

**VERSO UN NUOVO PARADIGMA
DI INDIVIDUALIZZAZIONE DELLA PENA?
OSSERVAZIONI A MARGINE DEL D.LGS. 10 OTTOBRE 2022, N. 150 ^(*)**

di Marco Venturoli

SOMMARIO: 1. Premessa storico-semantic. – 2. L'individualizzazione della pena tra solidarismo costituzionale, retribuzionismo codicistico e aporie processuali. – 3. Un prototipo sanzionatorio *personalizzato* al banco di prova del d.lgs. n. 150/2022. – 3.1. La rottura del monismo carcerario. – 3.2. La dimensione organica della *restorative justice*. – 3.3. La *non punibilità sopravvenuta* come categoria di "efficientamento" del sistema penale. – 3.4. Una nuova cultura della discrezionalità giudiziaria. – 3.5. Progressi nella diagnosi della personalità. – 4. Un monito conclusivo: il cantiere delle riforme non deve chiudere i battenti.

1. Premessa storico-semantic.

Il tema della individualizzazione della pena ha tradizionalmente scontato una sorte sventurata nell'esperienza italiana, in linea di massima per ragioni di ordine tanto *culturale* quanto *politico-legislativo*¹.

Sul piano *culturale* si è a lungo riconosciuta scarsa attenzione all'individualizzazione della pena nella sua dimensione *complessiva*, quale concetto capace di *caratterizzare* un sistema penale, concentrandosi piuttosto su singoli aspetti afferenti alla stessa. All'opposto, in altre realtà europee, segnatamente l'area franco-belga, già dal tardo Ottocento si afferma una vera e propria *scienza* dell'individualizzazione della pena, che è stata finanche capace, in determinati momenti storici, di orientare la rotta del legislatore verso riforme epocali dei sistemi sanzionatori di quei Paesi². Per rendersi facilmente conto di ciò, basta del resto sfogliare le pagine di un qualsiasi manuale di diritto penale francese, dove interi paragrafi sono dedicati all'argomento in oggetto.

Nei confronti dell'individualizzazione si è così nutrito per decenni nella dottrina nostrana un disinteresse e financo una vera e propria diffidenza alimentata dai retaggi del tecnicismo giuridico, che hanno favorito letture semplificatorie e riduttive della

^(*) Contributo destinato agli atti del Convegno "Forme, riforme e valori per la giustizia penale futura", Ferrara, 15-17 dicembre 2022, a cura di D. CASTRONUOVO, D. NEGRI. L'autore ringrazia i curatori del volume per averne autorizzato la pubblicazione in questa Rivista.

¹ In argomento v. L. TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010; e volendo M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Torino, 2020.

² Cfr. C. LAZERGES, *La Défense sociale nouvelle a 50 ans – L'actualité de la pensée de Marc Ancel*, in *Rev. sc. crim.*, 2005, p. 167 ss.; V. SIZAIRE, *Que reste-t-il de la défense sociale nouvelle?*, ivi, 2017, p. 263.

stessa, quale mero precipitato di una legittimazione specialpreventiva della sanzione penale, nonché l'identificazione del concetto in parola con gli spazi, più o meno ampi, di discrezionalità giudiziaria ammessi dalla legge.

In verità, con individualizzazione della pena si allude ad una nozione *complessa*: una nozione *polisemica*, che può essere provocatoriamente definita come *diseguaglianza "giusta"*, la cui fisionomia viene a dipendere da una pluralità di fattori, di natura culturale, politica e giuridico-penale; così come sul piano *applicativo* della individualizzazione le scelte *sostanziali* sono intensamente condizionate dalla disciplina *processuale* di contorno.

In estrema sintesi, com'è stato puntualmente osservato, "l'individualizzazione della pena si pone come concretizzazione delle premesse valutative di un ordinamento giuridico"³.

Il problema dell'individualizzazione si dipana per tutta l'esistenza della pena medesima, con una intensità via via crescente nell'iter punitivo: dal momento in cui la sanzione viene prevista dal legislatore nella sua dimensione astratta sino alla conclusione della vicenda esecutiva della stessa, passando per la fase cruciale della commisurazione ad opera del giudice della cognizione. D'altra parte, già nel 1898 *Raymond Saleilles* – che rappresenta ancora oggi verosimilmente l'autore del contributo scientifico più ampio dedicato al tema in parola – ne coglie puntualmente questa collocazione topografica "diffusa", assegnando all'individualizzazione una dimensione *tricotomica* nelle dinamiche sanzionatorie: il giurista transalpino parla infatti di individualizzazione *legale, giudiziaria e amministrativa*⁴.

2. L'individualizzazione della pena tra solidarismo costituzionale, retribuzionismo codicistico e aporie processuali.

Sul piano *politico-legislativo*, rispetto al tema in oggetto si osserva uno *iato* assai profondo tra le direttrici costituzionali e il contenuto della legislazione penale e processuale.

³ L. TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, cit., p. 58. Con particolare riferimento alle funzioni della pena, il carattere *complesso* della individualizzazione viene con precisione rimarcato da E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, p. 35, a parere del quale "Di individualizzazione si può parlare in una prospettiva di prevenzione speciale, come di prevenzione generale, come di retribuzione; e le conseguenze che il giudice dovrà trarre da ciascun aspetto del reato e della personalità del reo in ordine alla misura della pena saranno diverse, a seconda che l'ordinamento gli imponga di perseguire l'una piuttosto che l'altra finalità".

⁴ R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, in *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, a cura di R. OTTENHOF, Ramonville Saint-Agne, 2001, p. 141. Sul punto v., altresì, le considerazioni di F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Certezza o flessibilità della pena? Verso la riforma della sospensione condizionale della pena*, Torino, 2007, p. 137, secondo cui "occorre assumere l'individualizzazione della risposta sanzionatoria come criterio generale nel diversificare il sistema, tanto sul piano delle previsioni legislative, quanto su quello della discrezionalità giudiziaria nella c.d. commisurazione in senso ampio, rivelandosi siffatto strumento come la vera e unica chiave di volta che consente di armonizzare le diverse funzioni svolte dalle differenti tipologie sanzionatorie".

Nella Legge fondamentale è invero rintracciabile in modo abbastanza limpido un *principio di personalizzazione della pena*, il quale rappresenta – come ha puntualizzato la Consulta nella sentenza n. 50/1980⁵ – il precipitato di alcuni canoni a carattere *generale* e di altri a carattere specificamente *penale*, ovverosia, in particolare, il principio di eguaglianza e di solidarietà sociale per i primi, nonché il carattere personale della responsabilità penale e il finalismo rieducativo assegnato alla pena per i secondi. Un principio costantemente richiamato dalla Corte costituzionale nella sua oramai ricca giurisprudenza dedicata al vaglio delle comminatorie edittali fisse e, più in generale, del *quantum* delle cornici di pena⁶.

Ciò premesso, risulta chiaro come ogni riforma del sistema sanzionatorio penale, che voglia dirsi costituzionalmente orientata, debba misurarsi con questo dato di partenza, verso il quale, per vero, anche la dottrina italiana ha cominciato nel corso degli anni a mostrare una sempre più viva sensibilità⁷. D'altronde, il *Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo*, approvato dall'Unione delle Camere Penali Italiane nella primavera del 2019, ha espressamente richiamato "l'individualizzazione della pena" tra i principi fondanti il diritto penale di matrice *garantistico-personalistica*⁸.

Nondimeno, la *concretizzazione* normativa ed applicativa del principio *de quo* è stata con intensità ostacolata, sul fronte sostanziale, dal codice Rocco, al cui interno sono riconoscibili numerosi indicatori, di parte generale e di parte speciale, atti a testimoniare l'estraneità dallo stesso di una cultura della personalizzazione della pena in senso costituzionale (a titolo di esempio, le plurime ipotesi di responsabilità oggettiva, la disciplina della commisurazione e il rigorismo sanzionatorio delle norme incriminatrici); come pure, sul fronte processuale, da fattori di natura *strutturale* (i riti speciali e il divieto della perizia criminologica) e di natura *morbosa* (eccessiva lunghezza dei procedimenti e la dimensione punitiva acquisita dal processo) che agiscono con risultati di

⁵ Corte cost., 2-14 aprile 1980, n. 50, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 733 ss., con nota di C.E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*; v. anche, A. MANNA, *Sull'illegittimità delle pene accessorie fisse. L'art. 2641 del codice civile*, in *Giur. cost.*, 1980, p. 910 ss.

⁶ In argomento v. l'articolata indagine di F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, p. 52 ss.; v. altresì G. RUGGIERO, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Napoli, 2018, p. 133 ss.

⁷ Ripetuti riferimenti al problema dell'individualizzazione della pena sono ad esempio contenuti, all'interno della penalistica interna, nel fondamentale e pionieristico studio di E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., *passim*.

⁸ V., in particolare, l'art. 8 del *Manifesto* (pubblicato in http://www.camerepenali.it/cat/9880/il_manifesto_del_diritto_penale_liberale_e_del_giusto_processo.html), il quale prevede che "In ogni caso, le pene devono essere proporzionate rispetto al disvalore del fatto commesso ed orientate al principio dell'individualizzazione e della progressività del trattamento". Sul contenuto e sul programma ideologico del *Manifesto*, v. ad esempio, F. GIUNTA, "La giustizia penale liberale". *Traendo spunto dal Manifesto dell'Unione delle Camere Penali Italiane*, in *discrimen*, 13 maggio 2019; G. INSOLERA, *La permanenza del classico*, in *discrimen*, 15 maggio 2019; e con particolare riferimento al tema sanzionatorio E. DOLCINI, [La pena ai tempi del diritto penale illiberale](#), in *Dir. pen. cont.*, 22 maggio 2019.

“deflagrazione” sull’opera di individualizzazione svolta dal giudice della cognizione⁹ sia pure secondo il paradigma aritmetico-retributivo abbracciato dal codice¹⁰.

Del resto, come già accennato, proprio nel campo in oggetto si manifesta una stretta *interrelazione* tra la disciplina sostanziale e quella processale, che dà luogo a quell’inversione dei ruoli tradizionalmente ricoperti dalla due discipline, raffigurata da Tullio Padovani con l’oramai celebre metafora del *servo muto*, vale a dire il processo, che diviene *servo tiranno* nei confronti di un diritto sostanziale vieppiù plasmato sulle esigenze processuali di qualsivoglia natura¹¹.

3. Un prototipo sanzionatorio *personalizzato* al banco di prova del d.lgs. n. 150/2022.

Al fine di colmare tale *iato* tra la dimensione *deontico-costituzionale* della individualizzazione e quella *ontico-regolativa* e *prasseologica* della stessa, si è ipotizzato all’interno di uno studio monografico un paradigma di personalizzazione della pena, fondato su cinque pilastri identificati con altrettante parole chiave: vale a dire la *discrezionalità giudiziaria*, il *pluralismo sanzionatorio*, la *giustizia riparativa*, la *non punibilità sopravvenuta per condotte riparatorie* e la “*diagnostica processuale*”¹².

A questo punto si procederà sovrapponendo idealmente il suddetto modello al d.lgs. 150/2022, con l’intento di appurare la coincidenza o meno tra i due, soffermandosi in particolare sui profili di assonanza e dissonanza fra gli stessi, anche allo scopo ultimo di prefigurare plausibili correttivi per superare un eventuale, perdurante deficit di costituzionalità nello *status* normativo dell’individualizzazione della pena.

⁹ Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 256 ss., il quale osserva che “Nel processo si concretizzano scelte e commisurazioni della pena che nulla hanno a che vedere con i principi di diritto sostanziale (almeno con quelli “tradizionali”), a cominciare dalla gestione delle pene irrogate con i riti alternativi”.

¹⁰ Cfr. G. MANNOZZI, *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI, C.E. PALIERO, vol. II, Milano, 2006, p. 1140, la quale chiarisce che “Nelle risposte sanzionatorie formulate su base retributiva l’unica prospettiva di individualizzazione della sanzione gravita sulla colpevolezza dell’autore: fatti di pari gravità oggettiva esigono pene del tutto simili se caratterizzati da una medesima quota di colpevolezza; la parità di trattamento, che discende da una valutazione normativa dell’intero fatto, è obiettivo tendenziale e valore fondante e legittimante il sistema”. Per un approfondimento degli ostacoli sostanziali e processuali all’attuazione del principio di personalizzazione della pena si permetta di rinviare a M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L’esperienza italiana e francese nella cornice europea*, cit., p. 243 ss.

¹¹ Cfr. T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 431; sul mutamento dei rapporti tra diritto e processo penale alla luce della crisi contemporanea del liberalismo criminale v. il suggestivo quadro tratteggiato da D. NEGRI, *La costruzione della fattispecie giudiziaria. Oltre i vincoli della legalità processuale: strategie, prassi, conseguenze del rifiuto di un paradigma*, in *Diritto e processo penale tra separazione accademica e dialettica applicativa*, a cura di L. FOFFANI, R. ORLANDI, Bologna, 2016, p. 153 ss.

¹² Sul punto si consente un rinvio a M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L’esperienza italiana e francese nella cornice europea*, cit., p. 429 ss.

3.1. La rottura del monismo carcerario.

Un sistema realmente orientato alla *personalizzazione* delle conseguenze punitive del reato deve gioco-forza svincolarsi dal dominio della pena carceraria – tutt’oggi, come si sa, incontestato nell’ordinamento domestico – sia poiché l’*unicum* della pena detentiva preclude una individualizzazione *qualitativa* della pena medesima, calibrata sulle esigenze teleologiche di prevenzione speciale; sia poiché il carcere, pur avendo nella storia rappresentato la prima *species* di pena dal volto “umano” e *individualizzabile*, ha cominciato ben presto a disvelare la rispettiva, fisiologica carica depersonalizzante nei confronti dei soggetti al suo interno ristretti¹³.

La riforma Cartabia promuove il *pluralismo sanzionatorio*, nella misura in cui dà luogo ad una revisione dell’assetto delle sanzioni sostitutive di cui alla l. n. 689/1981 – come, ben si sa, sempre caratterizzate da indici applicativi bassissimi¹⁴ – con particolare riferimento: alla tipologia delle stesse, tra cui essa oggi prevede la *semilibertà*, la *detenzione domiciliare*, il *lavoro di pubblica utilità* e la *pena pecuniaria*; l’allargamento del rispettivo perimetro applicativo, che è stato esteso sino a quattro anni; e ai relativi rapporti con la sospensione condizionale della pena, da cui le sanzioni sostitutive si sono finalmente smarcate¹⁵.

Per le arcinote ragioni di opportunità politica, il legislatore non ha aggredito il dominio della pena carceraria già sul piano delle tipologie sanzionatorie principali, attraverso un’opera di *pre-individualizzazione*, sulla scorta degli oramai risalenti moniti della dottrina maggioritaria¹⁶, preferendo agire nel momento *intermedio-giudiziario*, con

¹³ I tratti “depersonalizzanti” ed “escludenti” della pena detentiva sono puntualmente messi in rilievo, tra gli altri, da R. BARTOLI, *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, in *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena e di esecuzione nell’esperienza comparata*, a cura di A. BERNARDI, M. VENTUROLI, Napoli, 2018, p. 185 ss.

¹⁴ Difatti, come osserva F. PALAZZO, [I profili di diritto sostanziale della riforma penale](#), in questa Rivista, 8 settembre 2021, p. 11, “la grande opzione di fondo del riformatore è stata quella di rivitalizzare il sistema della sostituzione sanzionatoria”.

¹⁵ Per un quadro completo della novella disciplina delle pene sostitutive, v., per esempio, D. BIANCHI, *Le modifiche in materia di sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO, Milano, 2023, p. 83 ss; D. GUIDI, *La riforma delle “pene” sostitutive*, in *Leg. pen.*, 25 febbraio 2023; con specifico riferimento alla legge delega e allo schema del decreto legislativo E. DOLCINI, [Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive](#), in questa Rivista, 30 agosto 2022; A. GARGANI, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, in *Leg. pen.*, 20 gennaio 2022; T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La riforma delle sanzioni sostitutive e le potenzialità attuabili del lavoro di pubblica utilità*, *ivi*, 21 settembre 2022; G.L. GATTA, [Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della ‘legge Cartabia’](#), in questa Rivista, 15 ottobre 2021, p. 17 ss.

¹⁶ Difatti, E. DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, cit., p. 3, qualifica l’“ampliamento della tipologia delle pene principali” come “la strada maestra” da percorrere per investire la pena carceraria del “ruolo residuale che le è assegnato dalla Costituzione”; v., sul punto, anche M. PELISSERO, *Oltre la riforma Cartabia. Le prospettive della rieducazione nello sviluppo del sistema sanzionatorio*, in *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale. Atti del Convegno Trento, 21-22 gennaio 2022*, a cura di A. MENGhini, E. MATTEVI, Napoli, 2022, p. 29.

una soluzione meno visibile ai cittadini e dunque meno rischiosa da veicolare mediaticamente¹⁷.

Con riferimento alle *species* di surrogati della pena detentiva accolti dal d.lgs. n. 150/2022, il legislatore non è caduto nella facile tentazione di moltiplicarle eccessivamente, in virtù dell'erronea convinzione secondo cui più ampio è il ventaglio delle opzioni sanzionatorie a disposizione del giudice della cognizione, più facilitata sarebbe l'opera di individualizzazione da parte di quest'ultimo. Il carattere menzognero di una tale idea è peraltro testimoniato dall'esperienza francese¹⁸, dove a partire dal 1975, a fronte di un incremento spasmodico delle tipologie di pene alternative mantenute in un circuito di discrezionalità, non è corrisposto un eguale riscontro sul campo: più in particolare, talune pene alternative hanno costantemente riportato tassi applicativi prossimi allo zero, e altre non costituiscono oggetto nemmeno di rilevazione statistica a dimostrazione della loro più completa ineffettività¹⁹. Sembra pertanto emergere come un novero troppo esteso di sanzioni alternative vada a disorientare il giudice, piuttosto che ad agevolare l'esercizio della discrezionalità riconosciutagli nella scelta della pena.

Sempre dalla visuale dell'individualizzazione, occorre salutare con favore la decisione del testo in oggetto di non subordinare, come invece aveva previsto il progetto redatto dalla Commissione Lattanzi, l'applicazione delle pene sostitutive alla necessaria adesione ad un rito alternativo da parte dell'imputato²⁰. Il legame tra le sanzioni sostitutive e i procedimenti speciali, fondato su ragioni deflative facilmente intuibili, viene a compromettere la *ratio* solidaristica idealmente assegnata alle alternative al carcere, a causa della risaputa impossibilità di riconoscere una qualsiasi giustificazione *penologica* ai riti premiali, e tanto meno in termini di prevenzione speciale positiva²¹.

Solleva al contrario perplessità il mancato recepimento della proposta della Commissione Lattanzi di ricomprendere nel catalogo delle pene sostitutive anche l'*affidamento in prova al servizio sociale*²², il quale avrebbe per un verso rappresentato la

¹⁷ In senso critico verso questa soluzione compromissoria cfr., per esempio, G. DE VERO, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: uno sguardo d'insieme*, in *Leg. pen.*, 20 febbraio 2023; p. 10 ss.; L. EUSEBI, *Il cantiere lento della riforma in materia di sanzioni penali. Temi per una discussione*, in *Arch. pen. web*, 28 marzo 2022, p. 2; A. CAVALIERE, *Considerazioni 'a prima lettura' su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, c.d. riforma Cartabia*, in *Penale Diritto e Procedura*, 27 settembre 2021, p. 16.

¹⁸ In effetti, la comparazione rappresenta il primo "vincolo" che dovrebbe essere rispettato da un legislatore impegnato a riformare il rispettivo sistema sanzionatorio secondo un approccio "scientifico"; cfr. C.E. PALIERO, *La riforma del sistema sanzionatorio tra utopia e realtà*, in *Verso una riforma del sistema sanzionatorio? Atti del Convegno in ricordo di Laura Fioravanti*, a cura di P. PISA, Torino, 2008, p. 273.

¹⁹ Per un approfondimento della realtà transalpina v., volendo, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, cit., p. 413 ss.

²⁰ Cfr. F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, cit., p. 6.

²¹ Cfr., tra gli altri, G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 331; F. BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, a cura di A. GAMBERINI, G. INSOLERA, Bologna, 1997, p. 281 s.; L. RISICATO, *I riflessi sostanziali del c.d. patteggiamento "allargato": l'irriducibile attrito tra giustizia penale negoziale, funzioni della pena e tutela della vittima*, in *Leg. pen.*, 2004, p. 874.

²² Cfr. A. GARGANI, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, cit., p. 14 ss.; E. DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, cit., p. 11 s. Invece, secondo G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto*,

species sanzionatoria meglio idonea a fornire una risposta al reato realmente *individualizzata*, ovverosia ritagliata sulle specifiche esigenze di reinserimento sociale del condannato e capace di promuovere una partecipazione “attiva” e “responsabilizzante” di quest’ultimo nell’esecuzione della pena; e per altro verso avrebbe consentito di porre rimedio al fenomeno dei c.d. *liberi sospesi*, manifestatosi, come si sa, dal momento in cui si è riconosciuta la possibilità di applicare *ab initio* le misure alternative alla detenzione, di cui l’affidamento in prova al servizio sociale rappresenta quella più fortunata nella prassi dei Tribunali di sorveglianza²³.

3.2. La dimensione organica della restorative justice.

Il d.lgs. n. 150/2022 opera poi un rinvigorismento del pilastro della *giustizia riparativa*, a cui esso dedica una disciplina *organica*²⁴, volta a definire, e nel contempo a promuovere, gli spazi applicativi di questo particolare paradigma nell’ordinamento, finora settorialmente circoscritti e lasciati in larga misura ad una regolamentazione offerta dalla prassi.

obiettivi e linee di fondo della ‘legge Cartabia’, cit., p. 17 “Si è ritenuto che un’applicazione di tale misura, all’esito del giudizio di cognizione, potesse da un lato disincentivare la sospensione del procedimento con messa alla prova dell’imputato e, dall’altro lato, allungare i tempi del processo”.

²³ Sul c.d. fenomeno dei liberi sospesi v. E. DOLCINI, A. DELLA BELLA, *Per un riordino delle misure sospensivo-probatorie nell’ordinamento italiano*, in *Le misure sospensivo-probatorie. Itinerari verso una riforma*, a cura di E. DOLCINI, A. DELLA BELLA, Milano, 2020, p. 349; con particolare riferimento all’impatto della riforma Cartabia su tale fenomeno v. A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Napoli, 2022, p. 491 ss.

Senza contare poi come la mancata inclusione dell’affidamento in prova al servizio sociale tra le pene sostitutive rischi financo di rappresentare un ostacolo alla sostituzione della pena detentiva, giacché l’art. 545-bis c.p.p., introdotto dalla riforma Cartabia, condiziona l’applicazione della pena sostitutiva al consenso dell’imputato verso la stessa. Con la conseguenza che “L’avvio dell’ulteriore fase del procedimento, nella quale si dovrà decidere sulla sostituzione e sulla scelta della pena sostitutiva, è dunque subordinata a una manifestazione di volontà dell’imputato, per il quale potrebbe risultare più vantaggioso far seguire alla condanna a pena detentiva un’istanza rivolta al tribunale di sorveglianza volta ad ottenere la concessione *ab initio* dell’affidamento in prova, misura più favorevole – in termini di sacrificio della libertà personale – rispetto alla semilibertà sostitutiva e alla detenzione domiciliare sostitutiva”; così E. DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, cit., p. 11 s.; in tal senso anche M. DONINI, *Diritto penale e processo come legal system. I chiaroscuri di una riforma bifronte*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO, Milano, 2023, p. 23; D. GUIDI, *La riforma delle “pene sostitutive”, cit., p. 21.*

²⁴ È infatti la rubrica stessa del titolo IV del d.lgs. n. 150/2022 a definire “organica” siffatta disciplina; condivide, per esempio, questa qualificazione legislativa C. PERINI, *Prime note sulla disciplina organica della giustizia riparativa: “infrastrutture” e raccordi di sistema*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 97.

Senza potersi diffondere al riguardo²⁵, l'intento di promozione della giustizia riparativa – qui intensa nel suo significato più stretto²⁶ – deve essere valutato positivamente dalla visuale assunta nel presente scritto.

Da una prospettiva *culturale*, la *restorative justice* rappresenta verosimilmente la *sublimazione* del personalismo sanzionatorio²⁷: invero nei percorsi a vario titolo riconducibili a tale prototipo trova manifestazione una modalità di gestione del conflitto generato dal reato e di definizione dello stesso pienamente aderente alla dimensione “solidaristico-relazionale” intrinseca al concetto di ‘persona’ a cui la Carta costituzionale fa riferimento; per converso perennemente in tensione con il tradizionale volto punitivo della giustizia, quantunque declinata in senso ‘teleologico-risocializzativo’²⁸.

La scelta poi del testo in parola di affrancarsi da una lettura prettamente vittimologica della giustizia riparativa abbracciata dalla direttiva 2012/29/UE e dal progetto Lattanzi – là dove, all’art. 43, comma primo, lett. b), stabilisce, tra i principi generali e gli obiettivi della stessa, “l’equa considerazione dell’interesse della vittima del reato e della persona indicata come autore dell’offesa”²⁹ – avvalora ulteriormente la ricomprensione del modello *de quo* nel raggio d’intervento del principio di personalizzazione della pena, che rivolge il proprio sguardo essenzialmente alla *responsabilità* e all’*esistenza* dell’autore del reato³⁰, che non può in ogni caso prescindere

²⁵ Per un approfondimento delle innovazioni apportate dal d.lgs. n. 150/2022 in materia v., per esempio, E. MATTEVI, *La giustizia riparativa: disciplina organica e nuove intersezioni con il sistema penale*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO, Milano, 2023, p. 233 ss.; L. PARLATO, *La giustizia riparativa: i nuovi e molteplici incroci con il rito penale*, *ivi*, p. 267 ss.; C. PERINI, *Prime note sulla disciplina organica della giustizia riparativa: “infrastrutture” e raccordi di sistema*, *cit.*, p. 99 ss.; F. PARISI, [Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte I. «Disciplina organica» e aspetti di diritto sostanziale](#), in questa Rivista, 27 febbraio 2023; P. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte II. «Disciplina organica» e aspetti di diritto processuale*, *ivi*.

²⁶ L’art. 42 d.lgs. n. 150/2022 definisce infatti la giustizia riparativa “ogni programma che consente alla vittima del reato, alla persona indicata come autore dell’offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, con l’aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato, denominato mediatore”. Si tratta del modello qualificato da M. DONINI, *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE. La basi di un nuovo programma legislativo per la giustizia penale*, in *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, a cura di G. DODARO, M. DOVA, C. PECORELLA, C. RUGA RIVA, Torino, 2022, p. 430, come “interpersonale”. Sulla definizione legislativa v. E. MATTEVI, *La giustizia riparativa: disciplina organica e nuove intersezioni con il sistema penale*, *cit.*, p. 238 ss.

²⁷ Cfr. R. BARTOLI, [Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell’ambito della giustizia punitiva](#), in questa Rivista, 29 novembre 2022, p. 5, il quale parla infatti di “alto personalismo della giustizia riparativa”.

²⁸ Cfr. G. MANNOZZI, voce *Giustizia riparativa*, in *Annali Enc. dir.*, Milano, 2017, p. 473, a parere della quale, neppure “le teorie della pena legate a scopi più nobili” (“rieducazioni, trattamento, risocializzazione, reintegrazione”) (...) “sembrano possedere, infatti, una vera e propria *vis* fondativa rispetto a una visione della penalità che supera, a certe condizioni, l’idea di ritorsione”.

²⁹ In senso adesivo verso questa scelta v. E. MATTEVI, *La giustizia riparativa: disciplina organica e nuove intersezioni con il sistema penale*, *cit.*, p. 245. Nei confronti di una giustizia riparativa principalmente orientata agli interessi della vittima, come previsto dal progetto Lattanzi, aveva manifestato condivisibili perplessità M. DEL TUFO, *Giustizia riparativa ed effettività nella Proposta della Commissione Lattanzi (24 maggio 2021)*, in *Arch. pen. web*, 29 luglio 2021, p. 7 s.

³⁰ In particolare, sulla dimensione assunta dal concetto di ‘responsabilità’ dell’autore del reato in rapporto

dall'attenzione verso eventuali condotte *post delictum*, dunque direzionate nei confronti della vittima intesa nella sua dimensione più ampia.

In effetti, se la prestazione riparatoria è affermata sulla base delle necessità di “reintegrazione-riparazione” manifestate dalla persona offesa dal reato, essa è tuttavia del pari determinata alla luce delle “capacità” dell'autore, il quale “co-decide” il contenuto e le modalità di svolgimento della prestazione suddetta (che può essere anche *simbolica*): quest'ultima presenta in sostanza una proiezione “bidirezionale”, avendo ad oggetto la *conciliazione* tra le parti³¹.

Da una prospettiva *topografica*, poi, l'aver reso accessibili i programmi della giustizia riparativa in ogni stato e grado del procedimento pare favorire quella dimensione “estesa” del principio di individualizzazione della pena richiamata in precedenza, con ricadute peraltro differenti sulle vicende della punibilità a seconda della modalità di innesto dei percorsi riparativi nell'iter procedimentale: dall'estinzione/improcedibilità del reato alla valorizzazione del trattamento penitenziario, passando per una attenuazione della pena. Tuttavia, per vero, un risultato di “degradazione” punitiva, anche all'esito della riforma, che risulta piuttosto circoscritto, potendo conseguire soltanto qualora un eventuale percorso di giustizia riparativa venga positivamente immesso all'interno della sospensione del processo con messa alla prova oppure sia direzionato ad una remissione di querela o all'applicazione di una causa di non punibilità, vale a dire la particolare tenuità del fatto e le condotte riparatorie *ex* 162-ter c.p.³².

alla giustizia riparativa v. E. MATTEVI, *La giustizia riparativa: disciplina organica e nuove intersezioni con il sistema penale*, cit., p. 131; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, p. 159 ss.

³¹ Cfr. C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, 2007, p. 114, a parere del quale “la mediazione penale passa per l'indagine del vissuto delle parti e la riparazione è, prima di tutto, la conciliazione delle “soggettività” di queste”. L'attitudine della giustizia riparativa a conciliare le esigenze della vittima e dell'autore del reato nel solco tracciato dal principio costituzionale di cui all'art. 27, comma 3, Cost. è stata recentemente affermata da G. DE FRANCESCO, *Uno sguardo d'insieme sulla giustizia riparativa*, in *Leg. pen.*, 2 febbraio 2023, p. 4 ss. Aspetti altresì rimarcati da L. EUSEBI, *Giustizia riparativa e riforma del sistema sanzionatorio penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 83 ss.; G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa: gestire i conflitti, riparare l'offesa*, in <https://www.fisppsicologia.it/images/riviste/Link1-2-2018/ART-2/giustizia-riparativa-gestire-i-conflitti-riparare-loffesa.pdf>, p. 10 ss. Per converso, G. INSOLERA, *Sulla giustizia riparativa, Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, a cura di G. DODARO, M. DOVA, C. PECORELLA, C. RUGA RIVA, Torino, 2022, p. 453 ss., annovera la giustizia riparativa nel quadro di un preoccupante “paradigma vittimario” atto a mettere a repentaglio il patrimonio garantistico del rito accusatorio; perplessità verso la stessa per ragioni sistematico-concettuali sono formulate da G. FIANDACA, [Note su punizione, riparazione e scienza penalistica](#), in questa Rivista, 28 novembre 2020.

³² Un dettagliato quadro in merito all'incidenza della giustizia riparativa sulle conseguenze sanzionatorie del reato secondo le previsioni del d.lgs. n. 150/2022 è presentato E. MATTEVI, *La giustizia riparativa: disciplina organica e nuove intersezioni con il sistema penale*, cit., p. 261 ss.

3.3. La non punibilità sopravvenuta come categoria di “efficientamento” del sistema penale.

Benché meno “visibile” rispetto alla *restorative justice*, è particolarmente significativo nella sistematica del d.lgs. n. 150/2022 l’impiego della categoria della *non punibilità sopravvenuta*, *species* della non punibilità *tout court*, nella quale rientrano, come si sa, “condotte di significato ‘antagonistico’ rispetto a quelle per prima considerate”³³, di cui oramai la legislazione penale domestica è ampiamente disseminata.

Pur nella sua autonomia concettuale, essa presenta una stretta interconnessione con il paradigma sopra affrontato, in ragione di un denominatore comune a carattere *lato sensu* riparatorio, il quale tuttavia nel contesto in discussione, diversamente dalla *restorative justice*, deve manifestarsi in una condotta *materiale* anche frutto di un’azione “a senso unico” dell’autore verso la vittima del reato. Tant’è che le condotte riparatorie affrancate da un pregresso percorso a carattere dialogico-conciliativo fra “le parti” possono essere ricomprese all’interno di una giustizia riparativa qualificabile *in senso ampio*³⁴, altrimenti detta “prestazionale”³⁵.

Al di là del dibattito dottrinario che si è dipanato negli anni attorno alla perimetrazione dogmatica della categoria in questione, non ripercorribile in questa sede³⁶, la non punibilità sopravvenuta incarna un arnese che è stato ampiamente utilizzato negli ultimi lustri dal legislatore italiano “per perseguire i suoi obiettivi politici”³⁷, perlopiù di ordine deflattivo, in “bilanciamento” con le pulsioni repressive largamente esibite dal sistema penale³⁸.

³³ G. DE FRANCESCO, *La punibilità*, Torino, 2016, p. 25; v. anche F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, con la collaborazione di R. BARTOLI, Torino, 2021, p. 598, che qualifica le cause di non punibilità sopravvenuta come “comportamenti del reo successivi alla consumazione del reato e antagonistici all’offesa prodottasi col reato, nel senso cioè che fanno sì che il pericolo realizzato non sfoci nella lesione del bene giuridico oppure neutralizzano l’offesa”.

³⁴ Da sempre mette in evidenza le plurime potenzialità positive di una giustizia riparativa declinata in senso ampio A. MANNA, [È configurabile un sistema penale non carcere-centrico?](#), in *questa Rivista*, 10 marzo 2021, p. 13 ss. Per una sintesi in ordine al rapporto tra riparazione e *ius criminale* v. G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari, 2017, p. 33 ss.

³⁵ Così M. DONINI, *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena-castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione inter-personale*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 2027 ss.

³⁶ In argomento v., per esempio, la recente indagine di F. FASANI, *Il volto e le maschere. Premesse a uno studio sulla categoria unitaria delle cause di estinzione della punibilità*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, a cura di C. PIERGALLINI, G. MANNOZZI, C. SOTIS, C. PERINI, M. SCOLETTA, F. CONSULICH, tomo II, Milano, 2022, p. 611 ss.

³⁷ F. PALAZZO, [La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente](#), in *questa Rivista*, 19 dicembre 2019, p. 1.

³⁸ La duttile portata politico-criminale della punibilità è stata efficacemente illustrata da C. PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI, C.E. PALIERO, vol. II, Milano, 2006, p. 1657, per il quale “La punibilità ormai si atteggia ad una sorta di ‘scatola di compensazione’ di almeno due esigenze che pervadono gli ordinamenti penali

Ad ogni buon conto, la non punibilità per comportamenti sopravvenuti, anche se in modo non immediatamente percepibile come la giustizia riparativa nel suo significato più stretto, presenta una solida componente *personalistica*³⁹, che consente di emanciparsi da “un modo di concepire il diritto penale come *diritto penale del solo fatto*, a prescindere dall’autore”⁴⁰.

Espressione della *sussidiarietà esterna* dello *ius criminale*⁴¹, la condotta “antagonistica” reintegrativa dell’offesa fa venire meno la *meritevolezza* di pena del caso concreto nei confronti di quello specifico autore: sicché, l’estinzione del reato conseguente alle condotte riparatorie è il risultato del successo preventivo esercitato dalla mera minaccia della sanzione, da cui si evince che la norma incriminatrice non è stata applicata “proprio perché efficace, e non perché inutile”⁴². In essa si concentra dunque una perfetta sintesi tra la legittimazione generalpreventiva del sistema penale e lo scopo risocializzativo del punire nella sua dimensione concreta, secondo le previsioni costituzionali⁴³; sarebbe al contrario difficilmente compatibile con queste ultime un istituto che esclude la punibilità di un fatto *tipico*, *antigiuridico* e *colpevole* sulla sola base di una giustificazione deflattiva, dietro la quale vengono talvolta presentati gli strumenti ascrivibili al paradigma in parola⁴⁴.

Ebbene, in diverse direzioni il d.lgs. n. 150/2022 ha valorizzato eventuali condotte riparatorie dell’autore del reato, andando essenzialmente ad allargare il perimetro applicativo di istituti già contemplati dall’ordinamento.

contemporanei: da un lato spicca la finalità di *autoriduzione*; dall’altro si staglia un obiettivo di *ridefinizione dei conflitti sociali*, sottesi al reato, attraverso il ricorso a modelli sanzionatori non più repressivi ma compensativi”.

³⁹ Aspetto rimarcato da M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., p. 259, il quale parla di “orizzonte ‘inclusivo’ della non punibilità”.

⁴⁰ M. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 379.

⁴¹ Cfr. per esempio, G. COCCO, *La punibilità*, in *Trattato breve di diritto penale. Parte generale – II. Punibilità e pene*, a cura di G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, Milano, 2018, p. 94, il quale ravvisa nel principio di sussidiarietà esterna “le controverse previsioni di non punibilità sopravvenuta che prendono atto della soddisfazione o della significativa attenuazione delle esigenze di prevenzione generale quando intervengono condotte dell’autore posteriori alla consumazione del fatto illecito di eliminazione del pericolo cui è stato sottoposto il b.g. o di riparazione della lesione”. Sulla *sussidiarietà penale* in generale, nel quadro di un’ampia letteratura, v., per tutti, G.P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all’espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1654 ss.

⁴² G. MANCA, *La riparazione del danno tra diritto penale e diritto punitivo. Nel caleidoscopio delle recenti riforme*, Milano, 2019, p. 9.

⁴³ Cfr. G. AMARELLI, *Non punibilità e rieducazione. La rinuncia alla pena da parte del giudice di cognizione*, in *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale. Atti del Convegno Trento, 21-22 gennaio 2022*, a cura di A. MENGhini, E. MATTEVI, Napoli, 2022, p. 122 ss.; ID., *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza del lavoro*, Napoli, 2008, p. 11. Sulla dimensione costituzionale della pena v., per tutti, le limpide considerazioni di E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 3 ss.

⁴⁴ Cfr. F. PALAZZO, *Uno sguardo d’insieme alla riforma del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 15.

Anzitutto, la riparazione acquisisce cittadinanza all'interno dell'*irrilevanza del fatto* di cui all'art. 131-bis c.p., con la conseguenza che, in virtù della nuova formulazione della disposizione, "le modalità della condotta" devono essere valutate, nella ponderazione dell'esiguità dell'offesa, "anche in considerazione della condotta susseguente al reato", la quale può dunque consistere in un comportamento *riparativo-reintegrativo* dell'offesa medesima⁴⁵.

Secondo la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 150/2022, la condotta susseguente al reato qui evocata, svincolata dalla *capacità a delinquere* di cui all'art. 133, comma 2, c.p., è unicamente valutabile in rapporto al grado dell'offesa, peraltro solo in senso di tenuità della stessa, e non quale componente della *capacità a delinquere del reo*⁴⁶, che potrebbe nel suo complesso aggravare la posizione del reo. Per la verità, tuttavia, la condotta *post delictum* dovrebbe esser interpretata sia in direzione *retrospettiva*, come richiamato dalla Relazione, sia in senso *teleologico* secondo una direttrice costituzionale, poiché proprio su di essa dovrebbe definitivamente fondarsi il venir meno dell'esigenza risocializzativa nei confronti dell'autore⁴⁷.

A seguito della riforma Cartabia, lo strumento in discussione presenta dunque una fisionomia *anfibologica*, potendo acquisire una qualificazione concettuale differente, a seconda che l'esiguità dell'offesa sia "originaria" o venga a dipendere dal comportamento successivo al reato⁴⁸.

Se non fosse che la Relazione illustrativa, ritornando ad una logica retribuzionistica, sembra neutralizzare il carattere determinante nel giudizio in questione delle condotte riparatorie e ripristinatorie *post delictum*, affermando che queste ultime "non potranno di per sé sole rendere l'offesa di particolare tenuità"; con la conseguenza che la loro valorizzazione sarà ammissibile soltanto "per valutare/confermare la tenuità di un'offesa che appare tale"⁴⁹. Il che potrebbe paradossalmente condurre, in assenza di un diverso chiarimento da parte della giurisprudenza, ad una restrizione del perimetro applicativo dell'istituto là dove viene

⁴⁵ Il mancato richiamo alle condotte riparative *post factum* nel testo originario dell'art. 131-bis c.p. era visto come "un'occasione mancata per dare spazio ad una giustizia penale conciliativa e riparativa concepita ormai come la frontiera più avanzata per una risposta adeguata ai reati di lieve e media gravità, in grado di ovviare all'inflazione penalistica e di valorizzare una concezione gradualistica del reato, nonché la dimensione dell'"esiguità" penale"" da E. CADAMURRO, *L'irrilevanza penale del fatto nel prisma della giustizia riparativa*, Padova, 2022, p. 157 s.

⁴⁶ Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150: «Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari», in *Gazzetta ufficiale. Serie generale* n. 245 del 19 ottobre 2022. Supplemento straordinario n. 5, p. 512.

⁴⁷ Cfr. M. DOVA, *La riforma della particolare tenuità del fatto: aspetti sostanziali*, cit., p. 122 s.; al contrario in senso critico verso il mancato richiamo alla *capacità a delinquere* nel suo complesso, ex art. 133, comma 2 c.p., di cui la condotta *post delictum* rappresenta una naturale componente, anche in virtù del fatto che altri criteri afferenti alla capacità a delinquere stessa sarebbero richiamati nel testo dell'art. 131-bis c.p., si esprime D. BRUNELLI, *Le modifiche alla non punibilità per tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 62.

⁴⁸ F. PALAZZO, *Uno sguardo d'insieme alla riforma del sistema sanzionatorio*, cit., p. 15, parla di "una speciale tenuità per così dire 'sopravvenuta'".

⁴⁹ Relazione illustrativa, cit., p. 512.

richiesta una condotta *ex post* a comprovare una particolare tenuità dell'offesa già riconoscibile sulla base degli altri criteri accolti dalla norma⁵⁰, in tensione per giunta con lo spirito *efficientistico* della riforma.

In secondo luogo, il d.gs. n. 150/2022 rinvigorisce la categoria in parola nella misura in cui va ad ampliare lo spettro applicativo della *sospensione del procedimento con messa alla prova*⁵¹, rito speciale che, come noto, può condurre all'epilogo estintivo del reato grazie anche all'intervento di condotte a vario titolo riparatorie: nel dettaglio, il "programma" da allegare all'istanza di ammissione alla messa alla prova deve prevedere, *ex art. 464-bis c.p.p.*, "le prescrizioni comportamentali e gli altri impegni specifici che l'imputato assume anche al fine di elidere o di attenuare le conseguenze del reato, considerando a tal fine il risarcimento del danno, le condotte riparatorie e le restituzioni, nonché le prescrizioni attinenti al lavoro di pubblica utilità ovvero all'attività di volontariato di rilievo sociale"; nonché "le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa" e, per effetto di una integrazione apportata dalla riforma Cartabia, "lo svolgimento di programmi di giustizia riparativa"⁵². Inciso, quest'ultimo, con cui peraltro si è tentato di rinsaldare un legame tra l'istituto in discussione e la *restorative justice*, anche in ragione delle numerose perplessità che erano state opportunatamente avanzate sulla ricomprensione dello stesso all'interno del paradigma della giustizia riparativa in senso proprio⁵³.

In terzo luogo, sempre riconducibile alla non punibilità sopravvenuta è il meccanismo estintivo delle contravvenzioni introdotto dal d.lgs. n. 150/2022 nella *materia di igiene, produzione, tracciabilità e vendita di alimenti e bevande*, che opera nella fase delle indagini preliminari per effetto del tempestivo adempimento di specifiche prescrizioni impartite dall'organo accertatore e del pagamento di una determinata

⁵⁰ Cfr. M. DONINI, *Diritto penale e processo come legal system. I chiaroscuri di una riforma bifronte*, cit., p. 24; M. DOVA, *La riforma della particolare tenuità del fatto: aspetti sostanziali*, cit., p. 123 s. Mentre secondo C. BERNASCONI, *Deflazione processuale mediante istituti di diritto penale sostanziale nella c.d. riforma cartabia: il restyling alla particolare tenuità del fatto e la nuova procedura estintiva in materia di alimenti e bevande*, in *discrimen*, 16 gennaio 2023, p. 6, la condotta *post delictum* rileva quale indicatore *aggiuntivo* dell'esiguità dell'offesa rispetto agli altri richiamati dalla norma già in virtù della "congiunzione 'anche', che testualmente apre l'inciso successivo al rinvio all'art. 133, comma 1, c.p.p."

⁵¹ L'art. 32, comma 1, lett. a, d.lgs. n. 150/2022 ha ampliato il catalogo dei reati per i quali si procede a citazione diretta a giudizio, il quale, in virtù del richiamo a tale disposizione operato dall'art. 168-bis c.p.p., a sua volta richiamato dall'art. 468-bis, comma 1, c.p.p., permette di allargare il ventaglio dei reati rispetto ai quali è ammesso il ricorso alla sospensione del procedimento con messa alla prova.

⁵² Per una panoramica dettagliata sulle modifiche apportate all'istituto in oggetto v., per esempio, A. MADEO, *Procedibilità a querela, messa alla prova e non punibilità per particolare tenuità del fatto: una ratio deflativa comune nella "riforma Cartabia"*, in *Leg. pen.*, 28 novembre 2022, p. 21 ss; T. EPIDENDIO, *Profili sostanziali della messa alla prova post-Cartabia*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO, Milano, 2023, p. 785 ss. Con riferimento alla legge delega v. G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, cit., p. 19.

⁵³ Cfr. sul punto *amplius*, per esempio, C. MAZZUCATO, *Ostacoli e "pietre d'inciampo" del cammino attuale della giustizia riparativa in Italia*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, p. 128 ss.; E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli, 2017, p. 411, volendo, M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, cit., p. 318.

somma di denaro, sulla scorta di un modello già sperimentato in altri ambiti della parte speciale, tra cui segnatamente la sicurezza sul lavoro e l'ambiente⁵⁴.

In ultimo, la categoria della non punibilità sopravvenuta per condotte riparatorie può trovare potenziale rafforzamento attraverso la dilatazione del novero dei reati procedibili a querela realizzata, come noto, dal d.lgs. n. 150/2022⁵⁵: è la stessa Relazione illustrativa di quest'ultimo a specificare del resto che la selezione delle nuove norme incriminatrici rese procedibili su impulso della persona offesa è avvenuta tenendo in debita considerazione, alla luce delle caratteristiche criminologiche delle stesse, la possibilità di addivenire a forme anticipate di definizione del procedimento grazie a condotte riparatorie o risarcitorie; con conseguente estinzione del reato attraverso la remissione di querela o l'applicazione della causa estintiva di cui all'art. 162-ter c.p. finora priva, peraltro, di significativi riscontri in sede applicativa⁵⁶.

3.4. Una nuova cultura della discrezionalità giudiziaria.

Nelle trame della riforma Cartabia risulta poi determinante l'intervento operato sul pilastro della *discrezionalità giudiziaria*, che funge peraltro da "collegamento" con gli altri pilastri precedentemente richiamati. Invero, sebbene, come accennato, appaia riduttivo identificare l'individualizzazione della pena con i margini di discrezionalità riconosciuti agli organi giurisdizionali, la discrezionalità costituisce la pietra angolare della individualizzazione stessa, che permette alla pena di adeguarsi in *concreto* ai bisogni retributivi o teleologici manifestati dall'autore, poiché solo grazie all'intervento del giudice la pena si rivolge ad una persona nella sua *fisicità e umanità*.

Il d.lgs. n. 150/2022 getta le basi per una rinnovazione concettuale della discrezionalità sanzionatoria, vale a dire un ritorno ad un ruolo *programmatico* della stessa, a cui è assegnato un compito di concretizzazione di un retrostante manifesto politico-legislativo⁵⁷. E il manifesto è qui rappresentato dall'*efficientamento* della giustizia penale,

⁵⁴ Il legislatore delegato ha deciso di circoscrivere ad una specifica materia l'ambito operativo del meccanismo estivo in parola, laddove la legge delega ne prevedeva una valenza generalizzata alle contravvenzioni, invitando l'esecutivo a selezionare quelle "suscettibili di elisione del danno o del pericolo mediante condotte ripristinatorie o risarcitorie, salvo che concorrano con delitti" (art. 1, comma 23, lett. b, d.lgs. n. 134/2021). Sul meccanismo in oggetto v., diffusamente, F. DIAMANTI, *Estinzione delle contravvenzioni per adempimento di prescrizioni*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO, Milano, 2023, p. 143 ss.; C. BERNASCONI, *Deflazione processuale mediante istituti di diritto penale sostanziale nella c.d. riforma cartabia: il restyling alla particolare tenuità del fatto e la nuova procedura estintiva in materia di alimenti e bevande*, cit., p. 8 ss.

⁵⁵ In argomento v., per esempio, G. DODARO, *Le modifiche alla disciplina della querela*, in *Dir. pen. proc.*, 2023; p. 63 ss.; O.C. ARTALE, L. BIN, *Gli interventi di procedibilità a querela*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO, Milano, 2023, p. 163 ss.

⁵⁶ *Relazione illustrativa*, cit., p. 320 s.

⁵⁷ Cfr., sia pure con riferimento al progetto Lattanzi, G. DE FRANCESCO, *Brevi appunti sul disegno di riforma della giustizia*, in *Leg. pen.*, 23 agosto 2021, p. 4 ss; in generale F. BASILE, *L'enorme potere delle circostanze sul reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1767, riconosce la "funzione sana" della discrezionalità nell'"affidare ai giudici il compito di proseguire nel caso concreto le valutazioni astratte del legislatore".

leitmotiv della riforma, da intendersi non solo nel suo significato più letterale di decongestionamento della “macchina” giudiziaria, ma anche di efficienza costituzionalmente orientata della medesima e, in particolare, del sistema sanzionatorio penale⁵⁸. D'altronde, è proprio in questa dimensione programmatica di taglio personalistico che può riconoscersi il carattere in certa misura *organico* della riforma in oggetto⁵⁹.

Si tratta di una vera e propria svolta nella cultura della discrezionalità sanzionatoria e nella sua modalità di conformazione da parte della politica-legislativa nostrana del secondo dopoguerra: dove, a partire dalla novella del 1974, la discrezionalità ha perduto questo suo ruolo per così dire “costitutivo”, venendo ad acquisire una funzione di “rottura” verso alcuni tratti somatici del codice penale che erano divenuti inconciliabili con il nuovo assetto costituzionale⁶⁰.

Vero, certo, che anche gli interventi inclini ad allargare le maglie della discrezionalità giudiziaria assumevano come riferimento la Legge fondamentale, ma è altrettanto vero che essi – se si esclude la riforma penitenziaria del 1975⁶¹ – fungevano essenzialmente da *correttivo* di siffatte storture, spesso in prospettiva eminentemente deflattiva, privo di un vero e proprio progetto organico di “partenza e arrivo”, che può per converso distinguersi dietro il d.lgs. n. 150/2022⁶². D'altra parte, la dilatazione dei poteri discrezionali riconosciuti ai giudici ha rappresentato la corsia preferenziale per ovviare all'incapacità di addivenire a riforme sistemiche politicamente insidiose, idonee a ripensare radicalmente l'apparato punitivo penale a partire dalla messa in discussione del primato della pena carceraria.

⁵⁸ Cfr. M. DONINI, “Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità”, cit., 591 ss., secondo cui non è tanto decisivo “l'obiettivo di una accelerazione dei procedimenti, ma semmai di renderli efficienti in un quadro di attenzione a una strategia sanzionatoria differenziata e non simbolico-retributiva”.

⁵⁹ Cfr. F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, cit., p. 3, a mente del quale “L'organicità è riscontrabile in due caratteristiche della riforma. La prima, senz'altro la più rilevante, è la coerenza finalistica dei numerosi interventi di cui la riforma è costituita: tutti perseguono un obiettivo comune ed unitario che è l'alleggerimento del sistema complessivo, prima di tutto sul versante processuale, dei tempi e della quantità dei processi, ma poi anche su quello sostanziale della riduzione del primato detentivo: ed è proprio questo versante sostanziale della riforma che consente di affermare – come meglio vedremo – che la riforma non ha l'unico obiettivo dell'“efficientamento” del sistema ma segna anche un passo in avanti nel senso della sua modernizzazione”.

⁶⁰ Cfr. F. BRICOLA, *Il codice Rocco cinquant'anni dopo*, in A. GAMBERINI, G. INSOLERA (a cura di), *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, p. 157.

⁶¹ “Forse, questa, l'unica vera grande riforma di attuazione costituzionale dell'era repubblicana”, a parere di F. PALAZZO, *Relazione introduttiva. La rieducazione: un bilancio sommario*, in *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale. Atti del Convegno Trento, 21-22 gennaio 2022*, a cura di A. MENGhini, E. MATTEVI, Napoli, 2022, p. 6.

⁶² Cfr. F. PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 100, il quale, pur riconoscendo alla novella del 1974 il condivisibile obiettivo di “attenuare l'ormai insopportabile repressivismo del codice Rocco, condizione preliminare indispensabile a qualunque successiva trasformazione in senso rieducativo”, ritiene che essa “costituirà una sorta di anticipazione della piega che poi prenderà il sistema nel senso di una discrezionalità sempre più povera di contenuti personalistici e conseguentemente sempre più incline a pressanti obiettivi deflattivi”.

Breve: nel testo in esame invece la discrezionalità è strumentale all'affermazione di nuova *cultura del punire* orientata alla *sussidiarietà* costituzionale, capace di coniugare dissimili istanze di natura tanto ideologica quanto pratica.

Orbene, se il nuovo volto della discrezionalità nella riforma Cartabia sembra implicitamente emergere dalle scelte di fondo poste in essere dalla riforma medesima, in alcune sue disposizioni il d.lgs. n. 150/2022 disvela poi espressamente la *finalizzazione* dei margini riconosciuti al giudice nella configurazione della risposta sanzionatoria: d'altronde, è stata propria l'assenza di contenuti nella discrezionalità a decretarne il sostanziale fallimento e la conseguente insofferenza nei confronti di essa.

A titolo di esempio si può anzitutto segnalare, nell'ambito della nuova disciplina delle pene sostitutive, l'inserimento, all'art. 58, comma 2, l. n. 689/1981, dell'inciso, secondo cui il giudice deve scegliere la sanzione "più idonea alla rieducazione e al reinserimento sociale del condannato con il minor sacrificio della libertà personale". Non sfugge l'impiego di "un'endiadi" lessicale – *rieducazione* e *reinserimento sociale* – verosimilmente orientata a scongiurare ogni dubbio in ordine all'orientamento teleologico di tali pene⁶³; così come il richiamo "al minor sacrificio della libertà personale" pare confermare lo spirito di *sussidiarietà* della pena carceraria che informa il d.lgs. n. 150/2022, stabilendo peraltro un criterio di priorità nella scelta della sanzione sostitutiva (pena pecuniaria, lavoro di pubblica utilità, detenzione domiciliare e in ultimo semilibertà).

In secondo luogo, sempre in forza della nuova formulazione dell'art. 58, comma 2, si prescrive al magistrato del giudizio di indicare "i motivi che giustificano l'applicazione della pena sostitutiva e la scelta del tipo", sulla falsariga del modello abbracciato dall'art. 132, comma 1, c.p.

L'intento di vincolare il più possibile il giudice nell'esercizio della discrezionalità è senz'altro condivisibile, e pienamente in sintonia con il rinnovamento ideologico che si intende riconoscere alla discrezionalità stessa; ma non è recondito il rischio che siffatta previsione risulti incapace di raggiungere il summenzionato obiettivo alla luce dell'esperienza maturata nei decenni dalla disposizione codicistica presa a riferimento⁶⁴.

3.5. Progressi nella diagnosi della personalità.

Una riforma che mira a promuovere una *nuova cultura del punire* in senso personalistico e in logica connessione una proiezione *sussidiaria* del penale e della pena carceraria deve inevitabilmente misurarsi con l'esigenza di mettere a disposizione del giudice uno strumentario diagnostico idoneo a selezionare la soluzione *sanzionatoria* o

⁶³ V. E. DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, cit., p. 17, il quale peraltro rimarca opportunamente (nt. 50) che "Tra i criteri che dovranno governare la discrezionalità del giudice di cognizione, nessun ruolo viene dunque attribuito alla prevenzione generale", sulla scorta dell'indirizzo dottrinale maggioritario che esclude, come ben noto, ogni considerazione in termine per l'appunto di prevenzione generale nel giudizio di commisurazione della pena.

⁶⁴ Cfr. E. DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, cit., p. 17.

financo di *esclusione della punibilità*, tra quelle disponibili, che meglio si attaglia al vissuto dell'autore del reato in una prospettiva di risocializzazione o non desocializzazione dello stesso.

Esigenza che, se per un verso si avverte con maggior rigore nel momento in cui il legislatore continua a omettere una “*pre-individualizzazione*” attraverso una revisione del catalogo delle pene principali, rimettendo pressoché integralmente la scelta sanzionatoria in direzione “*decarcerizzante*” – che potrebbe essere anche la non punibilità, come si è visto – nelle mani del giudice; per altro verso, si intensifica allorquando l'offerta sanzionatoria, per vero anche già in sede edittale, evolva – come auspicato in dottrina⁶⁵ – verso modelli di natura prescrittiva, incentrati su divieti e obblighi che devono essere determinati dal giudice nel singolo caso entro, ovviamente, una cornice legale.

Fino ad ora, come si è visto, i margini entro cui i tribunali hanno potuto svolgere una individualizzazione qualitativa della pena, al di là dunque di una mera operazione di calcolo aritmetico, sono stati particolarmente ristretti; ma questa opera, pur nei termini minimamente consenti, è stata ostacolata, come già accennato, dal divieto, di cui all'art. 220 c.p.p., posto a carico del giudice della cognizione di richiedere la perizia criminologica sull'imputato⁶⁶.

Ogni indagine sulla personalità è stata relegata nella fase *esecutivo-penitenziaria*, dove ciascuna ragione ostativa di ordine garantistico non ha più giustificazione alcuna e sulla scorta di una radicata visione sincretistica della pena, incline a collocare nel momento esecutivo ogni ambizione risocializzativa della sanzione criminale⁶⁷.

⁶⁵ Cfr., per una dettagliata analisi di questa tendenza, R. PALAVERA, *Condizioni e fattori di promozione della pena prescrittiva*, in *Ind. pen.*, 2021, p. 318 ss; EAD., *Brevi scorci di orizzonte. Disseminazione dei contenuti di facere e occasioni di una loro sistematizzazione da parte del legislatore delegato, in attesa di pene prescrittive principali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, p. 333 ss.

⁶⁶ Cfr., per esempio, G. LOZZI, *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 241; L. EUSEBI, *Appunti minimi in tema di riforma del sistema sanzionatorio penale*, in *Verso una riforma del sistema sanzionatorio? Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti*, a cura di P. PISA, Torino, 2008, p. 288; sia pure con specifico riferimento al ‘giudizio di pericolosità’, il carattere “ostacolante” del divieto in questione è messo in rilievo da A. MANNA, *La giustizia penale fra Ottocento e Novecento: la disputa tra soggettivismo e oggettivismo*, in *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, a cura di M.N. MILETTI, Milano, 2006, p. 205 s. Non mancano addirittura in dottrina voci propense a riconoscere esplicitamente l'illegittimità costituzionale della norma processuale *de qua*, in ragione per l'appunto dei riflessi negativi dalla stessa provocati sul piano in questione; in tal senso G. TRANCHINA, *Il divieto di perizia psicologica sull'imputato: una limitazione sicuramente anticonstituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 1327 ss. Oltretutto – come puntualizza F. GIANNITI, *Prospettive criminologiche e processo penale*, Milano, 1984, p. 175 – l'esame della personalità dell'autore del reato risulterebbe rilevante per esempio in materia di recidiva, sospensione condizionale della pena, perdono giudiziale, non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale e liberazione condizionale. Per un approfondimento del tema, anche per una ricostruzione del dibattito dottrinario tra sostenitori e detrattori del divieto codicistico in oggetto, v. L. TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, cit., p. 289 ss.; volendo, M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, cit., p. 276 ss.

⁶⁷ Difatti dietro il divieto in oggetto, al di là del summenzionato retroterra garantistico, sembra annidarsi anche una ragione a carattere più marcatamente *ideologico-culturale*, vale a dire l'indiscussa fedeltà a un paradigma di tipo *classico-retributivo*; per la cui attuazione lo strumento “diagnostico” interdetto risulta

L'aver interamente demandato alla *discrezionalità* della magistratura di sorveglianza l'attuazione del finalismo rieducativo della pena, per ragioni ideologiche e di convenienza politica, ha però profondamente compromesso, oltre alla vita del principio di individualizzazione, la "ragionevolezza" e l'"equilibrio" del sistema sanzionatorio stesso, come pure la tenuta generalpreventiva di un ordinamento penale sempre più frammentato e privo di un disegno organizzativo *unitario*⁶⁸.

Sennonché, in assenza di strumenti di indagine adeguati pare oltremodo arduo che il magistrato del giudizio possa acquisire, sulla sola base del contatto processuale e della conoscenza del pregresso criminale dell'imputato, quella piena contezza della vicenda umana di quest'ultimo, strumentale ad una decisione consapevole in ordine alla *qualificazione*, ma anche già alla *quantificazione*, della pena medesima: d'altra parte, la barriera posta dalla succitata disposizione del codice di rito ha con verosimiglianza contribuito a rendere superficiale nella giurisprudenza la valutazione dei criteri di commisurazione relativi alla "capacità a delinquere", già di per sé particolarmente indeterminati⁶⁹.

Beninteso, l'ingresso dell'accertamento personologico nel processo dovrebbe avvenire con modalità capaci di salvaguardare le sacrosante esigenze garantistiche su cui si fonda l'attuale divieto, ma pure di contemperare le necessità di economia processuale, oggi avvertite con particolare preoccupazione, che potrebbero essere pregiudicate da un sistema bifasico "puro" se attuato in assenza di appositi adeguamenti organico-strutturali; il quale nondimeno rappresenterebbe la scelta ottimale a riguardo sotto un profilo sia garantistico sia ispettivo⁷⁰.

Una operazione siffatta non può in ogni caso prescindere da un mutamento radicale nella "mentalità" della magistratura di cognizione, ancora fortemente legata a una visione esclusivamente *oggettivista* del rito, a sua volta connessa ad una giustificazione retributiva della pena. Viceversa, il processo, pur nella sua imprescindibile base *fattuale*, dovrebbe essere direzionato verso una "comprensione" della vicenda umana dell'accusato, che rappresenta il viatico per giungere ad un epilogo sanzionatorio realmente a misura d'uomo: con la conseguenza che da parte dei giudici stessi vi dovrebbe essere la disponibilità ad adoperarsi efficacemente in questa direzione attraverso un dialogo imprescindibile con le scienze empirico-sociali.

inutile, se non financo fuorviante, vista la proiezione completamente *aritmetico-retrospettiva* dalla pena assoluta, v., al riguardo, M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 27 ss.

⁶⁸ Cfr. M. PELISSERO, *La metamorfosi della pena in fase esecutiva tra funzione rieducativa e legalità della pena. Una lettura sostanziale della crisi del giudicato*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA, vol. I, Milano, 2018, p. 344, il quale precisa che "Non è, però, possibile non rilevare gli effetti negativi che il potenziamento della flessibilità della pena in fase esecutiva ha luogo sul piano complessivo della tenuta del sistema sanzionatorio".

⁶⁹ Cfr. C. IAGNEMMA, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale. Un rapporto da rivisitare nella teoria del reato e nel sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1448.

⁷⁰ Auspica infatti una evoluzione della nostra legislazione verso un sistema bifasico alla luce del modello angloamericano in una prospettiva di ottimizzazione della scelta sanzionatoria L. TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, cit., p. 289 ss.; così anche M. PELISSERO, *Oltre la riforma Cartabia. Le prospettive della rieducazione nello sviluppo del sistema sanzionatorio*, cit., p. 31.

Dopo le prime, timide aperture registrate in tal senso nell'ambito della sospensione del processo con messa alla prova, dove i magistrati della cognizione sono stati per la prima volta chiamati a interagire con gli *uffici dell'esecuzione penale esterna* per l'individuazione del contenuto prescrittivo del programma cui è destinato l'imputato, un ulteriore progresso nella rotta qui auspicata ha avuto luogo grazie per l'appunto al d.lgs. n. 150/2022. Quest'ultimo infatti ha previsto, all'art. 445-bis c.p.p., che il giudice, qualora non possa decidere immediatamente in merito alla sostituzione della pena detentiva commisurata entro i quattro anni, ordina la sospensione del processo e la fissazione di una apposita udienza non oltre sessanta giorni, con contestuale avviso alle parti e all'ufficio dell'esecuzione penale esterna competente. Nel periodo temporale intercorrente tra l'udienza in cui è stata accertata la colpevolezza e quella destinata all'irrogazione della pena sostitutiva, il giudice "può acquisire dall'ufficio di esecuzione penale esterna e, se del caso, dalla [polizia giudiziaria](#) tutte le informazioni ritenute necessarie in relazione alle condizioni di vita, personali, familiari, sociali, economiche e patrimoniali dell'imputato"⁷¹.

Sia pure limitatamente all'applicazione delle pene sostitutive la riforma Cartabia tratteggia un sistema processuale bifasico "attenuato", sulla scorta del modello francese⁷², che è già stato a onor del vero in parte sperimento nella giurisdizione penale di pace, dove comunque la sospensione del procedimento mira principalmente a favorire un esito conciliativo fra le parti.

In sostanza prende forma un modello che sembra compendiare le esigenze garantistiche e di efficienza processuale precedentemente evocate, giacché la sospensione del processo e le eventuali inchieste sulla personalità intervengono solo dopo l'accertamento della colpevolezza e solo se il giudice non si reputi capace di decidere in merito alla sostituzione della pena detentiva in forza delle informazioni a sua disposizione⁷³.

⁷¹ Per una più dettagliata ricostruzione della nuova disciplina applicativa delle pene sostitutive v., per tutti, D. BIANCHI, *Le modifiche in materia di sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi*, cit., p. 106 ss.

⁷² Per un approfondimento sul punto v. G. DEAN, R. FONTI, *La giurisdizione penale*, in *Soggetti e atti, I soggetti*, a cura di G. DEAN, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. SPANGHER, vol. I, tomo I, Milano, 2009, p. 32; volendo, con richiami anche alla prassi, a M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, cit., p. 411 ss.

⁷³ Si tratta un paradigma che sembra peraltro in linea di massima riprendere e coniugare alcune soluzioni abbracciate da progetti di riforma sia del codice penale sia del codice di procedura penale rimasti inattuati. Quanto ai primi, si allude anzitutto al progetto redatto dalla Commissione Grosso ad esordio del terzo millennio, secondo cui, all'art. 13, comma 1, "La pronuncia sulla sanzione può essere non contestuale alla pronuncia sulla responsabilità dell'imputato, quando il giudice ritenga necessario, per le valutazioni relative alle sanzioni, acquisire ulteriori elementi di prova, o verificare il consenso dell'imputato su determinate misure. In tal caso il giudice, dopo avere letto il dispositivo contenente l'affermazione di responsabilità, rinvia in tutto o in parte la pronuncia sulla sanzione ad una udienza successiva, con ordinanza nella quale sono indicati i temi da trattare" (*Progetto preliminare di riforma del Codice penale, parte generale, Articolato, Disposizioni di attuazione e coordinamento* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 574 ss.). In secondo luogo, al progetto Pisapia, il quale, all'art. 29, comma 2, ha previsto, ai fini dell'applicazione delle pene prescrittive dallo stesso accolte, che il giudice possa acquisire "le informazioni necessarie relative alle condizioni di vita personale, familiare, sociale ed economica dell'imputato", allo scopo della individualizzazione delle pene prescrittive previste dal progetto medesimo (*Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica*

In definitiva, da una prospettiva più limitata viene configurato un meccanismo processuale che dovrebbe facilitare il raggiungimento della finalizzazione *risocializzativa* delle pene sostitutive sopra menzionata sia nella scelta della tipologia di sanzione, sia nella determinazione del corrispondente contenuto prescrittivo; da una prospettiva più generale si avvalorava poi una evoluzione in senso *personalistico-relazionale* del processo attraverso un dialogo *trilaterale* fra giudice, condannato e uffici dell'esecuzione penale esterna⁷⁴.

Senza contare che l'accoglimento dello strumento sospensivo in parola verrebbe a confermare una lettura non meramente *economicistico-deflattiva* dell'*efficientismo* a cui mira la riforma Cartabia nella sua complessità: se così non fosse, l'inserimento di una ulteriore fase procedimentale, sia pure non obbligatoria, si manifesterebbe in totale contraddizione rispetto ad una esclusiva *ratio* di deflazione processuale e di speditezza delle decisioni giudiziarie⁷⁵.

4. Un monito conclusivo: il cantiere delle riforme non deve chiudere i battenti.

Tentando di abbozzare alcune considerazioni di sintesi, non si può in via generale che riconoscere nella riforma Cartabia – certo al netto delle sue ombre, a onor del vero riscontrate in maggioranza sul terreno processuale⁷⁶ – la realizzazione quasi di

per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1570 ss.).

Con riferimento ai secondi, si richiama il progetto preliminare di codice di procedura penale del 1978, il quale, all'art. 209, comma 2, stabilisce che “ai fini del giudizio sulla personalità e pericolosità, la perizia può avere per oggetto la personalità dell'imputato anche in ordine alle qualifiche psichiche indipendenti da cause patogene”. Disposizione da completarsi con il disposto dell'art. 518 del progetto, secondo cui “quando esistono prove sufficienti per dichiarare l'imputato autore del fatto contestato ed è necessario approfondire l'indagine sulla sua personalità, il giudice può ordinare che il dibattimento sia aperto al fine di procedere a perizia criminologica”. Al riguardo, come osserva G. LOZZI, *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, cit., p. 241: “Questa norma rappresentava un compromesso tra chi sosteneva la necessità di una struttura bifasica del dibattimento (scisso, quindi, in due fasi distinte rispettivamente dedicate, la prima alla decisione sulla responsabilità dell'imputato e la seconda alla determinazione della pena e della misura di sicurezza) e chi rilevava come siffatto sdoppiamento avrebbe determinato conseguenze gravissime per l'economia processuale. Pertanto, si era limitata la possibilità di riapertura del dibattimento alla sola ipotesi in cui il giudice ritenesse necessario assumere la perizia criminologica”.

⁷⁴ Cfr. V. BOVE, *Diverse modalità sanzionatorie o modalità sanzionatorie diverse? (ovvero, come rapportarsi ad una nuova, imminente, riforma)*, in *Arch. pen. web*, 16 maggio 2022, p. 4 ss.

⁷⁵ Cfr. F. PALAZZO, *Uno sguardo d'insieme alla riforma del sistema sanzionatorio*, cit., p. 14. Secondo L. EUSEBI, *Il cantiere lento della riforma in materia di sanzioni penali. Temi per una discussione*, cit., p. 7, peraltro, la “contenuta dilatazione del processo di cognizione” derivante dall'evoluzione in senso bifasico del rito “sarebbe ampiamente compensata, peraltro, dal venir meno, in tal modo, dei procedimenti presso il tribunale di sorveglianza, dopo la condanna definitiva, per l'ammissione alle misure alternative applicabili fin dall'inizio dell'esecuzione, come pure dal già segnalato ridursi prevedibile del contenzioso”.

⁷⁶ Per una dettagliata disamina degli aspetti processuali della riforma v., ad esempio, A.A.VV., *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO, Milano, 2023, p. 395 ss.

un “miracolo” legislativo⁷⁷, se si considera il *background* politico-criminale da cui essa muoveva⁷⁸.

Con specifico riferimento poi al campo qui indagato, l’analisi sviluppata nei paragrafi precedenti sembra restituire un quadro incoraggiante, anche se ancora bisognoso di interventi di ampia e radicale portata. Difatti, l’ideale sovrapposizione fra il paradigma di individualizzazione della pena proposto e il d.lgs. n. 150/2022 fa emergere non poche aree di convergenza tra essi, ancorché permangano numerose sfasature, in parte dovute all’atteggiamento prudente adottato dal riformatore per la ben nota opera di mediazione politica a cui era chiamato.

Solo due esempi a dimostrazione delle suddette dissonanze e delle linee di riforma che, a parere di chi scrive, dovrebbero essere intraprese.

In primo luogo, lascia senza dubbio perplessi il mancato inserimento di una pena sostitutiva di natura prescizionale o, in alternativa, di una misura sospensivo-probatoria sulla scorta del *sursis probatoire* franco-belga, contenutisticamente assimilabili all’affidamento in prova al servizio sociale. È in certa misura sorprendente che l’autore del reato possa essere destinatario di un “progetto” sanzionatorio, calibrato sulle esigenze specialpreventive dello stesso, durante il procedimento, quindi prima che intervenga un accertamento della responsabilità (attraverso la sospensione del processo con messa alla prova), e nella fase esecutiva della pena, magari già sin dall’inizio di quest’ultima attraverso il meccanismo sospensivo di cui all’art. 656, comma 5, c.p.p.; ma non anche con la sentenza di condanna stessa⁷⁹.

Certo, la commisurazione della pena nei fatti si arricchisce e i margini entro cui può intervenire una personalizzazione delle conseguenze sanzionatorie da parte del magistrato del giudizio si sono allargati grazie alla riforma in commento⁸⁰, ma un risultato assai più soddisfacente sul punto si sarebbe potuto raggiungere attraverso l’introduzione di una delle due misure prospettate, le quali presentano un contenuto molto più articolato e qualitativamente individualizzabile rispetto alle novelle pene sostitutive e, a maggior ragione, alla sospensione condizionale della pena⁸¹.

Di talché, l’area di intervento della pena di natura prescittiva o della misura sospensivo-probatoria sarebbe verosimilmente potuta andare al di là della soglia di sostituzione dei quattro anni tracciata dal d.lgs. n. 150/2022 (si pensi come in Francia con il corrispondente istituto si può sospendere l’esecuzione di pene detentive fino a dieci

⁷⁷ F. PALAZZO, *Profili sostanziali della riforma penale*, cit., p. 2.

⁷⁸ Quadro ben sintetizzato da E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, 2019; in argomento v., anche, V. MANES, [Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione](#), in *Questione giustizia*.

⁷⁹ Cfr. L. EUSEBI, *Il cantiere lento della riforma in materia di sanzioni penali. Temi per una discussione*, cit., p. 8.

⁸⁰ Cfr., con particolare riferimento alla giustizia riparativa, C. IAGNEMMA, *Profili di una discrezionalità umanistica in materia di giustizia riparativa*, *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 110 ss.

⁸¹ Auspicano l’introduzione anche nell’ordinamento italiano di una duplice sospensione condizionale della pena, “semplice” e “con prova”, sulla falsariga di un modello accolto sia in Francia sia in altri Paesi europei ed extraeuropei, E. DOLCINI, A. DELLA BELLA, *Per un riordino delle misure sospensivo-probatorie nell’ordinamento italiano*, cit., p. 338 ss, ID., *Le misure sospensivo-probatorie: spunti per una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2022, p. 441 ss.

anni), assicurando in tal guisa una più sviluppata “gradualità” nella scala delle alternative al carcere messe in campo⁸². Il tutto senza dover principiare un più complicato cammino, che sarebbe in ogni caso quello metodologicamente preferibile, di revisione del catalogo delle pene edittali⁸³, per ragioni anzitutto politiche, ma pure di raccordo con una parte speciale la cui riscrittura appare oltremodo lontana e all’oggi improbabile.

In secondo luogo, come si è accennato, si è inaugurata una nuova stagione per la vita della discrezionalità sanzionatoria, la quale dovrebbe essere nondimeno allineata all’interno di una riforma di più ampio respiro, per permettere ad essa di divenire veramente il “grimaldello umanistico” di raccordo tra il *generale* e il *particolare* secondo il progetto costituzionale del “punire”.

In sintesi, la cultura della *discrezionalità*, orientata alla personalizzazione delle conseguenze del reato, dovrebbe fondarsi su di una revisione al ribasso delle cornici edittali, sulla chiara puntualizzazione legislativa delle preminenti finalità della pena, accompagnata da obblighi di motivazione della scelta sanzionatoria effettuata in sede giudiziaria (soggetti a un rigoroso controllo da parte delle giurisdizioni superiori), e finanche da vere e proprie *linee guida*, idonee a supportare il magistrato nella *concretizzazione* dei programmi politico-criminali attraverso l’individualizzazione della pena medesima⁸⁴. Solo in tal modo si può immaginare di porre alcuni limiti “misurabili” ai fattori *morali* ed *emotivi* – per vero ineliminabili nella loro interezza – che rendono la commisurazione “un’attività di razionalità intuitiva”⁸⁵.

⁸² Per una più precisa ponderazione dei vantaggi derivanti dall’importazione del sistema del *suris* franco-belga sia consentito rinviare a M. VENTUROLI, *Il sursis franco-belga tra “gradualità” e diversificazione sospensivo-sanzionatoria*, in *Le misure sospensivo-probatorie. Itinerari verso una riforma*, a cura di E. DOLCINI, A. DELLA BELLA, Milano, 2020, p. 29 ss., in particolare p. 48 ss.

⁸³ D’altra parte, D. PULITANÒ, [Il penale tra teoria e politica](#), in questa *Rivista*, 9 novembre 2020, p. 18, osserva che “La ‘giustizia’ della commisurazione della pena dipende non solo dai criteri di commisurazione, ma innanzi tutto dal sistema delle pene edittali, la cui giustizia è per definizione sempre discutibile”.

⁸⁴ Cfr. L. EUSEBI, *Appunti minimi in tema di riforma del sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 287 ss. Con riferimento alle *linee guida*, un modello idoneo a orientare l’individualizzazione della pena in senso *qualitativo-personalistico* può essere rintracciato nel sistema inglese del *sentencing*, lontano dai meccanismi di natura algoritmica su cui si fonda invece la disciplina nordamericana della commisurazione della pena. Al riguardo, C. IAGNEMMA, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale. Un rapporto da rivedere nella teoria del reato e nel sistema sanzionatorio*, cit., p. 1460, osserva che “Essendo, dunque, veicolata l’attenzione del giudice — secondo *iter* logici predefiniti dalla legge — su tutti i più importanti aspetti della fattispecie concreta (e, in particolare, su quelli attinenti alla persona del reo), nel sistema inglese la risposta sanzionatoria risulta contenutisticamente, e non solo quantitativamente, modulata sulle esigenze rieducative manifestate dal reo; in prospettiva analoga v., anche, F. COPPOLA, *Le scelte sanzionatorie alla prova del principio di proporzionalità. Un’ipotesi di ‘valorizzazione’ dal confronto con il sentencing system inglese*, in *Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo*, a cura di G. DODARO, E.M. MANCUSO, Milano, 2018, p. 128 ss.

⁸⁵ G. MANNOZZI, *Pena commisurata, pena patteggiata, pena da eseguire: il contributo reale e potenziale della giustizia riparativa*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA, vol. II, Milano, 2018, p. 614. Cfr., anche, N. MAZZACUVA, *A proposito della “interpretazione creativa” in materia penale: nuova “garanzia” o rinnovata violazione dei principi fondamentali?*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI, C.E. PALIERO, vol. I, Milano, 2006, p. 438, il quale, a dimostrazione del fatto che sovente il potere discrezionale venga esercitato dal giudice “in modo

Il discorso potrebbe proseguire con ulteriori esempi in rapporto agli altri pilastri su cui si erige il modello prospettato, ma quelli sinteticamente offerti sembrano più che sufficienti a dimostrazione della necessità di mantenere in funzione il cantiere delle riforme, inaugurato dalla ministra Cartabia, per l'integrale attuazione del modello di individualizzazione proposto; anche se i recentissimi interventi legislativi nella materia penale lasciano difficilmente presagire una prosecuzione dei lavori nell'indirizzo suggerito.

assolutamente non controllato né controllabile", rammenta quella "giurisprudenza che ormai riconosce apertamente come la fase di commisurazione della pena sia affidata sostanzialmente alla 'intuizione' del giudice". Più recentemente, secondo F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., p. 168, "È peraltro verosimile, anche se difficilmente dimostrabile sul piano empirico, che i giudici *nella prassi* facciano largo uso di considerazioni riconducibili alla logica della proporzionalità cardinale" ("ovvero assoluta, o 'non comparativa'") "quando commisurano la pena nel caso concreto. Ciò soprattutto in quegli ordinamenti che, come in quello italiano, non conoscono alcuna forma di *sentencing guidelines*, e concedono ai giudici un amplissimo potere discrezionale nella commisurazione della pena".