

I CONTROLLI GIURISDIZIONALI SUI GIUDIZI DISCREZIONALI (*)

di Ernesto Lupo

SOMMARIO: 1. I giudizi discrezionali: nozione. – 2.i limiti della discrezionalità. – 3.I controlli giurisdizionali sul rispetto dei limiti. – 4. La discrezionalità “commisurativa” della pena: giudizi discrezionali normalmente privi, nella prassi, di controlli. – 5. Il divieto di pene sproporzionate nell’ambito del diritto dell’Unione Europea (art.49 CDFUE). – 6. La proporzionalità della pena nella giurisprudenza costituzionale. – 7. Il diritto a non subire pene sproporzionate come limite della discrezionalità commisurativa: problemi di sua configurabilità e di controllo. – 8. Conclusioni.

1. I giudizi discrezionali: nozione.

Di discrezionalità del giudice si parla con più significati. In un senso comunemente accettato, essa designa il potere che il legislatore può volutamente affidare al giudice di adattare al caso concreto una regola legale, dettata perciò con un margine più o meno ampio di indeterminatezza, di guisa che la regola possa essere concretizzata in modo adeguato alle caratteristiche della singola situazione. Ma, sempre più frequentemente, lo stesso termine viene usato anche per indicare un aspetto della interpretazione giuridica, la quale ha per oggetto disposizioni normative espresse da enunciati linguistici di cui il giudice deve indagare il significato per trarne le norme da applicare. Anche questo passaggio dalle disposizioni (significante) alle norme (significato) comporta, spesso, una scelta discrezionale dell’interprete tra due o più significati, tutti compatibili con il significante e, più in generale, conformi a legge. Questa seconda scelta, però, a differenza della prima, non è voluta dal legislatore, ma è necessitata dalla attività interpretativa e dai problemi semantici che essa normalmente comporta.

Come facilmente si intende, i due significati di discrezionalità sono diversi. L’espressione “giudizio discrezionale”, scelta come tema del convegno, sembra felice per contrassegnare la prima forma di discrezionalità – che è quella di cui qui discorreremo – mentre la seconda può essere designata come “discrezionalità interpretativa”¹. L’interpretazione della legge viene prima ed è il presupposto del giudizio discrezionale, nel senso che ne individua l’esistenza e l’ambito. Come si è ben

(*) È il testo della relazione svolta al Convegno *Evoluzione del sistema penale e giudizi discrezionali*, tenutosi a Firenze nei giorni 9 e 10 maggio scorso.

¹ La distinzione tra i due significati di discrezionalità è nitidamente tracciata da F. PALAZZO e R. BARTOLI, *Corso di diritto penale. Parte generale*⁹, Giappichelli, 2023, p.560, i quali, però, ritengono improprio l’uso del termine discrezionalità con riferimento a quella interpretativa.

detto nella prima relazione di questo Convegno, “dove finisce l’interpretazione... comincia la discrezionalità”² (nel senso di giudizio discrezionale).

Nel diritto penale sostanziale la discrezionalità è possibile soltanto nella disciplina relativa alla punibilità e alla commisurazione della pena (in senso lato)³. Per la definizione dei precetti sanzionati vige, invece, il principio costituzionale di stretta legalità, che implica il corollario della determinatezza legale della fattispecie di illecito, principio opposto alla discrezionalità del giudice.

Nella disciplina della pena è la stessa legalità costituzionale che esige la discrezionalità giudiziaria, perché impone l’*individualizzazione* della sanzione rispetto all’illecito commesso. La Corte costituzionale ha affermato che le pene determinate in modo fisso dal legislatore impediscono la piena attuazione, da un lato, del principio di uguaglianza materiale, secondo cui fatti diversi devono essere trattati diversamente, e, dall’altro, dei principi di personalità della responsabilità penale e di rieducazione del condannato, rispettivamente previsti nei commi 1 e 3 dell’art.27 Cost.⁴. Il principio di legalità della pena (art.25, comma 2, Cost. e art.1 c.p.) è rispettato, non dalla misura fissa della sanzione comminata, ma dalla non eccessività del divario legalmente previsto tra il minimo e il massimo della stessa. Una forbice troppo ampia – ha affermato la Corte cost.⁵ – renderebbe soltanto apparente la predeterminazione legislativa della misura della pena e il potere conferito al giudice si trasformerebbe da potere discrezionale in potere arbitrario.

La nozione che si è data di discrezionalità giudiziale è più ampia di quella elaborata nella classica monografia di Franco Bricola⁶. Questo Autore differenzia la discrezionalità giudiziale dai concetti elastici e indeterminati della fattispecie penale: solo nella prima si ha l’assenza intenzionale di una fattispecie legale, perché il legislatore rinuncia a dettare una regola per il caso concreto, la quale viene rimessa al giudice⁷. La

² G. SILVESTRI, *Discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, in questa [Rivista](#), 17 maggio 2024, p. 15.

³ E. DOLCINI, *Potere discrezionale del giudice (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Giuffrè, 1985, p.747. Per la nozione di commisurazione della pena e per la distinzione tra commisurazione in senso stretto (compiuta dal giudice di cognizione, nell’ambito della cornice edittale) e commisurazione in senso lato (determinazione della pena da eseguire in concreto, ad opera del giudice di cognizione o del tribunale di sorveglianza, comprensiva della applicabilità delle circostanze, delle pene sostitutive e delle misure alternative) v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale dir. pen. Parte generale*¹⁰, Giuffrè, 2021, p.765. Ancora più analiticamente, R. BARTOLI, *Dir. pen. Elementi di parte generale*, Giappichelli, 2023, p.367, distingue tra commisurazione in senso stretto, in senso ampio, in senso amplissimo.

⁴ È un orientamento più volte affermato dalla Corte costituzionale, a partire dalla sentenza 2 aprile 1980, n.50. Unica eccezione alla necessità di individualizzazione è che l’entità fissa della pena sia proporzionata rispetto all’intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato (v., *ex plurimis*, Corte cost., 25 settembre 2018, n.222).

⁵ Corte cost., 15 giugno 1992, n.299, che ha dichiarato illegittimo il reato previsto dall’art.122 del c. p. militare di pace per il quale la pena comminata andava da un minimo di due anni a un massimo di ventidue anni di reclusione militare.

⁶ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Giuffrè, 1964.

⁷ “L’essenza della discrezionalità penale” è, secondo Bricola, “nella rinuncia da parte del legislatore ad esprimere un «significato» astratto, data la peculiarità dell’oggetto della valutazione, e nel conseguente rinvio al caso concreto perché esso esprima, nella sua multiforme varietà, la significazione di «valore» più idonea a produrre un certo trattamento penale” (*op. ult. cit.*, p.100). “La discrezionalità penale è, dunque,

tesi di Bricola è esplicitamente desunta dal disposto degli artt.132-133 c.p. (“unico dato testuale offerto dal sistema”: p.99), ove espressamente si menziona “il potere discrezionale del giudice nell’applicazione della pena”.

Va, però, osservato che, in epoca successiva al citato scritto del Bricola, la legislazione si è arricchita di altre ipotesi espressamente qualificate di potere discrezionale del giudice, come l’art.58 della legge 24 novembre 1981 n.689⁸, che, soprattutto nel testo ora vigente, delinea una scelta giudiziale sulla sostituzione della pena detentiva e sul tipo di pena sostitutiva affidato a concetti elastici, come la maggiore sua “idoneità alla rieducazione e al reinserimento sociale del condannato” o “la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati”. Va, inoltre, osservato che, come dimostrano la struttura e i temi di questo convegno, di discrezionalità giudiziale nella materia penale può parlarsi con riferimento anche alla normativa processuale.

La nozione di discrezionalità giudiziale può allora intendersi in un senso meno limitato per comprendere tutti i casi in cui si è in presenza di una “indeterminatezza intenzionale” della fattispecie legale, ove “alcuni elementi sono specificamente indicati, altri volutamente lasciati in bianco o indirettamente designati mediante il riferimento al risultato di una valutazione della quale la legge si limita a fissare il parametro”⁹. E nella normativa sul processo penale i giudizi discrezionali trovano ampia applicazione perché i presupposti degli atti del giudice e del pubblico ministero sono spesso descritti dalle norme, intenzionalmente, in modo incompleto e quindi creano, in capo ai detti organi giudiziari, “doveri discrezionali”, nel significato espresso da Cordero.

2. I limiti della discrezionalità.

L’orientamento della Corte costituzionale sulla legittimità delle pene fisse è atto a indicare le due direttrici di fondo seguite dalla evoluzione della nostra tematica. La discrezionalità del giudice è ineliminabile nel campo della punibilità, tanto che se ne è avuto un ampliamento, come meglio si vedrà in seguito (v. *infra*, § 6). Essa, però, deve essere accompagnata dalla operatività di limiti per non degenerare in arbitrio del giudice. Si è soliti parlare, nel diritto penale, di discrezionalità “giuridicamente vincolata”¹⁰, così distinguendola dalla discrezionalità amministrativa. Quest’ultima, “essenza stessa dell’amministrare”¹¹, è caratterizzata dall’ampio margine di scelta che la norma rimette all’amministrazione pubblica nella valutazione comparativa (c.d.

una forma di «equità», ovvero un «giudizio del caso concreto»” (p.102).

⁸ L’art.58 l. n.689/1981, nel testo originario, prevedeva il “potere discrezionale del giudice nella sostituzione della pena” e oggi, a seguito della modifica apportata dall’art.71 d. lgs. 10 ottobre 2022, n.150, disciplina il “potere discrezionale del giudice nell’applicazione e nella scelta delle pene sostitutive”.

⁹ Di “indeterminatezza intenzionale” della formulazione legislativa parla F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, 1956 (Giappichelli, ristampa anastatica, 2022), nella nozione che egli dà di discrezionalità (p.161-179). Le parole riportate nel testo sono tratte dalla ampia *Prefazione alla ristampa* di P. FERRUA, p. XII.

¹⁰ Così, tra molti, E. DOLCINI, *op. cit.*, p.749.

¹¹ Così M. CLARICH, *Manuale di dir. ammin.*, Il Mulino, 2013, p. 114, al quale si rinvia anche per le affermazioni espresse nel testo sulla nozione di discrezionalità amministrativa e sui suoi rapporti con la legalità.

ponderazione) degli interessi, richiesta dalla finalità pubblica della propria azione¹², senza però che sia consentita anche qui la trasformazione della discrezionalità in arbitrio.

Il termine “discrezionalità vincolata” può essere esteso a diversi settori del processo penale (come, per limitarci ai temi del convegno, a quello delle misure cautelari), in considerazione del fatto che esso è soggetto al principio di legalità (art.111. comma 1, Cost.) ed esplica i suoi effetti sulla libertà personale (art.13 Cost.). D’altro canto, l’esistenza di limiti giuridici al giudizio discrezionale è il presupposto necessario perché esso possa formare oggetto di un controllo giurisdizionale.

I limiti imposti alla discrezionalità giudiziale possono essere esterni o interni al suo esercizio.

I primi derivano dalle norme che circoscrivono il potere discrezionale, come, per esempio, i limiti edittali previsti per la determinazione della pena. Tra i limiti esterni vanno considerati anche quelli procedimentali previsti per l’atto di esercizio del potere.

I limiti interni sono inerenti alla ragione di essere della discrezionalità, al suo scopo. Essi si desumono dai criteri-guida del giudizio discrezionale, che possono essere fissati espressamente dalla legge ovvero essere da essa desunti in via interpretativa.

L’esistenza di limiti al giudizio discrezionale conferisce un rilievo accentuato al dovere di motivazione prescritto in generale dalla Costituzione per tutti i provvedimenti giurisdizionali. Si comprende, quindi, il significato dell’art.132, comma1, c.p., che, immediatamente dopo l’attribuzione al giudice del potere discrezionale, aggiunge che “esso deve indicare i motivi che giustificano l’uso di tale potere discrezionale”. Più specifico è il dovere di motivazione imposto dal testo vigente del citato art.58 l. n.689/1981, secondo cui il giudice deve indicare “i motivi che giustificano l’applicazione della pena sostitutiva e la scelta del tipo” e, qualora il tipo di pena sostitutiva sia la semilibertà o la detenzione domiciliare, “deve indicare le specifiche ragioni per cui ritiene inidonei nel caso concreto il lavoro di pubblica utilità o la pena pecuniaria”.

3. I controlli giurisdizionali sul rispetto dei limiti.

Le due menzionate direttrici evolutive – da un lato, necessità e ampliamento dei giudizi discrezionali e, dall’altro, necessità di limiti giuridici al loro esercizio – implicano, per coerenza logico-giuridica, l’esistenza di controlli giurisdizionali sul rispetto dei limiti stessi.

Questi controlli, svolti per lo più attraverso le impugnazioni, possono essere compiuti dal giudice di appello o di cassazione.

Il giudice di appello, o preposto comunque a un controllo di merito, ha il potere di rifare il giudizio discrezionale, qualora esso rientri nell’ambito dell’effetto devolutivo dell’impugnazione (art.597, comma 1, c.p.p.) ovvero nell’ambito della funzione di controllo attribuitagli.

¹² Per l’affermazione che la discrezionalità amministrativa si risolve nella “ponderazione” degli interessi, resa oggi più difficoltosa dal “pluralismo sociale” e dal “pluralismo istituzionale” che “si proiettano nel procedimento amministrativo e nelle istituzioni pubbliche” v. C. cost., 16 luglio 2024, n.132 (§ 6.5 del *Considerando in diritto*).

Nel giudizio di legittimità affidato alla Corte di cassazione, l'inosservanza di un limite esterno al potere discrezionale costituisce indubbiamente una violazione della legge penale, sostanziale o processuale, deducibile a norma dell'art.606, lett. b-c, c.p.p. Più la norma che conferisce il potere è determinata, più sono numerosi i limiti esterni previsti per l'esercizio del potere discrezionale, più ampio è l'ambito del controllo di legalità sul provvedimento che, in misura più o meno larga, ha un contenuto di discrezionalità.

Per quanto riguarda i limiti interni, occorre operare una distinzione tra tre tipi di violazione. Un giudizio discrezionale che sia totalmente privo di motivazione viola la norma che prevede il relativo dovere del giudice, e quindi è censurabile per violazione di legge¹³. Se invece sussiste la motivazione del giudizio discrezionale, e quindi ne sono state espresse le giustificazioni, ma da esse si desume che il giudice ha seguito un criterio-guida della discrezionalità non conforme a quello o quelli fissati esplicitamente o implicitamente dalla legge, si è in presenza di una sua errata individuazione, e perciò, anche in questo secondo caso, di una violazione di legge, sostanziale o processuale a seconda del tipo di norma che conferisce il potere discrezionale. Infine, se il giudice ha correttamente individuato il criterio-guida della discrezionalità, ma lo ha applicato erroneamente al caso concreto perché si è fondato, nella valutazione delle circostanze di fatto, su ragioni manifestamente illogiche o in contrasto obiettivo con le risultanze probatorie, si configura uno dei vizi della motivazione previsti nella lett. e) del citato art.606¹⁴.

La distinzione tra le prime due situazioni in cui sussiste un vizio di legittimità e la terza, in cui è configurabile un vizio di motivazione, assume particolare rilievo nelle non poche ipotesi in cui l'ordinamento processuale prevede il ricorso per cassazione solo per violazione di legge, escludendolo invece per il vizio motivazionale.

4. La discrezionalità "commisurativa" della pena: i giudizi discrezionali normalmente privi, nella prassi, di controlli.

Finora si sono considerati i giudizi discrezionali nella materia penale in linea generale. Di essi ci si è limitati ad affermare la necessaria esistenza di limiti, che rendono tale discrezionalità giuridicamente vincolata, e la conseguente indispensabilità di controlli giurisdizionali sul rispetto dei limiti stessi. L'estrema varietà di siffatti giudizi, nel settore della punizione e in quello del processo penale, rivelata anche dai molteplici temi delle relazioni di questo convegno, rende impossibile in questa sede un esame dei singoli giudizi discrezionali e dei controlli sugli stessi¹⁵

¹³ Per esempio: la scelta immotivata del giudice di sostituire la pena detentiva inflitta con la semilibertà quando, per l'entità della detta pena (art.20-bis c.p.), sia possibile anche un'altra meno grave pena sostitutiva.

¹⁴ Per esempio: la scelta, tra quelle consentite dalla legge, della pena sostitutiva più idonea alla rieducazione e al reinserimento sociale del condannato è stata fondata dal giudice su motivi del tutto illogici o contrastanti con quanto obiettivamente risulta da specifici atti del processo.

¹⁵ È significativo che F. BRICOLA, nella *Avvertenza* introduttiva della citata monografia su *La discrezionalità nel diritto penale*, abbia esposto un programma di trattazione del tema in cui, alle due parti sviluppate nel volume pubblicato, si sarebbe aggiunta una terza parte (dedicata all'esame delle "ipotesi normative di

Sembra utile, invece, soffermarsi sulla materia principale dei giudizi discrezionali: la commisurazione della pena in senso lato.

Come inizia una analisi realistica e puntuale di tale tematica, essa “è da sempre il regno della discrezionalità giudiziale”¹⁶. Questa discrezionalità (che, nella detta analisi, viene qualificata come “commisurativa”) era già ampia nel testo originario del c.p., soprattutto nella disciplina del concorso delle circostanze eterogenee (aggravanti e attenuanti) e nel giudizio di comparazione tra le stesse (art.69)¹⁷. Su questo specifico tema la Commissione parlamentare aveva rilevato la “eccessiva discrezionalità del giudice, senza assegnargli criteri direttivi”. Il Guardasigilli, nella *Relazione al Re*, rispondeva che era “necessario avere fiducia nella cultura” del giudice, “nella sua esperienza, nella sua capacità di intuizione”, aggiungendo che “è naturale e inevitabile che ogni magistrato giudichi secondo il proprio temperamento”¹⁸.

La riforma del 1974¹⁹, estendendo il giudizio di bilanciamento a ogni tipo di circostanza, ha ampliato ulteriormente il giudizio di comparazione, consentendolo per ogni tipo di circostanza, onde la discrezionalità ha assunto una latitudine senz’altro eccessiva.

I criteri-guida dettati dall’art.133 c.p. per l’esercizio del potere discrezionale – sia previsto dal precedente art.132 (commisurazione della pena infraeditale), sia inerente a scelte diverse relative sempre alla punibilità²⁰ – si sono rivelati inidonei almeno per una duplicità di ragioni. Innanzitutto, essi sono onnicomprensivi, nel senso che ricomprendono “tutti i possibili elementi di valutazione per adeguare la pena al caso concreto” e non ne è sempre precisata la loro significatività, con la conseguenza che il dato fattuale rimane “astrattamente neutro” (es.: i motivi a delinquere), onde non è idoneo a guidare l’esercizio della discrezionalità²¹. Secondariamente, l’art.133 è del tutto silente sulla funzione della pena e quindi manca un criterio finalistico di commisurazione della pena²². La conseguenza è che “la portata normativa dell’elenco è

discrezionalità” relative alle vicende della punibilità e alla tipologia sanzionatoria criminale), che non ha poi visto la luce.

¹⁶ F. PALAZZO, *Commisurazione della pena e discrezionalità giudiziale: un terreno di tensioni e incertezze*, in *Dir. pen. e processo*, 2022, p.1345.

¹⁷ Il codice del 1930 ha innovato rispetto al codice Zanardelli, in cui il concorso di circostanze eterogenee dava origine a una somma algebrica di aggravanti e attenuanti. Nel testo originario del codice vigente era, però, esclusa dal giudizio di comparazione (che rende irrilevanti le circostanze ritenute subvalenti) una ampia categoria di circostanze.

¹⁸ *Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli (Rocco) presentata nell’udienza del 19 ottobre 1930-VIII per l’approvazione definitiva del codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, a cura del Ministero della giustizia e degli Affari di culto, vol. VII, p. 57.

¹⁹ D.l. 11 aprile 1974, n. 99, convertito in l. 7 giugno 1974, n.220.

²⁰ I criteri previsti dall’art.133 c.p. sono impiegati anche per scelte discrezionali diverse da quella della pena da irrogare all’interno della cornice editale. Per l’indicazione degli istituti a cui se ne è fatta applicazione giurisprudenziale al fine della commisurazione della pena (in senso lato) v. E. APRILE e F. D’ARCANGELO, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi e E. Lupo, vol. II, Giuffrè, 2022, sub art.133, p.264.

²¹ F. BRICOLA, *La discrezionalità penale*, cit., p.98 ss., da cui sono tratte le parole virgolettate nel testo.

²² Questo aspetto è indicato da E. DOLCINI, *Potere discrezionale del giudice*, cit., p.751. Va, però, tenuto presente che “l’approccio giuridico a tutt’oggi dominante tende a sostenere una concezione cosiddetta polifunzionale

praticamente nulla²³ e l'unico limite (esterno) al potere discrezionale posto dagli artt.132-133 c.p. rimane il dovere di motivare.

In via interpretativa è, però, prevalso l'orientamento per cui il potere discrezionale del giudice è validamente esercitato anche quando viene considerato uno solo dei criteri indicati nell'art.133, ritenuto determinante della decisione. Più in generale, prevalgono, nella prassi giurisprudenziale, motivazioni di stile, onde appare corretta la valutazione secondo cui sussiste "un profondo divario – in tutto il sistema penale – fra un modello teorico di discrezionalità vincolata e una prassi, nella quale la discrezionalità si sottrae a qualsiasi vincolo normativo"²⁴. La commisurazione della pena resta, così, affidata alle intuizioni e alle personali valutazioni politico-criminali del singolo giudice.

L'ambito dei controlli giurisdizionali di legittimità è la conseguenza del quadro delineato. L'assenza di limiti normativi derivanti dall'art.133 comporta la sostanziale non deducibilità di violazioni di legge (almeno nella commisurazione della pena in senso stretto), onde resta spazio soltanto al vizio di motivazione sulle scelte discrezionali del giudice di merito. Ma un effettivo controllo sulla esistenza e correttezza logica della motivazione è esercitato dalla Cassazione solo nei casi in cui la pena irrogata sia di entità sensibilmente superiore al minimo legale o, a seconda delle sentenze, comunque non inferiore alla misura media di quella edittale, mentre, nei casi di pene prossime al minimo, vengono ritenute sufficienti formule generiche e di stile. Ciò "finisce con lo *svuotare* di effettività il controllo sulla motivazione da parte del giudice di legittimità"²⁵.

È allora giustificato l'interrogativo posto alla fine della analisi già citata di Francesco Palazzo: i quattro ambiti della commisurazione della pena in essa distinti vanno considerati "terre dell'arbitrio incontrollato e incontrollabile?"²⁶.

Certo è che questo pericolo di arbitrio non è stato ridotto dalla soppressione dell'appello del pubblico ministero sulla entità della pena, derivante dalla nuova formulazione del primo comma dell'art.593 c.p.p., sostituito dal d. lgs. 6 febbraio 2018, n.11. È così venuto meno anche il controllo di merito sulle condanne indulgenziali, che restano impugnabili solo per cassazione.

della pena" (G. FIANDACA, *Punizione*, Il Mulino, 2024, p. 64).

²³ F. PALAZZO-R. BARTOLI, *Corso dir. pen.*, cit., p. 563.

²⁴ E. DOLCINI, *Potere discrezionale del giudice*, cit., p.767. Per una ampia informazione e valutazione della prassi v. A. GARGANI, *Commisurazione della pena*, in *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, a cura di G. De Francesco, vol. III del *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, Giappichelli, 2011, p. 8 ss..

²⁵ Così A. CAPUTO, *Giudizio penale di legittimità e vizio di motivazione*, Giuffrè, 2021, p.277, a cui si rinvia per una attenta analisi della *Motivazione sulla commisurazione della pena e controllo di legittimità* (le parole trascritte nel testo sono a p. 279).

²⁶ F. PALAZZO, *Commisurazione della pena e discrezionalità giudiziale*, cit.. L'interrogativo finale trascritto nel testo è giustificato dalle valutazioni dell'Autore sui quattro ambiti della discrezionalità commisurativa che egli distingue: 1) la commisurazione infraedittale, terra del mistero; 2) la commisurazione extraedittale (applicazione delle circostanze), terra delle contraddizioni; 3) la commisurazione in senso ampio (alternative sanzionatorie, in sede di cognizione o di esecuzione), terra di incertezze; 4) la commisurazione "negativa" (scelte di non punibilità), terra dell'ignoto.

5. Il divieto di pene sproporzionate nell'ambito del diritto dell'Unione Europea (art. 49 CDFUE).

Nel panorama sinteticamente delineato della discrezionalità commisurativa è intervenuto in questo secolo un dato normativo, la cui efficacia innovativa è emersa in modo piuttosto sorprendente solo nel 2022. Si fa riferimento alla disposizione contenuta nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in poi CDFUE), il cui art.49, par.3, prevede: "Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato".

A questa disposizione la Corte di giustizia, con la sentenza della Grande Sezione 8 marzo 2022, NE (C-2005/20), ha riconosciuto effetto diretto nell'ordinamento degli Stati membri, onde essa "presenta carattere imperativo" e può quindi essere invocata dai singoli dinanzi ai giudici nazionali. Con la citata sentenza la Corte di giustizia ha affermato un orientamento opposto a quello da essa seguito in precedenza²⁷, con il quale era stato negato l'effetto diretto del principio di proporzionalità delle sanzioni, contenuto, anche prima della CDFUE, in quelle direttive che hanno previsto il dovere dello Stato membro di comminare, nel recepire le direttive stesse, "sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive". Si riteneva che l'imposizione, mediante la direttiva, di sanzioni proporzionate comportasse un ampio margine di discrezionalità degli Stati, che ora, invece, secondo la Grande Sezione, "trova i propri limiti nel divieto...di prevedere sanzioni sproporzionate" (par. 27 della citata sentenza NE). Il primato del diritto dell'Unione – continua quest'ultima sentenza – comporta che il giudice nazionale ha l'obbligo di disapplicare quella normativa del proprio Stato "da cui deriva il carattere sproporzionato delle sanzioni, in modo da giungere all'irrogazione di sanzioni proporzionate, che permangano, nel contempo, effettive e dissuasive" (par.42).

Consegue che, secondo il diritto europeo, il giudice nazionale "è legittimato a scendere al di sotto del limite minimo legale, disapplicandolo"²⁸, se ciò è necessario per evitare di infliggere una pena sproporzionata rispetto al reato. Questo effetto si produce soltanto nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione (art.51 CDFUE), ma non cessa per ciò solo di essere "dirompente" rispetto al nostro sistema costituzionale e ai limiti che qui sono posti alla discrezionalità commisurativa della pena. Tanto che si è prospettata la possibilità che alla recente pronuncia della Corte si opponga il controlimito del principio di legalità delle pene²⁹.

Attiene al diritto europeo il problema della possibilità e dei modi con i quali il giudice penale può contestare un minimo legale che ritenga sproporzionato³⁰. Mi limito

²⁷ Corte di giustizia, Quinta Sezione, sentenza del 4 ottobre 2018, Link Logistic (C-384/17). Per una analisi dettagliata delle due vicende giudiziarie, quella Link Logistic e quella NE, v. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art.49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in questa *Rivista*, 24 aprile 2022.

²⁸ M. PELISSERO, *Il principio di proporzionalità (non sproporzionalità) delle pene: recenti sviluppi e impatto anomalo delle fonti eurounitarie sul principio di legalità delle pene*, in *Dir. pen. e processo*, 2023, p.1370.

²⁹ Da parte di M. PELISSERO, *Il principio di proporzionalità*, cit., p.1373.

³⁰ È pertinente richiamare la posizione espressa dall'attuale presidente della Corte costituzionale, AUGUSTO ANTONIO BARBERA, nella *Relazione* sull'attività della Corte svolta nella riunione straordinaria del 18 marzo

a condividere l'opinione³¹ che, richiamando la giurisprudenza della Corte costituzionale (di cui si dirà nel successivo paragrafo), ritiene che, qualora il giudice penale valuti il minimo legale eccessivo, e quindi non proporzionato rispetto al reato da giudicare, proceda in modo da pervenire a una soluzione che valga per l'intero ordinamento nazionale, prospettando la questione a detta Corte, in modo che essa possa essere decisa da un unico giudice, "eventualmente previa interlocuzione con la Corte di giustizia".

Al di fuori della possibilità e dei modi per contestare il vincolo posto al giudice nazionale da un minimo legale di pena che egli ritenga non proporzionato rispetto al reato da giudicare, interessano in questa sede i limiti e i correlati controlli che incontra il giudizio discrezionale sulla commisurazione della pena, svolto esclusivamente entro l'ambito delimitato dall'ordinamento italiano che ne disciplina i vari momenti, a partire da quello infraeditale rilevante per la commisurazione in senso stretto.

Premessa fondamentale è che negli artt.132-133 c.p. non vi è il criterio-guida della proporzionalità della pena, né, a maggior ragione, il divieto di infliggere pene sproporzionate rispetto al reato. Si tratta di un parametro assente nel testo della legislazione relativa ai diversi momenti della discrezionalità commisurativa, in senso stretto o in senso lato.

Eppure il principio della proporzionalità della pena trova ampio spazio nella nostra giurisprudenza costituzionale, soprattutto recente.

6. La proporzionalità della pena nella giurisprudenza costituzionale.

Pur nell'assenza di un espresso fondamento testuale, la Corte costituzionale ha da tempo affermato il principio di proporzionalità della pena, desumendolo inizialmente da due disposizioni costituzionali: l'art.3, sotto l'aspetto della uguaglianza-ragionevolezza, e l'art.27, comma 3, sulla finalità rieducativa della pena. A queste due disposizioni la Corte ha, poi, aggiunto il principio di offensività o di responsabilità per il "fatto" (art.25, comma 2) e il principio di colpevolezza insito nella personalità della responsabilità penale (art.27, comma 1)³².

2024. Premesso che la non applicazione di una legge nazionale presuppone un puntuale contrasto con norme del diritto dell'Unione europea, così egli ha continuato: "Sottolineo il «puntuale contrasto» non essendo coerenti con il sistema costituzionale i tentativi di disapplicare una norma interna ritenuta non in armonia con i principi contenuti nella Carta di Nizza; operazione non consentita neanche di fronte alla Costituzione nazionale, dovendo il giudice nel dubbio sollevare questione di legittimità costituzionale" (p. 8 del testo, ove le due parole virgolettate sono enfatizzate).

³¹ F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea*, cit., p. 16 ss..

³² Per una sintetica e chiara informazione v. L. RODES, *Il principio di proporzionalità della sanzione penale nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Studium iuris*, p.26, ss. Una descrizione analitica della giurisprudenza della Corte costituzionale è nella monografia, correttamente ritenuta dal Rodis "imprescindibile" sul tema, di F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, 2021, p.52-89. Per una visione molto più ampia del principio di proporzionalità, che viene esaminato nell'intero sistema penale, e non solo nella commisurazione della sanzione, v. G. RUGGIERO, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Editoriale Scientifica, 2018.

Negli anni recenti il principio di proporzionalità ha ricevuto una ampia applicazione come parametro della valutazione di legittimità costituzionale sulle pene edittali, anche per effetto di due innovazioni negli orientamenti del giudice costituzionale. Il giudizio di proporzionalità della previsione sanzionatoria, inizialmente compiuto dalla Consulta con riferimento a quella prevista per altro reato, considerato come *tertium comparationis*, si è iniziato a effettuare anche dal punto di vista della sua intrinseca ragionevolezza. Inoltre, non si è più richiesto che la sanzione da sostituire a quella sproporzionata fosse prevista in modo determinato e unico dall'ordinamento (le c.d. "rime obbligate"), ma si è ritenuto sufficiente per la dichiarazione di illegittimità costituzionale che fossero possibili una o anche più soluzioni costituzionalmente corrette (le c.d. "rime adeguate").

In tal modo la proporzionalità della pena è diventata molto più "giustiziabile" davanti alla Corte costituzionale³³, che ha emanato molte sentenze di illegittimità costituzionale di trattamenti sanzionatori, ritenuti manifestamente sproporzionati. Non rileva qui l'esame di queste sentenze, né è questa la sede per distinguere le diverse ragioni per le quali, di volta in volta, il giudice costituzionale ha ravvisato la palese sproporzione della pena prevista dalla legge. È sufficiente osservare che queste sentenze hanno, in modi diversi, ampliato l'ambito della discrezionalità giudiziale, facendo applicazione del principio di proporzionalità della pena, desunto da più disposizioni della Costituzione³⁴.

7. Il diritto a non subire pene sproporzionate come limite della discrezionalità commisurativa: problemi di sua configurabilità e di controllo.

Le sentenze della Corte costituzionale applicative del principio di proporzionalità della pena hanno per oggetto le pene comminate dalla legge, e quindi non attengono alla discrezionalità commisurativa del giudice penale, da esercitarsi nell'ambito delle pene astrattamente previste dal legislatore. Ma lo stesso principio non può restare estraneo alla fase di irrogazione della pena da parte del giudice comune. Come affermato dalla Corte costituzionale, il "canone della proporzionalità della pena.....si oppone a che siano comminate dal legislatore – e **conseguentemente applicate dal giudice** – pene manifestamente sproporzionate rispetto al disvalore

³³ L. RODES, *Il principio di proporzionalità*, cit., p.33.

³⁴ Numerose sono le sentenze che hanno inciso sulla "blindatura" del giudizio di bilanciamento con specifiche circostanze attenuanti, introdotto nel c.p. (art.99, comma 4, c.p.) nei casi di recidiva reiterata proprio per limitare la discrezionalità giudiziale (v. C. cost., 12 maggio 2023, n.94, che, nel par.10 del *Considerato in diritto*, indica le tre diverse *rationes decidendi* seguite dai precedenti della Corte; a questa sentenza *adde* C. cost., 11 luglio 2023, n.141, 12 ottobre 2023, n.188). Altre sentenze hanno dichiarato incostituzionali limiti legali al bilanciamento tra circostanze eterogenee diverse dalla recidiva (v., di recente, C. cost., 30 ottobre 2023, n.197, 11 dicembre 2023, n.217). Significative anche le sentenze che hanno introdotto per alcuni reati una diminuzione della pena edittale quando il fatto risulti di lieve entità (v., di recente, C. cost., 13 maggio 2024, n.86, 20 maggio 2024, n.91).

oggettivo e soggettivo del reato”³⁵. D’altro canto, le pronunzie che dichiarano illegittime le comminatorie legali di pena perché eccessive, ciò fanno al fine, dichiarato esplicitamente o meno, di “porre in condizioni il giudice di non dover necessariamente irrogare una pena manifestamente sproporzionata al disvalore del singolo fatto di reato”³⁶.

Anche la disposizione di legge in cui il principio di proporzionalità ha trovato espressa formulazione, sia pure nel solo ambito del diritto dell’Unione europea – il citato art.49 CDFUE, par.3 – si riferisce alle “pene inflitte”, e non solo a quelle comminate, con chiarissimo riferimento anche alla fase di irrogazione della sanzione e quindi alla discrezionalità commisurativa che la caratterizza. A ben vedere, la formulazione dello stesso art.49, par.3, è tale da configurare, più che un principio generale (soggetto al bilanciamento con altri principi), una vera e propria regola giuridica imperativa, consistente nel divieto di infliggere pene sproporzionate rispetto al reato. Questa regola, per le ragioni dette, si impone al giudice, e non soltanto al legislatore.

Nel diritto dell’Unione europea può, perciò, configurarsi un diritto fondamentale degli imputati a non subire pene sproporzionate, secondo la qualificazione delineata da Viganò³⁷. Può lo stesso diritto affermarsi nell’ordinamento interno (nell’ambito in cui non opera l’ordinamento europeo), rispetto al potere del giudice comune?

L’orientamento della Corte costituzionale relativo all’esistenza anche nel diritto nazionale del principio di proporzionalità indurrebbe a una risposta affermativa, sia pure limitata, come si è già detto (v. *retro*, § 5) al divieto di infliggere pene sproporzionate nell’ambito delimitato dalla misura legale delle sanzioni. Questa conclusione presenta, però, qualche difficoltà.

Innanzitutto, va definito il parametro della proporzionalità della pena. Esso viene individuato, come si è detto, nella gravità del reato. *De iure condito*, la gravità del reato è desunta dagli elementi indicati nel primo comma dell’art.133 c.p., con esclusione di quelli del secondo comma. Qui sono però inclusi elementi che rilevano per la gravità soggettiva del reato, come i “motivi a delinquere”³⁸ e i “precedenti penali”, e cioè la recidiva, almeno quando esprime la maggiore colpevolezza del reo. Occorrerebbe, pertanto, definire la gravità del reato rilevante per il giudizio di proporzionalità in modo differente dalla nozione che ne dà il c.p. ai fini proprio della discrezionalità commisurativa.

Dal punto di vista strutturale, poi, il divieto di pene sproporzionate costituisce un limite esterno della discrezionalità giudiziale (v. *retro*, § 2), ben diverso dai criteri-guida dettati dall’art.133, che obbligano il giudice semplicemente a “tener conto” di molteplici elementi, mentre qui si sarebbe in presenza di una regola giuridica che pone un divieto, la cui inosservanza costituisce una violazione di legge. La Corte

³⁵ Così Corte cost., 12 ottobre 2023, n.188, par.3 del *Considerato in diritto* (enfaticizzazione aggiunta).

³⁶ Così Corte cost., 11 luglio 2023, n.141, parte finale del § 3 del *Considerato in diritto*.

³⁷ È la tesi ampiamente esposta in *La proporzionalità della pena*, cit., anche sulla base di una comparazione con altri ordinamenti. Nel cap. III il diritto a non subire pene sproporzionate è collocato nella “dimensione costituzionale”, e quindi anche nel diritto nazionale.

³⁸ In tal senso anche VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., p.256, nota 88.

costituzionale, quando ha dichiarato l'incostituzionalità delle previsioni sanzionatorie, è stata sempre ben attenta a dimostrare la loro *manifesta* sproporzionalità, resa evidente dalla considerazione anche dei singoli casi concreti che hanno determinato la questione pregiudiziale. Ma non può negarsi l'eventualità che il giudizio sulla sproporzione della pena, una volta imposto al giudice comune, non si mantenga sempre entro i limiti della manifesta sproporzione, con la conseguenza di rendere incerti i confini della violazione di legge. Si può prospettare, cioè, il pericolo di un "pendio scivoloso" costituito dal passaggio, nella prassi giurisprudenziale, dalla sproporzionalità evidente alla mera diversità di visioni dei giudici sulla pena ritenuta proporzionata, diversità che però assumerebbe il rilievo di una violazione di legge.

La violazione di legge sarebbe, ovviamente, deducibile in cassazione³⁹, con il conseguente aumento del numero dei ricorsi, che è già pervenuto alla enorme entità di quasi 50.000 ricorsi all'anno⁴⁰. La struttura pletorica e complessa della Corte di legittimità renderebbe molto difficile un suo orientamento piuttosto uniforme e prevedibile sulla valutazione (effettuata in modo diretto) della manifesta sproporzione delle pene inflitte dai giudici di merito, anche se potrebbe pervenirsi, in tempi non brevi, alla elaborazione di criteri orientativi da parte delle Sezioni unite, le cui pronunzie hanno ormai assunto l'efficacia particolare prevista oggi dall'art.618 c.p.p..

Ai problemi di accertamento, da parte della Cassazione, della manifesta sproporzione della pena inflitta dal giudice del merito si aggiungerebbe quello del tipo di pronunzia conseguente alla valutazione di esistenza di detto vizio. Si porrebbe, cioè, il quesito se, in presenza di una pena ritenuta dalla Corte palesemente sproporzionata rispetto alla gravità del fatto, la sentenza impugnata dovrebbe essere annullata con rinvio (per una nuova determinazione della pena) ovvero senza rinvio (con la rideterminazione della pena da parte della Cassazione).

Per la soluzione dell'alternativa assume rilievo il disposto dell'art.620, lett. l), c.p.p., che prevede il potere della Cassazione "di rideterminare la pena sulla base delle statuizioni del giudice di merito". Questa disposizione è stata interpretata dalle Sezioni unite dando al termine "statuizioni" una "significazione ampia", tale da "evoca(re) i risultati di accertamenti esposti contestualmente ad argomentazioni decisive"⁴¹. Sulla base delle modifiche che il citato art.620, lett. l) ha subito per effetto della legge 23 giugno 2017, n.103 e degli argomenti tratti dai relativi lavori preparatori, le Sez. un. hanno ritenuto che il potere della Corte di rideterminare la pena non sussiste soltanto quando essa ritenga a ciò necessari ulteriori accertamenti di fatto. Questo potere, quindi, non è escluso dal fatto che la Corte debba compiere valutazioni discrezionali sugli elementi di

³⁹ In tal senso esplicita è l'opinione di VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., p.326: "sulla Corte di cassazione incombe il compito di verificare che le pene concretamente irrogate non siano manifestamente sproporzionate alla gravità dei fatti di reato che ne costituiscono il presupposto, profilandosi in tal caso una violazione di legge censurabile anche in sede di giudizio di legittimità".

⁴⁰ Nel 2023 i ricorsi penali presentati alla Corte di cassazione sono stati n.47.157, con un aumento del 4 % rispetto all'anno precedente (*Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2023. Considerazioni finali*, presentata dalla Presidente M. Cassano il 25 gennaio 2024, p.9; p.301 del testo integrale).

⁴¹ Cass., Sez. un., 30 novembre 2017 (dep.24 gennaio 2018), n.3464. Le parole trascritte nel testo sono nel § 7 del *Considerato in diritto*.

fatto già accertati dal giudice del merito⁴².

L'interpretazione estensiva dei poteri della Cassazione di rideterminazione della pena è chiaramente consigliata da ragioni di economia dei giudizi e di loro celerità, richiamate anche alla fine della sentenza delle Sez. un.. Va però osservato che questi poteri sembrano avere limitate possibilità di trovare applicazione.

Il giudizio sulla manifesta sproporzione della pena non si identifica con la determinazione in positivo della pena proporzionata e quindi giusta. Il primo giudizio si desume dal confronto tra l'entità della pena inflitta e gli elementi ritenuti rilevanti nella sentenza di merito. Il secondo giudizio esige che si abbiano davanti tutte le caratteristiche del fatto, quali difficilmente si possono desumere dalle sentenze di merito (che sono i soli atti dai quali, secondo i principi richiamati anche dalle Sezioni unite, il giudice di legittimità può trarre gli elementi per la rideterminazione della pena). È perciò prevedibile che frequentemente la Cassazione, dopo avere giudicato palesemente sproporzionata la pena inflitta dalla sentenza impugnata, non potrà disporre di tutti gli elementi per rideterminare la pena da irrogare e riterrà necessari ulteriori accertamenti di fatto, da rimettere al giudice del rinvio.

Non è pertanto agevole la configurazione di una regola giuridica che vieti al giudice penale di infliggere una pena che, pur determinata sulla base di una corretta applicazione delle regole normative sulla commisurazione della pena in senso lato, sia ritenuta manifestamente sproporzionata e perciò soggetta a controllo diretto e all'eventuale rideterminazione in sede di legittimità. Appare allora utile, se non necessario, un intervento legislativo che, da un lato, inserisca nell'art.133 c.p. detta regola adeguatamente precisata e, dall'altro, delimiti il sindacato in sede di legittimità.

Può anche prospettarsi, con maggiore realismo, un intervento della Corte costituzionale di integrazione dell'art.133, coraggioso come fu l'integrazione dell'art.5 c.p., apportata dalla sentenza n.364/1988. Al riguardo sembra significativo che, nel brano della sentenza della Corte n.188/2023 trascritto all'inizio del presente paragrafo, sia stata usata l'espressione "canone della proporzionalità della pena", anziché, come di prassi, "principio", richiamandosi così una realtà cogente e quindi avvicinandosi alla nozione di regola imperativa.

8. Conclusioni.

La discrezionalità del giudice è tema di attualità. L'Associazione nazionale magistrati, nel recente congresso⁴³, lo ha posto al centro dell'attenzione, come risulta

⁴² In senso adesivo all'orientamento delle Sez. un. si esprime A. NAPPI, *La rideterminazione della pena nel giudizio di cassazione tra legittimità e merito*, in questa [Rivista](#) 15 aprile 2024. L'Autore sottolinea che, in linea di principio, non vi è incompatibilità tra giudizio di legittimità e valutazioni discrezionali della Cassazione sui fatti accertati dal giudice del merito, al quale è riservata soltanto la valutazione delle prove funzionali a detto accertamento. A favore della conclusione delle Sez. un. l'autore richiama, oltre l'art.620, lett. 1), anche il disposto dell'art.619, comma 3, c.p.p.

⁴³ 36° Congresso dell'ANM tenutosi a Palermo dal 10 al 12 maggio 2024.

dalla mozione finale e, ancor prima, dalla relazione introduttiva del suo presidente Giuseppe Santalucia. Il riferimento principale del tema è stato alla discrezionalità interpretativa⁴⁴, ma esso è stato visto anche in una prospettiva più ampia, come si desume dall'auspicio, contenuto nella relazione di Santalucia, che “non ci siano spazi di eccessiva discrezionalità nella individuazione delle regole del caso concreto” o dall'impegno della giurisdizione (e cioè dei magistrati), assunto nella mozione finale, di “ispirarsi) a prudenza e misura nell'esercitare la sua discrezionalità”⁴⁵. All'argomento trattato, pertanto, non possono considerarsi estranei quelli che qui sono stati indicati come giudizi discrezionali.

La globalità del discorso, pur tenendosi ferme le distinzioni dei significati e degli ambiti della discrezionalità giudiziale affermate all'inizio del presente scritto, si percepisce se si considera la più ampia prospettiva che la stessa discrezionalità assume nella definizione che ne dà l'autore di una nota e apprezzata monografia sull'argomento⁴⁶: “il potere conferito al giudice di scegliere tra due o più alternative, ognuna conforme a legge”⁴⁷. Questo potere di scelta può essere normalmente connaturale all'attività interpretativa delle disposizioni normative ovvero può essere il contenuto intenzionale del giudizio che la norma, frutto della interpretazione, prevede e attribuisce al giudice. La trascritta definizione di discrezionalità giudiziale, pertanto, è idonea a comprendere i plurimi significati del termine. Infatti la citata monografia di Barak, pure avendo per oggetto principale la discrezionalità interpretativa, non ignora i giudizi interpretativi⁴⁸.

Questi giudizi, come si è visto, sono ineliminabili nelle decisioni relative alla punibilità e in molte decisioni processuali. Ma la discrezionalità non deve essere eccessiva, come viene richiesto anche dai magistrati e, occorre aggiungere, essa deve essere controllabile.

Sotto il primo aspetto, ritengo che vadano mantenuti i limiti minimi edittali di pena esistenti nel nostro ordinamento⁴⁹ (a differenza di quello francese), ovviamente sotto il controllo di costituzionalità che la Corte sta attivamente esercitando. Con riferimento, in generale, a ogni potere discrezionale, va condiviso l'invito dei magistrati, che viene dal loro interno, a esercitarlo con “prudenza e misura”.

Sotto il secondo aspetto, deve evitarsi che disposizioni normative prevedano giudizi discrezionali senza l'indicazione di criteri per il loro esercizio, necessari perché

⁴⁴ Coerentemente al tema del congresso che era “Magistratura e legge tra imparzialità e interpretazione”.

⁴⁵ Le parole riportate nel testo sono tratte, rispettivamente, dalla relazione introduttiva, § 11, e dalla mozione finale, p.1.

⁴⁶ A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè, 1995.

⁴⁷ La definizione riportata nel testo è tratta da un successivo scritto sintetico e riassuntivo dello stesso BARAK, in *La natura della discrezionalità giudiziaria e il suo significato per l'amministrazione della giustizia*, in *Pol. dir.*, 2003, fasc. 1, p.3.

⁴⁸ V., per esempio, a p.23 de *La discrezionalità del giudice* la seguente affermazione: “spesso i testi di legge sono formulati in maniera tale da dotare le corti esplicitamente del potere discrezionale”.

⁴⁹ Auspica, invece, il superamento dei limiti minimi edittali di pena D. BRUNELLI, *Dall'equità commisurativa all'equità nella esenzione di pena per fatto tenue*, in *La pena, ancora: fra attuazione e tradizione. Studi in onore di E. Dolcini*, vol. I, Giuffrè, 2018, p.251.

essi possano poi formare oggetto di controllo. La commisurazione della pena, per questo profilo, è il settore più delicato. Oggi i relativi giudizi sono, sostanzialmente, senza controlli. Può perciò prospettarsi un controllo diretto a evitare l'irrogazione, e anche la richiesta da parte dei pubblici ministeri, di pene manifestamente eccessive. Ma esso va congegnato attraverso criteri definiti, in modo da evitare che all'arbitrio dei giudici di merito si sostituisca quello dei giudici di cassazione.

Occorre, inoltre, che il controllo sia svolto in ogni direzione. Anche se il discorso oggi è reso meno attuale dai limiti elevati di pena del codice penale (aggravati da una legislazione dettata da tendenze "populistiche" e "securitarie"), il controllo deve essere possibile anche nei confronti di sentenze che, nella commisurazione della pena, siano ingiustificatamente indulgenziali.

In linea generale e conclusiva, una configurazione corretta dei poteri discrezionali dei magistrati e la previsione di idonei controlli giurisdizionali sugli atti con cui essi si esercitano possono contribuire a rendere inutili sconvolgenti e pretenziose riforme dell'assetto costituzionale della magistratura, le quali comunque presentano il rischio di incidere sulla indipendenza e autonomia dei magistrati, valori essenziali di ogni assetto democratico.