

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO



Dipartimento di Scienze Giuridiche

Dottorato di Ricerca
In Scienze Giuridiche
XV ciclo

Curriculum Persone, Etiche, Mercati, Servizi

Tesi di dottorato in Diritto Penale:

***POLITICA CRIMINALE E SCELTE SANZIONATORIE
Per un recupero di razionalità nel confronto con il
Sentencing System inglese***

a.a. 2015-2016

Tutor:

Chiar.mo Prof. Andrea R. Castaldo

Dottorando:

Fabio Coppola

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Geminello Preterossi

POLITICA CRIMINALE E SCELTE SANZIONATORIE
Per un recupero di razionalità nel confronto con il *Sentencing System* inglese



ALBRECHT DÜRER, *Melancholia I*, 1514, una copia è conservata presso il *The British Museum* di Londra

*«Quando giudicava su una questione,
non era lui a farlo, ma la legge; e se
questa era troppo severa lui la
temperava; e quando non c'erano leggi
a sorreggerlo la sua equità le rendeva
tali»*

(VOLTAIRE, Zadig o il destino)

A Gioia

INDICE

POLITICA CRIMINALE E SCELTE SANZIONATORIE Per un recupero di razionalità nel confronto con il *Sentencing System* inglese

I

GOVERNARE LE EMERGENZE ATTRAVERSO LA PENALITÀ. L'IRRAZIONALITÀ DELLE CORNICI EDITTALI *IN THE BOOKS*

1. <i>Premessa</i>	pag. 6
2. <i>Una precisazione terminologica e una nota di metodo: la razionalità quale oggetto dell'indagine</i>	pag. 11
3. <i>Il dilagante populismo nelle politiche penali (anche giudiziarie) quale spia di irrazionalità: definizione e direttrici investigative</i>	pag. 27
4. <i>Le linee di tendenza della politica criminale fino alla sentenza 'pilota' Torreggiani</i>	pag. 39
5. <i>Il dopo-Torreggiani: un "ripassa dal via"?</i>	pag. 49
5.1. <i>L'emergenza femminicidio</i>	pag. 51
5.2. <i>L'emergenza corruzione</i>	pag. 55
5.3. <i>L'emergenza 'stradale'</i>	pag. 64
5.4. <i>Una tendenza che non conosce limiti, se non nelle intenzioni: il DDL n. 2067</i>	pag. 71
6. <i>I risultati della ricerca Syn-Thesis a cura di Mannozzi e Delli Carri</i>	pag. 74
7. <i>Gli effetti sulla razionalità delle cornici edittali</i>	pag. 76
8. <i>...sul versante opposto: l'irrazionalità del neo-clemenzialismo</i>	pag. 85
9. <i>Conclusioni</i>	pag. 93

II

L'IRRAZIONALITÀ *IN THE PRACTICE*. LA COMMISURAZIONE DELLA PENA TRA CRITERI NORMATIVI E SOGGETTIVISMO DEL *JUDICIAL DECISION-MAKING PROCESS*

1. Premessa	pag. 96
2. L'oggetto dell'indagine: la commisurazione in senso stretto e le sue relazioni con la commisurazione in senso lato	pag. 101
3. La disciplina della commisurazione della pena nel codice penale e i suoi vulnera	pag. 106
4. Test di razionalità della commisurazione della pena	pag. 114
4.1. L'osmosi dell'irrazionalità dalle cornici edittali alla prassi della commisurazione della pena	pag. 114
4.2. La scarsa attenzione riservata all'art. 133 c.p.	pag. 118
4.3. Lo svuotamento dell'obbligo di motivazione	pag. 119
4.4. La disintegrazione dell'unitarietà della commisurazione della pena	pag. 127
4.5. L'assenza di una chiara presa di posizione circa le finalità della pena	pag. 130
4.6. L'irrazionalità insita nel decision-making process	pag. 137
4.7. Le difficoltà di comprendere l'essenza della sanzione e le possibili ricadute sulla fiducia nel 'sistema-justizia'	pag. 146
4.8. Le possibili disparità per tipo di autore e di reato	pag. 147
5. Conclusioni	pag. 150

III

IL CONFRONTO CON IL SENTENCING SYSTEM INGLESE

1. Premessa	pag. 153
2. I caratteri essenziali del Sentencing System inglese. Punti di contatto e differenze con la commisurazione della pena in Italia	pag. 154
3. Fonti, disciplina e regole del Sentencing System	pag. 158
4. Le finalità della pena nel modello inglese	pag. 162
5. L'evoluzione delle sentencing guidelines: da tentativo (malriuscito) di 'imbrigliare' la discrezionalità dei giudici a strumento razionalizzante	pag. 164
5.1. L'esempio della definitive guideline on Theft offences	pag. 174
6. (continua) L'evoluzione del grado di compliance richiesto ai giudici	pag. 181
7. I primi benefici delle guidelines sul Sentencing System	pag. 189

<i>7.1. Maggiore 'fiducia' nel Criminal Justice System</i>	pag. 189
<i>7.2. Incremento dell'uniformità e coerenza della commisurazione della pena</i>	pag. 195
<i>7.3. Incremento della proporzionalità nella commisurazione della pena</i>	pag. 198
<i>8. Conclusioni</i>	pag. 200

IV

CONCLUSIONI E PROSPETTIVE <i>DE IURE CONDENDO</i>	pag. 202
---	----------

BIBLIOGRAFIA	pag. 218
--------------	----------

ACKNOWLEDGEMENTS	pag. 237
------------------	----------

GOVERNARE LE EMERGENZE ATTRAVERSO LA PENALITÀ.
L'IRRAZIONALITÀ DELLE CORNICI EDITTALI IN *THE BOOKS*

Sommario: 1. Premessa; 2. Una precisazione terminologica e una nota di metodo: la razionalità quale oggetto dell'indagine; 3. Il dilagante populismo nelle politiche penali (anche giudiziarie) quale spia di irrazionalità: definizione e direttrici investigative; 4. Le linee di tendenza della politica criminale fino alla sentenza 'pilota' Torreggiani; 5. Il dopo-Torreggiani: un "ripassa dal via"?; 5.1. L'emergenza femminicidio; 5.2. L'emergenza corruzione; 5.3. L'emergenza 'stradale'; 5.4. Una tendenza che non conosce limiti, se non nelle intenzioni: il DDL n. 2067; 6. I risultati della ricerca Syn-Thesis a cura di Mannozi e Delli Carri; 7. Gli effetti sulla razionalità delle cornici edittali; 8. ...sul versante opposto: l'irrazionalità del neo-clemenzialismo; 9. Conclusioni

1. Premessa

La richiesta di sicurezza proveniente dal contesto storico-sociale degli ultimi trent'anni ha fatto sì che si ricorresse con ordinaria frequenza e in modo quasi compulsivo alla «Magna Charta della politica»¹, ossia lo strumento penale².

¹ Cfr. L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2014, 205.

² Si leggano le profetiche parole di 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, 422, il quale, 15 anni or sono, già ammoniva: "E quando l'idea che i meccanismi di controllo sociale coercitivo sono bloccati ed impazziti si sarà stabilizzata nell'immaginario collettivo, gli effetti che ne discenderanno saranno devastanti, divenendo costitutivi di una realtà sociale interamente dominata dall'insicurezza, dalla precarietà e dal timore diffuso: un risultato che la sociologia delle forme simboliche non avrebbe difficoltà a illustrare con dovizia di riferimenti, ma che già il comune buon senso osta ad attestare"; Sul tema cfr. altresì: E. MEZZETTI, *Resumè di inizio millennio sulle politiche penali in tema di sicurezza*, in A. R. CASTALDO (a cura di), *Il patto per la legalità. Politiche di sicurezza e di integrazione*, CEDAM, attualmente in corso di pubblicazione; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2^a ed., ESI, 2011; D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, 1985; F. SGUBBI, *Presentazione*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, CEDAM, 2006, XI-XIII.

Si è recentemente osservato che «il codice penale è così diventato il principale strumento dell'ordine politico. Sui gravi problemi sociali si invoca l'intervento penale come panacea e come forma di legittimazione di sé stessi davanti a cittadini»³.

Per convincersene, basta leggere le recenti 'scelte penali' - e il loro 'benvenuto' da parte di operatori e studiosi⁴ - per constatare come la produzione del penale sia diventato il calmiera privilegiato del crescente malessere, reale o percepito, piuttosto

³ Così, L. VIOLANTE, *op. cit.*, 205.

⁴ Da ultimo, cfr. l'amara critica dell'*Unione delle Camere Penali Italiane* contenuta nel documento "*il DDL e i suoi epiloghi incerti?*" del 28.7.2016 sottoscritto dal Presidente Avv. Beniamino Migliucci e dal Segretario Avv. Francesco Petrelli: "Ciò che preoccupa è vedere, dunque, come nessun segno di ripensamento vi sia nella legislazione penale, volta drammaticamente a quel populismo penale da tempo denunciato, secondo il quale vengono introdotte norme che mirano esclusivamente ad innalzare il livello sanzionatorio, ad escludere ogni eventuale giudizio di equivalenza/prevalenza, sia pure di fronte alla evidenza antica che non è la minaccia delle pene a funzionare quale deterrente". Cfr. anche C. FIORE, *Evitiamo di perpetuare gli errori del passato, e affrontiamo finalmente le emergenze reali della giustizia penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista Trimestrale*, n. 1/2012, 218: "L'alluvionale produzione legislativa dei trent'anni precedenti – originata da spinte contraddittorie e quasi sempre partorita sull'onda di reali o presunte «emergenze criminali» - aveva, già da tempo, reso il nostro ordinamento penale simile a un mostro senza testa, o a più teste".

che strumento sussidiario di tutela di rilevanti beni giuridici⁵ attraverso scelte di scopo⁶ e di sistema, assunte in seguito alla discussione democratica che ne garantisca la massima trasversalità.

Invece, il susseguirsi di interventi *spot* e simbolici, consistenti in irrigidimenti sanzionatori⁷ per i reati che in un determinato periodo (specie se di propaganda elettorale) hanno preoccupato l'opinione pubblica, ha incisivamente influito sulla razionalità del sistema penale⁸ e, in particolare, sull'equilibrio sanzionatorio, inteso sia *in the books*, ossia nella comminatoria legislativa, efficacemente definita il «retrotterra

⁵ Letteralmente, A. MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di un diritto penale simbolico*, in *Archivio penale*, n. 2/2016: “Orbene, non v'è chi non veda come siano strettamente connessi il fenomeno della c.d. legislazione penale compulsiva e quello di un uso c.d. simbolico-espressivo del diritto penale, ove cioè, il nostro ramo del diritto perde la sua funzione tipica di conservazione dei beni giuridici, per assumere quella, ben più rischiosa, perché foriera di espansione incontrollata, c.d. promozionale, nel senso di “esortare caldamente” i cittadini ad osservare la norma penale. In questa prospettiva è evidente come la legislazione penale assuma un carattere quasi ‘torrentizio’ perché in fondo ciò che rileva è la produzione di nuove norme, senza magari riflettere adeguatamente sul modo in cui dette norme si inseriscono nel sistema penale e tale fenomeno risulta particolarmente accentuato nei tempi più recenti”. L'intervento penale è stato autorevolmente definito come “la forma principale, se non la sola, di presenza legale dello Stato” da S. MOCCIA, *op. cit.*, 3.

⁶ Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, in A. R. CASTALDO (a cura di), *Il diritto penale del futuro*, Centro Stampa Fondazione Unisa, 2006, 51, il quale evidenzia la natura necessariamente proteiforme della politica criminale che non deve appiattirsi sugli strumenti repressivi propri della ‘politica penale’.

⁷ Cfr. A. R. CASTALDO, *Le sanzioni anticorruzione sembrano sproporzionate*, in *In ordine sparso. Il diritto penale, oggi*, Giappichelli, 2016, 42.

⁸ Si richiamano le parole di F. MANTOVANI, *Umanità e Razionalità del Diritto Penale*, CEDAM, 2008, 1091, che ravvisa un passaggio “dall'ordinamento giuridico al disordinamento giuridico”, prodotto da “logorrea legislativa”, ossia “lo spreco di leggi”, dalla “sciatteria dello sproloquio” che, utilizzando una lingua italiana opinabile ha creato “leggi vuote, simboliche” e del “bricolage normativo” cui la modernità penale è oramai perennemente soggetta.

naturale del sistema sanzionatorio»⁹, la cui ampiezza va calibrata rispetto al bene giuridico protetto, sia *in the practice*, imponendo talvolta al giudice la «via obbligata» dei minimi edittali¹⁰, con buona pace dei criteri regolanti la commisurazione delle pene in favore di ragioni di *realpolitik* che tendono a bilanciare l'eccessivo rigore delle soglie edittali¹¹; oppure, viceversa, ammettendo un poco controllato rigore punitivo, considerata il blando obbligo di motivare le scelte sanzionatorie.

Con ciò, peraltro, legittimando una sorta di *delega in bianco*¹² verso «l'esercito di riserva della politica»¹³ (la magistratura), che ha dovuto disancorare la dosimetria sanzionatoria da criteri di prevedibilità e razionalità e permesso invasioni, più o meno

⁹ Cfr. T. PADOVANI, *op. cit.*, 437.

¹⁰ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, ed. 2009.

¹¹ Cfr. A. M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi Urbinati*, 1976-77, Nuova serie A – N. 29, 280, il quale limpidamente rilevava: “Non mi sembra possa mettersi in dubbio che una politica giudiziaria della pena, nel senso indicato, sia stata protagonista della prassi applicativa nel trentennio dal 1944 al 1974: in tema di commisurazione delle pene e, più in generale, di discrezionalità penale, si è determinato un processo di reazione alla previsione di pene eccessivamente severe”.

¹² Si veda sul punto l'illuminante contributo di G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.; cfr. anche S. MOCCIA, *op. cit.*, 3: “Infatti, la crisi di legalità e legittimità, che ha investito vari settori del sistema, ha condotto a una sovraesposizione della magistratura, contestualmente gravata di compiti nuovi ed investita di maggiori poteri”; T. PADOVANI, *op. cit.*, 424, che certifica il “sistematico trasferimento, o accollo, di funzioni sulle spalle del giudice rappresenta oramai una costante, una sorta di punto di fuga, a partire dal quale il legislatore si «estranea» da sé stesso, rinunciando a maturare, in materie delicate e conflittuali, linee coerenti e sicure di politica criminale. La supplenza giudiziaria non è più una stagione storica, ma una categoria dello spirito legislativo” e M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, in *Archivio Penale Web*, 1, 2017, 60, il quale parla di “supplenza giudiziaria attraverso la c.d. «interpretazione», in realtà vera e propria «creazione» del diritto, come conseguenza, anzitutto, dell'ambiguità, e dunque della non «chiarezza», della legge”.

¹³ Cfr. L. VIOLANTE, *op. cit.*, 198.

giustificate, di soggettivismo politico (nella forma meno tollerata del populismo giudiziario) nel c.d. *judicial decision making*.

Per dirla con le parole di Padovani, «oggi il giudice è chiamato a combattere, a ottenere, a creare: destinato al ruolo istituzionale dello *ius dicere* si ritrova sulle spalle quello dello *ius facere*, senza peraltro disporre di nessuno degli strumenti che un tale compito presupporrebbe. Si amplia a dismisura la sfera della discrezionalità nella commisurazione della pena, ma il giudice non ha raffronti validi e significativi per stabilire una gravità comparativa capace di orientarlo; e poiché è impossibile stabilire la gravità di un reato in sé considerato (la gravità è un concetto relativo, come relativa all'intero sistema è la proporzione fra reato e pena: concetti che (...) appartengono agli albori della riforma, il potere rimesso al giudice è privo di bussola. (...) Si rimette al giudice la scelta della cornice edittale, ma ancora una volta (ancora di più), gli si affida un potere arbitrario condizionato dall' "intuizione"»¹⁴.

Come vedremo meglio nel prosieguo del presente lavoro¹⁵, la giurisprudenza si è ben guardata dal richiedere uno stringente e puntuale rispetto dei parametri di determinazione del *quantum* di pena, minando così le possibilità di sindacare le scelte sanzionatorie, rendendole prerogativa esclusiva – ai limiti di un odioso privilegio - della magistratura giudicante.

Da più parti si è elevato quindi il coro di una *deriva irrazionale* del sistema sanzionatorio del codice penale italiano, cui porre urgente rimedio.

¹⁴ Queste le riflessioni tuttora attuali di T. PADOVANI, *op. cit.*, 427.

¹⁵ Si rimanda, *infra*, ai contenuti del capitolo II.

2. *Una precisazione terminologica e una nota di metodo: la razionalità quale oggetto dell'indagine*

Nell'affrontare un terreno scivoloso come quello delle irrazionalità delle scelte sanzionatorie, occorre tuttavia una delimitazione di campo, attraverso una specificazione terminologica e una buona dose di cautela¹⁶.

Cosa intendiamo per irrazionalità della politica criminale all'interno delle cornici edittali?

Da un punto di vista strettamente geometrico, viene definito «irrazionale il rapporto di due grandezze incommensurabili, cioè di due grandezze che non posseggono nessun sottomultiplo comune»¹⁷.

All'interno della galassia penale e con riguardo alla sanzione penale, il “sottomultiplo comune”, indice di razionalità, non può che essere selezionato tra i valori costituzionali che si impongono quale limite al legislatore nella scelta della misura della pena. Quale?

¹⁶ Per riprendere le parole di autorevole dottrina “nelle scelte relative alla pena l'aspetto politico ci appare dominante e meno razionalizzabile”. Cfr., D. PULITANÒ, *Sulla pena, fra teoria, principi e politica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 2/2016, 643 e ID, *Il messaggio del presidente Napolitano e le politiche penali*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista Trimestrale*, n. 1/2014, 1309: “Le scelte sanzionatorie e le pratiche punitive sono il volto meno razionale e meno razionalizzabile del sistema penale”. Cfr. anche C. SOTIS, *Intervento*, in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 dicembre 2016, 14 ss., il quale distingue tra uso *eminentemente* simbolico della pena e quello *esclusivamente* simbolico, laddove solo quest'ultimo scivola nella patologia e S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1997, 136, il quale riferisce di una necessaria “oculata pacatezza”.

¹⁷ Cfr. voce *Irrazionale*, in *Enciclopedia Treccani online*.

È noto che il principio di legalità esige che sia il legislatore a individuare i limiti estremi all'interno del quale il giudice doserà la pena da applicare al caso concreto¹⁸.

Tra i valori-vincoli in grado di garantire uniformità e coerenza al sistema delle pene, rientrano il carattere personale della responsabilità penale e la tendenza verso istanze rieducative della stessa ai sensi dell'art. 27 Cost., nonché il principio di proporzione e di ragionevolezza dell'intervento penale ricavati dagli artt. 3 e 27 Cost.

Da tali considerazioni, accorta dottrina¹⁹ fa derivare alcuni corollari che delimitano la discrezionalità legislativa e giudiziaria sulla misura della pena:

- a) Divieto di pene indeterminate nel massimo;
- b) Divieto di cornici edittali imprecise;
- c) Il divieto di cornici edittali troppo ampie;
- d) L'esigenza di vincoli precisi che guidino la discrezionalità del giudice.

In altre parole, il rispetto dei valori costituzionali di predeterminazione e individualizzazione della pena impone di intervenire con precisione sulle cornici edittali, sicché al giudice sia concesso di proseguire l'opera del legislatore, valorizzando in termini proporzionali il disvalore tipico del fatto. «Diversamente, sarà lo stesso diritto penale a costituire un fattore di violazione della legalità e quindi, sul piano sostanziale, dei diritti del singolo o della collettività che, in premessa, intendeva tutelare». E', quindi, in rapporto a tali esigenze «che vanno valutati i tratti

¹⁸ Cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, 3^a ed., Giuffrè, 2001, 225.

¹⁹ *Ibidem*, 226.

dell'involuzione che ha coinvolto prassi e legislazione», come già effettuato da illustre voce in dottrina in passato²⁰.

Le precedenti considerazioni trovano peraltro conferma nella evoluzione del sindacato della Consulta sulle scelte sanzionatorie del legislatore.

Storicamente, i profili di incostituzionalità delle scelte di politica sanzionatoria da parte del legislatore sono emersi alla luce di tre canoni: il principio di legalità, di ragionevolezza e quello di proporzionalità. Il primo profilo, secondo la recente lettura delle Sezioni Unite, impone al legislatore di «contenere in termini ragionevoli la distanza tra minimo e massimo» così da garantire l'effettiva valorizzazione dei criteri normativi di commisurazione della pena *ex art. 133 c.p.*²¹; il secondo, trova il suo referente costituzionale nell'art. 3 Cost. e si impone quale limite negativo al legislatore, che non deve trattare (irragionevolmente) in maniera differente casi simili ovvero in maniera simile casi diversi²².

Può tortuoso è stato invece il percorso di riconoscimento del principio di proporzionalità quale limite al legislatore nella determinazione della cornice edittale, considerata l'iniziale ritrosia della Consulta a riconoscere il collegamento tra la funzione rieducativa imposta dall'art. 27 della Costituzione e la misura di pena legislativamente prescritta, rilegandolo piuttosto quale principio valevole nella fase di

²⁰ Cfr. S. MOCCIA, *op. cit.*, 15 ss.

²¹ Cfr. *ex multis*, Cass. Pen., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653.

²² Cfr. anche per l'analisi della giurisprudenza costituzionale riportata, S. CORBETTA, *op. cit.*, 137 ss.

esecuzione della pena²³. La necessità di privilegiare i contorni rieducativi della pena già dalla determinazione delle cornici edittali comincia a sentirsi a partire dalla storica sentenza n. 364/1988 della Corte Costituzionale²⁴. Il principio di proporzionalità nella sua portata ampia (quasi indefinita) dell'art. 27 Cost., diventa in primo luogo il criterio di orientamento (e quindi di razionalità) della politica criminale sulle soglie edittali e, in ultima analisi, di legittimità delle stesse qualora risultino «manifestamente sproporzionate (cioè eccessive) rispetto al perseguimento della finalità rieducativa»²⁵.

Nella evoluzione giurisprudenziale più recente, il principio di proporzionalità ha assunto un ruolo sempre più centrale nelle argomentazioni a sostegno dello scrutinio di congruità delle cornici edittali effettuato dalla Consulta, sia in senso orizzontale che verticale²⁶. Dalla sentenza n. 314/1994 della Corte Costituzionale, con cui la Consulta ha dichiarato l'irragionevole disparità tra il minimo edittale prescritto per il delitto di oltraggio, ben dodici volte superiore rispetto a quello stabilito per il delitto di ingiuria (*tertium comparationis*), il principio di proporzionalità ha cominciato ad acquisire autonomo spazio argomentativo, quale parametro di congruità del «sacrificio imposto» dalla pena rispetto al disvalore del fatto²⁷. Come ben segnalato, «in questi casi il c.d. *tertium comparationis* viene ad assumere un valore soltanto

²³ *Ibidem*, 152.

²⁴ Cfr. D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1988, 686 ss.

²⁵ *Ibidem*, 156.

²⁶ Cfr. A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 3/2016, 1427-1462, per una interessante analisi sull'evoluzione del principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Consulta.

²⁷ *Ibidem*, 1446-1447.

“indiziante” circa la sperequazione sanzionatoria, cedendo il passo a valutazioni direttamente legate all’interesse tutelato dalla norma e al coefficiente di offensività del tipo. Così facendo, il diaframma di valutazione a disposizione dei giudici costituzionali si è allargato fino a consentire valutazioni direttamente incentrate sulla *razionalità* politico-criminale sottesa all’opzione legislativa²⁸.

Da ultimo, lo scrutinio di razionalità, intesa come proporzionalità, riaffiora nelle parole della Consulta in una recentissima sentenza²⁹ dove, per la prima volta³⁰, l’equilibrio sanzionatorio della cornice edittale viene individuato esclusivamente in senso verticale, nel rispetto del rapporto tra due ‘grandezze’: la soglia edittale delineata dal legislatore e il disvalore penale del fatto-reato³¹.

La novità per cui si apprezza la decisione della Consulta, come evidenziato in sede di primo commento, «sta nell’aver strutturato il cuore della motivazione non già attorno alla disparità di trattamento tra la disposizione censurata e altra disposizione assunta come *tertium comparationis*, quanto piuttosto attorno **all’irragionevolezza intrinseca** del trattamento sanzionatorio previsto dalla disposizione oggetto di scrutinio, alla luce del principio della funzione rieducativa della pena e – in generale – dell’esigenza di proporzionalità del sacrificio dei diritti

²⁸ *Ibidem*, 1448.

²⁹ Cfr. *Corte Cost.*, sentenza 10 novembre 2016, n. 236, Pres. Grossi, Rel. Zanon.

³⁰ Per una analisi dettagliata dell’orientamento precedente alla sentenza citata, Cfr. V. MANES, *I recenti traccati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 ottobre 2011; cfr. anche A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo della ragionevolezza*, in *Giur. It.*, 1971, IV, 192 ss.

³¹ Sul rapporto “dialogico” tra Corte Costituzionale e legislatore penale si rimanda alle riflessioni di F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998.

fondamentali cagionata dalla pena rispetto all'importanza del fine perseguito attraverso l'incriminazione»³² (enfasi, in neretto, nostra). Il *tertium comparationis*, cui di solito la Corte àncora le poche pronunce di accoglimento della questione di incostituzionalità per illogica disparità delle soglie edittali³³, viene qui richiamato esclusivamente per individuare la soglia che andrà applicata, in virtù della incostituzionalità del precedente dato normativo. Si tratta di un potere 'sostitutivo' riconosciuto alla Corte Costituzionale nei casi di «sostituzione, idealmente "a rime obbligate", con altro quadro edittale già operante nell'ordinamento per fattispecie di disvalore comparabile»³⁴.

Riprendendo le parole dell'Autore, «si delinea così un modello di sindacato che muove dal riconoscimento, in linea di principio, della discrezionalità del legislatore

³² Cfr. in ordine cronologico i commenti di F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 novembre 2016; D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 febbraio 2017 e di E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzionalità, funzione rieducativa della pena: la Corte Costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 4/2016, 1956 ss.

³³ Cfr., sul punto, V. MANES, *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2013, consultabile in: www.treccani.it, il quale evidenzia come "la giustiziabilità" del principio di proporzionalità fosse rimessa "solo nel prisma della ragionevolezza-eguaglianza, ritenendo *conditio sine qua non* per una decisione di accoglimento l'individuazione di un c.d. *tertium comparationis* che evidenzi la sperequazione sanzionatoria". Con la citata sentenza si ha per la prima volta il riconoscimento ad opera della Consulta dell'operatività del principio di proporzionalità nelle scelte legislative. In attesa di ipotizzabili futuri approdi nella medesima direzione, valga pertanto il monito al legislatore che la discrezionalità politico-criminale nella individuazione delle soglie edittali incontra il limite della proporzionalità rispetto ai valori in gioco. Ciò potrebbe postulare, a parere di chi scrive, la 'disarmonia' rispetto al volto costituzionale della pena di tutti quegli interventi-innalzamento del *range* sanzionatorio, non giustificato da un accentuato disvalore sociale della condotta bensì da esigenze propagandistiche.

³⁴ Cfr. F. VIGANÒ, *op. cit.*

nella determinazione delle sanzioni applicabili a ciascuna fattispecie, ma che consente alla Corte di intervenire (...) di fronte a situazioni, appunto, di manifesta sproporzione della pena rispetto alla gravità del fatto. Il limite è dunque di carattere negativo: la Corte non può assicurare essa stessa, in positivo, l'idea di una pena "proporzionata" rispetto al fatto: a ciò dovranno pensare il legislatore prima, nella definizione del quadro edittale, e il giudice poi, nella determinazione concreta della qualità e quantità della pena all'interno dei limiti fissati dal legislatore, e tenendo conto delle eventuali circostanze aggravanti e attenuanti³⁵. È la Corte stessa a precisare l'obiettivo del proprio intervento, teso a «riconduurre a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, procedendo puntualmente, ove possibile, all'eliminazione di ingiustificabili incongruenze». Così da restituire «al giudice la possibilità di adeguare effettivamente, con risultati apprezzabili nel sistema vigente, la pena alle circostanze del caso concreto, calibrandola altresì alle finalità rieducativa cui essa deve mirare»³⁶.

In tale ottica, potrebbe inoltre leggersi l'ordinanza con cui la Suprema Corte ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 73, comma 1. D.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, così come modificato dalla sentenza della Corte Cost. n. 32/2014³⁷ con la quale nei paragrafi 12 e 13 il Supremo collegio denuncia, in primo luogo, l'irragionevole disparità sanzionatoria tra le ipotesi "lievi" e quelle "ordinarie" (rispetto al quantitativo di sostanze stupefacenti oggetto della condotta criminosa).

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ Cfr. *Corte Cost., sentenza 10 novembre 2016, n. 234*, cit.

³⁷ Cfr. *Cass. Pen., Sez. VI, ordinanza n. 1418/2017*.

Ebbene, secondo il ragionamento della Consulta «il “confine sanzionatorio” dell’una e dell’altra incriminazione è (...) estremamente – e irragionevolmente – distante (intercorrendo ben quattro anni di pena detentiva fra il massimo dell’una ed il minimo dell’altra)»³⁸; d’altro canto, viene anche segnalata la *sproporzione intrinseca* del trattamento sanzionatorio, considerato il minimo edittale di otto anni di reclusione che imporrebbe, rispetto a fatti connotati da non rilevante gravità, l’irrogazione di una pena per la quale non è dato rinvenire alcun «ragionevole rapporto con il disvalore della condotta»³⁹.

Pulsante ai sensi degli artt. 3 e 27 della nostra Costituzione, il principio di proporzionalità ha trovato espresso riconoscimento anche in sede europea all’art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea⁴⁰. Tale principio, definito di

³⁸ *Ibidem*, 19-20.

³⁹ *Ibidem*, 21. Per una lettura critica Cfr. G. AMATO, *Un intervento additivo in materia penale riservato al legislatore*, in *Guida al Diritto*, n. 6/2017, 82-84, il quale ritiene ‘indebito’ l’intervento additivo richiesto alla Corte Costituzionale, trattandosi di compito affidato al legislatore. Quest’ultimo, tornato ad occuparsi della materia nel 2014, ha, almeno implicitamente, fatto proprie le ‘scelte’ imposte dalla pronuncia della Corte Cost. n. 32/2014 e oggi accusate di irragionevolezza, disinteressandosi della pena prevista dal comma 1 dell’art. 73. Per l’analisi delle ordinanze di remissione e dei possibili risvolti, cfr. C. BRAY, *Illegittima la pena minima per il traffico di droghe ‘pesanti’? tre questioni all’esame della consulta*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 marzo 2017.

⁴⁰ Cfr. *Articolo 49 CEDU, Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene*: “1. Nessuno può essere condannato per un’azione o un’omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l’applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest’ultima. 2. Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un’azione o di un’omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni. 3. Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato.”

«proporzionalità formale», volto a valutare la razionalità della pena in un sistema di pene che si assume come ‘giusto’, si distingue dal principio di «proporzionalità materiale», di creazione giurisprudenziale ad opera della Corte di Giustizia e «tipico parametro di razionalità materiale» delle scelte di politica criminale dei Paesi europei rispetto allo scopo perseguito⁴¹.

Il principio di proporzionalità nel settore delle pene, diventa inoltre espressione più diretta della finalità rieducativa della pena e del principio di responsabilità penale personale che, così come cristallizzato dalla nota sentenza della Corte Costituzionale n. 313 del 1990, non può essere *bypassata* dalla politica criminale⁴².

Ciascuno dei corollari sopra descritti è il grado di sottoporre a *test* di razionalità le scelte di politica criminale sulle cornici edittali e, come vedremo, anche le regole disciplinanti la determinazione in concreto della pena. Tra questi, il principio di proporzionalità *intrinseca ed estrinseca* delle cornici edittali, rappresenta la «condizione minima di razionalità»⁴³ delle cornici edittali presenti nel codice Rocco⁴⁴, oltre che

⁴¹ Cfr., per una interessante lettura critica, C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'unione europea dopo Lisbona*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 ottobre 2011. Cfr., anche G. MANNOZZI – M. DELLI CARRI, *L'ago impalpabile della bilancia. Il peso del principio di proporzione nel sistema sanzionatorio: evidenze dall'analisi delle dinamiche sanzionatorie per la criminalità comune e dei «colletti bianchi»*, in R. Borsari (a cura di), *La corruzione a due anni dalla «Riforma Severino»*, Padova University Press, 2015, 191 ss.

⁴² Cfr. sul punto D. PULITANÒ, *op. cit.*, 649.

⁴³ Cfr. da ultimo, D. PULITANÒ, *La misura delle pene, cit.*

⁴⁴ Si vedano le discrasie già denunciate da T. PADOVANI, *op. cit.*, 440, con particolare riguardo ai reati aggravati dall'evento: “Ma se la morte deriva da maltrattamenti (art. 572 c.p.) la reclusione va da dodici a vent'anni, comprendendo la pena del reato base da uno a cinque anni (e quindi con un aumento fino al quadruplo del massimo). Se poi la morte consegue ad un sequestro estorsivo (art. 630 c.p.) o terroristico (art. 289-bis c.p.) la pena è di trent'anni di reclusione, determinati in misura fissa, mentre la pena per il reato-base spazia da venticinque a trent'anni (per cui la morte preterintenzionale si milita a irrigidire

«dogma irrinunciabile» per un ordinamento civile⁴⁵. La sua sindacabilità (nei casi più estremi) ci permette serenamente di affidargli il ruolo di primo testimone della coerenza della risposta sanzionatoria rispetto ai valori protetti dalla norma⁴⁶.

Sul piano degli interventi emergenziali, spesso aventi ad oggetto il carico sanzionatorio, potrà ritenersi razionale soltanto quell'innalzamento giustificato dalla necessità di ristabilire una «condizione minima di coerenza intrasistemica e di coerenza con i principi “materiali” del sistema dei reati e delle pene»⁴⁷ e irrazionali quello invece votato a «motivazioni di carattere strumentale nelle quali il tipo e la misura della pena sono scelti non per stabilire un'equa punizione, ma per acquisire consenso davanti all'opinione pubblica, per impedire la prescrizione, per consentire le intercettazioni. Ne deriva (...) l'ingresso in campo di nuove gerarchie di valori, spesso prive di razionalità giuridica perché dettate dallo spirito del tempo, dalla convenienza politica, dalle espressioni di giornali e talk *show*»⁴⁸.

il massimo). Nell'ipotesi dell'omissione di soccorso (art. 593 c.p.), infine, il verificarsi della morte comporta il raddoppio della pena prevista per l'ipotesi semplice (e cioè la reclusione fino a tre mesi in alternativa alla multa fino a lire seicentomila). Sia che si ragioni in termini assoluti (considerando l'evento «morte») sia che si ragioni in termini relativi alla pena del reato base, il quadro appare francamente indecifrabile, se non addirittura dissennato”.

⁴⁵ Cfr. G. MANNOZZI – M. DELLI CARRI, *op. cit.*, 186. Autorevolmente ritenuto quale limite alla potestà punitiva dello stato da S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, ESI, 1992, 92.

⁴⁶ Cfr. G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, ESI, 2006, 142 ss; Di recente definito “principio fondamentale di qualsivoglia sistema sanzionatorio che sia incentrato su pene afflittive, intese come duplicazione del «male»” oppure “principio di civiltà giuridica” da G. MANNOZZI – M. DELLI CARRI, *op. cit.*, 185 ss.

⁴⁷ Cfr. T. PADOVANI, *op. cit.*, 650.

⁴⁸ Cfr. L. VIOLANTE, *op. cit.*, 199.

Orbene, con il presente lavoro non si intende tacciare di incostituzionalità ogni intervento di politica criminale non aderente ai canoni sopra riportati. Se infatti una cornice edittale incostituzionale presenta geneticamente profili di irrazionalità, altrettanto non può dirsi per il suo contrario, ossia che una cornice costituzionalmente ‘salva’ sia per ciò solo anche razionale: lo scrutinio di razionalità che intendiamo effettuare attiene ad una fase antecedente a quella gravemente patologica della censura di incostituzionalità. In altre parole, si vogliono individuare e denunciare le ‘spie’ di incoerenza sistematica, rilevate attraverso il *gap* di armonia proporzionale.

Volendo sintetizzare: la razionalità della politica criminale in materia sanzionatoria verrà investigata attraverso uno scrutinio a struttura bifasica: a) in positivo, attraverso l’indizio di razionalità offerto dal principio di proporzionalità; b) in negativo, dall’assenza, tra i motivi di intervento, di ciò che definiremo nel prosieguo come *populismo penale*.

Chiarito ciò, occorre preliminarmente stabilire in concreto *quando* il *range* edittale potrà dirsi proporzionato, considerato il problema di disomogeneità delle realtà da commensurare, cioè reato e pena⁴⁹.

Riprendendo le parole di un illustre studioso del Diritto Penale, «data la necessità della riunione degli uomini, dati i patti che necessariamente risultano dalla

⁴⁹ Sul tema, cfr. l’interessante analisi di C. PONGILUPPI, *Le cornici edittali al banco di prova di un sistema sanzionatorio differenziato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen*, 2007, II, 947 ss (e in particolare 952), dove si fa riferimento a un giudizio “intrinsecamente graduabile e «relativo» (...) che comporta un giudizio *comparativo*, in termini di maggiore o minore gravità, tra le diverse tipologie di reati, o tra i diversi fatti concreti – tutti rispondenti ai medesimi requisiti descritti dalla fattispecie tipica, ma «diversamente» rispondenti a tali requisiti”.

opposizione medesima degli'interessi privati, trovasi una scala di disordini, dei quali il primo grado risultano quelli che distruggono immediatamente la società, e l'ultimo nella minima ingiustizia fatta ai privati membri di essa. Tra questi estremi sono sono comprese tutte le azioni opposte al bene pubblico, che chiamansi delitti, e tutte vanno per gradi sensibili, decrescendo dal più sublime al più infimo. Se la geometria fosse alle infinite e oscure combinazioni delle azioni umane, vi dovrebbe essere una scala corrispondente di pene che discendesse dalla più forte alla più debole»⁵⁰.

Intesa quale rapporto tra una 'scala dei valori' (i beni giuridici tutelati) e la scala delle pene, la cui tariffa deve oscillare dal minimo edittale che rifletta il disvalore e la posizione gerarchica del bene giuridico all'interno dell'ordinamento al massimo edittale che ne rappresenta il livello di offesa più grave e pertanto deve necessariamente costituire un multiplo del minimo, la proporzionalità rappresenta il criterio guida principale per «politiche criminali coerenti e lineari»⁵¹. Per proiettare il disvalore in termini di massima gravità, il *range* sanzionatorio deve essere frazionabile in corrispondenti «classi di gravità», espressione multipla del minimo (si pensi, ad esempio, a un massimo edittale tre volte superiore il minimo ovvero ad uno due volte superiore) che permetta un controllo (e una percezione) immediato delle scelte di valore effettuate⁵².

⁵⁰ Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, edizione a cura di R. FABIETTI, Mursia, Milano, 1973, 17-18.

⁵¹ Cfr. T. PADOVANI, *op. cit.*, 428; L'idea di proporzionalità intrinseca si deve a R. V. JHERING, *Lo scopo del diritto*, ed italiana a cura di M. Losano, Giappichelli, 1972.

⁵² Cfr. T. PADOVANI, *op. cit.*, 451.

Ciò permette un triplice ordine di considerazioni: *in primis*, una volta definito un legame convenzionalmente proporzionale *infra-delicta* (attesa l'impossibilità di pretenderne uno ontologicamente proporzionale)⁵³ tra una fattispecie di gravità (x) e pena (y), questo dovrà fungere da termine di paragone per l'impalcatura sanzionatoria *inter-delicta*, nel senso di una proporzionale gradazione della risposta sanzionatoria per fattispecie più gravi ($x+1 = y+1$) o meno gravi ($x-1 = y-1$); il *restyling* delle comminatorie edittali sarà 'razionale' se rispondente a un mutato disvalore (seppur la sua quantificazione sarà difficilmente sindacabile, salvo i limiti di irragionevole disparità o parificazione sanzionatoria rispetto a fattispecie affini); terzo: cornici edittali eccessivamente ampie sono sintomo di irrazionalità in quanto lasciano evaporizzare il disvalore del fatto e non permettono di calibrare correttamente il carico sanzionatorio per fattispecie simili.

Terminati i rilievi di natura metodologica, passiamo alle cautele.

Si è consapevoli che il solco nel quale va ad inserirsi tale opera, richiederebbe un approccio trasversale, di tipo criminologico, sostanziale oltre che processuale.

Occorrerebbe peraltro una definitiva presa di posizione sulle finalità della pena⁵⁴, sulle quali si sono già scritte pagine importanti cui difficilmente quest'opera potrà contribuire.

⁵³ Cfr. M. CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena. Da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in *La giustizia penale*, II, 98 e C. PONGILUPPI, *op. cit.*, 958.

⁵⁴ V., *infra*, la dottrina richiamata nel cap. II.

Pertanto, limitando il raggio della ricerca, si tenterà in primo luogo di verificare se le modalità di intervento del legislatore penale sulle comminatorie edittali, già definite «fantasmagoriche»⁵⁵, siano sintomatiche di scelte razionali, espressione di un mutato disvalore e comunque aderenti alla scala di valori presenti nel codice penale, ovvero portatori di una diversa filosofia d'intervento, prettamente simbolica, dove il vero *rationale* delle scelte sanzionatorie del legislatore è dato dalla «rappresentazione di rigore punitivo»⁵⁶ che, solitamente, «riesce a combinare, in maniera tanto esemplare quanto deprecabile, i difetti dell'insipienza sul piano tecnico, della discutibilità sul piano dei principi e dell'ineffettività sul piano dei risultati»⁵⁷.

Data la natura carcerocentrica della sanzione penale in Italia⁵⁸ e la maggiore attenzione che i delitti ricevono da parte del legislatore in termini di irrobustimento

⁵⁵ Cfr. T. PADOVANI, *op. cit.*, 438.

⁵⁶ Cfr. D. PULITANÒ, *Intervento*, in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, consultabile in www.penalecontemporaneo.it, 21 dicembre 2016, 5, e L. EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 4/2016, 1674.

⁵⁷ Cfr. S. MOCCIA, *L'illusione repressiva. La politica criminale e giudiziaria nell'Italia degli anni novanta*, in *Dei delitti e delle pene*, I, 1998, 114.

⁵⁸ Cfr. G. FORTI, *Sulle riforme necessarie del sistema penale italiano: superare la centralità della risposta carceraria*, in *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista Trimestrale*, n. 3-4/2012, 177 ss. e C. E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992, I, 511 ss.; sulla ineffettività della pena pecuniaria, invece, si rimanda per tutti a E. DOLCINI, *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2006, 95 ss., il quale ha avuto modo di osservare “quanto ai delitti, le condanne alla sola pena della multa tra il 1974 e il 2003 si attestano tra il 30% e il 50%” rapportandole invece al circa 80% del sistema inglese. Inoltre, dato maggiormente preoccupante, “a fronte di oltre 2.250 miliardi di lire inflitte nell'arco di sette anni (1990-1996) erano stati riscossi meno di 84 miliardi, pari al 3.7% dell'ammontare complessivo delle pene inflitte. Deve concludersi, dunque, che di regola le pene pecuniarie non vengono né eseguite, né convertite”.

sanzionatorio, l'analisi sarà riservata alla pena detentiva prevista per i delitti presenti nel codice penale.

Nella seconda parte, e sulla scia delle riflessioni pervenute da autorevole dottrina⁵⁹, si valuterà se la disciplina della commisurazione della pena sia in grado di 'arginare' eventuali spinte irrazionali dell'impalcatura sanzionatoria, ovvero contribuisca all'opera di esternalizzazione della pena da parametri di coerenza e prevedibilità attraverso valutazioni intuizionistiche, extra-giuridiche e quindi incontrollabili.

Detto altrimenti, si tenterà di offrire una panoramica aggiornata sulle (ir)razionalità delle politiche sanzionatorie *in the books & in the practice*.

Le problematiche saranno affrontate in un'ottica comparatistica⁶⁰, confrontandoci con i problemi e le soluzioni offerte dal *Criminal Justice System* inglese, dove si registra una particolare attenzione e interesse al tema da parte degli studiosi, fermento che ha recentemente dato vita alla riforma del c.d. *sentencing system* sulle cui modalità e risultati raggiunti pure ci interrogheremo nel prosieguo.

La scelta di misurarci con un Paese di *common law* non è casuale.

⁵⁹ Cfr. per tutti, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, CEDAM, 1979; A. PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1981, II, 25-33; M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, sub art. 133 c.p., 2012, Giuffrè.

⁶⁰ Sui limiti e le virtù di un approccio comparatistico, si rimanda alle riflessioni di A. BERNARDI, *Il progetto di ricerca "Prison overcrowding and alternatives to detention": contesto e linee programmatiche*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 4, 2014.

Anticipando parte delle *conclusioni*, si ritiene, infatti, che, specie nell'attuale momento di 'crisi', le forze politiche siano meno attratte da un piano di azione organico e programmatico che dia vita a risposte nitide, chiare e funzionali al 'sistema' sanzionatorio *in action*⁶¹. Di conseguenza, il ruolo della giurisprudenza viene via via enfatizzandosi⁶², fino ad assurgere a «eroe popolare»⁶³, non più soltanto 'bocca della legge' ma mediatore di interessi sociali, spesso 'popolari' o 'politici'.

Come ben evidenziato, i «mezzi di comunicazione e potere politico chiedono sempre più spesso all'autorità giudiziaria non l'accertamento della responsabilità penale attraverso l'applicazione della legge, ma il conseguimento di una finalità generale: la "lotta" contro la mafia, il terrorismo o la corruzione. Il P.M. o il giudice, com'è proprio delle fasi populistiche, diventano magistrati di scopo: devono punire, duramente, il guidatore sbandato, per ammonire tutti i guidatori, devono individuare il politico o il pubblico funzionario potenzialmente colpevoli di malversazione perché rientrano nel tipo d'autore che il populismo ha configurato. (...) Conseguentemente tendono ad inserire nell'inchiesta giudiziari impropri sul "sistema", di carattere generale o di carattere morale, che possono essere utilmente ripresi dai mezzi di comunicazione o a coinvolgere nelle motivazioni delle proprie decisioni personalità del tutto estranee, i cui comportamenti non hanno alcuna rilevanza penale, ma che per la loro notorietà

⁶¹ Così come auspicato da D. BRUNELLI, *Paradossi e limiti dell'attuale Realpolitik in materia penale*, in *Archivio Penale*, n. 2/2013.

⁶² Di recente, con interessanti riflessioni sul tema, cfr. G. INSOLERA, *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 4/2016, 1999 ss. e M. TRAPANI, *op. cit.*

⁶³ Cfr. G. FIANDACA, *op. cit.*, 107.

possono dar luogo a significativa risonanza mediatica, e a conseguire quella finalità generale che politica e società hanno richiesto loro»⁶⁴.

In tal modo, la funzione giurisdizionale estende notevolmente i propri limiti, avvicinandosi in qualche modo a quella storicamente meno imbrigliata e più creativa degli ordinamenti di *common law*⁶⁵.

È proprio a partire dallo studio del *Sentencing System* anglosassone, ci si permetterà di avanzare alcuni (non definitivi) correttivi *de iure condendo*, in qualche modo alternativi rispetto all'incompiutezza dei progetti di riforma della parte speciale del codice penale e delle comminatorie edittali sino ad oggi prospettati, il cui sforzo, riprendendo l'efficace formula di autorevole dottrina, può essere paragonato alla «sinfonia n. 8 in si minore di *Schubert*; l'incompiuta dalla inusuale tonalità per l'epoca, di cui non si conosce il perché della mancata fine e che ancora oggi ci si affanna a completare nel terzo movimento, lo Scherzo»⁶⁶.

3. Il dilagante populismo nelle politiche penali (anche giudiziarie) quale spia di irrazionalità: definizione e direttrici investigative

Il tasso di carcerizzazione in l'Italia, così come nella maggior parte del resto del mondo, ha registrato negli ultimi 25 anni, seppur con un andamento che può definirsi

⁶⁴ Cfr. L. VIOLANTE, *op. cit.*, 198.

⁶⁵ Cfr. D. FALCINELLI, *Dal diritto penale "emozionale" al diritto penale "etico". Il garantismo costituzionale contro l'illusione di giustizia del populismo penale*, in S. ANASTASIA – M. ANSELMINI – D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, CEDAM, 2015, 27.

⁶⁶ Così A. R. CASTALDO, *Giustizia penale, il momento è propizio per intervenire*, in *In ordine sparso. Il diritto penale, oggi*, Giappichelli, 2016, 11.

fluttuante, un *trend* crescente⁶⁷, adeguandosi al fenomeno della *Mass Incarceration* di matrice americana⁶⁸: si riscontra un incremento pari al 40% della popolazione detenuta dal 1992 al 2013⁶⁹, con un un tasso di carcerazione pari a 80 su 100.000 abitanti nel 1992 ad uno che si assesta approssimativamente a 120 su 100.000 abitanti nel 2013⁷⁰.

In teoria, potrebbero azzardarsi almeno due spiegazioni:

a) un **crescente tasso di criminalità**, che giustifichi un maggiore ricorso allo strumento penale;

b) un **maggiore ricorso allo strumento penale** non giustificato da un indice di delittuosità altrettanto ‘in crescita’⁷¹.

Ad una analisi incrociata dei dati riguardanti il flusso carcerario, ossia le persone detenute a giorno fisso in un determinato lasso temporale e le richieste di rinvio a giudizio esercitate nello stesso anno (che fotografano nel modo più sicuro la frequenza criminale di un determinato tipo di reato), si nota come l’incremento delle azioni penali esercitate non sembra⁷² direttamente proporzionale a quello della popolazione carceraria.

⁶⁷ Le presenti considerazioni traggono spunto dalle profonde analisi e riflessioni di M. PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, Bobonia University Press, 2013.

⁶⁸ Cfr. G. TORRENTE, *La popolazione detenuta in Italia tra sforzi riduzionisti e nuove tendenze populiste*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 ottobre 2016.

⁶⁹ Rispetto a un tasso di crescita della popolazione residente che negli anni dal 1970 al 2003 è stato stimato pari all’8%. Cfr. E. DOLCINI, *Pene detentive*, cit., 98

⁷⁰ Si rimanda al grafico 1.3. presente in M. PAVARINI, *op. cit.*, 76.

⁷¹ In un sistema, come quello italiano, dove l’azione penale è obbligatoria per numero dei reati si deve intendere la cifra delle azioni penali esercitate.

⁷² Il condizionale è d’obbligo considerato che il mancato aumento della criminalità potrebbe anche essere legato alla sfiducia del cittadino nel ‘sistema giustizia’ e il conseguenziale decremento del numero di denunce-querelle. Sul punto, sia consentito il

Nello specifico, è stato calcolato che ad un aumento del 35% delle pendenze penali è corrisposto un aumento del 150% della popolazione carceraria. Se poi si tiene conto della crescita della ‘penalità’ *tout court*, intesa come ‘numero di condanne’ cui segua alternativamente una esecuzione inframuraria o alternativa, si registra un incremento addirittura del 300%⁷³.

Possiamo quindi individuare un primo punto fermo all’interno del nostro ragionamento: la ‘risposta penale’ non è direttamente proporzionale alla ‘domanda criminale’⁷⁴. Tale dato parrebbe altresì avvalorato dal *trend* in flessione del ‘livello di criminalità’ fotografato dal recente rapporto Istat *BES 2016- Sicurezza*⁷⁵.

Occorre quindi cercare altrove le variabili che si inseriscono all’interno del *gap* rilevato.

Sul punto, è stato ben detto che il differenziale può essere, almeno in parte, attribuito alle scelte di politica criminale (nonché, in generale, al discorso sulla penalità in un determinato momento storico) e al diverso ruolo assunto dalla magistratura, divenuta a partire dagli anni ottanta il soggetto ‘delegato’ a offrire risposte concrete

rinvio a F. COPPOLA, *The lack of perceived legitimacy in Italy toward the Italian Criminal Justice System. Lessons from England*, in *Il patto per la legalità. Politiche di sicurezza e di integrazione*, Cedam, in corso di pubblicazione.

⁷³ Cfr. M. PAVARINI, *op.cit.*, 52.

⁷⁴ Cfr. A. CORDA, *Sentencing and Penal Policies in Italy, 1985 – 2015: The Tale of a Troubled Country*, in *Crime and Justice*, 2016, che ha verificato l’andamento sostanzialmente stabile, seppur fluttuante, delle notizie di reato iscritte a partire dal 1991 fino al 2003, anno a partire dal quale si registra un *trend* crescente che torna a stabilizzarsi nel 2007.

⁷⁵ Per l’approfondimento dei dati del *rapporto Istat* si rinvia al seguente indirizzo: <https://www.istat.it/it/files/2016/12/07-Sicurezza-BES-2016.pdf>.

alla domanda di sicurezza sociale attraverso un'irrobustita repressione per determinate categorie di reati⁷⁶.

Sembra potersi leggere in tal senso l'aumento della durata della pena inflitta evidenziato dalla seguente tabella del Ministero della Giustizia⁷⁷ per il periodo 2005-2015.

Detenuti per durata della pena inflitta - Anno 2005 - 2016

31 dicembre 2016

Condannati definitivi per durata della pena inflitta Anni 2005 - 2016

Anno	Durata della pena inflitta														Totale
	fino a 1 anno	da 1 a 2 anni	da 2 a 3 anni	da 3 a 4 anni	da 4 a 5 anni	da 5 a 6 anni	da 6 a 7 anni	da 7 a 8 anni	da 8 a 9 anni	da 9 a 10 anni	da 10 a 20 anni	oltre 20 anni	ergastolo		
2005	3.356	3.758	4.159	4.970	3.595	2.644	1.890	1.524	1.268	958	5.026	2.304	1.224	36.676	
2006	1.069	843	927	1.131	1.127	936	826	793	657	554	3.455	1.913	1.237	15.468	
2007	2.061	2.128	1.881	1.659	1.358	1.041	825	713	645	541	3.206	1.614	1.357	19.029	
2008	2.919	3.259	3.718	3.214	2.334	1.464	1.091	871	753	597	3.332	1.627	1.408	26.587	
2009	3.276	4.031	4.374	4.589	3.412	2.175	1.610	1.160	993	706	3.673	1.685	1.461	33.145	
2010	3.293	3.990	4.696	4.922	4.144	2.900	2.153	1.653	1.236	944	4.201	1.788	1.512	37.432	
2011	2.733	3.722	4.300	4.606	4.083	3.364	2.598	2.005	1.451	1.160	4.626	1.847	1.528	38.023	
2012	2.459	3.560	4.380	4.621	3.911	3.253	2.783	2.213	1.609	1.247	5.149	1.890	1.581	38.656	
2013	2.076	3.371	4.240	4.445	3.812	3.066	2.617	2.271	1.836	1.357	5.742	2.055	1.583	38.471	
2014	1.679	2.498	3.383	3.859	3.194	2.628	2.244	1.950	1.605	1.341	5.888	2.180	1.584	34.033	
2015	1.801	2.910	3.329	3.885	3.079	2.421	2.077	1.774	1.554	1.264	6.020	2.149	1.633	33.896	
2016	1.837	3.095	3.684	4.407	3.154	2.607	2.140	1.726	1.436	1.188	6.244	2.195	1.687	35.400	

Fonte: Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria - Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato - sezione statistica

Altrettanto suggestivo è il dato offerto dalla serie storica 2008-2016 contenente il numero di detenuti per tipologia di reato (v. schermata in basso)⁷⁸. Ebbene, i reati maggiormente rappresentati in carcere per tutto il periodo osservato riguardano

⁷⁶ Si rimanda, anche per gli ampi riferimenti bibliografici, a M. PAVARINI, *op. cit.*

⁷⁷ Dati raccolti dal Ministero della Giustizia consultabili online, all'indirizzo: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14.page?frame10_item=2&selectedNode=0_2.

⁷⁸ Tutti i dati sono consultabili online al seguente indirizzo: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?facetNode_1=0_2&contentId=ST613925&previousPage=mg_1_14.

delitti contro il patrimonio, fattispecie in tema di stupefacenti e delitti contro la persona. Che detta composizione possa non rispecchiare la reale morfologia e consistenza dei fenomeni delittuosi è ricavato dalla seguente considerazione: la rappresentanza carceraria per quasi tutte le tipologie di reati presenta un *trend* crescente fino al 2013, anno della sentenza pilota “Torreggiani” che, come vedremo a breve, rappresenta uno spartiacque nel nostro discorso, avendo imposto all’Italia la ricerca di soluzioni immediate al sovraffollamento carcerario; negli anni immediatamente successivi alla sentenza Torreggiani (2014-2015), *tutti* i tipi di reati – tranne, evidentemente, l’associazione di stampo mafioso - registrano una flessione nei numeri di rappresentanza carceraria; il 2016 si segnala con un *trend* nuovamente crescente per molte fattispecie. Ebbene, risulta francamente difficile immaginare che ciò sia il frutto di una mera coincidenza⁷⁹, sicché la diversa *intensità* criminale risponde (almeno in parte) alle politiche di ‘lotta’ o di ‘contenimento’ attuate nel corso degli anni a seconda delle diverse contingenze.

⁷⁹ Interessante lo studio di S. SNACKEN- K. BEYENS, *Sentencing and prison overcrowding*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 1994, II, 84-99. Gli Autori segnalano la complessità delle variabili che incidono sulla popolazione carceraria, quali: a) fattori esterni, come i livelli demografici ed economici; b) livello di delittuosità; c) attitudine carceraria delle agenzie decisionali sulla pena; d) contesto socio-politico.

Detenuti per tipologia di reato - Anni 2008 - 2016

31 dicembre 2016

Detenuti presenti al 31 dicembre distinti per tipologia di reato(*)
Anni 2008 - 2016

Tipologia di reato	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
ASSOCIAZIONE DI STAMPO MAFIOSO (416BIS)	5.257	5.586	6.183	6.467	6.524	6.744	6.903	6.887	6.967
STUPEFACENTI	23.505	26.931	28.199	27.459	26.160	24.273	18.946	17.676	18.702
LEGGE ARMI	8.652	9.360	9.938	10.069	10.425	10.490	10.178	9.897	9.944
ORDINE PUBBLICO	2.754	2.975	3.175	3.183	3.136	3.166	3.147	3.061	3.004
CONTRO IL PATRIMONIO	27.345	30.094	32.225	33.647	34.583	33.965	30.287	29.913	30.900
PROSTITUZIONE	981	1.066	1.152	1.089	999	880	840	749	724
CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE	6.151	7.230	7.692	8.072	8.307	8.109	6.994	6.923	7.407
INCOLUMITA' PUBBLICA	1.532	1.697	1.764	1.683	1.655	1.598	1.501	1.436	1.457
FEDE PUBBLICA	3.112	3.721	4.273	4.396	4.652	4.611	4.225	4.403	4.503
MORALITA' PUBBLICA	220	232	244	231	199	180	170	161	126
CONTRO LA FAMIGLIA	1.230	1.528	1.716	1.749	1.853	2.081	1.946	1.976	2.194
CONTRO LA PERSONA	19.551	21.854	23.109	23.693	24.090	23.897	22.167	21.468	21.887
CONTRO LA PERSONALITA' DELLO STATO	200	179	153	146	140	130	125	125	132
CONTRO L'AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA	4.569	5.367	6.043	6.383	6.698	6.828	6.146	6.006	6.373
ECONOMIA PUBBLICA	345	422	487	542	622	669	677	770	794
CONTRAVVENZIONI	3.300	3.628	3.962	4.094	4.277	4.265	3.894	3.816	3.869
TU IMMIGRAZIONE	2.357	3.066	4.244	2.442	1.949	1.174	1.305	1.497	1.797
CONTRO IL SENTIM.TO E LA PIETA' DEI DEFUNTI	1.043	1.067	1.082	1.116	1.111	1.104	1.118	1.096	1.067
ALTRI REATI	2.606	2.927	3.268	3.367	3.217	3.275	2.950	2.744	2.691

Nota: La numerosità indicata per ogni categoria di reato corrisponde esattamente al numero di soggetti coinvolti. Nel caso in cui ad un soggetto siano ascritti reati appartenenti a categorie diverse egli viene conteggiato all'interno di ognuna di esse. Ne consegue che ogni categoria deve essere considerata a sé stante e non risulta corretto sommare le frequenze.

Fonte: Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria - Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato - sezione statistica

Dunque, il *gap* prima segnalato potrebbe essere spiegato con l'influenza che ha avuto, nella stagioni politiche e giudiziarie più recenti, il *Populismo penale* in «(quasi) tutto il vecchio continente»⁸⁰. Ipotesi meno peregrina di quanto non si possa immaginare, considerato che un recentissimo articolo del *Sole 24 ore*⁸¹ attribuisce al populismo il più alto tasso di 'condivisione' dal dopoguerra.

⁸⁰ Così G. TORRENTE, *op. cit.*

⁸¹ Cfr. M. LONGO, *Il grafico che spaventa le Borse: indice del populismo al record degli anni '30*, in *Il Sole 24 ore*, 3 aprile 2017.

Dal punto di vista criminologico, illustri studiosi anglosassoni⁸² hanno empiricamente definito i contorni del *penal populism*, ossia l'irrigidimento della politica sanzionatoria dovuto alla semplicistica risposta elettorale da parte dei governanti alla richiesta di maggiore sicurezza, dovuta in larga parte alla, più o meno indotta⁸³, (dis)informazione sui temi della giustizia così come filtrata dai *mass media*.

Di fronte alla domanda securitaria, il ricorso allo strumento penale assume pertanto un'importanza cruciale in 'chiave elettorale', relegando in soffitta le esigenze di razionalità del 'sistema'⁸⁴.

⁸² Per la letteratura richiamata e le illuminanti riflessioni, si rimanda a J. V. ROBERTS - L. J. STALANS - D. INDERMAUR - M. HOUGH, *Penal Populism and Public Opinion. Lessons from Five Countries*, Oxford University Press, 2002; si ricordano inoltre i pionieristici studi di A. E. BOTTOMS, *The Philosophy and Politics of the Punishment and Sentencing*, in C. CLARKSON - R. MORGAN (edited by), *The Politics in Sentencing Reform*, Oxford, Clarendon, 1995, richiamati da ultimo da M. ANSELMI, *Populismo e populismi*, in S. ANASTASIA - M. ANSELMI - D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, CEDAM, 2015, 16.

⁸³ Cfr. M. ANSELMI, *op. cit.*, che definisce una delle caratteristiche tipiche "del populismo penale: falsificazione della realtà giudiziaria e criminale come scelta strategica per la creazione di consenso", 16.

⁸⁴ Cfr., sul punto, F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture. (A proposito della legge n. 67/2017)*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 4/2014, 1699, il quale segnala la disintegrazione del sistema dovuta al recente "abito mentale" assunto dal legislatore contemporaneo. "Si diffonde, innanzitutto, la tecnica legislativa degli elenchi dei reati esclusi o inclusi nell'ambito applicativo di questo o quell'istituto, con conseguenti gravi tensioni con il principio di eguaglianza. Ed invero, la ragione dell'esclusione/inclusione non ha quasi mai niente a che fare con la ratio o la funzione dell'istituto ma dipende piuttosto dal grado di 'attenzione' con cui spesso momentaneamente si guarda a quel determinato tipo o fenomeno criminoso". Cfr. anche D. BRUNELLI, *op. cit.*, che constata come "la trama delle incriminazioni ha subito un massiccio incremento anche dovuto all'ansia di rincorrere sbandierati traguardi europei o internazionali, mentre il sistema sanzionatorio, nel quale sono confluiti opposte esigenze politico criminali e contraddittori segnali, ha dovuto ospitare gli strumenti più svariati, sino a farsi praticamente indecifrabile e ingestibile: in un nevrastenico moto circolare alla tendenza alla decarcerizzazione ha tenuto dietro una rincorsa alla carcerizzazione per tipo d'autore, con l'introduzione di circuiti fortemente differenziati basate su inaccettabili presunzioni e soverchianti

Si tratta infatti di scelte di politica criminale ispirate da ben altre logiche⁸⁵, che gli studiosi hanno correttamente declinato secondo le seguenti direttive: *glamourization*, ossia la «spettacolarizzazione e drammatizzazione di fatti veri, e dove il pubblico viene spesso coinvolto nella risoluzione ... dei casi»⁸⁶, come avviene con cadenza regolare nei *talk show*. Tale *format* massmediatico, in virtù delle semplificazioni di cui è capace, distinguendo banalmente tra buoni e cattivi, vittime e mostri, riesce a condizionare lo spettatore molto più di un dibattito sereno, approfondito e competente in materia; *destatisticalization*, ossia la tendenza a rifarsi a luoghi comuni piuttosto che a dati empirici nell'affrontare il problema, con «scivolamento del dibattito pubblico da un piano fattuale a un piano simbolico e retorico» che «costituisce un tratto tipicamente populista di delegittimazione di qualsiasi discorso razionale proveniente dalle istituzioni in favore di un senso comune, in realtà molto pregiudiziale, dettato da una emotività sociale»⁸⁷; infine, *restorative and reparative penalties*, ossia la marginalizzazione del nemico⁸⁸ e la tendenza verso logiche sanzionatorie di natura riparativa, mirate al

pregiudizi, il tutto materializzato attraverso una congerie normativa tecnicamente illeggibile”

⁸⁵ Cfr. L. EUSEBI, *La pena “in crisi”. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Morcelliana, 1990, 16, che riscontra nel sistema penale moderno una maggiore attenzione alla “dimensione plasmatrice dei comportamenti sociali rispetto alla tradizionale funzione di tutela”.

⁸⁶ Così M. ANSELMI, *op. cit.*, 17.

⁸⁷ *Ibidem*, 18.

⁸⁸ Nel contesto nazionale, cfr. T. PADOVANI, *Giustizia criminale. Vol. 4: Diritto penale del nemico*, Pisa University Press, 2015; cfr. anche D. PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Giappichelli Editore, 2010, 55.

ristoro della società 'ferita' piuttosto che ancorate alle dalle specifiche esigenze rieducative della pena⁸⁹.

Ma non solo.

Come già segnalato da autorevole dottrina⁹⁰, nel populismo penale rientra a pieno titolo anche il ruolo di *supplenza* che la magistratura ha assunto quale rappresentante degli interessi della comunità, talvolta «in aperto conflitto con il potere politico ufficiale»⁹¹, che «finisce inevitabilmente col far derivare (piuttosto che dal vincolo alla legge) dallo stesso consenso popolare la principale fonte di legittimazione del proprio operato»⁹².

Incarnato da figure di magistrati-eroi, il *populismo c.d. giudiziario* è espressione di confusione tra i poteri dello Stato, specie in periodi di crisi del sistema politico ed economico - finanziario, dove al potere giudiziario potrebbe essere chiesto di rassicurare l'opinione pubblica nell'esercizio delle proprie funzioni e, di conseguenza, «privilegiare un sostanzialismo repressivo poco attento alle questioni giuridiche e insufficientemente sensibile alle esigenze del garantismo individuale»⁹³.

Ad avviso di chi scrive, tale impostazione coglie particolarmente nel segno in quanto unifica sotto l'ombrello del populismo penale anche la tendenza – apprezzabile forse in termini di *realpolitik*, meno dal punto di vista della razionalità del sistema– da

⁸⁹ Il cui referente normativo è dato dall'art. 27, comma 3, Cost.

⁹⁰ Si rimanda, per intero, alle profonde riflessioni di G. FIANDACA, *op. cit.*

⁹¹ *Ibidem*, 105.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ibidem*, 111.

parte di quella magistratura che, per rispondere all'irrigidimento securitario delle soglie edittali, tende a l'irrogare una pena vicina al minimo edittale⁹⁴. Si tratta più sempre di operazione di dosimetria sanzionatoria slegata da parametri *stricto sensu* legali e inquinata da fattori 'irrazionali'. L'«attivismo giudiziale», così delineato, è inoltre fomentato dalla contingente crisi economica che distrae il legislatore dai temi della giustizia, per cui non è dato pronosticare una imminente inversione di rotta⁹⁵.

Per usare le parole di Mario Romano che, in ricordo degli insegnamenti di Franco Bricola, concludeva così il proprio discorso: «nei tempi liquidi in cui viviamo l'incessante affermarsi di nuovi interessi e nuovi valori ha portato prepotentemente alla ribalta, nel mondo del diritto (non solo da noi), la prevalenza del problema e con essa il protagonismo dei giudici quotidiani applicatori delle norme vigenti; e non è raro, anzi, che sia il diritto pretorio di corti sovranazionali o interne a fornire i materiali e gli spunti per modifiche di legge, quando non sia esso stesso a disciplinare nei fatti materie "calde" di cui la politica, alla quale pure spetterebbe, non riesce o non vuole occuparsi»⁹⁶.

Com'è intuibile, le stagioni del populismo penale, largamente inteso, finiscono con l'influire sull'andamento quantitativo e qualitativo della popolazione detenuta, il

⁹⁴ *Ibidem*, 118; cfr. anche, *infra*, cap. II.

⁹⁵ Cfr. M. VIETTI, *Economia e diritto penale nel tempo della crisi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 2/2014, 557 ss.

⁹⁶ Cfr. M. ROMANO, *Dommatica e politica criminale, oggi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 2/2014, 783 ss.

cui fluttuare si deve alla duplice anima della politica sanzionatoria⁹⁷, oscillante da picchi di severità a forte clemenzialismo⁹⁸, sempre nel segno dell'emergenza⁹⁹.

Si passa, cioè, dalla massiccia presenza negli istituti penitenziari del 'nemico'¹⁰⁰ alla repentina necessità di ridurre il numero dei detenuti, in un andamento zigzagante (ai limiti dello schizofrenico) dei *trend* carcerari.

In questo modo, si corre però il concreto rischio di cadere in una «spirale perversa»¹⁰¹, dove ai giudici viene richiesto di rispondere alle irrazionalità (e inefficienze) prodotte da una politica criminale populista, introducendo così valutazioni altrettanto irrazionali, in quanto 'ulteriori' rispetto a quelle propriamente affidate loro; d'altro canto, la politica criminale potrebbe scontare l'assuefazione verso interventi *spot*, per categorie di reati particolarmente allarmanti, considerato l'effetto immediato di allontanare l'attenzione pubblica attorno al problema, piuttosto che

⁹⁷ Autorevolmente già individuata da C.E. PALIERO, *op. cit.*, 522: "l'attuale politica criminale ha assunto ovunque un assetto di – instabile – *bipolarità* fra il polo *negativo* (in quanto ontologicamente 'frenante' del *garantismo* ed il polo *positivo* (in quanto per sua natura 'propulsivo') dell'effettività. (...) C'è la possibilità di un *corto-circuito* nello sviluppo di questa bipolarità: si chiama *legislazione simbolica*; affonda le sue radici nell'irrazionale, talvolta nell'inconscio collettivo (...)”

⁹⁸ Efficacemente definite “atto di dolore” da T. PADOVANI, *op. cit.*, 432.

⁹⁹ Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, *cit.*

¹⁰⁰ Cfr. T. PADOVANI, *op. cit.*, 11-13, dove richiama il catalogo fenomenologico del diritto penale del nemico offerto da M. DONINI; cfr. inoltre L. VIOLANTE, *op. cit.*, 197, che richiama il seguente passaggio del messaggio di Papa Francesco ai penalisti: “Non si cercano solo capri espiatori, continua il messaggio del Papa, che paghino con la loro libertà e la loro vita per tutti i mali sociali, come era tipico per le società primitive, ma oltre a ciò talvolta c'è la tendenza a costruire deliberatamente dei nemici: figure stereotipate che concentrano in sé tutte le caratteristiche che la società percepisce o interpreta come minacciose”.

¹⁰¹ Così S. MOCCIA, *op. ult. cit.*, 9. Cfr. anche ID., *L'illusione repressiva*, *cit.*, 92.

risolverlo attraverso misure e strategie di più ampio respiro¹⁰². Inoltre, una politica repressiva ‘a campione’ «finisce per vittimizzare l’autore e, quindi, per fungere da fattore di possibile aggregazione di consensi intorno al fenomeno che si intendeva combattere, raggiungendo, in tal modo, il risultato opposto a quello sperato»¹⁰³.

Deve, infine, segnalarsi un ulteriore effetto distorsivo, già evidenziato da illustre dottrina¹⁰⁴: la «sostituzione alla razionalità della politica criminale della “schizofrenia” delle ideologie clemenzialistiche» che genera a sua volta una politica criminale “criminogena”. Il concorrere di fattori quali il clemenzialismo legislativo, l’indulgenza giudiziaria, con organi giudicanti di primo grado votati a ‘punire il meno possibile’, quelli di secondo grado ‘a ridurre la pena inflitta’ e la Cassazione a ‘dichiarare l’avvenuta prescrizione del reato’, unitamente all’immancabile lentezza dei processi, hanno aumentano la sfiducia dei cittadini nella giustizia. «L’abnormità della fuga dalla sanzione porta il sistema, per quel minimo di sopravvivate bisogno di giustizia ad autocorreggersi attraverso l’abnormità dell’uso della carcerizzazione preventiva come pena anticipata ed esemplare e del processo come strumento, anziché di accertamento dei reati e dei rei, di autonomo e diretto controllo sociale. (...) Ad una abnormità si compensa, così, con altra abnormità, le quali non si elidono a vicenda, ma si sommano»¹⁰⁵.

¹⁰² Cfr. S. MOCCIA, *L’illusione repressiva*, cit., 92.

¹⁰³ Cfr. S. MOCCIA, *L’illusione repressiva*, cit., 116.

¹⁰⁴ Si rimanda, interamente, alle lucide riflessioni di F. MANTOVANI, *op. cit.*

¹⁰⁵ Così F. MANTOVANI, *op. cit.*, 1098-1099.

Occorre, a questo punto, chiedersi se la politica criminale contemporanea (e, successivamente, se il ‘governo’ della sanzione detentiva da parte dei giudici) risponda allo schema patologico poc’anzi delineato, fornendo un quadro aggiornato del *modus operandi* del legislatore e le sue ripercussioni in termini di razionalità del sistema.

4. *Le linee di tendenza della politica criminale fino alla sentenza ‘pilota’ Torreggiani*

Volendo trovare un minimo comun denominatore nelle politiche penali degli ultimi decenni – sicuramente fino alla sentenza “Torreggiani” – è possibile individuarlo nell’oscillazione tra i due poli contrapposti del ‘punitivismo’ e del clemenzialismo¹⁰⁶.

Procediamo con ordine.

Durante l’immediato dopoguerra, con il sopraggiungere del vento garantista quale probabile effetto dell’introduzione della Carta costituzionale e della entrata ‘a regime’ della Corte Costituzionale, unitamente all’esperienza di prigionia sofferta da alcuni componenti della Costituente, il dialogo attorno alla ‘penalità’ ha assunto toni pacati, disincantati e comunemente orientati ad arginare la severità di un codice penale di chiara impostazione fascista¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Così C. E. PALIERO, *op. cit.*, 512: “Se mi ponessi in una posizione *scettica*, il mio compito sarebbe, attualmente, assai facilitato: dovrei limitare il mio discorso (il discorso sulle alternative al carcere) a *tre soli* istituti penalistici (...): intendo *l’ammnistia*, *l’indulto* e la *prescrizione*.”

¹⁰⁷ Per ragioni di sintesi si rimanda alla completa disamina dell’andamento della popolazione carceraria e delle politiche criminali in Italia dal 1945 ad oggi di M. PAVARINI, *op.cit.* e P. GONNELLA, *Italy: Between Amnesties and Emergencies*, in V. RUGGIERO – M. RYAN (edited by), *Punishment in Europe. A Critical of Penal System*, Palgrave Macmillan, 2013, 227-244.

Quale risultato, durante il periodo che va dal 1947 al 1970 la popolazione carceraria si è ridotta di oltre 40.000 unità, passando da 65.000 a 21.000 presenze in carcere.

Un ruolo fondamentale in termini di contenimento della popolazione carceraria si deve ai giudici che, propensi a fare proprie le indicazioni costituzionali – in particolare le ambizioni rieducative della pena cristallizzate nell’art. 27, comma 3 Cost. – iniziarono a individuare la pena-base intorno al minimo edittale, in modo da attenuare la rigidità delle cornici edittali del codice Rocco e a fare massiccio ricorso agli istituti clemenziali quali, ad esempio, il perdono giudiziale.

Nel 1975 un ulteriore contributo in tal senso è offerto, in sede legislativa, dalla Legge 26 luglio 1975 n° 354 (*Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*). Definita la riforma ‘rivoluzionaria’ dell’ordinamento penitenziario, essa avviava il percorso verso una maggiore flessibilità della pena e valorizzazione delle istanze di risocializzazione imposte dall’art. 27, comma 3, Cost¹⁰⁸. Come efficacemente evidenziato, la severità della pena da eseguirsi finisce con lo slegarsi dal passato (il fatto di reato) e a guardare al futuro (possibilità di recupero del reo)¹⁰⁹.

Parallelamente, venne avviato un percorso di depenalizzazione teso a scongiurare i pericoli dell’ipertrofia penale, dando vita a «un *corpus* composto di illeciti amministrativi, da una parte, e da illeciti derivanti da depenalizzazione, dall’altra», che

¹⁰⁸ Cfr. *Il sistema penitenziario in Italia e le relative riforme*, consultabile in www.ristretti.it.

¹⁰⁹ Cfr. M. PAVARINI, *op. cit.*, 121.

però non ha portato ai benefici auspicati, risolvendosi in una «favola raccontata a veglia»¹¹⁰.

Un ulteriore incentivo nel senso della flessibilità della sanzione venne offerto dalla legge ‘Gozzini’¹¹¹, che ha reciso il legame tra esecuzione delle pene e istituti carcerari, seppure per ragioni più di stampo utilitaristico che special-preventive¹¹².

Giova segnalare, inoltre, come almeno fino al 1992, anno in cui è stato reso più arduo il ricorso a misure clemenziali attraverso la previsione di una maggioranza parlamentare ‘qualificata’, il contributo della politica criminale in termini di decarcerizzazione è identificabile con i provvedimenti di amnistia e indulto, il cui indotto in termini di deflazione carceraria è stato stimata in circa 2.800 persone all’anno, per un totale dal 1949 al 1992 di 128.000 detenuti liberati¹¹³.

Traendo le fila del nostro discorso, può evidenziarsi come in questa fase il legislatore si sia limitato a fornire un *input* indulgenziale alla magistratura, senza procedere alla organica revisione delle soglie sanzionatorie - fortemente caldeggiata -, lasciandole il compito e la responsabilità di occuparsi dei problemi «non risolvibili ‘a monte’», contribuendo così, però, alla disgregazione del modello sanzionatorio verso un diritto penale ‘particolare’ per tipo d’autore e reato ed eludendo, in chiave general-preventiva, il requisito della certezza della pena¹¹⁴.

¹¹⁰ Cfr. sul punto, ampiamente, anche per la letteratura richiamata, S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 46 ss.

¹¹¹ Cfr. *Legge n. 663 del 1986*.

¹¹² Cfr. M. PAVARINI, *op. cit.*, 121.

¹¹³ Cfr. M. PAVARINI, *op. cit.*, 55-56.

¹¹⁴ *Ibidem*, 123.

L'inizio degli anni novanta, con la Seconda Repubblica¹¹⁵, ha visto inasprirsi il clima attorno all'universo penale per il susseguirsi una serie di eventi che hanno inciso considerevolmente sull'anima simbolico-populista della politica penale. Lo scandalo di 'Mani Pulite' e l'assassinio di Falcone e Borsellino hanno inaugurato una stagione di diffusa insicurezza alla quale la politica ha risposto individuando nelle categorie deboli, quali drogati, immigrati¹¹⁶ e recidivi, i 'nemici' da combattere. La perdita di legittimazione dei partiti politici, colpiti dallo scandalo di *Tangentopoli*, ha generato sfiducia nella capacità dello Stato di gestire il primo importante flusso di immigrazione extraeuropea, situazione aggravata peraltro da un'economia di colpo meno florida.

Da ciò è derivata la domanda di maggiore sicurezza e il dilagarsi di un nuovo volto della politica criminale, fatto di «*law and order campaigns*» da parte dei partiti politici, pronti in tal modo ad accaparrarsi consenso, offrendo all'elettorato il loro impegno e rassicurando l'opinione pubblica¹¹⁷. Con un prezzo salatissimo in termini di tassi di

¹¹⁵ Cfr. F. MANTOVANI, *Stupidi si nasce o si diventa? Compendio di stupidologia*, Edizioni ETS, 2015, 162, il quale simbolicamente dipinge il passaggio dalla prima alla seconda Repubblica come quello dal 'regno umano', espressa dalla simbologia umanamente pregnante delle falci, martelli e libri, cioè dei mestieri, arti e professioni, manuali ed intellettuali (...) al 'regno vegetale': querce, margherite ed ulivi, piante ed arbusti, cespugli e germogli, rami secchi, licheni e muffe. Rape e cucurbitacee. E amenità del genere. Una Repubblica botanica alla clorofilla”.

¹¹⁶ Sul carattere simbolico della legislazione di 'contrasto' all'immigrazione, si rimanda alle profonde riflessioni di A. SESSA, "Ostinata criminalizzazione della clandestinità e tenuta democratica del sistema: fondamento e limiti alle opzioni della politica criminale simbolica", in AA.VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, www.penalecontemporaneo.it, 21 dicembre 2016.

¹¹⁷ Così A. CORDA, *op. cit.*; cfr anche L. MONACO – C. E. PALIERO, *op. cit.*, 451, dove si fa riferimento alla formula “more for the same”, intesa come ricorso alla pena detentiva in risposta alle incertezze legate alle misure alternative al carcere.

carcerizzazione. La popolazione detenuta subì, infatti, in quegli anni un incremento di quasi 800 unità al mese, registrando nel 2010 68.000 unità, di cui 16.000 stranieri¹¹⁸.

La trasformazione del discorso attorno alla penalità, quale strumento politico-elettorale, unitamente alle maggiori difficoltà di adottare provvedimenti di indulto e amnistia – negli ultimi anni se ne registra uno soltanto di rilevante importanza, nel 2006, che ha riguardato 6053 detenuti – sembrano aver inciso, in assenza di un intervento organico sulle severe comminatorie edittali, sul *trend* della popolazione carceraria italiana. La sua costante crescita - dovuta invero anche all'eccessivo ricorso alla misura cautelare in carcere – ha toccato il picco (metaforicamente: il fondo) nel 2013, tanto che la Corte EDU, con la nota sentenza ‘Torreggiani’, ha ritenuto il sovraffollamento carcerario «carattere strutturale e sistemico»¹¹⁹ del nostro Paese, inadeguato a garantire l'esecuzione della pena in condizioni dignitose, umane e nel rispetto dell'art. 3 CEDU.

In altri termini, a partire dal 1990 si è registrato un generale incremento della popolazione detenuta, tramutandosi in ‘emergenza-sovrappollamento’, per tre principali motivi: a) l'irrigidimento normativo delle sanzioni previste per specifici reati o soggetti (‘drogati’, immigrati e recidivi su tutti); b) le segnalate difficoltà di ricorrere a provvedimenti di stampo clemenziale; c) l'assenza di un adeguamento degli istituti

¹¹⁸ Cfr. P. GONNELLA, *op. cit.*, 230-231.

¹¹⁹ Cfr. CEDU, *Torreggiani e altri c. Italia* (Ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10), 8 gennaio 2013.

carcerari alla crescente popolazione detenuta¹²⁰. Il risultato è stato la crescita del numero di detenuti di quasi 10.000 unità dal 2000 al 2013¹²¹.

La dottrina più attenta alle linee evolutive della politica criminale, nella ricerca di esempi di tangibile irrazionalità nelle riforme ‘emergenziali’ introdotte ad inizio degli anni novanta¹²², aveva prontamente denunciato l’ottica prevalentemente repressiva, «che si esprime, tra l’altro, con l’equiparazione *quoad poenam* di condotte dal differente disvalore, con un’evidente violazione della regola costituzionale di proporzione»¹²³. In particolare, con riferimento al trattamento sanzionatorio per il reato di violenza sessuale, così come modificato dalla legge 15 febbraio 1996, n. 66, è stato ritenuto fondato il «legittimo sospetto che obiettivo non dichiarato della riforma in questo suo punto sia quello di escludere normativamente il ‘tipo d’autore’ dal sistema del recupero e, quindi, dall’integrazione sociale, secondo parametri di controllo penale poco accreditati in uno stato di diritto»¹²⁴. Anche rispetto alla riforma del 1996 in materia di usura, «l’impianto emergenziale» della legge si manifesta in tutta la sua compiutezza

¹²⁰ Cfr. A. CORDA, *op. cit.*

¹²¹ Cfr. la serie storica dei dati contenuta nel rapporto *Istat: I detenuti nelle carceri italiane. Anno 2013*, consultabile online all’indirizzo: <http://www.istat.it/it/files/2015/03/detenuti-2015-1.pdf>.

¹²² Cfr. S. MOCCIA, *op. ult. cit.*, 42: “(...) tali risposte emergenziali ad orientamento panpenalistico innescano una duplice perversa spirale – delegittimante, in ultima analisi, lo stesso ordinamento-, orientata all’esaltazione contestuale del rigore repressivo delle sanzioni ed indulgenzialismo esasperato degli istituti premiali e legata agli insuccessi derivanti dalla mancata adozione di rimedi reali al problema. Di modo che, ad ogni episodio di recrudescenza del fenomeno, si assiste all’isterica, sterile e confusa predisposizione di rimedi, repressivi e premiali, che ripropongono i medesimi inconvenienti (...)”.

¹²³ Così, con riferimento alla l. 25 giugno 1993 n. 205 in materia di “discriminazione razziale etnica e religiosa”, S. MOCCIA, *L’illusione repressiva*, cit., 117.

¹²⁴ *Ibidem*, 125.

nel «rituale, simbolico aumento di pena», dovuto all'innalzamento del limite edittale massimo e all'introduzione di tutta una serie di circostanze aggravanti, non sempre condivisibili¹²⁵.

Ovviamente, l'impalcatura dei delitti in materia di sostanze stupefacenti non resta indifferente al *trend* sopra descritto. Rimandando al prosieguo i rilievi in tema di irragionevole sproporzione sanzionatoria per un reato di pericolo, è opportuno sin d'ora evidenziare come l'ansia repressiva abbia dato frutto ad una fattispecie «onnivora» che arretra oltremodo la propria operatività colpendo in egual misura episodi empirici molto distanti tra loro (dalla produzione alla vendita) e sostanze stupefacenti dalla diversa 'caratura' (parificando per offensività le anfetamine alla cocaina)¹²⁶.

Per avere un riscontro empirico di quanto detto, basta analizzare il dato comparato offerto dalle *Statistiche Penali Annuali del Consiglio* d'Europa per l'anno 2013¹²⁷, che consideriamo idealmente il punto di rottura con il passato in virtù del deciso cambio di rotta imposto all'Italia dalla CEDU, con la sentenza 'pilota' dell'8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri*¹²⁸.

¹²⁵ Sul punto, si vedano le puntuali riflessioni di S. MOCCIA, *op. ult. cit.*, 134-136.

¹²⁶ Per ogni ulteriore e più approfondito rilievo, cfr. A. GOBOARDI, *La disciplina penale in materia di stupefacenti al cimento della ragionevolezza*, in G. Morgante (a cura di), *Stupefacenti e diritto penale*, Giappichelli, 2015, 112.

¹²⁷ Cfr. il Report *Space I - 2013*, consultabile in <http://wp.unil.ch/space/files/2015/02/SPACE-I-2013-English.pdf>. Per una approfondita analisi del *report* Space I-2014, cfr. E. DOLCINI, *L'Europa in cammino verso carceri meno affollate meno lantane da accettabili standard di umanità*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹²⁸ Cfr., per un'approfondita analisi, G. TAMBURINO, *Commento alla Sentenza Corte Europea dei Diritti Umani "Torreggiani e altri Vs Italia"*, in www.ristretti.it.

Secondo il rapporto *Space I – 2013*, al primo settembre 2013 il tasso di carcerizzazione su 100.000 abitanti in Europa¹²⁹ si presenta, in ordine decrescente, come segue:

Paese	Numero detenuti	Tasso carcerizzazione	Aumento (+) riduzione (-) rispetto all'anno precedente
Inghilterra e Galles	83.842	142.3	-3.2%
Spagna	68.099	140.6	- 1.1%
Italia	64.835	106.9	-2.6%
Francia	78.363	102.6	+2.1%
Germania	67.681	84.1	- 0.7%

Il tasso di carcerizzazione italiano, pari a 106.9 è tra i più bassi dei *Competitor* selezionati, seguito soltanto da Francia e Germania. Sembrerebbe quindi in netta contraddizione con l'emergenza-carceri conclamata dalla "Torreggiani".

Ebbene, occorre intenderci.

Come già segnalato da Tamburino, la sentenza "Torreggiani" non ha condannato l'Italia per l'elevato tasso di carcerizzazione, che anzi mostra un *trend*

¹²⁹ Si sono presi quali referenti del confronto esclusivamente i maggiori *Competitors* europei.

decrecente (-2.6%) rispetto all'anno precedente. Ciò che si è contestato all'Italia è stato il numero eccessivo di detenuti rispetto al numero di disponibilità carcerarie.

Infatti, alla stessa data, il rapporto di densità, ossia il rapporto tra detenuti e capacità degli istituti carcerari in Europa, presentava invece un quadro – e una classifica – completamente diversa. Rispetto alla media europea del 95.5%, l'Italia presenta il primato quanto a tasso di sovraffollamento¹³⁰ carcerario tra i Paesi oggetto della comparazione.

Paesi	Tasso di sovraffollamento carceri
Italia	148.4%
Francia	117.2%
Inghilterra e Galles	95.5%
Germania	87.6%
Spagna	87.4%

Inoltre, le statistiche riguardanti gli stranieri e i *drugs offenders* presenti nelle carceri dei Paesi europei selezionati per la comparazione sono perfettamente aderenti con il precedente discorso.

Paese	Percentuale di detenuti stranieri al 1 settembre 2013	Percentuale di <i>drugs offenders</i> detenuti al 1 settembre 2013

¹³⁰ Considerando sovraffollate quelle carceri che presentino percentuali di presenze oltre la completa capienza (+ 100%).

Italia	35.3%	37.9%
Spagna	32.1%	24.6%
Germania	28.5%	13.5%
Francia	18.4%	14.1%
Inghilterra e Galles	13.9%	14.4%

L'Italia vanta, infatti, il duplice primato per presenza di detenuti stranieri e condannati per violazioni di norme penali in materia di stupefacenti; infine, dal confronto statistico emerge un ulteriore dato emblematico: oltre il 70% dei detenuti italiani al primo settembre 2013 era rappresentato da 'drogati' ed extracomunitari, esattamente i 'nemici' presi di mira dalle politiche *bipartisan* degli ultimi decenni, a partire dalla Seconda Repubblica.

È questo il terreno di coltura dei presupposti che hanno portato la Corte di Strasburgo a stigmatizzare fortemente il nostro Paese per violazione dell'art 3 CEDU.

Le ricadute economiche che sarebbero derivate in caso di omesso adeguamento alle indicazioni della CEDU con la sentenza "Torreggiani" hanno sicuramente impresso una decisa spinta verso l'inversione di rotta dell'agenda penale del legislatore italiano. Come è stato osservato, «l'inottemperanza al *diktat* imposto dalla Corte di Strasburgo» di rimediare entro un anno all'emergenza-carceri, avrebbe incrinato i rapporti di cooperazione giudiziaria con gli altri Paesi, oltre che avuto ricadute impressionanti in termini economici. Basti pensare che, oltre alle sanzioni da pagare all'Europa per il mancato adeguamento, la persistente inottemperanza avrebbe

‘riattivato’ le richieste di indennizzo, pendenti per lo stesso motivo davanti alla Corte EDU e sospese in attesa di valutare la risposta italiana, per un ammontare che è stato stimato in circa 41.157.765 euro¹³¹.

Effettivamente, la spada di Damocle degli effetti della ‘Torreggiani’ ha fatto sì che il tasso di sovraffollamento carcerario scendesse nel 2014 al 109,8% e nel 2015 al 105,16%¹³². Ciò ha permesso al Consiglio d’Europa di ‘promuovere’ definitivamente l’Italia, sollevandola dalla scure dei ricorsi pendenti e delle potenziali ricadute sanzionatorie¹³³.

Che dalle ceneri della sentenza ‘Torreggiani’ l’Italia abbia finalmente intrapreso il discorso intorno alla riforma del sistema sanzionatorio è indubbio. Che si tratti di timidi approcci o di decisa inversione di tendenza è la domanda cui proveremo ora a rispondere.

5. *Il dopo-Torreggiani: un “ripassa dal via”?*

Tale *excursus* storico «nell’era dell’irrazionale (...), delle leggi penali usate come strumenti di governo della società e non come mezzi di tutela di beni giuridici»¹³⁴, permetterà ora di verificare, con prognosi postuma, se e in che modo, il momento più

¹³¹ Cfr. F. FIORENTIN, *La conclusione degli “stati generali” per la riforma dell’esecuzione penale in Italia*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 giugno 2016.

¹³² Cfr. E. DOLCINI, *L’Europa in cammino*, cit.

¹³³ ‘Promozione’ che non dovrebbe condurre a facili trionfalismi, essendo fondata più sul verosimile che sul reale. Così A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 3/2016, 1204-1229.

¹³⁴ Così F. MANTOVANI, *op. cit.*, 1956.

buio toccato dal sistema sanzionatorio-penitenziario con la citata sentenza Torreggiani, abbia offerto l'occasione per una decisa inversione di tendenza della politica criminale, ovvero se debbano constatarsi preoccupanti punti di contatto con il passato.

In maniera quasi profetica, tra i primi illustri commentatori di una delle riforme avviata immediatamente dopo la sentenza 'pilota' (legge n. 67/2014), vi è chi avviava il proprio discorso con un'amara constatazione: «la storia sembra ripetersi sempre. Così anche la produzione legislativa degli ultimi anni in materia penale. Soprattutto negli ultimi due anni, dalla famosa sentenza Torreggiani in poi, la legislazione penale italiana ha avuto un andamento divaricato tra due tendenze diverse, quasi antinomiche se non proprio opposte. Da un lato, nell'aria che siamo soliti chiamare della “parte speciale”, la tendenza legislativa è stata marcatamente nel senso di un continuo e crescente rafforzamento della tutela mediante previsioni di nuove fattispecie ed inasprimento sanzionatorio. Dall'altro, nell'aria che siamo soliti chiamare di “parte generale”, la tendenza è stata nel senso di un alleggerimento dell'intervento punitivo penale, specialmente al fine di ridurre la popolazione carceraria ma anche, più in generale, al fine di avvicinare il sistema complessivo al canone dell'ultima *ratio*»¹³⁵.

¹³⁵ Cfr. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme*, cit., 1694. Cfr. anche D. PULITANÒ, *Quale agenda per la giustizia penale?*, in www.penalecontemporaneo.it, 31 maggio 2013, 3: “Gli atteggiamenti prevalenti di fronte al penale – nella politica, nei media, fra la gente – presentano una interna scissione, secondo che si guardi al delinquente, autore di reato, o all'uomo in carcere. Verso i criminali (le categorie stigmatizzate come tali) si chiede il pugno duro. Di fronte a problemi concreti di disciplina appare più facile – e politicamente appagante – ricorrere ai classici strumenti penali. Il trend prevalente negli interventi legislativi sulla parte speciale (quelli in cui viene presentata la linea politica di fronte al problema “criminalità e sicurezza”) è di espansione del penale e di crescente severità

Ancora una volta, non si può certamente tirare un sospiro di sollievo, osservando la perdurante oscillazione tra clemenzialismo e irrigidimento delle cornici edittali, nella pretesa di intervenire sugli effetti della patologia piuttosto che sulle cause, con il futuribile esito del decesso del paziente, peraltro aggravato dall'effetto placebo che innesca nella mente del degente la convinzione di aver trovato la cura definitiva. Oppure, ancor peggio, rilasciando libero il paziente decretandone la guarigione per legge, pur in assenza di una cura effettiva¹³⁶.

Per non lasciare insoddisfatte le legittime aspettative del lettore, cercheremo di dare peso a quanto affermato, analizzando alcune tra le le più importanti riforme *post-Torreggiani* e le conseguenti ricadute sulla razionalità del sistema sanzionatorio.

5.1. *L'emergenza femminicidio*

Sulla scia di una presunta¹³⁷ crescita del fenomeno della violenza di genere, il legislatore è intervenuto nel 2013 con l'ennesimo pacchetto sicurezza¹³⁸ per una maggiore tutela della donna 'in quanto donna'. Rispetto alla 'qualità' dell'intervento d'urgenza, uno dei primi autorevoli commentatori della riforma ha affermato: «si

punitiva. Securitarismo di destra e giustizialismo di sinistra anno spesso nella medesima direzione, differenziandosi nella individuazione dei campi in cui si invoca più penale”.

¹³⁶ Cfr. F. MANTOVANI, *Umanità e razionalità*, cit., 1098.

¹³⁷ Le statistiche sul punto si prestano a una molteplice interpretazione vista la difficoltà di connotare la condotta violenta (in senso psicologico, sessuale, fisico) quale violenza sulla donna in quanto donna.

¹³⁸ Cfr. Legge 15 ottobre 2013, n. 119, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93, recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province*.

poteva fare meglio (...) ma la fretta ha impedito interventi più ragionati e sistematicamente coordinati»¹³⁹.

Prima di analizzare nel dettaglio le modifiche riguardanti l'equipaggiamento sanzionatorio, tra i caratteri della riforma fu immediatamente segnalata «l'irragionevolezza sanzionatoria che difficilmente può spiegarsi con una consapevole, discrezionale scelta del legislatore¹⁴⁰». Ecco, dunque, il primo *alert* di incongruenza-irrazionalità degli interventi.

Ebbene, tra le modifiche concernenti le fattispecie-avamposto per la tutela della donna si segnalano:

- **Innalzamento di pena** nel massimo da 4 a 5 anni di reclusione per il delitto di atti persecutori ai sensi dell'art. 612-*bis* c.p. (anticipando, di pochi giorni, gli aggravamenti previsti col decreto legge n. 93/2013¹⁴¹).
- **L'introduzione di una aggravante** semi-comune nelle ipotesi in cui la vittima sia in stato di gravidanza ovvero sia un familiare o convivente in relazione ai delitti non colposi contro la vita, l'incolumità personale (art. 61, n. 11-*quinquies*);
- **Aggravamento di pena** nei casi in cui lo *stalking* sia perpetrato dall'*ex partner*.
Tale aggravamento viene previsto anche per il reato di violenza sessuale.

¹³⁹ Cfr. G. AMATO, *Giro di vite su violenza sessuale e maltrattamenti*, in *Guida al Diritto*, n. 44/2013, 77.

¹⁴⁰ *Ibidem*, 78.

¹⁴¹ Cfr. Legge 9 agosto 2013, n. 94, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1° luglio 2013, n. 78, recante disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena*.

Non si può negare il pregevole intento di offrire uno strumento di tutela rafforzato ad un fenomeno sociale di sicuro impatto e diffusione, anche se, come segnalato, «da ricerca di razionali soluzioni politico-criminali lascia il campo a semplicistici interventi, in linea con un populismo spicciolo, di tipo esclusivamente sanzionatorio.(...) Il provvedimento a tutela della donna, pur nelle condivisibili aspirazioni, anche ad una prima lettura, risulta inficiato da un errore teoretico di fondo: quello cioè di considerare il grave e complesso fenomeno della violenza una mera questione di ordine pubblico o, peggio ancora, causa di ‘allarme sociale’, e trattarlo sbrigativamente con lo strumento penale, mentre, a nostro avviso, si tratta di un problema che presenta, innanzitutto, marcati aspetti di natura socio-culturale»¹⁴².

Il secondo *alert* lo si ricava dalla superfluità¹⁴³ dell'intervento penale in questione, specie in virtù delle considerazioni di natura criminologica che rilegano a vana speranza la pretesa deterrenza degli irrigidimenti sanzionatori. Da un punto di vista sistematico, il fenomeno della violenza di genere era infatti già ‘protetto’ da un armamentario adeguato di delitti, il cui carico sanzionatorio permetteva un’ampia risposta sanzionatoria a seconda della gravità del fatto; in secondo luogo, l’ineffettività dell’intervento emerge in tutta la sua evidenza dal fenotipo delinquenziale che si vuole ‘combattere’: si tratta molto spesso di soggetti che in seguito al delitto decidono di

¹⁴² Cfr. E. LO MONTE, *Repetita (non) inquant: una riflessione ‘a caldo’ sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. 93/13, con. in l. n. 119/12, in tema di ‘femminicidio’*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 dicembre 2013.

¹⁴³ Cfr. F. MANTOVANI, *La violenza di genere sotto il profilo criminologico e penale*, in *Criminalia*, 2013, 66.

suicidarsi¹⁴⁴ o di consegnarsi alle forze dell'ordine, per cui la minaccia di una più grave sanzione difficilmente produrrà effetti deterrenti. Infine, come autorevolmente segnalato, l'aumentata recrudescenza del fenomeno si deve alla perdita di efficacia delle contropunte socio-culturali, specie nei moderni anni 'liquidi'¹⁴⁵ dove 'tutto è concesso' in favore dell'edonistico modello massmediatico che alimenta l'approccio consumista verso l'esperienza sessuale e il bisogno di predominio sul *partner* per il soddisfacimento delle proprie 'esigenze' (talvolta vere e proprie 'dipendenze'), mortificando invece la libertà sessuale quale momento di condivisione della coppia¹⁴⁶.

La *ratio* della riforma va quindi rinvenuta altrove, nella volontà di rispondere (nel modo più semplicistico) all'allarme sociale e in ragioni pratiche di ordine procedimentale. Breve: è significativo che l'innalzamento del tetto massimo di pena per il delitto di *stalking* sia avvenuto in concomitanza con il contestuale innalzamento del limite di pena per l'applicazione della misura cautelare in carcere, passato da 4 a 5 anni di reclusione. Palmare esempio di chirurgia estetica sulle soglie edittali, volta ad assecondare immediate esigenze di *realpolitik* piuttosto che rappresentare il mutato disvalore del fatto¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Secondo i dati del *Rapporto Eures* (2005-2015) in tre casi su dieci, l'assassino si è tolto la vita e nel 9% ci ha provato senza riuscirci.

¹⁴⁵ Il riferimento è all'opera di Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, traduzione italiana ad opera di S. Minucci, Ed. Laterza, 2011.

¹⁴⁶ Si rimanda alle illuminanti riflessioni di F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 69 ss.

¹⁴⁷ Sui paradossi dell'attuale politica criminale, tra cui "comminatorie penali sapientemente calibrate attorno alle conseguenze pratiche che determinano (prescrizione, custodia cautelare, sospensione condizionale della pena), ma non sempre ispirate a equità e proporzione anche sistematica", cfr. D. BRUNELLI, *op. cit.*, 4.

5.2. L'emergenza corruzione

La fenomenologia corruttiva ha ricevuto ripetute attenzioni da parte del legislatore penale contemporaneo¹⁴⁸, non sempre pienamente aderenti alla fisionomia criminologica del problema¹⁴⁹. Considerate le caratteristiche della politica criminale prima evidenziate, non è da escludere che il continuo ricorso alla creazione di nuove fattispecie penali o all'irrigidimento sanzionatorio di quelle esistenti possa essere dovuto alla percezione¹⁵⁰ del fenomeno corruttivo piuttosto che alla esatta consistenza dei malcostumi legati all'operato della P.A., «secondo alcuni endemicamente presenti nel tessuto sociale e mai diminuiti dopo l'esperienza di Tangentopoli»¹⁵¹.

¹⁴⁸ Per l'evoluzione delle “strategie di contrasto”, cfr. P. SEVERINO, *Legalità, prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione*, in *Archivio penale*, 3, 2011.

¹⁴⁹ Generalmente tra le cause di diffusione della corruzione rientrano: i costi elevati dell'attività politica e le dinamiche inflazionistiche del relativo finanziamento; il controllo indiretto dei mezzi di informazione; le inefficienze della pubblica amministrazione; l'arbitrarietà di fatto e il formalismo di molti processi decisionali; la debolezza delle sanzioni comminate; l'ipertrofia normativa e regolativa, che amplia i poteri discrezionali degli organi coinvolti; la collusione di ceto dei magistrati; l'eccessiva rilevanza delle decisioni politiche nell'organizzazione la presenza di organizzazioni criminali, con il loro apparato militare di enforcement degli scambi corrotti; e la debolezza del senso civico sia tra i cittadini, che tra gli amministratori pubblici. Sul punto, cfr. A. VANNUCCI, *L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in MERLONI – VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione, rimedi*, Passigli Editore, 2010.

¹⁵⁰ Secondo il rapporto CPI di *Transparency 2016*, l'Italia, nonostante i miglioramenti continua a mantenersi tra le ultime posizioni in Europa (terzultima, dopo Grecia e Bulgaria) quanto a percezione del fenomeno corruttivo, consultabile in <https://www.transparency.it/cpi-2016-l-italia-guadagna-una-posizione-ma-non-basta/>.

¹⁵¹ Cfr. A. R. CASTALDO, *Contro la corruzione una burocrazia rapida e trasparente*, in *In ordine sparso. Il diritto penale, oggi*, Giappichelli, 2016, 31 ss.; Rispetto alle problematiche messe in luce da “Tangentopoli”, cfr. le efficaci riflessioni di T. PADOVANI, *Il problema «tangentopoli» tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1996, 448 ss.

Quanto alle modalità di intervento, già nei primi anni 90 si notava l'irragionevole disparità e l'intrinseca sproporzione causate dall'intervento sulle comminatorie edittali per i delitti contro la pubblica amministrazione ad opera della legge 26 aprile 1990, n. 86. Così, in un noto scritto, si esprimeva T. Padovani: «Il peculato (...) continua a essere punito con la reclusione da tre a dieci anni (art. 314, 1° comma, c.p.), mentre l'abuso di potere a fine di profitto patrimoniale, “erede” del peculato per distrazione, è punito con la reclusione da due a cinque anni. Ma mentre il peculato per appropriazione è per sua natura il delitto “miserabile” del p.u. che si riduce a rubacchiare qualche bene di cui ha il possesso funzionale, la distrazione abusiva è per lo più reato d'alto bordo, la cui latitudine offensiva può risultare enorme»¹⁵².

Altre «consistenti modifiche» all'apparato sanzionatorio si devono alla legge n. 190/2012 (c.d. Legge Severino)¹⁵³ la quale, spinta dai pur nobili intenti di contrasto

¹⁵² Cfr. T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio*, cit., 441.

¹⁵³ Tra i primi commentatori della riforma, cfr. AA. VV. (a cura di MATTARELLA – PELISSERO), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, 2013; BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 3-4/2012; Belsito, *Il whistleblowing: tutele e rischi per il soffiatore*, Cacucci Editore, 2013, 41 ss.; BRUNELLI, *La riforma dei reati di corruzione nell'epoca della precarietà*, in *Archivio Penale*, 1, 2013, 67 ss.; CASTALDO, *In ordine sparso. Il diritto penale, oggi*, Giappichelli, 2016, in particolare sez. III: *Briberitaly (fenomenologia della corruzione in Italia)*; CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto integrato*, Giappichelli, 2012, 193 ss. DOLCINI – VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 1/2012, 232 ss.; DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 29180, Cifarelli, Maldera e A., e alla l. n. 190 del 2012*, in *Cass. Pen.*, 5, 2014, 148 ss.; GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la p.a.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 gennaio 2013; ID., *Il contrasto alla corruzione: il percorso intrapreso con la l. 6 novembre 2012, n. 190, e le politiche ancora necessarie*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 22 febbraio 2013; MANNA, *Considerazioni generali sulla legge anticorruzione e sul decreto legislativo delegato in tema di incandidabilità e decadenza dei parlamentari*, in Cadoppi –

del fenomeno corruttivo attraverso una «politica integrata», che offra strumenti di prevenzione e repressione in grado di fronteggiare un fenomeno percepito in «larghissima diffusione e non più episodico»¹⁵⁴, ha dato vita ad un ulteriore irrobustimento del quadro repressivo dei delitti contro la P.A.

Di seguito, i numerosi interventi di *maquillage* sanzionatorio:

- **innalzamento del minimo edittale** per il delitto di concussione per costrizione *ex art.* 317 c.p. da 4 anni di reclusione a 6 anni di reclusione (con il massimo fermo a 12 anni di reclusione);
- **introduzione della fattispecie** di induzione indebita a dare o promettere utilità *ex art.* 319-*quater* c.p., che prevede una ‘forbice edittale’ per il pubblico ufficiale che va dal minimo di 3 anni al massimo di 8 anni di reclusione e, per

Canestrari – Manna – Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, Torino, 2015, 168 ss.; PLANTAMURA, *La progettata riforma dei delitti di corruzione e concussione*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 1-2, 2012, 188; PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. Pen.*, supplemento a n. 11/2012, 3; SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2012, 1235 ss.; SESSA, *Sistema penale e ‘legalità reticolare’: opzioni di valore nella più recente normativa anticorruzione*, in *Le Corti Salernitane*, 1-2, 2017; ID, *Prevenzione e ‘selezione primaria’ nella legge n. 190 del 2012: l’antiformalismo come metodo per una razionalizzazione del sistema penale*, in Jazzeiti-Bove (a cura di), *La legge anticorruzione. Volume I: La riforma dei reati contro la P.A.*, Giapeto editore, 2014, 201 ss.; SPADARO-PASTORE, *Legge anticorruzione* (l. 6 novembre 2012, n. 190), in *Il Penalista*, Giuffrè, 2012; VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla recente legge-anticorruzione*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2/2012, 167 ss.; ID., *Le Sezioni unite e la politica giudiziaria delle dimensioni parallele*, in *Archivio penale*, 3, 2014, 895 ss.; VIGANÒ, *Sui supposti guasti della riforma della concussione*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2/2013, 143 ss.

¹⁵⁴ Cfr., per una panoramica completa, R. GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 gennaio 2013.

il privato, da 15 giorni¹⁵⁵ (in quanto non previsto un minimo edittale) a 3 anni di reclusione;

- **innalzamento delle soglie edittali** per il delitto di corruzione per l'esercizio delle funzioni *ex* art. 318 c.p., il cui spazio edittale passa da 6 mesi - 3 anni di reclusione a un 1 anno - 5 anni di reclusione;
- **aumento delle pene** per il reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio di cui all'art. 319 c.p., che passa da un *range* detentivo di 3 - 5 anni a quello attuale di 4 - 8 anni di reclusione;
- **La cornice edittale** per il delitto di corruzione in atti giudiziari di cui all'art. 319-*ter*, comma 1, c.p. **passa da 3 - 8 anni di reclusione a 4 - 10 anni;**
- **La cornice edittale** per il delitto di abuso d'ufficio *ex* art. 323 c.p. **passa da 6 mesi - 3 anni a 1 - 4 anni di reclusione;**
- Infine, le **pena minima** per il peculato (art. 314 c.p.) **viene innalzata** da 3 a 4 anni di reclusione.

Trovare nell'impalcatura repressiva partorita dalla riforma un'impronta diversa dal simbolismo o dal pragmatismo che reca con sé ogni innalzamento sanzionatorio, appare un compito decisamente arduo.

¹⁵⁵ Cfr. *art. 23 c.p.*: “La pena della reclusione si estende da quindici giorni a ventiquattro anni, ed è scontata in uno degli istituti a ciò destinati con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno.

Il condannato alla reclusione, che ha scontato almeno un anno della pena, può essere ammesso al lavoro all'aperto”

Come già osservava uno dei primi commentatori della riforma, infatti, «l'innalzamento dei limiti edittali risulta del tutto svincolato da qualsiasi opzione di teleologia funzionale, ma anche da più “banali” istanze di proporzione rispetto alla gravità del fatto: parossisticamente estranee a qualsiasi dosimetria virtuosa, le scelte sembrano rispondere al solo obiettivo di innalzare i termini prescrizionali alla luce di una indifendibile disciplina generale della prescrizione, disciplina su cui un legislatore ideologicamente onesto dovrà il prima possibile, inevitabilmente tornare»¹⁵⁶.

Senza considerare gli effetti distorsivi, tendenti al paradosso, che si celano dietro ogni disorganico intervento sulle soglie edittali: «nella realtà quotidiana, fatta di micro-violazioni, le pene minime risulteranno francamente sproporzionate in eccesso. Così, il dirigente RAI, che induca la velina a versare denaro alla società di *casting* della moglie, promettendole un'oscura parte in uno spettacolo televisivo, o il poliziotto che induca la prostituta a una prestazione sessuale, chiudendo un occhio sul documento di identità scaduto, nella migliore delle ipotesi saranno condannati a 6 anni di reclusione. Viceversa, il violentatore che costringa la vittima a subire atti sessuali se la caverà con la reclusione da 5 a 10 anni, vale a dire con una pena inferiore nel minimo e nel massimo»¹⁵⁷.

Ancora: «la nuova fattispecie della concussione per costrizione è punita da 6 a 12 anni di reclusione, né sono previste attenuanti per la tenuità del fatto: così, l'ufficiale

¹⁵⁶ Cfr. G. BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista Trimestrale*, n. 3-4/2012, 11.

¹⁵⁷ Cfr. A. R. CASTALDO, *Le sanzioni anticorruzione sembrano sproporzionate*, in *op. cit.*, 42.

dell'anagrafe che costringe la colf richiedente un banale certificato a promettergli (nemmeno a eseguire) la pulizia dell'appartamento di un conoscente (per un valore di poche decine di euro), si vedrà punito con una pena minima di 6 anni, eventualmente ridotta a 4 con la concessione delle attenuanti generiche, e quindi con l'inevitabile schiudersi delle porte del carcere. Se poi si guarda alla violenza sessuale, la costrizione al compimento (non alla promessa) di un atto sessuale è punita da 5 a 10 anni, quindi meno della concussione: il prestigio della P.A. vale dunque di più dell'individuo!

Analoghe disfunzioni nell'induzione. Nella P.A. la pena va da 3 a 8 anni, l'induzione alla prostituzione di una donna (e di un uomo?) da 2 a 6 anni, cosicché nuovamente la persona viene dopo lo Stato. Se può consolare, la prostituta (o il violentato) non è punito, al contrario dell'indotto a dare o promettere utilità (fino a 3 anni). Una previsione poco comprensibile, poiché se si parte dalla sopraffazione della sua volontà, formatasi non liberamente, costui assume il ruolo di vittima come negli altri casi di induzione»¹⁵⁸.

Come detto, l'irrazionalità delle scelte sanzionatorie sopra indicate, veniva opportunamente denunciata già nel 2012, in seguito all'impatto 'sproporzionato' della riforma.

¹⁵⁸ Così, A. R. CASTALDO, *Luci e ombre dell'anticorruzione*, in *In ordine sparso. Il diritto penale, oggi*, Giappichelli, 2016, 35.

Eppure, senza fare tesoro dell'invito ad un 'riposo legislativo'¹⁵⁹, l'*humus* repressivo nei confronti del fenomeno corruttivo è stato ulteriormente coltivato alla luce di vicende giudiziarie quali 'Expo' e 'Mafia capitale', che si sono tradotte in un ulteriore 'ritocco-inasprimento' dei limiti edittali ad opera della legge n. 96/2015, sempre utile «dal punto di vista massmediatico, in chiave di "lotta dura" ai fenomeni corruttivi», per rassicurare la pubblica opinione¹⁶⁰.

Figura peraltro una novità in termini di *realpolitik*, segnalata da uno dei primi commentatori della più recente riforma¹⁶¹, ossia l'incidenza sugli interventi edittali della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto *ex art. 131-bis c.p.*, il cui ambito operativo assorbe i reati la cui pena massima non superi i 5 anni di reclusione.

Una tendenza che non è assurdo pronosticare possa dare vita a 'simbolici' ritocchi verso l'alto del massimo edittale di 5 anni di reclusione per molte fattispecie tutt'ora 'allarmanti'.

Proviamo a fare sintesi.

Dal 1990 al 2017 i reati contro la P.A. registrano 3 importanti riforme, tutte nel segno (anche) del simbolico irrigidimento sanzionatorio. Di seguito, verranno schematizzate le variazioni delle cornici edittali per tipo di reato ad opera delle citate riforme.

¹⁵⁹ Come auspicato da F. MANTOVANI nel corso di un recente incontro in tema di "*Elogio della Stupidità. Stereotipi e demagogia nella formazione del giurista*", Università degli Studi di Salerno, 7.12.2016.

¹⁶⁰ Cfr. V. MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 dicembre 2015.

¹⁶¹ *Ibidem*.

Che si tratti di schizofrenia legislativa, è lecito dubitare. Trovarne, invece, una collocazione razionale e di sistema, è opera che andrebbe rimessa ai solutori «più che abili»¹⁶².

Tipo di reato contro la p.a.	Riforma del 1990: cornici edittali	Riforma del 2012: cornici edittali	Riforma del 2015: cornici edittali
<i>314 c.p. peculato</i>	3-10 anni e sei mesi di reclusione	4- 10 anni e sei mesi di reclusione	Massimo innalzato a 10 anni e 6 mesi
<i>318 c.p. corruzione per l'esercizio delle funzioni</i>	6 mesi – 3 anni di reclusione	1-5 anni di reclusione	1-6 anni di reclusione
<i>319 c.p. corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio</i>	3-5 anni di reclusione	4-8 anni di reclusione	6 – 10 anni di reclusione
<i>319-ter c.p. corruzione in atti giudiziari</i>	3-8 anni di reclusione	4-10 anni di reclusione	6-12 anni di reclusione
<i>319-quater c.p. induzione indebita</i>	(delitto introdotto nel 2012)	3-8 anni di reclusione;	6- 10 anni e 6 mesi di reclusione;

¹⁶² Si prende in prestito l'efficace formula utilizzata, per il delitto di autoriciclaggio, da F. D'ALESSANDRO, *Il delitto di autoriciclaggio (art. 648-ter.1 c.p.), ovvero degli enigmi legislativi riservati ai solutori «più che abili»*, in G.M. BACCARI – K. LA REGINA – E. M. MANCSO (a cura di), *Il nuovo volto della giustizia penale. Autoriciclaggio, difesa d'ufficio, misure di contrasto al terrorismo, ordine di protezione europeo, particolare tenuità del fatto, modifiche in materia di misure cautelari e ordinamento penitenziario*, CEDAM, 2015, 3 ss.

		per l' <i>extraneus</i> pena massima 3 anni di reclusione	per l' <i>extraneus</i> pena massima 3 anni di reclusione
317 c.p. <i>concussione</i>	4-12 anni di reclusione	6-12 anni di reclusione	(non modificata)
323 c.p. <i>abuso d'ufficio</i>	6 mesi-3 anni di reclusione	1-4 anni di reclusione	(non modificata)

In estrema sintesi: nel quadro degli irrigidimenti sanzionatori, è agevole rinvenire l'intento di accrescere le capacità stigmatizzanti della sanzione¹⁶³. Più controverso è invece stabilire se le potenzialità general-preventive abbiano prodotto effetti reali al di là di quelli 'virtuali' dovuti all'abbassamento del livello di attenzione mass-mediatico che segue ogni risposta politica a un problema¹⁶⁴.

Senza alcuna pretesa di fornire soluzioni sommarie per un problema complesso, ci limiteremo ad offrire due indici (tra i vari disponibili) attraverso i quali valutare l'impatto delle riforme sul fenomeno corruttivo in Italia¹⁶⁵:

¹⁶³ Cfr. V. MONGILLO, *op. cit.*, 5.

¹⁶⁴ Denunciava autorevolmente l'illusorietà dei semplici aumenti di pena (all'interno della legislazione antiterroristica), F. STELLA, *La tutela penale della società*, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, 1985, 77.

¹⁶⁵ Per l'analisi dei dati precedenti alla riforma del 2012, cfr. A. VANNUCCI, *L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in MERLONI – VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione, rimedi*, Passigli Editore, 2010;

- a) Secondo i rapporti *Corruption Perception Index* di *Transparency International*¹⁶⁶, che misura il livello di percezione della corruzione nei diversi Paesi attraverso l'attribuzione di un punteggio che va da 0 (Paese percepito altamente corrotto) a 100 (Paese percepito completamente immune alla corruzione), l'Italia dal 2012 al 2016 ha mostrato progressivi ma lievi segni di miglioramento, passando da un punteggio di 42 nel 2012, 43 nel 2013 e 2014, 44 nel 2015 e 47 nel 2016. 'Guadagnando', quindi, soltanto 5 punti in 5 anni;
- b) Le evidenze empiriche sulla portata del fenomeno corruttivo, pubblicate nel rapporto dall' A.N.A.C. del 2013¹⁶⁷, evidenziano marginali variazioni nel numero delle azioni penali esercitate e delle condanne per i reati di concussione e corruzione negli anni che vanno dal 2007 al 2011. Anche il numero di detenuti per delitti contro la pubblica amministrazione¹⁶⁸ è relativamente costante, passando da 6.151 del 2008 a 6.923 detenuti nel 2015, con un unico picco di 8.307 unità nel 2012.

I dati offerti possono esclusivamente offrire al presente lavoro un contributo 'in negativo': possono cioè dirci quale *non* è stato l'impatto degli irrigidimenti sanzionatori succedutesi nel tempo. Essi dunque *non* hanno comportano un rilevante

¹⁶⁶ Dati rinvenibili in <https://www.transparency.it/indice-percezione-corruzione>.

¹⁶⁷ Cfr. A.N.A.C., *Corruzione sommersa e corruzione emersa in Italia: modalità di misurazione e prime evidenze empiriche*, 2013.

¹⁶⁸ Fonte: *Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria – Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato – sezione statistica*, rinvenibili in www.giustizia.it.

aumento della popolazione detenuta per delitti contro la pubblica amministrazione; *non* hanno eradicato la percezione di una corruzione sistemica in Italia e *non* hanno mutato in maniera consistente la ‘cifra giudiziaria’ del fenomeno corruttivo. Ci pare, francamente, abbastanza per condire di irrazionalità l’arricchita portata sanzionatoria dei delitti contro la pubblica amministrazione. Cosa ben lontana, va ribadito, dal denunciarne implicitamente l’incostituzionalità¹⁶⁹.

5.3. L’emergenza ‘stradale’

L’emergenza in esame è forse, tra le recenti riforme, quella maggiormente in grado di mettere in luce l’irrazionalità della politica criminale contemporanea¹⁷⁰, volta a creare ‘sacche di effettività’¹⁷¹ repressiva per taluni tipi criminali all’interno di un sistema sanzionatorio largamente ineffettivo, senza badare troppo alle esigenze di ragionevolezza e proporzionalità prima descritte.

Non si vuole qui certamente negare o sottovalutare la rilevanza sociale e criminologica del fenomeno della mortalità stradale colposa¹⁷², nè l’allarme sociale che

¹⁶⁹ Per il distinguo tra la componente genetica (e fisiologica) di populismo penale e quella prettamente patologica, cfr. C. SOTIS, *Intervento*, in AA. VV. *La società punitiva*, cit., 14 ss.

¹⁷⁰ Cfr. A. MANNA, *op. cit.*, 4.

¹⁷¹ Cfr. A. ROIATI, *L’introduzione dell’omicidio stradale e l’inarrestabile ascesa del diritto penale della differenziazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 1 giugno 2016.

¹⁷² Si veda *l’audizione di ASAPPS del 24 luglio 2014 in Commissione Giustizia del Senato*, che stimava “in anno almeno 1.500 omicidi ‘stradali’ contro 600 omicidi volontari con arma da fuoco o da taglio e 33 morti per incidenti di caccia all’anno. Dei 1.170 morti sul lavoro del 2011, 507 sono morti in ‘itinerare’ per violenza stradale. Stiamo parlando della prima causa di morte in Italia sotto i 40 anni”.

ne consegue, ma va altresì espressa la riserva dal punto di vista della strategia d'intervento¹⁷³.

Così, in virtù della legge n. 41/2016 sono state espressamente incriminate le lesioni e l'omicidio "stradale" quali fattispecie autonome di reato, precedentemente assorbite, da un lato, nel raggio di azione dell'omicidio colposo che prevede una pena detentiva da 3 a 10 anni nei casi di violazione delle norme del Codice della Strada e, dall'altro, dal delitto di lesioni personali colpose, punito con pena detentiva da 1 a 3 anni nei casi di violazioni delle norme sulla circolazione stradale.

La neonata figura delittuosa *ad hoc* di 'omicidio stradale' *ex art. 589 bis*, comma 1, c.p., stabilisce invece una cornice edittale detentiva da 2 a 7 anni nei casi in cui l'evento sia dovuto a violazioni 'generiche' del Codice della Strada.

Qualora l'omicidio stradale sia causato da un conducente che ha assunto sostanze stupefacenti o psicotrope ovvero si sia posto alla guida con un tasso alcolemico superiore a 1,5 g/l, la cornice edittale 'impenna' da un minimo di 8 a un massimo di 12 anni di reclusione.

Il conducente che abbia causato il decesso della vittima dopo essersi posto alla guida con un tasso alcolemico inferiore a 1,5 g/l ma superiore a quello 'medio' di 0,8 g/l, è punito con una pena detentiva che va da 5 a 10 anni di reclusione, ad eccezione di particolari categorie di conducenti, equiparate *quoad poenam* alla più grave ipotesi del tasso alcolemico superiore a 1,5 g/l.

¹⁷³ Perplessità legate alla funzione "simbolico-narrativa" della norma sono espresse da C. SOTIS, *Intervento*, cit., 17.

La stessa pena è prescritta, infine, per chi si rende colpevole di una delle violazioni “specifiche” del codice della strada, così come richiamate dal comma 5 nn. 1, 2, 3 dell’art. 589 *bis* c.p., tra le quali, ad esempio, rientra l’ipotesi di andamento del veicolo a motore ad una velocità pari o superiore al doppio di quella consentita.

Il quadro sanzionatorio si irrigidisce, in seguito alla riforma, anche per le lesioni personali ‘stradali’ gravi o gravissime. Seguendo lo stesso «*climax* sanzionatorio»¹⁷⁴ dell’omicidio stradale, il nuovo art. 590 *bis* c.p., prevede, al primo comma, una pena per le violazioni ‘generiche’ del Codice della Strada che va da un minimo di 3 mesi a un massimo di 1 anno di reclusione, nel caso di lesioni qualificabili come gravi; se le lesioni sono qualificate come gravissime (ad esempio per perdita di un senso, nel caso di malattia insanabile o anche l’ipotesi di sfregio permanente), la forbice edittale diventa 1-3 anni di reclusione. Se le lesioni sono provocate da conducente trovato in stato di ebrezza con tasso alcolemico superiore a 1,5 g/l ovvero in stato di alterazione psico-fisica dovuto all’assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope, la pena passa, in caso di lesioni gravi, da un minimo di 3 a un massimo di 5 anni di reclusione e, per le lesioni gravissime, da 4 a 7 anni di reclusione. Tale duplice cornice edittale resta invariata anche in caso di tasso alcolemico ‘medio’ (superiore a 0,8 g/l ma inferiore a 1,5 g/l) per specifiche categorie professionali di conducenti, mentre si riduce con soglie di 1 anno e 6 mesi – 3 anni di reclusione in caso di lesioni gravi e 2 anni – 4 anni di reclusione nel caso di lesioni gravissime per i conducenti ‘comuni’. Le stesse cornici,

¹⁷⁴ Cfr. C. SOTIS, *Intervento*, cit., 17.

si applicheranno altresì per le specifiche violazioni del Codice della Strada già tipizzate per l'omicidio stradale.

Ad aggravare ulteriormente il carico sanzionatorio per entrambi i reati, nel caso in cui il conducente si dia alla fuga è previsto un aumento di pena da 1/3 a 2/3. La pena non potrà essere comunque inferiore a 5 anni nel caso di omicidio stradale e a 3 anni nel caso di lesioni stradali. Se ci sono più vittime, la pena può arrivare fino a 18 anni di reclusione. E', infine, previsto il divieto di bilanciamento delle predette circostanze aggravanti con quelle attenuanti, eccezion fatta per la minore età del reo (art. 98 c.p.) e il contributo di minima rilevanza nel caso di cooperazione colposa (art. 114 c.p.)¹⁷⁵.

Alla luce di siffatta articolazione sanzionatoria, è davvero difficile non concordare con chi ne ha segnalato la *complessità* generata dalla riforma, attraverso una *escalation* di ben sei livelli di dosimetria punitiva¹⁷⁶.

Ci permettiamo peraltro di dubitare che gli inasprimenti per delitti 'non volontari' possano tenere ad un rigido vaglio di ragionevolezza-proporzionalità costituzionale, specie in virtù dei recenti approdi della Consulta¹⁷⁷. Come acutamente

¹⁷⁵ Per una completa analisi degli effetti sanzionatori, Cfr. G. CAMERA, *Fino a 12 anni di reclusione se l'incidente porta al decesso. Si arriva a 18 anni se ci sono più vittime. Il concorso di colpa dimezza la pena*, in L. ILLIANO – S. MARZIALETTI (a cura di), *Il sole 24 ore e-book. Focus Norme e Tributi. Il codice della strada. Omicidio e lesioni, ora scatta l'arresto*, 12 e ss.

¹⁷⁶ Cfr. G. LOSAPPIO, *Dei nuovi delitti di omicidio e lesioni "stradali". Cenni introduttivi ad alcuni problemi interpretativi di diritto sostanziale*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 giugno 2016.

¹⁷⁷ Cfr. *Corte Cost*, sentenza 10 novembre 2016, n. 236 e *Cass. Pen.*, Sez. VI, ordinanza n. 1418/2014, sopra citate. Inoltre, autorevolmente, cfr. G. AMATO, *Innalzamento delle punizioni poco proporzionato*, in *Guida al Diritto*, n. 16, 2016, 49, che avanza "dubbi di tenuta costituzionale" della riforma.

osservato, «se in generale si deve convenire sulla considerazione che vita e integrità fisica non siano beni giuridici adeguatamente valorizzati nel codice Rocco (...) nondimeno i molti interventi settoriali in materia ed i conseguenti frequenti inasprimenti sanzionatori, relativi ad alcune ipotesi specifiche di omicidio e lesioni colpose (quelle legate alla circolazione stradale, ma non solo), hanno comportato una frammentazione di sistema della materia, che rispetto a una tipologia eminentemente colposa finisce per enfatizzare arbitrariamente differenze in termini di disvalore d'azione, a parità di disvalore di evento. (...) Lo iato tra responsabilità colposa medica o in materia di sicurezza sul lavoro, da un lato, e la colpa nella circolazione stradale, dall'altro (...) appare ora troppo rilevante e mal si giustifica anche nell'ottica del sottosistema che, in realtà, non presenta caratteristiche tanto peculiari da giustificare un tale distinguo quanto a disvalore di azione»¹⁷⁸. Paradossalmente, le sperequazioni si fanno ancora più evidenti, all'interno dello stesso settore della 'colpa stradale', dove risulta irragionevole la parificazione *quoad poenam* dell'attraversamento del semaforo con 'luce rossa' rispetto all'andamento contromano¹⁷⁹. Analogamente, i dubbi di ragionevolezza si amplificano rispetto agli elevati minimi edittali, che mal celano l'intento legislativo di 'sottrarre' spazi di discrezionalità al giudice nella dosimetria sanzionatoria¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Cfr. A. MENGHINI, *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema*, Editoriale Scientifica, 2016, 174-175 e G. AMATO, *op. ult. cit.*, 50.

¹⁷⁹ Cfr. A. MENEGHINI, *op. cit.*, 176.

¹⁸⁰ Cfr. E. SQUILLACI, *Ombre e (poche) luci nella introduzione di reati di omicidio e lesioni personali stradali*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 aprile 2016, 22-23.

Infine, come già segnalato per gli altri interventi emergenziali dalla stessa ‘anima’, all’ondata repressiva della riforma potrebbe non corrispondere l’auspicata contropinta deterrente; anzi, la prima potrebbe essere foriera di effetti ulteriormente criminogeni¹⁸¹. Difatti, «sanzioni più alte possono anche indurre più persone a fuggire dopo aver provocato un grave incidente. È già accaduto proprio dopo il debutto del Codice del ’93, che aumentava i casi in cui si poteva rimanere senza patente». Inoltre, innestandosi in un sistema giudiziario ampiamente ingolfato «spingeranno molti ad affrontare il dibattimento senza ricorrere ai riti alternativi»¹⁸².

Parliamo di distorsioni frutto del generale «scaricamento sulla sfera penale di problemi che sarebbe troppo complesso (e poco redditizio politicamente) affrontare ad altri livelli», per i quali deve constatarsi il tradimento degli auspici in una politica di prevenzione «con assidue campagne educative, con controlli più assidui e severi sulle strade (...), con verifiche periodiche sull’idoneità alla guida, oltre che (...) con un miglioramento della rete viaria e della segnaletica stradale. (...) Fondamentale è far prosperare una reale cultura della sussidiarietà penalistica, coltivando tutti quei

¹⁸¹ Sulla deriva criminogena degli irrigidimenti sanzionatori, Cfr. BECCARIA, *op. cit.*, 66: “A misura che i supplicii diventano più crudeli, gli animi umani, che come i fluidi si mettono sempre a livello cogli oggetti che li circondano, s’incalliscono; e la forza sempre viva delle passioni fa che dopo cent’anni di crudeli supplicii, la ruota spaventa tanto, quanto prima la prigionia. L’atrocità della pena fa che si ardisca tanto di più per ischivarla, quanto è grande il male a cui si va incontro; fa che si commettano più delitti, per fuggir la pena di uno solo”.

¹⁸² Cfr. M. CAPRINO, *Il forte inasprimento delle sanzioni non basta a garantire strade sicure*, in L. ILLIANO – S. MARZIALETTI (a cura di), *op. cit.*, 10-11.

“giardini” regolativi extrapenali in cui sviluppo può rendere sia più efficaci con un minore afflittività, sia eventualmente, rinunciabile del tutto, la risposta penale»¹⁸³.

Quanto alle ricadute sul ‘sistema’ causate degli irrigidimenti sanzionatori poc’anzi indicati, «il legislatore sembra non essersi nemmeno avveduto del fatto che quanto più si elevano i limiti minimi delle pene, tanto più sarà necessario innalzare la soglia di accesso alle misure alternative alla detenzione. Cosa che darebbe luogo ad un vero e proprio *corto circuito* legislativo, ovvero all’ennesimo rischio di sovraffollamento carcerario. Per non parlare del fatto che la dichiarata intenzione del legislatore di estendere il campo di operatività di queste stesse misure rischia di essere in larga parte neutralizzata dalla contrapposta tendenza ad un così marcato inasprimento delle pene»¹⁸⁴.

Concludendo, siamo dinanzi ad un ulteriore, recentissimo esempio di populismo penale, che offusca i pur nobili propositi legislativi¹⁸⁵.

5.4. Una tendenza che non conosce limiti, se non nelle intenzioni: il DDL n. 2067

In continuità rispetto alle tendenze sopra delineate, si inserisce il Ddl A. S. n. 2067, di origine governativa e di recente approvato al Senato¹⁸⁶, che prevede, tra le

¹⁸³ Cfr. le illuminanti riflessioni di G. FORTI, *Sulle riforme necessarie del sistema penale italiano: superare la centralità della risposta carceraria*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista Trimestrale*, n. 3-4/2012, 185.

¹⁸⁴ Cfr. E. SQUILLACI, *op. cit.*, 21.

¹⁸⁵ Cfr. F. PICCIONI, *Molte le incongruenze che rischiano la scure della Consulta*, in *Guida al Diritto*, n. 16, 2016, 54.

¹⁸⁶ Tra i primi commentatori del testo licenziato dal Senato con il maxiemendamento governativo, cfr. D. PULITANÒ, *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice penale e*

altre novità, l'ennesimo 'pacchetto' di irrigidimento sanzionatorio volto a guadagnare «consenso popolar-mediatico mediante la forte minaccia carceraria contro le forme di criminalità di maggiore allarme sociale», lasciando ovviamente ancora una volta ai giudici la gestione del flusso carcerario.

Difatti, qualora dovesse essere approvato definitivamente, la cornice edittale per il delitto di scambio elettorale politico-mafioso passerebbe da 4-10 anni a 6-12 anni di reclusione; si interviene poi, sui minimi edittali del delitto di furto in abitazione o con strappo, che passa da 1 anno a 3 anni di reclusione, del furto aggravato che passa da 1 anno a 2 anni, della rapina propria che passa da 3 a 4 anni di reclusione e di quella impropria che muta da 4 a 5 anni di reclusione. Anche il minimo di pena prescritto per le circostanze aggravanti di cui all'art. 625 c.p. viene innalzato da 1 a 2 anni di reclusione.

Per capacitarsi della miopia d'intervento sulle cornici edittali, ci si potrebbe accontentare delle rilevazioni statistiche aggiornate riguardanti la consistenza di alcuni dei delitti 'presi di mira' (quali i furti e le rapine) per accorgersi che tali fattispecie mostrano una flessione nel numero delle denunce a partire dal 2015, cui fa da *pendant*

all'ordinamento penitenziario, in *Giurisprudenza penale*, 2017 e G. SPANGHER, *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice di procedura penale*, in *Giurisprudenza penale*, 2017; Per la versione precedente, cfr. F. PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro. Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 maggio 2016; cfr., inoltre, M. PELLISERO, *La politica criminale delle interpolazioni. Osservazioni a margine del disegno di legge n. 2067 testo unificato*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 maggio 2016: "Sappiamo che la politica degli incrementi sanzionatori spesso ha poco a che vedere con il disvalore del fatto in sé considerato, ma cerca di sventare gli effetti negativi della prescrizione attraverso l'aumento dei limiti massimi o di rendere più difficoltoso l'accesso alla sospensione condizionale della pena ed ai benefici penitenziari operando sui limiti edittali minimi".

una minore preoccupazione da parte dei cittadini per suddette fenomenologie criminose¹⁸⁷. Laddove ciò non bastasse, si aggiungano le evidenti «sperequazioni nel sistema (...) ove ad esempio la pena dell'infanticidio è uguale nel minimo (4 anni) e di poco superiore nel massimo (12 anni) a quella del furto in abitazione aggravato (4-10 anni), mentre la pena dello scambio elettorale politico mafioso è addirittura più elevata nel minimo (6 anni) e uguale nel massimo (12 anni). Senza contare che reati di indubbia gravità come ad esempio l'attentato alla sicurezza dei trasporti hanno finito per essere puniti con pene di gran lunga più basse (da 1 a 5 anni) di quelle dell'odiosissimo furto in abitazione specie se aggravato. Ma la sperequazione si consuma poi anche all'interno dello stesso settore dei reati contro il patrimonio, visto e considerato che il solito furto in abitazione aggravato e la rapina finiscono per essere puniti con la medesima pena edittale da 4 a 10 anni»¹⁸⁸. Anche il *restyling* delle soglie edittali per il delitto di cui all'art. 416-ter c.p. è stato prontamente bollato come «simbolico-espressivo» e slegato dall'esigenza di *ristabilire* la proporzionalità dell'intervento repressivo¹⁸⁹.

Ciò che inoltre desta maggiore preoccupazione nel progetto di riforma è l'attenzione quasi esclusiva ai minimi edittali, volta chiaramente a disinnescare ogni possibile 'via di fuga' dal carcere, precludendo la strada verso misure di esecuzione alternativa della pena.

¹⁸⁷ Cfr. i dati statistici frutto dell'indagine sulla *Sicurezza dei cittadini* (2015-2016) condotta dall'Istat e confluiti nel *Rapporto BES 2016*.

¹⁸⁸ Cfr. F. PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro*, cit., 5.

¹⁸⁹ Per ogni ulteriore rilievo cfr. G. AMARELLI, *Prove di populismo penale: la proposta di inasprimento delle pene per lo scambio elettorale politico-mafioso*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 maggio 2017.

Considerato che «i reati contro il patrimonio continuano a essere la categoria più diffusa, mentre resta alto il numero di furti, soprattutto di quelli in abitazione»¹⁹⁰, è fondata la riserva di chi ritiene elevato «il rischio di un nuovo incremento della popolazione carceraria»¹⁹¹, in evidente contraddizione con gli interventi di deflazione carceraria seguiti alla nota sentenza Torreggiani. Un evidente ‘ripassa dal via’ per il nostro legislatore alla ricerca di consensi elettorali, paventando una severità spesso solo virtuale¹⁹² e arricchito da un ulteriore elemento di contraddittorietà. Difatti, l’art. 37 del citato Ddl delega il governo per adottare strumenti tesi a estendere il ricorso a misure alternative alla detenzione. Ancora una volta, l’apparente contraddizione¹⁹³ sarà risolta dalla magistratura di sorveglianza, chiamata a farsi carico delle necessità di bilanciamento tra le due istanze di segno opposto: contenimento della popolazione carceraria e sicurezza sociale.

6. *I risultati della ricerca Syn-Thesis a cura di MannoZZi e Delli Carri*

Mentre affrontavamo le tematiche del presente studio aventi ad oggetto i singoli compartimenti di recente ‘ritoccati’ dal legislatore penale, il nostro studio si è arricchito, potendone lucrare gli approdi, dalle interessanti scoperte di G. MannoZZi e M. Delli Carri, che hanno analizzato la rispondenza o meno delle riforme attuate dal

¹⁹⁰ Cfr. G. CANZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2015. Corte di Cassazione*, 28 gennaio 2016, 62, in www.cortedicassazione.it.

¹⁹¹ Cfr. F. PALAZZO, *op. ult. cit.*, 4.

¹⁹² Cfr. D. PULITANÒ, *op. ult. cit.*, 1.

¹⁹³ Così M. PELLISSERO, *La politica criminale delle interpolazioni*, cit., 4.

2000 al 2016 al principio di proporzionalità¹⁹⁴. Da un punto di vista del *trend* generale della politica sanzionatoria, è stato confermato l'andamento sinusoidale, dipinta efficacemente come «tela di Penelope (...) irregolare, slabbrata e lacerata», all'interno della quale si alternano, annullandosi a vicenda, momenti di mitigazione ad altri di inasprimento sanzionatorio, invero quantitativamente più frequenti nelle scelte sanzionatorie degli ultimi 16 anni.

Da un punto di vista strettamente qualitativo, le riforme connotate da 'maggiore rigore' sanzionatorio hanno poi interessato specifiche categorie di reati, tra le quali spiccano, per numero di interventi dal tenore repressivo delle figure delittuose ivi contenute, i delitti contro il patrimonio, pubblica amministrazione, ordine pubblico, persona e famiglia, in materia di sostanze stupefacenti, violazione della legge sulle armi e sull'ambiente; su versante opposto, gli interventi di stampo indulgenziale, seppur meno frequenti, hanno invece avuto carattere maggiormente generale e sistemico.

Eppure, dal raffronto tra la *i numeri della criminalità* offerti dai dati ISTAT prima e dopo le riforme di stampo repressivo, trova conforto empirico il sospetto che l'impatto deterrente degli innalzamenti sanzionatori rappresenti una effimera illusione e che gli irrigidimenti non siano in realtà giustificati da una rilevante variazione della delinquenza.

Ad eccezione di quanto registrato per l'omicidio colposo, che dopo la riforma del 2006 ha effettivamente registrato una *minore frequenza* – sui cui però dovrà pesare

¹⁹⁴ Per ogni ulteriore approfondimento dei dati che si riportano in sintesi, si rimanda a G. MANNOZZI – M. DELLI CARRI, *op. cit.*, *passim* (e in particolare 200 ss.).

in termini *benefit-cost* l'ulteriore apporto fornito dalla legge n. 41/2016 -, i delitti di furto, quelli in materia di stupefacenti, di estorsione, di associazione di stampo mafioso non presentano alcuna 'anomalia' statistica tale da giustificare, in ottica proporzionale, un irrobustimento sanzionatorio, né presentano successivamente alle riforme un calo dei numeri di delittuosità tale da far propendere per un'adeguata efficacia generalpreventiva.

Pertanto, riprendendo le conclusioni degli autori: « (...) il principio di proporzione non sembra aver svolto un ruolo riconoscibile nella formalizzazione dei livelli sanzionatori, soprattutto sotto il profilo della proporzionalità formale. Da un lato, le riforme degli ultimi quindici anni hanno portato a comminatorie prive di equivalente, quanto a severità, nella legislazione di molti paesi europei; dall'altro lato, le cornici edittali per talune fattispecie (il furto e, da ultimo, la concussione) si collocano fuori scala rispetto ad altre fattispecie criminose del nostro codice penale a presidio di beni giuridici di valore pari o superiore. Basti pensare, rispettivamente, al caso dei reati di corruzione il cui trattamento sanzionatorio italiano è, almeno nella *law in the books*, tra i più severi d'Europa e alle pene previste per il reato di furto (art. 624 *bis*), la cui cornice edittale, è particolarmente elevata. (...) Il sacrificio del principio di proporzione a favore di logiche orientate alla deterrenza o a scongiurare il rischio prescrizione non ha prodotto, almeno stando ai dati statistici sulla delittuosità, i risultati auspicati, e cioè un contenimento di quei fenomeni delittuosi che sono stati oggetto di una più stringente politica sanzionatoria. Ciò, tuttavia, non sembra aver sollevato dubbi né sollecitato interrogativi sull'effettività/efficacia della politica

criminale orientata alla deterrenza tramite meri incrementi delle cornici edittali di pena: questi ultimi non comportano quasi mai il potenziamento del fattore severità in concreto sebbene possano aumentare il fattore certezza, riducendo il rischio «prescrizione»¹⁹⁵.

7. *Gli effetti sulla razionalità delle cornici edittali*

A questo punto, prima di spostarci ad analizzare il secondo versante di attrazione del pendolo della politica criminale - ossia l'indulgenza diffusa -, vogliamo effettuare un primo *screening* sulla tenuta 'razionale' dell'impianto sanzionatorio detentivo all'interno del codice Rocco, anche alla luce delle recenti scelte (o non scelte) di politica criminale.

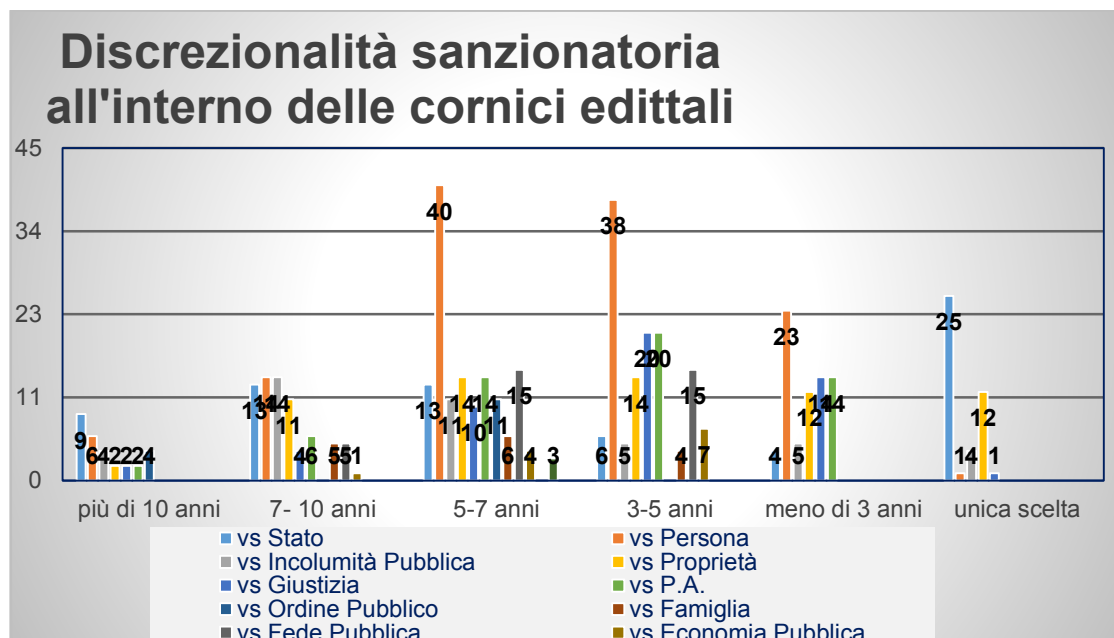
Il primo effetto che si vuole evidenziare è la tendenza verso l'evaporizzazione della legalità della pena dovuto al c.d. *widening*¹⁹⁶ delle soglie edittali. Infatti, come mostrato dalla tabella in basso, su 539 soglie rinvenute¹⁹⁷ per i delitti all'interno del codice penale, ci sono 29 cornici che permettono di individuare la pena detentiva in

¹⁹⁵ *Ibidem*, 209-210.

¹⁹⁶ Prendiamo il termine in prestito da G. MANNOZZI, *Are Guided Sentencing and Sentence Bargaining Incompatible? Prospectives of Reform in the Italian Legal System*, in G. TATA – N. HUTTON (edited by), *Sentencing and Society. International Prospective*, Ashgate Publishing, 2002, 110-123. Cfr. anche D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., 8-9, il quale, richiamando la sentenza C. Cost. n. 299/1992, evidenzia: "Il principio di legalità richiede che l'ampiezza del divario tra il minimo e il massimo della pena non ecceda il margine di elasticità necessario a consentire l'individualizzazione della pena secondo i criteri di cui all'art. 133 e non sia manifestamente on correlato alla variabilità delle fattispecie concrete e delle tipologie soggettive rapportabili alla fattispecie astratta".

¹⁹⁷ I numeri raccolti tengono conto anche delle fattispecie aggravate con un diverso *range* di pena detentiva, mentre non includono gli incrementi indicati in rapporto alla pena base (la metà, 1/3 etc).

uno spazio edittale superiore a 10 anni (es. da 5 a 18 anni di reclusione); 73 che offrono al giudice di scegliere la sanzione da comminare in uno spazio edittale che va dai 7 ai 10 anni; 141 che prevedono un margine di discrezionalità da 5 a 7 anni e ben 33 con un'unica sentenza imposta, solitamente l'ergastolo.



La presenza di un numero rilevante di cornici edittali così estese può significare due cose: a) che il nostro codice penale punisce solo le lesioni più gravi dei beni giuridici, tali da consentire un minimo edittale elevato (es. 5 anni di reclusione) e, di conseguenza, un massimo edittale altrettanto elevato (es. 20 anni) affinché rappresenti un multiplo del minimo, giustificando un spazio edittale così ampio (15 anni di

reclusione); b) che anche le ipotesi ‘minori’ di reato presentano sconfinati spazi edittali, tali da far perdere ogni speranza di proporzionalità tra minimo e massimo di pena. Speriamo di sbagliarci, ma l’ipotesi *sub a*) ci pare molto meno realistica di quella *sub b*), considerata la centralità che il diritto penale assume in risposta a *qualsiasi* problema.

In aggiunta, le possibilità di superare i limiti di pena imposti delle soglie edittali in considerazione di circostanze aggravanti e attenuanti, per effetto del cumulo di pena materiale o giuridico previsto in caso di concorso di reati, eventualmente in continuazione, il fenomeno del *widening* ne esce ulteriormente potenziato, offrendo un notevole arsenale sanzionatorio a disposizione del giudice, il quale – se non ben guidato nella commisurazione della pena – potrebbe essere disorientato nell’operazione di dosimetria a discapito delle esigenze di individualizzazione-proporzione¹⁹⁸.

Un secondo effetto distorsivo nel ‘sistema’ delle soglie edittali è dato dalla segnalata riconcorsa (verso l’alto) delle cornici edittali prescritte per fenomeni criminosi dal diverso disvalore, che comporta sperequazioni nella “scala di gravità” tra reati e pene; lo stesso effetto si verifica a causa dalle sacche di «discrezionalità discontinua» create da istituti processuali, dalle regole di bilanciamento delle circostanze e dall’imprecisione descrittiva delle fattispecie penali che «aprono buchi

¹⁹⁸ Cfr. M. ROMANO – G. GRASSO, *op. cit.*, i quali sottolineano l’incontrollabilità delle scelte sanzionatorie a causa del quadro edittale eccessivamente allargato.

neri nella scala delle possibili scelte sanzionatorie», inficiando (irrazionalmente) le scelte di individualizzazione della pena¹⁹⁹.

Volendo offrire una serie di esempi delle incoerenze presenti nel codice penale, risulta decisamente arduo individuare le ragioni dell'accostamento *quoad poenam* di chi induce alla prostituzione un minore rispetto al pubblico ufficiale che ottenga con costrizione la promessa di una prestazione sessuale (considerato che sia il delitto di prostituzione minorile che di concussione hanno una pena detentiva da 6 a 12 anni).

Si apprezza ancor meno la ragione per cui l'omicidio stradale, fattispecie colposa, sia addirittura punita più gravemente della prostituzione minorile (*range* 8-12 anni) se il conducente sia stato trovato con un tasso alcolemico superiore a 1,5 g/l. Per restare in tema, l'ipotesi di omicidio stradale aggravata dallo stato d'ebbrezza condivide lo stesso minimo edittale del delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù che punisce, peraltro, «chiunque riduce o mantiene una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite»²⁰⁰. Il nostro

¹⁹⁹ Il virgolettato è di D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit.,13.

²⁰⁰ Cfr. art. 600 c.p.: «Chiunque esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà ovvero chiunque riduce o mantiene una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportino lo sfruttamento ovvero a sottoporsi al prelievo di organi, è punito con la reclusione da otto a venti anni.

La riduzione o il mantenimento nello stato di soggezione ha luogo quando la condotta è attuata mediante violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona.

irresponsabile conducente-omicida, così come il pubblico ufficiale infedele, potranno inoltre essere puniti più gravemente rispetto al violentatore sessuale (anche di persone infra-quattordicenni), per il quale è previsto un *range* di pena di 5 - 10 anni di reclusione; ma anche rispetto a chi cagiona la morte di una persona come conseguenza di inquinamento ambientale²⁰¹, ovvero a chi provoca una inondazione, una frana o la caduta di una valanga²⁰². Ancora: il promotore di una associazione a delinquere potrebbe essere punito meno gravemente dello sconsiderato conducente che si sia posto alla guida con un ‘elevato’ tasso alcolemico e abbia causato un incidente mortale, considerato che il massimo di pena previsto dall’art. 416 c.p. è di un anno inferiore al minimo edittale previsto al comma 2 dell’art. 589 *bis* c.p. Di poco superiore nel massimo edittale, invece, le ipotesi di disastro ambientale o ferroviario (15 anni) che però condivide con l’omicidio stradale aggravato – si ripete: colposo -, il minimo edittale di 5 anni. Come se quindi un disastro doloso e un omicidio colposo avessero la medesima riprovevolezza.

[La pena è aumentata da un terzo alla metà se i fatti di cui al primo comma sono commessi in danno di minore degli anni diciotto o sono diretti allo sfruttamento della prostituzione o al fine di sottoporre la persona offesa al prelievo di organi”.

²⁰¹ Cfr. art. 452 *ter c.p.*: “Se da uno dei fatti di cui all’articolo 452 *bis* deriva, quale conseguenza non voluta dal reo, una lesione personale, ad eccezione delle ipotesi in cui la malattia ha una durata non superiore ai venti giorni, si applica la pena della reclusione da due anni e sei mesi a sette anni; se ne deriva una lesione grave, la pena della reclusione da tre a otto anni; se ne deriva una lesione gravissima, la pena della reclusione da quattro a nove anni; se ne deriva la morte, la pena della reclusione da cinque a dieci anni.

Nel caso di morte di più persone, di lesioni di più persone, ovvero di morte di una o più persone e lesioni di una o più persone, si applica la pena che dovrebbe infliggersi per l’ipotesi più grave, aumentata fino al triplo, ma la pena della reclusione non può superare gli anni venti”.

²⁰² Cfr. art. 426 c.p.: “Chiunque cagiona un’inondazione o una frana, ovvero la caduta di una valanga, è punito con la reclusione da cinque a dodici anni”.

Persino più paradossale la sperequazione sanzionatoria che si verifica qualora il medesimo evento morte sia conseguenza del colposo comportamento alla guida oppure sia conseguenza della deliberata scelta di abbandonare al proprio destino una persona minore degli anni quattordici ovvero incapace di provvedere a se stessa, delitto punito ‘soltanto’ (rispetto alle opzioni edittali previste per l’omicidio stradale) con pena detentiva da 3 a 8 anni di reclusione²⁰³.

Anche dal confronto tra le fattispecie delittuose del Codice Rocco e i reati contenuti nel Testo Unico in materia di sostanze stupefacenti emerge l’evidente sproporzione delle cornici edittali. Il delitto di «Produzione e traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope» (art. 73, comma 1, d.p.r n. 309/1990) prevede una cornice edittale da 8 a 20 anni di reclusione. Fattispecie, come noto, di pericolo il cui *minimo edittale* è superiore al *massimo edittale* previsto per le lesioni gravi consumate e al *minimo edittale* previsto per le lesioni gravissime, entrambe fattispecie di danno. Come ben evidenziato²⁰⁴, inoltre, il massimo edittale si avvicina pericolosamente al minimo edittale previsto per l’omicidio volontario. Le incongruenze permangono e si amplificano con riferimento ai delitti posti a tutela dell’ordine pubblico, dove

²⁰³ Cfr. art. 591 c.p.: “Chiunque abbandona una persona minore degli anni quattordici, ovvero una persona incapace, per malattia di mente o di corpo, per vecchiaia, o per altra causa, di provvedere a se stessa, e della quale abbia la custodia o debba avere cura, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni.

Alla stessa pena soggiace chi abbandona all'estero un cittadino italiano minore degli anni diciotto, a lui affidato nel territorio dello Stato per ragioni di lavoro.

La pena è della reclusione da uno a sei anni se dal fatto deriva una lesione personale, ed è da tre a otto anni se ne deriva la morte.

Le pene sono aumentate se il fatto è commesso dal genitore, dal figlio, dal tutore o dal coniuge, ovvero dall'adottante o dall'adottato”.

²⁰⁴ A. GABOARDI, *op. cit.*, 105 ss.

fattispecie di pericolo di «minore distanza dal danno che il legislatore mira a scongiurare» (come l'istigazione a delinquere, l'apologia di delitti e l'associazione per delinquere) sono punite meno gravemente dei reati di pericolo in materia di stupefacenti, la cui tonalità lesiva è decisamente meno marcata²⁰⁵.

Oggetto di un recente intervento riequilibratore della Consulta, la dottrina più attenta al tema ha sottolineato l'«inusitato rigore sanzionatorio» della fattispecie di alterazione di stato mediante falsità nella formazione di un atto di nascita di cui all'art. 567, comma 2 c.p. la cui pena edittale risulta più rigida nel massimo di quella prevista per la violenza sessuale di gruppo, della prostituzione minorile, della concussione e corruzione in atti giudiziari; nel minimo, coincidente con quella prevista per l'omicidio stradale aggravato (minimo 5 anni di reclusione). Tale delitto condivide infine la cornice edittale prevista per i promotori di una banda armata²⁰⁶.

Passando invece alle sperequazioni all'interno della stessa 'categoria delittuosa', in tema di omicidio colposo è stata opportunamente segnalata l'irragionevole disparità di trattamento sanzionatorio tra l'omicidio o le lesioni c.d. stradali e gli stessi eventi provocati dalla colposa violazione delle disposizioni preventive in materia di sicurezza sul lavoro, ovvero nel caso in cui le lesioni o la morte siano cagionate da condotte colpose del medico²⁰⁷.

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ Così E. DOLCINI, *Pene edittali*, cit., 1957.

²⁰⁷ Cfr. per tutti, G. AMATO, *op. ul. cit.*, 50.

Incoerenza infra-sistemica che si riscontra anche tra i reati in materia di stupefacenti: irragionevole, ad esempio, lo *iato* di 4 anni tra il minimo edittale di 8 anni di reclusione previsto per le fattispecie aventi ad oggetto sostanze stupefacenti non leggere e non di lieve entità (art. 73, comma 1, d.p.r. 309/1990), così come gemmato in seguito alla sentenza della Corte Costituzionale n. 32/2014 che ha cassato le modifiche apportate dalla legge Fini – Giovanardi, facendo rivivere il precedente dettato normativo, e il massimo di 4 anni di reclusione previsto per l'ipotesi di 'droghe non leggere' ma di lieve entità (art. 73, comma 5, d.p.r. 309/1990); intrinsecamente sproporzionata, per giunta, l'entità minima di pena irrogabile per l'ipotesi di *minore offensività* della condotta 'ordinaria' (ossia un gradino al di sopra di quella qualificabile come 'lieve entità'), pertanto soggetta al più severo regime del "minimo" di pena di 8 anni di reclusione, da cui difficilmente si scappa. La questione è stata di recente rimessa al vaglio della Consulta, denunciando, per quanto qui di interesse, l'irragionevolezza e la sproporzione del minimo edittale della ipotesi delittuosa di cui all'art. 73, comma 1 d.p.r. 309/1990, chiedendone la sostituzione con la misura di pena prescritta per l'ipotesi più grave dei fatti di lieve entità (*tertium comparationis*: il massimo edittale di 4 anni di cui all'art. 73, comma 5 d.p.r. 309/1990) ovvero quella di 6 anni di reclusione prevista dalla legge Fini- Giovanardi.²⁰⁸ Un autentico rompicapo, frutto di interventi a singhiozzo e di scarsa sedimentazione, di cui si attende con ansia la soluzione definitiva.

²⁰⁸ Per una approfondita analisi della questione e delle tre ordinanze di rimessione, cfr. C. BRAY, *Illegittima la pena minima per il traffico di droghe 'pesanti'?* cit.

* * * *

In conclusione, le precedenti considerazioni invitano a concordare con quanti, da ultimo Brunelli e Manna²⁰⁹, individuano nelle esigenze di *realpolitik* le vere linee-guida della illusoria recrudescenza penale. All'interno di un sistema dove la scelta delle soglie edittali ricade su ragioni pragmatiche: nell'individuazione del minimo, l'esigenza di disinnescare l'operatività degli strumenti di deflazione carceraria per 'quel reato'; nel massimo, per rispondere alle inefficienze, per lo più dovute alla irragionevole durata dei procedimenti penali, si 'legittima' un uso più o meno corretto dello strumento cautelare quale risposta sanzionatoria in via anticipata e, anziché ridurre i tempi dei procedimenti penali per reati particolarmente allarmanti, si estendono i termini per la prescrizione, calibrati, come noto, sul massimo della pena edittale stabilita dalla legge²¹⁰.

Da questa angolazione, è possibile individuare un tratto comune alle recenti stagioni repressive, che risiede nell'esatto opposto di quanto auspicato con coro unanime dalla dottrina citata nel presente lavoro e dai recenti approdi della giurisprudenza: una profonda, sistematica irrazionalità *in the books* delle comminatorie edittali.

²⁰⁹ Cfr. D. BRUNELLI, *op. cit.* e A. MANNA, *op. cit.*

²¹⁰ Cfr. *Art. 157, comma 1 c.p.*: "La prescrizione estingue il reato decorso il tempo corrispondente al massimo della pena edittale stabilita dalla legge e comunque un tempo non inferiore a sei anni se si tratta di delitto e a quattro anni se si tratta di contravvenzione, ancorché puniti con la sola pena pecuniaria". Definito "*distorcete linkage*" da D. PULITANÒ, *DDL n. 2067*, cit., 8.

8. ...sul versante opposto: l'irrazionalità del neo-clemenzialismo

Si è prima fatto riferimento al 'bipolarismo' della politica criminale che oscilla tra interventi di simbolica accentuazione del carico sanzionatorio 'nella parte speciale'²¹¹ ad altri marcatamente deflativi degli istituti carcerari, in un circolo vizioso di cui non è dato vedere la fine. Difatti, più l'intervento sulle soglie edittali assume finalità simbolico-populiste e una prospettiva di immediata e collaudata 'severità', più sono necessari interventi altrettanto emergenziali, di segno opposto, volti a 'sfoltire' la rappresentanza carceraria ed evitare un nuovo sovraffollamento delle carceri italiane²¹². A ben vedere, si tratta di fenomeni in stretta correlazione tra di loro, dei quali è pertanto agevole prevedere il futuro alternarsi, seguendo la traccia degli ultimi anni.

Così, dopo aver raggiunto l'apice della tollerabilità dell'affollamento carcerario, decretato dalla sentenza Torreggiani, il legislatore è intervenuto con una serie di provvedimenti *ad hoc*, tra cui alcuni dal carattere maggiormente sistematico, con il proposito di porre rimedio a quanto precedentemente, con altra mano, causato.

Vanno letti sotto questa luce gli interventi adottati, quasi tutti con decretazione d'urgenza dal 2013 al 2014²¹³, che hanno, per quanto qui di interesse, comportato l'innalzamento da 4 a 5 anni il limite di pena massima per la custodia cautelare in carcere²¹⁴,

²¹¹ Cfr. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme*, cit., 1694-1695, che sottolinea la sporadicità ed eccentricità degli interventi di 'alleggerimento' del carico penale.

²¹² Autorevolmente definite "seduzioni della clemenza" da D. PULITANÒ, *Il messaggio del presidente*, cit., 144.

²¹³ Ci si riferisce al d.l. 70/2013 convertito in l. 94/2013, d.l. 146/2013 convertito in l. 10/2014, d.l. 92/2014 convertito in l. 117/2014 e alla l. 67/2014.

²¹⁴ Cfr., per un primo commento, A. DELLA BELLA, *Convertito in legge il decreto carceri 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 settembre 2013.

ampliato l'operatività dell' decreto di sospensione dell'ordine di esecuzione delle pene detentive *ex art. 656, comma 5, c.p.p.*, esteso fino alle condanne a 4 anni di reclusione (precedentemente il limite era di 3 anni) per determinate categorie di soggetti (genitori, anziani, minori di 21 anni, malati); oppure, vanno così lette le misure volte ad ampliare la liberazione anticipata, attraverso una figura speciale a validità temporale limitata, l'affidamento in prova c.d. 'allargato', esteso a pene residue fino a 4 anni (precedentemente fino a 3 anni) e la 'stabilizzazione' della detenzione domiciliare per le pene brevi fino a 18 mesi. Nel tentativo di ridurre il numero di inquilini negli istituti carcerari, si abbassa la pena massima da 6 a 5 anni per l'ipotesi di spaccio di lieve entità, che passando da circostanza attenuante a fattispecie autonoma di reato non permette più preclusioni dovute al bilanciamento con circostanze aggravanti, specie quella della recidiva²¹⁵. Degno di nota, poi, il contenimento della misura cautelare in carcere quale estrema *ratio*, invero spesso abusata e pertanto eccessivamente rappresentata tra le statistiche carcerarie precedenti alla sentenza Torreggiani.

Non mancano riserve critiche, sotto il profilo della coerenza logico-sistematica, per gli interventi sopra menzionati: esiste infatti un disallineamento tra l'ordine di sospensione dell'esecuzione della pena, generalmente riconosciuto per pene contenute nei limiti di 3 anni di reclusione e il nuovo affidamento in prova 'allargato' che si applica invece a pene fino a 4 anni²¹⁶.

²¹⁵ Cfr. A. DELLA BELLA, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri. Un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 gennaio 2014.

²¹⁶ Ne ha denunciato, recentemente, l'illegittimità costituzionale rispetto agli artt. 3 e 27 Cost., Tribunale di Lecce, *Giudice per le Indagini Preliminari, ordinanza del 13 marzo 2017, Panzera*, con nota di C. MOLFETTA E S. MOLFETTA, *Ordine di sospensione della pena ex art.*

Lo sforzo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio, occasionato dall'*ultimatum* della Corte Edu in seguito alla citata sentenza Torreggiani e teso alla promozione di un «diritto penale minimo»²¹⁷, è stato portato avanti dalla legge 28 aprile 2014 n. 67 che all'art. 1 aveva delegato il Governo ad attuare la 'riforma del sistema delle pene'²¹⁸, rimasta invero nei propositi della legge delega.

656 c. 5 c.p.p.: sollevata questione di legittimità costituzionale, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 3.

²¹⁷ Così G. MANNOZZI, *Il "legno storto" del sistema sanzionatorio*, in *Diritto penale e processo*, n. 7/2014, 784.

²¹⁸ Cfr. *art. 1, l. 67/2014*: "1. Il Governo e' delegato ad adottare uno o piu' decreti legislativi per la riforma del sistema delle pene, con le modalita' e nei termini previsti dai commi 2 e 3 e nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: a) prevedere che le pene principali siano l'ergastolo, la reclusione, la reclusione domiciliare e l'arresto domiciliare, la multa e l'ammenda; prevedere che la reclusione e l'arresto domiciliari si espiano presso l'abitazione del condannato o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza, di seguito denominato «domicilio», con durata continuativa o per singoli giorni della settimana o per fasce orarie; b) per i reati per i quali e' prevista la pena dell'arresto o della reclusione non superiore nel massimo a tre anni, secondo quanto disposto dall'articolo 278 del codice di procedura penale, prevedere che la pena sia quella della reclusione domiciliare o dell'arresto domiciliare; c) per i delitti per i quali e' prevista la pena della reclusione tra i tre e i cinque anni, secondo quanto disposto dall'articolo 278 del codice di procedura penale, prevedere che il giudice, tenuto conto dei criteri indicati dall'articolo 133 del codice penale, possa applicare la reclusione domiciliare; d) prevedere che, nei casi indicati nelle lettere b) e c), il giudice possa prescrivere l'utilizzo delle particolari modalita' di controllo di cui all'articolo 275-bis del codice di procedura penale; e) prevedere che le disposizioni di cui alle lettere b) e c) non si applichino nei casi previsti dagli articoli 102, 103, 105 e 108 del codice penale; f) prevedere che il giudice sostituisca le pene previste nelle lettere b) e c) con le pene della reclusione o dell'arresto in carcere, qualora non risulti disponibile un domicilio idoneo ad assicurare la custodia del condannato ovvero quando il comportamento del condannato, per la violazione delle prescrizioni dettate o per la commissione di ulteriore reato, risulti incompatibile con la prosecuzione delle stesse, anche sulla base delle esigenze di tutela della persona offesa dal reato; g) prevedere che, per la determinazione della pena agli effetti dell'applicazione della reclusione e dell'arresto domiciliare, si applichino, in ogni caso, i criteri di cui all'articolo 278 del codice di procedura penale; h) prevedere l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 385 del codice penale nei casi di allontanamento non autorizzato del condannato dal luogo in cui sono in corso di esecuzione le pene previste dalle lettere b) e c); i) prevedere, altresì, che per i reati di cui alle lettere b) e c) il giudice, sentiti l'imputato e il pubblico ministero, possa applicare anche la sanzione del

Nata dalle ceneri della Relazione finale del *Gruppo di Lavoro sulle riforme istituzionali*, istituito il 30 marzo 2013 dal Presidente della Repubblica, l'attuazione della delega ha finito per originare solo timidi miglioramenti dell'impianto sanzionatorio, lasciandone invariato l'assetto fortemente repressivo, specie riguardo al «nucleo duro» del diritto penale, nel quale non v'è chi non veda autorevolmente i sintomi di «un sincero e bene intenzionato moralismo giudiziario, probabilmente coerente con un sentire diffuso, forse dominante nell'opinione pubblica, che di fatto fa propria un'ottica retributiva: il rigorismo punitivo come espressione della severità di un giudizio anche morale»²¹⁹. Ancora una volta, infatti, la riforma tace sulla «revisione/razionalizzazione delle fattispecie e delle comminatorie edittali»²²⁰ e attua soltanto in parte le spinte di riforma offerte dalla delega. Difatti, le deleghe del Parlamento al Governo erano quattro e riguardavano l'ampliamento del ventaglio di pene offerto dall'art. 17 c.p., istituzionalizzando la detenzione domiciliare;

lavoro di pubblica utilita', con le modalita' di cui alla lettera l); l) prevedere che il lavoro di pubblica utilita' non possa essere inferiore a dieci giorni e consista nella prestazione di attivita' non retribuita in favore della collettivita' da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato; prevedere che la prestazione debba essere svolta con modalita' e tempi che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute del condannato; prevedere che la durata giornaliera della prestazione non possa comunque superare le otto ore; m) escludere la punibilita' di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuita' dell'offesa e la non abitualita' del comportamento, senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno e adeguando la relativa normativa processuale penale; n) provvedere al coordinamento delle nuove norme in materia di pene detentive non carcerarie sia con quelle di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689, sia con quelle di cui alla legge 26 novembre 2010, n. 199, sia con la disciplina dettata dal testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n. 313, sia con quelle di cui alla legge 26 luglio 1975, n. 354, tenendo conto della necessita' di razionalizzare e di graduare il sistema delle pene, delle sanzioni sostitutive e delle misure alternative applicabili in concreto dal giudice di primo grado.

²¹⁹ Cfr. D. PULITANÒ, *Quale agenda per la giustizia penale?*, cit., 4.

²²⁰ Cfr. G. MANNOZZI, *Il "legno storto" del sistema sanzionatorio*, cit., 782.

l'introduzione di una causa di non punibilità; la depenalizzazione dei reati; l'abrogazione di alcuni reati con contestuale introduzione di speculari illeciti civili. Come noto, il Governo, probabilmente frenato dai risvolti mediatici e sociali di una riforma dall'impatto dirompente sul sistema sanzionatorio, non se l'è sentita di dare attuazione alla prima delega, ripiegando «sulla consueta logica dell'efficientismo, della riduzione dell'impegno giurisdizionale mediante strumenti la cui portata ideale e pratica non ha niente di realmente strategico, anche se possono recare qualche vantaggio più o meno modesto»²²¹. Da una parte, quindi, con l'introduzione di una causa di non punibilità legata alla 'particolare tenuità del fatto' per reati con pena massima non superiore a 5 anni di detenzione²²² e con la sospensione del procedimento con messa alla prova, si delega ancora una volta alla magistratura il compito di espellere dal sistema carcerocentrico della sanzione quei fatti meno 'gravi'; dall'altro, l'opera di abrogazione e depenalizzazione²²³ di

²²¹ Cfr. F. PALAZZO, *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, in *Diritto penale e processo*, n. 3/2016, 289.

²²² Tra i primi commenti si segnala, tra gli altri, a A. R. CASTALDO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto: il nuovo articolo 131-bis c.p.*, in CADOPPI - CANESTRARI - MANNA - PAPA (a cura di), *Trattato di Diritto Penale - Parte Generale e Speciale - Riforme 2008-2015*, Utet Giuridica, 2015, 111 ss.; G. AMATO, *Con l'estensione al giudizio ordinario si apre una nuova era*, in *Guida al Diritto*, n. 15, 2015, 25 ss.; D. BRUNELLI, *Il fatto tenue tra offensività ed equità*, in *Archivio Penale (web)*, n. 1/2016; T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida al Diritto*, n. 15, 2015, 19 ss.; A. NISCO, *L'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto. Profili sostanziali*, in G.M. BACCARI - K. LA REGINA - E. M. MANCUSO (a cura di), *Il nuovo volto della giustizia penale. Autoriciclaggio, difesa d'ufficio, misure di contrasto al terrorismo, ordine di protezione europeo, particolare tenuità del fatto, modifiche in materia di misure cautelari e ordinamento penitenziario*, CEDAM, 2015, 195 ss.; C. F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 5/2015, 517 ss.

²²³ Gli interventi di depenalizzazione sono stati autorevolmente paragonati alla "tela di Penelope, intessuta di giorno, viene poi disfatta di notte, quando la paura delle tenebre sollecita l'introduzione di nuove fattispecie che incarnano le paure collettive e la retorica dell'uso simbolico del controllo penale trascura la razionalità delle scelte di politica criminale improntate a criteri di proporzionalità, sussidiarietà ed efficacia della tutela". Così, M. PELLISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica*,

fattispecie con *range* sanzionatorio basso, sposta di poco i livelli di carcerizzazione, dal momento che si tratta di reati per i quali, il più delle volte, si sarebbe fatto ricorso alla sospensione condizionale della pena oppure a misure di alternative di esecuzione della stessa.

Non si vuole qui di certo sottovalutare la portata innovativa dagli interventi sopra indicati. Ciò che però continua a non convincere è la tendenza a ‘scaricare’ sulla magistratura, specie quella di sorveglianza, compiti e prese di posizione proprie della politica criminale²²⁴. Tendenza, come visto, confermata dal Ddl A.S. 2067 che contiene la delega al governo per la riforma del sistema penitenziario in ottica rieducativa²²⁵. Ancora una volta, come già osservato, quando si vuole operare sul ‘sistema sanzionatorio’ lo si fa quasi esclusivamente attraverso la porta secondaria dell’ordinamento penitenziario, poiché, forse, meno evidente agli occhi di un’opinione pubblica eccessivamente educata al ‘sospetto’ e oppressa dalla paura del nemico²²⁶.

i compiti della dottrina, in *Diritto penale e processo*, n. 3/2013, 264.; Cfr. anche G. CANZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2016. Corte Suprema di Cassazione*, 26 gennaio 2017, 61, in www.cortedicassazione.it, il quale valuta “positivo l’impatto in termini deflattivi”

²²⁴ Si tratta, come segnalato da autorevole dottrina, di un appiattimento delle istanze di politica criminale sulla magistratura consapevole, “per esplicita ammissione” del legislatore, come dimostra la *Relazione del Governo alla riforma del 1974*, dove gli strumenti offerti al giudice, si legge, servono a “attenuare, ancor prima che sia rivista la parte speciale del Codice, l’ingiustificata severità di certe norme della disciplina vigente”. Così, A. M. STILE, *Discrezionalità*, cit., 286. Sul punto, cfr. anche D. PULITANÒ, *Il messaggio del presidente*, cit., 145.

²²⁵ Per un’attenta analisi, cfr. L. EUSEBI, *Riforma penitenziaria o riforma penale?*, in *Diritto penale e processo*, n. 11/2015, 1333-1342.

²²⁶ Si vedano le interessanti riflessioni di A.R. CASTALDO, *Se il sospetto diventa regola del legislatore*, in *op. cit.*, 133.

Infine, non va sottaciuta un ulteriore corto-circuito ‘irrazionale’ sul terreno che abbiamo definito del *neo-clemenzialismo*.

Come anticipato, infatti, a causa della maggioranza qualificata richiesta per i provvedimenti di amnistia ed indulto in seguito alla legge costituzionale 6 marzo 1992, n. 1, nonché per una certa ritrosia di assumersi la sconveniente responsabilità politica di tali provvedimenti, l’ultimo atto di clemenzialismo ‘ad ampio raggio’ risale al 2006. Così, ad un clemenzialismo ‘costituzionalmente giustificato’²²⁷ si è andato via via sostituendosi una «clemenza atipica», dai simili effetti ma dai contorni decisamente più inquietanti: lasciando ‘riposare’ i procedimenti penali comunque destinati a soccombere sotto la scure della prescrizione; derubricando fattispecie penali da delitti a contravvenzioni; intervenendo sugli strumenti processuali; infine, attraverso il macabro «*fai-da-te* di detenuti che scelgono di togliersi la vita»²²⁸.

In assenza di una cura realmente efficace, il sistema è chiamato a trovare da sé gli anticorpi necessari. Da un lato, infatti, per usare le efficaci parole di Mantovani, invece di adeguare gli istituti penitenziari alla popolazione carceraria, si adegua quest’ultima alla loro capienza²²⁹. Dall’altro, quest’«abito mentale» del legislatore di operare attraverso la «tecnica legislativa degli elenchi dei reati esclusi o inclusi nell’ambito applicativo di questo o quell’istituto», comporta distorsioni evidenti del sistema. La tassatività, infatti, porta con sé l’alto rischio di irragionevoli *vulnus* e, d’altro canto, si legittima per questa via il *modus operandi* del legislatore nell’affannata rincorsa e messa a punto del catalogo anziché

²²⁷ Cfr., ampiamente, A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 giugno 2014.

²²⁸ *Ibidem*, 15-17.

²²⁹ Cfr. F. MANTOVANI, *Umanità e razionalità*, cit.1097.

incentivare una riflessione ponderata e di sistema, che risulterà sempre meno conveniente dal punto di vista politico. Simbolismo e indulgenzialismo della politica criminale che, a ragione, sono considerati tra i primi fattori dell'ineffettività della pena²³⁰. Un vero e proprio effetto *boomerang* che alimenta il «circolo vizioso»²³¹ dell'alternanza indulgenzialismo-repressivismo, di cui è difficile dire quale dei due termini accenda la miccia dell'irrazionalità.

9. Conclusioni

Tali considerazioni hanno fatto sì che la dottrina ravvisasse nelle riforme attuate di recente l'ennesima *occasione persa* per una razionale e organica rivisitazione della parte speciale del codice penale²³², ripristinando finanche i primari strumenti di controllo culturali e sociali, unico reale baluardo per una concreta riduzione della criminalità²³³.

Questa continuo *ping-pong* sterilizzante tra le due anime delle recenti stagioni legislative, finisce col generare confusione (ai limiti della schizofrenia) nel cittadino, nello studioso e, purtroppo, anche in chi deve, in seguito a un giusto processo che abbia accertato la responsabilità dell'imputato, graduare la giusta dose di 'cura' da irrogare.

²³⁰ Cfr. le illuminanti riflessioni di F. MANTOVANI, *Il vero "diritto penale minimo": la riduzione della criminalità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 3, 2005, 874-875.

²³¹ Cfr. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme*, cit., 1698.

²³² Cfr., per tutti, F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme*, cit.; ID., *La depenalizzazione*, cit.; D. PULITANÒ, *Per una nuova politica del diritto penale, oltre la logica dello scontro tra magistratura e classe politica*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista Trimestrale*, n. 1/2012, 216, dove auspica un "ragionevole equilibrio" tra i due poli della politica criminale in ottica razionalizzante; G. SPANGHER, *Urge una riforma organica del sistema sanzionatorio*, in *Diritto penale e processo*, n. 8/2015, 913-917; G. MANNOZZI, *op. ult. cit.*

²³³ Cfr. F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 866.

Ci si chiede, a questo punto, se il giudice, nell'opera di commisurazione della pena non sia tentato dal sostituire, caso per caso, una propria filosofia di valori rispetto alle contraddittorie indicazioni derivanti dal legislatore. Oppure, ancor peggio, non si esclude che possano trovare spazio le opposte esigenze 'di lotta' contro il nemico e quelle di contenimento della popolazione carceraria.

Nel prosieguo del presente lavoro, si verificherà pertanto se il sistema della commisurazione della pena presenti *in re ipsa* gli anticorpi necessari a scongiurare l'osmosi di irrazionalità dai *books* ai *facts* o se i timori poc'anzi ventilati trovino riscontro nella prassi della dosimetria sanzionatoria²³⁴.

²³⁴ Rapporto osmotico che può anche manifestarsi al contrario, ossia con le incertezze relative alle finalità della pena che si riverberano negativamente sulla politica criminale. Cfr., sul punto, L. EUSEBI, *La pena in "crisi"*, cit., 15.

II

L'IRRAZIONALITÀ IN *THE PRACTICE*. LA COMMISURAZIONE DELLA PENA TRA CRITERI NORMATIVI E SOGGETTIVISMO DEL *JUDICIAL DECISION-MAKING PROCESS*

Sommario: 1. *Premessa*; 2. *L'oggetto dell'indagine: la commisurazione in senso stretto e le sue relazioni con la commisurazione in senso lato*; 3. *La disciplina della commisurazione della pena nel codice penale e i suoi vulnera*; 4. *Test di razionalità della commisurazione della pena*; 4.1. *L'osmosi dell'irrazionalità dalle cornici edittali alla prassi della commisurazione della pena*; 4.2. *La scarsa attenzione riservata all'art. 133 c.p.*; 4.3. *Lo svuotamento dell'obbligo di motivazione*; 4.4. *La disintegrazione dell'unitarietà della commisurazione della pena*; 4.5. *L'assenza di una chiara presa di posizione circa le finalità della pena*; 4.6. *L'irrazionalità insita nel decision-making process*; 4.7. *Le difficoltà di comprendere l'essenza della sanzione e le possibili ricadute sulla fiducia nel 'sistema-giustizia'*; 4.8. *Le possibili disparità per tipo di autore e di reato*; 5. *Conclusioni*

1. *Premessa*

Nel precedente capitolo abbiamo evidenziato come la politica criminale *in perenne emergenza*, quando si è trattato di intervenire sulle soglie edittali, si sia maggiormente preoccupata di esigenze di *realpolitik*, come quella di evitare la 'fuga dal carcere' per particolari categorie delittuose. Conseguentemente, si è generato un cortocircuito di non semplice soluzione: un *lifting* edittale che gioca 'al rialzo' e che

finisce (e, presumibilmente, finirà) col riproporre le criticità carcerarie che dal 2009 in poi hanno attirato l'attenzione della Corte di Strasburgo sul sistema sanzionatorio italiano.

In dottrina, non v'è chi non veda come una possibile soluzione alle irrazionalità simbolico-repressive della politica criminale risieda nella modifica della disciplina della prescrizione²³⁵. Il rilievo è quanto mai opportuno. Difatti, il legislatore penale, nella consapevolezza che il tempo utile per la prescrizione è generalmente individuato sul massimo edittale previsto dalla legge, opera inopinatamente su quest'ultimo per scongiurare la scure della prescrizione. Detto altrimenti, si agisce sugli effetti anziché sulle cause della patologia: invece di rendere più veloci i processi, si allungano i tempi necessari per la prescrizione. E così, se da un lato si irrobustiscono le pretese di certezza della pena, dall'altro si rischia di fare evaporare la proporzionalità all'interno della cornice edittale.

Per di più, la riforma della disciplina della prescrizione potrebbe non bastare: pur scongiurando l'incidenza del 'pericolo-prescrizione' sulle politiche edittali, nondimeno le spinte irrazionali continuerebbero ad operare. Quanto al minimo edittale, la modifica della misura massima di pena non potrebbe frenare la chirurgia edittale sui minimi per quei reati che si vogliono escludere dal raggio di azione degli istituti di esecuzione alternativa al carcere o dai benefici penitenziari, il cui limite di operatività è notoriamente legato alla misura di pena concretamente irrogata; con

²³⁵ Cfr. A. MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva*, cit.

riferimento al massimo edittale, le irrazionalità potrebbero sopravvivere, paradossalmente, grazie alla causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, recente prodotto legislativo di evidente stampo deflativo, che copre tutti i reati con soglia edittale massima non superiore a 5 anni di reclusione. Non sorprenderebbe, infatti, un ritocco dei massimi edittali per tutte quelle fattispecie che, al di là del grado di offensività, sarebbe politicamente inopportuno sottrarre allo stigma (seppur meramente virtuale) della sanzione penale.

L'attuale 'crisi della pena', troverebbe quindi ancora terreno fertile per un legislatore che volesse puntare alla sua certezza e intangibilità, specie se con altra mano si continua invece a offrire ampi spazi di intervento al giudice dell'esecuzione²³⁶.

Proviamo, allora, a verificare se nella disciplina e nella prassi della commisurazione della pena possono individuarsi quegli 'anticorpi' in grado di scongiurare il pericolo di *osmosi delle irrazionalità* edittali all'interno del procedimento di dosimetria sanzionatoria, oppure se, viceversa, all'irrazionalità della politica penale vada aggiunta quella della commisurazione della pena.

Rimandando al successivo paragrafo la delimitazione dell'oggetto di indagine, va sin d'ora specificato il *modus operandi*: anche in questo caso, la ricerca della razionalità avrà a che fare *in primis* con il principio di proporzionalità, elemento indefettibile di giustizia a prescindere dalla finalità attribuita alla commisurazione della pena²³⁷. Come

²³⁶ Cf. sul punto, diffusamente, G. MANNOZZI, *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena, Il Just desert model e la riforma del sentencing nordamericano*, CEDAM, 1996, 12.

²³⁷ Cfr. diffusamente *infra*.

noto, infatti, la Consulta con sentenza n. 313/1990, ha affermato che la proporzionalità della pena, quale estrinsecazione dell'art. 27 Cost.²³⁸, «vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie». Inoltre, il legislatore nel disciplinare espressamente le categorie cui ancorare la discrezionalità sanzionatoria del giudice (art. 133 c.p.), dedica una intera categoria alla “gravità del reato”.

Tenendo a mente tali considerazioni, si è persuasi che, pur se armato di uno sconfinato arsenale sanzionatorio (o comunque ‘squilibrato’ rispetto all’offesa), un recupero di razionalità all’interno delle soglie edittali sarebbe possibile attraverso l’opera di «ortopedia interpretativa»²³⁹ dei giudici, laddove si scoprisse che le regole di commisurazione della pena permettono la creazione di un segmento edittale ridotto e di matrice prasseologica, coerente con le classi di gravità del reato, entro il quale *individualizzare* la pena²⁴⁰. Non sembra superfluo a tal proposito richiamare le profonde parole di Calamandrei: «Il giudice è diritto fatto uomo; solo da questo uomo io posso

²³⁸ Per una diversa lettura della sentenza, cfr. L. MONACO – C. E. PALIERO, *op. cit.*, 441, i quali ravvisano nel richiamo della Corte dal dettato costituzionale “l’unica via per ripristinare il dominio esclusivo del giudice sulla misura delle pene. Una preoccupazione, invero, prettamente generalpreventiva, un autorevole richiamo a non affievolire, con la ‘patteggiata’ mitezza, il rigore delle giuste pene”.

²³⁹ Cfr. M. CATERINI, *op. cit.*, 103.

²⁴⁰ In tal senso, cfr. A. PAGLIARO, *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, in AA.VV., *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale*, Jovene, 1981, 193: “Spesso si dice che i livelli di pena edittali previsti dal codice Rocco sono eccessivamente elevati. (...) Per essere sicuri che le pene siano troppo elevate in rapporto alla realtà sociale italiana, occorrerebbe però svolgere un’attenta ricerca empirica sulle pene che vengono inflitte nelle aule di giustizia italiane: sarebbe possibile, in questo modo, stabilire per ogni tipo di reato se vi sia una tendenza della magistratura italiana a determinare in concreto la pena in una misura al di sotto della pena edittale astrattamente fissata dalla legge”.

attendermi nella vita pratica quella tutela che in astratto la legge mi promette: solo se questo uomo saprà pronunciare a mio favore la parola giustizia, potrò accorgermi che il diritto non è un'ombra vana»²⁴¹.

Se ciò è vero, dovremmo poter riscontrare una prassi sanzionatoria coerente con i criteri forniti dall'art. 133 c.p., ampiamente valorizzati in motivazione. Viceversa, ci troveremo costretti a dubitare dell'effettiva controllabilità del momento discrezionale di commisurazione della pena²⁴².

In altre parole, si tratta di verificare se le regole riguardanti la commisurazione della pena siano da sole idonee a veicolare un risultato prevedibile e riconducibile alle «sotto fattispecie» di gravità nelle quali il fatto di reato può manifestarsi²⁴³, tenendo invece ai margini quello spazio edittale frutto delle differenti logiche sopra riportate. Nel primo caso, occorrerà concludere che la prassi sanzionatoria potrebbe ritenersi immune *ex se* alle spinte irrazionali della politica criminale. Diversamente, qualora alle irrazionalità legislative si aggiungessero, nelle pieghe delle maglie larghe della discrezionalità commisurativa, pericolosi spazi di soggettivismo decisionale²⁴⁴ che

²⁴¹ Cfr. P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Ponte alle Grazie, 2015, 11.

²⁴² Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 356, che definisce l'irrazionalità come "l'incontrollabilità" della commisurazione della pena "alla stregua di criteri offerti dal diritto positivo.

²⁴³ *Ibidem*, 357, evidenzia il ruolo supplente della magistratura, spesso necessitato, di eliminare il "residuo irrazionale" del quadro edittale presente nel codice penale che non rispecchia l'entità dei valori protetti.

²⁴⁴ Si aderisce all'impostazione di autorevole dottrina che ammette una componente intuitiva ineliminabile nel processo decisionale. Eppure, la bontà di una disciplina legislativa va parametrata sulla capacità di contenere entro limiti tollerabili tali spinte irrazionali. Cfr., per tutti, E. DOLCINI, *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in G. MARINUCCI - E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, 1985.

permettono giudizi etico-simbolici e intuitivi nel segno dell'ingiustificata indulgenza o del (suo contrario) rigore sanzionatorio²⁴⁵, occorrerà ritenere provata la presenza, per osmosi o no, della irrazionalità nella prassi commisurativa²⁴⁶ e ricavarne le doverose considerazioni in prospettiva *de iure condendo*²⁴⁷.

2. *L'oggetto dell'indagine: la commisurazione in senso stretto e le sue relazioni con la commisurazione in senso lato*

La discrezionalità nella commisurazione della pena è un concetto risalente, capace – se ben gestito – di illuminare di giustizia ogni decisione. Eppure, individuarne i contorni non è affatto un'operazione semplice, confinato com'è tra due pericolose colonne d'Ercole: il suo opposto, ossia l'asfittica applicazione di rigide disposizioni di legge, che non permetterebbe una adeguata valorizzazione delle tonalità meno marcate del singolo caso; e il suo eccesso, l'arbitrio, che vanificherebbe ogni pretesa di giustizia,

²⁴⁵ “*Atteggiamenti estremi*” già stigmatizzati da A. R. LATAGLIATA, *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Il Tommaso Natale*, 1975, 342.

²⁴⁶ Sempre attuali le riflessioni di E. DOLCINI, *L'art. 133 c.p. al vaglio del movimento internazionale di riforma*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990, 403, che criticando lo svuotamento, nella prassi, dell'obbligo di motivazione ex art. 132 c.p., osservava: “Ove si muova dalla premessa che la commisurazione della pena ha natura irrazionale (integralmente e ineliminabilmente irrazionale), in effetti se ne deve necessariamente desumere l'impossibilità di esprimere in termini razionali le valutazioni del giudice; risulta anzi delegittimata la stessa pretesa di verificare se la pena sia stata commisurata in conformità a qualsiasi criterio legislativa”. Con ciò, però, disattendendo la scelta legislativa in favore di una discrezionalità commisurativa vincolata.

²⁴⁷ Già E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 33, iniziava il proprio discorso sulla commisurazione della pena evidenziando la necessità di un primo vaglio da cui partire: quello di verificare se l'art. 133 c.p. abbia fornito una “risposta univoca e soddisfacente” alle richieste della politica criminale oppure abbia finito con l'essere adoperato quale “parvenza di disciplina (...) in una sfera che continua ad essere dominio dell'irrazionale”.

rendendo il ‘giudizio’ un veicolo di personalismi decisionali. Non è questa la sede per richiamare le differenti ricostruzioni della discrezionalità penale, per le quali sono sempre attuali le profonde considerazioni di Bricola²⁴⁸.

Basti qui osservare che, nella scelta tra ‘piena libertà’ e ‘discrezionalità strutturata’, il legislatore italiano ha optato per questa seconda soluzione, introducendo all’art. 133 c.p. le direttive cui ancorare il giudizio quantitativo sulla *giusta* misura di pena da irrogare nel caso concreto. Tuttavia, come segnala già da tempo accorta dottrina²⁴⁹, non è possibile ricavare dalle regole dell’art. 133 c.p. una categoria unitaria di discrezionalità.

La disgregazione del modello sanzionatorio in diversi segmenti affidati a diversi attori della commisurazione, ci impone pertanto di restringere il campo di verifica al modello rimasto ontologicamente «fedele all’art 133»²⁵⁰. In dottrina, si suole distinguere tra «*commisurazione in senso stretto*, con riferimento alla commisurazione della pena entro la cornice edittale, e di commisurazione *in senso lato*, con riferimento a tutti gli ulteriori momenti della decisione sulla risposta al reato

²⁴⁸ Cfr. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Giuffrè, 1965, *passim*.

²⁴⁹ Cfr., E. DOLCINI, *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, 1985, 264-265 e A. R. LATAGLIATA, *op. cit.*, 374.

²⁵⁰ Cfr. L. MONACO – C. E. PALIERO, *Variazioni in tema di “crisi della sanzione”: la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1994, I, 433, dove individuano 4 modelli di commisurazione della pena, ciascuno con uno specifico attore: il modello commisurativo della pena detentiva, il cui attore principale resta il giudice dell’esecuzione; il modello di commisurazione della pena pecuniaria, il cui regista è individuato nel legislatore; il modello delle misure alternative alla detenzione, dove coabitano, ripartendosi i poteri della commisurazione, il giudice della cognizione e quello dell’esecuzione; infine, il modello della pena patteggiata, dove un ruolo fondamentale è attribuito alle parti processuali.

nel caso concreto»²⁵¹. L'ambito oggetto del nostro studio, salvo sporadici rimandi alle incidenze della commisurazione *tout court* intesa nel processo decisionale del giudice, sarà quello della commisurazione in senso stretto, dove «unico 'regista'»²⁵² di riferimento per la individuazione del *quantum* di pena è rappresentato dal giudice chiamato a decidere all'esito del giusto processo²⁵³.

Con riguardo a quest'ultima affermazione sia concessa una breve digressione.

Si ritiene che permanga in capo al giudice della cognizione il ruolo di *dominus* della fase di commisurazione della pena in senso stretto seppure, per fare un esempio, a tale compito possono partecipare le parti processuali attraverso l'attivazione dei riti alternativi che, in cambio di una riduzione dei tempi di definizione del procedimento penale, offrono all'imputato uno sconto di pena²⁵⁴.

In particolare, nei casi di giudizio abbreviato e applicazione di pena su richiesta delle parti, l'ordinamento penale prevede che, se condannato, il colpevole venga 'ricompensato' con uno sconto di pena "fino ad 1/3" in caso di 'patteggiamento' e "pari ad 1/3" in caso di giudizio abbreviato, per aver rinunciato alle garanzie previste per l'*iter* procedimentale ordinario. Si può quindi affermare che nella determinazione della pena da irrogare nel caso concreto giochi un ruolo – per espressa previsione

²⁵¹ Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, 4^a ed., Giappichelli, 2011, 492.

²⁵² Cfr. G. MANNOZZI, *Razionalità e "giustizia"*, cit., 14.

²⁵³ Per la distinzione tra commisurazione *lato sensu* e *stricto sensu*, Cfr., per tutti, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit. Simile 'limitazione di campo' oggettiva e soggettiva si deve già a G. VASSALLI, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, in ID., *Scritti giuridici – I – La legge penale e la sua interpretazione. Il reato e la responsabilità penale. Le pene e le misure di sicurezza*, Tomo II, Giuffrè, 1997, 1309-1310.

²⁵⁴ Sul punto, diffusamente, G. MANNOZZI, *op. ult. cit., passim*.

legislativa – anche la scelta in favore di taluno dei riti alternativi previsti dal codice di rito. Tale circostanza non sembra però minare *gravemente* il ruolo del giudice nel garantire una misura di pena “aderente” al caso.

Difatti, nel caso di patteggiamento, l’art. 444 c.p.p. prescrive in capo al giudice l’obbligo di controllare la ‘congruità della pena’ rispetto al fatto; nel caso di giudizio abbreviato, inoltre, lo sconto di pena avviene sul ‘dosaggio’ già effettuato a monte dal giudice.

Sembra pertanto possibile considerare che la pena da irrogare *nasca giurisdizionalmente* adeguata al caso, seppure venga poi ridotta sulla base di *bonus* che trovano la loro ragione d’essere altrove, ossia in esigenze deflattive estranee alle finalità della pena, ma facenti pur sempre parte delle ‘regole del gioco’ processuale e perciò prevedibili²⁵⁵.

Tuttavia, è pur vero che il differente trattamento sanzionatorio fondato sulla scelta del rito premiale si scontra con la razionalità del sistema sanzionatorio, per il

²⁵⁵ In senso critico, Cfr. E. DOLCINI, *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale? Note a margine dell’art. 444 c.p.p.*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990, 797-814, il quale, tuttavia, lascia ad un *post scriptum* dovuto all’intervento della Corte Cost. n. 313/1990 le proprie conclusioni: “Ma torniamo agli effetti immediati della pronuncia della Corte Costituzionale. Con tutta evidenza, essa individua un nuovo punto di equilibrio fra istanze di giustizia sostanziale nella commisurazione della pena ex art. 444 c.p.p. e funzionalità del processo: mentre ridimensiona il rischio che il procedimento speciale in questione approdi all’applicazione di pene ‘ingiuste’ - «assolutamente incongrue», secondo la terminologia della Corte -, rende d’altro canto il ‘patteggiamento’ meno vantaggioso per l’imputato, se è vero che la presentazione della richiesta, poi disattesa dal giudice, potrebbe in qualche misura riverberarsi negativamente sull’esito del processo, che sarà condotto secondo il rito ordinario”. Cfr. anche G. MANNOZZI, *op. ult. cit.*, 14-18, la quale ravvisa nei riti alternativi una ‘disintegrazione’ del modello di commisurazione.

quale in teoria non parrebbero concedersi diversificazioni del *quantum* di pena che non hanno la loro ragion d'essere nel *totem* della commisurazione (*id est*: art. 133 c.p.)²⁵⁶.

Tanto premesso, nel prosieguo del lavoro, ci si occuperà dei soli problemi legati alla individuazione della pena da irrogare da parte del giudice della cognizione, tralasciando gli 'aggiustamenti' operanti altrove ovvero le 'sostituzioni' qualitative con misure alternative alla pena detentiva.

Si valuteranno, invece, le possibili relazioni tra le diverse fasi e i diversi istituti che incidono sulla commisurazione della pena (ad esempio, le valutazioni di sospendibilità della pena, la sostituzione della pena detentiva breve e il perdono giudiziale)²⁵⁷. Senza una chiara bussola, infatti, i diversi momenti della commisurazione, potrebbero confondersi tra loro e dare vita a un risultato ibrido e intuitivo, che si presterebbe ad una razionalizzazione motivazionale *ex-post*. Accorta dottrina si è infatti chiesta se non sia plausibile ritenere che il giudice, in assenza di un percorso decisionale etero-imposto, decida in primo luogo la meritevolezza del caso in ordine alla sospendibilità della pena per poi ricondurvi un quantitativo di pena che la renda possibile²⁵⁸, specie nei casi di pena 'patteggiata' dove la sospensione della pena potrebbe addirittura essere l'unico stimolo verso la scelta del rito alternativo²⁵⁹.

²⁵⁶ Cfr. E. DOLCINI, *Razionalità*, cit.; L. MONACO – C.E. PALIERO, *op. cit.*; M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *sub art. 133 c.p.*, 2012, Giuffè;

²⁵⁷ Così A. M. STILE, *La commisurazione della pena nel contesto attuale del sistema sanzionatorio. Aspetti problematici*, in M. BASSIUNI – A.R. LATAGLIATA – A.M. STILE (a cura di), *Studi in onore di G. Vassalli*, 1945-1990, Vol. I, Giuffè, 1991, 288.

²⁵⁸ Cfr. A. M. STILE, *op. ult. cit.*, 294.

²⁵⁹ Cfr. L. MONACO – C.E. PALIERO, *op. cit.*, 444, i quali giungono a definire "pseudo-commisurazione" quella riguardante 'pena patteggiata' che avviene su di un astratto capo

Vanno pertanto approfondite all'interno della disciplina legislativa della commisurazione della pena e del suo quotidiano esercizio ad opera dei giudici, le capacità contenitive dei pericoli di irrazionalità, letta come elusione delle esigenze di proporzionalità.

3. *La disciplina della commisurazione della pena nel codice penale e i suoi vulnera*

«Si definisce commisurazione della pena la determinazione, da parte del giudice, della quantità di pena da infliggere in concreto al reo tra il minimo ed il massimo edittali»²⁶⁰. Il codice penale disciplina espressamente l'istituto all'art. 133 c.p., aderendo a quell'impostazione secondo la quale «discrezionalità significa attribuzione di un potere di decisione nel caso concreto che non è rigidamente predeterminato da fattispecie legali tassative, ma è aperto a valutazioni che tengano conto di aspetti particolari, *individualizzanti*, del caso concreto. E' questo il modello di discrezionalità applicativa che può essere ritenuto coerente con il principio di legalità della pena (...): il potere del giudice non può essere arbitrario, sciolto da vincoli, perché ciò sarebbe in contrasto con il principio di legalità»²⁶¹.

di imputazione, eludendo le necessità di individualizzazione al fatto e all'autore proprie dell'art. 133 c.p.

²⁶⁰ Così, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 6^a ed., Zanichelli, 2009, 754.

²⁶¹ Cfr. D. PULITANÒ, *op. ult. cit.*, 493.

Tuttavia, la dottrina più accreditata ha denunciato da tempo l'incompletezza della disciplina sulla commisurazione della pena, a causa dell'assenza di una chiara presa di posizione sulle finalità della stessa²⁶².

La 'giusta' misura della pena, andrebbe infatti valutata rispetto allo scopo che essa deve perseguire. E' pur vero che, coraggiosa giurisprudenza²⁶³, spinta dalle riflessioni della Corte Costituzionale²⁶⁴, ha da tempo avviato un processo di recupero del principio di *proporzionalità* della pena, quale declinazione della finalità rieducativa nel momento commisurativo. Secondo detta impostazione, la giusta misura di pena non può superare il grado di colpevolezza del reo. Inoltre, se è vero che la finalità general-preventiva o special-preventiva della pena possono giustificare uno spostamento verso l'alto o verso il basso della pena 'base', quest'ultima va, almeno inizialmente, collocata in una delle classi di gravità in cui è frazionabile la cornice edittale attraverso l'applicazione dei criteri di espressi dal legislatore nella gravità del reato e la capacità a delinquere del reo²⁶⁵.

²⁶² Cfr. per tutti, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 34, 3 ss.; ID, *L'art. 133 c.p. al vaglio del movimento internazionale di riforma*, cit. L'Autore ritiene infatti che anche "la finalità di individualizzazione (...) non dice ancora nulla circa i criteri secondo i quali deve essere esercitato il particolare potere discrezionale relativo alla scelta della pena all'interno dello spazio edittale. Di individualizzazione si può parlare in una prospettiva di prevenzione speciale, come di prevenzione generale, come di retribuzione". In senso contrario, cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2000, 491 ss.

²⁶³ Cfr. per i riferimenti giurisprudenziali, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1991, 55 e ss e D. ARCELLASCHI, *Rassegna delle più recenti pronunce di legittimità in tema di criteri di commisurazione della pena ex art. 133 c.p. (ed obbligo motivazionale): un'occasione per riflettere sulla deriva dall'originario dettato normativo*, in *Indice penale*, n. 3/2015, 370 ss.

²⁶⁴ Cfr. *Corte Cost.*, sentenza n. 313/1990.

²⁶⁵ La discrezionalità del giudice penale può dunque definirsi, oltre che limitata dalla cornice edittale, "regolata e controllata". Cfr., E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 401, il quale richiama

Pur in assenza di una presa di posizione circa lo/gli scopo/i della pena che potrebbe valorizzarne diversamente il carico sanzionatorio, l'art. 133 c.p. «precisa i fattori» di cui il giudice deve «tenere conto nell'adempimento del suo compito di prosecuzione dell'opera del legislatore e di specificazione -“concretizzazione”»²⁶⁶ della pena al caso concreto. Più in generale, l'art 133 c.p. rappresenta il «paradigma della discrezionalità», sia in senso stretto che in senso lato, orientando, ad esempio, anche la valutazione di congruità della pena richiesta dalle parti nel caso di patteggiamento, ovvero il giudizio di bilanciamento tra circostanze aggravanti e attenuanti²⁶⁷. In dottrina si è inoltre discusso se i criteri previsti dall'art. 133 c.p. siano onnicomprensivi o esemplificativi dei fattori che il giudice deve considerare in tema di irrogazione della sanzione²⁶⁸.

Frutto del compromesso tra la scuola classica e quella positiva, gli indici individuati dall'articolo 133 c.p. sono: a) **la gravità del reato**; b) **la capacità a delinquere** del reo.

La gravità del reato ha il compito di circoscrivere la pena «entro le coordinate dell'istanza retributiva, ossia di richiedere un rapporto di proporzione» tra il fatto e la

le parole di un illustre studioso, contenute in G. VASSALLI, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, in AA.VV., *Conferenze – Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari (10 maggio- 27 giugno 1957)*, Tomo II, Giuffrè, 1958, 741.

²⁶⁶ Così M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico*, cit.

²⁶⁷ In questi termini, ibidem; per una lucida analisi sulla natura del potere discrezionale del giudice ai sensi dell'art. 69 c.p., si rimanda ad A. M. STILE, *Discrezionalità*, cit.

²⁶⁸ Nel senso della onnicomprensività, Cfr. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit.; G. VASSALLI, *op. cit.*, 1326. In senso contrario, cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione*, cit., 40 ss; G. PAVICH, *Il calcolo della pena. Modalità pratiche*, Giuffrè, 2015, 27 e M. ROMANO-G. GRASSO, *op. cit.*

gravità del reato²⁶⁹. In altre parole, il primo comma dell'art. 133 c.p. delinea il primo *step* da seguire, ossia estrarre una misura di pena (o più misure) che sia adeguata alla «gravità della realizzazione colpevole del fatto»²⁷⁰.

Il legislatore prescrive inoltre gli indici cui ancorare il giudizio di gravità:

❖ *Dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione.*

Rileva, in altre parole, ogni circostanza contingente alla condotta criminosa, incluse quelle relative alla vittima (ad esempio, età, possibilità di difesa)²⁷¹, dovendo evitare però, secondo la tesi portata avanti da autorevole dottrina, una sovrapposizione valutativa con gli elementi necessari ai fini della *esistenza* del fatto. Quest'ultimi potranno incidere sulla commisurazione della pena soltanto per la peculiare “tonalità” di manifestazione²⁷².

La varietà e l'ampiezza dei concetti richiamati (specie quello della modalità dell'azione²⁷³), i quali possono affrescare in modo non uniforme l'impalcatura tipica delle diverse fattispecie delittuose, difficilmente potranno dare luogo a un giudizio univoco circa il livello di dosimetria sanzionatoria da assegnare.

²⁶⁹ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, 758.

²⁷⁰ Cfr., per il virgolettato, D. PULITANÒ, *op. ult. cit.*, 496; cfr. anche M. ROMANO – G. GROSSO, *op. cit.*

²⁷¹ *Ibidem.*

²⁷² Cfr., ampiamente, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 339 ss, il quale riporta l'esempio della rapina, per la quale il giudice non potrà aggravare la commisurazione della pena sulla sola presenza di violenza o minaccia alla persona, trattandosi di caratteristiche insite nel reato. Le circostanze tipiche, pertanto, potranno avere rilevanza nella commisurazione solo se ‘eccezionalmente rilevanti’.

²⁷³ Cfr. G. PAVICH, *op. cit.*, 28.

❖ *Dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa.*

Tale indice va inteso quale grado di offensività (anche potenziale) della condotta rispetto al bene giuridico protetto, non invece quale conseguenza dannosa rilevante ai fini civilistici²⁷⁴.

❖ *Dall'intensità del dolo o dal grado della colpa.*

E' il referente soggettivo²⁷⁵ di individualizzazione del fatto, legato cioè al livello di adesione psichica o al grado di distacco dalla regola precauzionale violata. Qui la valutazione è facilitata dalle sotto-categorie in cui viene dogmaticamente scorporato l'elemento psicologico del reato, specie il dolo²⁷⁶.

Il secondo *step* (non necessariamente logicamente slegato dal primo)²⁷⁷, seguendo l'ordine letterale della norma, che il giudice dovrà seguire nel procedimento di dosimetria sanzionatoria attiene alla **capacità a delinquere**²⁷⁸ del reo, desunta dai seguenti indicatori:

❖ *Dai motivi a delinquere e dal carattere del reo.*

I motivi sono stati definiti quale «causa psichica» che induce a delinquere, mentre per carattere si intende l'insieme delle componenti biologiche, psichiche ed

²⁷⁴ Così G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, 758.

²⁷⁵ Cfr. M. ROMANO – G. GROSSO, *op. cit.*

²⁷⁶ In giurisprudenza, seppur datata, cfr. *Cass. pen., Sez. Unite, 12/10/1993, n. 748*, (rv. 195805).

²⁷⁷ Opta per la indissolubile unità del momento valutativo dei due criteri, G. VASSALLI, *op. cit.*, 1326.

²⁷⁸ Non è questa la sede per ripercorrere nel dettaglio le differenti posizioni circa la proiezione della capacità a delinquere verso il futuro o al passato, per cui si rimanda, anche per l'ampia letteratura richiamata, a E. DOLCINI, *La commisurazione*, cit., 43 ss.

etiche della personalità del reo²⁷⁹. In altri termini, si tratta di stabilire il livello «disprezzo o noncuranza» verso il bene giuridico e il temperamento dell'agente²⁸⁰. Concetti, anche questi, dalle tonalità neutre, che rischiano di essere riempiti da formulette stereotipate.

❖ *Dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato.*

Stando alla formula usata dal legislatore, rientrerebbero nella categoria dei 'precedenti' giudiziari anche le sentenze di proscioglimento (per intervenuta prescrizione²⁸¹, ad esempio) che siano in grado di delineare la capacità a delinquere del reo. Per quanto concerne la condotta di vita antecedente al reato, seppur slegata dal disvalore del fatto, essa deve quantomeno esser sintomatica di una ribellione all'ordinamento giuridico²⁸².

❖ *Dalla condotta contemporanea o susseguente al reato.*

Diversamente da quanto rilevato ai fini del criterio *sub l. a)*, qui la condotta contemporanea al reato va intesa come ogni circostanza 'atipica' ma capace di connotare negativamente la personalità dell'agente. Tra i comportamenti successivi rientra, anche e soprattutto, il comportamento processuale dell'imputato²⁸³.

❖ *Dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.*

²⁷⁹ Così G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, 761-762.

²⁸⁰ Cfr. G. PAVICH, *op. cit.*, 32.

²⁸¹ Cfr. *Cass. pen., Sez. V, 13/06/2013, n. 39473, (rv. 257200)*.

²⁸² Cfr. M. ROMANO – G. GROSSO, *op. cit.*, i quali ritengono eccessiva l'ampiezza della formula usata dal legislatore.

²⁸³ *Ibidem*.

Sono inclusi quegli aspetti ambientali che possono aver inciso sul «processo criminogenetico». Va comunque segnalata l' idoneità del requisito a giustificare sia un aggravamento di pena che una sua riduzione a seconda dello scopo che si vuole perseguire (rieducazione, retribuzione o neutralizzazione)²⁸⁴.

Ad una seppur sommaria analisi, è già evidente un dato: l' *eterogeneità e flessibilità* dei fattori di commisurazione della pena, che contengono sia circostanze legate al fatto che altre estranee ad esso e «suscettibili di interpretazioni diverse»²⁸⁵. Specie con riferimento alle condotte precedenti e quelle successive al reato è stata opportunamente segnalata l' *incertezza* circa il significato loro attribuibile, potendo essere votate sia ad un loro utilizzo in positivo che in negativo per il reo, secondo la particolare sensibilità dell'organo decidente²⁸⁶. E' inoltre stata denunciata l' assenza di un punto di «equilibrio» e di una gerarchia tra la gravità del fatto e la capacità a delinquere²⁸⁷. La gestione dei criteri normativi è pertanto rimessa al libero apprezzamento giudiziale²⁸⁸.

²⁸⁴ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, 762.

²⁸⁵ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 43.

²⁸⁶ Cfr. E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 321.

²⁸⁷ Cfr. L. MONACO – C. E. PALIERO, *op. cit.*, 428. Cfr. anche E. DOLCINI, *La disciplina della commisurazione della pena*, cit., 144, che denuncia l' assenza di alcuna “sistematica dei criteri di commisurazione”. Cfr. anche G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 231.

²⁸⁸ In giurisprudenza ci si limita infatti a richiedere una valutazione ‘complessiva’ dei diversi criteri (fatto e personalità dell' autore). Cfr., da ultimo, *Cass. pen., Sez. III, 20/09/2016, n. 48304*, (rv. 268575).

Ecco perché l'art. 133 c.p. è stato definito norma «reticente», «ben lungi dall'imporre una minuziosa ad incisiva disciplina della alla discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena»²⁸⁹.

Di fondamentale importanza per la verifica di una sua razionale applicazione, risulta quindi la presenza di una adeguata e analitica motivazione, volta a fare luce sul valore attribuito dal giudice ai singoli criteri che ne hanno orientato le scelte discrezionali.

Difatti, i fattori legali della commisurazione della pena poc'anzi esposti vanno applicati dal giudice al caso concreto, all'interno del potere discrezionale che gli è riconosciuto dall'art. 132, comma 1, c.p.

Come più volte affermato in dottrina, si tratta di un potere discrezionale vincolato sia esternamente, quanto alla cornice edittale astrattamente fissata del legislatore, che internamente, rispetto agli scopi della pena e ai suoi criteri di individualizzazione *ex art. 133 c.p.*

Dell'esercizio di tale potere, il giudice è tenuto a dare conto in motivazione.

Posto a tutela dell'imputato e del trasparente esercizio della giurisdizione in nome del popolo²⁹⁰, l'art. 132, comma 1, c.p. espressamente obbliga i giudici ad esplicitare in motivazione la ragioni che hanno portato alla scelta della misura di pena irrogata.

²⁸⁹ E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 53.

²⁹⁰ Così G. COCCO – E. M. AMBROSETTI (a cura di), *Trattato breve di diritto penale. Parte generale – II – Punibilità e pene*, CEDAM, 2015, 288. Dello stesso avviso, inoltre, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 64.

Ora, salvo voler aderire a poco auspicabili meccanismi *computerizzati* che offrano un risultato sanzionatorio uniforme²⁹¹, la razionalità della pratica della commisurazione della pena poggia tutta sull'uniformità di approccio dei giudici agli indici legalmente imposti, che può verificarsi esclusivamente all'esito del *test* riguardante (soprattutto) il puntuale rispetto dell'obbligo motivazionale.

4. *Test di razionalità della commisurazione della pena*

Dopo aver fornito una breve ricostruzione dei criteri che disciplinano la discrezionalità sanzionatoria del giudice, proveremo adesso a sottoporre la disciplina al *test* di razionalità sopra delineato e raccogliere i risultati in un catalogo di *vulnera*, per lo più emersi dall'analisi prasseologica.

4.1. *L'osmosi dell'irrazionalità dalle cornici edittali alla prassi della commisurazione della pena*

Come abbiamo già segnalato, negli ultimi decenni si è registrata una costante tendenza della politica criminale verso l'innalzamento e la dilatazione dello spazio edittale, tanto da far nutrire fondati dubbi che le cornici edittali corrispondano all'attuale disvalore delle condotte criminalizzate. La perdita «sapienza tecnica»²⁹² nella determinazione dei minimi e massimi di pena, frutto piuttosto di spinte populiste²⁹³ e

²⁹¹ L'applicazione uniforme del diritto è stata autorevolmente definita un "mito" da M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e il suo controllo politico*, cit., 89.

²⁹² Cfr. A. M. STILE, *op. ult. cit.*, 276.

²⁹³ Cfr., ampiamente, *supra*, cap. I.

di *real politik*, ha determinato un curioso effetto distorsivo ‘a catena’²⁹⁴: l’affiancamento alla politica criminale di una «*politica penale giudiziaria*»²⁹⁵. Orbene, non v’è chi non veda come l’attività giurisdizionale sia *sempre* una ‘scelta politica’, nel senso di dare corpo e anima ad un insieme di parole, che solitamente si prestano a molteplici interpretazioni²⁹⁶. Ciò che trasforma un momento fisiologico dell’attività ermeneutica in patologico è la «politicizzazione della giustizia», ossia l’introduzione/scelta di valori diversi da quelli voluti dal legislatore²⁹⁷.

È sotto questa luce che va valorizzato il distinguo tra discrezionalità (fisiologica) e politica penale giudiziaria (patologica).

La prima corrisponde infatti all’esercizio del potere discrezionale in conformità con gli scopi prefissati dalla legge, ossia quale *longa manus* del legislatore «dove questi non può arrivare»; mentre la seconda, riportando le convincenti parole di Stile, è «l’esercizio del potere discrezionale non conforme alla legge, in genere per il prevaler di fini diversi su quelli per i quali il potere è stato concesso». Ecco che quindi, la razionalità del sistema deve fare i conti con l’uso ‘politico’ della commisurazione della pena che si esprime in ciò: «il giudice nel concretizzare la pena introduce un

²⁹⁴ Sul punto, sono sempre attuali le parole di S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 5: “Quando le leggi sono oscure, perché pletoriche, farraginose, contraddittorie, l’aspirazione ad una giurisprudenza affidabile, non oscillante, secondo la prefigurazione illuministica, diviene di realizzazione pressochè impossibile”.

²⁹⁵ Cfr. A. M. STILE, *op. ult. cit.*, 279.

²⁹⁶ Cfr. M. TRAPANI, *op. cit.*, 59.

²⁹⁷ *Ibidem*, 63.

ulteriore valutazione: **la congruità in assoluto della sanzione la proporzione effettiva tra la colpa ed il castigo»²⁹⁸.**

In altre parole, si completa quel processo di delega alla magistratura di funzioni proprie del legislatore penale, cui facevamo prima cenno²⁹⁹. La presa d'atto di uno squilibrio *in the books* tra il bene oggetto di tutela e la misura della pena 'giustificherebbe' la magistratura ad adattare (o meglio, sostituire) la scala di valori normativamente fissati nel Codice con quella derivante dal contesto sociale³⁰⁰, assurgendosene a portavoce.

Tale fenomeno si manifesta, talvolta, nella tendenza di applicare una pena vicino al minimo edittale, nella concessione pressoché automatica delle circostanze attenuanti generiche, nella concessione automatica della sospensione condizionale

²⁹⁸ Cfr. A. M. STILE, *op. ult. cit.*, 279 (enfasi aggiunta). Cfr. anche E. DOLCINI, *La disciplina della commisurazione della pena: spunti per una riforma*, in G. VASSALLI (a cura di), *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, Giuffrè, 1982, 143: "Gli art. 132 e 133 c.p. chiarivano infatti come gli spazi edittali non dovessero intendersi quale «cornice» di un potere giudiziario sovrano, ma individuassero invece una scala continua di sottofattispecie, graduate secondo la gravità del reato e la capacità a delinquere del reo, entro la quale il giudice avrebbe dovuto collocare la fattispecie concreta. (...) si configurava dunque come prosecuzione da parte del giudice delle valutazioni espresse dal legislatore nella comminatoria di pena" e M. TRAPANI, *op. cit.*, 58: "il giudice «sembra» applicare la «legge» (scritta). Il che avviene però quando le sue «valutazioni» - come accade di regola ancora oggi - si muovano sostanzialmente lungo la stessa linea «politica» di «valori» del c.d. «legislatore»".

²⁹⁹ Autorevolmente definita il "surrogato (sgradevole ma inevitabile) di un organico intervento normativo" da T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, cit., 423. Sul tema, cfr. anche DOLCINI, *Discrezionalità del giudice*, cit., 304.

³⁰⁰ Cfr., da ultimo, *Cass. Pen., Sez. VI, ordinanza n. 1418/2017*, 20, dove, denunciando la sproporzione del minimo edittale prevista dall'art. 73, comma 1, D.p.r. n. 309/1990, si chiosa: "Il che, nella prassi, spesso induce i giudici a forzature interpretative, tese a rimediare - mediante l'ampliamento dell'ambito applicativo dell'ipotesi "lieve" - l'ingiustificato dislivello edittale fra le due fattispecie incriminatrici".

della pena e nella elusione dell'obbligo di motivazione³⁰¹. In tali ipotesi, l'uniformità dell'esito sanzionatorio che ne deriva, non deve far pensare al risultato dovuto alla puntuale applicazione dei criteri commisurativi della pena. Piuttosto, come affermato da accorta dottrina, il dato è frutto della «generalizzata e indiscriminata tendenza ad irrogare la pena nel minimo, o in prossimità del minimo»³⁰² a discapito delle speranze di individualizzazione della pena. Nulla toglie, però, che tale sostituzione possa esprimersi nel senso inverso, quello dell'arbitrario irrigidimento della misura di pena, a causa degli *input* offerti dal contesto sociale per fenomeni delittuosi di particolare allarme sociale, ovvero nell'utilizzo 'a cuor leggero' della misura cautelare in carcere.

Se da un lato si apprezza l'empirismo della giurisprudenza volto a porre rimedio all'assenza di una riforma organica delle cornici edittali, deve comunque sottolinearsi il serio rischio di una deriva irrazionale della prassi della commisurazione della pena, dove valutazioni eterogenee disattendono i vincoli, invero già poco stringenti, posti dal legislatore³⁰³.

Per di più, non va sottaciuto come le divergenze sanzionatorie dovute a ragioni di politica giudiziaria creano paralleli binari sanzionatori a seconda del tipo di reato o di autore, comportando irragionevoli disparità in violazione del principio di uguaglianza sancito all'art. 3 della Costituzione.

³⁰¹ T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, cit., 423.

³⁰² Cfr. E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 147

³⁰³ Si legittima così peraltro la rinuncia alle garanzie della motivazione e si appiattisce il procedimento di commisurazione attorno a una generale correzione verso il basso. Così E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 147.

Sarebbe pertanto auspicabile che legislatore e magistratura tornino a occuparsi ciascuno delle proprie funzioni, limitando le indebite ‘invasioni di campo’³⁰⁴. Diversamente, come autorevolmente affermato, continuerebbe a mancare «il terreno sotto i piedi a una qualsiasi teoria della commisurazione che non sia solo una pregevole astrazione dalla realtà del sistema vigente (e vivente), e che pertanto resta relegata nell’ambito politico-criminale e nella sfera *de iure condendo*»³⁰⁵.

4.2. *La scarsa attenzione riservata all’art. 133 c.p.*

Rimandando al paragrafo 4.5. la disamina dei problemi legati all’assenza di una presa di posizione circa gli scopi della pena, è il caso di segnalare in primo luogo la scarsa attenzione riservata dalla dottrina e dalla giurisprudenza³⁰⁶ all’art. 133 c.p. Segnatamente: da una disciplina equivoca e che si presta a diverse interpretazioni ci si sarebbe aspettati, in primo luogo, un acceso dibattito dottrinale. Invece, salvo sporadiche eccezioni, è avvenuto l’esatto contrario. La presa di posizione del legislatore (che ha espressamente adottato un indice di riferimento normativo) ha come anestetizzato l’evoluzione critica dell’art. 133 c.p. Inoltre, la giurisprudenza «tace su molti punti fondamentali. Quegli stessi problemi sui quali ha avuto occasione di pronunciarsi risultano affrontati in modo episodico e con scarso approfondimento: spesso trovano anzi soluzioni contraddittorie, cosicché l’incidenza delle rare pronunce

³⁰⁴ Rispetto al problema ‘politico’ dell’attuale ‘rapporto’ tra poteri, cfr. M. TRAPANI, *op. cit.*, *passim*.

³⁰⁵ Così A. M. STILE, *La commisurazione della pena nel contesto attuale*, cit., 291.

³⁰⁶ Tale denuncia si deve a E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 39 ss.

della Cassazione sulla successiva giurisprudenza di merito rischia di rivelarsi nulla»³⁰⁷. Considerato l'utilizzo pressoché quotidiano nella pratica giudiziaria della norma, stranisce infine la quasi totale carenza di denunce della sua violazione³⁰⁸.

Questa disattenzione fa pensare a pericolosi buchi neri nella prassi della commisurazione della pena, sottratti a qualsiasi serio controllo di legalità.

4.3. *Lo svuotamento dell'obbligo di motivazione*

In dottrina, generalmente, viene data per acquisita la natura 'vincolata' della discrezionalità sanzionatoria del giudice, dovendo quest'ultimo sottostare sia ai limiti esterni rappresentati dalla cornice edittale che a quelli interni, «fissati dall'art. 133 c.p. e all'ulteriore limite di natura processuale, rappresentato dall'obbligo di motivazione ex art. 132 comma 1° c.p.»³⁰⁹. La stessa dottrina giunge finanche ad individuare le caratteristiche di una motivazione costituzionalmente impeccabile, allorquando «sia redatta così da fare emergere l'*iter* logico seguito dal giudice nella commisurazione della pena: dunque, individuando i criteri fattuali che hanno contribuito ad orientare le scelte del giudice e le finalità conferite alla pena». In effetti, soltanto il pedissequo rispetto dell'obbligo motivazionale può fungere da baluardo contro motivazioni artefatte, che abbiano il solo scopo di offrire «un'apparenza di legittimità a scelte del giudice in realtà svincolate dal diritto positivo»³¹⁰.

³⁰⁷ Così E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 59.

³⁰⁸ *Ibidem*.

³⁰⁹ Cfr., per tutti, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, cit., 55.

³¹⁰ Così E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 57.

Orbene, l'analisi della giurisprudenza, sia datata che quella più recente, offre un quadro diverso, dove la motivazione puntuale e analitica rappresenta l'eccezione alla regola, fatta di formulette stereotipate prive di reale contenuto qualificante. Di conseguenza, deve concordarsi con chi afferma che «questa materia sia sottratta, nel sistema del codice vigente, a controlli più che superficiali e rimanga affidata alle scelte insindacabili del giudice di merito»³¹¹.

Seguendo l'evoluzione giurisprudenziale in materia³¹², è possibile infatti isolare tre linee di tendenza riguardanti l'obbligo di motivazione:

1. L'arroccamento della giurisprudenza dietro formule stereotipate

Da un lato, l'impossibilità di dare veste esplicita a fattori *extra*-giuridici che guidano il giudice nella determinazione della pena³¹³, peraltro talvolta imposta dall'opera di adeguamento delle «astronomiche pene edittali»³¹⁴ del Codice Rocco;

³¹¹ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 68.

³¹² Cfr., per tutti, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit.; ID, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, cit.; ID, *L'art. 133 c.p. al vaglio*, cit.; G. MANNOZZI, *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena. Il Just Desert model e la riforma del sentencing nordamericano*, cit., 7-8; Più recentemente, cfr. D. ARCELLASCHI, *Rassegna delle più recenti pronunce di legittimità in tema di criteri di commisurazione della pena ex art. 133 c.p. (ed obbligo motivazionale): un'occasione per riflettere sulla deriva dall'originario dettato normativo*, cit.

³¹³ Sul punto, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 66: «È vero che «ciò che non è afferrabile razionalmente, non può nemmeno essere partecipato»; soltanto argomentazioni razionali possono essere espresse in motivazione. Ma da questo rilievo si dovrebbe trarre a nostro giudizio una conclusione opposta a quella avanzata dalla giurisprudenza: nell'obbligo per il giudice di indicare i motivi che giustificano le sue scelte discrezionali dovrebbe scorgersi piuttosto una preclusione contro l'irrompere di elementi irrazionali nella commisurazione della pena. Il fatto di dover espressamente rendere conto delle considerazioni svolte significa innanzitutto che il giudice deve chiarire a sé stesso i motivi delle proprie scelte; in questo modo egli dovrebbe essere indotto a una sorta di autodisciplina, così che l'irrazionale sia confinato in quelle sole zone della commisurazione della pena, nelle quali non sia possibile fondarsi su elementi di diversa natura».

³¹⁴ Così E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, cit., 60.

dall'altro, l'arroccamento della magistratura contro invasioni in un campo solitamente «riservato al suo sovrano apprezzamento»³¹⁵, hanno creato un primo filone interpretativo, durato almeno fino al 1987, che ha riconosciuto nella motivazione una garanzia per il solo imputato, perciò abdicabile laddove quest'ultimo abbia già ottenuto «un trattamento (sanzionatorio) sufficientemente 'benevolo'»³¹⁶. Conseguentemente, si è ossidata una certa tolleranza verso motivazioni apodittiche, ridotte all'adozione di clausole di stile che fanno riferimento a concetti vaghi come 'equità', 'giustizia', 'adeguatezza' e 'congruità' della pena, in palese contraddizione con le esigenze di trasparenza e razionale prevedibilità della pena.

2. L'avvicinamento della giurisprudenza ai richiami della dottrina a partire dal 1987

Salutata con caloroso favore dalla dottrina, in quanto prima pronuncia dove «si mettono a fuoco, con dovizia di argomentazioni e singolare grado di approfondimento, i temi della motivazione *ex art. 132 c.p.* e della natura della discrezionalità *ex art. 133*»³¹⁷, la sentenza della *Cass. Pen.*, 14 gennaio 1987, *Cardile*, ha il merito di aver dato vita ad un filone della I Sezione della Corte di Cassazione in totale controtendenza rispetto al passato.

³¹⁵ Cfr. E. DOLCINI, *L'art. 133 c.p. al vaglio*, cit., 403.

³¹⁶ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, cit., 59. Nostra, invece, l'aggiunta in parentesi.

³¹⁷ Così, E. DOLCINI, *L'art. 133 c.p. al vaglio*, cit., 404.

Il Supremo Collegio partendo dalla constatazione della «concreta abrogazione per desuetudine» dell'obbligo di motivazione, giunge a sottolineare il carattere proteiforme della garanzia motivazionale - quale espressione dell'esercizio della funzione giurisdizionale in nome del popolo - e finisce con il delineare i requisiti minimi della motivazione nella *generalità, indisponibilità e completezza*.

Si comincia così a pretendere dai giudici di merito la valorizzazione, anche se per concisa esposizione, dei criteri oggettivi e soggettivi richiamati dall'art. 133 c.p. e tenuti in considerazione ai fini della commisurazione della pena³¹⁸.

3. La soluzione *ibrida* dell'attuale orientamento maggioritario

A partire dagli approdi cui è giunto la Cassazione nel 1987, si è sviluppato un orientamento per così dire 'mediano' che ha differenziato secondo un'ottica «ponderale»³¹⁹ la conformazione dell'obbligo di motivazione. Si ammette, infatti, una progressiva evaporizzazione dell'obbligo di motivazione man mano che la pena si sposti dalla misura media verso il minimo edittale³²⁰. Viceversa, si richiede maggiore

³¹⁸ Per le considerazioni di cui sopra, cfr. E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 404-405; ID., *La commisurazione della pena*, cit., 59 ss.; ID., *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, cit., 61-62;

³¹⁹ Così D. ARCELLASCHI, *op. cit.*

³²⁰ Ed infatti, come riportato nella puntuale e interessante analisi di D. ARCELLASCHI, *op. cit.*: «la sentenza sez. VI, 04 luglio 2005, n. 38856, stabiliva che «In tema di determinazione della pena, quanto più il giudice intenda discostarsi dal minimo edittale, tanto più ha il dovere di dare ragione del corretto esercizio del proprio potere discrezionale, indicando specificamente quali tra i criteri, oggettivi o soggettivi, enunciati dall'articolo 133 c.p. siano stati ritenuti rilevanti ai fini di tale giudizio, dovendosi perciò escludere che sia sufficiente il ricorso a mere clausole di stile» (...) Ciò viene ribadito con la sentenza Sez. VI, 25 settembre 2007, n. 44766, secondo la quale «La determinazione della pena tra il minimo e il massimo edittali rientra tra i poteri discrezionali del giudice di merito ed è insindacabile in sede di legittimità qualora il giudice abbia adempiuto all'obbligo di motivazione, il quale, però si attenua nel caso in cui la misura sia applicata in misura media e, ancor di

rigore nell'espletamento dell'obbligo di motivazione allorquando ci si discosti dal medio verso il massimo edittale.

A ben vedere, tale *trend* viene confermato dalle poche sentenze di accoglimento in ordine ai lamentati vizi di motivazione *ex artt.* 132 e 133 c.p. giunti al Supremo Collegio³²¹. Nei due casi rinvenuti, l'annullamento con rinvio è stato giustificato non per la genericità della motivazione sulla misura di pena in quanto tale, bensì in relazione alla sua prossimità al massimo di pena, che impone una giustificazione 'rafforzata'.

Come è facile comprendere, l'approccio di *soft law* riguardante l'obbligo di motivazione, così come delineato dall'orientamento della Suprema Corte, ha avuto ulteriori conseguenze: in primo luogo, ha limitato fortemente lo sviluppo di un modello logico-razionale che indichi ai Giudici di merito la strada da seguire nello spiegare prima a sé stessi e poi al 'popolo' i percorsi argomentativi a sostegno di una determinata misura di pena. Se a ciò si aggiunge che la quasi generalità dei ricorsi presentati per carenza di motivazione in punto di commisurazione vengono dichiarati inammissibili sulla scorta della precedenti considerazioni, con conseguenziale

più, nel caso in cui la pena sia applicata in misura prossima al minimo(...)». Quanto alla formula ponderale sopra elencata, l'Autore richiama da ultima la *Cass. Pen., Sez. IV, 18 marzo 2014, n. 15428* che motiva: ««la determinazione della pena tra il minimo e il massimo edittale rientra tra i poteri discrezionali del giudice di merito ed è insindacabile nei casi in cui la pena sia applicata in misura media (...)»».

³²¹ Gli unici precedenti più recenti rinvenuti sono *Cass. Pen., Sez. III, sentenza del 14 dicembre 2016, n. 10505, Est. Macrì* e *Cass. Pen., Sez. III, sentenza del 24 marzo 2015, n. 17131, Est. Scarcella*.

pagamento alle spese processuali che solitamente si aggira dai 1.500 ai 2.000 euro³²², si può comprendere come la denuncia delle violazioni (e, quindi, le potenziali evoluzioni della giurisprudenza di legittimità) sul tema sia effettivamente poco stimolata.

Si assiste, infine, ad un ulteriore effetto distorsivo: l'appiattimento dei giudici di merito alle flebili indicazioni provenienti dall'organo nomofilattico, che finisce con il legittimare una prassi 'spensierata' nella stesura delle motivazioni.

Per dare sostanza a quanto affermato, pur senza pretese di completezza, alcuni esempi relativi alla prassi commisurativa sono stati agglomerati e analizzati dalla dottrina più attenta al tema³²³.

In primo luogo, analizzando alcune decisioni che hanno catalizzato l'interesse massmediatico, è stato isolato un caso curioso, dove il giudice, dopo aver incentrato la propria motivazione sulle circostanze favorevoli al reo e la necessità di una pena tenue, ha tuttavia individuato la pena base intorno massimo edittale previsto per il reato ascritto all'imputato. Ciò è stato opportunamente spiegato dall'Autore con la necessità dell'organo giudicante di offrire nell'immediatezza del dispositivo una risposta all'opinione pubblica, attenta alla vicenda processuale, salvo poi

³²² Per finalità meramente esemplificative, Cfr. *Cass. Pen., Sez. VII, ordinanza del 21 ottobre 2016, n. 54641*; *Cass. Pen., Sez. VI, sentenza dell'11 ottobre 2016, n. 46620*; *Cass. Pen., Sez. VII, ordinanza del 30 settembre 2016, n. 45357*; *Cass. Pen., Sez. II, sentenza del 14 settembre 2016, n. 46313*; *Cass. Pen., Sez. VII, ordinanza del 6 luglio 2016, n. 43841*, tutte consultabili in <http://www.italgiure.giustizia.it>.

³²³ Cfr. le lucide riflessioni e analisi di E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, cit., 63 ss.

successivamente giustificare (o smentire) se stesso in motivazione, spiegando le ragioni per le quali non si è potuto addivenire ad una pena ancora più grave³²⁴.

Tale apparente distonia può essere arricchita con un recentissimo esempio, fornito dalla sentenza sul noto caso che ha assunto il nome (evocativo) di *Rimborsopoli*³²⁵, dove il Tribunale di Torino, nonostante una motivazione rispetto al *quantum* di pena decisamente orientata verso la valorizzazione delle circostanze ‘negative’ per i condannati (ad esempio, l’impossibilità di riconoscere le circostanze attenuanti generiche o la frequenza degli episodi di peculato), finisce comunque con l’individuare la pena base nel minimo edittale di 3 anni di reclusione previsto all’epoca per il delitto di peculato.

Qualora tale *trend* dovesse essere confermato in larga scala da auspicabili studi criminologici sul tema, avremmo a che fare con la materializzazione di una curiosa incongruità, che si verifica specialmente in quei casi dove influenza della pressione pubblica è tangibile.

Lo stesso scrutinio è stato effettuato per alcuni gravi reati che non sono stati oggetto di particolare attenzione mediatica. In tali ipotesi, hanno trovato conferma le caratteristiche poc’anzi accennate. Si è infatti riscontrata la presenza di un irrobustimento dell’adempimento dell’obbligo di motivazione quanto più ci si muova

³²⁴ E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 65.

³²⁵ Cfr. *Tribunale di Torino, III Sez. Pen.*, 7 ottobre 2016, Pres. Begey, le cui motivazioni sono state depositate il 5 gennaio 2017.

dal minimo edittale verso il medio edittale³²⁶. Quando invece la pena base viene individuata intorno al minimo edittale, è stato confermato l'orientamento della Suprema Corte che ammette motivazioni apodittiche e potenzialmente artificiali. In alcuni casi, si riscontra addirittura l'assenza di qualsivoglia motivazione in tema di commisurazione³²⁷.

Con riferimento, invece, ai fenomeni di piccola criminalità di massa (ad esempio, il furto nei grandi magazzini o quello delle autoradio), dalla limitata risonanza mediatica, lo studio ha evidenziato una generale standardizzazione delle motivazioni, addirittura attraverso moduli precompilati cui andava solamente aggiunto il quantitativo di pena da abbinare alle formule di stile presenti nel modello.

In altre parole, fenomeni criminosi di elevata frequenza nelle aule dei Tribunali hanno mostrato la creazione di «una pena tariffa, di creazione prasseologica» legata a criteri semplificati (ad esempio, l'importo dell'assegno a vuoto ovvero il quantitativo di sostanza stupefacente) che si sostituisce ai criteri di creazione legislativa³²⁸.

In conclusione, la giurisprudenza di merito conferma e amplifica quotidianamente le contraddizioni sull'obbligo di motivazione avallate dalla Cassazione. Probabilmente, si tratta dell'aspetto cui maggiormente dovrà concentrarsi ogni prospettiva di riforma che non voglia tradursi in lettera morta. Senza un preciso, chiaro e vincolante procedimento logico-argomentativo, gli sforzi di riforma e di

³²⁶ Viene infatti sottolineata la tendenza per i reati di tipo sessuale a partire dal minimo edittale piuttosto che dalla misura intermedia di pena. Cfr. E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 72.

³²⁷ Cfr. E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 73.

³²⁸ Cfr. E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 71.

orientamento rischiano di perdersi nella prassi, fatta di motivazioni apparenti, che potrebbe nascondere decisioni intuitive, arbitrarie e quindi irrazionali.

4.4. *La disintegrazione dell'unitarietà della commisurazione della pena*

Abbiamo poc'anzi sollevando la seguente problematica: se tra i diversi momenti della commisurazione della pena esista una fisiologica comunicazione ovvero indebite interferenze. Se cioè le valutazioni sulla commisurazione *tout court* siano in grado di veicolare (*rectius*: dirottare) il giudizio normativamente imposto *ex art.* 133 c.p.

Come segnalato in dottrina, è innegabile che nel momento di individualizzazione della pena, il giudice consideri tutte le conseguenze che quella pena comporterà in termini di esecuzione (inframuraria o non), come ad esempio la sua sospendibilità³²⁹. Ciò che, però, va chiarito è quando le considerazioni di opportunità sulla pena detentiva si mescolino, offuscandole, con quelle imposte dall'art. 133 c.p., sostituendo la «personale prospettiva politico-criminale» del giudice a quella del legislatore³³⁰.

Orbene, quando è il legislatore stesso a incaricare il giudice del dibattimento a tenere in considerazione ulteriori aspetti rispetto alla sola dosimetria sanzionatoria *ex art.* 133 c.p. (come del caso della sospensione condizionale della pena), il giudice non potrà per ciò solo comprimere in favore di quest'ultima esigenza special-preventiva le

³²⁹ Cfr. A.M. STILE, *op. ult. cit.*, 300

³³⁰ *Ibidem*.

garanzie legate all'individuazione di una pena proporzionata al fatto colpevole (in altre parole, non potrà determinare una pena 'sospensibile' esclusivamente per favorire la risocializzazione del soggetto). Come autorevolmente suggerito da A. M. Stile, è all'interno del margine che va dalla prevenzione generale alla colpevolezza per il singolo caso che il giudice potrà inserire le ulteriori valutazioni di opportunità cui pure è chiamato nell'unitario procedimento di commisurazione della pena. Un sistema di tal guisa, sembra fornire coordinate maggiormente coerenti e precise circa l'operatività di diversi istituti sul *quantum* di pena da irrogare in concreto.

Qualora il legislatore dovesse rimettere, invece, al giudice dell'esecuzione le scelte di opportunità sull'*an* e *quomodo* dell'esecuzione della pena inflitta dal giudice della cognizione, una politica sanzionatoria razionale imporrebbe al giudice di merito di non tradurre nel processo di commisurazione le istanze risocializzanti rimesse ad altro giudice. Il primo dovrebbe, infatti, esclusivamente prendere atto che tale decisione è stata rimessa dal legislatore ad un altro organo e, di conseguenza, non invadere spazi valutativi attribuiti ad altri, limitandosi invece a fornire una risposta sanzionatoria conforme ai poteri conferitegli dall'art. 133 c.p.³³¹

Sotto il nome di 'frammentazione del momento sanzionatorio' può altresì inserirsi il fenomeno della «frattura negli spazi edittali», che si verifica per la interrelazione tra diversi istituti incidenti sulla commisurazione della pena. Bati pensare, come ben illustrato, all'ipotesi dell'omicidio doloso commesso da soggetto

³³¹ In tal senso, cfr. A. M. STILE, *La commisurazione della pena nel contesto attuale*, cit., *passim*.

seminfermo e aggravato ai sensi dell'art. 577, comma 1, n. 4. Orbene, qualora l'imputato operasse per il rito abbreviato, potrebbero verificarsi due scenari: a) che il giudice ritenga, sulla base del giudizio di bilanciamento, prevalente la circostanza aggravante: in tal caso *dovrà* comminare una pena di 30 anni di reclusione; b) nel caso in cui dovesse invece ritenere prevalenti le circostanze attenuanti, potrà irrogare una sanzione pari o inferiore a 16 anni di reclusione. Con un colpo di spugna, si sono virtualmente eliminati ben 14 anni di spazio edittale.

Qualora l'imputato scegliesse invece di percorrere la strada del rito ordinario, a seconda del giudizio di prevalenza o equivalenza delle circostanze, al giudice verrà preclusa la scelta di una pena nello spazio edittale che va dai 24 ai 30 anni, potendo operare solo al di sotto o al di sopra di tale *range*³³². Una tale 'frattura' nella cornice edittale non può che avere effetti negativi sulla razionalità della commisurazione della pena³³³, agevolando i processi di standardizzazione del risultato sanzionatorio.

4.5. *L'assenza di una chiara presa di posizione circa le finalità della pena*

Da più parti in dottrina³³⁴ è stata da tempo denunciata la colpevole assenza nella disciplina della commisurazione della pena dei criteri finalistici (e della loro

³³² L'esempio e il virgolettato sono di D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., 12, cui si rimanda per le interessanti considerazioni.

³³³ *Ibidem*, 13.

³³⁴ Cfr., tra gli altri, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 34; G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, 763; G. MANNOZZI, *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena*, cit., 21; T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, cit., 427; M. ROMANO – G. GRASSO, *op. cit.*; A. M. STILE, *op. ult. cit.*, 287.

gerarchia) in grado di orientare la valorizzazione degli indici di dosimetria sanzionatoria. Come efficacemente osservato, infatti, una pena ‘giusta’ in astratto non esiste.

Essa deve necessariamente fare i conti con lo scopo che si vuole perseguire che, a parità di gravità del fatto e capacità a delinquere del reo, inciderà sul carico sanzionatorio c.d. ‘adeguato’³³⁵.

Utilizzando autorevoli parole, «la finalità di individualizzazione rilette piuttosto l’essenza della discrezionalità penale in generale; non dice ancora nulla circa i criteri secondo i quali deve essere esercitato il particolare potere discrezionale relativo alla scelta della pena all’interno dello spazio edittale. 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»³³⁶. Così, per lo stesso furto di bicicletta, un giudice, orientato dalla *prevenzione speciale intimidatrice*, potrebbe optare per il massimo della pena, valorizzando la necessità di debellare l’eccessiva diffusione dei delitti di furto; un altro, sulla scia di *considerazioni rieducative*, potrebbe invece irrogare il minimo della pena, onde evitare l’effetto criminogeno del

³³⁵ Cfr. A. R. LATAGLIATA, *op. cit.*, 350.

³³⁶ Così E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 35 ss.; Cfr. anche T. PADOVANI, *op. ult. cit.*, 427: “la gravità è un concetto relativo, come relativa all’intero sistema è la proporzione fra reato e pena” e A. PAGLIARO, *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, cit., 185: “Una riforma del sistema delle sanzioni non può essere operata in modo razionale, se non concependo le sanzioni come «mezzi» da adoperare rispetto a «fini» predeterminati.

sistema carcerario sul colpevole e per lo scarso disvalore del fatto; un terzo giudice, infine, potrebbe applicare sempre il massimo della pena, questa volta però per esigenze *general-preventive*, ossia ammonire gli altri cittadini dal commettere furti di biciclette³³⁷.

La gerarchia delle finalità da perseguire non basterebbe da sola a garantire una razionale commisurazione della pena, ma rappresenta, per accorta dottrina, un passaggio necessario per orientare le scelte sanzionatorie.

Peraltro, l'ambiguità delle formule adoperate all'interno dell'art. 133 c.p. non apporta alcun contributo al tema, prestandosi invece ad essere interpretato secondo le finalità più diasprate. Né la versatilità del codice Rocco può imputarsi a colpevole dimenticanza, ma è il frutto della precisa volontà legislativa di farsi sintesi tra la scuola classica (retribuzionista) e quella positiva (specialpreventiva), senza 'giurare' sulla bontà dell'una o dell'altra posizione³³⁸. Ecco spiegato dunque il vivace dibattito che si registra in dottrina, cui il presente lavoro non pretende di contribuire; verranno unicamente riportate, quindi, le diverse posizioni dottrinali.

Da una parte³³⁹, partendo dalla possibilità di differenziare le finalità della pena nei diversi momenti della minaccia, della commisurazione e della esecuzione, pur senza negare i fisiologici momenti di contatto, si individua nella prevenzione speciale

³³⁷ L'esempio si deve a G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 232.

³³⁸ Cfr. E. APRILE, *art. 133 c.p.*, in G. LATTANZI – E. LUPO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina. Volume V – La modificazione, applicazione ed esecuzione della pena. L'estinzione del reato e della pena, le sanzioni civili e le misure amministrative di sicurezza. Libro I – Artt. 132 – 240*, Giuffrè, 2010, 14.

³³⁹ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 75 ss; G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, 766; G. MANNOZZI, *op. ult. cit.*, 9 ss.

il 'faro' da seguire nello stadio commisurativo, epurando la pena dalle eventuali componenti desocializzanti³⁴⁰.

Il dato da cui trae origine tale tesi è dato dall'assenza di una presa di posizione del legislatore ordinario sulla finalità della pena nella sua irrogazione. La stessa inadeguatezza a fornire una risposta univoca viene individuata nella interpretazione riduttiva che viene data al principio di rieducazione della pena *ex* art. 27, comma 3, Cost., al quale si riconosce il merito di escludere la prevenzione generale tra le finalità della commisurazione della pena, non anche di risolvere nel senso della rieducazione il dibattito in atto. La palla passa quindi, in prospettiva di riforma, nelle mani del legislatore e degli interpreti che sono chiamati ad una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 133 c.p., nell'ottica di una pena che non superi il limite, costituzionalmente imposto, della colpevolezza del reo.

Sul versante opposto³⁴¹, non v'è chi non veda come la prevenzione generale, quale funzione della pena in senso lato, debba valere anche nel momento commisurativo.

Le ragioni che si individuano a supporto di tale assunto sono: la necessaria correlazione tra l'opera astratta del legislatore, che tiene conto delle istanze di prevenzione generale nella fissazione del minimo e del massimo di pena edittale, rispetto a quella del giudice che da attuazione al «programma di azione» affidatogli dal

³⁴⁰ Cfr. sul punto E. DOLCINI, *La commisurazione della pena, cit.*, 217.

³⁴¹ Si rimanda per tutti a A. PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1981, II, 25-33 e ID., *Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1981, II, 447-455.

legislatore; le esigenze di giustizia della pena che, attraverso la prevenzione generale, recupererebbe le imprescindibili esigenze di proporzionalità alla gravità del fatto commesso; l'insufficienza della prevenzione speciale e della retribuzione a offrire, da soli, un contributo decisivo e razionale alla commisurazione della pena³⁴².

Secondo tale dottrina, l'efficacia preventiva della pena (sia generale che speciale) riposa sui livelli sanzionatori astrattamente ritenuti come giusti dalla società. E' all'interno di questo ventaglio di *scelte* che il legislatore dovrà muovere le proprie valutazioni nella fissazione delle cornici edittali, tenendo presente che sanzioni più elevate comporteranno costi individuali e sociali altrettanto gravosi³⁴³.

Su posizioni intermedie si colloca, *in primis*, la dottrina³⁴⁴ che prospetta un modello c.d. *discendente* di commisurazione della pena, dove la prevenzione speciale viene letta in senso restrittivo quale esigenza di non-desocializzazione.

In questi termini, la pena da irrogare nel caso concreto andrebbe comunque individuata in primo luogo in ordine alla gravità del fatto e alla colpevolezza del reo³⁴⁵, così come impone un diritto penale del fatto proprio dell'autore, dando quindi prevalenza al principio di retribuzione-proporzionalità; successivamente, quale secondo momento ideale, la pena così determinata può essere ridotta rispetto al limite

³⁴² Così A. PAGLIARO, *Commisurazione della pena*, cit., 30-31.

³⁴³ Così A. PAGLIARO, *Le indagini empiriche sulla prevenzione generale*, cit., 454-455.

³⁴⁴ Il riferimento è a M. ROMANO – G. GRASSO, *op. cit.*, *passim*.

³⁴⁵ Per la colpevolezza quale limite sia delle impostazioni general-preventive che special-preventive, cfr. C. ROXIN, *L'evoluzione della politica criminale a partire dai progetti alternativi*, in AA.VV., *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale*, Jovene, 1981, 41.

indicato dalla proporzionalità in virtù delle esigenze rieducative (*recte*, non-desocializzanti).

Su posizioni più nette, altra dottrina sembra ritagliare un ruolo alle finalità rieducative nel momento esecutivo della pena, approcciando a quello commisurativo in un'ottica retributiva pura³⁴⁶.

Dal canto suo, la giurisprudenza costituzionale ha fornito un contributo decisivo al tema con la importante sentenza n. 313 del 1990, salutata con immaginabile favore dai fautori del primo orientamento dottrinale, a tal punto che viene letta come il segnale «inequivoco» «che la funzione della pena rappresenta la stella polare della commisurazione»³⁴⁷. Dalla pronuncia in esame sembrerebbe emergere una indicazione chiara per il legislatore sul ruolo da dare alla finalità rieducativa nella commisurazione della stessa³⁴⁸. Come si legge in motivazione, infatti, «la necessità costituzionale che la pena debba “tendere” a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue. Ciò che il verbo “tendere” vuole significare è soltanto la presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al

³⁴⁶ Cfr. M. G. TASCONE, voce *Capacità a delinquere*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1991, V, 4.

³⁴⁷ Così E. DOLCINI, *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale?*, cit., 812.

³⁴⁸ Per una diversa lettura, cfr. L. MONACO – C. E. PALIERO, *op. cit.*

processo di rieducazione (...). Deve essere, dunque, esplicitamente ribadito che il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza (...)»³⁴⁹. La lettura più accreditata che viene fornita a tale pronuncia³⁵⁰ è nel verso di una costruzione della commisurazione, finalisticamente intesa, nella seguente direzione:

- Limite massimo costituito dal principio di colpevolezza-proporzionalità;
- Limite minimo edittale completa la cornice 'concreta' in ottica general-preventiva;
- Il *quantum* di pena da irrogare spazia tra questi due limiti virtuali, a seconda delle esigenze rieducative.

Gli approdi della Consulta sono stati di recente ripresi dalla giurisprudenza di legittimità³⁵¹ che ha ulteriormente specificato l'onere che spetta al giudice nel momento commisurativo. Secondo un recente arresto della Suprema Corte, infatti, il giudice dovrebbe individuare la pena base sulla base tenendo conto non solo della

³⁴⁹ Cfr. i passaggi della *Corte Cost.*, sentenza n. 313/1990 in <http://www.giurcost.org/decisioni/>. Conforme, di recente, *Corte Cost.*, sentenza n. 183/2011.

³⁵⁰ Cfr. E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 812; G. MANNOZZI, *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione*, cit., 10.

³⁵¹ Cfr. da ultimo, *Cass. Pen.*, *SS. UU.*, 26 giugno 2015, n. 46653, 12, dove si afferma: "Illegale deve invece essere ritenuta la pena che, pur rimanendo nei margini edittali di tale più favorevole disciplina, ne stravolge i parametri di riferimento – in particolare il principio di proporzionalità (...)".

funzione retributiva, individuando una pena proporzionata alla gravità dell'offesa e quella di prevenzione generale legata alla capacità a delinquere bensì «anche della funzione rieducativa che concorre con quella retributiva»³⁵².

Come anticipato, non è questa la sede per proporre una preferenza sulle teorie avanzate in dottrina. Basti, ai fini del nostro studio, la seguente considerazione. Quale che sia la finalità prescelta nello stadio commisurativo, la proporzionalità della pena appare un pilastro imprescindibile per la razionalità del sistema. Come autorevolmente ammesso dai fautori della funzione rieducativa della pena, il principio di proporzionalità (inteso come misura adeguata al fatto colpevole) assume un ruolo di prim'ordine nell'individuare la pena «normale' nella prassi commisurativa» che potrà essere ridotta per esigenze di risocializzazione³⁵³. Tale approccio 'garantista' è stato di recente accolto anche dalla Corte Penale Internazionale, chiamata a giudicare atroci delitti³⁵⁴.

Il vero quesito da risolvere è pertanto se lo statuto legale della commisurazione della pena sia realmente in grado di offrire un minimo comun denominatore razionale, a prescindere dagli aggiustamenti imposti dalla finalità della pena. Si tratta di rilievi su cui ci confronteremo più ampiamente nel capitolo conclusivo del presente lavoro.

³⁵² Il riferimento è a *Cass. Pen., Sez. III, 10 gennaio 2013, n. 10093*, con commento di D. ARCELLASCHI, *op. cit.*

³⁵³ Cfr. DOLCINI, *Discrezionalità del giudice*, cit., 279.

³⁵⁴ Cfr. C. FUSARI, *La Decisione sulla determinazione della pena nel caso Bemba Gombo: la prospettiva dinamica del sentencing dinanzi alla Corte Penale Internazionale*, in *Giurisprudenza penale*, 2016.

4.6. *L'irrazionalità insita nel decision-making process*

Nel corso del nostro discorso ci siamo più volte imbattuti nel pericolo di intuitività della decisione del giudice sul *quantum* di pena da irrogare.

Rischio di soggettivismo giudiziario che si insidia all'interno del momento di congiunzione tra le regole imposte dal legislatore e la loro applicazione discrezionale da parte del giudice, che aggiunge una ineliminabile componente umana al *decision-making process*³⁵⁵. Un interessante esperimento di neuroscienza sembra infatti aver scientificamente provato la relazione neurologica tra l'esperienza di un comportamento ritenuto ingiusto e il desiderio di infliggere una punizione³⁵⁶.

Affinché detto collegamento permanga nell'area del 'fisiologico' occorre che tra il dettato normativo (generale) e la decisione (particolare) sussista un minimo comun denominatore, che è dato dall'uniformità di approccio: applicando la 'regola' di giudizio, la decisione di *quel* giudice, pur nella sua irripetibilità, sarà all'incirca la medesima che sarebbe stata presa da *qualsiasi* giudice³⁵⁷.

L'ipotesi opposta corrisponde invece a decisioni *preminentemente* emotive, intuitive e pertanto irrazionali.

³⁵⁵ Cfr. I. MERZAGORA, *Le influenze della scienza nel processo penale*, intervento al Corso di Formazione Permanente 2015 "La psicologia del giudicare", organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, che apre il proprio discorso con la seguente affermazione: "il giudice non può non usare la psiche nel giudicare".

³⁵⁶ Cfr. B. SEYMOUR – T. SINGER – R. DOLAN, *The neurobiology of punishment*, in *Nature Reviews*, 8, 2007, 300 ss.

³⁵⁷ Cfr. A. R. LATAGLIATA, *op. cit.*, 358.

Orbene, quando parliamo di attività decisionale intuitiva da parte del professionista (anche il giudice) intendiamo in realtà una attività psichica di *ricoscimento*, generato dall'esperienza. In pratica, quella che qualificiamo come intuizione altro non è, secondo gli studiosi del tema, che la decifrazione del mondo esterno cui abbiamo, con il tempo, associato determinate conseguenze che riconosciamo immediatamente.

Anche il giudice, nella fase della commisurazione, potrebbe agire seguendo il procedimento di associazione con precedenti casi simili che sembrano suggerirgli, *ictu oculi*, il 'giusto' dosaggio di pena. Una certa dose di umanità è infatti ineludibile processo decisionale del giudice. In un datato ma sempre attuale scritto, Vassalli rifletteva sulla deontologia professionale dei giudici con le seguenti parole: «Quanti misteri, a volte, di certe sentenze penali che appaiono all'opinione pubblica straordinariamente miti e che non possiamo sapere se non sono per avventura espressione di perplessità che il giudice o taluni dei giudici non si sono sentiti di superare in ordine alla responsabilità dell'imputato se non a patto di una pena minima o compresa in un condono!

Ma se questo compromesso può essere umano, esso va decisamente respinto dal punto di vista di una corretta impostazione giuridica del problema, in conformità del resto di quello che è il sistema della nostra legge, di fronte al quale, quali che siano

le reazioni della pubblica opinione, il giudice deve stare fermo “come torre che non crolla”»³⁵⁸.

Esprimevamo, pertanto, decise riserve ad accettare un approccio intuitivo, seppur nella declinazione sopra suggerita, al problema della commisurazione. Come ammettono gli stessi studiosi del tema, infatti, solo un ambiente *stabile, omogeneo* e quindi *ripetibile* può generare regole di esperienza per le quali la risposta intuitiva può avere un certo grado di attendibilità. Ripetendo le parole di D. Kahneman, «pare tuttavia giusto incolpare i professionisti di credere di poter riuscire in un compito impossibile. Affermare di avere intuizioni corrette in una situazione imprevedibile è nella migliore delle ipotesi un autoinganno e a volte qualcosa di peggio. In mancanza di indizi validi, i “successi” intuitivi sono dovuti o alla fortuna o alle bugie (...). Ricordati di questa regola: non ci si può fidare dell’intuizione in mancanza di regolarità stabili nell’ambiente»³⁵⁹.

Trattandosi di attività umana unica e irripetibile, il *judicial decision-making* è un processo emotivo e logico-razionale allo stesso tempo³⁶⁰. Pioneristici studi inglesi hanno infatti segnalato come il cd. *sentence decision-making process* sia il risultato dell’applicazione razionale della legge e degli aspetti emotivi, politici e sociali

³⁵⁸ Cfr. G. VASSALLI, *op. cit.*, 1315.

³⁵⁹ Cfr. D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Oscar Mondadori, 2016, 266. Traduzione ad opera di L. SERRA. Cfr. anche F. DEL MISSIER – N. BONINI – R. RUMIATI, *Giudizio e Decisione*, in N. BONINI – F. DEL MISSIER – R. RUMIATI (a cura di), *Psicologia del giudizio e della decisione*, Il Mulino, 2008, 3-41.

³⁶⁰ Derivando dalla parola latina *sententia*, il c.d. *sentencing* (ossia la commisurazione della pena nei paesi anglosassoni) esprime l’idea di comunicare opinioni o sentimenti. Così, A. KAPARDIS, *Psychology and Law. A critical introduction*, Cambridge University press, 2014, 178.

dell'organo giudicante³⁶¹. Anche la maggior parte degli studiosi italiani, ammettono senza troppi problemi la presenza di una componente irrazionale imprescindibile nella commisurazione della pena³⁶². Il problema sta quindi tutto nel contenere la 'cifra' di emotività entro margini di tollerabilità, alla luce del principio che ci vuole tutti uguali di fronte alla legge.

Per fare ciò, occorre prima interrogarsi su quali siano i fattori emotivi che generalmente guidano il processo decisionale dei giudici sulla misura di pena.

Importanti studiosi³⁶³ hanno catalogato alcuni gruppi di fattori legali e *extra*-legali che guidano la commisurazione della pena (c.d. *sentencing*). Tra i fattori legali che maggiormente differenziano il carico sanzionatorio, vengono individuati:

- Il capo di imputazione;
- I precedenti penali dell'imputato;

³⁶¹ Cfr., per la letteratura in esso richiamata, A. KAPARDIS, *op. cit.*, 183.

³⁶² Cfr. per tutti, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 71-72, il quale occupandosi incidentalmente dell'aspetto, rileva: "Che l'irrazionalità sia un carattere ineliminabile della commisurazione della pena, come si ritiene da alcuni autori, interessa qui relativamente poco; è certo però che il legislatore italiano non ha efficacemente circoscritto il c.d. «residuo irrazionale» e che l'interpretazione dell'obbligo di motivazione fornita dalla giurisprudenza può assicurare un'impenetrabile copertura ad una prassi dominata da fattori di questo tipo". Cfr. anche ID., *L'art. 133 c.p. al vaglio*, cit., 405, e ID., *La disciplina della commisurazione della pena*, cit., 15 dove si ammette il realismo di un approccio del genere, al quale si riconosce il "merito di mettere in guardia contro la pretesa di trovare formule magiche che consentano di determinare la pena oggettivamente giusta per ciascun caso concreto".

³⁶³ Si rimanda, per tutti, a A. KAPARDIS, *op. cit.*, cap. 6. Tra gli studiosi del tema in Inghilterra merita menzione A. ASHOWRTH, tra i primi (1984) ad intervistare i giudici alla ricerca dei fattori influenti nella commisurazione della pena. Il suo lavoro, purtroppo, non vedrà mai la luce, considerata la reticenza dei giudici ad essere 'interrogati' su questioni che riguardano la loro sfera di competenza e il veto imposto dall'allora *Chief Justice of England and Wales*.

- Il tempo decorso dall'ultima condanna;
- Eventuali passati rapporti con la 'giustizia';
- Il tipo di plea³⁶⁴;
- L'età;
- Il genere;
- Il rapporto con la comunità;
- L'eventuale provocazione della vittima;
- La presenza del Tribunale in un'area rurale o urbana;
- La pena richiesta dall'accusa.

Non ci si soffermerà oltre la mera elencazione dei fattori legali, posta anche la differenza tra le regole dei *common law system* e il nostro ordinamento.

Maggiore interesse suscitano invece i fattori *extra-legali* (e umani) che indirizzano le scelte sanzionatorie. Questi vengono solitamente ricondotti a tre aree:

- a) *Quelli concernenti l'imputato;*
- b) *Quelli concernenti la vittima;*
- c) *Quelli concernenti il giudice.*

³⁶⁴ Si noti che nel *Criminal Justice System* inglese all'imputato viene concessa la possibilità di dichiararsi colpevole (*guilty plea*) e ottenere così uno sconto di pena ovvero di dichiararsi innocente e dare seguito al processo.

Tra quelli *sub* lettera a), oltre allo *status* socio-economico dell'imputato, figurano i fattori legati al sesso dell'imputato, la sua razza ed etnia e, infine, la sua *attractiveness* (letteralmente, la sua bellezza).

La prima distonia rispetto alle esigenze di eguaglianza sanzionatoria si segnala con riferimento al sesso dell'imputato quale fattore discretivo degli esiti sanzionatori. Come constatato, i giudici inglesi hanno mostrato un approccio maggiormente *soft* quando l'imputato è una donna, in quanto, piuttosto acriticamente, ritenuta 'vittima dell'illecito penale' – a differenza dell'uomo ritenuto, generalmente, causa del proprio male³⁶⁵. Quasi come a ritenere l'essere donna esso stesso un fattore attenuante.

Con riferimento alla razza e l'etnia dell'imputato, forse la forma più strisciante di discriminazione sanzionatoria, gli studi citati nel lavoro di Kapardis³⁶⁶ hanno evidenziato, a parità di crimine, nelle persone 'di colore' un'attitudine alla pena detentiva di 5-8 punti percentuali in più rispetto ai 'bianchi'. Inoltre, tale discriminazione da parte dei giudici inglesi è stata spiegata con l'erronea interpretazione dei modi di fare delle persone di colore durante il processo, qualificati come arroganti e capace di generare antipatia nell'organo giudicante³⁶⁷.

Infine, ciò che maggiormente stupisce è l'accertata rilevanza della bellezza dell'imputato ai fini sanzionatori, capace cioè di 'attrarre' una sentenza meno grave, a

³⁶⁵ Per la distinzione tra donne *troubled* e uomini *troublesome*, cfr. A. KAPARDIS, *op. cit.*, 188.

³⁶⁶ I quali iniziano a fiorire dagli anni 1970.

³⁶⁷ Cfr. A. KAPARDIS, *op. cit.*, 192-193.

meno che non abbia fatto uso del proprio *charme* per il raggiungimento dei propositi criminosi³⁶⁸.

Dal punto di vista dei fattori *extra*-legali che riguardano il giudice, va segnalato come trovi in primo luogo conferma quanto ventilato all'inizio di questo paragrafo. Infatti, i giudici con più esperienza hanno maggiore attitudine verso sentenze più severe rispetto ai giudicanti più inesperti. È forse la riprova che l'esperienza conforta interiormente anche le decisioni più afflittive. In tali ipotesi, il giudice «non potendo trarre dall'aderenza ad un preciso paradigma normativo una garanzia di “egualianza” per le proprie decisioni (...), sarà indotto a tener conto di come in passato siano stati puniti casi analoghi a quello su cui egli è chiamato a pronunciarsi: “laddove la legge non arriva, o fallisce, viene infatti in primo piano l'esperienza”»³⁶⁹.

Ancora, è curioso notare come solitamente i giudici siano più clementi dopo i pasti³⁷⁰.

Rimandando al lavoro di Kapardis per ogni ulteriore rilievo, vogliamo qui solo segnalare il dato che fattori eterogenei e per nulla qualificanti la condotta o il reato rispetto al reato possono modificare in un senso o nell'altro le sorti della commisurazione della pena.

³⁶⁸ Cfr. A. KAPARDIS, *op. cit.*, 196.

³⁶⁹ Cfr. E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 69.

³⁷⁰ Cfr. A. KAPARDIS, *op. cit.*, 201.

Che la componente emozionale faccia parte di ogni decisione è un argomento esplorato anche dalla nostra letteratura³⁷¹ e dagli stessi giudici, i quali non fanno troppo mistero di come «ogni sentenza (...) si muove su di un terreno personologico ed emozionale, pressoché irripetibile», di cui viene fornito un elenco costruito «dall'ottica interna di chi decide», dove figurano: 1. Personalità del decidente; 2. Gravità dell'imputazione, qualità dell'imputato o della vittima, livello di professionalità e autorevolezza delle difese e del PM, interesse dei media ai risultati del processo; 3. Differenze dovute alla composizione dell'organo giudicante; 4. Composizione mista o togata dell'organo giudicante; 5. Stacco cronologico-emozionale e probatorio tra giudici di merito di primo e secondo grado; 6. Stile di direzione del collegio da parte del Presidente; 7. Gestione del pensiero divergente o minoritario all'interno del collegio; 8. Omesso rispetto delle regole di priorità nell'ordine di manifestazione delle opinioni da votare nel collegio³⁷².

Quale possibile risultato pratico delle spinte emotive, abbiamo già segnalato la tendenza dei giudici di «correggere le valutazioni espresse dal legislatore nella fissazione degli spazi edittali»³⁷³. In aggiunta, l'intuizionismo decisionale porta i giudici a essere attratti dalle 'cifre tonde' e a confrontare il proprio caso con l'ipotesi «normale

³⁷¹ Cfr., tra gli altri, A. COSTANZO, *Il Processo decisionale del giudice*, in P. CHERUBINI – A. COSTANZO – F. PETRUCCELLI – G. VICICONTE (a cura di), *Psicologia e società. Diritto. Elementi di Psicologia Giuridica. Processi cognitivi e ragionamento giudiziario. I Processi decisionali del giudice e dell'avvocato*, Giunti, 2011, 121-158; L. LANZA, *Emozioni e libero convincimento nella decisione del giudice penale*, in *Criminalia*, 2011, 365-376.

³⁷² Così, L. Lanza, *op. cit.*, 310-371.

³⁷³ Cfr. E. DOLCINI, *La disciplina della commisurazione*, cit., 148.

in senso statistico», anziché secondo le (invero evanescenti) classi di gravità espresse dal legislatore nella cornice edittale³⁷⁴.

Sarebbe tuttavia ingenuo credere di poter immunizzare totalmente il procedimento commisurativo da tali spinte.

Ogni riforma del *sentence desion-making process* è chiamata piuttosto a confrontarsi con il 'lato oscuro' della discrezionalità ed evitare incontrollate incursioni dei fattori irrazionali, tenendo ben presente che un blando vaglio sulle motivazioni può solo rendere formalmente inattaccabili tali distorsioni, travestite come sono di una coerenza legale invero inesistente³⁷⁵.

4.7. *Le difficoltà di comprendere l'essenza della sanzione e le possibili ricadute sulla fiducia nel 'sistema-justizia'*

Una delle possibili ricadute distorsive di una prassi motivazionale poco attenta alla misura di pena, è la conseguente difficoltà di rinvenire il *messaggio* sotteso e le *ragioni* insite nella quantità di sanzione irrogata, sia da parte del condannato (con importanti effetti sulle speranze risocializzanti della pena) che dei cittadini, chiamati dalla Costituzione a soprintendere sul buon governo della giustizia.

Non è fuorviante riconoscere un certo peso nella richiesta di maggiore severità che si accompagna spesso agli interventi legislativi in campo penale all'oscurità del dato sanzionatorio, che potrebbe passare per ingiustamente clemenziale laddove non

³⁷⁴ *Ibidem*, 149.

³⁷⁵ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 70

adeguatamente motivato rispetto alle risultanze del caso³⁷⁶. Non si tratta di una suggestione corroborata da solidi riscontri empirici, ne siamo consapevoli. Ciò che però è consegnato alla storia quale certezza e non può più essere tollerato è lo scarso livello di fiducia dei cittadini del sistema penale, tra i più bassi in Europa³⁷⁷. Addirittura, con riferimento al grado di comprensione delle sentenze dei giudici, l'Italia figura all'ultimo posto del *ranking* europeo con il 'pollice alto' indicato soltanto dal 14% degli intervistati, laddove la Slovenia – penultima in classifica – registra un livello di comprensione di circa 13 punti percentuali superiore a quello italiano. D'altronde, considerati i precedenti rilievi in punto di 'obbligo motivazionale', non ci si poteva aspettare un risultato diverso.

4.8. *Le possibili disparità per tipo di autore e di reato*

Gli ampi spazi di discrezionalità forniti dalle soglie edittali, l'affidamento alla magistratura di compiti non propri, il labile controllo sull'esercizio della discrezionalità appaiono fattori forieri di irragionevoli disparità nelle scelte sanzionatorie.

È sufficiente frequentare le aule di giustizia per accorgersi come, complice la mole di lavoro degli Uffici Giudiziari, esistano procedimenti penali che godono di

³⁷⁶ Per alcuni importanti studi inglesi sulla relazione tra il livello di consapevolezza e il grado di fiducia dei cittadini nel *sentencing system*, si rimanda alla letteratura richiamata nel cap. III del presente lavoro.

³⁷⁷ Per l'analisi comparata dei risultati del *Flash Eurobarometer 385* riguardante il livello di fiducia nella giustizia in Europa, coordinato della Commissione Europea e pubblicato nel 2013, cfr. F. COPPOLA, *The lack of perceived legitimacy in Italy toward the Italian Criminal Justice System. Lessons from England*, in A. R. CASTALDO (a cura di), *Il patto per la legalità. Politiche di sicurezza e di integrazione*, CEDAM, attualmente in corso di pubblicazione.

binari preferenziali e maggiore speditezza, mentre altri ristagnano su corsie abbandonate che troppo spesso portano all'inevitabile esito della prescrizione.

Non è azzardato ritenere che nel contesto attuale, tale 'selezione' per tipo di autore e di reato possa accadere anche con riferimento alla «paradigmatica commisurativa»³⁷⁸. Si vuole cioè dire che le scelte sanzionatorie, forte di una discrezionalità di fatto incontrollata, potrebbero fortemente risentire delle valutazioni *extra-legali*³⁷⁹, legate, ad esempio, al tipo di reato e alla sua diffusione locale, ovvero al tipo di autore. In altre parole, si accentua il rischio di un diritto penale sempre più lotta particolare contro il nemico³⁸⁰.

Scrivo, sul punto, Pulitanò: «Vicende giudiziarie vissute direttamente o viste da vicino dal sottoscritto, o conosciute attraverso i *mass media*, presentano un quadro variegato del quale fanno parte condanne a pene detentive molto severe, in risposta a fatti valutati come molto gravi (dall'abuso sessuale al concorso in bancarotta fraudolenta): cinque, o dieci, dodici, sedici anni di reclusione, o anche più, fino alla pena a vita. Al di là della mia personale valutazione (la severità mi è parsa in più casi sproporzionata) credo necessario un confronto dispiegato con le ragioni sottese al rigore punitivo, forse valutazioni 'di giustizia' di ormi da quella che ritengo più giusta.

³⁷⁸ Cfr. L. MONACO – C.E. PALIERO, *op. cit.*, 431, i quali individuano ben quattro "paradigmi commisurativi" rispetto al tipo di sanzione e tipo di autore.

³⁷⁹ *Ibidem*, 428.

³⁸⁰ Ampiamente, sul punto, M. PAVARINI, *op. cit.*, 137-150. Da ultimo, per una interessante analisi critica dell'uso "dell'arma" del diritto penale per i reati associativi, Cfr. M. DONINI, *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 gennaio 2017.

Valutazioni su ciò che è necessario e giusto sono per definizione discutibili (nel senso letterale del termine) e non trovano un ancoraggio indiscutibile in criteri legali. Risposte penali severe sono moneta corrente, e veicolano (bene o male) istanze di valore con le quali occorre fare i conti»³⁸¹.

Il pericolo di irragionevole particolarità del giudizio sanzionatorio viene espresso emblematicamente in un racconto di Calamandrei, che vale la pena richiamare: «Una volta in Cassazione difendevo una causa relativa a un preteso vizio redibitorio di un cavallo mordace. Il compratore sosteneva di essersi accorto che il cavallo da lui comprato aveva il vizio di mordere e chiedeva per questo la risoluzione della vendita; ma la corte d'appello aveva escluso in fatto che il cavallo fosse mordace e aveva quindi respinto la domanda.

Il compratore soccombente aveva ricorso in cassazione; io difendevo il venditore; ma ero talmente sicuro che il ricorso sarebbe stato rigettato (proprio perché in cassazione non si può rimettere in discussione il fatto), che quando venne il mio turno nella discussione rinunciai alla parola.

Si alzò allora il procuratore generale, il quale contrariamente alla mia aspettazione dichiarò che il ricorso era fondatissimo e che doveva essere accolto.

Il mio stupore fu tale che finita la discussione non potei trattenermi dall'avvicinarmi al suo banco per dirgli:

³⁸¹ Cfr. D. PULITANÒ, *Il messaggio del presidente Napolitano*, cit., 142.

– Eccellenza, come è difficile per gli avvocati fare previsioni sull’esito dei ricorsi! In questa causa io avrei giurato che anche lei avrebbe concluso per il rigetto.-

Mi rispose:

– Caro avvocato, contro i cavalli mordaci non si è mai abbastanza severi. Molti anni fa, andavo a piedi per la città, con il mio bambino per mano; e ci avvenne di passar vicino a una carrozzella ferma lungo il marciapiede. Lei non ci crederà: quel cavallaccio dall’aria innocente si voltò di scatto e addentò il braccio del mio bambino. Gli fece una ferita profonda così: per guarire ci volle più di un mese di cure. Da allora, quando io sento parlare di cavalli mordaci sono inesorabile»³⁸².

5. Conclusioni

Al termine di questa sintetica disamina della disciplina e della prassi nella commisurazione della pena, possiamo concordare con chi ne ha già denunciato lo «stato di caos»³⁸³.

Nell’intricato quadro della commisurazione della pena, inquinato da più angolazioni da spinte irrazionali, è agevole individuare poche ma rilevanti certezze, legate per lo più alla persa di coscienza dell’assenza di una disciplina e di una prassi capaci di farsi scudo dalle irrazionalità della politica criminale sulle soglie edittali e dettare una linea uniforme. Anzi, si è constatato come la magistratura si sia dovuta giocoforza farsi carico di compiti non propri, diluendo la controllabilità dell’esercizio

³⁸² Così P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 20-21.

³⁸³ Così E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit, 73.

della discrezionalità commisurativa e l'intelligibilità dei fattori che ne guidano la scelta. Usando le efficaci parole di Dolcini, l'irrazionalità del prodotto legislativo ha incentivato una discrezionalità «quale elemento di distorsione», chiamata «ad assolvere funzioni abnormi»³⁸⁴.

Le distorsioni sopra denunciate sono per lo più già note in dottrina e sono state prese in considerazione dai progetti di riforma della parte generale del codice penale che si sono succeduti³⁸⁵. Ad esempio, nel paragrafo XXIV della *Relazione* della Commissione Pisapia per la Riforma del codice penale, si legge: «La Commissione, preso atto delle attuali disfunzioni del modello di discrezionalità vincolata sul versante della commisurazione in concreto della pena, ha lungamente dibattuto sulle possibili soluzioni in grado di dare una risposta all'esigenza di regolamentare *ex lege* la questione in modo più incisivo, anche al fine di orientare il giudice, pur senza vincolarlo, verso decisioni tali da assicurare il più possibile la certezza del diritto nella commisurazione della pena». I diversi progetti di riforma sul tema hanno riguardato, di volta in volta, la esplicita enunciazione della finalità rieducativa della pena nel momento commisurativo e della colpevolezza quale limite massimo di misura della pena³⁸⁶, la

³⁸⁴ Cfr. E. DOLCINI, *Discrezionalità del giudice*, cit., 304-305.

³⁸⁵ Cfr. i Progetti di riforma delle Commissioni: *Pagliari* (1991); *Grosso* (2001); *Nordio* (2004); *Pisapia* (2007)

³⁸⁶ Cfr. Commissione Grosso – per la riforma del codice penale (1 ottobre 1998) – Note sulla commisurazione della pena (allegato alla Relazione del 15 luglio 1999).

valorizzazione del principio di proporzionalità della pena, anche se in ottica rieducativa³⁸⁷, ovvero quello ‘puro’ del disvalore del fatto³⁸⁸.

Ebbene, anche le soluzioni salutate con maggiore entusiasmo dalla dottrina attenta al tema³⁸⁹, non sono sfociate in alcun prodotto legislativo, restando carta morta. Segno evidente delle difficoltà di ‘mettere’ mano (salvo simbolici interventi *spot*) al tessuto sanzionatorio in sede di riforma.

Nel successivo capitolo, si offrirà quindi l’esempio del *Sentencing System* inglese, non per la pretesa (idealistica) di poterne traslare acriticamente i connotati nel nostro sistema, bensì per valorizzarne, in ottica comparativa, alcuni punti di contatto con il nostro sistema e le differenti soluzioni, che potrebbero rivitalizzare in qualche modo il dibattito intorno alla razionalità delle scelte sanzionatorie.

³⁸⁷ Cfr. art 35 (Criteri per l’applicazione della pena) dello Schema di DDL della Commissione Pisapia

³⁸⁸ Cfr. art. 39 dell’articolato proposto dalla Commissione Pagliaro.

³⁸⁹ Cfr. E. DOLCINI, *Riforma della parte generale del codice e rifondazione del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2, 2001, 847 ss.

III

IL CONFRONTO CON IL *SENTENCING SYSTEM* INGLESE

Sommario: 1. *Premessa*; 2. *I caratteri essenziali del Sentencing System inglese. Punti di contatto e differenze con la commisurazione della pena in Italia*; 3. *Fonti, disciplina e regole del Sentencing System*; 4. *Le finalità della pena nel modello inglese*; 5. *L'evoluzione delle sentencing guidelines: da tentativo (malriuscito) di 'imbrigliare' la discrezionalità dei giudici a strumento razionalizzante*; 5.1. *L'esempio della definitive guideline on Theft offences*; 6. (continua) *L'evoluzione del grado di compliance richiesto ai giudici*; 7. *I primi benefici delle guidelines sul Sentencing System*; 7.1. *Maggiore 'fiducia' nel Criminal Justice System*; 7.2. *Incremento dell'uniformità e coerenza della commisurazione della pena*; 7.3. *Incremento della proporzionalità nella commisurazione della pena*; 8. *Conclusioni*

1. *Premessa*

Si è già anticipato come il presente studio avesse quale ospite privilegiato il *Sentencing System* inglese. Senza alcuna pretesa di riconoscere alla comparazione il carattere demiurgico, si ritiene, come peraltro già sostenuto da illustri studiosi³⁹⁰, che l'analisi comparata possa offrire l'esempio di come gli altri Paesi abbiano affrontato i 'comuni' problemi della commisurazione della pena, del grado di attenzione riservato al tema e del tenore delle soluzioni prospettate.

Così, si potrà ragionare sui punti di contatto tra i sistemi a confronto, valutando le potenzialità osmotiche dei vantaggi dell'uno e dell'altro modello.

³⁹⁰ Per un confronto con il sistema tedesco, austriaco, brasiliano e portoghese si rimanda infatti a E. DOLCINI, *L'art. 133 c.p. al vaglio del movimento internazionale di riforma, cit., passim.*

È in quest'ottica che, dopo averne studiato i tratti fondamentali sotto la guida di Nicola Padfield³⁹¹ e Julian V. Roberts³⁹², affronteremo nel presente capitolo una disamina comparata con il *Sentencing System* di matrice anglosassone.

2. *I caratteri essenziali del Sentencing System inglese³⁹³. Punti di contatto e differenze con la commisurazione della pena in Italia*

L'architave giudiziario del *Criminal Justice System* inglese poggia essenzialmente su due organi competenti a giudicare le ipotesi di reato affidate alla giurisdizione del sistema penale inglese:

- a) *Magistrates' Court*;
- b) *Crown Court*.

Le *Magistrates' Courts* sono composte da 3 giudici laici oppure, secondo una tendenza crescente negli ultimi anni, da *barrister* o *solicitor*³⁹⁴ con un'esperienza di almeno 10 anni di professione. In tale ultima ipotesi, l'organo giudicante avrà composizione monocratica anziché collegiale.

³⁹¹ Reader in Criminal and Penal Justice; Master, Fitzwilliam College – University of Cambridge.

³⁹² Professor of Criminology – University of Oxford.

³⁹³ Laddove non diversamente riferito, i contenuti di seguito riportati si devono alla illustre opera di A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge University Press, 2010 e alla personale partecipazione tra il pubblico alle udienze penali presso la *Magistrates' Court* di Cambridge, la *Crown Court* di Cambridge e la *Crown Court* di Oxford tra il 2015 e il 2016.

³⁹⁴ Sono le due categorie in cui si divide l'ordine degli avvocati inglesi: i *Barrister* hanno il più ampio *ius postulandi*, mentre solitamente ai *Solicitor* è riservata l'attività di consulenza legale e lo studio del caso. Spesso gli studi legali sono composti da entrambi i tipi di avvocati, così da garantire una completa tutela al cliente.

La competenza penale delle *Magistrates' Courts* è, secondo il *Criminal Law Act 1977*, **esclusiva** per i reati 'minori', ossia quelli soggetti a rito c.d. sommario (letteralmente, *triablely only summarily offence*); **concorrente** con le *Crown Courts* per i reati (es. frodi, furti e rapine) procedibili sia 'in via sommaria' che attraverso l'ordinario esercizio dell'azione penale, sottoposto, come per i reati che in Italia prevedono il vaglio del Giudice per l'Udienza Preliminare, a un filtro di fondatezza. In estrema sintesi, in questi casi la competenza viene generalmente radicata presso le *Magistrates' Courts*, salvo che intervenga una delle due seguenti ipotesi: 1. *L'imputato che si dichiara non colpevole scelga di essere giudicato dalla Crown Court competente in via concorrente*; 2. *La Magistrates' Court ritiene che il caso 'meriti' i più elevati poteri sanzionatori della Crown Court* (si vedano, di seguito, i limiti sanzionatori della M.C.), trasmettendole i relativi atti.

Come anticipato, le *Magistrates' Courts* hanno un **potere sanzionatorio limitato**. Esse possono infliggere una pena detentiva fino a sei mesi di reclusione (che si estende a 12 mesi nel caso di concorso di più reati) e una pena pecuniaria di massimo 5000£. Invece, le *Crown Courts* incontrano i soli limiti sanzionatori legalmente imposti³⁹⁵ per tipo di reato. Sia la *Crown Court* che la *Magistrates' Court* sono 'soggette' alla disciplina delle *guidelines* nella commisurazione della pena, di cui si avrà modo di dire diffusamente *infra*.

Le sentenze delle *Magistrates' Courts* possono essere appellate dinanzi alla *Crown Court*; quelle delle *Crown Courts* davanti alla Corte di Appello inglese.

³⁹⁵ Cfr. *The Powers of Criminal Courts 2000* e *The Criminal Justice Act 2003*.

Le *Crown Courts* sono competenti **in via esclusiva** a giudicare i reati più gravi, per i quali è necessario procedere tramite formale esercizio dell'azione penale sottoposto a un vaglio preliminare (cd. *preliminary hearing*). Attraggono inoltre la competenza **residuale** delle *Magistrates' Courts* nei due casi in cui l'imputato o la Corte optino per il necessario rinvio alla superiore competenza della *Crown Court*.

Particolare attenzione merita l'analisi della composizione delle *Crown Courts*, trattandosi di organo a struttura *bicefala*: da un lato, il giudice del fatto, composto da una giuria popolare di 12 persone chiamata ad emettere il verdetto di colpevolezza o innocenza all'esito del processo; dall'altro, il giudice monocratico chiamato a qualificare giuridicamente il fatto, redigere la sentenza e determinare la pena. Si assiste quindi a una bipartizione delle funzioni giurisdizionali, con compiti nettamente separati³⁹⁶.

Veniamo quindi ad alcune distinzioni rispetto al nostro sistema.

³⁹⁶ Durante un incontro con un giudice della *Crown Court* tenuto in occasione dell'*LLM: Criminal Justice: Players and Processes* presso l'Università di Cambridge chiedemmo all'ospite intervenuto se ritenesse fondato il pericolo di condizionamento da parte del giudice 'togato', chiamato a redigere la sentenza, nei confronti dei giurati (giudici del fatto). Ciò in virtù della regola che impone al primo di sintetizzare alla giuria le risultanze processuali e i punti su cui dovranno discutere e fondare la loro decisione. Pertanto, ci si chiede, il modo in cui verranno enfatizzati o meno alcuni aspetti potrebbe risultare decisivo per il verdetto? Mi fu, ovviamente risposto, di no. Ciò che però colpì la nostra attenzione non fu la risposta (invero diplomaticamente imposta) bensì la determinazione con cui fu proferita, dalla quale non traspariva il benché minimo dubbio, e la giustificazione che ne seguì: "è il sistema che prevede tale netta distinzione di ruoli tra giuria e giudice e sono fermamente convinto della bontà del sistema".

È anzitutto curioso osservare come la relazione tra composizione monocratica o collegiale dell'organo competente e gravità del reato sia diametralmente opposta in Italia e in Inghilterra.

Mentre il nostro sistema garantisce la collegialità togata ai casi più gravi (è il caso, ad esempio, della Corte d'Assise o del Tribunale in composizione collegiale), la *Crown Court* è composta da un solo giudice togato e da una giuria. Al contrario, per i reati meno gravi in Italia è competente il Giudice di Pace o il Tribunale Monocratico, entrambi organi monocratici, mentre in Inghilterra è competente la *Magistrates' Court*, composta, normalmente, da tre giudici.

Probabilmente, si è voluto fornire all'imputato la garanzia della collegialità della decisione, bilanciando così il *vulnus* di professionalità che si potrebbe scontare tra i giudici delle *Magistrates' Courts*.

Altro tema di sicuro interesse sarebbe quello riguardante la possibile incidenza della professionalità o occasionalità del giudice sull'esito processuale, che però non può trovare spazio nel presente lavoro³⁹⁷.

L'aspetto sul quale si vuole invece ritornare, riguarda la bipartizione della funzione giurisdizionale nelle *Crown Courts*, del tutto peculiare rispetto al nostro sistema.

³⁹⁷ Per un interessante studio che ha dimostrato la pretestuosità dell'assunto secondo cui i giudici popolari sarebbero maggiormente repressivi di quelli togati, si veda J.V. ROBERTS, *Penal Populism and Public Opinion: Lessons From Five Countries*, Oxford University Press, 2002, 93 ss.

Difatti, il nostro codice di procedura penale prevede che³⁹⁸, all’esito di un processo che possa definirsi giusto, lo stesso organo che ha assistito all’istruttoria dibattimentale si pronunci sull’*an* dell’imputazione e, in caso di condanna, sulla pena da irrogare (*an* e *quantum*)³⁹⁹. Inoltre, diversamente dalla motivazione, che potrà avvenire successivamente al dispositivo, la misura di pena dovrà essere immediatamente comunicata all’esito del processo, con il possibile rischio di imprecisione e sommarietà valutativa⁴⁰⁰.

Nelle *Crown Courts*, invece, il giudice togato sarà investito successivamente al verdetto delle questioni giuridiche sottese al caso e della irrogazione della pena.

Questo dato, unito al diverso valore che il precedente assume nei sistemi di *common law*, ha sicuramente influito sull’attenzione che i giudici anglosassoni hanno riservato alla motivazione in punto di commisurazione della pena e sul vivace dibattito che ne è scaturito in dottrina, le cui linee evolutive saranno successivamente evidenziate.

3. *Fonti, disciplina e regole del Sentencing System*

³⁹⁸ Cfr. art. 525 c.p.p., comma 3, pt. 1: “Alla deliberazione concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento”.

³⁹⁹ Sulla necessità di dedicare adeguato impegno e attenzione a entrambi i momenti in cui si articola il procedimento decisionale, cfr. G. PAVICH, *Il calcolo della pena*, cit., 2 ss.

⁴⁰⁰ Sulla necessità di riservare uno ‘spazio decisionale’ *ad hoc*, cfr. l’illustre saggio di G. VASSALLI, *Il potere discrezionale*, cit., 1312 ss.

Le fonti disciplinanti la commisurazione della pena nel sistema inglese sono la legge (*statute*), il precedente (*judicial decision*) e le linee-guida (*sentencing guidelines*)⁴⁰¹.

La legge prescrive in primo luogo il catalogo di pene utilizzabili dal giudice della cognizione, che si connota per una maggiore ampiezza rispetto all'alternativa pena detentiva/pena pecuniaria prevista per le pene principali dal nostro codice *ex art.* 17 c.p.

Le opzioni sanzionatorie che si offrono al giudice inglese all'esito del giudizio di colpevolezza dell'imputato maggiorenni sono regolate dal *Power of Criminal Court (Sentencing) Act 2000* e dal *Criminal Justice Act 2003*.

Dalla meno grave alla più grave, figurano:

- *Absolute discharge*: si tratta di un potere che le Corti inglesi utilizzano davvero raramente⁴⁰², per le ipotesi in cui si considera superflua l'infrazione di ogni sanzione, considerata la particolare tenuità del fatto;
- *Conditional discharge*: in questo caso, il beneficio del *discharge* viene condizionato al comportamento del reo nel periodo successivo alla sentenza. Qualora, infatti, nel periodo 'di osservazione' individuato dalla Corte (che può durare al massimo tre anni) il reo commetta un altro reato, di qualsiasi specie, verrà condannato anche per la pena condizionalmente sospesa. Per tali motivi, il *conditional discharge* è stato efficacemente definito da Ashworth (p. 4) come la *minaccia di una futura condanna*;

⁴⁰¹ Così A. ASHWORTH, *op. ult. cit.*, 24.

⁴⁰² *Ibidem*, 4, riferisce di un utilizzo inferiore all'1% dei casi.

- *Fine*: la multa è forma più diffusa di sanzione penale nel sistema inglese, il cui ammontare dipende dalla gravità dell'offesa e dalla capacità economica del reo;
- *Community sentence*: disciplinata dalle sezioni 147 e seguenti del *Criminal Justice Act 2003* rappresenta una ipotesi di condanna alternativa al carcere, vincolata al rispetto delle prescrizioni individuate dal giudice all'interno di una lista di *orders* disponibili (ad esempio, il lavoro di pubblica utilità, l'obbligo di residenza, il divieto di avvicinamento etc.), scelti sulla base delle peculiari e specifiche esigenze del soggetto condannato. Questa pena rappresenta forse la più dinamica tra quelle previste dall'ordinamento inglese;
- *Imprisonment*: è la sanzione maggiormente afflittiva per la quale vige il principio di *extrema ratio* (*cd. custodial threshold*)⁴⁰³. Le sanzioni detentive si dividono in determinate e indeterminate. Nell'ultimo caso, il giudice dovrà individuare una frazione di pena da scontare in carcere prima di valutare una eventuale libertà anticipata. Le pene detentive fino a 12 mesi possono essere sospese per un periodo che va dai 6 a 24 mesi durante i quali il reo sarà sottoposto al controllo costante del *probation officer* e dovrà inoltre rispettare gli eventuali *orders* imposti dalla Giudice⁴⁰⁴. Rimandando a una trattazione successiva l'analisi della

⁴⁰³ Cfr. art. 152 (2) Criminal Justice Act 2003: "The court must not pass a custodial sentence unless it is of the opinion that the offence, or the combination of the offence and one or more offences associated with it, was so serious that neither a fine alone nor a community sentence can be justified for the offence".

⁴⁰⁴ Cfr. ampiamente, sul tema, C. MANCUSO, *Uno sguardo 'oltremanica': strategie di contrasto del sovraffollamento carcerario nel modello inglese*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 dicembre 2014.

disciplina della determinazione del *quantum* di pena detentiva da irrogare (c.d. *sentencing*), occorre sin d'ora accennare che una volta ritenuta appropriata la sanzione detentiva al caso concreto, la legge lascia al giudice ampia discrezionalità⁴⁰⁵, limitandosi a indicare per la generalità dei reati soltanto il limite massimo di pena (fermo restando, per i crimini più seri, la *mandatory life sentence*) e che «the custodial sentence must be for the shortest term (not exceeding the permitted maximum) that in the opinion of the court is commensurate with the seriousness of the offence»⁴⁰⁶. Limite massimo, principio di proporzionalità, finalità della pena e *relevant guidelines* rappresentano gli ulteriori 'vincoli' della commisurazione della pena nel sistema inglese.

Si impone, a questo punto, un'ultima considerazione.

La discrezionalità storicamente concessa ai giudici in tale campo ha prodotto un fervido dibattito, specie in dottrina, sulla necessità o meno di 'strutturarla' e in che modo vincolarla a parametri di prevedibilità, certezza e trasparenza.

Non si può dire che la stessa attenzione vi sia stata riservata dalla dottrina italiana, probabilmente inizialmente distolta dalla presenza di una norma nel codice penale che ne regolasse l'esercizio⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ Derogano, di recente, a tale tendenza la previsione legislativa del *mandatory life sentence* nei casi di omicidio (per i quali il giudice dovrà comunque fissare un minimo di pena da scontarsi prima di valutare la posizione del reo nell'ottica di una liberazione condizionata), la previsione di determinati limiti minimi di pena per alcuni reati, comunque derogabili dal giudice al ribasso e la previsione degli *starting points* cui il giudice deve tenere conto nella commisurazione della pena.

⁴⁰⁶ Cfr. *Criminal Justice Act* 2003, art. 153 (2).

⁴⁰⁷ Così E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 33.

Eppure, lo svuotamento di contenuto sia dell'obbligo di motivazione che dei criteri fattuali indicati dalla legge, unitamente alle fantasmagoriche soglie edittale, frutto anche dell'opera di *lifting* di una legislazione penale di stampo populista ed emergenziale, hanno di fatto avvicinato i problemi sulla commisurazione della pena dei due Paesi oggetto della comparazione, creando punti di contatto quanto all'estensione del potere discrezionale dei giudici.

4. *Le finalità della pena nel modello inglese*

Il legislatore inglese ha espressamente elencato le finalità che la pena può perseguire. La sezione 142 (1) del *Criminal Justice Act* 2003, prevede infatti:

«Any court dealing with an offender in respect of his offence must have regard to the following purposes of sentencing—

(a) the punishment of offenders,

(b) the reduction of crime (including its reduction by deterrence),

(c) the reform and rehabilitation of offenders,

(d) the protection of the public, and

(e) the making of reparation by offenders to persons affected by their offences»⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ L'ordine delle finalità della pena può essere tradotto, con un linguaggio a noi comune, come segue: a) la punizione del colpevole; b) prevenzione generale; c) prevenzione speciale; d) la protezione dei consociati; e) la riparazione dell'offesa arrecata con la condotta.

Ciò che invece la legge non dice altrettanto chiaramente è che tipo di rapporto o gerarchia sussista tra i diversi scopi della pena, sui quali si è invece interrogata a fondo la dottrina⁴⁰⁹. Come acutamente segnalato, l'acritica libertà di scegliere tra i diversi *rationales* sopra indicati, permetterebbe ai giudici di imporre una propria filosofia o scala di valori, piuttosto che applicare quella prescelta dal legislatore. Un approccio completamente libero rispetto ai criteri finalistici della sanzione penale, faciliterebbe una eccessiva disparità nella commisurazione della pena tra i diversi giudici, ciascuno portatore di una propria filosofia⁴¹⁰. Pertanto, in assenza di una precisa presa di posizione in favore di uno degli scopi normativamente indicati, si ritiene che il giudice debba essere portato a farsi sintesi degli stessi nella scelta sanzionatoria, ovvero a dare preferenza a uno di essi⁴¹¹.

A ben vedere, si tratta di un'ambiguità presente, come precedentemente si notava⁴¹², anche nel nostro sistema.

Eppure, l'ordinamento inglese ha in qualche modo ovviato al problema in sede commisurativa, prevedendo una specifica e più analitica disciplina.

⁴⁰⁹ Cfr., per tutti, A. ASHWORTH, *op. ult. cit.*, 76 ss., il quale sottolinea come, differentemente da quanto prospettato con il *Criminal Justice Act* 1991, dove vi era una chiara scelta in favore del c.d. *desert* (teoria retributiva) quale primario scopo della pena che poteva essere derogato in alcuni casi per far spazio al c.d. *incapacitation* (neutralizzazione del reo), con il *Criminal Justice Act* 2003 il legislatore penale non si è sbilanciato verso uno dei possibili scopi, preferendo l'approccio definito *'pick-and-mix' sentencing*.

⁴¹⁰ *Ibidem*, 77.

⁴¹¹ *Ibidem*, 77-78, con preferenza per un approccio 'sintetico' degli scopi normativamente previsti.

⁴¹² Cfr. *supra*, cap. II.

Come approfondiremo di qui a breve, infatti, tale materia è stata regolata dalla sezione 143 (1) del *Criminal Justice Act* 2003⁴¹³ che erige a «touchstone»⁴¹⁴ il principio di proporzionalità quale criterio guida fondamentale del c.d. *sentencing*.

5. *L'evoluzione delle sentencing guidelines: da tentativo (malriuscito) di 'imbrigliare' la discrezionalità dei giudici a strumento razionalizzante*

In Inghilterra il c.d. *sentencing* (*id est*: la commisurazione della pena) e la sua evoluzione hanno interessato profondamente dottrina e operatori, dando vita a interessanti dibattiti, caratterizzati dall'usuale empirismo anglosassone, i cui risultati

⁴¹³ La sezione 143 (1) del *Criminal Justice Act* 2003, stabilisce: "In considering the seriousness of any offence, the court must consider the offender's culpability in committing the offence and any harm which the offence caused, was intended to cause or might foreseeably have caused".

⁴¹⁴ A. ASHWORTH, *op. ult. cit.*, 78.

sono condensati nell'ampia letteratura sul tema⁴¹⁵, che ha reso gli U.K. la «home of sentencing scholarship and research»⁴¹⁶.

Oggetto di grande attenzione è stata soprattutto una delle fonti disciplinanti la commisurazione della pena: le *guidelines*.

Quest'ultime sono lo strumento attraverso il quale il sistema inglese, in via del tutto peculiare rispetto all'antesignano modello americano, mira a 'imbrigliare' l'ampia scelta sanzionatoria offerta dalla legge ai giudici anglosassoni, creando, all'interno dei vincoli posti dalla legge, un modello *step-by-step* uniforme e trasparente per la determinazione della pena. In altre parole, le *sentencing guidelines* mirano a strutturare – e non eliminare – la discrezionalità del giudice, prevedendo, per differenti tipologie di

⁴¹⁵ Cfr., tra gli altri, A. ASHWORTH, *op. ult. cit.*; ID., *Coroners and Justice Act 2009: Sentencing Guidelines and the Sentencing Council*, in *Criminal Law Review*, 2010, 389-401; A. VON HIRSCH – A. ASHWORTH, *Proportionate Sentencing: exploring the principles*, Oxford University Press, 2005; A. ASHWORTH – J.V. ROBERTS, *The Origins and Nature of the Sentencing Guidelines in England and Wales*, in *Sentencing Guidelines: Exploring the English Model*, Oxford University Press, 2013; J.V. ROBERTS- A. ASHWORTH, *The Evolution of Sentencing Policy and Practice in England and Wales, 2003-2015*, in *Crime and Justice*, 2016, 000-000; J.V. ROBERTS (edited by), *Aggravation and Mitigation at Sentencing*, Cambridge University Press, 2011; ID. (edited by), *Exploring Sentencing Practice in England and Wales*, Pagrave Macmillan, 2015; ID. *Sentencing Guidelines and Judicial Discretion. Evolution of the Duty of Courts to Comply in England and Wales*, in *British Journal of Criminology*, 2011, 997-1013; ID. *Structured sentencing: Lessons from England and Wales from common law jurisdiction*, in *Punishment and Society*, 14(3), 2012, 267-288; N. PADFIELD, *Exploring the Success of Sentencing Guidelines*, in A. ASHWORTH - J. V. ROBERTS (edited by), *Sentencing Guidelines. Exploring the English Model*, 2013, 31 ss.; J. PINA-SANCHEZ - J.V. ROBERTS, *Proportionality at stake: the effect of sentencing guidelines and the psychology of preferred numbers*, Manuscript. Oxford: Centre of Criminology, University of Oxford; J. PINA-SANCHEZ – R. LINACRE, *Enhancing Consistency in Sentencing: Exploring the Effects of Guidelines in England and Wales*, in *Journal of Quantitative Criminology*, 2014, 732-748; M. K. DHAMI, *Sentencing guidelines in England and Wales: missed opportunities?*, in *Law and Contemporary Problems*, 76(1), 2013, 287-305; THE LAW COMMISSION (LAW COM NO 365), *A New Sentencing Code for England and Wales. Transition – Final report and recommendation*, consultabile in <http://www.lawcom.gov.uk/project/sentencing-code/>.

⁴¹⁶ Così J.V. ROBERTS-A. ASHWORTH, *The Evolution of Sentencing*, cit.

reato, limitati *range* di pena corrispondenti ad altrettanti livelli di gravità; all'interno di tali ristrette 'cornici', suggeriscono finanche un ideale punto di partenza al giudice e il procedimento logico-giuridico da seguire per spostare verso l'alto o verso il basso l'asticella sanzionatoria così individuata.

A dimostrazione del seguito ottenuto, le *guidelines* coprono, allo stato, la quasi totalità dei reati di competenza delle *Magistrates' Courts* e delle *Crown Courts*⁴¹⁷.

Merita rilievo, soprattutto ai fini di valutarne l'efficacia razionalizzante, il percorso evolutivo seguito, che ha modificato struttura e grado di vincolatività delle *guidelines*. È, infatti, solo dal 2010 che le moderne forme di *guidelines* sono a disposizione dei giudici inglesi. Ciò impone una doverosa cautela nel valutare i 'risultati' di cui si dirà in seguito, da considerarsi tuttora *in progress*.

Andiamo con ordine, procedendo, in via preliminare, ad un breve *excursus* sulle ragioni che hanno spinto all'evoluzione delle moderne *sentencing guidelines*.

Già dagli inizi del 1900 gli studiosi lamentavano la totale arbitrarietà e disparità tra le scelte sanzionatorie dei giudici inglesi, definendo la commisurazione della pena esercizio di "guessing" (tirare a indovinare). Tali preoccupazioni diedero vita, nel 1901, alle prime *sentencing guidelines*, redatte su indicazione degli stessi giudici, le quali prevedevano, per singolo reato, ipotesi sanzionatorie, per così dire, 'normali'. Ad esempio, per il tentato omicidio il *range* 'di base' previsto dalla *guideline* era da 7 a 12 anni di reclusione⁴¹⁸.

⁴¹⁷ Cfr. A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, cit., 27 e ss.

⁴¹⁸ Cfr. J.V. ROBERTS – A. ASHWORTH, *op. ult. cit.*

Possiamo così tracciare un primo bilancio: le *guidelines*, nella loro forma embrionale, sono nate e si sono sviluppate per oltre 25 anni attraverso l'opera di autoregolamentazione dei giudici. Tale tendenza si è mantenuta fino al 1998, anno in cui la competenza a redigere le *guidelines* passa dalla Corte di Appello ad un organo *ad hoc* indipendente sia dal potere legislativo che giudiziario: il *Sentencing Advisory Panel*, creato dalla sezione 81 del *Crime and Disorder Act 1998*.

Inizia così a strutturarsi il procedimento di creazione delle *guidelines*, che coinvolge ora due organismi: la Corte di Appello e il neonato *Sentencing Advisory Panel*. Ogni qual volta la Corte di Appello ritenga necessario introdurre una *guideline* per il reato del quale fosse stata investita, avrebbe dovuto obbligatoriamente attivare il *Sentencing Advisory Panel*. Tale organo era quindi investito del compito di abbozzare una proposta di *guideline*, condurre pubbliche consultazioni e inoltrare la *bozza* di *guideline* alla Corte di Appello. I giudici mantenevano così l'ultima parola sulle *guidelines*, considerato che la Corte di Appello poteva sia accettare e approvare la bozza ricevuta che modificarla o bocciarla *in toto*⁴¹⁹.

L'emancipazione delle *guidelines* dal monopolio dei giudici è avvenuta, almeno nelle 'epocali' intenzioni, con il *Criminal Justice Act 2003*, con il quale il *Sentencing Advisory Panel* venne affiancato dal *Sentencing Guidelines Council* – organo autonomo, a composizione giudiziaria maggioritaria - che assorbì le funzioni fino ad allora svolte

⁴¹⁹ Cfr. A. ASHWORTH, *Coroners and Justice Act 2009*, cit., 389.

dalla Corte di Appello: ricevere i suggerimenti del *Sentencing Advisory Panel* e approvare la versione definitiva delle *guidelines*⁴²⁰.

Nel 2009, il *Coroners and Justice Act* ha riordinato il complesso meccanismo di produzione delle *guidelines* e dato il là, a partire dal 2010, ad una *nuova era* della commisurazione della pena⁴²¹.

Dalla riforma del 2009, le funzioni dei due diversi organismi sono state condensate nell'unico organo titolare del potere di redigere le *sentencing guidelines*: il *Sentencing Council*.

Il nuovo organismo ha mantenuto una *composizione giudiziaria predominante*, composto com'è da 8 giudici e da 6 membri di derivazione non giudiziaria.

E' questo il motivo per il quale, a ragion veduta, la dottrina più autorevole ha bollato tale scelta quale volontà di assicurare i giudici dal pericolo di sottrarre loro un potere di storica memoria⁴²², senza badare troppo al rischio di diluire, in tal modo, l'impatto delle *guidelines* sulla prassi della commisurazione della pena.

Con riferimento ai poteri del neonato *Sentencing Council*, il *Coroners and Justice Act 2009* gli attribuisce il generico compito di predisporre *guidelines* «per ogni problema riguardante la commisurazione della pena» [S. 120(4)]⁴²³. Inoltre, si specifica che le

⁴²⁰ Ibidem, 390, dove testualmente: “the SGC replaced the Court of Appeal as the guidelines-creating body”.

⁴²¹ Cfr. A. ASHTORTH, *op. ult. cit.*, 389; J.V. ROBERTS, *Sentencing Guidelines and Judicial Discretion*, cit., 998.

⁴²² Cfr. A. ASHWORTH, *op. ult. cit.*, 392-393.

⁴²³ Cfr. *Coroners and Justice Act 2009*, s. 120, traduzione nostra:

(1) In this Chapter “sentencing guidelines” means guidelines relating to the sentencing of offenders.

guidelines possono avere sia declinazione sistematica (regolando, ad esempio, per tutti i reati lo sconto di pena in caso di *guilty plea*) ovvero essere dedicate a un particolare tipo di reato o gruppo di reati.

-
- (2) A sentencing guideline may be general in nature or limited to a particular offence, particular category of offence or particular category of offender.
- (3) The Council must prepare—
- (a) sentencing guidelines about the discharge of a court's duty under section 144 of the Criminal Justice Act 2003 (c. 44) (reduction in sentences for guilty pleas), and
 - (b) sentencing guidelines about the application of any rule of law as to the totality of sentences.
- (4) The Council may prepare sentencing guidelines about any other matter.
- (5) Where the Council has prepared guidelines under subsection (3) or (4), it must publish them as draft guidelines.
- (6) The Council must consult the following persons about the draft guidelines—
- (a) the Lord Chancellor;
 - (b) such persons as the Lord Chancellor may direct;
 - (c) the Justice Select Committee of the House of Commons (or, if there ceases to be a committee of that name, such committee of the House of Commons as the Lord Chancellor directs);
 - (d) such other persons as the Council considers appropriate.
- (7) In the case of guidelines within subsection (3), the Council must, after making any amendments of the guidelines which it considers appropriate, issue them as definitive guidelines.
- (8) In any other case, the Council may, after making such amendments, issue them as definitive guidelines.
- (9) The Council may, from time to time, review the sentencing guidelines issued under this section, and may revise them.
- (10) Subsections (5), (6) and (8) apply to a revision of the guidelines as they apply to their preparation (and subsection (8) applies even if the guidelines being revised are within subsection (3)).
- (11) When exercising functions under this section, the Council must have regard to the following matters—
- (a) the sentences imposed by courts in England and Wales for offences;
 - (b) the need to promote consistency in sentencing;
 - (c) the impact of sentencing decisions on victims of offences;
 - (d) the need to promote public confidence in the criminal justice system;
 - (e) the cost of different sentences and their relative effectiveness in preventing re-offending;
 - (f) the results of the monitoring carried out under section 128.

Abbiamo quindi a che fare con uno strumento che si caratterizza per spiccata *flessibilità*.

La stessa sezione stabilisce, inoltre, l'*iter* da seguire per la predisposizione delle *guidelines*, di seguito schematizzato:

- a) Il *Sentencing Council* prepara la bozza di *guideline*;
- b) Il *Sentencing Council* sottopone in consultazione la bozza ai soggetti indicati nella s. 120 (6), tra i quali rientrano anche studiosi di conclamata fama che il Consiglio decide di consultare;
- c) Ottenuto il parere dei soggetti coinvolti, il Consiglio emana la *guideline* definitiva, restando libero di apportare le modifiche che riterrà opportune, anche in seguito alla sua pubblicazione, seguendo lo stesso *iter*.

Particolarmente apprezzabile è l'esplicita elencazione, nella s. 120(11) del *Coroners and Justice Act 2009*, degli obiettivi che il Consiglio deve perseguire nella predisposizione delle *guidelines*. Tale organo è infatti chiamato, in primo luogo, a **promuovere uniformità e coerenza nella commisurazione della pena**⁴²⁴, **valutare l'impatto delle *guidelines* sulle vittime del reato, incrementare la fiducia dei consociati nel sistema penale, bilanciare il rapporto *benefit-cost* rispetto alle diverse tipologie sanzionatorie** e, vale davvero la pena sottolinearlo, **monitorare i risultati prodotti dalla *guideline***.

⁴²⁴ Ci interrogheremo in seguito se l'uniformità vada intesa come approccio o come risultato.

Breve digressione: proprio l'esigenza di soppesare il rapporto *benefit-cost* della sanzione, potrebbe in futuro espandere il raggio di azione delle *sentencing guidelines* verso valutazioni di *overcrowding* carcerario, ad oggi non adeguatamente tenuto in considerazione dal Consiglio.

In ogni caso, forse per un banale principio di non contraddizione (essendo il *Sentencing Council* composto da una maggioranza di derivazione giudiziaria), al momento, in due soli casi il Consiglio è intervenuto in maniera decisa per indirizzare la pratica della commisurazione verso sentenze più lievi, stigmatizzando il *trend* eccessivamente severo della pratica giudiziaria; tra questi limitati casi figurano, quasi superfluo specificarlo, le prassi sanzionatorie per i reati in materia di stupefacenti⁴²⁵.

Ad eccezione di sporadici interventi 'a gamba tesa', l'esperienza delle *sentencing guidelines* fino ad oggi, permette una valutazione 'tiepida' circa la loro dirompenza nella prassi commisurativa. Più che 'rivoluzionare', le *guidelines* sembrano chiamate ad una, non meno dignitosa, opera di *razionalizzazione*, espungendo dalla prassi sanzionatoria gli eccessi di soggettivismo decisionale. Opera di limatura e non di ricostruzione, che ci interessa, appunto, per le potenzialità razionalizzanti. Si spiega così, dunque, anche la limitata incidenza delle *guidelines* sulla popolazione carceraria⁴²⁶.

Da ultimo, tra i compiti attribuiti al *Sentencing Council*, si rinviene quello di prevedere e pubblicare il potenziale impatto sulla popolazione carceraria e quello di monitorare gli effetti in seguito all'applicazione della *guideline*, con particolare

⁴²⁵ Cfr. J.V. ROBERTS – A. ASHWORTH, *Evolution of Sentencing Policy in England and Wales*, cit.

⁴²⁶ Cfr., per tutti, J.V. ROBERTS – A. ASHWORTH, *op. ult. cit.*

attenzione ai fattori concretamente incidenti nella commisurazione della pena⁴²⁷ e la frequenza delle «departures from the guideline», ossia la percentuale di ineffettività delle *guidelines* di cui si dirà nel prosieguo.

Una volta raccolti tali dati, il Consiglio emana ogni anno un *report* dove sono indicati i *trend* della commisurazione della pena per tipo di reato. Davvero pregevole la raccolta di dati empirici, che permette una oggettiva valutazione dell'impatto delle *guidelines* e le opportune rettifiche 'in corso d'opera'.

Passando invece al contenuto delle *guidelines*, la norma di riferimento è la S. 121 del *Coroners and Justice Act 2009*⁴²⁸. La formula legislativa utilizzata lascia, in vero, ampi

⁴²⁷ Non essendo questa la sede per affrontare tale argomento si rimanda, per l'analisi delle possibili strategie d'indagine, a J.V. ROBERTS – M. HOUGH, *Empirical Sentencing Research: Option and Opportunities*, in J.V. Roberts (edited by), *Exploring Sentencing Practice in England and Wales*, cit., 1- 17.

⁴²⁸ Cfr. *Coroners and Justice Act 2009*, S. 121: “When exercising functions under section 120, the Council is to have regard to the desirability of sentencing guidelines which relate to a particular offence being structured in the way described in subsections (2) to (9).
(2) The guidelines should, if reasonably practicable given the nature of the offence, describe, by reference to one or more of the factors mentioned in subsection (3), different categories of case involving the commission of the offence which illustrate in general terms the varying degrees of seriousness with which the offence may be committed.
(3) Those factors are—
(a) the offender's culpability in committing the offence;
(b) the harm caused, or intended to be caused or which might foreseeably have been caused, by the offence;
(c) such other factors as the Council considers to be particularly relevant to the seriousness of the offence in question.
(4) The guidelines should—
(a) specify the range of sentences (“the offence range”) which, in the opinion of the Council, it may be appropriate for a court to impose on an offender convicted of that offence, and
(b) if the guidelines describe different categories of case in accordance with subsection (2), specify for each category the range of sentences (“the category range”) within the offence range which, in the opinion of the Council, it may be appropriate for a court to impose on an offender in a case which falls within the category.

(5) The guidelines should also—

(a) specify the sentencing starting point in the offence range, or

(b) if the guidelines describe different categories of case in accordance with subsection (2), specify the sentencing starting point in the offence range for each of those categories.

(6) The guidelines should—

(a) (to the extent not already taken into account by categories of case described in accordance with subsection (2)) list any aggravating or mitigating factors which, by virtue of any enactment or other rule of law, the court is required to take into account when considering the seriousness of the offence and any other aggravating or mitigating factors which the Council considers are relevant to such a consideration,

(b) list any other mitigating factors which the Council considers are relevant in mitigation of sentence for the offence, and

(c) include criteria, and provide guidance, for determining the weight to be given to previous convictions of the offender and such of the other factors within paragraph (a) or (b) as the Council considers to be of particular significance in relation to the offence or the offender.

(7) For the purposes of subsection (6)(b) the following are to be disregarded—

(a) the requirements of section 144 of the Criminal Justice Act 2003 (c. 44) (reduction in sentences for guilty pleas);

(b) sections 73 and 74 of the Serious Organised Crime and Police Act 2005 (assistance by defendants: reduction or review of sentence) and any other rule of law by virtue of which an offender may receive a discounted sentence in consequence of assistance given (or offered to be given) by the offender to the prosecutor or investigator of an offence;

(c) any rule of law as to the totality of sentences.

(8) The provision made in accordance with subsection (6)(c) should be framed in such manner as the Council considers most appropriate for the purpose of assisting the court, when sentencing an offender for the offence, to determine the appropriate sentence within the offence range”.

(9) The provision made in accordance with subsections (2) to (8) may be different for different circumstances or cases involving the offence.

(10) The sentencing starting point in the offence range—

(a) for a category of case described in the guidelines in accordance with subsection (2), is the sentence within that range which the Council considers to be the appropriate starting point for cases within that category—

(i) before taking account of the factors mentioned in subsection (6), and

(ii) assuming the offender has pleaded not guilty, and

(b) where the guidelines do not describe categories of case in accordance with subsection (2), is the sentence within that range which the Council considers to be the appropriate starting point for the offence—

(i) before taking account of the factors mentioned in subsection (6), and

(ii) assuming the offender has pleaded not guilty.

marginii di operatività al *Council*, richiedendo soltanto di “tenere in considerazione” («have regard to») la struttura suggerita dalla S. 121 e, “laddove praticabile” («if reasonably practicable») rispetto alla natura del reato, articolare la *guideline* secondo le diverse categorie di gravità in cui può estrinsecarsi il reato, cui far corrispondere altrettanti livelli di pena, i quali devono rispecchiare la colpevolezza del reo e l’offesa arrecata o minacciata.

Più nel dettaglio, il Consiglio dovrebbe prevedere per ogni reato o gruppo di reati ed entro i limiti posti dalla legge i due estremi sanzionatori generalmente applicati («offence range») per l’ipotesi meno grave e quella più grave.

All’interno dell’*offence range*, la *guideline* è chiamata poi a raggruppare in poche classi la gravità del reato – con riferimento al grado di colpevolezza e all’ offensività della condotta - alle quali corrisponde uno spazio edittale più ristretto («category range»). Solitamente ogni reato presenta tre o quattro *category ranges*.⁴²⁹

Al loro interno, viene suggerito ai giudici uno *starting point*⁴³⁰, che può essere spostato verso l’alto o verso il basso a seconda degli ulteriori fattori riguardanti il fatto e il reo che la *guideline* richiede di tenere in debita considerazione nel *decisional-making process*.

5.1. L’esempio della *definitive guideline on Theft offences*

⁴²⁹ Così A. AHSWORTH, *op. ult. cit.*, 391.

⁴³⁰ Sempre la sezione 121 descrive lo *starting point* come la misura di pena di partenza all’interno di ciascun *category range* prima di operare al rialzo o al ribasso in virtù di circostanze aggravanti o attenuanti e il peso dato alle precedenti condanne dalla *guideline*.

Per chiarire meglio i termini del nostro discorso sulla struttura ‘*step-by-step*’ delle *sentencing guidelines*, utilizzeremo l’esempio offerto da una *guideline* recentemente entrata in vigore (febbraio 2016) per il delitto di furto (*theft offence*) e consultabile sul sito del *Sentencing Council*⁴³¹.

Dopo una prima parte riservata a descrivere i reati rientranti nel raggio di azione della *guideline*, la procedibilità e la competenza del reato (*triable on indictment, summarily triable or either way*), sono individuati in primo luogo i limiti di pena imposti dalla legge e dalla *guideline* (*offence range*). Nel caso di furto, i due valori corrispondono a:

- **Limite legale:** «*Maximum: 7 years’ custody*» (in quanto la legge prescrive esclusivamente il limite massimo di pena detentiva);
- **Guideline:** «*Offence range: Discharge – 6 years’ custody*» (come anticipato, questo *range* circoscrive i due estremi del reato in termini di gravità, che va dal minimo rappresentato dal *discharge*, al massimo che prevede una pena di 6 anni di reclusione).

All’interno di questa cornice, si muove il primo di una serie di *step* (solitamente otto o nove) di cui è composta la *guideline*, all’interno dei quali il giudice è chiamato a dosare il ‘giusto’ quantitativo di pena.

⁴³¹La *definitive guideline* è consultabile al seguente indirizzo: <http://www.sentencingcouncil.org.uk/publications/item/theft-offences-definitive-guideline/>.

Il primo *step* richiede al giudice di individuare la ‘gravità del fatto’, tenendo in considerazione *esclusivamente* i “principali elementi fattuali”⁴³² indicati dalla *guideline* e organizzati secondo il livello di *culpability* (colpevolezza) e *harm* (offensività). In tale elenco la *guideline* include anche le circostanze aggravanti e attenuanti legislativamente imposte.

Per una plastica materializzazione di quanto detto, si vedano le due seguenti illustrazioni, riferite allo *step one* della *guideline* per i delitti di furto.

⁴³² Così A. AHSWORTH – J.V. ROBERTS, *The Origins and Nature of the Sentencing Guidelines in England and Wales*, cit., 6.

STEP ONE
Determining the offence category

The court should determine the offence category with reference **only** to the factors identified in the following tables. In order to determine the category the court should assess **culpability** and **harm**.

The level of culpability is determined by weighing up all the factors of the case to determine the offender's role and the extent to which the offending was **planned** and the **sophistication** with which it was carried out.

CULPABILITY demonstrated by one or more of the following:

A – High culpability

- A leading role where offending is part of a group activity
- Involvement of others through coercion, intimidation or exploitation
- Breach of a high degree of trust or responsibility
- Sophisticated nature of offence/significant planning
- Theft involving intimidation or the use or threat of force
- Deliberately targeting victim on basis of vulnerability

B – Medium culpability

- A significant role where offending is part of a group activity
- Some degree of planning involved
- Breach of some degree of trust or responsibility
- All other cases where characteristics for categories A or C are not present

C – Lesser culpability

- Performed limited function under direction
- Involved through coercion, intimidation or exploitation
- Little or no planning
- Limited awareness or understanding of offence

Where there are characteristics present which fall under different levels of culpability, the court should balance these characteristics to reach a fair assessment of the offender's culpability.

HARM

Harm is assessed by reference to the **financial loss** that results from the theft **and any significant additional harm** suffered by the victim or others – examples of significant additional harm may include **but are not limited to:**

Items stolen were of substantial value to the loser – regardless of monetary worth
High level of inconvenience caused to the victim or others
Consequential financial harm to victim or others
Emotional distress
Fear/loss of confidence caused by the crime
Risk of or actual injury to persons or damage to property
Impact of theft on a business
Damage to heritage assets
Disruption caused to infrastructure

Intended loss should be used where actual loss has been prevented.

Category 1	Very high value goods stolen (above £100,000) or High value with significant additional harm to the victim or others
Category 2	High value goods stolen (£10,000 to £100,000) and no significant additional harm or Medium value with significant additional harm to the victim or others
Category 3	Medium value goods stolen (£500 to £10,000) and no significant additional harm or Low value with significant additional harm to the victim or others
Category 4	Low value goods stolen (up to £500) and Little or no significant additional harm to the victim or others

Le illustrazioni ci permettono inoltre di materializzare una delle principali caratteristiche delle *guidelines*, sopra indicate: la *flessibilità*.

Può infatti accadere, come nel caso del furto, che il Consiglio non sia in grado di predeterminare tutti gli elementi fattuali rilevanti, senza creare pericolosi *vulnus*. Pertanto, in tali ipotesi, è la stessa *guideline* a derogare alla generale tassatività delle previsioni in essa contenute e rimettere al giudice l'apprezzamento, caso per caso, di ulteriori fattori (nel caso di specie quelli relativi all'eventuale danno non economico patito dalla vittima), conferendo così valore esemplificativo all'elenco contenuto nello *step one*.

Ad esempio, seguendo la precedente illustrazione, un furto di un cellulare dal valore inferiore ai 500£, non premeditato e che non abbia arrecato un rilevante danno non economico alla vittima, andrà, in questa fase, posizionato nella *classe di gravità n. 4* e *grado di colpevolezza di cui alla lettera c*.

Con il secondo *step*, il giudice è chiamato a individuare il corrispondente *category range* di pena, frutto dell'incontro tra il grado di colpevolezza e la categoria di gravità della condotta individuati durante lo *step one*. All'interno della cornice così stabilita, che rappresenta un sottomultiplo del più ampio *offence range*, il giudice dovrà partire dal relativo *starting point* quale pena-base per commisurare la pena nel caso di specie.

Si rimanda, anche in questo caso, all'efficace rappresentazione grafica di seguito riportata.

STEP TWO
Starting point and category range

Having determined the category at step one, the court should use the starting point to reach a sentence within the appropriate category range in the table below.

The starting point applies to all offenders irrespective of plea or previous convictions.

Harm	Culpability		
	A	B	C
Category 1 Adjustment should be made for any significant additional harm factors where very high value goods are stolen.	Starting point 3 years 6 months' custody	Starting point 2 years' custody	Starting point 1 year's custody
	Category range 2 years 6 months' – 6 years' custody	Category range 1 – 3 years 6 months' custody	Category range 26 weeks' – 2 years' custody
Category 2	Starting point 2 years' custody	Starting point 1 year's custody	Starting point High level community order
	Category range 1 – 3 years 6 months' custody	Category range 26 weeks' – 2 years' custody	Category range Low level community order – 36 weeks' custody
Category 3	Starting point 1 year's custody	Starting point High level community order	Starting point Band C fine
	Category range 26 weeks' – 2 years' custody	Category range Low level community order – 36 weeks' custody	Category range Band B fine – Low level community order
Category 4	Starting point High level community order	Starting point Low level community order	Starting point Band B fine
	Category range Medium level community order – 36 weeks' custody	Category range Band C fine – Medium level community order	Category range Discharge – Band C fine

Nell'esempio del furto del cellulare, prima avanzato, il *category range* all'interno del quale individuare la pena sarà dato dal *Discharge* al *Band C fine*, con lo *starting point* suggerito di una *Band B fine*.

Determinato così il *category range* nel quale incasellare il fatto, al giudice viene richiesto di individualizzare ulteriormente la pena, calibrando meglio la risposta sanzionatoria attraverso il ricorso alle ulteriori circostanze sia oggettive che legate alla personalità del reo e alla sua capacità a delinquere⁴³³. Per tale motivo, la *guideline* indica una lista *esemplificativa* di fattori aggravanti e attenuanti (maggiore rigore viene invece

⁴³³ Cfr. A. ASHWORTH – J.V. ROBERTS, *op. ult. cit.*, 7.

richiesto durante il primo *step*, momento nevralgico nella determinazione del *category range* corrispondente al fatto).

Una volta determinato in tal modo il margine di pena aderente al caso e alla personalità del reo, i successivi *step* lavorano nel senso di un'ulteriore limatura della pena, solitamente dovuta a prescrizioni e regole 'di sistema' e non propriamente legate alle specifiche circostanze del caso. Così, nel caso della *guideline* per i delitti di furto, al giudice è chiesto di considerare la riduzione di pena per *guilty plea*, ossia la 'confessione' dell'imputato; considerare le regole del concorso di reati, il periodo di tempo già sofferto in carcere in virtù di misura cautelare ed eventuali sconti di pena imposti dalla legge in caso di collaborazione durante la fase delle indagini.

Infine, il giudice è chiamato a esplicitare in motivazione le ragioni del quantitativo di pena irrogato.

Sul punto, occorre soffermarci, riconoscendo sin d'ora un merito alle *guidelines*.

Ad una analisi, seppur a campione, delle più recenti sentenze emesse dalle *Crown Courts* inglesi⁴³⁴, si denota una decisa valorizzazione in motivazione degli aspetti considerati nella fase di commisurazione della pena: il linguaggio è chiaro, i passaggi logici e il riferimento alle *guidelines* costante.

Ciò non deve far pensare ad un obbligo motivazionale più stringente di quello imposto dall'art. 132 c.p., come si avrà modo di specificare successivamente.

⁴³⁴ *Sentencing remarks* consultabili online all'indirizzo: <https://www.judiciary.gov.uk/judgments/>.

Le ragioni del puntuale rispetto dell'obbligo di motivazione vanno pertanto trovate altrove. Non è fuorviante attribuire tale merito anche alle *guidelines*. La previsione di un procedimento *step-by-step* per la determinazione della pena, i cui passaggi sono generalmente ripercorsi in motivazione dal giudice, ha il merito di consentire al giudice di chiarire prima a sé stesso e poi all'imputato e al popolo i motivi della decisione sul *quantum* di pena. La struttura del percorso decisionale si riverbera nella chiarezza, coerenza e razionalità della motivazione.

Con ciò, non si può tuttavia negare che parte dei meriti siano attribuibili alla diversa fisionomia dell'organo giudicante. In un sistema dove le decisioni sul 'merito' sono riservate a un organo solitamente diverso (la giuria) rispetto al giudice che determina la pena, è quasi scontato verificare una maggiore dedizione in tale fase rispetto ad un sistema che impone allo stesso giudice di difendere la propria decisione in motivazione dal pericolo di impugnazioni e di elaborare una risposta altrettanto approfondita e ben motivata sulla misura della pena.

Ciò detto, non ci si può esimere dal segnalare le potenzialità benefiche dovute al circolo virtuoso che si genera tra *guidelines* e motivazione: il Consiglio potrà infatti lucrare gli spunti offerti dalle problematiche affrontate dai giudici e, di conseguenza, 'settare' con più precisione il contenuto delle *sentencing guidelines*, agevolando a sua volta il compito dei giudici nella loro quotidiana applicazione.

6. (continua) *L'evoluzione del grado di compliance richiesto ai giudici*

Abbiamo in precedenza sottolineato come il principale obiettivo delle moderne *sentencing guidelines* fosse l'incremento dell'uniformità e coerenza sanzionatoria.

Chiariamo, a tal punto, il concetto di 'uniformità e coerenza' (c.d. *consistency*).

Quando parliamo di uniformità e coerenza nella commisurazione della pena, non intendiamo rifarci al meccanico appiattimento su quantità sanzionatorie standardizzate e ripetute nel tempo, fenomeno del quale abbiamo già fatto cenno *supra* con riferimento alle irrazionalità della nostra prassi della commisurazione della pena. Considerata anche l'irripetibilità delle situazioni di fatto, comparabili ma mai totalmente sovrapponibili, uniformità e coerenza vanno pertanto riferite all'approccio, alla intelligibilità del procedimento logico-giuridico che il giudice segue per addivenire ad una pena che possa dirsi aderente al caso.

E' questo il motivo che ha spinto l'ordinamento inglese a intraprendere la strada dello «step-by-step approach» nell'affrontare il problema della commisurazione della pena, imponendo al giudice la metodicità di approccio e non di risultato⁴³⁵.

Di conseguenza, il grado di adesione imposto al giudice rispetto al *decision-making process* delineato dalle *guidelines* risulta fondamentale per soddisfare le capacità 'razionalizzanti' dello strumento.

⁴³⁵ Cfr. A. ASHWORTH – J. V. ROBERTS, *op. ult. cit.*, 9.

Se al giudice fosse infatti permesso di svincolarsi liberamente dal procedimento (e dai *range*) imposto dalle *guidelines*, risulterebbe vanificata ogni pretesa di prevedibilità del risultato sanzionatorio⁴³⁶.

Conscio di tale rischio, con il passaggio dal *Criminal Justice Act 2003* s. 172(1) al *Coroners and Justice Act 2009* s. 125, il legislatore britannico ha ‘ritoccato’ il grado di *compliance* richiesto ai giudici.

Fino al 2009, il giudice doveva semplicemente “tenere in considerazione” «must have regard to» ogni *guideline* che fosse rilevante per il caso. Sotto la vigenza della disciplina contenuta nel *Criminal Justice Act 2003* veniva indiato come meramente *appropriato* fornire una motivazione laddove il giudice ritenesse opportuno andare al di là del *range* di pena suggerito dalla *guideline*. Il giudice era in sostanza pressoché libero di derogare a quanto previsto in *guideline*, purché motivasse sulle ragioni che lo avevano spinto verso tale scelta.

Ciò che la legge allora in vigore ometteva di specificare era se si dovesse ritenere ‘in deroga’ ogni risultato sanzionatorio al di fuori dell’*offence range* o dei più ristretti *category ranges*⁴³⁷. A fare chiarezza era intervenuta la giurisprudenza che aveva interpretato tale previsione come obbligo di motivare ogni scelta sanzionatoria che

⁴³⁶ Cfr. J. V. ROBERTS, *Sentencing Guidelines and Judicial Discretion*, cit., 999-1000: “Yet, if the guidelines adopt a relaxed approach to sentencing outside their ranges, consistency may be hard to achieve”.

⁴³⁷ In effetti, la sezione 174(2) del *Criminal Justice Act 2003* fa generico riferimento a ogni “particular range”.

fuoriuscisse dai *category ranges*. Eventualità, in vero, molto frequente considerate le caratteristiche sopra indicate delle *guidelines*.

Una interessante ricerca del 2008 aveva infatti mostrato come nel 48% dei casi i giudici, sotto la precedente forma legislativa, irrogavano pene detentive al di fuori del *category range* suggerito dalla *guideline*: nel 34% dei casi ‘sanzionando’ al di sopra del limite massimo e nel restante 14% abbassando la pena inflitta al di sotto del minimo⁴³⁸.

Prescindendo dalle ragioni che possono aver giustificato il dato statistico⁴³⁹, è fuor di dubbio che i numeri hanno denunciato la parziale ineffettività del sistema allora adottato.

Tale è quindi l'*humus* nel quale si inseriscono i successivi discorsi riformatori.

Con l'intenzione di introdurre una formula più robusta per vincolare i giudici al rispetto delle *guidelines*, ma che lasciasse comunque uno spazio di discrezionalità idoneo a garantire la massima individualizzazione della pena, il *Sentencing Commission Working Group* (2008) propose di sostituire la formula “*have regard to*” con quella più stringente “*must apply*”, così da obbligare il giudice al rispetto delle *guidelines*.

⁴³⁸ Cfr. per un'analisi più dettagliata e un elenco di possibili spiegazioni J. V. ROBERTS, *op. ult. cit.*, 1004-1005.

⁴³⁹ Riprendendo le parole di J.V. ROBERTS, *op. ult. cit.*, 1000: “There are two principal elements to consider when evaluating the ‘Departure rate’ of a guidelines system. First, how wide is the range of sentence within which a court may remain before a disposition is classified as a ‘departure’? Second, how flexible is the statutory test for a departure? (...) Under this model (...) a system with very narrow ranges and high rates of departure will be equally ineffective”.

A ciò si aggiungeva, d'altro canto, una clausola derogatoria generale nelle ipotesi in cui in giudice fosse persuaso che sarebbe “*contrario agli interessi della giustizia*” seguire le indicazioni della *guideline*.

Le indicazioni del gruppo di lavoro del 2008 furono però solo parzialmente accolte dal primo disegno di legge presentato in Parlamento⁴⁴⁰, che adottò la dicitura *must follow* invece di *must apply* (proposta, invece, in sede di riforma), al quale va però riconosciuto il merito di aver cristallizzato nei *category ranges* l'oggetto dello specifico onere motivazionale in caso di *departure*.

Forse fu quest'ultimo il motivo per il quale il disegno di legge ricevette feroci critiche dalle associazioni di magistrati (e anche dagli avvocati). Venne pertanto rapidamente emendato, dando vita a una legge ibrida, frutto di compromesso tra i diversi interessi in gioco.

Mantenendo, abbastanza curiosamente, la forza della formula *must follow*, il testo approvato cambiò invece l'oggetto della *compliance* richiesta ai giudici, circoscrivendo l'obbligo di specifica motivazione alle ipotesi sanzionatorie al di fuori dell'*offence range*⁴⁴¹. In altre parole, riprendendo l'esempio prima fatto con il furto, in

⁴⁴⁰ Cfr. *Coroners and Justice Bill 2009*.

⁴⁴¹ Cfr. *Coroners and Justice Act 2009* s. 125: “(1) Every court—
(a) must, in sentencing an offender, follow any sentencing guidelines which are relevant to the offender's case, and
(b) must, in exercising any other function relating to the sentencing of offenders, follow any sentencing guidelines which are relevant to the exercise of the function, unless the court is satisfied that it would be contrary to the interests of justice to do so.
(2) Subsections (3) and (4) apply where—
(a) a court is deciding what sentence to impose on a person (“P”) who is guilty of an offence, and

(b) sentencing guidelines have been issued in relation to that offence which are structured in the way described in section 121(2) to (5) (“the offence-specific guidelines”).

(3) The duty imposed on a court by subsection (1)(a) to follow any sentencing guidelines which are relevant to the offender's case includes—

(a) in all cases, a duty to impose on P, in accordance with the offence-specific guidelines, a sentence which is within the offence range, and

(b) where the offence-specific guidelines describe categories of case in accordance with section 121(2), a duty to decide which of the categories most resembles P's case in order to identify the sentencing starting point in the offence range; but nothing in this section imposes on the court a separate duty, in a case within paragraph (b), to impose a sentence which is within the category range.

(4) Subsection (3)(b) does not apply if the court is of the opinion that, for the purpose of identifying the sentence within the offence range which is the appropriate starting point, none of the categories sufficiently resembles P's case.

(5) Subsection (3)(a) is subject to—

(a) section 144 of the Criminal Justice Act 2003 (c. 44) (reduction in sentences for guilty pleas),

(b) sections 73 and 74 of the Serious Organised Crime and Police Act 2005 (c. 15) (assistance by defendants: reduction or review of sentence) and any other rule of law by virtue of which an offender may receive a discounted sentence in consequence of assistance given (or offered to be given) by the offender to the prosecutor or investigator of an offence, and

(c) any rule of law as to the totality of sentences.

(6) The duty imposed by subsection (1) is subject to the following provisions—

(a) section 148(1) and (2) of the Criminal Justice Act 2003 (restrictions on imposing community sentences);

(b) section 152 of that Act (restrictions on imposing discretionary custodial sentences);

(c) section 153 of that Act (custodial sentence must be for shortest term commensurate with seriousness of offence);

(d) section 164(2) of that Act (fine must reflect seriousness of offence);

(e) section 269 of and Schedule 21 to that Act (determination of minimum term in relation to mandatory life sentence);

(f) section 51A of the Firearms Act 1968 (c. 27) (minimum sentence for certain offences under section 5 etc);

(g) sections 110(2) and 111(2) of the Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 (c. 6) (minimum sentences for certain drug trafficking and burglary offences);

(h) section 29(4) and (6) of the Violent Crime Reduction Act 2006 (c. 38) (minimum sentences for certain offences involving firearms).

(7) Nothing in this section or section 126 is to be taken as restricting any power (whether under the Mental Health Act 1983 (c. 20) or otherwise) which enables a court to deal with a mentally disordered offender in the manner it considers to be most appropriate in all the circumstances.

(8) In this section—

seguito all'attuale disposizione legislativa, al giudice non verrà più chiesto di fornire specifiche spiegazioni, purché, nel determinare la pena, si mantenga all'interno del *range* di pena che va dal *discharge* a 7 anni di reclusione.

Appare, francamente, inverosimile che una decisione possa porsi al di là dei predetti ampi limiti (si consideri che per i delitti di furto lo *iato* tra limite massimo di pena previsto dalla legge e quello stabilito dall'*offence range* è pari a un solo anno di reclusione). Quanto ciò abbia minato (o limitato) le potenzialità delle *sentencing guidelines* rispetto agli obiettivi prefissati, sarà oggetto del successivo paragrafo.

Valgano qui, invece, le seguenti considerazioni, frutto dell'autorevole dibattito in dottrina che ha seguito l'approvazione delle modifiche apportate dal *Coroners and Justice Act 2009*.

Non v'è chi non veda nel linguaggio adoperato dal legislatore un'occasione persa o, per dirla con le parole di un illustre studioso «a pitifully loose»⁴⁴², che indebolisce gravemente le possibilità di una commisurazione della pena davvero trasparente e dall'approccio uniforme. È, infatti, del tutto plausibile che le percentuali di *departures* rispetto all'ampio *offence range* saranno del tutto irrisorie e soprattutto non in grado di fotografare l'attenzione da parte dei giudici alle *guidelines*.

“mentally disordered”, in relation to a person, means suffering from a mental disorder within the meaning of the Mental Health Act 1983;
“sentencing guidelines” means definitive sentencing guidelines”; cfr. anche J.V. ROBERTS, *op. ult. cit.*, 1010.

⁴⁴² Così A. ASHWORTH, *op. ult. cit.*, 395;

Eppure una speranza c'è. Anche la dottrina maggiormente scettica, rassegnata a vedere deluse le aspettative 'rivoluzionarie' per una discrezionalità sanzionatoria realmente 'strutturata', finisce con il riconoscere un ruolo fondamentale, in chiave razionalizzante, al *decision making process* presente nelle *guidelines* e al grado di volontaria adesione che riuscirà a ottenere da parte dei giudici, per il quale si auspica un massiccio ricorso ai *training* sulle *sentencing guidelines*⁴⁴³.

Recupera quest'ultimo profilo anche la dottrina più ottimistica⁴⁴⁴ che ritiene possibile salvaguardare un approccio uniforme e razionale, pur in assenza di un obbligo di *compliance* (e motivazionale) realmente stringente.

Secondo l'autorevole parere, il passaggio dalla formula *have regard to* a quella *must follow* non può che imprimere nella mente dei giudici l'idea del bisogno di una maggiore aderenza, rispetto al passato, al procedimento logico imposto dalla *guideline*. Tra l'altro, se è vero che il *sentencing system* inglese affida ad un «algorithm to be followed»⁴⁴⁵ le pretese di razionalità, nell'auspicio che, avendo seguito il procedimento imposto dalle *guidelines*, l'esito non potrà che riflettere la 'giusta' misura di pena, la vera scommessa delle *guidelines* riguarda il loro grado di *appeal* agli occhi dei giudici e la loro familiarità con lo schema prescritto, piuttosto che la 'forza' dell'obbligo motivazionale.

Le speranze della dottrina più ottimistica sembrano, ad una prima analisi, cogliere nel segno, considerato che i passaggi delle *guidelines* sono effettivamente

⁴⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴⁴ Cfr. J.V. ROBERTS, *op. ult. cit.*, 1011.

⁴⁴⁵ *Ibidem*.

riscontrabili nelle motivazioni analizzate, oltre che – come si dirà nel paragrafo successivo – confortate dai primi risultati sullo ‘stato di salute’ del *sentencing* anglosassone.

7. I primi benefici delle *guidelines* sul *Sentencing System*

Dopo aver sinteticamente evidenziato le caratteristiche essenziali del *Criminal Justice System* e del *Sentencing System* inglese ci proponiamo, al termine di questo capitolo, di segnalare alcuni dei risultati raggiunti, così come emersi dagli studi empirici riguardanti l’impatto delle moderne *guidelines*. Limitandoci ad alcuni dei punti messi in luce dagli studiosi del tema, desideriamo segnalare, con doverosa cautela vista la recente entrata ‘a regime’ delle moderne *guidelines*⁴⁴⁶, la presenza di almeno tre *benefit* di notevole importanza per il nostro discorso (e per gli obiettivi presi di mira dal *Sentencing Council*), dando per acquisito quello già menzionato e legato alla corrispondenza dello schema delle *sentencing guidelines* al ragionamento del giudice in motivazione.

7.1. Maggiore ‘fiducia’ nel *Criminal Justice System*

Nella convinzione che le spinte populiste all’interno del diritto penale possano essere contenute agendo sul grado di consapevolezza dei consociati – in base all’assunto che un pubblico informato sembrerebbe più disposto ad accettare politiche sanzionatorie bilanciate - gli studiosi inglesi si sono molto interessati al tema della

⁴⁴⁶ Così J. V. ROBERTS – A. ASHWORTH, *Evolution of Sentencing Policy in England and Wales*, cit. (*sub* lett. D).

*public opinion*⁴⁴⁷, specie ricomprendo tra gli ‘scopi’ affidati al *Sentencing Council* quello di incentivare la consapevolezza sulla pena e il suo modello di commisurazione.

Non è un caso gli studiosi del tema hanno definito la educazione dei cittadini ai temi della giustizia, la *più importante* delle campagne per garantire la razionalità e la liberalità del *Criminal Justice System*⁴⁴⁸.

Nell'affrontare l'argomento, il primo degli approcci seguito dagli studi britannici è stato quello di misurare il grado di effettiva conoscenza da parte della popolazione riguardo ai livelli sanzionatori del Paese, attraverso la somministrazione di questionari. Ad esempio, ai partecipanti è stato chiesto di indicare il livello di severità percepito delle pene irrogate dai giudici per alcuni reati di particolare allarme (nel caso di specie, i reati di violenza sessuale e quelli di furto all'interno delle abitazioni). Come può immaginarsi, il grado di sottovalutazione delle sanzioni inflitte ha raggiunto soglie impressionanti. Ad esempio, per il reato di furto in abitazione, esso staziona intorno all'88% dei partecipanti al sondaggio⁴⁴⁹. Peraltro, quando ai partecipanti veniva richiesto di misurare in termini generali la gravità delle sanzioni

⁴⁴⁷ Cfr., tra gli altri, M. HOUGH – B. BRADFORD – J. JACKSON – J. V. ROBERTS, *Attitudes to Sentencing and Trust in Justice. Exploring Trends from the Crime Survey for England and Wales*, 2013; J.V. ROBERTS, *Penal Populism and Public Opinion*, cit.; J. V. ROBERTS – M. HOUGH, *Public attitudes to sentencing factors in England and Wales*, in J.V. ROBERTS (edited by) *Mitigation and Aggravation at Sentencing*, 2014, 168 ss; M. FELIZER, *Exploring Public Knowledge of Sentencing Practices*, in J.V. ROBERTS (edited by), *Exploring Sentencing Practice*, cit.; S. CUTHBERTSON, *Analysis of complete 'You be the Judge' website experiences*, 2013, consultabile online all'indirizzo: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/203006/Analysis_of_complete_You_be_the_Judge_website_experiences_web.pdf. Per una sintesi degli sforzi del sistema inglese per incrementare la fiducia dei cittadini nella giustizia penale, sia consentito rimandare a F. COPPOLA, *op. cit.*, *passim*.

⁴⁴⁸ Cfr., per la letteratura richiamata, M. FEILZER, *op. cit.*, 63.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, 65.

generalmente inflitte dai giudici, oltre il 68% riteneva l'approccio dei giudici al *sentencing* “*too lenient*” (troppo clementi).

Una volta acquisita la consapevolezza che una certa miscredenza accompagna le scelte sanzionatorie, successivi studi hanno provato a colmare il *gap* conoscitivo, così da riattivare un circolo virtuoso di comprensione-fiducia del cittadino nel *sentencing*. Uno degli esempi più interessanti è stato offerto dal *website* ‘*You Be The Judge*’⁴⁵⁰.

Il sito internet, facilmente raggiungibile da chiunque volesse, richiedeva in primo luogo di indicare la propria idea circa i livelli sanzionatori del Paese, per poi esser accompagnati in uno scenario virtuale, attraverso videoclip raffiguranti casi giudiziari reali, cui hanno fatto seguito verdetti di condanna. Attraverso la sequenza video, agli utenti venivano spiegate le caratteristiche del caso, le diverse opzioni fornite dal procedimento sanzionatorio e, alla fine, richiesto loro di ‘essere i giudici’, scegliendo la sentenza appropriata al caso tra una gamma di ipotesi (all’interno delle quali figurava anche la pena concretamente inflitta dal giudice).

Al termine, gli utenti venivano informati circa la misura di pena concretamente irrogata e nuovamente interrogati sulla percezione circa il livello di severità delle sanzioni.

Ebbene, è stato constatato che una volta giunti alla fine del *judicial decision-making process* riprodotto attraverso le clip audiovisive, il 28% degli utenti che aveva

⁴⁵⁰ Per un’analisi dei dati, cfr. S. CUTHBERTSON, *op. cit.*

inizialmente indicato un livello sanzionatorio come “*too lenient*” aveva cambiato la propria idea giudicandolo, all’esito dell’esperimento, come ‘giusto’ (*about right*).

Inoltre, dato interessante, il 45% dei partecipanti alla fine del ‘percorso’ aveva optato per una pena meno severa di quella inflitta del giudice nel caso reale; il 39% aveva inflitto la stessa sentenza irrogata dal giudice e solo il 16% una sentenza più severa⁴⁵¹.

Questo dato si pone in netta antitesi con quello maggiormente impulsivo e slegato da una più o meno approfondita conoscenza delle regole del gioco, che fotografa la stragrande maggioranza dei partecipanti al sondaggio come scontenti del livello di ‘clemenza’ dei giudici.

Segno, peraltro, evidente che il pregiudizio nei confronti del sistema sanzionatorio è spesso legato ad altri fattori e non ad una reale consapevolezza.

Last but not least, della necessità di diffondere la conoscenza sulle pratiche commisurative si è fatto portavoce il *Sentencing Council* che per espressa previsione della s. 120 del *Crononers and Justice Act 2009* affida alle *guidelines* il compito di “*promuovere la fiducia dei cittadini nel criminal justice system*”. Gli studi sul tema hanno infatti dimostrato come una conoscenza approfondita delle *guidelines* possa promuovere un alto livello di fiducia nel *sentencing system* e attenuare il malcontento verso i giudici⁴⁵². E’ stata inoltre apprezzata una minore inclinazione a definire la pratica del *sentencing* come “*too lenient*”

⁴⁵¹ Cfr. M. FEILZER, *op. ult. cit.*, 67.

⁴⁵² Così, J.V. ROBERTS – A. ASHWORTH, *Evolution of Sentencing Policy in England and Wales*, cit.

da parte di coloro che, prima di rispondere, fossero stati informati sulle modalità di commisurazione della pena espresse nelle *guidelines* rispetto a quelli che erano invece disinformati⁴⁵³.

Mutatis mutandis, un ruolo fondamentale lo giocano anche i *media*, che devono filtrare un messaggio quanto più neutro, imparziale, diretto e completo sui temi legati alla giustizia penale, così da non fomentare il semplicistico malcontento, i cui riflessi sembrano ripercuotersi sulla politica e sulla magistratura, costrette a cercare risposte sanzionatorie ‘popolari’ piuttosto che ‘razionali’.

Il tema è di sicuro interesse anche per il nostro Paese: il populismo penale altro non è che la risposta politica e giudiziaria alle pressioni di una società ‘insicura’ e spesso sommariamente informata sui temi della giustizia.

Occorrerebbe, a parere di chi scrive, promuovere una maggiore riflessione sul tema e sulle sue implicazioni⁴⁵⁴.

Basti pensare che un recente studio⁴⁵⁵ sul livello di fiducia dei cittadini europei nel sistema-giustizia, sia civile che penale, del proprio Paese pone l'Italia al quintultimo posto del *ranking* europeo con solo il 33% dei partecipanti al sondaggio che si dichiara “propenso a credere” nella giustizia. D'altro canto, invece, l'Inghilterra si pone ai piani

⁴⁵³ J.V. ROBERTS – M. HOUGH – J. JACKSON – M. M. GERBER, *Public attitudes toward the Lay Magistracy and the Sentencing Council Guidelines: The Effects of Information on Opinion*, in *British Journal of Criminology*, 52(6), 2012, 1072-1091.

⁴⁵⁴ Si rimanda alle interessanti riflessioni di J.V. ROBERTS, *Clarifying the Significance of Public Opinion for Sentencing Policy and Practice*, in J. RYBERG – J. V. ROBERTS (edited by), *Popular Punishment: On the Normative Significance of Public Opinion*, 2014, Oxford University Press.

⁴⁵⁵ Consultabile online al seguente indirizzo:

http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_385_en.pdf. Per un'analisi dei dati, si rimanda a F. COPPOLA, *op. cit.*

alti della classifica, quasi raddoppiando il dato italiano, con il 61% dei cittadini che ci credono. Il dato diventa persino più allarmante se si scende ad analizzare il solo settore della giustizia penale, dove l'Italia figura all'ultimo posto in termini di fiducia sia con riguardo alla lunghezza dei procedimenti penali che all'indipendenza dei giudici. Inoltre, come già detto, con riferimento alla 'comprensibilità delle decisioni dei giudici' il "pollice alto" viene indicato soltanto dal 14% dei cittadini italiani che ha risposto al sondaggio, in netto contrasto con la media europea pari al 46% e con il 56% registrato in Inghilterra.

Non è questa la sede per approfondire in dettaglio i riflessi dei dati sopra riportati.

E' però innegabile che il diverso risultato sia in parte attribuibile anche alla 'oscurità' delle ragioni sottese alla misura di pena, considerato il differente grado di attenzione che viene riservato al problema della commisurazione e della sua motivazione⁴⁵⁶.

Sembra pertanto giunto il momento di attivare una seria discussione sulla necessità di incrementare il grado di conoscenza dei consociati sui temi legati alla giustizia, con particolare riguardo – per quanto qui di interesse - alle regole e ai livelli di commisurazione della pena. Un pubblico informato, rispetto a regole che dovranno caratterizzarsi per chiarezza e semplicità⁴⁵⁷, potrà difatti meglio accettare politiche

⁴⁵⁶ Cfr., per alcuni rilievi critici, N. TRIGGIANI, "In nome del popolo italiano"? Spunti di riflessione sul linguaggio della sentenza penale, in www.penalecontemporaneo.it, 4 novembre 2016.

⁴⁵⁷ Cfr. sul punto, S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., *passim*.

sanzionatorie bilanciate e misurate, sia da parte del legislatore penale che da parte dei giudici, sdoganandoli dall'urgenza di rispondere al generale senso di insicurezza, attraverso l'irrazionale irrobustimento dei livelli sanzionatori.

7.2. *Incremento dell'uniformità e coerenza della commisurazione della pena*

Si è già detto come il principale obiettivo delle *guidelines* fosse quello di garantire maggiore *consistency* alle scelte sanzionatorie.

Abbiamo inoltre specificato come ciò non equivalga a ridurre meccanicamente le soluzioni sanzionatorie, ma significhi incentivare la trasparenza, prevedibilità e coerenza dell'esito sanzionatorio⁴⁵⁸.

Giova a questo punto interrogarsi se le *guidelines* abbiano o meno raggiunto tale obiettivo.

Un primo approccio critico al problema potrebbe essere quello di ricavare il dato *a contrario*, verificando la percentuale di casi sanzionati al di fuori delle previsioni delle *guidelines*, che, come oramai noto, richiedono al giudice una specifica motivazione. Attraverso i livelli di ineffettività del sistema si potrebbe così stabilire il grado di adesione dei giudici alle *guidelines*.

⁴⁵⁸ Cfr. J. PINA-SANCHEZ, *Defining and Measuring Consistency in Sentencing*, in J.V. ROBERTS (edited by), *Exploring Sentencing Practice in England and Wales*, cit., 79: "The logic of guidelines is that if all sentencers follow the same methodical approach, sentencing will become more consistent. In this way, consistency can be promoted without undermining the judicial discretion necessary to differentiate between cases".

Tuttavia, abbiamo già anticipato la nostra diffidenza verso tale impostazione. Infatti, secondo le statistiche, il livello di *compliance* è quasi sempre tra il 92 e il 99% dei casi giudicati⁴⁵⁹, ma si riferisce all'improbabile *departure* dall'*offence range*.

Più opportuno sarebbe invece stato raccogliere le statistiche circa il mancato rispetto dei più ristretti *category ranges*, maggiormente indicativi dell'uniformità e razionalità di approccio imposte dalle *guidelines*⁴⁶⁰.

Alcuni studiosi hanno quindi affrontato il tema da una diversa e più complessa angolazione, verificando, per classi omogenee di reati, il livello di uniformità delle scelte sanzionatorie prima e dopo l'introduzione delle *sentencing guidelines*⁴⁶¹. La categoria su cui è ricaduto lo studio sono stati gli *Assault offences*, primi reati ad aver adottato una moderna *guideline*.

Tale studio ha avuto un duplice merito.

Il primo: aver evidenziato una riduzione di 7 punti percentuali delle divergenze sanzionatorie; il secondo: aver approfondito tale aspetto, verificando se le cause della persistente variabilità fossero attribuibili alle circostanze tipizzate dalla *guideline* e, pertanto, opportunamente valorizzate in sede di commisurazione della pena. Una risposta positiva avrebbe significato un livello di uniformità di approccio ben superiore

⁴⁵⁹ *Ibidem*, 78.

⁴⁶⁰ Salvo le ipotesi di irrazionalità, pur verificabili, di una commisurazione della pena che, derogando alle *guidelines*, addivenga *in primis* alla individuazione del *quantum* di pena 'percepito' congruo e lo si confronti successivamente con il percorso suggerito dalle *sentencing guidelines*.

⁴⁶¹ Cfr. J. PINA-SANCHEZ – R. LINACRE, *op. cit.* e J. PINA-SANCHEZ, *op. cit.*, 79.

agli opinabili benefici legati alla mera riduzione percentuale della variabilità sanzionatoria per tipo di reato.

Ebbene, gli studiosi hanno evidenziato, da un lato, la riduzione delle variabili sanzionatorie dovute a fattori irrazionali (soggettivismo decisionale) e, dall'altro, l'incremento delle variabili tenute in considerazione nelle scelte sanzionatorie, coerenti con quelle espresse nella *guideline*. Come a dire che, mentre le variabili a sostegno delle scelte sanzionatorie aumentano, le differenze tra casi che presentano analogie di fattori legali sono invece in diminuzione⁴⁶².

Cautamente, sia permesso concludere che le *guidelines* hanno apportato un certo contributo verso un approccio maggiormente uniforme e razionale alla commisurazione della pena, permettendo la valorizzazione degli elementi tipizzati e riducendo il 'residuo irrazionale', senza con ciò abdicare alle esigenze di proporzionalità e necessaria individualizzazione della sanzione.

In altre parole, se i risultati di questa ricerca dovessero essere confermati da auspicabili studi per gli altri reati disciplinati dalle *guidelines*, si potrà ragionevolmente imputare alle *guidelines* il beneficio di aver incrementato l'uniformità e la coerenza della commisurazione della pena.

7.3. *Incremento della proporzionalità nella commisurazione della pena*

⁴⁶² Cfr. J. PINA-SANCHEZ – R. LINACRE, *op. cit.*, 740-741.

Nel paragrafo precedente, abbiamo accennato al fatto che la uniformità di approccio non ha inficiato le esigenze di proporzionalità della misura di pena.

Ebbene, un interessante e innovativo studio⁴⁶³ ha dimostrato empiricamente come l'introduzione dell'attuale schema di *guidelines* abbia avuto un positivo effetto anche in termini di *proporzionalità* della risposta sanzionatoria.

Punto di partenza del discorso è il seguente ragionamento: l'uniformità di risultati dovuta all'omogeneità di approccio potrebbe inficiare le pretese di proporzionalità della sanzione qualora i giudici finissero per appiattare sotto lo stesso 'ombrello' sanzionatorio diverse ipotesi di gravità del reato. Tale circostanza, è stata dagli studiosi denominata *Penal Clustering* o *Preferred Sentences*, ossia la tendenza dei giudici verso una determinata misura di pena e slegata da criteri legali: ad esempio è stato notato con la misura pari a 5 anni di detenzione abbia una frequenza di gran lunga superiore rispetto a quella, pur contigua, di 4 o 6 anni di reclusione.

Il pericolo è che forzando all'interno di *range* ristretti la discrezionalità sanzionatoria dei giudici, tale fenomeno possa uscirne ulteriormente rafforzato e dare vita a un numero ancora più ridotto di misure uniche di pena, a danno proprio delle esigenze di proporzionalità rispetto al singolo caso.

Partendo da tale assunto e con l'apporto empirico dato dai riscontri al *Crown Court Sentencing Survey 2011-2015*, gli Autori dello studio hanno verificato il *Penal*

⁴⁶³ J. PINA-SANCHEZ - J.V. ROBERTS, *Proportionality at stake*, cit.

Clustering prima e dopo l'introduzione del moderno *step-by-step decision-making process* ad opera delle *guidelines*.

I dati raccolti permettono alcune interessanti considerazioni.

Per quelle categorie di reato che non hanno ancora adottato una *definitive guidelines* (nella forma più recente), il livello di *Penal Cluster*, ossia di sentenze appiattite su una determinata misura di pena, arriva, per alcuni reati, attorno al 91% dei casi decisi⁴⁶⁴.

La conclusione è *ictu oculi* evidente: i giudici non esercitano tutta la discrezionalità loro concessa, ma trovano maggiormente 'rassicuranti' o 'popolari' determinate misure di pena.

Ebbene, nell'anno successivo all'introduzione della *definitiva guideline* per *Assault offences*, il numero del *Penal Cluster* decresce di circa 5 punti percentuali; *a contrario* – e quale controprova - i reati le cui *guidelines* non sono ancora state aggiornate allo schema del *Coroners and Justice Act 2009* denotano invece un *trend* in continua e costante crescita.

Ciò significa che le *guidelines* oltre a stimolare fortemente un approccio uniforme e trasparente, sono in grado di valorizzare le peculiari circostanze dei singoli casi giudicati, traducendole in *maggiore proporzionalità* della risposta sanzionatoria.

Risultato che viene attribuito a due caratteristiche delle *guidelines*. Da una parte, la struttura delle stesse, che forzando il giudice all'interno degli *step*, permette di valorizzare *tutte* le componenti fattuali e soggettive presenti nella *guideline* al fine di

⁴⁶⁴ *Ibidem*, 14.

ottenere il quantitativo di pena maggiormente aderente al caso. Dall'altro, l'articolazione dell'*iter* logico-giuridico da seguire aumenta le *chance* del sistema di immunizzarsi rispetto a decisioni intuitive – o inconsciamente attratte da un valore numerico 'familiare' –, rispetto invece a quelle che vengono suggerite dal sistema stesso e che trovano all'interno del procedimento prescritto la razionalità di cui necessitano, rassicurando per tale via il giudice nella loro scelta.

8. Conclusioni

Nel presente capitolo abbiamo ripercorso le linee caratterizzanti il *Criminal Justice System* e le fasi evolutive del *sentencing system* inglese. Con riferimento a quest'ultimo, abbiamo cercato inoltre di evidenziarne le caratteristiche essenziali, che riassumeremo nella *i)* flessibilità del modello di commisurazione; *ii)* carattere empirico dei segmenti in cui si articola il *decision-making process*; *iii)* razionalizzazione del sistema sanzionatorio, intesa come uniformità di approccio alla commisurazione della pena e proporzionalità della risposta sanzionatoria.

Di particolare interesse, peraltro, è stata l'analisi dei benefici che sul piano empirico sono essere riconducibili *anche* allo strumento delle *guidelines*.

Rimandando alle ulteriori riflessioni e prospettive *de iure condendo* del successivo capitolo, viene da chiedersi se l'evoluzione e la diffusione delle *sentencing guidelines* in molti dei sistemi di *common law* quali quello inglese, americano, canadese, scozzese, neozelandese, irlandese e israeliano - declinato secondo diverse modalità nei Paesi

menzionati - non possa offrire qualche contributo al discorso intorno alla razionalità della commisurazione della pena anche in alcuni sistemi di *civil law*.

IV

CONCLUSIONI E PROSPETTIVE *DE IURE CONDENDO*

Introducendo il capitolo relativo al confronto con il *sentencing system*, ci siamo chiesti se fosse possibile lucrare dal sistema inglese alcune indicazioni per tingere di *razionalità*⁴⁶⁵ la commisurazione della pena in Italia.

Una domanda che presuppone la preliminare verifica della comparabilità dei problemi e delle caratteristiche della commisurazione nei due sistemi.

Da questo punto di vista, sia l'Inghilterra che l'Italia sono stati oggetto dell'ondata di crescente domanda punitiva che ha colpito la gran parte dell'occidente e del conseguente dilagarsi del fenomeno del *populismo penale*⁴⁶⁶.

Allo stesso modo, se l'Inghilterra conosce storicamente un ampio margine di discrezionalità in capo ai giudici nelle scelte sanzionatorie, ponendo limitati vincoli legislativi, lo stesso, con riferimento alla pena detentiva, può dirsi per l'Italia, stante il fenomeno del c.d. *widening* delle cornici edittali, la presenza di elevati margini entro i quali determinare in concreto la pena e l'assenza di un rigido controllo che rilega le speranze di vincolatività della discrezionalità agli originari propositi legislativi piuttosto che alla prassi della commisurazione della pena.

Infatti, abbiamo in precedenza evidenziato come non esista nel nostro sistema un rigido e univoco referente normativo che guidi il giudice nella commisurazione

⁴⁶⁵ Rispetto ai limiti di indagine della razionalità, si rimanda *supra*, ai capp. I e II.

⁴⁶⁶ Cfr. le considerazioni riportate nel cap. I del presente lavoro.

della pena – ne abbiamo anzi sottolineato l’ambiguità – né si registra una prassi motivazionale confortante. La situazione, in linea di massima, non è quindi eccessivamente differente da quella oltre manica, dove la formula di *compliance* richiesta dalle *guidelines*, sulla cui evoluzione ci siamo soffermati in precedenza, è altrettanto debole in quanto impone il rispetto del solo *offence range*, ossia l’ampia cornice edittale che la *guideline* individua genericamente per il reato (come il nostro minimo e massimo edittale), e non invece dei *category ranges*, che rappresentano le più ristrette fasce di gravità in cui il reato può estrinsecarsi e che costituiscono, in buona sostanza, l’anima delle *sentencing guidelines*⁴⁶⁷.

Infine, in entrambi i Paesi non esiste una decisa presa di posizione circa le finalità della pena; a tal proposito, va però detto che, quantomeno con riferimento al momento commisurativo, in Inghilterra la discussione sembra essersi assopita in virtù della sezione 121 del *Coroners and Justice Act 2009*, che ha riconosciuto priorità al principio di proporzionalità⁴⁶⁸.

D’altro canto, non può concludersi che manchino indicazioni in tal senso nel nostro Paese. Da tempo, la giurisprudenza più avveduta àncora al principio di proporzionalità-colpevolezza le speranze di uguaglianza e rieducazione della pena, costituzionalmente imposte, anche nella fase della commisurazione⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ Sulla distinzione tra *offence range* e *category range* si è già diffusamente detto nel cap. II.

⁴⁶⁸ Cfr. A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, cit., *passim*.

⁴⁶⁹ Cfr., oltre alla giurisprudenza già indicata nel cap. II, di recente: *Cass. pen. Sez. Unite*, 26/06/2015, n. 46653.

Peraltro, finanche la dottrina che ripudia la retribuzione tra gli scopi della pena, individua nella proporzionalità quantomeno il «limite razionale» della commisurazione⁴⁷⁰; altri, con linguaggio più robusto, lo ritengono «il principio cardine» delle comminatorie edittali⁴⁷¹.

Senza addentrare il presente discorso nel complicato piano ideologico dello (degli) scopo (scopi) che la pena deve perseguire nelle diverse fasi, occorre rimarcare il seguente dato: nonostante i punti di contatto evidenziati, i due Paesi hanno adottato un approccio differente nell'affrontare i 'comuni' problemi legati alla commisurazione della pena.

Da un lato, l'Inghilterra, per garantire razionalità e uniformità alle *sentencing practices* ha dato vita all'articolato *format* metodologico (il citato "algoritmo da seguire") delle *sentencing guidelines*⁴⁷² che ha portato, come ricordato, i seguenti benefici:

- a) *Motivazioni più puntuali e aderenti al percorso step-by-step individuato dalle guidelines;*
- b) *Creazione di un modello commisurativo per ogni diversa tipologia (o gruppo) di reato/ i;*
- c) *Riduzione del 'residuo irrazionale' della commisurazione e maggiore uniformità della risposta sanzionatoria;*
- d) *Maggiore proporzionalità e personalizzazione del risultato sanzionatorio e contenimento del fenomeno di 'attrazione' dei giudici verso classi standardizzate di pena.*

⁴⁷⁰ Il riferimento è ad A. PAGLIARO, riportato in E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 154; cfr. anche T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale*, cit., 443.

⁴⁷¹ Cfr. G. MANNOZZI, *Razionalità*, cit., 23.

⁴⁷² Cfr., diffusamente, *supra* cap. III.

Viceversa, in Italia, per via dell'incapacità di rivedere con piglio organico le elevate soglie edittali del codice Rocco, risalenti al periodo fascista, e nell'attesa di risolvere il dilemma sulle finalità che orientano la commisurazione della pena, si è assistito alla costante delega alla magistratura dei compiti propri della politica criminale, sia quelli di 'lotta' sanzionatoria contro il nemico – facendo buon uso dell'irrigidimento delle soglie edittali, quale *leitmotiv* della legislazione emergenziale⁴⁷³ – che quelle, di segno opposto, di adeguamento dell'eccessivo rigore dei *range* sanzionatori ai valori attuali della società. Caricata da tali pressanti preoccupazioni, oltre che della necessità di contenere i tassi di carcerizzazione, stante la spada di Damocle dell'*overcrowding*, non si può certo biasimare che le pretese di razionalità della commisurazione della pena abbiano, nella prassi, ceduto il passo a scopi più pragmatici.

In ultima analisi, come segnalato precedentemente⁴⁷⁴, la disciplina codicistica degli artt. 132 e 133 c.p. ha sofferto di un certo 'oscurantismo' di natura presseologica, registrando le seguenti distorsioni:

- a) *Tendenziale svuotamento degli indici di commisurazione ex art. 133 c.p. in favore della più concreta politica penale giudiziaria;*
- b) *Tendenziale svuotamento dell'obbligo di motivazione, per lo più adempiuto attraverso clausole di stile;*
- c) *Parziale standardizzazione dei risultati sanzionatori;*

⁴⁷³ Anche qui si rimanda alle considerazioni e la letteratura richiamata nel cap. I.

⁴⁷⁴ Cfr. cap. II del presente lavoro, *passim*.

- d) *Amplificazione dell'intuizionismo giudiziario nella commisurazione della pena;*
- e) *Possibile effetto a catena sulla sfiducia dei cittadini nella giustizia, che risente della intellegibilità delle decisioni (anche sanzionatorie) dei giudici.*

Ebbene, ciascuno dei *vulnera* sopra indicati ha ricevuto adeguata attenzione dal *sentencing system* inglese.

Abbiamo infatti individuato nella trasparenza e prevedibilità della scelte sanzionatorie uno dei maggiori *risultati*⁴⁷⁵ delle *sentencing guidelines*⁴⁷⁶. Con notevoli benefici a cascata sull'adempimento dell'obbligo di motivazione che rispecchia lo schema logico-decisionale delle *guidelines*.

Ancora, sul piano empirico, si sono segnalati i benefici dal punto di vista dell'uniformità di approccio alla commisurazione della pena, della proporzionalità del risultato sanzionatorio e della sua maggiore prevedibilità e intelligibilità, che ne rende il messaggio fruibile sia dal condannato che dalla società (oltre che dal legislatore nella determinazione di *range* di pena per nuove fattispecie).

Senza correre il rischio di porvi eccessiva enfasi, tale risultato può certamente essere attribuito *anche* al sistema delle *sentencing guidelines*, considerati i miglioramenti fotografati immediatamente dopo la loro introduzione.

Breve: è stato sufficiente fornire ai giudici delle indicazioni di metodo, ossia gli *step* da seguire per individuare le classi di gravità della fattispecie, secondo i criteri

⁴⁷⁵ Sulla necessità di valutarli con cautela, considerata la recente introduzione delle *definitive guidelines*, ci siamo già soffermati *supra* nel cap. III.

⁴⁷⁶ Cfr. J.V. ROBERTS- A. ASHWORTH, *The Evolution of Sentencing Policy and Practice*, cit., *passim*.

fattuali e personali, affinché quest'ultimi mostrassero un approccio più razionale (detto altrimenti: *principled*) alla materia, cioè maggiormente conforme ai criteri indicati in *guidelines* e, per l'effetto, ne rivitalizzassero la trasparenza, prevedibilità e proporzionalità dell'esercizio quotidiano della discrezionalità sanzionatoria.

D'altro canto, invece, la struttura 'a maglie larghe' dei criteri indicati dall'art. 133 c.p. e un poco stringente dovere motivazionale ha reso i risultati sanzionatori ostaggio di decisioni intuitivamente raggiunte. Spesso, come opportunamente sottolineato, l'ampia libertà offerta dai labili vincoli ha dato vita a una prassi che ha pericolosamente individuato altrove le ragioni che giustificassero la misura di pena adeguata al caso concreto. Prezzo davvero «molto elevato per uno Stato di diritto»⁴⁷⁷.

Veniamo quindi al profilo maggiormente problematico del presente lavoro, riguardante la possibile *osmosi* nel nostro sistema delle indicazioni derivanti da oltre manica.

La dottrina da tempo e quasi unanimemente concorda sulla necessità di riforma della commisurazione della pena e delle soglie edittali⁴⁷⁸, seppure è stata ritenuta fuorviante qualsiasi modifica della disciplina della commisurazione della pena prima di fare chiarezza sulle finalità della stessa⁴⁷⁹. Qualsiasi criterio legale potrebbe, infatti, essere 'colorato' a seconda della finalità *prescelta* e giustificare un diverso quantitativo di pena.

⁴⁷⁷ Cfr. E. DOLCINI, *La disciplina della commisurazione della pena*, cit., 147.

⁴⁷⁸ In senso contrario, autorevolmente, A. PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, cit., *passim*.

⁴⁷⁹ Cfr. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., *passim*.

Inoltre, non si possono negare le ragioni di chi ritiene necessaria una «previa razionalizzazione del “sistema delle pene”», per poi «rifondare un modello di commisurazione plausibile e connotato dal requisito della verificabilità empirica»⁴⁸⁰.

Sulla scorta di tali considerazioni e delle indicazioni fornite dalla dottrina più accorta⁴⁸¹, questo discorso potrebbe, in primo luogo, rivolgersi al futuro legislatore, quale indicazione *di metodo* per una commisurazione trasparente e razionale nell’ottica di una più ampia riforma organica, che coinvolga sia la parte speciale che quella generale del codice penale, attraverso una *summa divisio* tra pene detentive e pene non detentive, all’interno di una «*scala penale* a forma di piramide, la cui *cuspide* sarebbe rappresentata dall’opzione ‘secca’ per la *pena detentiva*- all’estremo, circoscritta entro i limiti delle sole esigenze irrinunciabili di prevenzione generale -, la *base* dalla *pena pecuniaria*, e i *tronchi intermedi* da un *regime di sorveglianza intensivo* e da un congruo modello di *servizio di pubblica utilità*»⁴⁸², come peraltro già auspicato da autorevole dottrina, in seguito al confronto con il *sentencing system* nordamericano⁴⁸³. In tale contesto, opportunamente, si innesta un discorso di coerenza delle cornici edittali che non può esimere il legislatore, secondo le indicazioni suggerite tempo addietro da T. Padovani e richiamate da più parti in dottrina: «il massimo di ciascuna pena dovrebbe essere

⁴⁸⁰ Cfr. L. MONACO – C. E. PALIERO, *op. cit.*

⁴⁸¹ Si vedano, per tutti, la rilettura costituzionalmente orientata dell’art. 133 c.p. fornita da E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., *passim*; cfr. anche le interessanti proposte di M. DONINI, *Certezza della pena e certezza del diritto. Una riforma chirurgica, per dissolvere il non-sistema*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista Trimestrale*, n. 1/2012, 223-224.

⁴⁸² Cfr. C. E. PALIERO, *op. cit.*, 560.

⁴⁸³ Cfr. *ibidem*, 557; cfr. anche L. MONACO – C. E. PALIERO, *op. cit.*, 452-453 e G. MANNOZZI, *Razionalità*, cit., 20.

espressione di un multiplo del rispettivo minimo, affinché i due livelli sanzionatori siano in rapporto costante per ogni fattispecie»⁴⁸⁴. Punto di partenza, pertanto, dovrebbe essere l'opera di razionalizzazione dei minimi edittali, che rappresentano al meglio il disvalore del reato e oggetto privilegiato delle censure di incostituzionalità. Infine, considerato il carattere intimamente politico della decisione (anche) sulla pena e la sua incidenza su valori costituzionalmente protetti, ci permettiamo di concordare con chi ha caldeggiato l'introduzione di meccanismi di controllo 'democratici' dell'uso di tale potere da parte della magistratura, ad esempio intervenendo sulle modalità di reclutamento dei magistrati, sottoponendoli a periodici *test* psico-attitudinali (oltre che alle canoniche verifiche tecnico-giuridiche)⁴⁸⁵.

Quanto sopra avanzato rappresenta la riforma che maggiormente ci sentiamo di auspicare, qualora i tempi fossero per ciò maturi.

Eppure, sembra a chi scrive, che essa continui a rappresentare invece 'il libro dei sogni' della commisurazione della pena. Siamo, infatti, da troppo tempo fermi, come Estragone e Vladimiro, nella speranzosa attesa dei segnali di una legislazione 'illuminata' che oggi non c'è, ma chissà, domani forse arriverà⁴⁸⁶.

Pertanto, la *pars construens* del presente scritto si sforzerà di offrire, in alternativa, una diversa prospettiva, partendo da una constatazione: gli artt. 132 e 133

⁴⁸⁴ Così G. MANNOZZI, *op. ult. cit.*, 23 la quale riprende T. PADOVANI, *op. ult. cit.*, 451.

⁴⁸⁵ Cfr. M. TRAPANI, *op. cit.*, 77.

⁴⁸⁶ Il riferimento si deve all'opera di S. BECKETT, *Aspettando Godot*, versione italiana, Einaudi, 2005.

c.p., nonostante rappresentino l'eccezione della pratica della commisurazione, non possono considerarsi «lettera morta»⁴⁸⁷.

Occorre quindi chiedersi se non sia possibile una rivitalizzazione dell'esistente, senza necessità di stravolgimenti o di entrare negli irrisolti discorsi riguardanti le finalità della pena⁴⁸⁸.

Si tratta di una impostazione di certo meno appagante, poiché limitata quanto ai risultati ottenibili, ma forse, proprio in ragione delle minori pretese, maggiormente realizzabile.

Ci troviamo, cioè, a verificare le possibilità di ristabilire le «condizioni fondamentali» della commisurazione della pena, riducendo le distanze tra prassi della commisurazione e *criteri modali* fissati dalla legge. Detto altrimenti, si ritiene che le imprescindibili esigenze di razionalità del sistema, impongano di ripristinare *chiarezza, trasparenza e prevedibilità* del risultato sanzionatorio⁴⁸⁹.

Esigenze, invero, già sentite altrove nel nostro ordinamento e che hanno ottenuto una risposta non dissimile da quella del sistema anglosassone.

⁴⁸⁷ Così E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, cit., 74.

⁴⁸⁸ Detto in altre e più convincenti parole: “se nell’agenda politica post-modernità ad imperare è la finalità dell’esclusione sociale, come è possibile sostenere che, ciò nonostante, il sistema penale debba (quando logicamente può) perseguire le finalità di reintegrazione sociale?” Così M. PAVARINI, *op. cit.*, 114, il quale continua con il seguente illuminante esempio: “se la scelta politica ‘a monte’ (premessa maggiore) è di espellere gli immigranti irregolari che hanno delinquito, dopo che hanno scontato la pena, ne consegue – subordinata di primo grado- che per più del 35% dell’attuale popolazione detenuta in Italia la pena non può essere giustificata come misura di integrazione sociale, ma solo come misura di esclusione sociale”.

⁴⁸⁹ Cfr. E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 151. e T. PADOVANI, *op. ult. cit.*, 419.

Non a caso, negli ultimi tempi, una prassi legislativa spesso in contrasto con l'antico brocardo *in claris non fit interpretatio*, ha stimolato una certa diffusione del fenomeno delle linee-guida anche all'interno del nostro sistema, sotto forma di *circolari* emanate dalla stessa magistratura. Ciò è avvenuto, ad esempio, in tema di particolare tenuità del fatto ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p., di recentissima introduzione⁴⁹⁰.

Nell'era della perenne emergenza⁴⁹¹, del compromesso e di prodotti legislativi troppo spesso 'ibridi' e perciò ambigui, va apprezzato l'approccio *self-restraint* da parte della magistratura, potenzialmente in grado di garantire (o ristabilire) *uniformità, trasparenza, certezza e prevedibilità* all'applicazione degli stessi.

Pur in presenza di leggi che non brillano per chiarezza, si sottolinea il possibile *circolo-virtuoso* che un *vademecum* cui rifarsi in caso di dubbi possa generare in chi è quotidianamente chiamato ad applicarle. Linee guida che, ovviamente, specificano, interpretano – e non stravolgono o modificano – le scelte di politica criminale effettuate dal legislatore, muovendosi esclusivamente all'interno delle stesse. Come suggerito in un recente scritto di Wolfgang Frisch a proposito del ruolo dei principi di proporzionalità e colpevolezza nella determinazione del *quantum* di pena, «solo il riferimento ad un sistema di definizioni sulla misura della colpevolezza, che descrivono determinate situazioni-tipo verificabili nella realtà, ovvero che assegnano ad una determinata misura di colpevolezza un “giusto” *quantum* di pena; solo il

⁴⁹⁰ Si vedano, ad esempio, le linee-guida delle Procure della Repubblica di Trento, di Lanciano e di Palermo sull'operatività dell'art. 131-*bis* c.p.

⁴⁹¹ Si rimanda *supra* alla letteratura e alle riflessioni contenute nel cap. I.

riferimento ad un sistema siffatto rende attuabile, attraverso un'attività comparata di interpolazione, determinazioni della pena concrete ed opportune»⁴⁹².

A questo punto sarà oramai chiaro a chi legge che i *benefits* in termini di certezza e uniformità di approccio delle *sentencing guidelines* anglosassoni non possono non incuriosire gli studiosi della commisurazione della pena, specie all'interno del *chaos* in cui versa il nostro sistema⁴⁹³.

Verrebbe quindi da chiedersi perché non rivolgere alla magistratura le istanze di recupero della razionalità della commisurazione della pena, specie in virtù di una disincantata constatazione che la riforma organica delle soglie edittali rappresenti ad oggi un'utopia? Quella di un 'passaggio di consegne' virtuoso, nel recupero del principio di proporzionalità delle cornici edittali 'irrazionali', non è una impostazione dottrinale completamente inedita⁴⁹⁴. Già M. Caterini, aveva proposto un correttivo ermeneutico costituzionalmente orientato al temperamento della sproporzione edittale, così articolato: nel caso di fattispecie sostanzialmente identiche ma con spazi edittali asimmetrici, adeguare il rigore edittale della fattispecie più grave entro quello previsto per la fattispecie più lieve; nel caso di mancanza di un termine di paragone, adeguare la pratica della commisurazione della pena ai principi costituzionali, tra cui quello di proporzionalità.

⁴⁹² Cfr. W. FRISCH, *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, in *Diritto Penale Contemporaneo Rivista Trimestrale*, 3-4, 2014, 173.

⁴⁹³ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 73.

⁴⁹⁴ Il "self-help" invocato da M. CATERINI, *op. cit.*, 105.

La più immediata delle critiche che si può muovere a tale ragionamento, di cui pure l'Autore tiene conto, è che verrebbe così elusa la pretesa di certezza del diritto, dal momento che ogni giudice potrebbe farsi portatore 'caso per caso' della propria idea di proporzionalità (e quindi di giustizia)

Ebbene, è qui che si inserisce la parte costruttiva del nostro discorso, che riteniamo capace di apportare benefici in termini di trasparenza, uniformità e certezza all'impegno richiesto alla magistratura.

Di conseguenza, un contributo di metodo può essere offerto dal pragmatismo di cui sono un esempio le *sentencing guidelines*, attraverso la determinazione, per singolo reato (o gruppi di reati), dei parametri empiricamente accertabili che, raggruppati in differenti classi di gravità, appaiono idonei a ridurre le gli spazi di irrazionalità del *judicial decision-making process*.

L'opera di razionalizzazione della dosimetria sanzionatoria presupporrebbe dunque il passaggio del giudice attraverso una gamma di criteri che concretizzano, per singolo reato o gruppo di reati, le generiche categorie giuridiche previste dall'art. 133 c.p., accompagnando quindi il giudice nel percorso di adattamento delle cornici edittali al caso concreto. Trasparenza imporrebbe poi di valorizzare in motivazione il percorso seguito dal giudice nell'individuare la fascia di gravità rilevante ovvero l'eventuale necessità di derogarvi in virtù di valutazioni ulteriori. La flessibilità delle *guidelines*

permetterebbe, infatti, l'esercizio dei poteri discrezionali in deroga alle stesse, qualora 'esigenze di giustizia'⁴⁹⁵ lo imponessero.

Chi scrive è persuaso che la magistratura sarebbe maggiormente orientata a rispettare pochi, empirici criteri⁴⁹⁶ piuttosto che astratte categorie giuridiche, specie se slegate dal «reale processo di formazione del giudizio»⁴⁹⁷ nel poco tempo a disposizione prima della pronuncia del dispositivo contenente già la 'giusta' misura di pena. Se il tempo stringe - e buona parte, come noto, lo si consuma per le valutazioni in fatto e sulla colpevolezza dell'imputato - in assenza di vincoli certi sembra più facile che il giudice, per la determinazione della pena nel dispositivo, faccia ricorso alla propria esperienza o intuizione. Mentre, con il 'libricino' a suo supporto, potrebbe fare tesoro del suo contenuto e calibrare meglio, nell'immediato, il risultato sanzionatorio e, successivamente, la relativa motivazione⁴⁹⁸.

Si badi bene: sia nell'uno che nell'altro caso vi è il rischio che il giudice possa addivenire intuitivamente alla misura di pena ritenuta 'giusta' per poi ricondurvi, in via del tutto artificiale, le giustificazioni imposte dal percorso della *guideline* o dalla legge.

⁴⁹⁵ Il termine è volutamente generico posto che, allo stato non si riscontra comunione di opinioni sulla pena che possa ritenersi 'giusta', stante il perdurante dibattito in dottrina e giurisprudenza sugli scopi della pena.

⁴⁹⁶ Sulla necessità che il diritto penale del futuro si occupi non solo delle leggi e delle decisioni, ma anche di ricerche empiriche, cfr. M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., 52-53.

⁴⁹⁷ Cfr. E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 15.

⁴⁹⁸ Come ben diceva G. VASSALLI, *op. cit.*, 1332: "Più che la giustizia retributiva si addice infatti al giudice umano (entro certi limiti anch'essa!) la giustizia distributiva (...) quando compara la decisione che andrà ad emanare con quella che ha emanato in casi precedenti o con quelle che, a sua conoscenza, sono state emanate da altri giudici in casi simili, allora sì che il giudice può e deve cercare - e sa lui si deve poter pretendere - l'integrale applicazione del principio di giustizia".

Eppure, la partecipazione al processo di produzione delle regole che, su base empirica e riscontrabile, rappresentano i valori cui ancorare il procedimento di commisurazione della pena delle *guidelines*, sembra idonea ad attrarre, pur in assenza di una forte vincolatività (come peraltro accade in Inghilterra) un maggiore consenso, e quindi *compliance*, da parte della magistratura.

In ultima analisi, si ritiene che la creazione di un *format uniforme* da applicare alla commisurazione, possa generare il vantaggio di fornire un appiglio razionale, sicuro e scevro da spinte intuizionistiche, capace di offrire alla dosimetria sanzionatoria la certezza e trasparenza che necessita, senza eliminare l'incidenza che, in un verso o in un altro, potrebbero avere i criteri finalistici della pena nel momento della commisurazione. Come già detto, la flessibilità che caratterizza le *guidelines*, permetterebbe comunque la valorizzazione (in deroga alle stesse) delle esigenze specialpreventive e finanche quelle generalpreventive⁴⁹⁹. In questo caso, lo sforzo 'di coerenza' richiesto ai giudici sarebbe quello di una motivazione *a contrario*, ossia indicare le ragioni che hanno giustificato una pena diversa (leggasi: *departure*) rispetto a quella suggerita dai criteri delle *guideline*.

Si potrebbe, invero, obiettare ancora che così facendo i giudici verrebbero istituzionalizzati nel ruolo di supplenza della politica criminale.

Questa obiezione non appare vincente per due ragioni logico-giuridiche.

⁴⁹⁹ Sul dibattito attualmente in corso si rimanda alla letteratura richiamata nel cap. II.

La prima: il giudice, all'esito del percorso imposto dalle *sentencing guidelines* potrà concludere esclusivamente che quel caso rientra, in ipotesi 'normali', in un *range* di pena circoscritto all'interno della cornice edittale. Ebbene, questa funzione individualizzante dello spazio edittale rispetto al caso concreto non è proprio espressione di quella discrezionalità vincolata che si richiede al giudice?

La seconda: è la stessa cornice edittale a delegare al giudice la prosecuzione della propria opera, attraverso l'individualizzazione della pena legalmente prevista. Sarebbe pertanto eccessivo lamentare una invasione di campo per il sol fatto di stabilire *ex ante*, e senza la vincolatività propria della legge, i criteri cui solitamente avviene la selezione del *quantum* di pena.

A ben vedere, si tratterebbe di nulla più che di un utile canovaccio logico-argomentativo da adattare alle specificità del caso, attività che sarebbe invero già doverosa in virtù del dettato normativo, seppur spesso disattesa. A ciò si aggiunga che il principio di legalità «vieta solo di 'punire'» al di fuori dei casi previsti dalla legge. Ne discende violano il principio di legalità solo «le interpretazioni 'creative' che ampliano l'ambito della punibilità, e non anche quelle, come qui proposto, tese a limitare il medesimo ambito»⁵⁰⁰.

Quest'approccio potrebbe, infine, portare, con il tempo, ad un fisiologico restringimento delle soglie edittali in poche, ristrette classi di gravità⁵⁰¹, così come

⁵⁰⁰ Cfr. M. CATERINI, *op. cit.*, 108.

⁵⁰¹ Si tratta dell'invito, rivolto però al legislatore, di T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale*, cit., 451 e, più di recente, di C. PONGILUPPI, *op. cit.*, 970 ss.

valorizzate dalla prassi delle linee guida. Cosa ben diversa dal restringimento patologico di cui si è già detto, dovuto in larga parte all'appiattimento intorno al minimo edittale.

In conclusione, valgano alcune avvertenze: quella prospettata, è una indicazione metodologica affascinante, ma al tempo stesso insidiosa, i cui contenuti e confini andranno, laddove accolta, attentamente vagliati e necessiteranno ulteriori studi, specie in campo criminologico.

Inoltre, si è ben consapevoli che non esista alcuna «formula magica»⁵⁰² contro tutti i mali della pena, ma i potenziali benefici che potrebbero derivare sembrano suggerire di percorrerne la strada. Infatti, riprendendo le parole di un illustre studioso, «la consapevolezza di alcuni ostacoli che una riforma incontrerebbe nella prassi non legittimano tuttavia il legislatore, a mio giudizio, a desistere da tale opera. Uno Stato di diritto, sensibile all'esigenza di garantire il destinatario della norma penale nella definizione dei presupposti della punibilità non può *a priori* rassegnarsi ad una commisurazione della pena che neghi all'agente, una volta riconosciuto colpevole, qualsiasi garanzia»⁵⁰³.

⁵⁰² Sulle reali speranze delle prospettive di riforma della commisurazione della pena Cfr. E. DOLCINI, *La disciplina della commisurazione della pena, cit.*, 15.

⁵⁰³ Cfr. E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 152.

BIBLIOGRAFIA

- A.N.A.C., *Corruzione sommersa e corruzione emersa in Italia: modalità di misurazione e prime evidenze empiriche*, 2013;
- AA. VV. (a cura di MATTARELLA – PELISSERO), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, 2013;
- AMARELLI, *Prove di populismo penale: la proposta di inasprimento delle pene per lo scambio elettorale politico-mafioso*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 maggio 2017;
- AMATO, *Con l'estensione al giudizio ordinario si apre una nuova era*, in *Guida al Diritto*, n. 15, 2015;
- AMATO, *Giro di vite su violenza sessuale e maltrattamenti*, in *Guida al Diritto*, n. 44/2013;
- AMATO, *Innalzamento delle punizioni poco proporzionato*, in *Guida al Diritto*, n. 16, 2016;
- AMATO, *Un intervento additivo in materia penale riservato al legislatore*, in *Guida al Diritto*, n. 6/2017;
- ANSELMINI, *Populismo e populismi*, in S. ANASTASIA – M. ANSELMINI – D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Cedam, 2015;
- APRILE, *art. 133 c.p.*, in G. Lattanzi – E. Lupo (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina. Volume V – La modificazione, applicazione ed esecuzione della pena. L'estinzione del reato e della pena, le sanzioni civili e le misure amministrative di sicurezza. Libro I – Artt. 132 – 240*, Giuffrè, 2010;

ARCELLASCHI, *Rassegna delle più recenti pronunce di legittimità in tema di criteri di commisurazione della pena ex art. 133 c.p. (ed obbligo motivazionale): un'occasione per riflettere sulla deriva dall'originario dettato normativo*, in *Indice penale*, n. 3/2015;

ASHWORTH – ROBERTS, *The Origins and Nature of the Sentencing Guidelines in England and Wales*, in *Sentencing Guidelines: Exploring the English Model*, Oxford University Press, 2013;

ASHWORTH, *Coroners and Justice Act 2009: Sentencing Guidelines and the Sentencing Council*, in *Criminal Law Review*, 2010, 389-401;

ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge University Press, 2010;

BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista Trimestrale*, n. 3-4/2012;

BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 3-4/2012;

BAUMAN, *Modernità liquida*, traduzione italiana ad opera di S. Minucci, Ed. Laterza, 2011;

BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, edizione a cura di R. FABIETTI, Mursia, Milano, 1973;

BERNARDI, *Il progetto di ricerca "Prison overcrowding and alternatives to detention": contesto e linee programmatiche*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 4, 2014;

BOTTOMS, *The Philosophy and Politics of the Punishment and Sentencing*, in C. CLARKSON - R. MORGAN (edited by), *The Politics in Sentencing Reform*, Oxford, Clarendon, 1995;

BRAY, *Illegittima la pena minima per il traffico di droghe 'pesanti'? tre questioni all'esame della consulta*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 marzo 2017;

BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, 1965, Giuffrè;

BRUNELLI, *Il fatto tenue tra offensività ed equità*, in *Archivio Penale (web)*, n. 1/2016;

BRUNELLI, *La riforma dei reati di corruzione nell'epoca della precarietà*, in *Archivio Penale*, 1, 2013;

BRUNELLI, *Paradossi e limiti dell'attuale Realpolitik in materia penale*, in *Archivio Penale*, n. 2/2013;

C. MOLFETTA E S. MOLFETTA, *Ordine di sospensione della pena ex art. 656 c. 5 c.p.p.: sollevata questione di legittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017;

CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Ponte alle Grazie, 2015;

CAMERA, *Fino a 12 anni di reclusione se l'incidente porta al decesso. Si arriva a 18 anni se ci sono più vittime. Il concorso di colpa dimezza la pena*, in L. ILLIANO – S. MARZIALETTI (a cura di), *Il sole 24 ore e-book. Focus Norme e Tributi. Il codice della strada. Omicidio e lesioni, ora scatta l'arresto*, 2016;

CANZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2015. Corte di Cassazione*, 28 gennaio 2016, consultabile in www.cortedicassazione.it;

CANZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2016. Corte Suprema di Cassazione*, 26 gennaio 2017, consultabile in www.cortedicassazione.it;

CAPRINO, *Il forte inasprimento delle sanzioni non basta a garantire strade sicure*, in L. ILLIANO – S. MARZIALETTI (a cura di), *Il sole 24 ore e-book. Focus Norme e Tributi. Il codice della strada. Omicidio e lesioni, ora scatta l'arresto*, 2016;

CASTALDO, *Contro la corruzione una burocrazia rapida e trasparente*, in *In ordine sparso. Il diritto penale, oggi*, Giappichelli, 2016;

CASTALDO, *Giustizia penale, il momento è propizio per intervenire*, in *In ordine sparso. Il diritto penale, oggi*, Giappichelli, 2016;

CASTALDO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto: il nuovo articolo 131-bis c.p.*, in CADOPPI - CANESTRARI – MANNA – PAPA (a cura di), *Trattato di Diritto Penale - Parte Generale e Speciale - Riforme 2008-2015*, Utet Giuridica, 2015;

CASTALDO, *Le sanzioni anticorruzione sembrano sproporzionate*, in *In ordine sparso. Il diritto penale, oggi*, Giappichelli, 2016;

CASTALDO, *Le sanzioni anticorruzione sembrano sproporzionate*, in *In ordine sparso. Il diritto penale, oggi*, Giappichelli, 2016;

CASTALDO, *Luci e ombre dell'anticorruzione*, in *In ordine sparso. Il diritto penale, oggi*, Giappichelli, 2016;

CASTALDO, *Se il sospetto diventa regola del legislatore*, in *In ordine sparso. Il diritto penale, oggi*;

CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena. Da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in *La giustizia penale*, II, 2012;

CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto integrato*, Giappichelli, 2012,

COPPOLA, *The lack of perceived legitimacy in Italy toward the Italian Criminal Justice System. Lessons from England*, in A. R. CASTALDO (a cura di), *Il patto per la legalità. Politiche di sicurezza e di integrazione*, CEDAM, attualmente in corso di pubblicazione;

CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1997;

CORDA, *Sentencing and Penal Policies in Italy, 1985 – 2015: The Tale of a Troubled Country*, in *Crime and Justice*, 2016;

COSTANZO, *Il Processo decisionale del giudice*, in P. CHERUBINI – A. COSTANZO – F. PETRUCELLI – G. VICICONTE (a cura di), *Psicologia e società. Diritto. Elementi di Psicologia Giuridica. Processi cognitivi e ragionamento giudiziario. I Processi decisionali del giudice e dell'avvocato*, Giunti, 2011;

CUTHBERTSON, *Analysis of complete 'You be the Judge' website experiences*, 2013, consultabile online

all'indirizzo:[https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/203006/Analysis of complete You be the Judge website experiences web.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/203006/Analysis_of_complete_You_be_the_Judge_website_experiences_web.pdf);

D'ALESSANDRO, *Il delitto di autoriciclaggio (art. 648-ter.1 c.p.), ovvero degli enigmi legislativi riservati ai solutori «più che abili»*, in G.M. BACCARI – K. LA REGINA – E. M. MANCSO (a cura di), *Il nuovo volto della giustizia penale. Autoriciclaggio, difesa d'ufficio, misure di contrasto al terrorismo, ordine di protezione europeo, particolare tenuità del fatto, modifiche in materia di misure cautelari e ordinamento penitenziario*, CEDAM, 2015;

DEL MISSIER –BONINI –RUMIATI, *Giudizio e Decisione*, in N. BONINI – F. DEL MISSIER – R. RUMIATI (a cura di), *Psicologia del giudizio e della decisione*, Il Mulino, 2008;

DELLA BELLA, *Convertito in legge il decreto carceri 78/2013: un primo timido passo per scongiurare il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 settembre 2013;

DELLA BELLA, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri. Un secondo passo, non ancora risolutivo, per scongiurare il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 gennaio 2014;

DHAMI, *Sentencing guidelines in England and Wales: missed opportunities?*, in *Law and Contemporary Problems*, 76(1), 2013, 287-305; THE LAW COMMISSION (LAW COM NO 365), *A New Sentencing Code for England and Wales. Transition – Final report and recommendation*, consultabile in <http://www.lawcom.gov.uk/project/sentencing-code/>;

DOLCINI – VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 1/2012;

DOLCINI, *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in G. MARINUCCI - E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, 1985;

DOLCINI, *L'art. 133 c.p. al vaglio del movimento internazionale di riforma*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990;

DOLCINI, *L'Europa in cammino verso carceri meno affollate meno lontane da accettabili standard di umanità*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 marzo 2016;

DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1991, 55 e ss

DOLCINI, *La commisurazione della pena*, CEDAM, 1979;

DOLCINI, *La disciplina della commisurazione della pena: spunti per una riforma*, in G. VASSALLI (a cura di), *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, Giuffrè, 1982;

DOLCINI, *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2006;

DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte Costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 4/2016;

DOLCINI, *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale? Note a margine dell'art. 444 c.p.p.*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990;

DOLCINI, *Riforma della parte generale del codice e rifondazione del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 2/2001;

DONINI, *Certezza della pena e certezza del diritto. Una riforma chirurgica, per dissolvere il non-sistema*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista Trimestrale*, n. 1/2012;

DONINI, *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 gennaio 2017;

DONINI, *Il corr(eo)indotto tra passato e futuro. Note critiche a SS.UU., 24 ottobre 2013-14 marzo 2014, n. 29180, Cifarelli, Maldera e A., e alla l. n. 190 del 2012*, in *Cass. Pen.*, 5, 2014;

DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, in A. R. CASTALDO (a cura di), *Il diritto penale del futuro*, Centro Stampa Fondazione Unisa, 2006;

EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. It. Dir Proc. Pen.*, n. 4/2016;

EUSEBI, *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Morcelliana, 1990;

EUSEBI, *Riforma penitenziaria o riforma penale?*, in *Diritto penale e processo*, n. 11/2015;

FALCINELLI, *Dal diritto penale "emozionale" al diritto penale "etico". Il garantismo costituzionale contro l'illusione di giustizia del populismo penale*, in S. ANASTASIA – M. ANSEMI – D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, CEDAM, 2015;

FELIZER, *Exploring Public Knowledge of Sentencing Practices*, in J.V. ROBERTS (edited by), *Exploring Sentencing Practice in England and Wales*, Palgrave Macmillan, 2015;

FERRAJOLI, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, ed. 2009;

FIANDACA –MUSCO, *Diritto penale. Parte generale, 6^a ed.*, Zanichelli, 2009;

FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013;

FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, ESI, 2006;

FIGLIO, *Evitiamo di perpetuare gli errori del passato, e affrontiamo finalmente le emergenze reali della giustizia penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista Trimestrale*;

FIGLIO, *La conclusione degli "stati generali" per la riforma dell'esecuzione penale in Italia*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 giugno 2016;

- FORTI, *Sulle riforme necessarie del sistema penale italiano: superare la centralità della risposta carceraria*, in *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista Trimestrale*, n. 3-4/2012;
- FORTI, *Sulle riforme necessarie del sistema penale italiano: superare la centralità della risposta carceraria*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista Trimestrale*, n. 3-4/2012;
- FUSARI, *La Decisione sulla determinazione della pena nel caso Bemba Gombo: la prospettiva dinamica del sentencing dinanzi alla Corte Penale Internazionale*, in *Giurisprudenza penale*, 2016;
- GAROFOLI, *Il contrasto alla corruzione: il percorso intrapreso con la l. 6 novembre 2012, n. 190, e le politiche ancora necessarie*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 22 febbraio 2013;
- GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la p.a.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 21 gennaio 2013;
- GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 gennaio 2013;
- GOBOARDI, *La disciplina penale in materia di stupefacenti al cimento della ragionevolezza*, in G. Morgante (a cura di), *Stupefacenti e diritto penale*, Giappichelli, 2015;
- GONNELLA, *Italy: Between Amnesties and Emergencies*, in V. RUGGIERO – M. RYAN (edited by), *Punishment in Europe. A Critical of Penal System*, Palgrave Macmillan, 2013;
- GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 5/2015;
- HOUGH – BRADFORD – JACKSON – ROBERTS, *Attitudes to Sentencing and Trust in Justice. Exploring Trends from the Crime Survey for England and Wales*, 2013;
- INSOLERA, *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 4/2016;
- KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Oscar Mondadori, traduzione ad opera di L. SERRA, 2016;
- KAPARDIS, *Psychology and Law. A critical introduction*, Cambridge University press, 2014;

- LANZA, *Emozioni e libero convincimento nella decisione del giudice penale*, in *Criminalia*, 2011;
- LATAGLIATA, *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Il Tommaso Natale*, 1975;
- LO MONTE, *Repetita (non) iuvant: una riflessione 'a caldo' sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. 93/13, con. in l. n. 119/12, in tema di 'femminicidio'*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 dicembre 2013;
- LONGO, *Il grafico che spaventa le Borse: indice del populismo al record degli anni '30*, in *Il Sole 24 ore*, 3 aprile 2017;
- LOSAPPIO, *Dei nuovi delitti di omicidio e lesioni "stradali". Cenni introduttivi ad alcuni problemi interpretativi di diritto sostanziale*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 giugno 2016;
- MANCUSO, *Uno sguardo 'oltremarino': strategie di contrasto del sovraffollamento carcerario nel modello inglese*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 dicembre 2014;
- MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 ottobre 2011;
- MANES, *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2013, consultabile in: www.treccani.it;
- MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di un diritto penale simbolico*, in *Archivio penale*, n. 2/2016;
- MANNA, *Considerazioni generali sulla legge anticorruzione e sul decreto legislativo delegato in tema di incandidabilità e decadenza dei parlamentari*, in *Cadoppi – Canestrari – Manna – Papa (a cura di)*, *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, Torino, 2015;
- MANNOZZI – DELLI CARRI, *L'ago impalpabile della bilancia. Il peso del principio di proporzione nel sistema sanzionatorio: evidenze dall'analisi delle dinamiche sanzionatorie per la criminalità comune e*

- dei «colletti bianchi», in R. Borsari (a cura di), *La corruzione a due anni dalla «Riforma Severino»*, Padova University Press, 2015;
- MANNOZZI, *Are Guided Sentencing and Sentence Bargaining Incompatible? Prospectives of Reform in the Italian Legal System*, in G. TATA – N. HUTTON (edited by), *Sentencing and Society. International Prospective*, Ashgate Publishing, 2002;
- MANNOZZI, *Il “legno storto” del sistema sanzionatorio*, in *Diritto penale e processo*, n. 7/2014;
- MANNOZZI, *Razionalità e “giustizia” nella commisurazione della pena, Il Just desert model e la riforma del sentencing nordamericano*, CEDAM, 1996;
- MANTOVANI, *Il vero “diritto penale minimo”: la riduzione della criminalità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 3, 2005;
- MANTOVANI, *Intervento su “Elogio della Stupidità. Stereotipi e demagogia nella formazione del giurista”*, Università degli Studi di Salerno, 7.12.2016;
- MANTOVANI, *La violenza di genere sotto il profilo criminologico e penale*, in *Criminalia*, 2013;
- MANTOVANI, *Stupidi si nasce o si diventa? Compendio di stupidologia*, Edizioni ETS, 2015;
- MANTOVANI, *Umanità e Razionalità del Diritto Penale*, CEDAM, 2008;
- MARINUCCI –DOLCINI, *Corso di diritto penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, 3^a ed., Giuffrè, 2001;
- MENGHINI, *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema*, Editoriale Scientifica, 2016;
- MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 3/2016;

MERZAGORA, *Le influenze della scienza nel processo penale*, intervento al Corso di Formazione Permanente (2015) “*La psicologia del giudicare*”, organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura;

MEZZETTI, *Resumè di inizio millennio sulle politiche penali in tema di sicurezza*, in A. R. CASTALDO (a cura di), *Il patto per la legalità. Politiche di sicurezza e di integrazione*, CEDAM, attualmente in corso di pubblicazione;

MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, ESI, 1992;

MOCCIA, *L'illusione repressiva. La politica criminale e giudiziaria nell'Italia degli anni novanta*, in *Dei delitti e delle pene*, I, 1998;

MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2[^] ed., ESI, 2011.

MONACO –PALIERO, *Variazioni in tema di “crisi della sanzione”: la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1994;

MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 dicembre 2015;

NISCO, *L'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto. Profili sostanziali*, in BACCARI –LA REGINA –MANCUSO (a cura di), *Il nuovo volto della giustizia penale. Autoriciclaggio, difesa d'ufficio, misure di contrasto al terrorismo, ordine di protezione europeo, particolare tenuità del fatto, modifiche in materia di misure cautelari e ordinamento penitenziario*, CEDAM, 2015;

PADFIELD, *Exploring the Success of Sentencing Guidelines*, in A. ASHWORTH - J. V. ROBERTS (edited by), *Sentencing Guidelines. Exploring the English Model*, 2013;

PADOVANI, *Giustizia criminale. Vol. 4: Diritto penale del nemico*, Pisa University Press, 2015;

PADOVANI, *Il problema «tangentopoli» tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1996;

PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992;

PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida al Diritto*, n. 15, 2015;

PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1981, II;

PAGLIARO, *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, in AA.VV., *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale*, Jovene, 1981;

PAGLIARO, *Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1981, II;

PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2000;

PALAZZO, *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, in *Diritto penale e processo*, n. 3/2016;

PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro. Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 maggio 2016;

PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture. (A proposito della legge n. 67/2017)*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 4/2014;

PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998;

PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992, I;

PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, Bobonia University Press, 2013;

PAVICH, *Il calcolo della pena. Modalità pratiche*, Giuffrè, 2015;

PELLISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Diritto penale e processo*, n. 3/2013;

PELLISSERO, *La politica criminale delle interpolazioni. Osservazioni a margine del disegno di legge n. 2067 testo unificato*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 maggio 2016;

PICCIONI, *Molte le incongruenze che rischiano la scure della Consulta*, in *Guida al Diritto*, n. 16, 2016;

PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo della ragionevolezza*, in *Giur. It.*, 1971, IV;

PLANTAMURA, *La progettata riforma dei delitti di corruzione e concussione*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 1-2, 2012;

PONGILUPPI, *Le cornici edittali al banco di prova di un sistema sanzionatorio differenziato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2007, II;

PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 giugno 2014;

PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 3/2016;

PULITANÒ, *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice penale e all'ordinamento penitenziario*, in *Giurisprudenza penale*, 2017;

PULITANÒ, *Diritto Penale*, 4[^] ed., Giappichelli, 2011;

PULITANÒ, *Il messaggio del presidente Napolitano e le politiche penali*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista Trimestrale*, n.1/2014;

PULITANÒ, *Intervento*, in AA. VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 dicembre 2016;

PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Giappichelli, 2010;

PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 febbraio 2017;

PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. Pen.*, supplemento a n. 11/2012;

SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2012, 1235 ss.;

PULITANÒ, *Per una nuova politica del diritto penale, oltre la logica dello scontro tra magistratura e classe politica*, in *Diritto Penale Contemporaneo, Rivista Trimestrale*, n. 1/2012;

PULITANÒ, *Politica criminale*, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, 1985;

PULITANÒ, *Quale agenda per la giustizia penale?*, in www.penalecontemporaneo.it, 31 maggio 2013;

PULITANÒ, *Sulla pena, fra teoria, principi e politica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 2/2016;

PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1988;

REDAZIONE, *Il sistema penitenziario in Italia e le relative riforme*, consultabile in www.ristretti.it;

ROBERTS - STALANS - INDERMAUR - HOUGH, *Penal Populism and Public Opinion. Lessons from Five Countries*, 2002;

ROBERTS –HOUGH –JACKSON –GERBER, *Public attitudes toward the Lay Magistracy and the Sentencing Council Guidelines: The Effects of Information on Opinion*, in *British Journal of Criminology*, 52(6), 2012;

ROBERTS (edited by), *Aggravation and Mitigation at Sentencing*, Cambridge University Press, 2011;

- ROBERTS- ASHWORTH, *The Evolution of Sentencing Policy and Practice in England and Wales, 2003-2015*, in *Crime and Justice*, 2016;
- ROBERTS, (edited by), *Exploring Sentencing Practice in England and Wales*, Palgrave Macmillan, 2015;
- ROBERTS, *Clarifying the Significance of Public Opinion for Sentencing Policy and Practice*, in J. RYBERG – J. V. ROBERTS (edited by), *Popular Punishment: On the Normative Significance of Public Opinion*, 2014, Oxford University Press;
- ROBERTS, *Penal Populism and Public Opinion*, cit.; J. V. ROBERTS – M. HOUGH, *Public attitudes to sentencing factors in England and Wales*, in J.V. ROBERTS (edited by) *Mitigation and Aggravation at Sentencing*, 2014;
- ROBERTS, *Penal Populism and Public Opinion: Lessons From Five Countries*, Oxford University Press, 2003;
- ROBERTS, *Sentencing Guidelines and Judicial Discretion. Evolution of the Duty of Courts to Comply in England and Wales*, in *British Journal of Criminology*, 2011;
- ROBERTS, *Structured sentencing: Lessons from England and Wales from common law jurisdiction*, in *Punishment and Society*, 14(3), 2012;
- ROIATI, *L'introduzione dell'omicidio stradale e l'inarrestabile ascesa del diritto penale della differenziazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 1 giugno 2016;
- ROMANO – GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, *sub art. 133 c.p.*, 2012, Giuffrè;
- ROMANO, *Dommatica e politica criminale, oggi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 2/2014;
- ROXIN, *L'evoluzione della politica criminale a partire dai progetti alternativi*, in in AA.VV., *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale*, Jovene, 1981;

SANCHEZ - ROBERTS, *Proportionality at stake: the effect of sentencing guidelines and the psychology of preferred numbers*, manoscritto in corso di pubblicazione, attualmente disponibile presso il *Centre for Criminology – University of Oxford*;

SANCHEZ –LINACRE, *Enhancing Consistency in Sentencing: Exploring the Effects of Guidelines in England and Wales*, in *Journal of Quantitative Criminology*, 2014;

SESSA, *Ostinata criminalizzazione della clandestinità e tenuta democratica del sistema: fondamento e limiti alle opzioni della politica criminale simbolica*”, in AA.VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, www.penalecontemporaneo.it, 21 dicembre 2016;

SESSA, *Prevenzione e ‘selezione primaria’ nella legge n. 190 del 2012: l’antiformalismo come metodo per una razionalizzazione del sistema penale*, in Jazzetti-Bove (a cura di), *La legge anticorruzione. Volume I: La riforma dei reati contro la P.A.*, Giapeto editore, 2014;

SESSA, *Sistema penale e ‘legalità reticolare’: opzioni di valore nella più recente normativa anticorruzione*, in *Le Corti Salernitane*, 1-2, 2017;

SEVERINO, *Legalità, prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione*, in *Archivio penale*, 3, 2011;

SEYMOUR –SINGER –DOLAN, *The neurobiology of punishment*, in *Nature Reviews*, 8, 2007;

SGUBBI, *Presentazione*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, CEDAM, 2006;

SNACKEN- BEYENS, *Sentencing and prison overcrowding*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 1994, II;

SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell’unione europea dopo Lisbona*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 ottobre 2011;

SOTIS, *Intervento*, in AA. VV. *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, consultabile in www.penalecontemporaneo.it, 21 dicembre 2016;

- SPADARO-PASTORE, *Legge anticorruzione* (l. 6 novembre 2012, n. 190), in *Il Penalista*, Giuffrè, 2012;
- SPANGHER, *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice di procedura penale*, in *Giurisprudenza penale*, 2017;
- SPANGHER, *Urge una riforma organica del sistema sanzionatorio*, in *Diritto penale e processo*, n. 8/2015;
- SQUILLACI, *Ombre e (poche) luci nella introduzione di reati di omicidio e lesioni personali stradali*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 aprile 2016;
- STELLA, *La tutela penale della società*, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, 1985;
- STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi Urbinati*, 1976-77, Nuova serie A – N;
- STILE, *La commisurazione della pena nel contesto attuale del sistema sanzionatorio. Aspetti problematici*, in M. BASSIOUNI – A.R. LATAGLIATA – A.M. STILE (a cura di), *Studi in onore di G. Vassalli, 1945-1990, Vol. I*, Giuffè, 1991;
- TAMBURINO, *Commento alla Sentenza Corte Europea dei Diritti Umani “Torreggiani e altri Vs Italia”*, in www.ristretti.it;
- TASCONI, voce *Capacità a delinquere*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1991, V, 4;
- TORRENTE, *La popolazione detenuta in Italia tra sforzi riduzionisti e nuove tendenze populiste*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 ottobre 2016;
- TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, in *Archivio Penale Web*, 1, 2017;

Tribunale di Torino, III Sez. Pen., 7 ottobre 2016, Pres. Begey, le cui motivazione sono state depositate il 5 gennaio 2017;

TRIGGIANI, “*In nome del popolo italiano*”? *Spunti di riflessione sul linguaggio della sentenza penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 novembre 2016;

V. JHERING, *Lo scopo del diritto*, ed it. a cura di M. Losano, Giappichelli, 1972;

VALENTINI, *Dentro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla recente legge anticorruzione*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2/2012;

VALENTINI., *Le Sezioni unite e la politica giudiziaria delle dimensioni parallele*, in *Archivio penale*, 3, 2014;

VANNUCCI, *L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in MERLONI – VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione, rimedi*, Passigli Editore, 2010;

VANNUCCI, *L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in MERLONI – VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione, rimedi*, Passigli Editore, 2010;

VASSALLI, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, in ID., *Scritti giuridici – I – La legge penale e la sua interpretazione. Il reato e la responsabilità penale. Le pene e le misure di sicurezza*, Tomo II, Giuffrè, 1997;

VIETTI, *Economia e diritto penale nel tempo della crisi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 2/2014;

VIGANÒ, *Sui supposti guasti della riforma della concussione*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2/2013;

VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 novembre 2016;

VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2014;

VON HIRSCH – ASHWORTH, *Proportionate Sentencing: exploring the principles*, Oxford University Press, 2005.

ACKNOWLEDGEMENTS

Al termine di questo lungo, intenso, formativo e affascinante percorso nell'universo di saperi che prende il nome di *Accademia*, voglio rivolgere un sentito ringraziamento a tutti coloro che, a diverso titolo, hanno ispirato, supportato e assecondato questa mia indole, partecipando con sincera *sympatheia* alle emozioni che accompagnano l'esperienza del dottorato di ricerca.

In particolare, vorrei esprimere affetto e sincera gratitudine nei confronti del mio Maestro, il Professore Andrea R. Castaldo, per essere stato un'autentica guida, talvolta anche inconsapevole. Indimenticabili, soprattutto, le riunioni presso il suo studio a Napoli, spesso d'estate, dalle quali uscivo sempre arricchito, sia di interi 'blocchi' di appunti che di idee e spunti nuovi per proseguire la mia ricerca, che hanno contribuito a dare vita e forma alla presente opera.

Desidero ringraziare anche gli amici, i colleghi, i ricercatori e i docenti dell'Ateneo salernitano. Confrontarmi quotidianamente con loro, foss'anche davanti a un caffè o con una fugace battuta in Dipartimento, mi ha spesso fornito una visione diversa e certamente trasversale sui temi trattati.

Lo stesso valga per gli amici di Cambridge e Oxford, in particolare il Prof. Julian V. Roberts e la Prof.ssa Nicola Padfield, che mi hanno accolto con genuina cortesia e accompagnato con pazienza alla scoperta del *Criminal Justice System* inglese. A loro devo l'approccio comparatistico della tesi e buona parte delle mie osservazioni finali.

Infine, non posso dimenticare il supporto di familiari e amici e il profondo affetto di coloro che sono stati iniettori per il mio entusiasmo e culla per le mie preoccupazioni. Sentirvi vicino è stato di fondamentale importanza.

A tutti Voi, pertanto, grazie! Avete reso la fatica delle 'sudate carte' un'autentica gioia e materializzato un vitale insegnamento: *happiness is only real when shared*.

Salerno, 17.7.2017

Fabio

