

QUESITI

FABIO COPPOLA

Le scelte sanzionatorie alla prova del principio di proporzionalità. Un'ipotesi di “valorizzazione” dal confronto con il *Sentencing System* inglese*

L'irrazionalità in cui versa l'impalcatura delle cornici edittali del codice Rocco e la commisurazione della pena la si deve *in primis* alla mancata valorizzazione del principio di proporzionalità, sia nelle scelte di politica criminale, votate al simbolico irrigidimento sanzionatorio, che nel suo dosaggio in concreto, dove prevalgono ragioni di politica giudiziaria e la sostanziale assenza di controllo sul rispetto dell'obbligo motivazionale. Di recente, però, la Consulta ha 'aperto' a un vaglio di costituzionalità più rigido, in base a valutazioni di sproporzionalità intrinseca della pena rispetto al disvalore del fatto. Pertanto, è quanto mai opportuna una riflessione aggiornata sulle cornici edittali e la loro 'tenuta' di fronte al principio di proporzionalità. In questo senso, il presente lavoro verificherà se la prassi della commisurazione della pena possa offrire validi anticorpi all'osmosi di irrazionalità dal piano astratto a quello applicativo. Infine, considerata la vana speranza di una riforma organica del sistema delle pene in tempi ragionevoli, si proverà a offrire una prospettiva razionalizzante alternativa, derivante dal confronto con il modello inglese e il sistema delle *sentencing guidelines*.

The irrationality in which the scaffolding of the edictal frames of the Rocco Codex and the measurement of the penalty is due primarily to the failure to exploit the principle of proportionality, both in the choices of criminal policy, devoted to the symbolic Tightening of penalties, which in its dosage in concrete, where prevail reasons of judicial policy and the substantial absence of control over the respect of the motivational obligation. Recently, however, the Consulta has 'opened' to a screening of more rigid constitutionality, based on assessments of intrinsic disproportionality of the penalty compared to the disvalue of the fact. Therefore, an updated reflection on the edictal frames and their 'holding' in the face of the principle of proportionality is always appropriate.

*In this sense, the present work will check whether the practice of the measurement of the sentence can offer valid antibodies to the osmosis of irrationality from the abstract to the application. Finally, given the vain hope of an organic reform of the penis system in a reasonable time, we will try to offer a rationalizing alternative perspective, deriving from the comparison with the English model and the *Sentencing guidelines* system.*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'evoluzione del principio di proporzionalità nelle decisioni della Corte Costituzionale. - 3. Il principio di proporzionalità quale *test* di razionalità delle scelte sanzionatorie. - 4. Le cornici edittali del codice penale alla prova dello *stress-test* di razionalità-proporzionalità. - 5. Le ripercussioni sulla commisurazione della pena *in the practice*. - 6. Il confronto comparatistico: i motivi della scelta del *Sentencing System* inglese. - 7. Il modello delle *sentencing guidelines* inglesi. - 7.1. (segue) il grado di *compliance* richiesto dal *C&J Act 2009* e i primi risultati empirici. - 8. Conclusioni.

1. Premessa

Nella più celebre incisione di Dürer, *Melencolia I*, è raffigurato il “genio” con aria imbronciata e la testa appoggiata a una mano, mentre, sconcolato e con lo sguardo smarrito, non riesce a spiegarsi il *caos* che lo circonda. Intorno a lui, disposti sull'edificio incompiuto, giacciono alcuni strumenti tecnici, quali la

clessidra, la bilancia e il c.d. quadrato magico, contenente un insieme di numeri in serie, *rebus* che evidentemente la figura alata non riesce a risolvere. E difatti, secondo un illustre critico d'arte, la sintesi del quadro si risolve in «un essere creativo ridotto alla disperazione dalla consapevolezza di barriere insormontabili che lo separano da un più alto dominio del pensiero»¹.

Con ogni probabilità, lo stesso sgomento e sensazione d'incapacità di ridare "ordine al *caos*" accompagnano lo studioso che analizza le scelte sanzionatorie e l'impalcatura edittale dei reati, nel (vano) tentativo di ricostruirne la razionalità (*id est*: l'intellegibilità delle scelte di valore fatte dal Leviatano²), fondamentale per la legittimazione del sistema repressivo, sia agli occhi di coloro che ne osservano i precetti, che degli eventuali trasgressori che la Costituzione impone di rieducare (o almeno di tentarci).

Smarrimento che si amplifica laddove si volesse provare a isolare il genoma di proporzionalità all'interno delle scelte di politica penale degli ultimi decenni³, che invece alternano con democratica "staffetta" istanze repressive e indulgenziali, sempre all'insegna dell'emergenza, capaci al più di anestetizzare la coscienza dell'elettorato con simbolici irrigidimenti sanzionatori, ovvero a porre rimedio alle emergenze carcerarie nel frattempo divenute impellenti.

Non sorprende, quindi, che tra le più autorevoli voci in dottrina si sia levato il coro di denuncia contro le recenti stagioni di populismo penale⁴, manifestatosi sotto forma di testi legislativi porosi e ambigui, di simbolici e illusori irrigidimenti sanzionatori⁵, buoni soltanto ad offrire all'elettore una parvenza di interessamento da parte della politica e ad accentuare il ruolo politico della magistratura⁶, chiamata, con la compiacente delega da parte del legislatore, a

* Contributo destinato alla pubblicazione negli Atti del Convegno "Uguaglianza, Proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo", organizzato da *Di.P.La.P* e tenutosi presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia il 28-29 settembre 2017.

¹ Cfr., *Una scheda di Vittorio Sgarbi dedicata al capolavoro di Albrecht Dürer conservato nella collezione permanente della Fondazione Magnani Rocca*, la quale richiama l'opera di PANOFSKY, *Idea. Contributo alla storia dell'estetica*, ult. ed. it. a cura di E. Cione, Bollati Boringhieri, 2006.

² Per i richiami bibliografici e le intense riflessioni, cfr. PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Torino, 2010, 23.

³ Sulla differenza tra politica criminale e politica penale, cfr. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, in *Il diritto penale del futuro*, a cura di A. R. Castaldo, Salerno, 2006, 51.

⁴ Cfr. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95-121; PULITANÒ, *Intervento*, in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in www.penalecontemporaneo.it; SOTIS, *Intervento*, in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, *ivi*; VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2014, 198-207.

⁵ Autorevolmente, sul tema, cfr. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II, Napoli, 2011, 29 ss.

⁶ In argomento, cfr. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Rilles-*

rispondere alla crescente (quanto pericolosa) domanda di sicurezza e a porre rimedio alle «fantasmagoriche» cornici edittali⁷. Con l'effetto distorsivo a cascata di dissolvere il legame tra le istanze di "giustizia" della pena e la sua proporzionalità, che ne costituisce forse la principale estrinsecazione⁸.

2. L'evoluzione del principio di proporzionalità nelle decisioni della Corte Costituzionale

Affermatosi nel pensiero illuminista quale tutela del reo contro il "doppio male" delle pene esemplari⁹ e, più di recente, quale espressione di una "razionalità moderna" del diritto penale¹⁰, il principio di proporzionalità svolge un ruolo cruciale all'interno del sistema sanzionatorio, a prescindere dalla finalità che si vuole riconoscere alla pena. È, difatti, innegabile come, da un lato, pene eccessivamente lievi possano generare un senso di sfiducia nella giustizia da parte dei consociati e, dall'altro, pene eccessivamente severe alimentino sentimenti di empatia con il colpevole e disaffezione dalla Giustizia.

Eppure, l'assenza di un preciso referente normativo ha complicato la "giustiziabilità" di detto principio, permettendo ai giudici di Palazzo della Consulta di farne un "condimento giuridico" buono per ogni occasione al «banchetto delle argomentazioni»¹¹. Così, in un datato ma importante *decisum* costituzionale, il principio di proporzionalità è stato elevato a referente privilegiato per la valutazione delle scelte sanzionatorie del legislatore rispetto alle finalità rieducative della pena di cui all'art. 27, co. 3, Cost. (Corte cost., n. 313 del 1990); in altra occasione, invece, ha assunto il ruolo di garante contro irragionevoli disuguaglianze, sulla base di valutazioni a rime obbligate per fattispecie dal simile disvalore, finendo però così per distinguerlo poco (e male) dalla ragionevolezza, diverso principio costituzionale riguardante il sistema sanzionatorio (Corte cost., n. 341 del 1994).

Sul versante comunitario, invece, la proporzionalità del trattamento sanzionatorio è stata addirittura posta a fondamento della deroga al principio di retroattività della legge penale più favorevole al reo¹².

sioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo, in questa Rivista online, 1, 2017, *passim*.

⁷ Cfr. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 438.

⁸ Cfr. HASSAMER, *Perché punire è necessario*, ed. it. a cura di Siciliano, Bologna, 2012, 154.

⁹ Cfr. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 2000, 18 ss.

¹⁰ Cfr. HASSAMER, *op. cit.*, 155.

¹¹ Cfr. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2016, 1438.

¹² Cfr. GALANTE, *La non proporzionalità del trattamento sanzionatorio come limite all'operatività del*

Solo recentemente, detto principio ha assunto - almeno apparentemente - una nuova dignità costituzionale, capace di illuminare il non facile rapporto tra reato e pena, quale controllo sull'intrinseca congruità tra il disvalore del fatto e la cornice edittale, che, se disallineato, compromette *ab initio* il processo rieducativo cui la pena deve necessariamente tendere (Corte cost., n. 236 del 2016)¹³.

Secondo uno dei primi autorevoli commentatori dell'importante pronuncia, «si delinea così un modello di sindacato (sulle scelte sanzionatorie) che muove dal riconoscimento, in linea di principio, della discrezionalità del legislatore 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 attenuanti». È la Corte stessa a precisare l'effettiva portata del proprio intervento, teso a «ricorrere 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 rieducative cui essa deve mirare»¹⁴.

Ora, se è apprezzabile lo sforzo argomentativo della Corte di ancorare il giudizio di proporzionalità al disvalore del fatto incorniciato nella fattispecie penale, è tuttavia vero che il *tertium genus* continua ad avere un ruolo fondamentale (in virtù del principio di riserva di legge) nell'individuazione della cornice edittale da sostituire a quella dichiarata sproporzionata e pertanto incostituzionale.

Ecco, quindi, riemergere il limite di giustiziabilità, candidamente ammesso dai giudici di Palazzo della Consulta, che riserva al principio di proporzionali-

principio convenzionale della retroattività in mitius. Nota a Corte E.D.U., Sezione Quinta, sent. 12 luglio 2016 (definitiva il 28 novembre 2016), Ruban c. Ucraina, in www.penalecontemporaneo.it.

¹³ Tra i primi commentatori dell'importante pronuncia, cfr. 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.*, 4, 2016, 1956-1964; PULITANO, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in www.penalecontemporaneo.it; VIGANO, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, *ivi*.

¹⁴ Così, VIGANO, *op. cit.*

tà uno spazio valutativo in termini negativi, capace al più di dirci ciò che è sproporzionato rispetto ai valori in gioco, ma non di tracciarne in positivo il contenuto senza rifarsi a precedenti scelte legislative.

Nell'impossibilità, dunque, che la Corte costituzionale ci dica quale misura di pena sia astrattamente proporzionata, il ruolo in termini positivi del principio va ricercato altrove, ad esempio nello scrutinio sulle scelte sanzionatorie.

In questi termini, esso può fungere da criterio di razionalità, in base al quale (ri)valutare le ampie cornici edittali del codice Rocco e i sempreverdi *lifting* normativi "al rialzo", spesso guidati da ragioni di *realpolitik*, come quella di evitare la scure della prescrizione¹⁵.

Orbene, sia chiaro: soltanto le sperequazioni più evidenti potranno ovviamente dare luogo a censure d'incostituzionalità¹⁶; tuttavia, ciò non esime lo studioso dal testare comunque, in positivo, la razionalità del rapporto tra pene e la scala di valori dei beni giuridici protetti.

3. Il principio di proporzionalità quale *test* di razionalità delle scelte sanzionatorie

Definito in termini di positivi, il *test* di razionalità delle scelte sanzionatorie può esprimersi in almeno tre distinte valutazioni.

In primo luogo, considerata l'assiologica difficoltà di individuare una pena che possa dirsi una volta per tutte proporzionata al disvalore del fatto, il discorso non può che partire dalla democratica condivisione di una delle possibili risposte sanzionatorie, per poi irradiare di razionalità l'intera impalcatura delle cornici edittali.

Così, una volta definito un legame convenzionalmente proporzionale *infra-delicta*, attesa l'impossibilità di pretenderne uno ontologicamente proporzionale¹⁷, tra una fattispecie di gravità (x) e pena (y), questo deve assurgere quale criterio di politica criminale per l'impalcatura sanzionatoria *inter-delicta*, nel senso di una sistematica graduazione della risposta sanzionatoria per fattispecie più gravi ($x+1 = y+1$) o meno gravi ($x-1 = y-1$).

Di conseguenza, quale secondo *step* valutativo, il *restyling* delle comminatorie edittali sarà "razionale" solo se rispondente a un mutato disvalore che giustifi-

¹⁵ Cfr. BRUNELLI, *Paradossi e limiti dell'attuale Realpolitik in materia penale*, in *questa Rivista*, 2, 2013, *passim* e MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di un diritto penale simbolico*, *ivi*, 2, 2016, *passim*.

¹⁶ In argomenti, cfr. per tutti, CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 135-174.

¹⁷ Cfr. CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena. Da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in *Giustizia pen.*, II, 2012, 98 e PONGILUPPI, *Le cornici edittali al banco di prova di un sistema sanzionatorio differenziato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, II, 958.

chi l'irrobustimento delle pene.

Infine, il *fil rouge* della proporzionalità-razionalità pretenderebbe che ciascun *range* di pena sia costituito da sottomultipli del minimo edittale. Di talché, cornici edittali eccessivamente ampie per fenomeni delittuosi di minore gravità saranno l'ulteriore sintomo di irrazionalità, fintanto che lasciano evaporizzare nelle distese edittali il disvalore del fatto.

4. Le cornici edittali del codice penale alla prova dello *stress-test* di razionalità-proporzionalità

Per passare dal piano astratto della costruzione teorica del modello a quello pratico delle evidenze empiriche, abbiamo sottoposto alcune delle cornici edittali del codice penale al triplice *stress-test* poc'anzi delineato.

Per farlo, ci siamo in primo luogo avvalsi dell'interessante studio *Syn-Thesis*¹⁸, che ha analizzato le riforme in ambito penale dal 2000 al 2016, con il seguente tranciante esito: «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»¹⁹.

Difatti, i dati raccolti dimostrano come la speranza di deterrenza (di matrice generalpreventiva) insita nella minaccia della sanzione e ragioni pratiche di certezza della pena siano state il vero *leitmotiv* del legislatore contemporaneo (*bipartisan*), salvo sporadiche eccezioni dettate piuttosto da contingenze

¹⁸ 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 *La corruzione a due anni dalla «Riforma Severino»*, a cura di Borsari, Padova, 2015, 185 ss.

¹⁹ *Ibidem*, 209-210.

emergenziali, quali il sovraffollamento carcerario o da *diktat* imposti dalla CEDU per evitare infamanti sanzioni, come nel caso della sentenza “pilota” Torreggiani²⁰.

A riprova, si consideri il costante *trend* repressivo “di rincorsa verso l’alto” delle soglie edittali dal 2000 al 2016, interrotto solamente nel 2002 con la riforma del falso in bilancio (delitto poi nuovamente inasprito nel 2015) e nel 2006 (anno in cui si registra l’ultimo massiccio provvedimento clemenziale che ha riguardato 6053 detenuti)²¹, nel 2013 con il c.d. svuota carceri *post* sentenza Torreggiani e nel 2016 con le misure di depenalizzazione. Segno evidente che, esauritasi l’emergenza carceraria del momento, prontamente ritorna *in auge* l’inasprimento sanzionatorio quale risposta penale contro ogni problema. Per giunta, senza che i numeri sulla delittuosità mostrassero un’augmentata accentuazione del fenomeno, ovvero giustificassero il sacrificio della proporzionalità sull’altare della general-prevenzione, dal momento che in molti casi i picchi sanzionatori non hanno portato al contenimento della delittuosità “minacciata”.

In definitiva, il principio di proporzionalità esce sconfitto dal banco di prova degli interventi di riforma sulle cornici edittali.

Sul piano della complessiva armonia repressiva, il *test* non offre risultati più incoraggianti e si fa persino fatica a individuare la bussola nelle pericolose quanto irragionevoli sperequazioni sanzionatorie.

Proviamo a fare qualche esempio:

prima del recente intervento correttivo della Corte costituzionale, il delitto di “alterazione di stato mediante falsità in atto” (art. 567, co. 2, c.p.) puniva chi, ad esempio, attestava falsamente la paternità del neonato per garantirgli uno stato civile non corrispondente al dato biologico con una pena da 5 a 15 anni di reclusione. Minimo edittale che equiparava la gravità della condotta anzidetta a quella dell’omicidio stradale con tasso alcolemico sopra la soglia di tollerabilità; inoltre, tale fattispecie condivideva la stessa cornice edittale prevista per i capi e i promotori di una banda armata (art. 306 c.p.). Il massimo edittale di 15 anni era, invece, più elevato di quello previsto per gravi delitti contro la persona, come la violenza sessuale di gruppo, la prostituzione minore, ovvero contro la P.A., come la concussione e la corruzione in atti giudiziari (di “soli” 12 anni)²²;

²⁰ In argomento, cfr. TAMBURINO, *Commento alla Sentenza Corte Europea dei Diritti Umani “Torreggiani e altri Vs Italia”*, in www.ristretti.it.

²¹ Per una analisi dettagliata, cfr. CORDA, *Sentencing and Penal Policies in Italy, 1985 - 2015: The Tale of a Troubled Country*, in *Crime and Justice*, 2016, *passim*.

²² Cfr. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 1957.

Il delitto di «Produzione e traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope» (art. 73, co. 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 evidenziato, inoltre, il massimo edittale si avvicina pericolosamente al minimo edittale previsto per l'omicidio volontario²³. Le incongruenze permangono e si amplificano con riferimento ai delitti posti a tutela dell'ordine pubblico, dove 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 marcata²⁴.

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 medico²⁵.

Tra le potenziali sperequazioni applicative, come non menzionare poi l'asimmetria sanzionatoria tra l'induzione indebita (da 6 a 12 anni di reclusione) e uno dei delitti più gravi contro la libertà personale, come la violenza sessuale. Così, per riprendere un efficace esempio, «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», rischiano una condanna di almeno 6 anni di reclusione. Viceversa, il violentatore potrebbe "cavarsela" «con una pena inferiore nel minimo e nel massimo»²⁶.

Un'ulteriore anomalia la si registra nel rapporto tra il disastro doloso e l'omicidio stradale colposo, che condividono la medesima teorica riprovevolezza, con un minimo edittale comune di 5 anni di reclusione.

Persino più paradossale l'asimmetria sanzionatoria che si verifica qualora il

²³ GABOARDI, *La disciplina penale in materia di stupefacenti al cimento della ragionevolezza*, in *Stupefacenti e diritto penale*, a cura di Morgante, Torino, 2015, 105 ss.

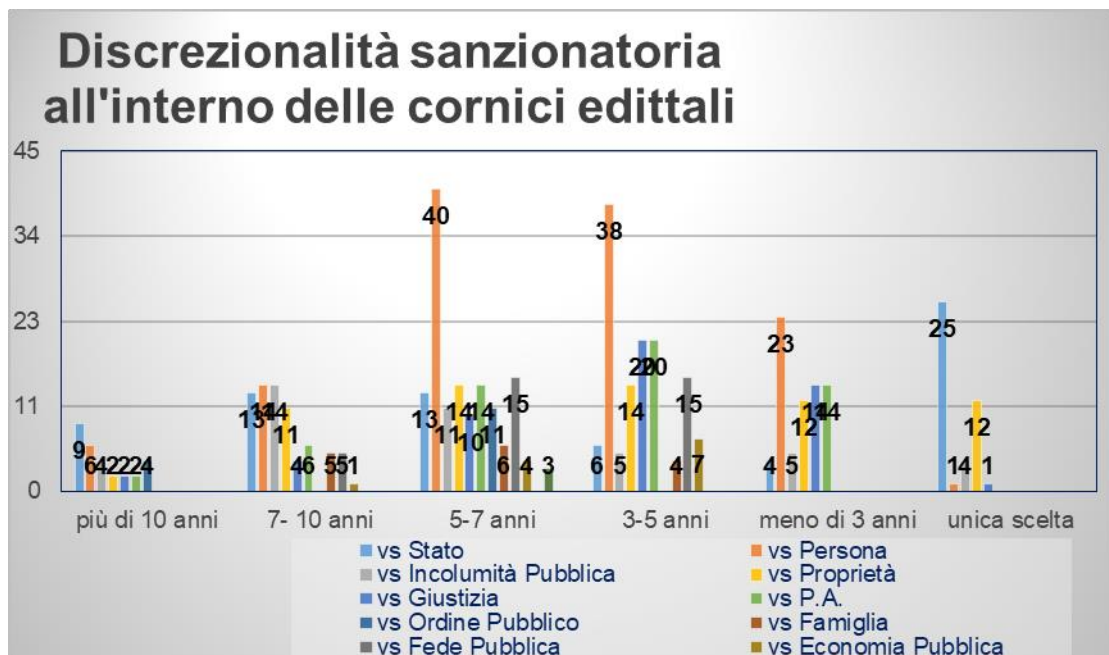
²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Cfr. AMATO, *Innalzamento delle punizioni poco proporzionato*, in *Guida al Diritto*, 16, 2016, 50.

²⁶ Cfr. CASTALDO, *Le sanzioni anticorruzione sembrano sproporzionate*, in *ID, In ordine sparso. Il diritto penale, oggi*, Giappichelli, 2016, 42.

medesimo evento morte sia conseguenza del colposo comportamento alla guida oppure della deliberata scelta di abbandonare al proprio destino una persona minore degli anni quattordici, ovvero incapace di provvedere a sé stessa, delitto punito “soltanto” (rispetto alle opzioni edittali previste per l’omicidio stradale) con pena detentiva da 3 a 8 anni di reclusione.

Passiamo, infine, all’ultimo *test* concernente il c.d. effetto *widening* delle cornici edittali²⁷, ossia la loro eccessiva estensione. Dopo uno *screening* delle soglie edittali previste per i delitti, su 539 cornici analizzate, 29 di queste permettono al giudice di individuare la pena detentiva in uno spazio discrezionale superiore a 10 anni (es. da 5 a 18 anni di reclusione); 73 in uno spazio editale che va dai 7 ai 10 anni; 141 prevedono un margine di discrezionalità da 5 a 7 anni e ben 33 impongono un’unica scelta in caso di condanna, solitamente l’ergastolo. Di seguito, un grafico riepilogativo per titolo di reato.



La presenza di un numero rilevante di cornici edittali così estese può, in estrema sintesi, significare due cose: a) il nostro codice penale punisce solo le

²⁷ Definizione che prendiamo in prestito da MANNOZZI, *Are Guided Sentencing and Sentence Bargaining Incompatible? Perspectives of Reform in the Italian Legal System*, in *Sentencing and Society. International Prospective*, edited by C. Tata - N. Hutton, Ashgate Publishing, 2002, 110-123.

lesioni più gravi ai beni giuridici protetti, 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) 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*), considerate, quale esempio non esaustivo, le pene recentemente censurate dalla Corte costituzionale in tema di alterazione di stato.

In aggiunta, le possibilità di superare i limiti di pena imposti delle soglie edittali in virtù 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 sanzionatoria.

Da ultimo, un’autorevole voce in dottrina ha esemplarmente evidenziato un’ulteriore “frattura” nella razionalità della misura della pena detentiva, dovuta all’impossibilità del giudice di avvalersi dell’intero panorama edittale a causa di una curiosa quanto paradossale interazione tra le regole di bilanciamento delle circostanze del reato e le scelte di strategia processuale dell’imputato, che “tagliano fuori” ampi intervalli intermedi di possibili esiti sanzionatori, a prescindere da qualsiasi valutazione di gravità²⁸.

²⁸ Cfr. PULITANÒ, *Sulle pene.*, cit.: «Il tipo di problema sollevato (lascio fra parentesi se con motivazione idonea o meno) non è tanto di *misura*, quanto di *struttura*: di *razionalità intrinseca dell’insieme delle due cornici poste a raffronto*. È una *variante* di un problema che ho messo a fuoco da tempo, sotto l’etichetta di problema della *discrezionalità discontinua*. Ripropongo l’esempio della commisurazione della pena per l’omicidio doloso. La cornice edittale di cui all’art. 575 (da 21 a 24 anni) è molto ristretta; circostanze aggravanti e attenuanti comportano una forte dilatazione verso l’alto (fino all’ergastolo) e verso il basso. Nel caso di concorso di aggravanti e attenuanti, il bilanciamento ex art. 69 apre a uno scenario che illustro con un esempio non di scuola: omicidio volontario aggravato ex art. 577, n. 4 (crudeltà verso la vittima), commesso da soggetto seminfermo di mente, per il quale si proceda con rito abbreviato. Se, nel bilanciamento ex art. 69, è riconosciuta la prevalenza dell’aggravante, la pena sarà di 30 anni, invece dell’ergastolo. Se il giudizio è di equivalenza, la diminuzione secca di un terzo per il rito abbreviato, applicata su una pena commisurata entro la cornice edittale, porterà a una pena compresa fra i 14 e i 16 anni. Se viene ritenuta prevalente l’attenuante della seminfermità (art. 89), anche a contenere al minimo la diminuzione la pena non potrà essere superiore a 14 anni, a causa della diminuzione per il rito abbreviato. Riassumendo: scelto il rito abbreviato, la pena potrà essere o di 30 anni, o inferiore a 16; in nessun caso potrebbe essere applicata una pena nell’intervallo fra i 16 e i 30 anni. In caso di condanna pronunciata in esito al rito ordinario (cioè senza la diminuzione per il rito abbreviato) la pena sarebbe, secondo l’esito del bilanciamento: ergastolo in caso di prevalenza dell’aggravante speciale; in caso di giudizio di equivalenza, una pena compresa entro la cornice edittale prevista per l’omicidio comune (da 21 a 24 anni); in caso di prevalenza dell’attenuante, una pena compresa fra un minimo di

Come oramai evidente, all'esito del triplice scrutinio, il "legno storto" del sistema sanzionatorio²⁹ ha messo in crisi finanche l'assunto Hegeliano secondo cui «Tutto ciò che è razionale è reale, tutto ciò che è reale è razionale». L'ago impazzito della politica criminale degli ultimi anni sembra disconoscere il rigore logico-giuridico sopra descritto, oscillando invece tra due tendenze auto-sterilizzanti, autorevolmente definite «antinomiche»³⁰, ovvero l'apparente e talvolta meramente virtuale rigore sanzionatorio (il c.d. pugno duro) per delitti transitoriamente allarmanti (è il caso dei delitti di corruzione, della violenza di genere, dei reati stradali, dei reati in materia di stupefacenti, degli immigrati) e misure fortemente clemenziali o indulgenziali (fino al 2006, attraverso amnistie e indulti e poi con l'introduzione di clausole di non punibilità e l'estensione dell'ambito di operatività delle pene *extra-murarie*). Generando così un'ansiosa rincorsa verso la "messa a punto" del catalogo dei delitti ritoccati e, con altra mano, tentare di mantenere attraverso risposte mitiganti, molto spesso incidenti sulla parte generale, un non semplice equilibrio con la tenuta della capacità carceraria³¹. Non è un caso, infatti, che l'Italia nel 2013 vantasse il primato rispetto ai maggiori *competitors* europei in termini di detenuti stranieri e per delitti riguardanti il T.U. sulle sostanze stupefacenti, che rappresentavano oltre il 70% di tutta la popolazione carceraria³². Con buona pace della comprensibilità delle scelte di politica criminale, che rischia di inficiare irrimediabilmente la intellegibilità del successivo giudizio³³.

5. Le ripercussioni sulla commisurazione della pena *in the practice*

Il discorso non si fa più rassicurante nemmeno se ci si sposta dal piano astratto a quello pratico della commisurazione della pena. Da un lato, infatti, quantomeno a livello teorico, il principio di proporzionalità trova qui un solido referente normativo nell'art. 133 c.p., che impone al giudice di adeguare la

anni 14 e un massimo di poco inferiore ai 24 anni di reclusione. In nessun caso potrebbe essere applicata una pena nell'intervallo fra i 24 e i 30 anni».

²⁹ Cfr. MANNOZZI, *Il "legno storto" del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 7, 2014, *passim*.

³⁰ Cfr. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture. (A proposito della legge n. 67/2017)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2014, 1694.

³¹ Cfr. MANTOVANI, *Umanità e razionalità del Diritto Penale*, Padova, 2008, 1097.

³² Per una approfondita analisi del *report* Space I e II-2014, cfr. DOLCINI, *L'Europa in cammino verso carceri meno allollate meno lantane da accettabili standard di umanità*, in www.penalecontemporaneo.it.

³³ In argomento, cfr. CASTALDO, *Semplificare il sistema per la comprensibilità delle scelte dei giudici*, in *Il Sole 24 ore - Diritto e Impresa*, 22 novembre 2017; EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2016, 1668 ss.; INSOLERA, *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2016, 1999 ss.

misura di pena alla “gravità del reato” in virtù di una serie di indici normativamente prescritti. Dall’altro, complice la necessità di attenuare le rigide cornici edittali, la Cassazione ha permesso una gestione pressoché disinvolta dell’obbligo motivazionale sancito dall’art. 132 c.p., avallando motivazioni stereotipate, fatte di formulettes stilistiche che diventano ancor meno stringenti fintanto che la pena “staziona” intorno al minimo edittale³⁴. Tale “disinteresse”, su cui pure incide la (irrealistica?) pretesa che i giudici offrano, con lucidità, al popolo e al reo il *quantum* di pena adeguato immediatamente dopo essere addivenuti faticosamente alla complessa decisione sul merito del giudizio³⁵, non permette di esplorare l’intimo universo della commisurazione, che ben potrebbe risentire di decisioni intuitive e politicamente orientate³⁶. In ultima analisi, la disciplina codicistica degli artt. 132 e 133 c.p. ha sofferto nel tempo di un certo “oscurantismo” di natura presseologica, registrando le seguenti distorsioni:

- a) Istituzionalizzazione di una politica penale giudiziaria³⁷;
- b) Tendenziale svuotamento dell’obbligo motivazionale, per lo più adempiuto attraverso clausole di stile;
- c) Parziale standardizzazione dei risultati sanzionatori, orientati verso esiti sanzionatori “tondi” (1 anno, 2 anni, 2 anni e 6 mesi ecc.)³⁸;
- 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 giudici³⁹.

³⁴ Per una interessante analisi giurisprudenziale, cfr. 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*, 3/2015, *passim*.

³⁵ Fondamentale, sul punto, l’illuminante contributo di 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, Milano, 1997, *passim*.

³⁶ Cfr. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi Urbinati*, 1976-77, Nuova serie A - N. 29, 280, il quale limpidamente rileva: «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».

³⁷ Paradigmatico, sul punto, il linguaggio motivazionale delle recenti sentenze sul porto del *kirpan* che risente di valutazioni valoriali. In argomento, cfr. BERNARDI, *Populismo giudiziario? L’evoluzione della giurisprudenza penale sul kirpan*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2017, 671 ss.

³⁸ Cfr. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 71 ss.

³⁹ In argomento, sia consentito rinviare al nostro 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*, a cura di A. R. Castaldo, Padova, 2017, 123 ss.

In conclusione, non può dirsi risolto lo «stato di caos» denunciato da tempo da illustre dottrina⁴⁰, forse anche a causa dell'osmosi di irrazionalità che deriva dall'assenza di una chiara bussola legislativa.

Difatti, stando a un interessante studio di psicologia, quando il dato normativo non offre precisi modelli da seguire, il giudice è maggiormente indotto a fare ricorso alla propria esperienza, decidendo sulla base di come siano stati puniti in passato casi simili, ovvero alle proprie intuizioni⁴¹. Ad esempio, alcuni studiosi inglesi hanno effettivamente riscontrato una certa efficacia in termini sanzionatori della bellezza dell'imputato, capace di "attrarre", quale fattore *extra-giuridico*, una sentenza più tenue rispetto a correi meno piacenti. Oppure, la tendenza a irrogare sanzioni meno severe dopo i pasti, ovvero quella opposta di infliggere pene più severe a imputati di colore, parrebbe a causa del loro atteggiamento in udienza maggiormente "chiassoso"⁴².

6. Il confronto comparatistico: i motivi della scelta del *Sentencing System* inglese

La disfatta poc'anzi evidenziata ci permette quindi di strizzare l'occhio verso altri sistemi alla ricerca della propor(r)zionalità perduta. Tra questi, il *Sentencing System* anglosassone⁴³ e il suo «algorithm to be followed»⁴⁴, che si tra-

⁴⁰ Cfr. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 73.

⁴¹ Cfr. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Oscar Mondadori, 2016, in part. 266 e SEYMOUR, SINGER, DOLAN, *The neurobiology of punishment*, in *Nature Reviews*, 8, 2007, 300 ss.

⁴² Cfr. KAPARDIS, *Psychology and Law. A critical introduction*, Cambridge, 2014, 188.

⁴³ Tra la copiosa produzione scientifica in letteratura, cfr. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge, 2010, *passim*; ID., *Coroners and Justice Act 2009: Sentencing Guidelines and the Sentencing Council*, in *Criminal Law Review*, 2010, 389-401; VON HIRSCH, ASHWORTH, *Proportionate Sentencing: exploring the principles*, Oxford, 2005, *passim*; 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, *passim*; ROBERTS, ASHWORTH, *The Evolution of Sentencing Policy and Practice in England and Wales, 2003-2015*, in *Crime and Justice*, 2016, 000-000; AA. VV., *Aggravation and Mitigation at Sentencing*, edited by J. V. Roberts, Cambridge University Press, 2011, *passim*; AA. VV., *Exploring Sentencing Practice in England and Wales*, edited by Roberts, Palgrave Macmillan, 2015, *passim*; ROBERTS, *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 for common law jurisdiction*, in *Punishment and Society*, 14(3), 2012, 267-288; PADFIELD, *Exploring the Success of Sentencing Guidelines*, in *Sentencing Guidelines. Exploring the English Model*, edited by Ashworth, Roberts, 2013, 31 ss.; PINA-SANCHEZ, ROBERTS, *Proportionality at stake: the effect of sentencing guidelines and the psychology of preferred numbers*, Manuscript. Oxford: Centre of Criminology, University of Oxford; 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; 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 www.lawcom.gov.uk.

duce nel percorso *step-by-step* del *decision-making process*, sembra offrire spunti di particolare interesse e aderenza rispetto al tema di cui si discorre.

Con una doverosa precisazione: siamo al cospetto di un sistema di *common law* completamente differente dal nostro, che conosce storicamente un'ampia discrezionalità sanzionatoria (spesso lo *statute* prescrive il solo massimo editale). Tuttavia - e sono queste le ragioni del rinnovato interesse oltremarino - la perdurante "crisi" della legalità penale ha fatto sì che le forze politiche siano meno attratte da un piano di azione organico e programmatico che desse vita a risposte nitide, chiare e funzionali al sistema sanzionatorio *in action*. Di conseguenza, il ruolo della magistratura è andato sempre più enfatizzandosi, fino ad assurgere a ruolo di «eroe popolare»⁴⁵, non più soltanto bocca della legge, ma mediatore di interessi sociali, spesso popolari o politici.

Una sorta di compiacente "delega in bianco" che scarica il "problema" verso l'ultimo anello della catena delle agenzie penali: la magistratura⁴⁶. Come ben evidenziato, «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»⁴⁷. In tal modo, però, la funzione giurisdizionale ha esteso notevolmente i propri limiti, avvicinandosi in qualche modo a quella storicamente meno imbrigliata e più creativa degli ordinamenti di *common law*⁴⁸.

Viceversa, con il *Coroners and Justice Act 2009*, il sistema inglese ha avviato una rivoluzione nella direzione opposta, intraprendendo un processo di proceduralizzazione della discrezionalità sanzionatoria, in modo da rendere il risultato penale prevedibile e valorizzarne - tra tutte le possibili finalità⁴⁹ - il principio di proporzionalità. Tali considerazioni ci permettono quindi di considerare il *sentencing system* inglese un ospite privilegiato e particolar-

⁴⁴ Così, ROBERTS, *Sentencing Guidelines and Judicial Discretion*, cit., 1011.

⁴⁵ Cfr. FIANDACA, *op. ult. cit.*, 107.

⁴⁶ Sui riflessi in termini sanzionatori dei 'discorsi intorno alla penalità', cfr. l'autorevole contributo di PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, Bobonia, 2013, *passim*.

⁴⁷ Cfr. VIOLANTE, *op. cit.*, 198.

⁴⁸ Cfr. FALCINELLI, *Dal diritto penale "emozionale" al diritto penale "etico". Il garantismo costituzionale contro l'illusione di giustizia del populismo penale*, in *Populismo penale: una prospettiva italiana*, a cura di Anastasia, Anselmi, Falcinelli, Padova, 2015, 27.

⁴⁹ Nonostante la sezione 143 del *Criminal Justice Act 2003* lasci libero l'interprete di prediligere tra le finalità prescritte (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], autorevole dottrina ha individuato nel principio di proporzionalità il reale «touchstone» della commisurazione della pena. Così, ASHOWRTH, *Sentencing and Criminal Justice*, cit., 78.

mente gradito al tavolo della comparazione.

7. Il modello delle *sentencing guidelines* inglesi

Come si anticipava, con il *C&J Act 2009*, il sistema sanzionatorio inglese, dopo anni di intense discussioni⁵⁰, ha vissuto la sua più profonda trasformazione attraverso una serie di rilevanti novità: l'istituzione di un organo *ad hoc*, demandato del compito di condensare in linee-guida il procedimento mentale da suggerire al giudice durante la commisurazione della pena. Tale organismo prende il nome di *Sentencing Council*, composto da una maggioranza giudiziaria⁵¹ e finalizzato a predisporre *guidelines* per ogni questione riguardante il c.d. *sentencing* e per singoli o gruppi di reati, anche avvalendosi di esperti nel settore.

Solitamente, le *guidelines* prevedono una serie di *steps* (se ne contano almeno 7 per ogni *guideline*) che rappresentano idealmente il percorso mentale del giudice nella individuazione di un "*narrow range*" di pena (il c.d. *category range*), ossia un segmento ridotto rispetto all'ampio spazio discrezionale concesso dalla legge al giudice e che viene fuori dall'incrocio tra grado di offensività e livello di colpevolezza, i cui referenti empirici variano per singolo reato o gruppo di reati.

Per meglio chiarire i termini del nostro discorso, utilizziamo l'esempio offerto dalla *guideline* in tema di delitti di furto (*theft offences*)⁵². Dopo una prima parte riservata a descrivere i reati rientranti nel raggio di azione della *guideline*⁵³, la procedibilità e gli aspetti riguardanti la competenza (*triable on indictment, summarily triable or either way*), sono indicati, se presenti, i limiti di pena previsti dalla legge; all'interno di questi, la *guideline* suggerisce una cornice edittale (*offence range*), che rappresenta il limite minimo e massimo di gravità sanzionatoria per il reato o gruppo di reati. Nel caso di furto, i due valori corrispondono a:

Limite legale: «Maximum: 7 years' custody» (la legge prescrive esclusivamente il limite massimo di pena detentiva);

Offence range: «Discharge - 6 years' custody» (dalla non punibilità a sei anni

⁵⁰ Cruciale nella svolta ideologica verso un sistema di *sentencing* "strutturato" è stata l'organizzazione di un importante Convegno presso l'Università di Manchester nel 1985, al quale presero parte i più illustri studiosi del tema.

⁵¹ Secondo autorevole dottrina, tale composizione si deve alla volontà di rassicurare la magistratura dal pericolo di sottrarre "bruscamente" loro un potere di storica memoria. Sul punto, cfr. ASHWORTH, *Coroners and Justice Act 2009*, cit., 389.

⁵² La *definitive guideline* è consultabile al seguente link: www.sentencingcouncil.org.uk.

⁵³ Ad esempio, diversamente al nostro codice, la *guideline* differenzia il trattamento sanzionatorio per il furto di cosa mobile rispetto a quello di energia elettrica.

di reclusione).

All'interno dell'*offence range*, il giudice è guidato da una serie di *steps* condensati nella *guideline*, la cui finalità è quella di dosare al meglio il quantitativo di pena. Cruciale per un adeguato utilizzo della *guideline*, è il rispetto da parte del giudice delle indicazioni presenti nei primi due *steps*.

Il primo richiede infatti al giudice di determinare la gravità del fatto, tenendo in considerazione *esclusivamente* i «principali elementi fattuali»⁵⁴ elencati nella *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.

⁵⁴ Cfr. ASHWORTH, 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 di materializzare inoltre una delle principali caratteristiche delle *guidelines*: la loro *flessibilità*.

Può infatti accadere, come nel caso del furto, che il *Sentencing Council* non sia in grado di predeterminare tutti gli elementi fattuali rilevanti, senza creare pericolosi *vulnera*. Pertanto, in tali ipotesi, è la stessa *guideline* a derogare alla generale tassatività delle previsioni ivi contenute e rimettere al giudice l'apprezzamento, caso per caso, di ulteriori fattori (ad esempio, l'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 *category*

range di pena rispondente alla categoria di gravità stabilita in precedenza. All'interno di tale cornice, che rappresenta un sottomultiplo del più ampio *offence range*, al giudice viene inoltre suggerito uno *starting point*, ossia la pena-base da cui partire per calibrare la misura di pena adeguata al 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* in cui muoversi è dato dal *Discharge* al *Band C fine* (una determinata fascia di multa), con lo *starting point* suggerito di una *Band B fine*.

Seguono, infine, successivi *steps* che tengono conto della personalità del reo e finanche delle riduzioni di pena dovute a strategie processuali, capaci di indirizzare la mano del giudice per l'ulteriore limatura sanzionatoria.

7.1. (segue) il grado di compliance richiesto dal *C&J Act 2009* e i primi risultati empirici

Ottenuto così il risultato “razionalmente” adeguato al caso concreto, al giudice inglese viene altresì concesso di derogarvi, purché motivi sulle esigenze di giustizia che fondano tale scelta. Sul punto, infatti, mutando rispetto al passato, la sezione 125 del *C&J Act 2009* ha stabilito che «nella commisurazione della pena, ogni giudice deve seguire tutte le linee guida rilevanti per il caso oggetto di giudizio e l’esercizio della funzione, salvo che il giudice sia persuaso che seguire le indicazioni delle *guidelines* sarebbe contrario agli interessi di giustizia»⁵⁵.

A rendere ulteriormente flessibile il grado di *compliance* prescritto, si consideri poi che l’obbligo motivazionale che giustifica la *departure* dal risultato sanzionatorio suggerito dalle *guideline* è dovuto soltanto laddove il giudice voglia irrogare una sanzione al di fuori dell’*offence range*, anziché del più ristretto *category range*. In altri termini, riprendendo l’esempio prima fatto con il furto, in seguito all’attuale disposizione legislativa, al giudice inglese non verrà chiesto di fornire specifiche spiegazioni, purché, nel determinare la pena, si mantenga all’interno della cornice edittale di pena che va dal *discharge* a 6 anni di reclusione. Eventualità che ha portato un illustre autore⁵⁶ a mettere in serio dubbio la valenza “rivoluzionaria” della riforma, dal momento che farebbe salvi risultati sanzionatori non conformi allo “schema mentale” proposto dalla *guideline*, ma tuttavia all’interno dell’ampio *offence range*. Altra autorevole voce in dottrina⁵⁷ confida invece che la familiarizzazione con lo strumento delle *guidelines* possa avere un grande impatto razionalizzante, a prescindere dal grado di *compliance* richiesto.

Tale “speranza” sembra peraltro essere confortata dai primi, seppur parziali, dati empirici. Difatti, contrariamente a quanto ci si sarebbe immaginato, l’uniformità del percorso decisionale delle *guidelines* non ha accentuato la standardizzazione del risultato sanzionatorio (c.d. *Penal Clustering*). Al contrario - senza far qui cenno degli ulteriori benefici⁵⁸ -, studi empirici⁵⁹ hanno

⁵⁵ Traduzione in italiano ad opera dell’autore.

⁵⁶ Cfr. ASHWORTH, *op. ult. cit.*, 395, che la definì criticamente un «*pitifully loose*».

⁵⁷ Cfr. ROBERTS, *Sentencing Guidelines and Judicial Discretion*, cit., 1011.

⁵⁸ Ad esempio, si pensi all’incremento di fiducia nella giustizia da parte dei cittadini, resi maggiormente consapevoli di ciò che avviene nelle “segrete” camere di consiglio. In argomento, cfr., tra gli altri, HOUGH, RADFORD, JACKSON, ROBERTS, *Attitudes to Sentencing and Trust in Justice. Exploring Trends from the Crime Survey for England and Wales*, 2013, 19-22; ROBERTS, *Penal Populism and Public Opinion*, cit., 93 ss.; ROBERTS, HOUGH, *Public attitudes to sentencing factors in England and Wales*, in *Mitigation and Aggravation at Sentencing*, edited by Roberts, Cambridge, 2014, 168 ss.; FELIZER, *Exploring Public Knowledge of Sentencing Practices*, in *Exploring Sentencing Practice*, cit.; CUTHBERT-

evidenziato, in seguito alla riforma, l'incremento e la diversificazione delle singole misure di pena scelte dai giudici e l'effettiva valorizzazione in motivazione dei criteri indicati dalla *guideline*. Per tali ragioni, si ritengono uno strumento capace di razionalizzare l'astratto arsenale sanzionatorio, rivitalizzando le esigenze di proporzionalità della pena e relegando ai margini il soggettivismo decisionale di cui può soffrire un sistema sanzionatorio dai contorni sbiaditi e poco stringenti.

8. Conclusioni

Forse, «aspettando *Godot*»⁶⁰ con l'auspicabile riforma del codice penale e delle cornici edittali, è il caso di rivolgere momentaneamente altrove le speranze di recupero dei valori costituzionali sulla misura di pena, in particolare il principio di proporzionalità.

Nell'era della perenne emergenza, del compromesso e dei prodotti legislativi troppo spesso «ibridi» e perciò ambigui, va incoraggiato il *self-restraint* della magistratura, potenzialmente in grado di garantire (o ristabilire) *uniformità, trasparenza, certezza e prevedibilità* del giudizio.

Come?

Una possibilità potrebbe essere quella di far ricorso al *circolo-virtuoso* che il *vademecum* su base prasseologica potrebbe generare in chi è quotidianamente chiamato a muoversi nel non semplice universo delle scelte sanzionatorie. Linee guida che, ovviamente, specificano, integrano – e non stravolgono o modificano – le scelte di politica criminale effettuate dal legislatore, muovendosi esclusivamente all'interno delle stesse. Sulla scia di quanto 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 riferimento ad un sistema siffatto rende attuabile, attraverso un'attività comparata di interpolazione, determinazioni della pena concrete ed opportune»⁶¹.

Ed è proprio qui che s'inseriscono gli spunti offerti dall'approccio comparati-

SON, *Analysis of complete 'You be the Judge' website experiences*, 2013, consultabile online all'indirizzo: www.gov.uk.

⁵⁹ Cfr. PINA-SANCHEZ, ROBERTS, *Proportionality at stake*, cit., *passim*.

⁶⁰ Il richiamo è all'opera di BECKETT, *Aspettando Godot*, versione italiana, Torino, 2005.

⁶¹ Cfr. FRISCH, *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 3-4, 2014, 173.

stico. L'opera di razionalizzazione della dosimetria sanzionatoria presupporrebbe 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 adeguatamente in motivazione il percorso seguito nell'individuazione della fascia di gravità rilevante ovvero l'eventuale necessità di derogarvi in virtù di valutazioni ulteriori (ad es., finalità special o general-preventiva). La flessibilità delle *guidelines* permetterebbe, in ogni caso, l'esercizio dei poteri discrezionali in deroga alle stesse, qualora "esigenze di giustizia"⁶² lo imponessero.

Chi scrive è persuaso che la magistratura sarebbe maggiormente orientata nel seguire pochi, empirici criteri piuttosto che astratte categorie giuridiche, specie se slegate dal «reale processo di formazione del giudizio»⁶³ nel risicato tempo a disposizione prima della pronuncia del dispositivo della sentenza (che deve necessariamente contenere anche la misura di pena). Come anticipato, se il tempo stringe - e buona parte, com'è noto, lo si consuma per le valutazioni nel merito del giudizio - in assenza di vincoli certi, sembra più facile che il giudice, per la determinazione della pena, faccia ricorso alla propria esperienza o intuizione. Mentre, con il "libricino" a supporto, potrebbe fare tesoro del suo contenuto e calibrare meglio, nell'immediato, il risultato sanzionatorio e, successivamente, la relativa motivazione⁶⁴. In ultima analisi, si ritiene che la procedimentalizzazione del *judicial decision-making process* possa offrire un appiglio razionale, sicuro e scevro da spinte intuizionistiche alla dosimetria sanzionatoria, senza eliminare l'incidenza che, in un verso o in un altro, potrebbero avere i criteri finalistici della pena nel momento della commisurazione. Tale approccio potrebbe, infine, portare al fisiologico restringimento delle soglie edittali in poche, ristrette classi di gravità⁶⁵, così come valorizzate dalla "legalità del giudizio"⁶⁶. «Self-help»⁶⁷ che, vale la pena sottoli-

⁶² 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.

⁶³ Cfr. DOLCINI, *La commisurazione*, cit., 15.

⁶⁴ Cfr. 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».

⁶⁵ Si tratta dell'invito, rivolto però al legislatore, da PADOVANI, *La disintegrazione attuale*, cit., 451 e, più di recente, da PONGILUPPI, *op. cit.*, 970 ss.

⁶⁶ Sulla necessità di ampliare i contorni della legalità contemporanea fino a ricomprendervi la prevedibi-

nearlo, è cosa ben diversa dal restringimento patologico di cui in parte si è già detto, dovuto in larga misura all'appiattimento intorno al minimo edittale. In ultima analisi, valgono 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 di ulteriori studi, specie in campo criminologico. Inoltre, non la si ritiene la cura contro “ogni male” della pena, ma esclusivamente un possibile contributo al discorso intorno al ripristino della propo(ra)zionalità delle scelte sanzionatorie.

lità delle decisioni, cfr., per tutti, FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, 2017, 116 ss.

⁶⁷ Cfr. CATERINI, *op. cit.*, 105.