di assicurarle anche il carattere non discriminatorio e quindi la coerenza al principio di uguaglianza».

La proporzionalità della pena è, dunque, un requisito indefettibile per poter giudicare conforme a Costituzione il trattamento sanzionatorio: è un principio strettamente correlato al concetto di pena "legale" (Sez. U, Pizzone, in motivazione, laddove – pag. 23 – sottolineano come già Sez. U, n. 33040 del 26/02/2015, Jazouli, Rv. 264205, interrogandosi sul concetto di pena illegale, avesse posto una chiara correlazione tra questo e il principio di proporzione) ed è un principio che assicura quella che oggi può essere considerata la componente essenziale e imprescindibile di ogni pena, la rieducazione.

Pur se non vi è menzione nella nostra Carta costituzionale della proporzionalità della pena, essa discende direttamente dai principi che governano l'art. 27 Cost. e più in generale dalle indicazioni che negli anni ha offerto la nostra Corte costituzionale, nelle numerose sentenze in cui si è rimarcato come in un ordinamento che assegna alla pena una fondamentale funzione rieducativa (cfr. da ultimo, Corte cost. n. 55 del 2021) la ragionevolezza del concreto trattamento sanzionatorio non può che essere data dalla sua proporzionalità rispetto alla meritevolezza e al bisogno di pena del reo (in questo senso, Sez. U, Pizzone).

Senza addentrarsi nel complesso ed articolato discorso sul principio della proporzionalità della pena, che coinvolge diversi sistemi, da quello unionale a quello costituzionale, fino al diritto penale interno, in questa sede è interessante rilevare come anche la Corte di cassazione nel sindacato sulla motivazione relativa al trattamento sanzionatorio, e pur nei limiti di un controllo che risente del giudizio in fatto operato dal giudice di merito, faccia sempre più menzione del principio di proporzionalità della pena, quale parametro di riferimento, sia in rapporto al fatto di reato commesso, sia in relazione all'autore del reato, abbracciando, in questo

modo, tutti i diversi aspetti del trattamento sanzionatorio, ed interfacciandosi anche con gli altri principi del diritto penale, tra cui il principio di offensività.

A monte, il principio, pur non espresso direttamente dalla nostra carta costituzionale, deriva dagli art. 3 Cost., 27, comma primo (“La responsabilità penale è personale”), comma terzo (“Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”) Cost.; 49, par. 3 CDFUE (“Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato”).

3.1) La graduazione delle pene: la forbice edittale.

Il principio di proporzionalità, in uno al principio di legalità della pena si manifesta, sotto il profilo oggettivo, con la previsione di una pena “mobile”, e quindi nella comminazione, in astratto, da parte del legislatore di una pena che non sia “fissa” ma che abbia un limite minimo ed un limite massimo; la declinazione della mobilità della pena, si esprime, nella irrogazione della pena da parte del giudizio, nella “graduazione” di essa nell’ambito della forbice edittale: non diversamente da quanto accade nel rapporto tra la discrezionalità legislativa e quella giudiziaria, la graduazione della pena da parte del giudice rispecchia una scelta legislativa dello stesso tipo, ed è in linea con i principi della Corte costituzionale che ha progressivamente accentuato il giudizio di tendenziale incoerenza delle pene fisse al dettato costituzionale, proprio in ragione della necessità dell’individualizzazione della pena.

Come affermato, in motivazione, da Sez. U, n. 28910 del 28/02/2019, Suraci, richiamando sul punto l’orientamento espresso dalla Consulta, «la determinazione del trattamento punitivo per la commissione di fatti costituenti reato é materia riservata alla discrezionalità del legislatore, secondo la previsione dell’art. 25, secondo comma, Cost., il cui potere di intervento resta soggetto al sindacato di costituzionalità nei limiti in cui le scelte operate sul fronte sanzionatorio siano palesemente irragionevoli perché comportanti l’inflizione di pene, caratterizzate da manifesta sproporzione rispetto alla gravità del fatto illecito e perciò in contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost. ed in specie con la funzione rieducativa della pena. Per scongiurare tale frizione il legislatore ricorre normalmente alla previsione di pene rimesse nella loro misura alla determinazione giudiziale, da individuarsi in via discrezionale tra una soglia minima ed una massima e secondo i criteri orientativi dettati dagli artt. 133 e 133-bis cod. pen., in grado di assicurare la differenziazione e l’individualizzazione del trattamento sanzionatorio rispetto al fatto ed al suo autore: al contrario, le pene di entità quantitativa fissa, stabilita per legge, possono essere coerenti col sistema costituzionale a condizione che

l'analisi strutturale della fattispecie dimostri la loro proporzione rispetto ai comportamenti tipizzati, riconducibili alla fattispecie di reato».

In un percorso iniziato già negli anni '60, la Corte costituzionale ha infatti ritenuto che lo strumento più idoneo a garantire la adeguatezza del trattamento sanzionatorio al reo, senza sacrificare o compromettere il principio della responsabilità penale personale, della finalità rieducativa della pena e di uguaglianza, dettati dagli art. 25 e 27 Cost. è «la mobilità della pena, cioè la predeterminazione della medesima da parte del legislatore in modo da contenerla fra un massimo ed un minimo» (Corte cost., n. 67 del 1963; n. 104 del 1968; n. 50 del 1980).

Val la pena riportare un passaggio di Corte cost. n. 50 del 1980, richiamato in più sentenze delle sezioni unite (cfr, Sez. U, Suraci) nel quale la Consulta ha appunto affermato che: «L'uguaglianza di fronte alla pena viene a significare, in definitiva, "proporzione" della pena rispetto alle "personali" responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguano, svolgendo una funzione che é essenzialmente di giustizia e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale».

Una pena “mobile” è una pena in armonia con il “volto costituzionale” del sistema penale, perché consente di essere individualizzata dal giudice (Corte cost., n. 104 del 1968): ciò non significa contrarietà alle pene fisse, in assoluto, ben potendo esserci trattamenti sanzionatori che coniugano articolazioni rigide ed articolazioni elastiche, in maniera tale da lasciare comunque adeguati spazi alla discrezionalità del giudice, così da adattare la risposta punitiva alle singole fattispecie concrete (Corte cost., ordinanza n. 91 del 2008).

Si è quindi affermato che la predeterminazione della pena da parte del legislatore tra un minimo ed un massimo e il conferimento al giudice del potere discrezionale di determinare in concreto, entro tali limiti, la sanzione da irrogare costituisce lo strumento più idoneo al conseguimento delle finalità della pena e più congruo rispetto al principio di uguaglianza e che «[i]l principio di legalità richiede anche che l'ampiezza del divario tra il minimo ed il massimo della pena non ecceda il margine di elasticità necessario a consentire l'individualizzazione della pena ... [a]ltrimmenti la predeterminazione legislativa della misura della pena diverrebbe soltanto apparente ed il potere conferito al giudice si trasformerebbe da potere discrezionale in potere arbitrario» (Corte cost., n. 299 del 1992).

Se quindi «nelle comminatorie edittali si esprime la scala di graduazione del disvalore definita dal legislatore; “il compito che viene assegnato al giudice è quello di “proporzionare” la sanzione concreta ...” a quella e non al proprio giudizio di disvalore sul fatto reato» (cfr., Sez. U, Savini): il trattamento sanzionatorio individualizzato a proporzionale si realizza, in concreto, anche attraverso la diversa graduazione delle pene, che è tanto più effettiva quanto più ampia è la “forbice

edittale”, elemento, questo, che, come si vedrà, viene spesso richiamato dai giudici di legittimità nella valutazione sulla tenuta costituzionale delle norme che disciplinano o incidono sul trattamento sanzionatorio, perché consente al giudice di modulare e adeguare il trattamento sanzionatorio alle fattispecie concrete.

Sotto questo profilo, è ancora attuale il principio espresso in una risalente pronuncia, rimasto invariato, secondo cui «[l]’applicazione della pena nei limiti del massimo e del minimo stabiliti dalla legge rientra nel potere discrezionale del giudice di merito, il quale deve solo dimostrare, in relazione ai criteri direttivi di cui all’art 133 del codice penale, di aver fatto buon uso di tale potere, nel senso che questo non sia degenerato in arbitrio. L’obbligo della motivazione è adempiuto anche quando il giudice di merito pone in risalto anche una sola delle circostanze suscettibili di valutazione a norma del predetto articolo: in tale caso, infatti, egli dimostra che il rilievo di detta circostanza è decisivo per la formazione del giudizio sul punto» (Sez. 1, n. 1557 del 24/11/1978, dep. 1979, Balilla, Rv. 141127 – 01).

La “forbice edittale” è stata evocata in tema di associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti da Sez. 6, n. 5560 del 26/09/2019, dep. 2020, Mancini, Rv. 278208-01, che, richiamando Sez. 4, n. 40903 del 28/06/2016, Grassi, Rv. 268229-01 e Sez. 6, n. 4445 del 02/12/2004, Messaoudi, Rv. 230758-01, nel ritenere manifestamente infondata, con riferimento agli articoli 3 e 27 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell’art. 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, nella parte in cui prevede un trattamento sanzionatorio più severo rispetto a quello delle altre fattispecie associative di cui agli artt. 270-*bis* e 416, comma sesto, cod. pen., ha valorizzato sia il diverso bene giuridico tutelato dalle disposizioni – la salute pubblica in un caso e la personalità dello Stato e l’ordine pubblico nell’altro –, sia il potere del giudice di determinare in concreto della misura della pena - in relazione alle singole condotte ed alle singole posizioni individuali - nell’ambito della cornice edittale, molto ampia, prevista dal legislatore. In particolare, in Sez. 4, Grassi cit. (in motivazione) si è sul punto affermato che « ...l’inasprimento della pena di cui all’art. 74 Dpr 309/90 non si pone in contrasto neppure con l’art. 27, terzo comma, Cost., in quanto la finalità rieducativa della pena, come correttamente osservato dai giudici del merito, non viene meno laddove si osservi che il giudice ha ampia discrezionalità in ordine alla graduazione della pena e che la norma prevede una forbice significativa tra il minimo ed il massimo edittale. E proprio la previsione di un minimo e di un massimo consente al giudice di stabilire il trattamento sanzionatorio adeguandolo al diverso disvalore delle singole violazioni rientranti nella previsione della norma, così realizzando la finalità rieducativa cui la pena stessa deve tendere».

Sez. 5, n. 4587 del 01/12/2023, dep. 2024, Rivera, Rv. 285939-01 ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 25 e 27 Cost., dell’art. 69, comma quarto, cod. pen., nella

parte in cui, con riferimento al delitto di cui all'art. 497-*bis* cod. pen., prevede il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti generiche sulla recidiva di cui all'art. 99, comma quarto, cod. pen., poiché l'indicata norma incriminatrice prevede una forbice edittale sufficientemente ampia da consentire al giudice di adeguare la sanzione al fatto pur in presenza della recidiva qualificata, sicché non sono ravvisabili contrasti né con il principio di proporzionalità della pena, né con il principio di offensività.

Nel motivo di ricorso la parte aveva rilevato che la non gravità del fatto (detenzione ed esibizione di una patente di guida risultata falsa e di una carta d'identità rilasciata dalle autorità straniere, a sua volta risultata falsa) rendeva illegittima la previsione di cui all'art. 69, quarto comma, cod. pen., come poteva desumersi dalle numerose pronunce con cui la Corte costituzionale ha riconosciuto l'illegittimità della citata disposizione con riferimento a reati non più gravi di cui all'art. 497-*bis* cod. pen. Si rappresentava che il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti generiche sulla recidiva reiterata produrrebbe «conseguenze sanzionatorie irragionevoli, finendo per equiparare casi oggettivamente lievi (come quello per cui si procede) a casi di particolare allarme sociale», ponendo così in contrasto col principio di offensività e della proporzionalità della pena, la norma censurata, per violazione degli artt. 25, secondo comma, e 27, terzo comma, Cost.

La Corte ha ritenuto la manifesta infondatezza della questione sollevata, proprio valorizzando l'ampia cornice edittale e quindi la possibilità offerta al giudice di poter graduare la pena in quell'ambito: si legge in motivazione «l'art. 497 *bis*, primo comma, cod. pen., per il quale l'imputato è stato condannato, prevede la sanzione della pena detentiva, con una "forbice" da due a cinque anni, che assicura al giudice - anche tenuto conto del limitato spettro di variabilità offensiva delle condotte di uso del documento falso - ampio margine di discrezionalità per rendere la pena quanto più possibile proporzionata al fatto, pur in presenza di una reiterata recidiva, la cui sussistenza, lungi dall'ancorarsi ad un mero stato soggettivo, presuppone comunque una correlazione con il fatto commesso, come, da ultimo ribadito, da Sez. U, n. 32318 del 30/03/2023, Sabbatini, Rv. 284878 - 01. Non si riscontrano, dunque, dubbi di costituzionalità nella norma in parola, attesa l'assenza di un particolare inasprimento sanzionatorio, ciò che non rende attuale la necessità di restituire al giudice flessibilità applicativa della sanzione, flessibilità che gli è garantita, come si è visto, dalla struttura stessa dell'art. 497-*bis*, primo comma, cod. pen. In particolare, non si ravvisa alcun contrasto tra la norma della cui costituzionalità il ricorrente dubita e il principio della proporzionalità della pena, di cui all'art. 27, terzo comma, Cost. Neppure è individuabile un contrasto col principio di offensività e con l'art. 25, secondo comma, Cost., posto che la gravità del reato in parola (possessione di documenti di identificazione falsi), dipende dal

rango degli interessi tutelati dalla norma (pubblica fede, su cui già v. già Sez. 5, n. 11498 del 05/07/1990, Casarola, Rv. 185131 - 01), così come dall'intensità della lesione cagionata, per il tramite della condotta dell'imputato, a quegli interessi stessi».

La "forbice edittale" viene in rilievo non solo in relazione alla pena base per il reato contestato ma anche in riferimento alle circostanze, il cui riconoscimento incide inevitabilmente sul trattamento sanzionatorio.

Il sindacato della Corte in questi casi è quello tipico che si realizza ogni qual volta vengano riconosciute le circostanze attenuanti: è un sindacato sulla motivazione del giudice e sugli elementi di valutazione previsti dal legislatore ai fini dell'applicazione della circostanza che venga in rilievo.

Espressione di tale orientamento, consolidato, la massima espressa in tema di violenza sessuale con riferimento agli elementi di valutazione rilevanti ai fini dell'applicazione della circostanza attenuante della minore gravità del fatto ex art. 609-bis, ultimo comma, cod. pen. - costituiti dai mezzi, dalle modalità esecutive, dal grado di compressione della libertà sessuale subito dalla vittima, dalle condizioni fisiche e psicologiche di quest'ultima, anche in relazione all'età, dall'occasionalità o dalla reiterazione delle condotte, nonché dalla consistenza del danno arrecato, anche in termini psichici – che, afferma la Corte, devono essere, altresì, utilizzati per la determinazione della misura della riduzione della pena nell'ambito dell'ampia forbice edittale prevista dalla norma (Sez. 3, n. 35695 del 18/09/2020, L, Rv. 280445-01).

Infine, in caso di sopravvenienza normativa che incida sul trattamento sanzionatorio di un reato, intervenuta in sede di legittimità, si impone l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata per la rimodulazione del trattamento sanzionatorio, anche nel caso in cui, in concreto, la pena inflitta risulti compresa all'interno della nuova forbice edittale: tenuto conto che la commisurazione in concreto della pena è operazione condizionata dalla pena prevista in astratto, la valutazione giudiziale può cambiare per effetto del mutamento dei limiti edittali previsti dalla legge e non può dunque essere rimessa alla Corte di cassazione (in questo senso, Sez. 2, n. 2702 del 18/11/2015, dep. 2016, Nuti, Rv. 265822-01; in termini conformi anche Sez. 6, n. 10169 del 10/02/2016, Tamburini, Rv. 266514-01, la cui massima così recita: «Il giudice deve procedere a rideterminare la pena inflitta secondo parametri edittali che non risultano proporzionati ed adeguati rispetto al trattamento più favorevole sopravvenuto, anche nel caso in cui essa rientri nella nuova cornice sanzionatoria»).

La modulazione del trattamento sanzionatorio, nell'ambito di un minimo ed un massimo, viene inoltre in rilievo anche in relazione alle pene accessorie e alla loro durata.

Si è infatti affermato con le Sez. U, Suraci, che «La durata delle pene accessorie per le quali la legge stabilisce, in misura non fissa, un limite di durata minimo ed uno massimo, ovvero uno soltanto di essi, deve essere determinata in concreto dal giudice in base ai criteri di cui all'art. 133 cod. pen. e non rapportata, invece, alla durata della pena principale inflitta ex art. 37 cod. pen.». Il principio riprende l'orientamento espresso da Sez. 5, n. 5882 del 29/01/2019, Baù che in questo modo aveva adottato «...una soluzione capace di garantire quella elasticità necessaria a consentire al giudice, nel rispetto del principio di proporzionalità, di «determinare, con valutazione caso per caso e disgiunta da quella che presiede alla commisurazione della pena detentiva, la durata delle pene accessorie previste dalla disposizione censurata, sulla base dei criteri indicati dall'art. 133 cod. pen.;...[...] in questa prospettiva può ritenersi che la regola dettata dall'art. 37 cod. pen. divenga uno dei criteri per la determinazione delle pene accessorie della bancarotta. Ma non l'unico, in ossequio ai principi di proporzionalità e di individualizzazione del trattamento sanzionatorio nei quali si estrinseca la *ratio decidendi* della peculiare scelta manipolativa operata dalla Corte Costituzionale (con la sentenza n. 222 del 2018, nd.r.). Detti principi contrastano con qualsiasi tipo di automatismo, compreso quello della parametrizzazione obbligata della durata della pena accessoria alla pena principale, che, si ripete, ove rimanesse l'unico criterio commisurativo, potrebbe dare luogo, di nuovo, a sospetto di costituzionalità del combinato disposto art. 37 cod. pen. e art. 216 u.c. l. fall.».

3.2) La graduazione della pena in rapporto all'offensività del fatto.

L'art. 3 Cost. esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia nel contempo alla funzione di difesa sociale e a quella di tutela delle posizioni individuali, per cui laddove la proporzione tra sanzione e offesa difetti manifestamente, perché alla carica offensiva insita nella condotta descritta dalla fattispecie normativa il legislatore abbia fatto corrispondere conseguenze punitive di entità spropositata, non ne potrà che discendere una compromissione *ab inizio* del processo rieducativo (in questo senso, *ex multis*, Corte cost. n. 236 del 2016; n. 22 del 2018, n. 40 del 2019) e della questione va investita la Corte costituzionale, essendo precluso al giudice contrastare un trattamento sanzionatorio ritenuto in astratto sproporzionato mediante ricorso a strumenti di adeguamento della pena alla fattispecie concreta.

In tutti gli altri casi, ossia quando non venga in rilievo una questione di non manifesta infondatezza della legittimità costituzionale del trattamento sanzionatorio nei suoi molteplici aspetti, il giudice è chiamato a graduare la pena in rapporto all'offensività e al disvalore del fatto, adeguando così la fattispecie concreta a quella astrattamente prevista dal legislatore.

La graduazione della pena in rapporto all'offensività e al disvalore del fatto si realizza anche attraverso il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche.

Si afferma, sul punto, che le circostanze attenuanti generiche hanno anche la funzione di adeguare la sanzione finale all'effettivo disvalore del fatto oggetto di giudizio, nella globalità degli elementi oggettivi e soggettivi, atteso che la specificità della vicenda può richiedere un intervento correttivo del giudice che renda, di fatto, la pena rispettosa del principio di ragionevolezza, ai sensi dell'art. 3 Cost., e della finalità rieducativa, di cui all'art. 27, comma terzo, Cost., di cui la congruità costituisce elemento essenziale (Sez. 2, n. 5247 del 15/10/2020 (dep. 2021), P, Rv. 280639-01).

Richiamando Sez. 6, n. 7946 del 10/04/1995, Faletto, Rv. 202165-01, la Corte, nella sentenza n. 5247 del 2021 cit., sottolinea, in motivazione, che il giudice di merito, qualora intenda adeguare l'entità della pena al disvalore del fatto, anche mediante il ricorso alle attenuanti generiche ha l'onere di ben evidenziare gli elementi del caso concreto che giustificano il riconoscimento delle attenuanti e di spiegare la scelta in ordine all'eventuale giudizio di comparazione con le circostanze aggravanti.

E' indubbio che se la giurisprudenza della Corte è consolidata nel ritenere che il giudice non debba prendere in considerazione, nel riconoscere o no le attenuanti, tutti gli elementi dedotti dalle parti o rilevabili dagli atti, essendo sufficiente che faccia riferimento a quelli ritenuti decisivi o comunque rilevanti, è altrettanto innegabile che l'«operazione evidentemente preclusa al giudice è quella di utilizzare dette attenuanti per contrastare un trattamento sanzionatorio ritenuto in astratto sproporzionato: in questa ipotesi il giudice avrebbe il dovere di investire della questione la Corte costituzionale (Sez. 2, n. 5247 del 2021 cit).

D'altronde, come già evidenziato, con specifico riferimento alle circostanze attenuanti generiche, anche le Sez. U, n. 20808 del 25/10/2018 (dep. 2019), Schettino hanno richiamato, senza muovere censure sul punto, il ricorso alle attenuanti generiche per la mitigazione di trattamenti sanzionatori che, diversamente, risulterebbero sproporzionati.

4) Principio di proporzionalità e individualizzazione.

Il principio di proporzionalità viene in rilievo non soltanto in relazione alla gravità del fatto di reato, nei termini sopra indicati, ma anche in rapporto all'autore del reato stesso, e quindi alla sua personalità, alla capacità a delinquere e alla pericolosità.

Se è pur vero che la pericolosità sociale dell'imputato va verificata sulla scorta dei parametri valutativi di cui all'art. 133 cod. pen., tenendo conto della gravità del reato e della capacità a delinquere del reo, onde essa può trovare persino

implicito ma inequivoco fondamento anche nelle circostanze di fatto e nelle valutazioni personologiche effettuate ai fini del giudizio di responsabilità e della commisurazione della sanzione (Sez. 2 - n. 14704 del 22/04/2020, Bekajfisnik, Rv. 279408—05) è altrettanto indubbio che un trattamento sanzionatorio che tenga conto degli aspetti per così dire “soggettivi” e che sia dunque modulato anche in relazione all'autore del reato, è rispondente al principio di proporzionalità inteso come individualizzazione del trattamento sanzionatorio, di cui poi, come in tutte le voci che riguardano il trattamento sanzionatorio, deve essere dato adeguato conto nella motivazione della decisione.

Sotto questo profilo, il discorso sul trattamento sanzionatorio individualizzante passa anche per l'applicazione (o no) della recidiva, in quanto espressione della capacità a delinquere del reo; ma è collegato anche alla sospensione condizionale della pena, che, pur non potendo essere intesa come pena, incide sul trattamento sanzionatorio irrogato e tiene conto, nel suo riconoscimento, di aspetti che sono anche di natura soggettiva.

4.1) Recidiva.

Sulla recidiva, oltre alle pronunce della Consulta che si sono susseguite nell'arco dell'ultimo ventennio, i plurimi interventi della giurisprudenza di legittimità, nella sua massima espressione delle Sezioni Unite, hanno toccato tre passaggi fondamentali della fattispecie: la contestazione della recidiva; la verifica della sussistenza dei suoi presupposti; gli effetti che derivano dalle modalità applicative della stessa (così, Sez. U, n. 32318 del 30/03/2023, Sabbatini, in motivazione), passaggi, questi, che partono tutti da una premessa, ossia che la recidiva è da sempre qualificata nel diritto vivente, ed in generale, come circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole (in questo senso, già Sez. U, n. 3152 del 31/01/1987, Paolini, Rv. 175354-01; Sez. U, n. 1 del 27/05/1961, Papò, Rv. 098479-01), nonché circostanza aggravante ad effetto speciale nelle ipotesi, previste dai commi successivi al primo dell'art. 99 cod. pen., che comportano un aumento di pena superiore al terzo (Sez. U, n. 20798 del 24/02/2011, Indelicato, Rv. 249664, Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010, Calibè, Rv. 247838-01, Sez. U, n. 30046 del 23/06/2022, Cirelli, Rv. 283328-01, e Sez. U, n. 3585 del 24/09/2020, dep. 2021, Li Trenta, Rv. 280262-01).

Come noto, l'istituto della recidiva ha subito, rispetto all'originaria impostazione del codice penale, due significative revisioni normative per effetto del d.l. 11 aprile 1974, n. 99, convertito, con modificazioni dalla legge 7 giugno 1974, n. 220, e, quindi, della legge 5 dicembre 2005, n. 251: la prima riforma è intervenuta, principalmente, con lo scopo di mitigare il rigore sanzionatorio del codice penale, caratterizzato dalla generale obbligatorietà della recidiva, oltre che

dall'applicabilità senza alcun limite temporale tra la condanna irrevocabile e la commissione del nuovo reato e dall'applicazione a qualsiasi forma di ricaduta nel reato.

Con la prima riforma si è assistito alla riduzione degli incrementi di pena, alla previsione di un limite massimo costituito dal cumulo delle condanne precedentemente subite, alla sostituzione del principio dell'obbligatorietà con quello della facoltatività, ed è stato assegnato al giudice il compito di valutare, in concreto, i presupposti per l'applicazione dell'aggravante suscettibile, in base alla riforma anche dell'art. 69, comma quarto, cod. pen., di essere inclusa nel giudizio di bilanciamento.

In direzione opposta l'intervento realizzato nel 2005, che ha introdotto un complessivo regime di maggiore rigore sanzionatorio, riducendo la discrezionalità del giudice sia nell'ambito dell'operatività degli incrementi di pena, sia nella determinazione della loro misura, sia più in generale in relazione all'operatività della stessa recidiva, pur limitata alla commissione dei soli delitti non colposi. E' in parte ritornata, con l'art. 99, comma quinto, cod. pen. l'obbligatorietà della recidiva ed è stata prevista una nuova disciplina in punto di circostanze attenuanti generiche, concorso di circostanze, concorso formale e reato continuato, con aumenti di pena rigidi.

In questo quadro normativo si collocano i plurimi interventi della Corte costituzionale e le molteplici linee interpretative tracciate dalla Corte di cassazione (cfr da ultimo, Sez. U, n. 32318 del 30/03/2023, Sabbatini, che ricostruisce le plurime pronunce delle Sezioni Unite in tema), a seguito dei quali l'applicazione della recidiva (ma non anche la commisurazione dei suoi effetti nel momento in cui viene dichiarata) è sostanzialmente divenuta facoltativa, e ciò in risposta all'esigenza di conformare il sistema penale alla funzione rieducativa della pena suscettibile di essere garantita solo attraverso la proporzione tra la risposta sanzionatoria e l'offesa complessivamente recata.

Riprendendo Sez. U, Sabbatini, si può oggi affermare, con particolare riguardo alla modulazione della risposta sanzionatoria in relazione alle varie ipotesi di recidiva che il diritto vivente ritiene facoltativo l'aumento di pena «... nei casi di recidiva semplice e di recidiva aggravata, alla luce della presenza, nelle corrispondenti fattispecie normative, delle espressioni «può essere sottoposto ad un aumento» o «può essere aumentata». Neppure può porsi in dubbio, però, che analoga facoltatività contraddistingua le ulteriori ipotesi, per il solo fatto che, a proposito delle stesse, la norma si esprima nei termini tassativi «l'aumento è» [...] ...la formulazione letteralmente tassativa sull'aumento di pena nella disposizione relativa alla recidiva reiterata — con argomentazione da intendersi evidentemente valida anche per l'ipotesi della recidiva pluriaggravata — deve invero essere intesa nel suo diretto ed esclusivo riferimento alla determinazione di tale aumento, e non

estesa anche all'applicazione o meno dello stesso, che rimane affidata alla decisione facoltativa del giudice; significato rimarcato in tal senso dalla ben diversa formulazione del quinto comma dell'art. 99 cod. pen., all'epoca vigente prima della menzionata declaratoria di illegittimità costituzionale del 2015, esplicitamente enunciata in termini di obbligatorietà dell'aumento in quella particolare ipotesi».

Quanto poi al passaggio della (obbligatoria) contestazione, Sez. U, Sabbatini, hanno rimarcato come, ad iniziare da Sez. U, Calibè, la recidiva può essere ritenuta in sede giudiziale, solo se specificamente contestata all'imputato ed in caso di pluralità di reati, è sufficiente, per intendere la recidiva come riferita a ciascun reato, la testuale contestazione in calce (Sez. 2, n. 22966 del 09/03/2021, Virgilio, Rv. 281456-01), mentre è necessario specificare il tipo di recidiva che viene in rilievo, posto che il generico richiama alla recidiva, senza ulteriori specificazioni, va intesa come riferita a quella semplice (Sez. 5, n. 50510 del 20/09/2018, La Cava, Rv. 274446-01; Sez. 3, n. 43795 del 01/12/2016, dep. 2017, Kirov, Rv. 270843-01; Sez. 2, n. 5663 del 20/11/2012, dep. 2013, Alexa, Rv. 254692-01).

Inoltre, in quanto circostanza aggravante, la recidiva deve ritenersi riconosciuta ed applicata non solo quando si traduce nell'aggravamento della pena, ma anche allorché venga fatta confluire nel giudizio di comparazione con circostanze attenuanti ai sensi dell'art. 69 cod. pen., che se esitato nel senso dell'equivalenza neutralizza l'incidenza delle attenuanti sulla pena (Sez. U, n. 17 del 18/06/1991, Grassi, Rv. 187856) o ne inibisce la funzione di mitigazione della pena (Sez. U, n. 20798 del 24/02/2011, Indelicato, Rv. 249664-01; Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010, Calibè, Rv. 247838-01); se esitato nel senso della subvalenza, non produce effetti (Sez. U, n. 20808 del 25/10/2018, dep. 2019, Schettino, Rv. 275319-01).

A fronte delle esposte connotazioni della recidiva nel diritto vivente, sussiste un corrispondente obbligo motivazionale del giudice (sul quale si appunta il controllo da parte del giudice di legittimità) sia nei casi in cui essa venga ritenuta (o esclusa), sia nei casi in cui venga "disapplicata", in ossequio ai principi a suo tempo espressi da Sez. U, Calibè, che ha evidenziato come il giudizio sulla recidiva, pur essendo incentrato sulla rilevanza dell'ultimo delitto commesso rispetto alla valutazione dell'accresciuta attitudine a delinquere, debba avere ad oggetto la totalità dei reati compresi nella sequenza recidivante, nel loro apporto all'incremento dell'attitudine suindicata. Si intravede, sotto questo profilo, la significativa rilevanza che viene data al requisito sostanziale dell'accentuata attitudine a delinquere del reo, in quanto manifestazione di maggiore colpevolezza e pericolosità, con la conseguenza di ritenere ed applicare la recidiva nel caso in cui sussista, anche in concreto, un'attitudine a delinquere, che non si riduce più (o esclusivamente) nei limiti di uno *status* personale dipendente unicamente dalla presenza di determinati precedenti penali. In questo modo, si supera la rigidità

applicativa della recidiva, derivante dalla mera constatazione dell'esistenza di precedenti condanne, in favore del giudizio in concreto sull'elemento sostanziale della maggiore attitudine a delinquere, espressione, questa, del più generale principio di proporzionalità ed individualizzazione del trattamento sanzionatorio, stante l'incidenza che la recidiva ha sullo stesso.

In qualche modo anche le recenti Sez. U, Sabbatini – che hanno affermato che, in caso di recidiva reiterata contestata nel giudizio di cognizione, sia sufficiente, ai fini della relativa applicazione che, al momento della consumazione del reato, l'imputato risulti gravato da più sentenze definitive per reati precedentemente commessi ed espressivi di una maggiore pericolosità sociale, oggetto di specifica ed adeguata motivazione, senza la necessità di una previa dichiarazione di recidiva semplice - sembrano essersi poste in linea con questa tendenza del diritto vivente, di valorizzazione "sostanziale" della recidiva, in termini di proporzionalità individualizzante del trattamento sanzionatorio, sul quale, come detto, la recidiva spiega effetti in ragione della qualifica attribuitole di circostanza aggravante, anche in talune fattispecie, ad effetto speciale.

Ciò che rileva, comunque, è sempre l'aspetto motivazionale, sul quale si incontra e concentra il sindacato della Corte di cassazione.

Come affermato a suo tempo da Sez. U, n. 5859 del 27/10/2011, dep. 2012, Marciàno, Rv. 251690-01, in motivazione «sul giudice del merito incombe uno specifico dovere di motivazione sia quando ritiene sia quando esclude la rilevanza della recidiva, scaturendo ciò dai condivisibili principi affermati nelle appena ricordate sentenze della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite.

Infatti, esclusi (all'epoca della pronuncia – n.d.r.) i casi di recidiva c.d. obbligatoria i casi di recidiva c.d. obbligatoria, di cui al comma quinto dell'art. 99 cod. pen., il giudice può attribuire effetti alla recidiva unicamente quando la ritenga effettivamente idonea ad influire, di per sé, sul trattamento sanzionatorio del fatto per cui si procede; ed è quindi, tenuto a verificare se il nuovo episodio criminoso sia "concretamente significativo - in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei precedenti ed avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 cod. pen. - sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo" (Corte cost., sent. n. 192 del 2007). In altri termini, è precipuo compito del giudice del merito verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia effettivo sintomo di riprovevolezza e pericolosità, tenendo conto [...] della natura dei reati, del tipo di devianza di cui sono il segno, della qualità dei comportamenti, del margine di offensività delle condotte, della distanza temporale e del livello di omogeneità esistente fra loro, dell'eventuale occasionalità della ricaduta e di ogni altro possibile parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali" (Sez. U, sent. Calibè)»

La decisione, massimata nel senso che in caso di recidiva facoltativa è richiesto uno specifico dovere di motivazione sia ove il giudice la ritenga, sia ove escluda la rilevanza della stessa, sembra, nei successivi orientamenti, aver conosciuto alcune voci difformi (espresse da Sez. 2, n. 40218 del 19/06/2012, Fatale, Rv. 254341-01; Sez. 2, n. 39743 del 17/09/2015, De Vento, Rv. 264533-01) nella parte in cui hanno affermato che il rigetto della richiesta di esclusione della recidiva facoltativa, pur richiedendo l'assolvimento di un onere motivazionale, non impone al giudice un obbligo di motivazione espressa, ben potendo quest'ultima essere anche implicita.

Invero, le Sez. U, Marcianò parlano di onere di motivazione, che viene comunque ritenuto sussistente anche nelle sentenze indicate come difformi (in particolare in Sez. 2, n. 39743 del 17/09/2015, De Vento, Rv. 264533-01): il punto della decisione che si occupa della recidiva (la questione rimessa non riguardava direttamente la recidiva, e la sua motivazione, bensì se l'estinzione di ogni effetto penale prevista dall'art. 47, comma 12, Ord. Pen, in conseguenza dell'esito positivo dell'affidamento in prova al servizio sociale, comporti che della relativa condanna non possa tenersi conto agli effetti della recidiva) è quello nel quale le Sezioni Unite rimettono ad altra sezione della Corte di appello la nuova determinazione della pena a seguito dell'annullamento della decisione nella parte relativa alla ritenuta rilevanza della recidiva per effetto di tre condanne, di cui non doveva tenersi conto, essendo state le relative pene, previo cumulo, eseguite con affidamento in prova al servizio sociale, con esito positivo dichiarato dal Tribunale di sorveglianza. In particolare, l'annullamento veniva disposto con rinvio spettando ad altra sezione della Corte di appello stabilire la rilevanza della recidiva, non meglio qualificata, derivante da una sentenza di patteggiamento ed è in quel punto della decisione che Sez. U, Marcianò affermano quanto sopra integralmente riportato per esteso, e, come detto, se dichiarano la necessità della motivazione sia in caso di esclusione, che in caso di riconoscimento della recidiva facoltativa contestato, non sembrano escludere la motivazione implicita o comunque non sembrano affermare principi rispetto ai quali le due successive decisioni siano andate in contrasto.

Sulla linea della necessità di un onere motivazionale, si sono poste anche le Sez. U, Sabbatini quando hanno espressamente affermato: «La rilevanza dell'aspetto motivazionale della recidiva, nella nuova definizione assunta dall'istituto, è stata da tempo segnalata dalle Sezioni Unite, nel rilevare che la facoltatività dell'applicazione della stessa impone al giudice, sia nel caso in cui disponga tale applicazione che nel caso contrario, uno specifico dovere di motivazione in proposito (Sez. U, n. 5859 del 27/10/2011, dep. 2012, Marcianò, Rv. 251690-01). Tornando sulla questione, le Sezioni Unite hanno ribadito e dettagliato il principio, osservando che il superamento della concezione della

recidiva come *status* soggettivo determinato dai soli precedenti penali non rende più ammissibile una motivazione affidata a formule di stile; è di contro doverosa un'argomentazione che, precisando gli elementi fattuali presi in considerazione e i criteri utilizzati per valutarli, dia conto della maggiore rimproverabilità del reo per non essersi fatto distogliere dalla risoluzione criminosa per effetto delle precedenti condanne (Sez. U, n. 20808 del 25/10/2018, dep. 2019, Schettino, non massimata sul punto). Gli elementi fattuali e i criteri di valutazione, a cui la motivazione deve fare riferimento, sono evidentemente quelli già indicati dalle stesse Sezioni Unite nella sentenza Calibè, e dei quali si è detto in precedenza: la tipologia e l'offensività dei reati, la loro omogeneità e collocazione temporale, la devianza della quale sono complessivamente significativi e l'occasionalità o meno dell'ultimo delitto, oltre ad eventuali, ulteriori, dati emergenti dalla fattispecie concreta».

La motivazione da parte del giudice sulla sussistenza (o no) della recidiva, intesa non più e soltanto come *status* soggettivo determinato dai soli precedenti penali, su cui, come detto, si esprime il controllo della Corte di cassazione, non è l'unico ambito nel quale la Corte ha espresso principi che sono applicazione, con riferimento al trattamento sanzionatorio irrogato, del principio di proporzionalità, nella sua declinazione "soggettiva", correlata al principio di personalizzazione ed individualizzazione del trattamento sanzionatorio.

E' recente la dichiarazione di manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 99, quarto comma, cod. pen., nella parte in cui stabilisce aumenti di pena in misura fissa per la recidiva reiterata, per contrasto con l'art. 3 Cost.: Sez. 6, n. 8291 del 10/02/2022, Castrolillo, Rv. 282910-01, richiamando Corte cost, ord. n. 9 del 2008 ha fatto leva sulla circostanza che la stessa è una opzione sanzionatoria rientrando nella discrezionalità del legislatore e non manifestamente irragionevole, essendo insuscettibile di produrre ex se sperequazioni prive di *ratio* giustificativa nel trattamento di situazioni omogenee, e per contrasto con gli artt. 25 e 27 Cost., sotto il profilo della incompatibilità con i principi di gradualità e finalismo rieducativo, poiché la tendenziale contrarietà delle pene fisse al "volto costituzionale" dell'illecito penale va riferita alle pene fisse nel loro complesso e non anche ai trattamenti sanzionatori che coniughino articolazioni rigide ed articolazioni elastiche, in maniera tale da lasciare comunque adeguati spazi alla discrezionalità del giudice, ai fini dell'adeguamento della risposta punitiva alle singole fattispecie concrete.

Altro tema, che riguarda il giudizio di appello e il sindacato da parte del giudice di legittimità, è quello relativo alla devoluzione alla corte di appello del punto della decisione relativo ai presupposti per il riconoscimento della recidiva, nel caso in cui l'impugnazione della decisione di primo grado abbia riguardato solo il punto della sussistenza della natura specifica della recidiva, che è stata esclusa da Sez. 5, n. 19976 del 19/04/2024, Grasso, Rv 286506-01, in applicazione del principio

devolutivo e delle norme che impongono, a pena di inammissibilità, la specificità dei motivi.

Nel caso di specie, la parte aveva dedotto violazione di legge e vizio di motivazione quanto al riconoscimento della recidiva, in tesi non supportato da adeguata motivazione e la Corte ha ritenuto il motivo inammissibile in quanto la questione della sussistenza delle condizioni per il riconoscimento della recidiva non era stata posta nei motivi di appello, che concernevano esclusivamente la natura specifica (rispetto, in particolare, ai reati di intestazione fittizia) e dunque un punto della decisione diverso e ulteriore rispetto alla sussistenza dei presupposti per il riconoscimento della recidiva.

In motivazione la Corte ha affermato: «la natura complessa della recidiva, circostanza aggravante ad effetto speciale laddove comporta un aumento di pena superiore al terzo (cfr., *ex multis*, Sez. U, n. 20798 del 24/02/2011, Indelicato, Rv. 249664; Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010, Calibè e altro, Rv. 247838), vede diversi piani di valutazione, ciascuno dei quali rispondente a differenti presupposti, tale da potersi ritenere, per usare le parole delle Sezioni Unite Tuzzolino suscettibile di autonoma considerazione per ottenere una decisione completa sul capo cui la recidiva accede. Una cosa, infatti, è l'esistenza della recidiva, il cui riconoscimento richiede valutazioni articolate che attengono non solo all'esistenza del precedente definitivo, ma anche alla gravità dei fatti, all'arco temporale in cui questi risultano consumati nonché al rapporto esistente tra il fatto per cui si procede e la precedente condanna e alla verifica se ed in quale misura la pregressa condotta criminosa sia indicativa di una perdurante inclinazione al delitto che abbia influito, quale fattore criminogeno, sulla commissione dei reati *sub iudice*, escludendo che si tratti di ricaduta occasionale (Sez. 2, n. 10988 del 07/12/2022, dep. 2023, Antignani, Rv. 284425; e le motivazioni di Sez. U, n. 32318 del 30/3/2023, Rv. 284878, Sabbatini; Sez. U, n. 20808 del 25/10/2018, dep. 2019, Schettino, Rv. 275319; Sez. U, n. 20798 del 24/02/2011, Indelicato, Rv. 249664; Sez. U, 35738 del 27/05/2010, Calibè, Rv. 247838). Altro punto della decisione che riguarda la recidiva è la sua natura aggravata, legata ora ai presupposti di cui al secondo comma dell'art. 99 cod. pen., ora alla reiterazione, ciascuno dei quali, isolatamente o in combinazione con gli altri, risponde a differenti presupposti normativi e giurisprudenziali che vanno separatamente vagliati per dare luogo al giudizio sul capo cui la recidiva si riferisce e che può generare conseguenze diverse ed ulteriori, non solo sul trattamento sanzionatorio e sulla prescrizione, rispetto al riconoscimento della qualità di recidivo semplice.

Ne consegue che il “punto” della decisione concernente la recidiva si compone di vari punti, che attengono, da una parte, alla sua stessa riconoscibilità e, dall'altro, ai connotati che la rendano, eventualmente, aggravata secondo le multiformi possibilità che l'art. 99 cod. pen. prevede. Ciascun punto della decisione

circa il riconoscimento della recidiva - da una parte la sua sussistenza, dall'altra la sua natura aggravata - deve quindi essere oggetto di devoluzione al Giudice di appello e la mancanza di una pregressa censura sull'uno o sugli altri punti, preclude la proposizione del ricorso per cassazione sul punto non devoluto.

Tale conclusione sembra, tuttavia, dover trovare un temperamento quando, ad essere oggetto del motivo di appello, sia la sola natura reiterata della recidiva e poi, con il ricorso per cassazione, se ne contesti, alla base, il riconoscimento, considerata la valutazione retrospettiva che le Sezioni Unite di questa Corte (Sez. U, n. 32318 del 30/03/2023, Sabbatini, Rv. 284878, su cui più diffusamente *infra*, al § 3.3.) hanno indicato come necessaria nello scrutinio circa i presupposti di cui all'art. 99, comma 4, cod. proc. pen., che passa attraverso il vaglio circa l'esistenza dei requisiti per il riconoscimento della condizione di recidivo semplice.

Fatta questa premessa, il ricorso, come anticipato, è inammissibile perché, sul riconoscimento della recidiva, non vi era motivo di appello, appello che riguardava solo la sua natura specifica quanto alle intestazioni fittizie; donde viene in rilievo il principio secondo cui non possono essere dedotte con il ricorso per cassazione questioni sulle quali il giudice di appello abbia correttamente omesso di pronunciare siccome non devolute alla sua cognizione, tranne che si tratti di questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio o che non sarebbe stato possibile dedurre in precedenza (cfr. l'art. 606, comma 3, cod. proc. pen. quanto alla violazione di legge; si vedano, con specifico riferimento al vizio di motivazione, Sez. 2, n. 29707 del 08/03/2017, Galdi, Rv. 270316; Sez. 2, n. 13826 del 17/02/2017, Bolognese, Rv. 269745 – 01; Sez. 2, n. 22362 del 19/04/2013, Di Domenica)».

4.2) Sospensione condizionale della pena.

Pur conservando, alla luce della univoca previsione dell'art. 17 cod. pen. e dei principi di legalità e tassatività, un carattere esterno ed estraneo alla nozione di pena, tale per cui a rigore non rientra nel trattamento sanzionatorio, la sospensione condizionale della pena si può però connotare di obblighi e di prescrizioni cui il condannato può (e in alcuni casi, deve) essere assoggettato, che hanno comunque una connotazione afflittiva, sostanziandosi in comportamenti imposti al condannato in funzione special-preventiva, strumentali al conseguimento dell'effetto estintivo, che deriva, al positivo, dall'adempimento (eventuale) degli obblighi e prescrizione e, al negativo, dall'astensione (obbligatoria) dalla commissione di altri reati (cfr., Sez. U, n. 5352 del 28/09/2023, dep. 2024, P, in motivazione).

Questo aspetto della sospensione condizionale della pena rende opportuna qualche riflessione sull'istituto, che, sin dalla sua introduzione si è qualificato come

una misura *lato sensu* alternativa alla detenzione, orientato cioè a ridurre il fenomeno della detenzione breve: rispondeva e risponde tuttora alla *ratio* di sottrarre alla privazione della libertà e alla restrizione in carcere chi non avesse ancora conosciuto l'esperienza detentiva.

La finalità principale della sospensione condizionale della pena è sostanzialmente duplice: per un verso, essa è negativamente volta a evitare l'esecuzione della pena; per altro verso, pur non risultando uno strumento alternativo al carcere conserva comunque una positiva portata sanzionatoria in quanto il condannato dovrà astenersi dal commettere ulteriori reati della stessa indole di quello per cui si è già intervenuta un'affermazione di responsabilità e sarà anche obbligato ad adempiere alle eventuali prescrizioni cui il beneficio sia stato subordinato (così, Sez. U, n. 5352 del 28/09/2023, dep. 2024, P, in motivazione).

Sotto quest'ultimo profilo, ossia con riferimento agli obblighi e alle prescrizioni cui la sospensione condizionale della pena può (o deve) essere subordinata, è l'art. 165 cod. pen. la norma che sin dall'origine ha previsto la disciplina giuridica degli oneri imposti al condannato relativi all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni, al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno, o provvisoriamente assegnata sull'ammontare di esso, e alla pubblicazione della sentenza a titolo di riparazione del danno, ed è questa la disposizione che è stata ripetutamente modificata con l'inserimento di ulteriori "obblighi", all'adempimento dei quali il giudice può subordinare la concessione della sospensione condizionale della pena (interpolazioni realizzate dalla legge 24 novembre 1981, n. 689; dalla legge 11 giugno 2004, n. 145; dalla legge 16 gennaio 2019, n. 3; dalla legge 26 aprile 2019, n. 36; della legge 19 luglio 2019, n. 69 e, infine, dalla Riforma Cartabia).

Come affermato da Sez. U, n. 37503 del 23/06/2022, Liguori, in motivazione, «[l]a tipizzazione, nel modello legale, dei casi specifici in cui la sospensione condizionale della pena può essere subordinata all'adempimento di "obblighi" si spiega con la considerazione che i principi di legalità e di tassatività, i quali presiedono al sistema penale, escludono che la sospensione condizionale della pena possa essere sottoposta ad obblighi diversi da quelli espressamente previsti dall'art. 165 cod. pen. (Sez. 1, n. 8863 del 18/06/1992, Varone, Rv. 191627 - 01)».

Riprendendo quanto autorevolmente sostenuto dalla Consulta (Corte cost., sent. n. 295 del 1986 e ord. n. 296 del 2005) la sospensione condizionale della pena si configura come una "astensione a tempo" dall'esecuzione della pena irrogata con la sentenza di condanna e di cui, accordando il beneficio, si sospende l'esecuzione; essa pertanto non ha effetti definitivi immediati, in quanto apre una vicenda che soltanto alla fine del termine indicato dall'art. 163 cod. pen. conduce all'eventuale estinzione di alcuni effetti penali.

Si afferma infatti che l'esecuzione della pena rimane sospesa, perché si produce in concreto una nuova fattispecie che ne inibisce l'esecuzione al termine della vicenda giuridica, aperta con la concessione del beneficio, e sempre che si avverino una serie di elementi positivi (decorso del tempo; adempimento degli obblighi eventuali) e negativi (mancanza di revoca del beneficio), nel qual caso si determina l'estinzione degli effetti penali a norma dell'art. 167 cod. pen.

Tanto premesso, e dando per assodato che la sospensione condizionale non sia una pena, è indubbio però che essa sia accessoria alla pena e concorra alla sua esecuzione e, soprattutto, che il riconoscimento del beneficio – perché di un beneficio si tratta, anche quando connotato, come nel caso della seconda sospensione o della condanna per i reati indicati all'art. 165 cod. pen. (anche) da afflizione – è frutto di una valutazione discrezionale che il giudice compie, sempre vincolata alla sussistenza dei presupposti legittimanti la stessa, rispetto alla quale viene in rilievo, nella valutazione del rischio di recidiva e più in generale, nella valutazione sulla capacità per l'agente di autolimitarsi, ma anche nella scelta degli obblighi cui assoggettarla, proprio il principio di proporzionalità, nella sua accezione “soggettiva”, ossia come criterio cui riferirsi per applicare il trattamento sanzionatorio più proporzionato ed individualizzante, nell'ottica della rieducazione.

E ciò vale non solo con riferimento alla valutazione prognostica che il giudice compie sempre e in ogni caso, ossia la capacità del condannato di astenersi dal commettere ulteriori reati della stessa specie, ma anche nella individuazione degli obblighi cui subordinare la sospensione.

A monte vi è sempre e comunque la necessità che il giudice valuti la sussistenza dei presupposti legittimanti la sospensione condizionale della pena, rispetto ai quali il controllo della Corte di cassazione si esprime affermando – in ciò superando un orientamento espresso in precedenza da Sez. 3, n. 42737 del 06/07/2016, R, Rv. 267906-01 - che il giudice di merito, nel valutare la concedibilità del beneficio, non ha l'obbligo di prendere in esame tutti gli elementi richiamati nell'art. 133 cod. pen., potendo limitarsi ad indicare quelli da lui ritenuti prevalenti in senso ostativo alla sospensione, ivi compresi i meri precedenti giudiziari.

Proprio in relazione alla valenza dei precedenti giudiziari, assume rilievo una decisione assunta da Sez. 3, n. 16703 del 26/03/2024, Doroteo, nella quale la Corte ha censurato la decisione di merito di escludere il beneficio della seconda sospensione condizionale della pena, ritenendo preclusivo il precedente sospeso per la messa alla prova dell'imputato. In tale decisione la Corte ha evidenziato che la valutazione prognostica che il giudice compie, laddove dia valore dirimente ad elementi prevalenti in senso ostativo alla sospensione, deve dare conto delle ragioni di prevalenza e dunque del percorso motivazionale seguito. Nel caso di specie la Corte d'appello di Roma aveva attribuito rilievo ad un precedente

giudiziario, per altro non specifico, per il quale il ricorrente era stato ammesso alla messa alla prova, facendone derivare una conseguenza pregiudizievole per il reo, ritenendo che ciò denotasse una sua personalità negativa. Tale valutazione è stata ritenuta erronea perché quel tipo di precedente, ha detto la Corte, non ha valenza negativa quale elemento da valutarsi tra i criteri direttivi indicati dall'art. 133 cod. pen., oltre ad essere contrario al disposto di cui all'art. 164 cod. pen., posto che l'ammissione alla prova presuppone a sua volta una valutazione di astensione da parte dell'imputato dal commettere ulteriori reati. Il sindacato della Corte, in tale decisione, è dunque andato oltre il mero dato formale (l'esistenza di un precedente giudiziario), essendo stata verificata la tipologia del precedente (sospeso per l'ammissione dell'imputato alla prova), l'assenza di una personalità negativa (desumibile proprio dalla scelta di sottoporsi alla messa alla prova) e la sussistenza, in concreto, di una valutazione prognostica favorevole in ordine alla futura astensione del reo dalla commissione di ulteriori reati, insita in ogni ammissione alla prova.

La valutazione prognostica sulla capacità del condannato di astenersi dal commettere ulteriori reati della stessa specie è dunque una componente essenziale della sospensione condizionale della pena ma non è l'unica, posto che anche nella eventuale individuazione degli obblighi cui subordinare la sospensione, sia quando essi siano facoltativi (il giudice "può"), sia quando siano obbligatori (come nelle ipotesi previste dall'art. 165 cod. pen.), le modalità attraverso le quali vanno effettuati gli obblighi vengono decise dal giudice, il quale, così facendo, riempie di contenuto quelle imposizioni.

E il trattamento sanzionatorio sarà allora tanto più efficace, quanto più quelle valutazioni vengano svolte richiamando e applicando il principio di proporzionalità ed individualizzazione della pena.

Indicativo, in questo senso il principio espresso da Sez. 6, n. 39341 del 26/06/2023, T, Rv. 285275-01, laddove ha affermato che l'obbligo di partecipazione ai percorsi trattamentali di cui all'art. 165, comma quinto, cod. pen., introdotto dall'art. 6, comma 1, legge 19 luglio 2019 n. 69 (cd. "Codice rosso"), cui è subordinato il riconoscimento del beneficio della sospensione condizionale della pena in favore degli autori di reati di violenza domestica o di genere, ha un contenuto special-preventivo del tutto differente dalle altre forme di riparazione contemplate dallo stesso art. 165, essendo volto a scongiurare, attraverso la rieducazione del soggetto e con l'ausilio di esperti, il pericolo di recidiva rispetto a tali reati, sicché è legittimo il diniego del beneficio in caso di partecipazione a programmi di recupero delle dipendenze (nella specie, tossicologica ed alcolica) privi dei suddetti requisiti di specificità.

Alcune, fondamentali, indicazioni sono state già date dalle Sezioni Unite, quali la necessità dell'indicazione di un termine a decorrere dal quale gli obblighi vanno

adempiti: si legge in Sez. U, Liguori, richiamata sul punto anche da Sez. U, n. 32939 del 27/04/2023, Selvaggio, che «tanto l'evoluzione storica dell'istituto (tutte le disposizioni, che si sono cronologicamente succedute, hanno previsto che il giudice penale assegnasse al condannato un termine per l'adempimento) quanto l'interpretazione letterale dell'art. 165 cod. pen. depongono nel senso che il termine svolge un ruolo centrale all'interno della fattispecie, fungendo da elemento essenziale di essa. ... alcuna facoltà discrezionale è attribuita al giudice, secondo il testo di legge, in ordine all'obbligatorietà di disporre una tale clausola' ("il giudice nella sentenza stabilisce..."), ricavandosi che deve esistere una distanza di tempo tra il momento in cui "*l'obbligo*" *sorge* e il momento entro il quale "*l'obbligo*" stesso deve essere soddisfatto, richiedendosi perciò che all'onere sia concesso un lasso di tempo per l'adempimento dell'obbligo impostogli ("... il termine entro il quale ...") e rendendo perciò anche certo che debba essere fissato necessariamente il *dies ad quem*».

Non è solo il termine che va individuato dal giudice: come affermato da Sez. U, Liguori, «il termine per adempiere concorr[e] a definire il trattamento special-preventivo del condannato in consonanza con il principio rieducativo (art. 27, terzo comma, Cost.) [...e...] induce a ritenere che sussista l'obbligo del giudice della cognizione di procedere, secondo le evidenze disponibili, all'accertamento delle condizioni economiche dell'imputato nel caso in cui la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena sia subordinato all'adempimento dell'obbligo risarcitorio».

Su altri aspetti della sospensione condizionale della pena, subordinata all'adempimento degli obblighi, il controllo che la Corte esercita sui punti della decisione che li prevedono, riguarda essenzialmente la necessità o meno della "non opposizione", nei casi in cui il beneficio venga concesso a persona che ne abbia già usufruito con altro precedente e vada quindi subordinato alla prestazione di attività non retribuita in favore della collettività, ai sensi dell'art. 165, comma primo, cod. pen., e la possibilità di applicarli d'ufficio in appello, nei casi in cui difetti l'impugnazione del pubblico ministero.

Su entrambe le questioni si registrano al momento due differenti orientamenti.

Sulla prima, accanto ad un orientamento che ritiene necessaria la "non opposizione", manifestata personalmente dall'interessato (Sez. 5, n. 7406 del 27/09/2013, dep. 2014, Mellone, Rv. 259517-01; Sez. 3, n. 26259 del 10/05/2018, Madaghiele, Rv. 273320-01), si registra un indirizzo, maggioritario, secondo il quale nella richiesta di sospensione condizionale della pena avanzata dall'imputato, che abbia già usufruito del beneficio in relazione a precedente condanna, laddove manchi una espressa "opposizione", deve ritenersi implicito il consenso, trattandosi di prescrizione che il giudice deve necessariamente disporre

a norma dell'art. 165, comma secondo, cod. pen. (Sez. 6, n. 9063 del 10/01/2023, Maddaloni, Rv. 284337-02; Sez.6, n. 8535 del 2/2/2021, Rv. 280712; Sez. 2, n. 29001 del 29/09/2020, Bongi, Rv. 279773; Sez. 6, n. 12079 del 20/02/2020, Taher, Rv. 278725; Sez. 3, Sentenza n. 4426 del 24/10/2019, dep. 2020, Rv. 278396-01, Sez. 5, n. 19721 del 11/04/2019, P., Rv. 276248).

Sulla seconda, accanto ad un orientamento secondo cui l'imposizione di uno degli obblighi contemplati dall'art. 165 cod. pen., in quanto idonei ad aggravare il complessivo trattamento sanzionatorio, non può essere disposto d'ufficio del giudice dell'impugnazione, in caso di omessa previsione da parte del giudice di primo grado dell'adempimento di uno degli obblighi previsti dall'art. 165 cod. pen. ed in assenza di impugnazione del pubblico ministero, pena la violazione del divieto di "*reformatio in peius*" (Sez.2, n. 12789 del 13/2/2020, Vinci, Rv. 279033-01; Sez.3, n. 30557 del 15/7/2011, Di Martino, Rv. 251041-01), altro ritiene possibile che la corte di appello possa modificare le modalità di applicazione del beneficio, prevedendo che esso vada subordinato agli obblighi (Sez.2, n. 34727 del 30/6/2022, Pastore, Rv.283845-02), quali il risarcimento del danno (Sez.5, n. 11738 del 30/1/2020, Crescenzo, Rv. 278929-01), o la prestazione del lavoro di pubblica utilità (Sez. 6, n. 9063 del 10/01/2023, Maddaloni, Rv. 284337-02).

Con riferimento, nello specifico, alla possibilità di subordinare la sospensione condizionale della pena alla partecipazione dell'imputato agli specifici percorsi di recupero di cui all'art. 165, comma quinto, cod. pen., non disposta nel procedimento di cognizione, Sez. 6, n. 30147 del 03/05/2023, P, Rv. 285046-01 ha ritenuto che il giudice dell'esecuzione possa disporla, definendo lui stesso i termini e le modalità attuative dei detti percorsi.

5) Misura della pena in rapporto alle condizioni economiche e patrimoniali.

Un cenno è opportuno alla modulazione del trattamento economico in rapporto alle condizioni economiche e patrimoniali del condannando.

Il legislatore disciplina, all'art. 133-*bis* cod. pen., la valutazione delle condizioni economiche e patrimoniali (inciso, quest'ultimo, aggiunto dall'art. 1, comma 1, lett. d), n. 1) d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150) del reo ma agli effetti della pena pecuniaria e dunque nella determinazione dell'ammontare della multa o dell'ammenda, stabilendo che a tali fini il giudice ne deve tenere conto unitamente ai criteri indicati dall'art. 133 cod. pen.

Ma le condizioni economiche, e oggi anche patrimoniali, del reo, in ossequio al principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., vengono anche in rilievo nei casi in cui la parte non sia stata condannata (solo) alla pena pecuniaria, ma le siano

imposti obblighi essenzialmente di *facere*, che abbiano e richiedano “sforzi” o comunque impegni economici.

La problematica viene in rilievo soprattutto con riferimento agli obblighi risarcitori, ma, indirettamente, può rilevare in tutti i casi in cui è imposto un obbligo, il cui adempimento richieda per la parte un impegno di natura economica (anche lo stesso obbligo di ripristino dello stato dei luoghi, per esempio, laddove comporti la demolizione di un manufatto, la rimozione di materiali di vario genere o la bonifica dei luoghi comporta un impegno di spesa per la parte; il pagamento di tributi; l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, per dirne alcuni).

In questi casi, occorre chiedersi se il giudice abbia o no un potere di accertamento in ordine alle condizioni economiche dell'imputato e fino a dove possa spingersi questo potere di accertamento e ciò, come detto non soltanto in relazione alle pene pecuniarie (che oggi per altro si sono arricchite di tutta una serie di indicazioni contenute nel d.lgs. n. 150 del 2022, sia in relazione alla pena pecuniaria principale, che con riferimento alla pena pecuniaria sostitutiva).

Importanti indicazioni, per il giudice di merito e per il controllo che su questa voce è, di conseguenza, riservato alla Corte di cassazione, e che si ritiene utile riportare per esteso, vengono da Sez. U, Liguori che, in tema di sospensione condizionale della pena e di obblighi risarcitori cui la stessa sia stata subordinata, hanno affermato: «la giurisprudenza di legittimità, che ha fatto registrare nel tempo opposti orientamenti, si è espressa recentemente, in modo compatto, nel senso che, nel caso di sospensione condizionale subordinata all'adempimento dell'obbligo di risarcimento del danno, il giudice della cognizione non è tenuto a svolgere alcun accertamento sulle condizioni economiche dell'imputato, salva l'ipotesi in cui emergano situazioni che ne facciano dubitare della capacità economica di adempiere ovvero quando tali elementi siano forniti dalla parte interessata (Sez. 6, n. 46959 del 19/10/2021, P., Rv. 282:348-01; Sez. 6, n. 22094 del 18/03/2021, Orsi, Rv. 281510-01; Sez. 5, n. 3187 del 26/10/2020, dep. 2021, Genna, Rv. 280407-01; Sez. 2, n. 26958 del 24/07/2020, Valente, Rv. 279648-01; Sez. 5, n. 40480 del 24/06/2019, P., Rv. 278381-02; Sez. 4, n. 50028 del 04/10/2017 Pastorelli, Rv. 271179-01; Sez. 6, n. 52730 del 28/09/2017, S., Rv. 271731-01).

Peraltro, in passato, la Corte aveva ritenuto che il giudice della cognizione, qualora avesse subordinato la concessione della sospensione condizionale della pena al risarcimento del danno contestualmente liquidato, dovesse procedere, con apprezzamento motivato, alla valutazione, sia pure sommaria, delle condizioni economiche dell'imputato e della sua concreta possibilità di sopportare l'onere del risarcimento pecuniario (Sez. 5, n. 21557 del 02/02/2015, Solazzo, Rv. 263675-01; Sez. 2, n. 22342 del 15/02/2013, Cafagna, Rv. 255665 - 01), giungendo successivamente ad affermare che, in tali casi, sussistesse comunque l'obbligo di

valutare le reali condizioni economiche del condannato e, ancor di più, quando vi fosse un accenno di prova dell'incapacità di questo di sopportare l'onere del pagamento risarcitorio (Sez. 5, n. 40041 del 18/06/2019, Peron, Rv. 277604-01) e, nel pervenire a tale conclusione, aveva sottolineato come l'obbligo in questione fosse coerente con il principio costituzionale di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e con la funzione rieducativa della pena prevista dall'art. 27 Cost.

Questi ultimi approdi, del tutto compatibili con l'indirizzo in precedenza richiamato e che si è andato delineando all'interno della giurisprudenza di legittimità, fondano il proprio assunto privilegiando un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 165 cod. pen., in relazione all'art. 3 Cost. e facendo perciò leva sulle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale, la quale, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale della norma, nella parte in cui consente di subordinare la sospensione condizionale della pena al risarcimento del danno, ha sottolineato che spetta comunque al giudice la valutazione, caratterizzata da un apprezzamento motivato pur se discrezionale, della capacità economica del condannato e della sua concreta possibilità di sopportare l'onere del risarcimento del danno (Corte cost., sentenza n. 49 del 1975).

Pertanto, la necessità di una tale preventiva valutazione, sia pure sommaria, consente di evitare che si realizzi in concreto un trattamento di sfavore a carico dello stesso condannato in ragione delle sue condizioni economiche, ancor più quando vi sia già un elemento di prova dell'incapacità dell'imputato di adempiere all'obbligazione risarcitoria, con la conseguenza che il dovere di scandagliare le effettive possibilità del condannato di fruire del beneficio della sospensione condizionale subordinandolo ad un obbligo risarcitorio che egli possa realmente assolvere è coerente con il principio costituzionale di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e con la funzione rieducativa della pena prevista dall'art. 27 Cost. e tutto ciò, vale la pena ricordare, si pone in linea con la tradizione giuridica italiana che, sin dall'introduzione dell'istituto della condanna condizionale, aveva posto in rilievo la necessità che con l'imposizione dell'obbligo risarcitorio, al cui adempimento fosse subordinata la sospensione della pena, si potesse realizzare, qualora affrancato da ogni valutazione sulla capacità di adempiere, una disparità di trattamento tra imputati abbienti e non abbienti.

La circostanza poi che una tale valutazione competa anche e comunque al giudice dell'esecuzione, qualora si verta in tema di revoca del beneficio, non esime il giudice della cognizione dall'eseguire un accertamento non necessariamente approfondito ma tale da escludere che, come è stato sottolineato in dottrina, la sospensione condizionale della pena "nasca già morta", perché condizionata all'assolvimento di un onere che il condannato non può *ab initio* sopportare, essendo l'adempimento per lui non esigibile in partenza".

CAP. III– PROFILI SPECIFICI DI ALCUNI TRATTAMENTI SANZIONATORI

1) Le pene accessorie.

Un breve cenno, che non può essere comprensivo di tutte le problematiche che si sono poste e che hanno interessato le Sezioni della Corte, comprese le Sezioni Unite, va dedicato alle pene accessorie che, rispetto alle pene principali - che svolgono funzioni retributive, preventive di carattere generale e speciale, nonché rieducative -, si connotano, specie se interdittive ed inabilitative, per essere collegate al compimento di condotte che si concretizzano nello svolgimento (o nel non svolgimento) di incarichi o attività: esse sono più marcatamente orientate a fini di prevenzione speciale, oltre che di rieducazione personale, che realizzano mediante il forzato allontanamento del reo dal medesimo contesto operativo, professionale, economico e sociale, nel quale sono maturati i fatti criminosi per impedirgli di reiterare reati in futuro e per sortirne l'emenda (così, in motivazione, Sez. U, n. 28910 del 28/02/2019, dep. 2019, Suraci, Rv. 276286-01).

L'insegnamento che si trae dal diritto vivente in tema di pene accessorie è che, per conseguire lo specifico finalismo preventivo, cui esse sono preordinate, è necessaria una loro modulazione personalizzata, in correlazione con il disvalore del fatto di reato e con la personalità del responsabile, non necessariamente ancorata o riproduttiva della durata della pena principale.

In altri termini, come la pena principale, per essere effettivamente proporzionata e conseguire la finalità essenzialmente rieducativa che la connota, deve poter essere modulata e quindi individualizzata, allo stesso modo la pena accessoria andrebbe determinata caso per caso dal giudice, sempre nell'ambito della cornice edittale disegnata dalla singola disposizione di legge, sulla scorta di una valutazione discrezionale, rigorosa, che si avvalga della ricostruzione probatoria dell'episodio criminoso e dei parametri dell'art. 133 cod. pen. e di cui è obbligo dare conto con congrua motivazione. Sono queste le indicazioni che si traggono da Sez. U, Suraci, in contrapposizione con lettura dell'art. 37 cod. pen. che era stata offerta dalle precedenti Sezioni Unite con la sentenza n. 6240 del 2015, essendosi affermato che la perequazione automatica della stessa «non estesa alla considerazione della funzione svolta dalle pene accessorie e delle linee evolutive della giurisprudenza costituzionale, non consente risposte individualizzate e graduate in dipendenza delle peculiarità del caso, delle esigenze

specifiche ad esso sottese, nonché delle caratteristiche di afflittività delle singole sanzioni accessorie, incidenti in senso fortemente limitativo sul diritto al lavoro e sul diritto di iniziativa economica, oltre che su altri aspetti della vita individuale e sociale, e finisce per estendervi i sospetti di incostituzionalità, insiti in tutti gli automatismi punitivi».

La modulazione delle pene accessorie viene in rilievo soprattutto quando si tratta di determinarne la durata, nei casi in cui sia previsto un limite minimo e uno massimo: si afferma che la durata vada appunto determinata in concreto, con adeguata motivazione, sulla base dei criteri stabiliti dall'art. 133 cod. pen., dovendo escludersi la necessaria correlazione con quella della pena principale (Sez. 3, n. 41061 del 20/06/2019, Paternò, Rv. 277972-01 e più di recente ancora, Sez. 3, n. 18879 del 17/04/2024, T, Rv. 286311-01 ha affermato che la durata della sospensione dall'esercizio di una professione, prevista dall'art. 609-*nonies*, comma primo, n. 5, cod. pen, dev'essere determinata, in concreto, dal giudice, con motivazione che indichi, tra i criteri enumerati dall'art. 133 cod. pen., quelli posti a fondamento del giudizio di gravità delle condotte e di negativa personalità dell'agente).

E' questo un indirizzo che applica il principio espresso da Sez. U, Suraci, secondo cui «La durata delle pene accessorie per le quali la legge stabilisce, in misura non fissa, un limite di durata minimo ed uno massimo, ovvero uno soltanto di essi, deve essere determinata in concreto dal giudice in base ai criteri di cui all'art. 133 cod. pen. e non rapportata, invece, alla durata della pena principale inflitta ex art. 37 cod. pen. (In applicazione del principio, la Corte ha annullato con rinvio la sentenza che aveva irrogato agli imputati le pene accessorie conseguenti al reato di bancarotta fraudolenta per il periodo fisso di dieci anni richiamando la sentenza della Corte costituzionale n. 222 del 2018»).

Tale principio sposa l'orientamento espresso da Sez. 5, n. 5882 del 29/01/2019, Baù, Rv. 274413-01, così massimata: «In tema di bancarotta fraudolenta, la durata delle pene accessorie previste dall'art. 216, ult. comma, legge fall., nella formulazione derivata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 222 del 2018, non necessariamente deve essere parametrata alla stessa durata della pena principale ai sensi dell'art. 37 cod. pen., in quanto i principi di proporzionalità e di individualizzazione del trattamento sanzionatorio, posti alla base della decisione di illegittimità costituzionale, non consentono di applicare alcun tipo di automatismo sanzionatorio. (In applicazione del principio la Corte, riconoscendo d'ufficio l'illegalità delle pene accessorie irrogate prima della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 216, ult. comma, legge fall., ha annullato con rinvio la sentenza impugnata limitatamente al punto delle pene accessorie, al fine di consentire al giudice di merito di stabile la durata delle stesse, trattandosi di giudizio, che implicando valutazioni discrezionali, è sottratto al

giudice di legittimità). Conf. Sez. 5, n.6115/2019 del 14/12/2018 (dep.07/02/2019); Sez. 5, n.4780/2019 del 20/12/2018 (dep.30/01/2019)».

Nella sentenza Baù, che vale la pena riportare nei passaggi in cui richiama la sentenza della Consulta, sulla (incostituzionalità) degli automatismi ed offre una lettura diversa rispetto alle precedenti Sezioni Unite, ancorando la nuova scelta al principio di proporzionalità ed individualizzazione della pena, si afferma che «se gli automatismi contrastano con i principi costituzionali di proporzionalità della pena e di individualizzazione del trattamento sanzionatorio, diventa "sospetta" sotto il profilo della compatibilità con la Costituzione, anche la regola dettata dall'art. 37 cod. pen. - ove intesa come unica soluzione possibile -: regola che non lascerebbe al giudice quel margine di discrezionalità ritenuto necessario nella prospettiva di assegnare «alle pene accessorie una funzione almeno in parte distinta rispetto a quella delle pene detentive, e marcatamente orientata alla prevenzione speciale negativa - imperniata sull'interdizione del condannato da quelle attività che gli hanno fornito l'occasione per commettere gravi reati». [...]

In tale ottica, più che addentrarsi in una attività di "interpretazione", riconosciuta come spettante al giudice comune («la valutazione del modo in cui il sistema normativo reagisce ad una sentenza costituzionale di accoglimento spetta al giudice del processo principale, unico competente a definire il giudizio da cui prende le mosse l'incidente di costituzionalità»), la Corte costituzionale sembra rivolgere un richiamo rispetto ai profili di incostituzionalità che, in tema di pene accessorie ex art. 216 u.c. l. fall., presenterebbe la scelta di sostituire un automatismo con un altro, sia pure con effetti meno gravosi. [...]

Occorre dunque adottare una soluzione capace di garantire quella elasticità necessaria a consentire al giudice, nel rispetto del principio di proporzionalità, di «determinare, con valutazione caso per caso e disgiunta da quella che presiede alla commisurazione della pena detentiva, la durata delle pene accessorie previste dalla disposizione censurata, sulla base dei criteri indicati dall'art. 133 cod. pen.; durata che potrebbe dunque risultare, in concreto, anche maggiore di quella della pena detentiva contestualmente inflitta, purché entro il limite massimo di dieci anni. Ciò tenendo conto sia del diverso carico di afflittività, sia della diversa finalità, che caratterizzano le pene accessorie in parola rispetto alla pena detentiva: diverse afflittività e finalità che suggeriscono, nell'ottica di una piena attuazione dei principi costituzionali che presiedono alla commisurazione della pena, una determinazione giudiziale autonoma delle due tipologie di pena nel caso concreto».

Deve pertanto concludersi ribadendo che in questa prospettiva può ritenersi che la regola dettata dall'art. 37 cod. pen. divenga uno dei criteri per la determinazione delle pene accessorie della bancarotta. Ma non l'unico, in ossequio ai principi di proporzionalità e di individualizzazione del trattamento sanzionatorio nei quali si estrinseca la *ratio decidendi* della peculiare scelta manipolativa operata

dalla Corte Costituzionale. Detti principi contrastano con qualsiasi tipo di automatismo, compreso quello della parametrizzazione obbligata della durata della pena accessoria alla pena principale, che, si ripete, ove rimanesse l'unico criterio commisurativo, potrebbe dare luogo, di nuovo, a sospetto di costituzionalità del combinato disposto art. 37 cod. pen. e art. 216 u.c. I. fall.»

Più in generale, comunque, anche in relazione alle pene accessorie, il criterio che guida la Corte è ancora una volta il principio di proporzionalità, in rapporto alla gravità del fatto di reato, da un lato, e alla capacità a delinquere dell'autore, dall'altro, con riflessi immediati sulla personalizzazione ed individualizzazione del trattamento sanzionatorio

Il principio ha guidato, come visto, la sentenza Bau e le Sez. U, Suraci, ed è stato di recente richiamato anche da Sez. 6, n. 9062 del 16/12/2022, dep. 2023, Andolfi, Rv. 284417-01, che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 29, comma primo, cod. pen., nella parte in cui prevede la pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici per la durata di anni cinque, sollevata in relazione agli artt. 3, 27, 41, 111 e 117 Cost. nonché 8 Convenzione EDU, osservando: «...l'entità della pena principale inflitta rimessa al potere discrezionale del giudice condiziona in concreto l'applicazione della pena accessoria in rapporto ad un giudizio di gravità predeterminato dalla legge che differenzia la durata della pena accessoria in rapporto al superamento di due soglie distinte, quella di tre anni di reclusione per l'interdizione temporanea e quella di anni cinque di reclusione per l'interdizione perpetua, quindi, attraverso un meccanismo punitivo graduale che presuppone una valutazione in concreto della gravità della condotta incriminata da parte del giudice attraverso la determinazione della durata della pena principale della reclusione, e che, pertanto, non si presenta distonico rispetto al principio della personalizzazione di individualizzazione del trattamento sanzionatorio» (pag. 80 della motivazione).

Diversamente dalla pena accessoria prevista dall'art. 219, ultimo comma, legge fallimentare (di cui, come si è visto, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale con Corte cost., sent. n. 222 del 2018), si afferma che la pena accessoria nel caso di specie non viene prevista in misura fissa ed automatica, che prescinde dalla valutazione della gravità del reato, essendo al contrario rimesso al potere del giudice la possibilità di determinarne o meno il relativo presupposto applicativo, attraverso la modulazione della pena in concreto sotto la soglia prevista (che, se inferiore, in concreto, ai tre anni di reclusione, non comporta l'applicazione di alcuna pena accessoria prevista dall'art. 29, comma primo, cod. pen.). In altri termini, mancando un automatismo sanzionatorio, in quanto nel caso di specie l'applicazione della pena dipende pur sempre dal vaglio discrezionale della gravità del fatto in ragione della determinazione della pena oltre una certa

soglia, la norma di cui all'art. 29 cod. pen., si dice, non presenta profili di illegittimità costituzionale.

2) Le pene pecuniarie.

Il discorso sulla determinazione delle pene pecuniarie investe tanto il tema della commisurazione (art. 133-*bis* cod. pen) e della rateizzazione (art. 133-*ter* cod. pen.) quanto quello della sostituzione, sia con riferimento alla “vecchia” sostituzione, che in relazione alla pena pecuniaria sostitutiva, che verrà nello specifico analizzata nel paragrafo sulle pene sostitutive delle pene detentive brevi.

In relazione, invece, alla esecuzione delle pene pecuniarie va qui precisato che la tematica è stata ampiamente modificata dalla Riforma Cartabia, con il nuovo art. 660 cod. proc. pen., introdotto dall'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 150 del 2022, e il nuovo art. 181-*bis* disp. att. cod. proc. pen., in attuazione della direttiva di cui all'art. 1, comma 16, lett. a («razionalizzare e semplificare il procedimento di esecuzione delle pene pecuniarie») e lett. c, prima parte, («prevedere procedure amministrative efficaci, che assicurino l'effettiva riscossione della pena pecuniaria») della legge delega, e occorrerà dunque attendere per vedere in che termini e su quali aspetti si concentrerà il controllo sul punto da parte della Corte di cassazione.

Tanto chiarito, con riferimento alla determinazione della pena pecuniaria, e, nello specifico, alla sua commisurazione, il legislatore disciplina, all'art. 133-*bis* cod. pen., la valutazione delle condizioni economiche e patrimoniali (inciso, quest'ultimo, aggiunto dall'art. 1, comma 1, lett. d, n. 1, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150) del reo agli effetti della pena pecuniaria e dunque nella determinazione dell'ammontare della multa o dell'ammenda, stabilendo che a tali fini il giudice ne deve tenere conto unitamente ai criteri indicati dall'art. 133 cod. pen.

Si afferma, infatti, al menzionato art. 133-*bis* cod. pen. che «Nella determinazione dell'ammontare della multa o dell'ammenda il giudice deve tener conto, oltre che dei criteri indicati dall'articolo precedente, anche delle condizioni economiche e patrimoniali del reo.

Il giudice può aumentare la multa o l'ammenda stabilite dalla legge sino al triplo o diminuirle sino ad un terzo quando, per le condizioni economiche e patrimoniali del reo, ritenga che la misura massima sia inefficace ovvero che la misura minima sia eccessivamente gravosa».

Con la riforma Cartabia è stato dunque dato rilievo anche alle condizioni patrimoniali («*allargando così la valutazione del giudice al complesso dell'intera posizione patrimoniale dell'imputato (ad es., beni mobili e immobili)*», cfr Relazione illustrativa) oltre che economiche del reo, sia agli effetti della pena (art.

133-*bis* cod. proc. pen.), che nel pagamento rateale della multa e dell'ammenda, ai sensi dell'art. 135 cod. pen.

Come affermato, sul punto, da alcuni primi commentatori della riforma l'intero sistema dell'effettività della riscossione della pena pecuniaria si regge su un presupposto sostanziale, ossia la corretta e proporzionata commisurazione della pena stessa, che sia effettuata sulla base non solo della gravità del fatto, ma anche tenendo conto delle effettive condizioni economiche e – oggi anche – patrimoniali del reo, nel pieno rispetto della disciplina dettata dagli artt. 133, 133-*bis* e 133-*ter* cod. pen. (compreso il secondo comma). E' questa la prima garanzia del puntuale adempimento, che, dopo la riforma, si rivela ancora più decisiva in un sistema che prevede la conversione della pena pecuniaria non pagata non solo per insolvibilità, ma anche per insolvenza. Diventa quindi ancora più deciso che, nel commisurare la pena pecuniaria, vengano abbandonate clausole di stile che spesso accompagnano la determinazione, da parte del giudice della cognizione, della pena pecuniaria.

Se con la riforma è stato quindi dato rilievo alle condizioni patrimoniali, va evidenziato che nella commisurazione della pena pecuniaria, il criterio guida è da sempre quello delle condizioni economiche.

Quanto alla natura del parametro delle condizioni economiche, già con una risalente pronuncia si è affermato che ai fini dell'applicazione dell'art. 133-*bis* cod. pen. (condizioni economiche del reo- aumento fino al triplo e/o diminuzione fino ad un terzo della pena pecuniaria) le dette condizioni non debbono essere previamente contestate all'imputato come "circostanza", poiché, a seguito della modifica apportata dall'art. 101 legge 24 novembre 1981, n. 689, agli artt. 24 e 26 cod. pen., le condizioni economiche del reo sono state eliminate dal titolo II del codice penale ed inserite nell'art. 133-*bis* stesso codice fra i criteri di applicazione della pena. Tale diversa collocazione ha comportato l'eliminazione del carattere di "circostanza" di dette condizioni economiche e la configurazione di esse come parametro di riferimento ai fini della determinazione della pena. Pertanto l'imputato, tratto a giudizio per rispondere di un reato punibile con pena - solo o anche - pecuniaria, deve svolgere ogni difesa anche in relazione al possibile aumento fino al triplo del massimo della pena edittale, mentre alla accusa spetta l'onere di fornire prova della particolarmente elevata consistenza patrimoniale del reo ed al giudice l'obbligo di svolgere un ponderato e completo apprezzamento della detta situazione economico-patrimoniale, dando adeguata e congrua motivazione delle scelte al riguardo operate nonché degli elementi sui quali ha fondato il proprio convincimento (Sez. 3, n. 9575 del 08/10/1996, Paterno, Rv. 206467–01).

Il principio è stato ribadito, in termini conformi, anche da Sez. 1, n. 45482 del 04/11/2004, Zheng, Rv. 229750–01, così massimata: «[a]i fini della

determinazione della pena pecuniaria (art. 133-*bis* cod. pen.) con il possibile aumento fino al triplo o diminuzione fino ad un terzo, le condizioni economiche del reo non hanno natura di circostanze aggravanti ex art. 101, legge 689 del 1981, e pertanto non debbono essere contestate preventivamente, con la conseguenza che le parti processuali hanno l'onere di provare le proprie deduzioni sulle condizioni patrimoniali e il giudice ha il dovere di motivare il proprio convincimento».

Se dunque le condizioni economiche non hanno natura di circostanze aggravanti, è stato comunque evidenziato che ai sensi dell'art. 133-*bis* cod. pen. l'aumento sino al triplo o la diminuzione di un terzo della pena per adeguarla alla capacità economica del reo segue la determinazione della pena pecuniaria che va effettuata tenendo conto esclusivamente della gravità del reato e della capacità a delinquere dell'imputato, non potendo le condizioni economiche del reo formare oggetto di duplice valutazione (Sez. 3, n. 29878 del 28/06/2006, Gangi, Rv. 235751-01).

In ogni caso, sempre con riferimento al tema della determinazione della pena pecuniaria e della valutazione delle condizioni economiche del reo, è principio consolidato quello secondo cui il giudice ha l'onere innanzitutto di individuare la pena base e quindi di procedere alle correzioni necessarie per renderla efficace o meno gravosa, giustificando l'esercizio di tale potere con una motivazione ancorata a dati oggettivi e con giudizio ponderato sulla situazione economica del soggetto interessato, che deve consistere non già in generiche affermazioni sulla professione da lui svolta, dalla quale far presuntivamente discendere la sussistenza delle condizioni agiate, bensì nella valutazione di un insieme di elementi dai quali dedurre la sussistenza di una condizione economica superiore allo *standard* medio di un determinato periodo (Sez. 3, n. 11836 del 18/11/1997, Pasini, Rv. 209341-01).

Non può dunque prescindersi, anche nella determinazione della pena pecuniaria, dalla necessità che il giudice fondi la motivazione ancorandosi ad elementi concreti ed avendo comunque come criterio guida, anche in questo caso, quello della finalità rieducativa propria di ogni pena: altro principio consolidato è quello secondo cui il potere discrezionale del giudice in ordine al trattamento sanzionatorio non può, nel suo concreto esercizio, prescindere da un'innegabile direttiva di fondo dell'ordinamento, costituita dall'esigenza rieducativa: il principio indicato nell'art. 27, terzo comma, cost., si riflette sul meccanismo delineato nell'art. 133 cod. pen., dovendosi tener conto, nella commisurazione della pena, delle "necessità rieducative" individuabili attraverso l'analisi delle modalità del fatto e della personalità dell'imputato (Sez. 1, n. 1196 del 12/03/1983, dep. 1984, Di Carlo, Rv. 162556-01)

Interessante è poi la questione relativa alla richiesta, che la parte può sempre avanzare, di riduzione della pena pecuniaria.

Premesso che per ottenere la riduzione della pena pecuniaria ai sensi dell'art. 133-*bis* cod. pen. è necessario che l'imputato allegghi l'indispensabile documentazione atta a chiarire la sua situazione economica (cfr Sez. 6, n. 7989 del 31/05/1993, Spreafico, Rv. 194918 – 01), la Corte si è pronunciata soprattutto in relazione ai presupposti della riduzione.

Principio consolidato è quello secondo il quale l'eccessiva gravosità della sanzione pecuniaria rispetto alle capacità economiche del soggetto, quale presupposto dell'applicazione della circostanza attenuante di cui all'art. 133-*bis* cod. pen., deve comportare una vera e propria impossibilità, o quantomeno un'estrema difficoltà, di soddisfare la pena, che la faccia apparire meritevole di riduzione. (in questo senso, Sez. 6, n. 43444 del 26/11/2010, Giordano, Rv. 248983–01 e poi, di recente, in termini conformi, Sez. 6, n. 56297 del 16/11/2017, Alvarez, Rv. 271675–01), ragion per cui la diminuzione della pena pecuniaria per le condizioni economiche del condannato trova applicazione nel caso di vera e propria impossibilità, o quantomeno di estrema difficoltà, a soddisfare la pena pecuniaria inflitta (Sez. 2, n. 29468 del 31/03/2009, Frison, Rv. 244883–01).

Quanto, infine, ai motivi di doglianza e ai margini di intervento riconosciuti in sede di impugnazione in caso di omessa riduzione, altro principio consolidato afferma che la norma di cui all'art. 133-*bis* cod. pen., diretta ad adeguare la commisurazione della pena pecuniaria alle condizioni economiche del reo, non esime la parte impugnante dalla osservanza delle regole proprie della proposta impugnazione, tra le quali quella di esporre, a pena di inammissibilità, in modo specifico, le ragioni di fatto e di diritto che stanno alla base della doglianza, per cui, se dai motivi di appello risulta un semplice riferimento all'articolo di legge, senza alcuna dichiarazione, né generica né specifica, degli elementi, dai quali il giudice d'appello avrebbe dovuto desumere che, per le condizioni economiche del reo, la pena pecuniaria inflitta dal primo giudice risultava eccessivamente gravosa, l'omesso esame da parte del giudice di appello del motivo, così formulato, non integra vizio che comporta l'annullamento (Sez. 1, Sentenza n. 4214 del 07/02/1985, Alioni, Rv. 169008–01).

Altro aspetto relativo alla determinazione della pena pecuniaria è quello della rateizzazione (art. 133-*ter* cod. pen.), su cui, nell'ottica di favorire la riscossione della pena pecuniaria, garantendone l'effettività, e di agevolare il pagamento dei condannati in funzione delle rispettive condizioni economiche, ha di recente inciso la riforma Cartabia, con una prima modifica, relativa ai criteri, essendosi dato rilievo anche alle condizioni "patrimoniali" del condannato; con una seconda modifica, che prevede il pagamento in rate mensili da sei (prima era tre) a sessanta (prima era trenta) e con una terza modifica, che si limita a riprodurre la

disposizione prevista dall'art. 236, comma 3 di quel t.u., contestualmente abrogato, secondo cui non sono dovuti interessi per la rateizzazione.

Quanto ai criteri della rateizzazione, principio consolidato è quello secondo cui il giudice di merito, nel concedere o negare la rateizzazione, deve motivare l'esercizio di tale potere discrezionale non solo facendo riferimento ai criteri generali contenuti nell'art. 133 cod. pen., ma soprattutto mettendo in evidenza, da un lato, l'ammontare della pena pecuniaria inflitta e, dall'altro, le condizioni economiche del condannato, decidendo in quale rapporto debbano essere poste queste due entità al fine di stabilire se esse consentano il pagamento in unica soluzione ovvero consiglino la rateizzazione della multa o dell'ammenda e l'ammontare delle singole rate (Sez. 1, n. 9349 del 03/06/1985, Passi, Rv. 170757-01).

Come per la riduzione della pena pecuniaria al di sotto del limite edittale minimo, anche la rateizzazione necessita di una richiesta documentata: la rateizzazione ha infatti come presupposto le disagiate condizioni economiche del condannato raffrontate all'entità della pena, e per far valere la precarietà delle proprie condizioni economiche l'imputato deve necessariamente produrre ogni utile documentazione del proprio stato economico (Sez. 6, n. 7957 del 15/04/1993, La Torre, Rv. 194888-01).

Anche in questo caso, come per la riduzione, il giudice deve dare conto della rateizzazione nella motivazione: principio consolidato è quello secondo il quale, posto che la rateizzazione ha come presupposto le disagiate condizioni economiche del condannato, raffrontate all'entità della pena, è richiesto, da un lato, che l'imputato allegghi tali condizioni, producendo ogni documentazione utile sul proprio stato e, dall'altro, che il giudice di merito, nel concedere o negare tale agevolazione, motivi l'esercizio del suo potere discrezionale non solo facendo riferimento generico all'art. 133 cod. pen., ma soprattutto mettendo in evidenza sia l'ammontare della pena sia le condizioni economiche del condannato. (Sez. 3, Sentenza n. 49580 del 27/10/2015, Abdoulaye, Rv. 265591-01; sulla motivazione in ordine alle condizioni economiche, anche Sez. 3, n. 5010 del 18/11/2009, dep. 2010, Pg in proc Russo, Rv. 245905-01)

Ne consegue, in caso di diniego dell'istanza, l'illegittimità della decisione con cui il giudice di appello rigetti la richiesta di rateizzazione della pena pecuniaria omettendo di procedere alla valutazione comparativa tra l'ammontare della pena pecuniaria inflitta e le condizioni economiche del condannato, in quanto il giudice del merito, a fronte della richiesta ex art. 133 cod. pen., deve, comunque, procedere alla predetta valutazione, sulla base delle emergenze disponibili (Sez. 4, n. 42015 del 12/10/2011, Diop, Rv. 251931 - 01); allo stesso modo, in caso di omessa motivazione sul numero di rate, è parimenti illegittimo il provvedimento che fissi la rateizzazione della pena pecuniaria a norma dell'art. 133-ter cod. pen.

in misura inferiore a quella massima consentita senza motivare in ordine alla scelta effettuata, a fronte delle ragioni che ne avrebbero suggerito una diversa, rappresentate nell'istanza del condannato (Sez. 1, Sentenza n. 49996 del 27/11/2009, D, Rv. 245974-01).

In ogni caso, pur se la rateizzazione è una facoltà riconosciuta alle parti, nell'ipotesi del patteggiamento, si ritiene, con orientamento consolidato e costante, che essa non rientri nella loro disponibilità ed è quindi sottratta all'accordo delle parti, costituendo oggetto della discrezionalità del giudice, sicchè la relativa clausola deve essere considerata *tamquam non esset* dal giudice, il quale pur essendo tenuto a procedere alla sua valutazione, deve disattenderla, ovvero, nell'esercizio del suo potere discrezionale, può anche stabilire un numero di rate diverso da quello indicato dalle parti, senza per questo violare l'accordo negoziale (in questo senso, Sez. 5, n. 38771 del 17/06/2014, Popa, Rv. 262206-01; Sez. 2, n. 528 del 15/11/2005, dep. 2006, P.G. in proc. Reale, Rv. 233146-01; Sez. 5, n. 25770 del 27/05/2003, Sarti, Rv. 225949-01).

Infine, in caso di oblazione, la somma di denaro dovuta a tale titolo, non è rateizzabile dato che essa è predeterminata dalla legge senza che rilevino le condizioni economiche dell'imputato. (Sez. 3, n. 8973 del 14/12/2010, dep. 2011, Perasso, Rv. 249597-01).

3) I nuovi trattamenti sanzionatori.

Come affermato da Sez. U, Sacchettino, «Autorevole dottrina ha osservato che, tra i corollari del principio di legalità, quello di tassatività, «pur nella sua funzione garantista di certezza ed uguaglianza giuridica contro *l'arbitrium iudicis*, ha, rispetto alla pena, una portata diversa che rispetto all'incriminazione.

Esso sta ad indicare il dovere del legislatore di predeterminare sia i tipi sia la misura edittale della pena in rapporto alle singole figure legali di reato, ed il conseguente dovere per il giudice di applicare soltanto la pena nel tipo ed entro i limiti edittali previsti per quel reato», salva l'individualizzazione del trattamento sanzionatorio entro i limiti consentiti.

In definitiva, attraverso la predeterminazione di limiti astratti per ciascuna specie di pena, e di limiti edittali riferibili a ciascun reato, il legislatore fissa - per ciascuna pena e per ciascun reato - il *minimum* cui possa riconoscersi concreta valenza rieducativa ed il limite massimo oltre il quale la pena perderebbe la predetta valenza e si risolverebbe nell'inflizione di una mera e non rieducativa sofferenza».

Queste connotazioni sono invero evidenti nei “nuovi” trattamenti sanzionatori, ossia quegli istituti relativamente recenti - come la sospensione del procedimento con messa alla prova, le condotte riparatorie ex art. 162-ter cod. pen., le diverse

forme di lavoro di pubblica utilità, ma anche la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto e più in generale tutti quegli istituti che, volendo individuare una categoria concettuale che li possa accomunare, si potrebbero definire “*alternativi al processo e/o alla pena*” -, che possono anche restituire, di primo acchito, l'immagine di una recessione dello Stato, con la sua pretesa punitiva, rispetto a sanzioni che non vengono percepite come una “pena” nel senso classico del termine, intendendosi per esse, essenzialmente, le pene principali previste dall'art. 17 cod. pen..

Con un graduale, lento e forse inesorabile cambiamento, gli indicati strumenti “*alternativi al processo e/o alla pena*” costituiscono oggi forme nuove di trattamento sanzionatorio, espressione di un sistema, quale quello attuale, in cui, attraverso l'applicazione concreta dei principi di proporzionalità della pena e della pena come *extrema ratio*, viene attribuita al giudice l'alternativa tra la non punibilità (in questo senso, l'istituto di cui all'art. 131-*bis* cod. pen) e la punibilità, non tanto con diverse modalità sanzionatorie, ma con modalità sanzionatorie diverse, ricorrendo, cioè, a modelli sanzionatori già noti nel sistema penale (si pensi alla messa alla prova, che ha il suo “precedente” nella messa alla prova minorile; o alla particolare tenuità del fatto, già prevista nel giudizio innanzi al giudice di pace) ma applicati in modo differente rispetto agli altri ordinamenti, in ragione delle differenti *ratio* e finalità che connotano i vari ordinamenti.

In questo contesto, le pene detentive e pecuniarie, previste dall'art. 17 cod. pen. sono solo una parte del sistema, nel quale si affacciano, ormai da vari anni, forme (ancora considerate, come detto, alternative alla pena), la cui esecuzione è spesso tutta da definire, che presuppongono il più delle volte una richiesta della parte (in questo senso, la sospensione del procedimento con messa alla prova; le condotte riparatorie; ma anche, per esempio, l'oblazione o il lavoro di pubblica utilità), e che, laddove essa intervenga, lasciano al giudice la possibilità di modulare la risposta sanzionatoria alle specifiche circostanze del caso.

A bene vedere, quindi, i nuovi trattamenti sanzionatori hanno proprio le connotazioni descritte da Sez. U, Sacchetti, rispondono, cioè, ad un principio di tassatività – corollario a sua volta del principio di legalità – che ha “una portata diversa” rispetto a quella che il medesimo principio riveste rispetto al precetto penale. Se, infatti, il precetto penale deve essere individuato dal legislatore in ogni suo aspetto, pena la violazione del principio di legalità, il trattamento sanzionatorio (e soprattutto queste nuove forme di trattamento sanzionatorio, alle quali, più di recente ancora, si sono affiancate le pene sostitutive delle pene detentive brevi) sono individuate nella tipologia, nei loro tratti essenziali, nella durata minima e massima, ma il contenuto del trattamento sanzionatorio viene deciso dal giudice, su consenso (o non opposizione) della parte che lo dovrà eseguire, e viene modulato dall'autorità giudiziaria, spesso con l'ausilio di organi esterni, seppur

pubblici (il riferimento è agli uffici di esecuzione penale esterna), talvolta anche attraverso organi di natura privata (si pensi agli enti convenzionati presso i quali si esegue il lavoro di pubblica utilità).

Tutte le forme nuove di trattamento sanzionatorio, proprio per questa loro peculiarità, hanno richiesto un costante sforzo interpretativo da parte della Corte di cassazione, chiamata ad interpretarne la *ratio*, a precisarne i contorni e i limiti, a chiarirne, talvolta, anche gli aspetti di dettaglio, senza che ciò “togliesse” discrezionalità al giudice nell'applicazione degli istituti, ed anzi lasciando all'autorità giudiziaria ampi margini di intervento.

Ciò è accaduto con la messa alla prova, con la particolare tenuità del fatto e sta accadendo, ora, con le pene sostitutive delle pene detentive brevi.

Con la messa alla prova, le prime due sentenze “gemelle” Sez. U, n. 36272 del 31/03/2016, Sorcinelli, Rv. 267238-01 e Sez. U, n. 33216 del 31/03/2016, Rigacci, Rv. 267237-01, hanno spiegato la *ratio* dell'istituto, precisandone i contorni ed i limiti; più di recente, Sez. U, n. 14840 del 27/10/2022 (dep. 2023) PG in proc. La Sportiva Rv. 284273-01-02, pur intervenendo su un aspetto di dettaglio (il potere di impugnativa del procuratore generale presso la corte di appello avverso l'ordinanza applicativa della messa alla prova), in una fattispecie particolare (la messa alla prova dell'ente) si è soffermata sulla natura dell'istituto, sottolineandone la connotazione sanzionatorio “tarata” sulla persona fisica e non già sulla persona giuridica (di qui, l'affermazione che la messa alla prova non è applicabile all'ente).

Si è quindi detto, con le prime due decisioni del massimo consesso (e lo si è ribadito in Sez. U, La Sportiva), che con la “messa alla prova per gli imputati maggiorenni” si è infranto il binomio classico del processo di cognizione, cui segue l'esecuzione della pena, rinunciando ad istruire un processo nei confronti di un indagato (o imputato) che, come per ogni rito speciale, chieda al giudice, entro determinati termini e con riferimento ad una certa categoria di reati, di sottoporsi ad un programma di trattamento - elaborato con il suo consenso da un ufficio esecuzione penale esterno e comprensivo di prestazioni di natura riparativa, recuperatoria e risocializzante, tra cui, quale componente imprescindibile, il lavoro di pubblica utilità -, il cui esito positivo, realizzato previa sospensione del procedimento di cognizione, è l'estinzione del reato, che interviene, prima ed a prescindere da un processo, e solo per il positivo superamento della prova, che si sostanzia, sempre, nel lavoro di pubblica utilità e, ove possibile, nella riparazione delle conseguenze del reato, nonché in una serie di voci aggiuntive che compongono un trattamento sanzionatorio sicuramente complesso ed articolato.

La sospensione del procedimento con messa alla prova ha infatti messo al centro dell'istituto proprio il lavoro di pubblica utilità, rendendolo una sanzione “tipica” del nuovo rito, che si potrebbe definire “trattamentale”, perché non c'è

messa alla prova, senza un programma di trattamento che contempli il lavoro di pubblica utilità. Con la messa alla prova, il lavoro di pubblica utilità non è più solo una sanzione sostitutiva, ammessa nei casi contemplati dal legislatore (si pensi alle violazioni del codice della strada, o all'art. 73, comma 5-*bis* e 5-*ter*, d.P.R. 309/90, altro ambito di applicazione innanzi al tribunale ordinario), o una sanzione amministrativa accessoria (in caso di condanna per reati commessi in violazione del C.d.S.), o la prestazione cui subordinare la pena sospesa, ma diviene sanzione vera e propria, sostanzialmente principale, mutuando in ciò l'esperienza dei procedimenti innanzi al giudice di pace (laddove il d. lgs 28 agosto 2000, n. 274, che ne disciplina la competenza penale, prevede espressamente il lavoro di pubblica utilità come sanzione principale) e facendo da "apripista" rispetto al lavoro di pubblica utilità sostitutivo, oggi previsto dall'art. 20-*bis* cod. pen..

Recependo i principi della Corte nel suo massimo consesso e i *dicta* della Corte costituzionale (Corte cost. sent. n. 240 del 2015, n. 91 del 2018, n. 68 del 2019, n. 14 del 2020, n. 146 del 2022, n. 174 del 2022) i giudici di legittimità hanno sottolineato la peculiarità più significativa dell'istituto, ossia quella di sostanziarsi in un percorso rieducativo e riparativo, chiesto dall'imputato, non eseguibile coattivamente, ma ciò nonostante sanzionatorio (in questo senso, espressamente, Sez. U, La Sportiva), che conduce, in caso di esito positivo, ad una pronuncia che non dichiara la responsabilità dell'imputato per quel fatto di reato (principio, questo, affermato da Corte cost., sent. n. 91 del 2018 e ripreso poi in tutte le successive pronunce della Consulta e della Corte di cassazione), ma l'estinzione dello stesso per il buon esito della prova

Così delineato il quadro degli iniziali interventi della Corte sull'istituto, può affermarsi che attualmente il giudizio della Corte di cassazione sulla messa alla prova si concentra su aspetti più di dettaglio che riguardano il rapporto con gli altri riti speciali, in particolare con l'abbreviato (Sez. 5, n. 4259 del 06/12/2021 Ud., dep. 2022, Carminati, Rv. 282739-01; Sez. 6, n. 13747 del 10/02/2021, El Moutaouakil, Rv. 280853-01) e il patteggiamento (Sez. 4, Sentenza n. 8531 del 17/02/2022, Calligaro, Rv. 282761-02); la motivazione del provvedimento di sospensione (Sez. 5, n. 48258 del 04/11/2019, Cusimano, Rv. 277551-01); il contenuto del programma di trattamento (cfr, in relazione al soggetto tossicodipendente Sez. 4, n. 10787 del 14/01/2020, Buemi, Rv. 278653-01;) o la sua modifica (Sez. 3, n. 5784 del 26/10/2017, dep. 2018, Tortola, Rv. 272006-01; Sez. 5, n. 4761 del 03/12/2019, dep. 2020, Di Leo, Rv. 278306-01); la compatibilità del giudice (Sez. 4, n. 33260 del 09/07/2019, Marinelli, Rv. 276689-01) la motivazione della sentenza, con particolare riferimento alla riqualificazione del fatto (Sez. 2, n. 5837 del 04/02/2022, Bruno, Rv. 282956-01; Sez. 3, n. 8982 del 05/12/2019, dep. 2020, Bahir, Rv. 278402-01); le sanzioni amministrative accessorie (Sez. 6, n. 29796 del 25/05/2017, Feraboli, Rv. 270348-01; Sez. 3, n.

39455 del 10/05/2017, La Barbera, Rv. 271642–01) e più in generale gli effetti che derivano da una pronuncia in cui manca un accertamento sul merito dell'accusa e sulla responsabilità (Sez. 5, n. 49478 del 13/11/2019, Annunziata, Rv. 277519–01; Sez. 3, n. 36822 del 14/09/2022, Aquaro, Rv. 283664–01).

Tali essendo le ultime e più recenti decisioni, si coglie complessivamente, in tutte le pronunce della Corte di cassazione che si sono succedute in questo decennio di applicazione dell'istituto (e anche negli altrettanto numerosi interventi della Consulta, chiamata a più riprese a valutare la legittimità costituzionale di un rito che porta ad un trattamento sanzionatorio, in difetto di una dichiarazione di responsabilità penale in capo all'autore del fatto) un costante sforzo di adattare, nel sistema, un istituto peculiare (come peculiari sono tutti i nuovi trattamenti sanzionatori), nel quale manca, come detto, una dichiarazione di responsabilità, e ciò nonostante il giudice irroga un trattamento sanzionatorio definito, dal legislatore, nei suoi tratti essenziali, essendo individuata la tipologia di voce trattamentale e i presupposti di applicabilità, ma il cui contenuto è lasciato all'autorità giudiziaria, che, quanto più riesce a modularlo al fatto di reato e alla persona, tanto più rende efficace ed effettiva la sanzione trattamentale. Lo sforzo è quindi quello di prescindere dalla affermazione di responsabilità, di limitarsi a valutare nel merito il fatto, ma solo per escludere una pronuncia ex art. 129 cod. proc. pen., e di lasciare margini di discrezionalità al giudice (e per suo tramite agli uffici di esecuzione penale esterna e alla parte richiedente), senza con questo trascurare la necessità di una motivazione che, proprio per la modulabilità del trattamento sanzionatorio, dia conto del percorso decisionale assunto (di qui, le decisioni sopra indicate sulla motivazione e sul contenuto del programma trattamentale, oltre che sul contenuto della decisione).

Non diversamente, anche la particolare tenuità del fatto, prevista dall'art. 131-*bis* cod. pen. è stata interessata da una serie di iniziali pronunce, soprattutto delle Sezioni Unite, ad iniziare da Sez. U. Tushaj n 13681 del 25/2/2016 che ne ha delineato i tratti salienti, non solo in relazione alla fattispecie per la quale la questione era stata rimessa (la compatibilità, da un lato, con la previsione di soglie di punibilità, nello specifico quella prevista dall'art. 186 C.d.S., e, dall'altro, con il reato di rifiuto di sottoporsi all'accertamento alcoolimetrico, oltre alla possibilità di applicare la sanzione amministrativa della sospensione della patente di guida di competenza del Prefetto) ma più in generale con riferimento alla natura della decisione, che si sostanzia in una valutazione complessa e congiunta di tutte le peculiarità della fattispecie concreta; alla nozione di abitualità, da intendersi riferita ad almeno due illeciti – già giudicati o ritenuti tenui o per i quali si procede - oltre quello preso in esame; alla applicabilità dell'art. 2, comma quarto, cod. pen., e alla possibilità di rilevarla d'ufficio, nel giudizio di legittimità, ex art. 129 c.p.p.

Nell'evidenziare che il giudizio sulla tenuità del fatto richiede «una valutazione complessa che ha ad oggetto le modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo valutate ai sensi dell'art. 133, primo comma, cod. pen. Si richiede, in breve, una equilibrata considerazione di tutte le peculiarità della fattispecie concreta; e non solo di quelle che attengono all'entità dell'aggressione del bene giuridico protetto», il Collegio riunito ha sottolineato come «La nuova normativa non si interessa della condotta tipica, bensì ha riguardo alle forme di estrinsecazione del comportamento, al fine di valutarne complessivamente la gravità, l'entità del contrasto rispetto alla legge e conseguentemente il bisogno di pena».

Nel premettere che il legislatore delegato ha esplicitato una complessa elaborazione per definire l'ambito dell'istituto, si rimarca come sia proprio questa complessa elaborazione che deve a sua volta guidare l'interprete nell'applicazione della causa di non punibilità, in una sequenza che, ad un tempo, segna il tracciato della decisione, e rispecchia, a sua volta e pienamente, il dettato normativo.

Il legislatore delegato «da un lato ha compiuto una graduazione qualitativa, astratta, basata sull'entità e sulla natura della pena; e vi ha aggiunto un elemento d'impronta personale, pure esso tipizzato, tassativo, relativo alla abitudine o meno del comportamento. Dall'altro lato ha demandato al giudice una ponderazione quantitativa rapportata al disvalore di azione, a quello di evento, nonché al grado della colpevolezza. Ha infine limitato la discrezionalità del giudizio escludendo alcune contingenze ritenute incompatibili con l'idea di speciale tenuità: motivi abietti o futili, crudeltà, minorata difesa della vittima ecc».

Se queste sono le connotazioni dell'istituto, dice la Corte, da esse «emerge un dato di cruciale rilievo, che deve essere con forza rimarcato: l'esiguità del disvalore è frutto di una valutazione congiunta degli indicatori afferenti alla condotta, al danno ed alla colpevolezza».

Secondo la Corte, quindi, ogni indicatore va soppesato e bilanciato prudentemente, tenendo conto della situazione concreta, specifica, nella quale ognuno di essi concorre a comporre il giudizio di tenuità, perché nessuno è da solo sufficiente a fondare o escludere il giudizio di tenuità del fatto.

Alla luce di quanto sopra sinteticamente riportato, emerge ciò che le Sezioni Unite hanno detto in ordine all'applicazione dell'istituto, ossia che il giudizio di tenuità è un giudizio complesso, che va condotto rapportandosi alla fattispecie concreta, in tutte le sue sfaccettature e sfumature, e non già guardando alla fattispecie astratta, tipizzata.

Non è, dunque, un giudizio sulla condotta tipica, o sulla tipologia di reato in astratto: il 131-*bis* cod. pen. va applicato in relazione alla fattispecie concreta e va declinato rapportandosi ad essa, tenendo conto, ai sensi dell'art. 133, comma primo, cod. pen. (riferimento, questo, che è rimasto anche dopo la riforma

Cartabia, che non ha richiamato anche il secondo comma dell'articolo da ultimo menzionato) e congiuntamente delle modalità della condotta, del grado di colpevolezza da esse desumibile e dell'entità del danno o del pericolo.

Sez. U. n 53683 del 22/06/2017, Pmp ed altri, Rv 271587-01 e Rv 271588-01 che ha escluso l'applicabilità ai reati di competenza del giudice di pace, affermando la prevalenza del 131-*bis* cod. pen. sulla improcedibilità ex art. 34 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 74, in caso di reati connessi; Sez. U. n 20569 del 18/01/2018 Ksouri Rv 272715-01, che ha escluso l'abnormità nel caso della restituzione degli atti al pubblico ministero nel procedimento per decreto per valutare la richiesta di archiviazione per tenuità; Cass. Sez. U. n 38954 del 30/05/2019, De Martino, Rv 276463-01 sulla iscrizione nel casellario giudiziale del provvedimento di archiviazione, fino a Sez. U. n 18891 del 27/01/2022, Ubaldi Rv 283064-01, sulla compatibilità con il reato continuato a determinate condizioni, hanno delimitato anche il campo di applicazione dell'istituto ed hanno a loro volta restituito una visione dello stesso in linea con Sez. U, Tushaj, valorizzando quel giudizio di tenuità che deve guidare l'interprete nell'applicazione concreta dell'istituto.

Sotto questo profilo, può ritenersi ormai consolidato il principio in base al quale il giudizio di particolare tenuità del fatto postula necessariamente la positiva valutazione di tutte le componenti richieste per la integrazione della fattispecie, sicchè i criteri indicati nel primo comma dell'art. 131-*bis* cod. pen. sono, al tempo stesso, cumulativi, quanto al giudizio finale circa la particolare tenuità dell'offesa, e dunque ai fini del riconoscimento della causa di non punibilità, essendosi affermato che non è necessaria la disamina di tutti gli elementi di valutazione previsti, ma è sufficiente l'indicazione di quelli ritenuti rilevanti, mentre sono alternativi quanto al diniego, nel senso che l'applicazione di detta causa è preclusa dalla valutazione negativa anche di uno solo di essi (Sez. 2, n. 9397, del 01/02/2024, Ndiaye, Rv 286130; Sez. 7, n. 10481 del 19/01/2022, Deplano, Rv. 283044; Sez. 6 n. 55107 del 08/11/2018, Milone, Rv. 274647; Sez. 3 n. 34151 del 18/06/2018, Foglietta, Rv. 273678).

Se quindi, tuttora, le maggiori problematiche interpretative ed applicative derivano dalla definizione di abitualità del comportamento contenuta all'art. 131-*bis*, comma terzo, cod. pen., che ne limita l'ambito di applicazione, è indubbio che laddove si è "aperto" alla particolare tenuità del fatto, anche con pronunce di rottura o in contrasto (spesso solo apparente) rispetto ad orientamenti ostativi, lo si è fatto compiendo proprio quel giudizio di tenuità indicato dalle Sezioni Unite, Tushaj, che richiede una «valutazione complessa e congiunta di tutte le peculiarità della fattispecie concreta». In questo modo si sono neutralizzate limitazioni nell'applicazione di un istituto che opera a favore dell'imputato, ed allo stesso tempo si sono assicurate e conseguite quelle finalità – della proporzionalità della

pena, del sistema penale come *extrema ratio* e della deflazione - per le quali la causa di non punibilità era stata pensata.

4) Le pene sostitutive.

Le pene sostitutive delle pene detentive brevi, oltre a costituire una forma nuova (perché sostanzialmente diversa dalle “vecchie”, e poco applicate, sanzioni sostitutive previste dalla legge n. 689 del 1981) di trattamento sanzionatorio, rappresentano una delle grandi novità della riforma Cartabia.

Sulle caratteristiche delle pene sostitutive e su come le stesse si inseriscano nel sistema del trattamento sanzionatorio si riporta di seguito quanto affermato da Sez. 3, n. 20573 del 13/03/2024, Staffieri, Rv. 286360-01:

«Con la "Legge Cartabia" è stata operata una modifica di estrema importanza al sistema sanzionatorio penale, posto che, quelle previste dalla legge 689/1981, non sono più rubricate «sanzioni» sostitutive, ma «pene sostitutive di pene detentive brevi».

Il Collegio concorda con quella dottrina secondo cui la modifica non è ispirata da intenzioni di mera «cosmesi nominalistica», ma deriva dalla volontà di chiarire, attraverso un uso preciso e performativo del linguaggio, che le pene sostitutive non sono alternative «a basso costo» a una penalità che è stata sempre fatta coincidere con la pena carceraria, ma sono, al contrario, pene esse stesse, munite di eguale dignità.

Sempre in dottrina si è evidenziato che il dato fondativo della riforma Cartabia è che la pena detentiva non debba più costituire la pietra angolare sulla quale puntellare il sistema sanzionatorio.

Tale conclusione trova conforto nel testo dell'articolo 20-*bis* cod. pen., introdotto dal d. lgs. n. 150 del 2022, il quale stabilisce che le «pene sostitutive della reclusione e dell'arresto» sono disciplinate dal Capo III della legge 24 novembre 1981, n. 689 (artt. 53-76), e sono le seguenti:

- la «semilibertà sostitutiva» e la «detenzione domiciliare sostitutiva» (che possono essere applicate dal giudice in caso di condanna alla reclusione o all'arresto non superiori a quattro anni);
- il «lavoro di pubblica utilità sostitutivo» (che può essere applicato dal giudice in caso di condanna alla reclusione o all'arresto non superiori a tre anni);
- la «pena pecuniaria sostitutiva» (che può essere applicata dal giudice in caso di condanna alla reclusione o all'arresto non superiori a un anno).

Per effetto del rinvio recettizio contenuto nella norma succitata, si deve ritenere che il «sistema» sanzionatorio penale è oggi costituito dalle «pene principali» e dalle «pene accessorie», disciplinate dagli articoli 20 e seguenti del

codice penale, nonché dalle «pene sostitutive», previste dall'articolo 20-*bis* cod. pen. e disciplinate dagli articoli 53 e seguenti della legge 689/1981.

Come ancora evidenziato dalla dottrina, con valutazione che il Collegio condivide, le «pene sostitutive» vanno tenute nettamente distinte dalle «pene alternative alla detenzione» previste dalla legge sull'ordinamento penitenziario, le quali, pur condividendo con quelle in parola lo scopo comune di riconoscere al soggetto autore del reato la possibilità di espiare la pena mediante una misura differente da quella carceraria, differiscono nettamente nella disciplina in quanto - come visto - applicate dal giudice dell'esecuzione anziché della cognizione.

A marcare la differenza tra le due specie di pena soccorre altresì l'eliminazione, nella "legge Cartabia", rispetto alla proposta avanzata dalla c.d. "Commissione Lattanzi" di riforma del sistema sanzionatorio, dell'affidamento in prova al servizio sociale dal catalogo delle pene sostitutive, per lasciarlo solo tra le pene alternative alla detenzione applicabili *in executivis*.

Sotto il profilo processuale, poi, l'articolo 545-*bis* cod. proc. pen. introduce il principio del processo di merito «bifasico»: in esito alla fase del giudizio di responsabilità, si aggiunge quella della determinazione della pena in concreto da applicare (c.d. "*sentencing*"), il che - a giudizio del Collegio - significa che oggi non è più sostenibile la tesi secondo cui l'applicazione delle sanzioni sostitutive concerne la fase della «esecuzione» della pena, rientrando invece, pienamente, la sostituzione della pena detentiva con le pene sostitutive nella fase di «merito» e segnatamente a quella di individuazione della pena concretamente irrogata, nella specie e nella misura».

Le pene sostitutive delle pene detentive brevi si collocano appieno in quel processo, descritto in precedenza, che vede il giudice della cognizione avvicinarsi a quello della esecuzione: è il giudice della cognizione che le applica e, nel caso del lavoro di pubblica utilità sostitutivo, è lui che ne segue anche l'esecuzione. Non solo. Le pene sostitutive delle pene detentive brevi rispondono all'esigenza di applicare il prima possibile il trattamento sanzionatorio, e di modularlo, previo consenso dell'imputato, oltre che al fatto di reato, all'autore dello stesso. Sono quindi espressione di una nuova forma di trattamento sanzionatorio che prende molto dall'esperienza acquisita con il lavoro di pubblica utilità trattamentale e più in generale con la messa alla prova, ma che va oltre la stessa, costituendo, appunto, una nuova pena, che riprendendo le parole di Sez. 3, Staffieri, si aggiunge, nel sistema del trattamento sanzionatorio, alle pene principali.

Tanto premesso, e senza pretese di esaustività, emerge, dall'analisi delle pronunce già assunte dalla Corte di cassazione, che il sindacato se, da un lato, investe attualmente gli aspetti procedurali della decisione assunta all'udienza di *sentencing*, dall'altro, non si spinge fino a sindacare la valutazione operata dal giudice, essendosi affermato – in questo senso, Sez. 3, n. 9708 del 16/02/2024,

Tornese, Rv. 286031-01 - che il giudice, anche a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150, è vincolato nell'esercizio del suo potere discrezionale alla valutazione dei criteri di cui all'art. 133 cod. pen., sicché il suo giudizio, se sul punto adeguatamente motivato, sfugge al sindacato di legittimità.

Se è, infatti, illegittimo il rigetto fondato sulla mancata produzione del programma di trattamento, ritualmente richiesto all'ufficio di esecuzione penale, posto che incombe sul giudice l'obbligo di compulsare l'ente competente al fine di acquisire ogni elemento utile ai fini della decisione (in questo senso, Sez. 6, n. 21929 del 23/04/2024, E., Rv. 286486-01), si è affermato, nella menzionata decisione, che «mentre l'omessa richiesta di informazioni alla polizia giudiziaria o all'U.E.P.E. non viola l'art. 545 *bis* cod. proc. pen. - non essendo il giudice vincolato a procedervi quando fondatamente ritenga di avere elementi per escludere la sostituibilità della pena detentiva (cfr. Sez. 4, n. 42847 del 11/10/2023, Palumbo, Rv. 285381) e potendo ritenere, con valutazione discrezionale adeguatamente motivata, la non necessità di procedere alla sospensione del processo dopo la lettura del dispositivo, al fine di acquisire informazioni utili a decidere sulla sostituzione della pena detentiva ed a scegliere quella sostitutiva più adeguata al caso (Sez. 6, n. 43263 del 13/09/2023, Lo Monaco, Rv. 285358) - la motivazione contenuta nella sentenza impugnata, che si limita a reputare ostativo il precedente specifico di cui l'imputato è gravato, integra il vizio di motivazione carente e viola le disposizioni, evocate in ricorso, di cui agli artt. 58 e 59 l. 689/1981».

Richiamando il consolidato orientamento della Corte in tema di sanzioni sostitutive, si è ribadito che, anche dopo la riforma Cartabia, «la richiesta di sostituzione della pena detentiva avanzata dall'imputato impone al giudice di motivare le eventuali ragioni di diniego (Sez. 1, n. 25833 del 23/04/2012, Testi, Rv. 253102). La sostituzione delle pene detentive brevi è rimessa ad una valutazione discrezionale del giudice, che deve essere condotta con l'osservanza dei criteri di cui all'art. 133 cod. pen., prendendo in considerazione, tra l'altro, le modalità del fatto per il quale è intervenuta condanna e la personalità del condannato (Sez. 3, n. 19326 del 27/01/2015, Pritoni, Rv. 263558; Sez. 2, n. 25085 del 18/06/2010, Amato, Rv. 247853; Sez. 2, n. 5989 del 22/11/2007, dep. 2008, Frediani, Rv. 239494), pur senza dover esaminare tutti i parametri contemplati nella suddetta previsione, potendo la sua discrezionalità essere esercitata motivando sugli aspetti ritenuti decisivi in proposito, quali l'inefficacia della sanzione (Sez. 5, n. 10941 del 26/01/2011, Orabona, Rv. 249717). Come di regola accade allorquando il giudice di merito è chiamato a svolgere valutazioni discrezionali di tipo prognostico alla luce dei parametri indicati nell'art. 133 cod. pen. - ed appare particolarmente pertinente l'analogia rispetto al giudizio sul riconoscimento del beneficio della sospensione condizionale della pena - la conclusione raggiunta, avendo riguardo alla specificità della condotta posta in

essere, si sottrae, se adeguatamente motivata, ad ogni sindacato in sede di legittimità (Sez. 1, n. 2328 del 22/05/1992, Mazzanti, Rv. 191311), senza che nel giudizio di cassazione sia possibile muovere contestazione attinente alla attendibilità del giudizio prognostico, positivo o negativo (Sez. 1, n. 326 del 24/01/1992, Galati, Rv. 189611).

Trattandosi, tuttavia, di discrezionalità vincolata all'impiego dei richiamati criteri legali, il giudice di merito ha l'obbligo di informare ad essi la propria valutazione e di darne conto in motivazione ed il sindacato di questa Corte sul punto può essere esercitato nei consueti termini di cui all'art. 606, comma 1, lett. e), cod. proc. pen.».

In tale decisione la Corte ha annullato la decisione reiettiva dell'istanza di sostituzione della pena detentiva (che nel caso di specie poteva essere solo quella della semilibertà e della detenzione domiciliare – per le quali la parte aveva comunque espresso il proprio consenso -, e non anche quella del lavoro di pubblica utilità sostitutivo, essendo stata irrogata una pena superiore a tre anni di reclusione), fondata esclusivamente sulla sussistenza, a carico dell'imputato, di un unico precedente penale, senza che fossero stati valutati gli altri documentati elementi, rilevanti per l'accertamento della capacità a delinquere.

In particolare, si è evidenziato che «il precedente penale richiamato, sia pur specifico - e tale da integrare gli estremi della contestata recidiva infraquinquennale, in primo grado ritenuta subvalente rispetto alle circostanze attenuanti generiche - riguarda un reato commesso nel 2010 ritenuto non ostativo ad un giudizio prognostico favorevole ai fini del beneficio della sospensione condizionale della pena in allora concesso. La risalenza di quel primo reato nel tempo rispetto al fatto *sub iudice* (commesso nel 2018) e, soprattutto, rispetto al momento del giudizio sulla sostituibilità della pena reso nel 2023 non rende quest'elemento di per sé bastevole a fornire logica motivazione del diniego. Del resto, a norma dell'art. 133, secondo comma, cod. pen. la capacità a delinquere dev'essere desunta anche dagli altri elementi, diversi dall'unico considerato e riconducibile alla previsione di cui sub n. 2), rispetto ai quali la Corte territoriale non ha espresso alcuna valutazione benché alcuni di questi fossero stati ritualmente allegati e documentati con la memoria contenente motivi di appello aggiunti». Di qui l'annullamento con rinvio della decisione, limitatamente alla sostituibilità della pena detentiva.

Ancora più netta, sulla (ir)rilevanza dei precedenti penali un'altra decisione, questa volta assunta da Sez. 2, n. 8794 del 14/02/2024, Pesce, Rv. 286006 – 02, secondo cui il giudice di merito non può respingere la richiesta di applicazione in ragione della sola sussistenza di precedenti condanne, in quanto il rinvio all'art. 133 cod. pen. contenuto dall'art. 58 legge 24 novembre 1981, n. 689, come riformato dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, deve essere letto in combinato

disposto con l'art. 59 della stessa legge, che prevede, quali condizioni ostative, solo circostanze relative al reato oggetto di giudizio, non comprensive dei precedenti penali.

Non diversamente, la circostanza che il condannato sia sottoposto a misura alternativa alla detenzione per altra causa, non costituisce causa ostativa all'applicazione delle menzionate pene sostitutive (Sez. 1, n. 11950 del 02/02/2024, Maggio, Rv. 285989-01 e Sez. 1, n. 13133 del 07/12/2023, dep. 2024, DE Francesco, Rv. 286129-01), così come non è causa ostativa che il condannato sia detenuto in espiatione di altra pena definitiva (Sez. 1, n. 19776 del 05/12/2023, dep. 2024, Angileri, Rv. 286400-01).

Interessanti, sono poi alcune decisioni assunte dalla Corte in tema di pena pecuniaria sostitutiva.

Si è sul punto affermato che il giudice, nel determinare il valore giornaliero della pena pecuniaria sostitutiva di pena detentiva breve, è tenuto a motivare in base ai parametri indicati dall'art. 56-*quater* legge 24 novembre 1981, n. 689, introdotto dall'art. 71, comma 1, lett. d), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, quali le complessive condizioni economiche, patrimoniali e di vita dell'imputato e del suo nucleo familiare. (Sez. 6, n. 14873 del 12/03/2024, Schintu, Rv. 286235-01).

Nella menzionata decisione si è affermato che l'art. 56-*quater* legge n. 689 del 1981, introdotto dalla riforma Cartabia anche in considerazione delle iniquità che potevano derivare dalla precedente normativa e dei principi espressi da Corte cost. n. 28 del 2022, configura «la pena pecuniaria sostitutiva (che può applicarsi anche senza il consenso del condannato) come commisurabile entro l'ampio arco di un valore giornaliero (corrispondente alla parte di reddito giornaliero che può essere impiegata per il pagamento della pena pecuniaria) che va da un limite minimo non inferiore a 5 euro a un limite massimo non superiore a 2500 euro, tenendo conto delle complessive condizioni economiche, patrimoniali e di vita dell'imputato e del suo nucleo familiare, che il giudice dovrà accertare nell'udienza ex art. 545-*bis* cod. proc. pen. (Sez. 5, n. 18812 del 10/03/2023, Pizzo, non mass.)».

Sempre in tema di pena pecuniaria sostitutiva, si registrano alcune decisioni che offrono una lettura forse apparentemente differente dell'art. 58 legge n. 689 del 1981, ossia della norma che prima della riforma Cartabia disciplinava il potere discrezionale del giudice nella sostituzione della pena detentiva e che oggi disciplina il potere discrezionale del giudice nell'applicazione e nella scelta delle pene sostitutive.

Da un lato, si è affermato che il giudice può rigettare la richiesta di applicazione della sanzione pecuniaria, pur concedibile a colui che si trovi in disagiate condizioni economiche, nel caso in cui formuli, in base ad elementi di fatto, un giudizio sulla solvibilità del reo con prognosi negativa in ordine alla

capacità di adempimento. (Sez. 2, n. 15927 del 20/02/2024, Cisse, Rv. 286318-01).

Richiamando l'orientamento della Corte, si è affermato che «la sostituzione delle pene detentive brevi è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice, che nell'esercizio del potere di sostituzione, deve tenere conto dei criteri indicati nell'art. 133 cod. pen., e può rigettare la richiesta nel caso in cui, in base ad elementi di fatto, sia possibile esprimere un giudizio sulla solvibilità del reo, con prognosi negativa in ordine alla capacità di adempiere (Sez. 5, n. 44402 del 10/10/2022, dep. 22/11/2022, Rv. 283954). Nel rimarcare come l'applicazione della pena, ivi comprese le pene sostitutive, e la scelta di quella più idonea a garantire la funzione social-preventiva nel caso concreto, compete al giudice di merito, alle cui valutazioni discrezionali è rimessa anche la considerazione delle condizioni personali e sociali del reo, deve dunque ritenersi, che il rigetto della sostituzione della pena detentiva con la pena pecuniaria, laddove motivato in modo logico in applicazione dei criteri di cui all'art. 133 c.p., sfugge alle censure in sede di legittimità (v. anche Sez. 4, n. 48574 del 07/11/2013, Rv. 258092)».

Nella fattispecie sottoposta al vaglio della Corte, la Corte di appello aveva dato conto nella propria decisione delle ragioni alla base della prognosi negativa di futuro adempimento, richiamando la circostanza che l'imputato era stato ammesso al gratuito patrocinio in ragione della mancanza di reddito: valutazione, questa, che è stata ritenuta correttamente e logicamente argomentata e tale da resistere ai rilievi posti dal ricorrente.

A fronte di queste decisioni, si registrano alcune altre pronunce che offrono una lettura ulteriore (non necessariamente in contrasto) rispetto a quella di Sez. 5, n. 44402 del 10/10/2022, Majer, Rv. 283954-01 (così massimata: In tema di sostituzione di pene detentive brevi con sanzioni pecuniarie, pur potendo beneficiare della sostituzione colui che si trovi in disagiate condizioni economiche, il giudice può respingerne la richiesta nel caso in cui, in base ad elementi di fatto, sia possibile esprimere un giudizio sulla solvibilità del reo con prognosi negativa in ordine alla capacità di adempiere).

Sez. 1, n. 2357 del 12/10/2023, dep. 2024, Paris, Rv. 285786-02 e anche da Sez. 2, n. 9397 del 01/02/2024, Ndiaye, non massimata sul punto hanno entrambe richiamato Sez. U, n. 24476 del 22/04/2010, Gagliardi, Rv. 247274-01, in cui, sia pur sotto la precedente normativa (che tuttavia in *parte qua* non è mutata, motivo per il quale si rimarca l'attualità della decisione) si è statuito che «la sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria a norma dell'art. 58 della legge n. 689 del 1981 è consentita anche in relazione a condanna inflitta a persona in condizioni economiche disagiate, in quanto la presunzione di inadempimento, ostativa in forza del secondo comma dell'articolo citato, si riferisce soltanto alle pene sostitutive di quella detentiva accompagnate da

prescrizioni (semidetenzione o libertà controllata), e non alla pena pecuniaria sostitutiva, che non prevede alcuna prescrizione particolare. La *ratio* delle pene sostitutive ha natura premiale; cerniera del sistema diventa il primo comma dell'art. 58, poiché il giudice, nell'esercitare il suo potere discrezionale di sostituire le pene detentive brevi con le pene pecuniarie corrispondenti, con la semidetenzione o con la libertà controllata, deve tenere conto dei criteri indicati nell'art. 133 cod. pen., tra i quali è compreso quello delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale dell'imputato, ma non quello delle sue condizioni economiche».

Di qui il principio di diritto espresso da Sez. 1, n. 2357 del 12/10/2023, dep. 2024, Paris, Rv. 285786-02, così massimato: La sostituzione delle pene detentive brevi è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice ed è consentita anche in relazione a condanna inflitta a persona in condizioni economiche disagiate, poiché la prognosi di inadempimento, ostativa alla sostituzione in forza dell'art. 58, comma 2, legge 24 novembre 1981, n. 689, si riferisce soltanto alle pene sostitutive di quella detentiva accompagnate da prescrizioni, ossia alla semidetenzione e alla libertà controllata.

In tutte le indicate decisioni si rimarca la necessità di assicurare al giudice piena valutazione discrezionale nella sostituzione delle pene detentive brevi, ovviamente nei limiti riconosciutigli dal legislatore e nella sussistenza dei presupposti legali, oltre alla possibilità di procedervi anche nei confronti di persona che si trovi in disagiate condizioni economiche. La questione, a ben vedere, diventa allora quella di capire se sia possibile operare una prognosi negativa, ancorata ad elementi di fatto concreti, che facciano presumere che quelle condizioni economiche escludano la possibilità di pagare la pena pecuniaria, tenendo presente che la pena pecuniaria sostitutiva può essere modulata entro una forbice molto ampia, proprio per assicurare maggiori capacità di adempimento, può anche essere rateizzata, e che le preclusioni, laddove assolute, sono in contrasto con il principio di eguaglianza, determinando disparità di trattamento.

In ogni caso, ai sensi degli artt. 56-*quater* e 58 l. 24 novembre 1981, n. 689, «se per un verso le deduzioni e produzioni dell'imputato possono guidare la valutazione discrezionale del giudice sulla quantificazione della pena pecuniaria, avuto riguardo alla individuazione del valore giornaliero, per altro verso l'assenza di tali informazioni non può determinare una sorta di decadenza dal diritto di ottenere la sostituzione della pena detentiva con la pena pecuniaria» (Sez. 2, n. 9397 del 01/02/2024, Ndiaye, Rv 286130-01, così massimata: in tema di sostituzione di pene detentive brevi, il disposto di cui all'art. 56-*quater* legge 24 novembre 1981, n. 689, introdotto dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, consentendo al giudice di determinare, in maniera personalizzata, il valore giornaliero della pena pecuniaria sostitutiva, lo obbliga ad acquisire d'ufficio tutte le informazioni

sulle condizioni di vita individuale, familiare, sociale ed economica dell'imputato, in quanto l'omessa indicazione delle stesse da parte di quest'ultimo non comporta alcuna decadenza ai fini della conversione, non essendo previsto, al riguardo, un onere di allegazione).

Il Redattore: Valeria Bove

Il Vice Direttore
Angelo Caputo

Il Direttore
Maria Acierno