

ORIENTAMENTI

ELEONORA A. A. DEI CAS

Sentencing inglese e prospettive di un processo bifasico in Italia: potenzialità e insidie di un mutamento a lungo invocato

Il tramonto della centralità del giudice di cognizione nel dosaggio della pena detentiva porta a interrogarsi sulla introduzione di un modello processuale di tipo bifasico, ispirato al *sentencing* angloamericano, anche nel nostro ordinamento. La proposta, invero, è tutt'altro che nuova: già nel Progetto preliminare del codice del 1978 e nel Progetto Grosso si era auspicato un mutamento tale da permettere di scindere il giudizio sul fatto da quello sull'autore.

L'esempio inglese viene qui utilizzato come una lente attraverso la quale riflettere sulle disfunzioni del modello italiano, in cui, per un verso, la pena irrogata dal giudice della cognizione è destinata a rimanere una "pena sulla carta" poi soggetta a modifiche *in executivis*, per altro verso, la scelta compiuta dal primo, in mancanza di idonei strumenti processuali, è lasciata all'intuito del giudice stesso.

Sentencing in England and Wales: Does the System Have Anything Worthwhile to Offer Italy?

Italian scholars started to consider the introduction of sentencing in their legal system long ago, in order to separate the judgement of the offence from the judgement of the offender. The idea has recently gained new strength due to the trial judge's loss of centrality in determining the sentence.

In this paper Sentencing in England and Wales acts as a lens: through it, we are able to evaluate the malfunctions of the Italian model and see if English Sentencing has anything relevant to offer Italy.

SOMMARIO: 1. Introduzione: la nozione di *sentencing* e le ragioni dello studio. - Parte I. - 2. Breve storia del *sentencing* nel diritto inglese - 3. Aspetti procedurali del *sentencing* inglese - 4. Referti sulla persona del reo e *Pre-sentence reports*: una occasione di riflessione in ordine al nostro divieto di perizia psicologica - 5. Motivazione in punto di pena tra Inghilterra e Italia - Parte II - 6. Criticità dell'attuale assetto monofasico nel sistema italiano - 7. Evoluzione e fisionomia della giurisdizione *post rem iudicatum* - 8. Prospettive *de iure condendo* - 9. *Segue: pro e contra* degli strumenti di *risk assessment* in un processo bifasico - 10. *Segue: cenni alla riforma Cartabia.*

1. *Introduzione: la nozione di sentencing e le ragioni dello studio.* La nozione di *sentencing*¹ indica, in generale, non solo la specifica fase del processo che segue all'accertamento della colpevolezza - dando luogo a un modello di processo penale c.d. bifasico² -, ma anche una serie di «questioni teoriche e politico-criminali»³ corre-

¹ Per una prima definizione, si veda, nella dottrina italiana, MANNOZZI, *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, Padova, 1996, 39, n. 15; EAD., voce *Sentencing*, in *Dig. Pen.*, vol. XIII, Torino, 1997, 151 ss.

In inglese, ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge, 2015, 10 ss.

² A tale proposito, si rimanda per adesso a CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo in due fasi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 706 ss.; DEAN, FONTI, *La giurisdizione penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, vol. I, *Soggetti e atti*, a cura di Dean, t. 1, *I soggetti*, Torino, 2009, 31 ss.; FELICIONI, *Considerazioni sul processo penale bifasico*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, t. I, a cura di Conte, Landini, Milano, 2017, 153 ss.; GAITO, *Dagli interventi correttivi sull'esecuzione della pena all'adeguamento continuo del giudicato: verso un processo penale bifasico?*, in *Giur. cost.*, 1996,

late alla pena. Autorevoli studiosi, dopo aver affermato che la stessa pare identificare, in prima battuta, «l'attività compiuta dalle Corti nei confronti degli individui condannati» («what courts do to convicted offenders»⁴) o «l'allocatione di sanzioni criminali» («the allocation of criminal sanctions»⁵), ne hanno messo in luce gli aspetti problematici.

In particolare, nel focalizzare l'attenzione sull'oggetto dell'attività (*i.e.* la pena), la definizione fornita non risulta indicativa degli organi tenuti a operare, essendovi molteplici soggetti – diversi dal giudice penale – cui spettano funzioni sanzionatorie⁶: tra gli altri, l'*HM Revenue & Customs* – equivalente all'agenzia dell'entrate e delle dogane – la quale è competente a imporre una pena pecuniaria a fronte di tasse non pagate; la polizia, che può irrogare *Penalty Notices for Disorder (PNDs)* per comportamenti antisociali di scarsa gravità (ad es., ubriachezza; possesso di cannabis), a seguito dell'emissione delle quali l'interessato può decidere di pagare la sanzione o richiedere che si proceda in ordine a quel fatto, innescando un procedimento penale con l'intervento del *Crown Prosecution Service*⁷.

Dunque, pur esistendo una ampia gamma di sanzioni astrattamente definibili di natura criminale – irrogate, per ragioni deflative⁸, da autorità diverse e al di fuori del

892 ss.; LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Milano, 2002, 85 ss.; MONTAGNA, *I confini dell'indagine personologica nel processo penale*, Roma, 2013, 149 ss.; VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009, 324 ss.

⁴ MANNOZZI, voce *Sentencing*, cit., 151.

⁵ ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, cit., 10.

⁶ PADFIELD, MORGAN, MAGUIRE, *Out of Court, Out of Sight? Criminal Sanctions and Non-Judicial Decision-Making*, in *Oxford Handbook of Criminology*, a cura di Maguire, Morgan, Reiner, Oxford, 2012, 955 ss.

⁷ Sull'ampia discrezionalità con cui operano le non-police agencies, tra le quali, in particolare, rientra l'*HM Inland Revenue and Customs*, SANDERS, YOUNG, BURTON, *Criminal justice*, Oxford, 2010, 372-373.

⁸ Lo strumento in parola è stato introdotto con il *Criminal Justice and Police Act 2001* (sec. 1-11). A riguardo, si veda MINISTRY OF JUSTICE, *Penalty Notices for Disorder (PNDs)*, 24 June 2014, in www.gov.uk, il quale fornisce una *guidance* non vincolante sul tema. In dottrina, SANDERS, YOUNG, BURTON, *Criminal justice*, cit., 408, i quali evidenziano che solo in una percentuale bassissima di casi i *PNDs* vengono *challenged in court*.

Sul tema, pure ASHWORTH, *Penalty Notices For Disorder And Summary Justice*, in *Crim. law rev.*, 2013, 869-870.

⁹ In senso critico, pone in luce gli effetti negativi che questi ordini *out-of-court* possono comportare per l'interessato, DONOGHUE, *Reforming the Role of Magistrates: Implications for Summary Justice in England and Wales*, in *Modern LR*, 2014, 77, 6, 946 ss. Inoltre, l'Autrice invita a riflettere sul fatto che, pur delazionando il carico di lavoro dei *Magistrates*, i provvedimenti in questione comportano comunque un intervento da parte di questi ultimi, qualora la sanzione pecuniaria non venga pagata nei tempi stabiliti. Su quest'ultimo profilo, si veda SOSA, *Proceed with Caution: Use of Out-of-Court Disposals in England and Wales*, London, 2012.

procedimento penale⁹ («there is a a range of out-of-court disposals [...] which clearly fall within the definition of a ‘criminal sanction’»¹⁰) –, dal momento che queste ultime non sono imposte da un organo indipendente e imparziale¹¹, non rientrano nell’oggetto del nostro studio.

Se, da un lato, sanzioni aventi natura penale vengono inflitte da soggetti diversi dal giudice indipendente e imparziale, dall’altro lato, soggetti non giudiziali possono alterare grandemente la durata e l’impatto della condanna, in un momento successivo¹², come accade, ad esempio, a opera del *Parole Board*, un *executive non-departmental public body*¹³, che ha il potere di determinare il rilascio di una considerevole fetta della popolazione carceraria inglese¹⁴, pur non essendo una Corte¹⁵.

Detto ciò, occorre quindi restringere la definizione di *sentencing* alla sola imposizione di una sanzione penale da parte di una Corte.

A riguardo, è però opportuno premettere che, in Inghilterra, la struttura processuale bipartita è strettamente legata alla divisione tra accertamento del fatto, di spettanza della giuria, e applicazione del diritto, che compete al giudice¹⁶. Facendo leva su tale

⁹ Evidenzia la carenza di studi nella dottrina inglese, in ordine all’utilizzo di questi strumenti, PADFIELD, *Out-of-Court (Out of Sight) Disposals*, in *Cambridge LJ*, 2010, 6 ss.

¹⁰ ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, cit., 11.

¹¹ Si badi che l’imposizione di una sanzione “criminale” da parte di un organo non indipendente e non imparziale non contrasta di per sé con l’art. 6 C.E.D.U.: tenendo in considerazione il principio di proporzionalità, che esige forme diverse per fatti di diversa gravità, consentendo di riservare il procedimento penale solo per i fatti più seri, non viola l’art. 6 della Convenzione quella procedura condotta davanti a un organo amministrativo, a patto che sia consentito all’interessato di rivolgersi a una corte indipendente e imparziale per contrastare la sanzione imposta. A riguardo, la Corte di Strasburgo ha affermato «while entrusting the prosecution and punishment of [...] minor offences to administrative authorities is not inconsistent with the Convention, the person concerned must have an opportunity to challenge any decision made against him or her before a tribunal that offers the guarantees of Article 6 (see *Kadubec v. Slovakia*, judgment of 2 September 1998, Reports 1998-VI, § 57)»: testualmente, Corte EDU, sez. IV, *Čanády v. Slovacchia*, 16 novembre 2004, in *www.echr.coe.int*, par. 31.

¹² ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, cit., 13.

¹³ PADFIELD, “*Back door sentencing*”: *is recall to prison a penal process?*, in *Cambridge LJ*, 2005, 64, 2, 279, si chiede se davvero il *Parole Board* sia un organo indipendente e imparziale, sollecitando maggiore attenzione della dottrina sul tema del “*back door sentencing*”.

¹⁴ In dottrina, sul potere del *Parole Board* di andare a incidere sulla durata della pena effettivamente scontata: PADFIELD, MORGAN, MAGUIRE, *Out of Court, Out of Sight? Criminal Sanctions and Non-Judicial Decision-Making*, cit., 967-981.

¹⁵ La giurisprudenza si è chiesta se, per decidere di rilasciare un carcerato *on licence* o di trasferirlo a un regime di *open prison*, fosse necessaria una udienza orale davanti al *Parole Board*, enucleando le condizioni in presenza delle quali è opportuno rispondere in senso affermativo: *Osborn v Parole Board* [2013] UKSC 61; *R (Smith and West) v Parole Board* [2005] UKHL 1. In dottrina, a tale proposito, MURRAY, *Procedural fairness, human rights and the parole board*, in *Cambridge LJ*, 2014, 5 ss.

¹⁶ Sottolinea la diversità del nostro sistema, in cui il giudice è sia accertatore del fatto sia garante della procedura, rispetto al processo di *common law*, ORLANDI, *I diritti processuali e il loro abuso nella re-*

netta distinzione, la *ratio* che porta a distinguere il giudizio sul fatto da quello sull'autore va ravvisata nella inopportunità di rendere noti alla giuria i precedenti penali dell'imputato, dal momento che il *pre-giudizio* che ne deriverebbe sarebbe superiore al valore probatorio dell'informazione¹⁷.

Detta caratteristica allontana il nostro modello da quello in discorso, pur dovendosi rammentare che l'idea di seguire l'esempio di *common law*, scindendo le fasi deputate rispettivamente all'accertamento del fatto e alla commisurazione della pena, è stata proposta nel nostro Paese, da parte di autorevole dottrina¹⁸, già in epoca risalente. In concreto, il progetto di proposta del codice di procedura penale del 1978 (art. 518)¹⁹ prevedeva la riapertura del dibattimento al fine di procedere a perizia criminologica, in modo tale da consentire una indagine sulla personalità, distinta e successiva rispetto all'accertamento della colpevolezza sul fatto; indagine che, intervenendo soltanto nei confronti del già condannato, soddisfaceva pure esigenze di celerità ed economia processuale. La soluzione prospettata dava luogo, a ben vedere, a un contemperamento tra il tradizionale impianto monofasico e le esperienze straniere, dal momento che, in seno alla Commissione consultiva, era emerso un contrasto di opinioni circa la bontà della opzione estera²⁰. Se, per un verso, veniva sottolineata la difficoltà - per non dire l'impossibilità - di separare del tutto il giudizio sul fatto da quello sull'autore, nonché la preoccupazione che tale sdoppiamento avrebbe comportato un aggravio di lavoro, per l'altro verso, si enfatizzava come il legislatore delegante avesse, tramite due distinte proposizioni, evidenziato l'esigenza che il nuovo processo fosse caratterizzato da «un effettivo giudizio sulla personalità dell'imputato». Si allude, nello specifico, al punto 9 della legge delega del 1974, che chiedeva «una

cente esperienza italiana, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 3, 52.

¹⁷ In giurisprudenza, *Selvey v DPP* [1968] 2 All ER 497.

Evidenza empirica di quanto sostenuto è rinvenibile nella ricerca effettuata da Sally Lloyd-Bostock per la Law Commission: LAW COMMISSION, *Evidence in Criminal Proceedings: Previous Misconduct of a Defendant* (Consultation paper n. 141), riportato in LLOYD-BOSTOCK, *The Effects on Juries of Hearing About the Defendant's Previous Criminal Record: A Simulation Study*, in *Crim. law rev.*, 2000, 734 ss.

¹⁸ CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo in due fasi*, cit., 706 ss.

¹⁹ CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, Padova, 1989, 1182 ss.

²⁰ CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, cit., 1182-1183.

Parimenti, un simile dibattito aveva avuto luogo pure in Francia, per opera della Nuova Difesa Sociale di Marc Ancel: si vedano ANCEL, *La césure du procès pénal*, in *Problèmes contemporains de procédure pénale. Recueil d'études en hommage à L. Huguéney*, Paris, 1964, 206 ss., e gli atti del X Congrès de l'Association Internationale de Droit Pénal, Rome, 1969, *Deuxième Question: «La division du procès pénal en deux phases»*, e, in particolare, il *Rapport présenté par André Vitu*, in *Revue internat. droit pénal*, 1969, 485 ss.

compiuta conoscenza del soggetto», e al punto 79, declinato in termini di «effettivo giudizio sulla pericolosità». Simili previsioni parevano quindi meglio adattarsi a una struttura processuale bifasica. La disposizione venne però giudicata negativamente dalla Commissione consultiva, che la considerò una «introduzione surrettizia del processo bifasico, che il Progetto aveva esplicitamente proposto nel testo originario»²¹, nel tentativo di limitare i casi di riapertura del dibattimento unicamente a quelli in cui risultasse impossibile deliberare.

L'atteggiamento di chiusura non fu però definitivo. Il modello bifasico è stato infatti riproposto, più recentemente, dalla commissione di riforma del codice penale presieduta dal Professor Grosso nel 2001, sebbene ancora quale soluzione meramente eventuale, consentita solo nei casi in cui il giudice ritenesse necessario distinguere la pronuncia sulla sanzione dalla pronuncia in punto di responsabilità, in considerazione degli approfondimenti richiesti ai fini della corretta determinazione della pena (art. 12 disp. coord., poi art. 13 disp. coord.)²².

Come noto, da nessuno dei due progetti è scaturito un mutamento legislativo nel senso indicato. Merita quindi interrogarsi su una eventuale riproponibilità del meccanismo, che ci pare suggerita in ragione dell'odierno assetto della giurisdizione esecutiva. D'altronde, l'idea in parola riacquista, in un certo senso, attualità in virtù del tramonto della centralità del giudice di cognizione nel dosaggio della pena detentiva, dato che l'applicazione della pena - come è ormai riconosciuto - «si diversifica, in

²¹ CONSO, GREVI, NEPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, cit., 1183.

²² Si veda la Relazione al Progetto preliminare di riforma del codice penale del 12 settembre 2000, pubblicata sul sito del Ministero della Giustizia: «[i]l modello di scelta e di commisurazione della sanzione, delineato nel disegno di nuovo codice, pone il giudice dinanzi a molteplici opzioni, e a complessi problemi di valutazione e di prognosi, che richiedono una adeguata base conoscitiva. È inoltre dato rilievo ad atteggiamenti dell'imputato (richieste o consenso a pene sostitutive; assunzione o accettazione di dati impegni ai fini della sospensione condizionale) che debbono poter trovare spazio nel giudizio di merito. Ciò rende stringente l'esigenza di assicurare alla questione della sanzione uno spazio adeguato in sede processuale, nel quale possano essere approfonditi (anche sul piano probatorio) i temi specificamente rilevanti, e le parti (*in primis* l'imputato) possano prospettare le loro ragioni e determinazioni.

Da ciò la proposta (art. 12 disp. coord.) di consentire la autonomia della pronuncia sulla sanzione, rispetto alla pronuncia sulla responsabilità, ogni volta che il giudice lo ritenga necessario.

La Commissione è ben consapevole che questa indicazione interferisce con le scelte finora effettuate del legislatore processuale, richiedendo innovazioni di non poco momento. Ha ritenuto, peraltro, che tale indicazione non ecceda la propria competenza, essendo strettamente legata ad esigenze immanenti al nuovo sistema sanzionatorio. La sollecitazione di modifiche del processo intende, per così dire, riaffermare il primato del diritto sostanziale, nella prospettiva di obiettivi e di esigenze cui il diritto processuale è tenuto ad apprestare strumenti idonei».

In dottrina, riconosce alla Commissione il grande merito di aver ipotizzato un processo bifasico DONINI, *La sintassi del rapporto fatto/autore nel «Progetto Grosso»*, in *Crit. dir.*, 2001, 257 ss., in particolare a 270-271, 285 e 292.

senso qualitativo e quantitativo, in sede di esecuzione»²³. Insomma, quando viene irrogata una pena detentiva, la sanzione decisa in concreto dal giudice della cognizione è incerta nella durata: la pena è divenuta «precaria», potendo sfumare «in un labirinto di alternative, giudiziali ed esecutive, che riducono la condanna giudiziale a «pena teorica», rispetto alla quale la «pena effettiva» è, al massimo, una semplice frazione, spesso modesta, e comunque soggetta a variabili d'ogni tipo»²⁴. Insomma, mentre la *firmitas*²⁵ – seppur diminuita – del giudicato rimane tale per quanto concerne l'accertamento della colpevolezza, la pena, sotto il profilo sia qualitativo sia quantitativo, rimane *sub iudice*²⁶. Si assiste così a uno slittamento di una porzione consistente della discrezionalità commisurativa dal giudice di cognizione a quello della esecuzione²⁷.

A riguardo, partendo dall'insegnamento delle Sezioni unite, secondo cui «il giudice

²³ EUSEBI, *Tra crisi dell'esecuzione penale e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio: il ruolo del servizio sociale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 502.

²⁴ PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 420.

Sul tema si veda anche VIGONI, *La metamorfosi della pena nella dinamica dell'ordinamento*, Milano, 2011, 1-2, la quale constata che «[l]a pena edittale, se mantiene un indubbio ruolo di riferimento, perde, tuttavia, aderenza con la realtà laddove cresce il dislivello rispetto alla pena concretamente scontata, in ragione di alcune variabili dipendenti dal sistema processuale, i cui effetti ricadono anche sulle prospettive penitenziarie».

²⁵ A riguardo, CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009; FALATO, *La relatività del giudicato processuale. Tra certezza del diritto e cultura delle garanzie nell'Europa dei diritti*, Napoli, 2016.

Sul mito del giudicato e sull'erosione dello stesso, a mero titolo esemplificativo, si vedano – oltre a LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1956, 167 ss. – DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, 2004, 20 ss. e 44 ss.; MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Milano, 2012, 8 ss.; NORMANDO, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, Torino, 1996, 24 ss., la quale sottolinea (p. 86) che «[i]l giudicato non è più espressione, con la sua assoluta intangibilità, dell'affermazione della supremazia dello Stato sull'individuo, ma conseguenza dell'irrevocabilità dell'accertamento, nel rispetto “sostanziale” della conformità effettiva al soddisfacimento di dati interessi. Se a posteriori tale conformità risulti cessata, o non sussistente *ab origine*, ben potrà essere rimosso, perché la rimozione diviene “regola” di completamento del sistema e non deroga eccezionale, coerentemente con il ruolo di centralità del diritto al giusto processo e non più dell'intangibilità». Sulla crisi del giudicato, si veda anche VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., 1 ss.

²⁶ CERESA-GASTALDO, *La legge, il giudice, la pena*, in *www.sistemapenale.it*, 13.

Per l'affermazione secondo la quale la legalità della pena è aspetto che rimane *sub iudice*, anche dopo la formazione del giudicato, Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, Ercolano, in *Cass. pen.*, 2015, 28 ss.; Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 975 ss. (in particolare, a p. 994), con nota di VICOLI, *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni unite*.

In merito a entrambe le pronunce sopra citate, GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutta da una parte*, in *Cass. pen.*, 2015, 65 ss.

²⁷ MANNOZZI, *Razionalità e “giustizia” nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, cit., 13.

dell'esecuzione deve rideterminare la pena in favore del condannato pur se il provvedimento "correttivo" da adottare non è a contenuto predeterminato, potendo egli avvalersi di penetranti poteri di accertamento e di valutazione, fermi restando i limiti fissati dalla pronuncia di cognizione in applicazione di norme diverse da quelle dichiarate incostituzionali»²⁸, attenta dottrina ha ravvisato l'investitura, in capo al giudice dell'esecuzione, di un vero e proprio potere discrezionale di rimodulare il contenuto sanzionatorio della sentenza, il quale ci «proietta[...] sempre di più verso una sorta di bifasicità di fatto dei meccanismi processuali»²⁹. La qual cosa ci induce a rivalutare l'idea di introdurre una fase *ad hoc* per la commisurazione della pena, successiva alla formazione del giudicato sulla penale responsabilità, partendo da una esperienza - quella inglese - a cui la dottrina nostrana ha rivolto un interesse inferiore rispetto a quello riservato alla analoga disciplina americana.

Merita, a riguardo, precisare come, pur appartenendo a una tradizione giuridica comune, il sistema legale inglese e quello americano divergano in modo rilevante per quanto concerne la fase *post-trial* e, in particolare, in relazione alla commisurazione della pena da irrogare nei confronti di un condannato³⁰. La ragione è ravvisabile in motivazioni di ordine storico: il sistema americano ha recepito dall'Inghilterra quegli istituti che erano ivi disciplinati prima della fine del diciottesimo secolo. Diversamente, la materia in esame iniziò a delinarsi intorno alla metà del diciannovesimo secolo, molto dopo la nascita degli Stati Uniti, quando si stava ormai sviluppando una tradizione giuridica americana distinta da quella della ex madrepatria.

Tenuto conto di ciò, l'interesse per l'approccio inglese deriva sia dalla circostanza secondo cui l'Inghilterra è stata la culla dello studio della materia³¹, sia dalla recente introduzione di un *Sentencing Code*, alla fine del 2020, con il quale si è consolidato e riorganizzato il diritto esistente sul tema³².

Attraverso l'esperienza di quel Paese, si ritiene che possano essere tratti argomenti a favore del cambiamento o del mantenimento dello *status quo*, pur dovendosi rammentare come la fase in parola costituisca solo un frammento della giustizia criminale e che, pertanto, le trasposizioni debbano necessariamente fare i conti con il conte-

²⁸ Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, cit., 976.

²⁹ Così, MARAFIOTTI, *Itinerari nuovi e residue incertezze nel sindacato giurisdizionale sull'errore di diritto dopo il giudicato*, in *Errori giudiziari e background processuale*, a cura di Lupária, Marafioti, Paolozzi, Torino, 2017, 144.

³⁰ Su questi profili si veda THOMAS, *Sentencing in England*, in *Maryland LR*, 1983, 42, 1, 90.

³¹ In tal senso, ROBERTS, ASHWORTH, *The Evolution of Sentencing Policy and Practice in England and Wales, 2003-2015*, in *Crime and Justice: A Review of Research*, 2016, 45, 308.

³² Entrato in vigore in data 1 dicembre 2020, sul quale *infra*.

sto più ampio³³.

Parte I

2. *Breve storia del sentencing nel diritto inglese.* Agli occhi di un osservatore continentale che si appresti a esaminarla, la disciplina inglese³⁴ del *sentencing* risulta composta da un groviglio di fonti difficilmente intellegibile³⁵. La difficoltà nell'approccio alla materia deriva non solo dalla intrinseca complessità della stessa³⁶, ma anche dalle tensioni tra le varie fonti - precedenti di *common law*, *statutes* e *definitive sentencing guidelines* - il cui rispettivo peso, nel corso del tempo, è mutato, al variare degli equilibri tra i poteri dello Stato³⁷.

³³ Studi comparatistici, ad ampio raggio, sono stati compiuti da accademici americani: si veda, a titolo esemplificativo, i contributi raccolti nel volume del *Federal Sentencing Reporter*, 2010, 22, 4, 201 ss., con riferimento ad Australia, Cina, Israele, Korea del Sud, Kenya, Giappone, Nuova Zelanda e Scozia. Sull'importanza della comparazione nel campo della giustizia penale, si veda FRASE, *Comparative Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: How Do the French Do It, How Can We Find Out, and Why Should We Care?*, in *California LR*, 1990, 78, 3, 542 ss.

³⁴ Occorre precisare che, in seguito, verrà utilizzata l'espressione "inglese", per intendere quello che gli autori indicano con "England and Wales": sarebbe infatti errato utilizzare il termine britannico per il semplice fatto che la Scozia ha un sistema penale autonomo: per tutti, sul punto, TATA, *The Struggle for Sentencing Reform. Will the English Sentencing Guidelines Model Spread?*, in *Sentencing Guidelines. Exploring the English Model*, a cura di Ashworth, Roberts, Oxford, 2013, 237.

³⁵ Interessante notare come autorevoli studiosi abbiano espresso un giudizio impietoso, quanto ad accessibilità, su tutta la legislazione penalistica inglese: si veda, a titolo esemplificativo, SPENCER, *The Drafting of Criminal Legislation: need it be so impenetrable?*, in *Cambridge LJ*, 2008, 67, 3, 585 ss.; ID., *The Case for a Code of Criminal Procedure*, in *Crim. law rev.*, 2000, 519 ss., il quale descrive le fonti inglesi della procedura penale in termini di «shocking mess», specie in considerazione del fatto che, in alcuni ambiti importanti della materia (*law of evidence*, *law on guilty pleas*), manca una base statutaria. Per lo stesso giudizio, mirato alla disciplina del tema in esame, PADFIELD, *Epilogue: Shaping the Future of Sentencing*, in *Crim. law rev.*, 2020, 429 ss.

Per ovviarvi, dal 2014 la *Law Commission* ha iniziato a lavorare su un *Sentencing Bill*, volto alla introduzione di un *Sentencing Code*, entrato in vigore dal dicembre 2020. Si veda anche il *White Paper, A Smarter Approach to Sentencing*, emesso nel settembre del 2020, che illustra le proposte governative di riforma, leggibili su www.gov.uk.

In dottrina, a tale proposito, si veda ASHWORTH, *Smarter sentencing?*, in www.crimeandjustice.org.uk, 5 October 2020.

³⁶ Particolarmente esemplificative della difficoltà a cui si allude, le parole del *Lord Chief Justice Lane*: «sentencing consists in trying to reconcile a number of totally irreconcilable facts», citate da ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, cit., 42.

Condividono il giudizio SAUNDERS, CALVERT-SMITH, *The Evolution of Sentencing: Some Judicial Reflections*, in *Crim. law rev.*, 2020, 388 ss., secondo i quali «[s]entencing is one of, if not the most, difficult tasks of a criminal judge», e PADFIELD, *Epilogue: Shaping the Future of Sentencing*, cit., 429, che sottolinea come «the punishments imposed by courts lie at the very heart of criminal justice. [...] It is a public statement of denunciation, a display of state power, an exercise in communication unlike any other».

³⁷ La materia in esame pone, infatti, importanti questioni di ordine costituzionale, legate alla separazione

A lungo, infatti, nel decidere il *quantum* di pena in un caso specifico, i giudici inglesi si sono autoregolati, all'interno dei vasti *range* accordati loro dalla legge³⁸. Dalla seconda metà del '800 si registra tuttavia un intenso dibattito sulla necessità di un sistema di *sentencing* più stabile e coerente, che lasciasse minor spazio alle disparità di trattamento: ne derivava, già nel 1901, un *Memorandum on Normal Punishments*³⁹, stilato dal *Lord Chief Justice* Alverstone, insieme ad alcuni giudici del *Queen's Bench*, in cui venivano indicati i livelli di pena per sei tipologie di reato. Tale impegno non portò però a una categorizzazione delle funzioni punitive, tanto che, per buona parte del ventesimo secolo, il *sentencing* inglese fu ancora caratterizzato da ampia discrezionalità giudiziaria. Fu la stessa giurisprudenza, grazie soprattutto all'opera pionieristica di alcuni giudici, a elaborare i più risalenti principi disciplinanti la materia⁴⁰, attraverso le pronunce della *Court of Appeal*⁴¹. Può ben dirsi, allora, che l'evoluzione della disciplina in discorso fosse, in origine, legata a doppio filo con l'impugnabilità dei provvedimenti che irrogavano la pena; nello specifico, da quando era stata introdotta la *Court of Criminal Appeal*⁴² (ora *Court of Appeal - Criminal Division*), con la possibilità di proporre appello contro la *sentence*⁴³, si è sviluppato

dei poteri e alla indipendenza della magistratura, delle quali i limiti del presente lavoro non consentono di dare conto: si rinvia, per tutti, a ASHWORTH, *Legislature vs. Judiciary: The Struggle for Supremacy in English Sentencing*, in *Federal Sentencing Reporter*, 1998, 10, 5, 275 ss., e a MUNRO, *Judicial Independence and Judicial Functions*, in *Sentencing, Judicial Discretion and Training*, a cura di Munro, Wasik, London, 1992, 13 ss.

³⁸ ASHWORTH, *Techniques for Reducing Sentence Disparity*, in *Principled Sentencing. Readings on Theory and Policy*, a cura di von Hirsch, Ashworth, Roberts, Oxford e Portland, 2009, 243.

³⁹ Sul punto, VON HIRSCH, ASHWORTH, ROBERTS, *Structuring Sentencing Discretion*, in *Principled Sentencing. Readings on Theory and Policy*, a cura di von Hirsch, Ashworth, Roberts, Oxford e Portland, 2009, 229; ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, cit., 56; ROBERTS, ASHWORTH, *The Evolution of Sentencing Policy and Practice in England and Wales, 2003-2015*, cit., 308-309.

⁴⁰ In dottrina, a riguardo, THOMAS, *Appellate Review of Sentences and the Development of Sentencing Policy: The English Experience*, in *Alabama LR*, 1968, 20, 2, 193 ss.

⁴¹ A scanso di equivoci, merita precisare che, nella materia in esame, la più alta giurisdizione inglese è di regola la Corte d'Appello, dal momento che gli interventi a tale proposito della *House of Lords*, in passato, e ora della *Supreme Court of the UK*, sono sempre stati limitatissimi.

⁴² Con il *Criminal Appeal Act 1907*. Prima di allora, una persona condannata *on indictment* non vantava un diritto all'impugnazione; era il giudice che aveva la discrezionalità to «reserve a point of law for consideration by the Court of Crown Cases Reserved»: si veda SPRACK, *Emmins on Criminal Procedure*, Oxford, 2002, 418 ss.

⁴³ Il *leave to appeal* nei confronti della *sentence* è disciplinato dalla sec. 9 del *Criminal Appeal Act 1968*, a norma del quale «[a] person who has been convicted of an offence on indictment may appeal to the Court of Appeal against any sentence (not being a sentence fixed by law) passed on him for the offence, whether passed on his conviction or in subsequent proceedings».

Nel 2015 vi furono 4,444 richieste per ottenere il *leave to appeal* contro una *sentence* pronunciata dalla *Crown Court*, il quale fu concesso in 1,385 casi: i dati sono riportati da ASHWORTH, *The Evolution of English Sentencing Guidance in 2016*, in *Crim. law rev.*, 2017, 508.

un diritto giurisprudenziale *in subiecta materia*⁴⁴, al contrario di quanto era avvenuto in altre giurisdizioni di simile matrice giuridico-culturale⁴⁵. Si allude, in particolare, agli Stati Uniti, ove mancava una tradizione di gravame sul fatto – a causa dell’elevatissima percentuale di procedimenti chiusi con un *guilty plea* –; pertanto, non si era formata una giurisprudenza autorevole in punto di scelta e quantificazione della pena⁴⁶, tanto da portare a ritenere che vi fosse, al di là dell’Atlantico, un vero e proprio *vacuum* normativo sul punto («lawlessness in sentencing»)⁴⁷.

Di contro, nell’Inghilterra degli anni ’70, si era fatta strada l’opinione per cui fosse responsabilità della Corte d’Appello di «lay down principles and guidelines to assist sentencers of all grades in the application of discretion which the imposition of sentence requires»⁴⁸. Fu allora che il *Lord Justice* Lawton – nei casi Willis (1974)⁴⁹ e Taylor, Roberts e Simons (1977)⁵⁰ – pronunciò i primi *guideline judgements* in tema di reati sessuali, nei quali, muovendo al di là della fattispecie concreta, si proponevano livelli di pena per il reato oggetto dell’attenzione del giudicante nel caso di specie⁵¹. Sulla scia di quelle pronunce, l’allora *Lord Chief Justice* Lord Lane iniziò a sviluppare il *guideline judgment* come strumento principale di *policy-making*, usandolo per costruire una struttura chiara nel *sentencing* per talune fattispecie⁵² e, talvolta, per

Sul tema, in dottrina, si vedano anche KIRALFY, *The English Legal System*, London, 1990, 164 ss., e THOMAS, *The Role of the Court of Appeal in the English Sentencing System*, in *Federal Sentencing Reporter*, 1998, 10, 5, 259 ss. Sulle condizioni per appellare i provvedimenti della *Crown Court*, pure SANDERS, YOUNG, BURTON, *Criminal justice*, cit., 621 ss.

In chiave critica sull’appello, SPENCER, *Does Our Present Appeal System Make Sense?*, in *Crim. law rev.*, 2006, 677 ss.; ID., *Quashing Convictions for Procedural Irregularities*, in *Cambridge LJ*, 2008, 67, 2, 227 ss.

⁴⁴ In dottrina, a riguardo, THOMAS, *Appellate Review of Sentences and the Development of Sentencing Policy: The English Experience*, cit., 193 ss.

⁴⁵ VON HIRSCH, ASHWORTH, ROBERTS, *Structuring Sentencing Discretion*, cit., 229; THOMAS, *Sentencing in England*, cit., 97 ss.

⁴⁶ MANNOZZI, *Razionalità e “giustizia” nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, cit., 47.

⁴⁷ A tal proposito, in dottrina, si veda FRANKEL, *Lawlessness in Sentencing*, in *Principled Sentencing. Readings on Theory and Policy*, a cura di von Hirsch, Ashworth, Roberts, Oxford e Portland, 2009, 237 ss.

Per l’opinione secondo la quale si può vivere senza *guidelines*, ma non senza *guidance* (partendo dall’esperienza irlandese), O’MALLEY, *Living without Guidelines*, in *Sentencing Guidelines. Exploring the English Model*, a cura di Ashworth, Roberts, Oxford, 2013, 234.

⁴⁸ L.J. Widgery nel caso Newsome and Browne (1970) 54 Cr App R 485.

⁴⁹ Willis (1974) 60 Cr App R 146.

⁵⁰ Taylor, Roberts e Simons (1977) 64 Cr App R 182.

⁵¹ In dottrina, a riguardo, si vedano ASHWORTH, ROBERTS, *The Origins and Nature of the Sentencing Guidelines in England and Wales*, in *Sentencing Guidelines. Exploring the English Model*, a cura di Ashworth, Roberts, Oxford, 2013, 3.

⁵² Il primo *guideline judgment* di Lane fu pronunciato nel caso Aramah, in tema di stupefacenti: Ara-

umentare o diminuire il livello generale di pena in relazione a un particolare tipo di illecito⁵³, fornendo osservazioni generali⁵⁴. Da allora, i precedenti divennero una delle principali fonti del diritto per i *sentencers*. Con essi, la vasta area di discrezionalità lasciata dal legislatore veniva – in una qualche misura – “strutturata dal giudiziario”, attraverso fonti che acquisivano la loro autorità dalla circostanza di essere pronunciate dal *Lord Chief Justice*⁵⁵ ed essere «*intended and accepted as binding*»⁵⁶.

Il *modus procedendi* sopra descritto comportava, tuttavia, inconvenienti: a) la sporcità dell'intervento, vincolato alla proposizione di una impugnazione⁵⁷; b) la tendenza a formare *cluster* di pronunce per taluni reati gravi, tralasciando altre fattispecie di ben maggiore frequenza applicativa⁵⁸; c) la mancanza di coerenza derivante dall'approccio *case by case*, specie da quando le pronunce in parola erano divenute più frequenti e, di converso, sempre meno ponderate⁵⁹.

Si diffuse allora il convincimento che fosse necessario orientare le scelte dei giudici

mah (1983) 76 Cr App R 190.

⁵³ Ad esempio, per aumentare la pena per *death by reckless driving* (Boswell, Elliot, Daley e Rafferty (1984) 79 Cr App R 277); stupro (Billam and others (1986) 82 Cr App R 347); abbassare la pena per *social security frauds* (Stewart and others (1987) 85 Cr App R 66).

In dottrina, si veda, tra gli altri, THOMAS, *The Role of the Court of Appeal in the English Sentencing System*, cit., 261.

⁵⁴ Ad esempio, nel caso Aramah citato sopra, ove il *Lord Chief Justice* ebbe a pronunciare osservazioni generali in ordine alla fattispecie, prima di passare a occuparsi del caso sottoposto al suo scrutinio: «[...] but before we deal with this particular case, it may be of assistance if we make some general observations about the level of sentences for drugs offences, since our list, as will have been observed, is entirely composed of such crimes».

⁵⁵ Il *Lord Chief Justice* è «Head of the Judiciary of England and Wales and the President of the Courts of England and Wales»: si veda, per quanto concerne le funzioni di quest'ultimo, il *Constitutional Reform Act 2005*.

⁵⁶ ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, cit., 38; ID., *Sentencing and the Constitution*, in *King's College LJ*, 1990-1991, 1, 29, ove afferma che l'effetto vincolante delle decisioni in parola non è in discussione.

Cfr. MANNOZZI, *Razionalità e “giustizia” nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, cit., 47, che ritiene le linee-guida giurisprudenziali autorevoli ma non vincolanti.

Secondo Thomas, la *Court of Appeal* riconosceva che le pronunce in ordine alla commisurazione della pena non creavano *rules of law* in senso stretto; ciò nonostante, a parere dell'Autore, «they are intended to be binding on and followed by judges of the Crown Court and, where they are applicable, magistrates exercising summary jurisdiction»: THOMAS, *Principles of Sentencing*, in *Cambridge Studies in Criminology*, vol. XXVII, London, 1979, 4.

⁵⁷ ASHWORTH, *Techniques for Reducing Sentence Disparity*, cit., 244.

⁵⁸ TATA, *Institutional Consistency: Appeal Court Judgements*, in *Principled Sentencing. Readings on Theory and Policy*, a cura di von Hirsch, Ashworth, Roberts, Oxford and Portland, 2009, 277.

⁵⁹ STOCKDALE, DEVLIN, *Stockdale & Devlin on Sentencing*, London, 1987, 16; THOMAS, *Sentencing Discretion and Appellate Review*, in *Decision Making in the Legal System*, a cura di Shapland, in *Issues in Criminological and Legal Psychology*, n. 5, British Psychological Society, Leicester, 1983, 61.

in punto di pena mediante l'introduzione di apposite linee-guida⁶⁰, le quali avrebbero potuto ridurre le disparità di trattamento, consentendo, al contempo, di prevedere la crescita della popolazione carceraria futura, in modo da indirizzare le scelte di politica criminale, nonché di edilizia penitenziaria⁶¹.

Venne pertanto istituito il *Sentencing Advisory Panel*⁶², nato come organo consultivo⁶³ a supporto della *Court of Appeal*, cui, in definitiva, spettava il potere – ma non il dovere – di implementare le linee-guida⁶⁴, a seguito di una impugnazione. Per porre rimedio alla perdurante occasionalità dell'intervento, il *Panel* fu ben presto affiancato dal *Sentencing Guidelines Council*⁶⁵, un organo con il potere di emanare direttamente linee-guida, su parere dello stesso *Sentencing Advisory Panel*⁶⁶. Infine, con il *Coroners and Justice Act 2009*⁶⁷ vennero introdotti importanti cambiamenti alla disciplina generale della fase in esame e, in particolare, allo sviluppo delle linee-guida⁶⁸. Sotto il profilo soggettivo, i due organi preesistenti – il *Sentencing Advisory Panel* e il *Sentencing Guidelines Council* – vennero sostituiti da un unico *Sentencing Council of England and Wales*⁶⁹, composto da quattordici membri, in maggioranza togati⁷⁰, chiamato a svolgere una approfondita istruttoria prima di predisporre la bozza di ogni nuova linea-guida, da sottoporre all'attenzione di tutti gli *stakeholders* coinvolti. Dall'attività descritta è conseguita l'implementazione di linee-guida sia generali, sia speciali (ovvero, dedicate a specifiche fattispecie), le quali, sebbene non siano state

⁶⁰ La discussione sull'opportunità di introdurre un organo deputato alla elaborazione delle linee-guida iniziò, a livello politico, nella prima metà degli anni Ottanta; tuttavia, la contrarietà del partito conservatore, allora al governo del Paese, fece sì che si dovette aspettare il *Crime and Disorder Act 1998*.

⁶¹ ASHWORTH, ROBERTS, *The Origins and Nature of the Sentencing Guidelines in England and Wales*, cit., 1.

⁶² Si vedano sec. 80-81 *Crime and Disorder Act 1998*.

⁶³ Quanto alla composizione, dal momento che l'organo si occupava di *policy creation*, si era ritenuto di coinvolgere anche soggetti esterni al potere giudiziario: accademici, esperti di giustizia penale e laici.

⁶⁴ ASHWORTH, ROBERTS, *The Origins and Nature of the Sentencing Guidelines in England and Wales*, cit., 3-4.

⁶⁵ Si vedano le sec. 167 ss. del *Criminal Justice Act 2003*.

⁶⁶ A norma della sec. 169 del *Criminal Justice Act 2003*.

⁶⁷ Sec. 118 ss. *Coroners and Justice Act 2009*.

⁶⁸ Si veda, in dottrina, ROBERTS, *Sentencing Guidelines and Judicial Discretion. Evolution of the Duty of Courts to Comply in England and Wales*, in *British JC*, 2011, 51, 997 ss.

Nella dottrina italiana, a tale proposito, COPPOLA, *Le scelte sanzionatorie alla prova del principio di proporzionalità. Un'ipotesi di "valorizzazione" dal confronto con il Sentencing System inglese*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, 14 ss.

⁶⁹ Organo che godrebbe di una «unique constitutional position»: così ASHWORTH, PADFIELD, *Reviewing the Sentencing Council*, in *Crim. law rev.*, 2018, 8, 609.

⁷⁰ La composizione viene regolamentata dalla Schedule 15 del *Coroners and Justice Act 2009*.

In dottrina, si mostra critico sulla maggioranza togata ASHWORTH, *Sentencing Guidelines and Sentencing Councils*, in *Crim. law rev.*, 2010, 393.

pubblicate in modo contestuale⁷¹, sono accomunate dalla struttura, composta di norma da 8 o 9 *step*⁷²; ben diversa quindi dalle griglie numeriche (le c.d. *sentencing grids*) del Minnesota⁷³ e di altri Stati americani.

Preme, qui giunti, dedicare attenzione alla coerenza della fonte in esame, la quale dipende inevitabilmente dall'individuazione della sua natura. Vi è da chiedersi, insomma, che tipo di "legge" siano le *definitive guidelines*. Procedere per esclusione non appare utile allo scopo, se si pensa che le stesse non appartengono alla legislazione primaria, né delegata, né sono parte di una pronuncia giurisprudenziale, vincolante in forza dello *stare decisis*. La qual cosa ha portato in passato ad affermare, laconicamente, che «guidelines are no more than guidelines»⁷⁴. Neppure la dottrina più autorevole⁷⁵ pare avere perfettamente chiara la loro natura, ritenendole semplicemente una fonte *sui generis*. La vincolatività dipenderebbe quindi, in primo luogo, dal fatto che è la legge a istituire l'organo chiamato a emetterle, nonché a stabilire che i *sentencers* sono tenuti a seguirle⁷⁶ – salvo che ravvisino motivi di *departure*⁷⁷ –,

⁷¹ La prima *definitive Guideline* elaborata dal nuovo *Sentencing Council* fu in tema di *assault occasioning actual bodily harm (ABH)*: quest'ultima viene considerata paradigma delle linee guida da 9 *step*.

⁷² Si vedano, a titolo esemplificativo, le linee guida in tema di *bribery, fraud, money laundering*, tutte consultabili in www.sentencingcouncil.org.uk.

In dottrina, per una disamina degli *step*, ROBERTS, RAFFERTY, *Sentencing Guidelines in England and Wales: Exploring the New Format*, in *Crim. law rev.*, 2011, 684 ss.

⁷³ In dottrina, a tale riguardo, di veda FRASE, *Sentencing Guidelines in Minnesota, 1978-2003*, in *Crime and Justice: A Review of Research*, 2005, 32, 131 ss.

Per un giudizio favorevole in ordine alle stesse, si veda REITZ, *Comparing Sentencing Guidelines. Do US Systems Have Anything Worthwhile to Offer England and Wales?*, in *Sentencing Guidelines. Exploring the English Model*, a cura di Ashworth, Roberts, Oxford, 2013, 182 ss.

Cfr. WASIK, *Sentencing Guidelines in England and Wales – State of the Art?*, in *Crim. law rev.*, 2008, 262, in senso critico nei confronti delle griglie del Minnesota, ritenute troppo vincolanti; dello stesso avviso, ROBERTS, RAFFERTY, *Sentencing Guidelines in England and Wales: Exploring the New Format*, cit., 682.

⁷⁴ Così R v Ismail [2005] EWCA Crim 397 (par. 15).

⁷⁵ Più eloquente di ogni altra considerazione che potremmo fare a proposito ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, cit., 74: «we do not know what kind of law 'definitive guidelines' are».

⁷⁶ L'esistenza di uno *statute*, che, da un lato, istituisce un organo incaricato di elaborare le *guidelines* e, dall'altro lato, stabilisce che il giudice è tenuto ad applicarle, è elemento distintivo rispetto alla gran parte delle linee guida, circolari, buone prassi, protocolli e *vademecum* che sono sorti nel nostro ordinamento, spesso in relazione a istituti nuovi (si pensi, a titolo esemplificativo, alla messa alla prova e alla tenuità del fatto): a tale riguardo, in dottrina, si veda NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017, 2, 445-446. Sul punto anche BOVE, *Brevi riflessioni su protocolli e linee guida: è a rischio il principio di legalità?*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 luglio 2015, 4 ss., la quale evidenzia le differenze linguistiche tra i vari termini impiegati, dovendosi intendere con "linee guida" «un insieme di raccomandazioni sviluppate sistematicamente, sulla base di conoscenze continuamente aggiornate e valide, redatto allo scopo di rendere appropriato, e con un elevato *standard* di qualità, un comportamento desiderato». Detta nozione, propria principalmente del campo scientifico, implica una procedura che presuppone una lunga

e, in secondo luogo, dall'essere recepite, col tempo, dai precedenti. Questa, inevitabilmente cursoria, carrellata delle fonti non può che dare conto, infine, della recente introduzione del *Sentencing Code*⁷⁸, entrato in vigore nel dicembre del 2020. Diversamente da quello che la denominazione lascia, di primo acchito, intendere, non si è dinanzi a una radicale ristrutturazione della disciplina, improntata alla ricerca di una coerenza sistematica, bensì a un'opera di consolidamento e riordino delle fonti preesistenti⁷⁹. La stessa, inoltre, non possiede neppure il requisito della completezza che dovrebbe appartenere a un codice, mancando, a titolo esemplificativo, ogni riferimento alle regole concernenti la fase del ritorno a piede libero del condannato⁸⁰. Vasti aspetti rimangono poi regolati dal diritto giurisprudenziale, quali, in particolare, le regole e gli *standard* probatori da applicare alla fase: la necessità di coordinare tra loro il quadro legislativo – pur semplificato – con il *common law* determina ancora, pertanto, non pochi problemi ermeneutici⁸¹. Ciò deriva dall'approccio eminentemente casistico che connota il diritto inglese, specie in materia di prove, e può considerarsi un problema endemico a quel sistema legale. Insomma, chi sperasse di trovare all'interno del “Codice” di nuovo conio una disciplina procedurale “di base” della fase deputata alla dosimetria della pena, come fosse

fase di applicazione pratica, seguita da una approfondita analisi condotta da parte di un comitato scientifico, le cui proposte vengono in seguito validate e, infine, divulgate. Vero ciò, le “linee guida” adottate dalle a.g. nostrane seguono una diversa metodologia (mancando una previa fase di applicazione pratica e venendo diffuse subito dopo l'elaborazione) e sono adottate da singoli uffici giudiziari, spesso in modo contraddittorio rispetto a quanto affermato in analoghi provvedimenti stilati altrove, creando un *vulnus* alla legalità. Si veda, altresì, TRAPELLA, *Brevissimo viaggio nel soft-law processuale, ovvero il giudizio penale al tempo dei protocolli*, in *Cass. pen.*, 2018, 4013 ss.

⁷⁷ Quanto ai motivi di *departure*, il giudicante è tenuto a seguire le linee-guida che vengono in rilievo nel caso specifico, «unless the court is satisfied that it would be contrary to the interests of justice to do so»: si veda 125 *Coroners and Justice Act 2009*.

In tal caso, la Corte ha il dovere di indicarne i motivi: sul punto, ASHWORTH, *Departures from the Sentencing Guidelines*, in *Crim. law rev.*, 2012, 81.

⁷⁸ Un primissimo commento alla fonte in parola è quello di PADFIELD, *The Sentencing Code*, in *Crim. law rev.*, 2019, 75.

Si veda, a tale riguardo, LAW COMMISSION, *The Sentencing Code, Volume 1: Consultation Paper*, Consultation Paper n. 232, London, 2017, e ID., *The Sentencing Code, Volume 2: Draft Legislation*, Consultation Paper n. 232, London, 2017.

In dottrina, HARRIS-ROBERTS, *Sentencing in Transition: Recent Developments*, in *Crim. law rev.*, 2020, 371 ss.

⁷⁹ HARRIS-ROBERTS, *Sentencing in Transition: Recent Developments*, cit., 372.

⁸⁰ Sottolinea questo aspetto PADFIELD, *When will I get out?*, in *Cambridge LJ*, 2019, 14.

⁸¹ Basti pensare alle parole di un eminente studioso – J.R. Spencer –, il quale ritiene che per un inglese che conosca le lingue è molto più semplice farsi una idea della procedura vigente in Francia, Germania o Italia, semplicemente acquistando un codice di rito, rispetto a quella del proprio paese, disseminata in troppe *rules*, oltremodo complesse: SPENCER, *The Case for a Code of Criminal Procedure*, cit., 521.

un equivalente libro del nostro codice di rito, è destinato a rimanere deluso.

3. *Aspetti procedurali del sentencing inglese.* A fronte del quadro composito tratteggiato sopra, ancora oggi la disciplina degli aspetti procedurali di fase è lasciata, per lo più, all'elaborazione della *case law* della *Court of Appeal*⁸², pur non mancando alcune indicazioni da parte delle *Criminal Practice Directions*⁸³. Oltre alle complessità derivanti dal sistema delle fonti, non può poi tacersi che la ricerca sul tema in discorso risente della scarsa attenzione di cui godono questi profili in seno alla dottrina anglofona: pertanto, sia la manualistica, sia le pubblicazioni scientifiche risultano generalmente molto poche di informazioni sul punto, demandate ai repertori giurisprudenziali, fatta eccezione per alcuni saggi su aspetti specifici, di impronta prevalentemente empirica, spesso commissionati da istituzioni.

Fatte queste premesse, nel prendere in esame tali aspetti, occorre muovere dalla fase preliminare, ora disciplinata nella *Part 2* del *Sentencing Code*.

Il giudice potrà decidere di procedere all'irrogazione della pena immediatamente dopo la condanna oppure, laddove lo ritenga opportuno, rinviare la decisione ad altra data⁸⁴, mediante un *deferment order*⁸⁵. Scopo precipuo del *deferment order* è consentire al *sentencer* di valutare la condotta successiva alla condanna dell'interessato, avendo riguardo, in particolar modo, all'eventuale riparazione delle conseguenze lesive da parte del reo⁸⁶, nonché a ogni mutamento nella sua condotta di vita valutabile alla stregua di un sintomo di avvenuta risocializzazione, come, ad esempio, l'aver trovato un lavoro stabile⁸⁷. La qual cosa pone il giudicante in condizione di adottare un trattamento sanzionatorio individualizzante rispetto allo stato attuale dell'interessato. Merita precisare che, nonostante le situazioni valutabili al termine del periodo di differimento siano quelle normalmente menzionate dalla di-

⁸² A riguardo, WASIK, ASHWORTH, *Issues in Sentencing Procedure*, in *Crim. law rev.*, 2020, 397.

⁸³ *Criminal Practice Directions*, VII, *Sentencing*.

Sono invece estremamente carenti di indicazioni in ordine allo standard probatorio, all'onere della prova, nonché alla procedura da seguire in caso di disaccordo sui fatti, le linee guida del *Sentencing Council*: in dottrina, denunciano la carenza WASIK, ASHWORTH, *Issues in Sentencing Procedure*, cit., 409.

⁸⁴ Fissata in un intervallo temporale non superiore a sei mesi rispetto a quella del provvedimento: sec. 5 (2) *Sentencing Code*. In precedenza, lo stesso termine di sei mesi veniva indicato nel *Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000*, sec. 1.

⁸⁵ In dottrina, a tale riguardo, HARRIS, WALKER, *Sentencing Principles, Procedure and Practice*, London, 2021, 136 ss.

In giurisprudenza, a tale proposito, *R v George* [1984] 1 W.L.R. 1082.

⁸⁶ Si veda sec. 3 (1) *Sentencing Code*.

⁸⁷ Sull'uso del rinvio per dare modo di valutare se è plausibile che il condannato intenda realmente cambiare vita, SPRACK, *Enmains on Criminal Procedure*, cit., 346.

fesa al fine di ottenere una pena più mite, consentendo così al giudice di valutare se quanto sostenuto *in mitigation* corrisponde alla reale situazione del condannato, il rinvio è tuttavia subordinato al consenso di quest'ultimo, il quale potrebbe aver interesse a una pronta inflizione della pena. La ragione di ciò risiede anche nel fatto che, durante la dilazione temporale, possono essere imposte prescrizioni (c.d. *deferment requirements*) di tipo ristorativo, oppure obblighi di *facere* o *non facere*.

Venendo alla fase deputata alla commisurazione della pena in senso proprio, se si guarda alla disciplina racchiusa nella *Part 3* del *Sentencing Code*, rubricato «*Procedure*», si evince che la maggior parte delle relative disposizioni concernono oneri documentali e informativi⁸⁸. La qual cosa non deve sorprendere, se solo si pensa che uno dei profili più complicati derivanti dalla scelta di un regime procedurale bifasico concerne la base fattuale della decisione che il *sentencer* è chiamato ad assumere.

Già in passato autorevole dottrina⁸⁹ evidenziava come, anche nella fase del *sentencing*, ogni elemento a carico dovesse essere provato, secondo le ordinarie regole probatorie - nonché i medesimi *standard* - valevoli per il *trial*⁹⁰, mediante una apposita udienza. Negli anni che seguirono, la Corte d'Appello⁹¹ ha iniziato a sviluppare la prassi che ha portato alla odierna procedura del *trial of issue* (altrimenti detta *Newton hearing*), ovvero una udienza, precedente alla quantificazione della sanzione penale, volta a stabilire gli aspetti rilevanti in punto di pena che non siano stati accertati nella precedente fase processuale cognitiva.

Passando a esaminare le distinte situazioni, se la colpevolezza è stata dichiarata a seguito di un *trial* celebrato dalla *Crown Court*, si porrà anzitutto il problema dell'interpretazione del verdetto della giuria⁹². A riguardo, va premesso che il princi-

⁸⁸ Per tutti, in dottrina, HARRIS, WALKER, *Sentencing Principles, Procedure and Practice*, cit., 177 ss., e WALKER, PADFIELD, *Sentencing. Theory, Law and Practice*, London, 1996, 19 ss.

⁸⁹ THOMAS, *Establishing a Factual Basis for Sentencing*, in *Crim. law rev.*, 1970, 80 ss.

⁹⁰ «The guiding principle must surely be that any significant fact adverse to the accused and not implied in the verdict or plea and not accepted by the defence must be established after conviction by proper evidence to a proper level of certainty and subject to the same rights of cross-examination as the evidence on which the conviction is founded. [...] The defence should have a right] to a separate hearing after conviction [...] of any issue relevant to sentence which remains in dispute»: THOMAS, *Establishing a Factual Basis for Sentencing*, cit., 90.

In giurisprudenza, il fatto che lo *standard* di prova debba essere quello penalistico è stato affermato in R v Cairns and others [2013] EWCA Crim 467; R v King [2017] EWCA Crim 128; R v Donovan e R v Woolcock [2019] EWCA Crim 2417.

⁹¹ Un primo caso è Lester (1976) 63 Cr App R 144, relativo a un caso di *strict liability* (aver venduto un veicolo con il contamiglia alterato), in cui la prova del dolo rilevava, non ai fini della colpevolezza, ma della scelta della pena. La Corte d'Appello ritenne sbagliata la scelta di infliggere una pena assumendo soltanto, senza che il fatto risultasse provato, che il condannato fosse a conoscenza della alterazione.

⁹² HARRIS, WALKER, *Sentencing Principles, Procedure and Practice*, cit., 239 ss.

pio generale vuole che il giudice basi la condanna irrogata su una versione dei fatti che sia coerente con il verdetto⁹³. Talvolta, però, questioni cruciali ai fini della pena (ad esempio, l'intenzionalità o meno della condotta), oggetto di contrasto tra le parti, rimangono al di fuori dal perimetro del verdetto medesimo⁹⁴. Si badi che quanto precede non è necessariamente ascrivibile a patologia o a malfunzionamento del singolo caso: nel sistema inglese, un processo ben condotto *deve* concentrarsi unicamente sulle questioni pertinenti alla colpevolezza o all'innocenza⁹⁵. La qual cosa è infatti il risultato della struttura a due fasi impressa al rito, in cui il giudizio sul fatto viene nettamente distinto dal giudizio sull'autore. A fronte del vantaggio che tale biforcazione può provocare, si assiste però, di converso, al sollevarsi di incertezze quando, nella prima sede, non sia stata fornita al decidente una piattaforma decisoria completa anche ai fini della successiva fase deputata alla commisurazione della pena. Pertanto, nell'eventualità in cui un aspetto rilevante sia rimasto non sondato, nulla vieta ai giudici di chiedere alla giuria di pronunciarsi sul punto, sebbene la pratica sia sconsigliata, anche al fine di evitare di gravare eccessivamente i giurati laici⁹⁶. La probabilità che il *sentencer* non conosca tutti gli elementi necessari per consentirgli di commisurare la pena aumenta, per ovvie ragioni⁹⁷, nel caso in cui, invece della celebrazione di un processo in contraddittorio, l'imputato abbia optato per il *guilty plea*⁹⁸. In tal caso, infatti, la scelta dell'accusato solleva il *prosecutor* dall'onere di di-

⁹³ ASHWORTH, *The Evidential Basis for Sentencing in England*, in *Federal Sentencing Reporter*, 1992, 5, 2, 106. A riguardo, altresì, *Blackstone's Criminal Practice 2020*, a cura di Ormerod, Perry, Oxford, 2020, D20.33 e D20.41 ss.

In giurisprudenza, Hazelwood (1984) 6 Cr App R (S) 52; Ralf (1989) 11 Cr App R (S) 121.

⁹⁴ Sul punto si veda THOMAS, *Establishing a Factual Basis for Sentencing*, cit., 80.

⁹⁵ «A carefully controlled trial concentrates on issues pertinent to guilt or innocence»: testualmente, ASHWORTH, *The Evidential Basis for Sentencing in England*, cit., 106.

⁹⁶ In giurisprudenza, si veda R v Cawthorne [1996] 2 Crim App R (S) 445, p. 450: «Whether or not the judge asks the jury to indicate to him the basis of their verdict is entirely a matter for the judge's discretion. In many cases the judge will not wish to do so, and doing so will throw an unnecessary additional burden upon the jury. In a case such as the present [...] there are grave dangers in asking juries how they have reached a particular verdict. For example, they may not all have reached it by precisely the same route».

Cfr. anche HARRIS, WALKER, *Sentencing Principles, Procedure and Practice*, cit., 241-242, secondo cui chiedere ai giurati di specificare un verdetto ambiguo potrebbe introdurre ulteriori elementi di confusione.

⁹⁷ Sulle quali, HARRIS, WALKER, *Sentencing Principles, Procedure and Practice*, cit., 256: «following a trial, the Crown has presented its case and the evidence has been tested through the adversarial trial process; by contrast, on a guilty plea, no evidence has been heard or tested. Accordingly, in the former, it is not generally permissible to hear further evidence [...] whereas in the latter, the court is entitled to hear some evidence to resolve any factual disagreement between the parties».

⁹⁸ Dovendo intendersi con *plea* «a formal statement made in court by an accused person as a response to the charge made against him», secondo la definizione dell'*Oxford Dictionary of Law*, Oxford, 2018,

mostrare i fatti contestati nell'*indictment*, non avendo luogo un giudizio sulla colpevolezza dell'accusato. Nell'affrontare la questione, l'interprete continentale dovrà comunque rammentare che oltre-manica la percentuale dei processi decisi con tali forme⁹⁹ è ben lontana dalla nostra applicazione della pena su richiesta delle parti, attestandosi intorno al 70%¹⁰⁰. Da ciò consegue una grande rilevanza pratica delle questioni relative al rapporto tra *guilty plea* e la decisione sul *sentencing*, testimoniata da una elaborazione giurisprudenziale assai copiosa e stratificata nel tempo.

Fatte tali precisazioni di contesto, necessarie per meglio inquadrare il fenomeno al di fuori dai nostri confini, veniamo alla procedura prevista a seguito della dichiarazione di colpevolezza. Anzitutto, dato che l'imputato si dichiara colpevole, non sarà necessario nominare una giuria per l'accertamento della responsabilità e, pertanto, il giudice togato potrà procedere immediatamente con l'irrogazione della pena. La base decisoria di cui il *sentencer* dispone, oltre al fascicolo della causa, consiste di norma in un eventuale *basis of plea* della difesa¹⁰¹, ovvero una dichiarazione che perimetra la

505.

Merita precisare che, per essere valido, il *guilty plea* deve essere chiaro e volontario. Quanto all'*ambiguous plea*, lo stesso deve ritenersi tale qualora contenga elementi che contraddicono la dichiarazione di colpevolezza, ad esempio, «guilty, but it was an accident». In giurisprudenza, a tale riguardo, Ingleson [1915] 1 KB 512; Field [1943] 29 Cr App R 151.

Quanto alla volontarietà del *guilty plea*, si veda Turner [1970] 2 QB 321.

⁹⁹ Si badi che la dichiarazione unilaterale di colpevolezza, da parte dell'imputato, non implica necessariamente un *bargain* con l'accusa, da intendersi come «an agreement between the prosecution and the defence by which the accused agrees to plead guilty to a lesser charge in return for an offer by the prosecution (for example, to offer no evidence on a more serious charge against the accused)»: *Oxford Dictionary of Law*, cit., 506.

Sulla storia dell'istituto da ultimo richiamato, tra moltissimi, ALSCHULER, *Plea Bargaining And Its History*, in *Columbia LR*, 1979, 79, 1, 1 ss.; in prospettiva comparata, TURNER, WEIGEND, *Negotiated Case Dispositions in Germany, England and the United States*, in *Core Concepts in Criminal Law and in Criminal Justice*, a cura di Ambos, Duff, Roberts, Weigend, vol. I, Cambridge, 2020, 396 ss. In italiano, DELLA TORRE, *La giustizia penale negoziata in Europa: miti, realtà e prospettive*, Padova, 2019, 151 ss.; GUALAZZI, *Plea Bargaining in Inghilterra*, in *Ind. pen.*, 2007, 289 ss.

¹⁰⁰ I dati recenti indicano un aumento dei *guilty pleas* nel periodo della pandemia: si veda MINISTRY OF JUSTICE, *Criminal court statistics quarterly, England and Wales, July to September 2020*, Londra, 2020, 9, ove si legge che, davanti alla *Crown Court*, nel terzo trimestre del 2020, la percentuale è salita al 79%, a fronte del 69% nel medesimo periodo del 2019.

Per le statistiche relative al periodo 2009-2012, VOGEL, *Plea Bargaining under the Common Law*, in *The Oxford Handbook of Criminal Process*, a cura di Brown, Turner, Weisser, Oxford, 2019, 735, n. 31.

¹⁰¹ «A basis of plea is a written document proffered on behalf of the defendant accepting guilt in respect of an offence charged but excluding certain specified aspects of the Crown's case»: così HARRIS, WALKER, *Sentencing Principles, Procedure and Practice*, cit., 262.

In giurisprudenza, in ordine ai *basis of plea*, si veda Tolera [1999] 1 Cr App R 29, il cui insegnamento è stato recepito dalle *Attorney General's Guidelines «The acceptance of pleas and the prosecutor's role in the sentencing exercise»*, ove si dice, tra le altre cose, che il *basis of plea* non deve fondarsi su fatti

latitudine del *guilty plea*, nonché nella dichiarazione di sintesi dell'accusa¹⁰². A tale ultimo riguardo, essendo i fatti di causa sconosciuti al decidente, la procedura ha inizio con l'esposizione di un riepilogo¹⁰³ da parte del *prosecutor*, volto a dare conto della natura e delle modalità della commissione dell'illecito, con particolare attenzione agli elementi che consentono di determinarne la gravità. Lo *statement* dell'accusa potrebbe rilevare, in concreto, che il reato ha prodotto conseguenze molto serie, al punto che l'interessato avrebbe potuto essere imputato per un reato più grave: sorprendentemente, in tale ipotesi, il giudice è autorizzato a *pass sentence* su quella base, salvo che la difesa decida di opporsi (*defence challenge*). Il *prosecution statement of the facts* assume, infatti, la duplice funzione di mettere il giudice al corrente del fatto, nonché, al contempo, di fissare la versione del *prosecutor*. Se la difesa intende contrastarla, ha l'onere di farlo per iscritto, individuando le questioni oggetto di contrasto.

Prima di procedere al *plea*, la difesa può poi chiedere al giudice informazioni in ordine alla sanzione che ritiene irrogabile nel caso di specie, indicando la pena massima che imporrebbe in quel momento a fronte del *guilty plea* (c.d. *Goodyear indication*)¹⁰⁴; l'istituto, nato per sottrarre l'imputato da pressioni volte a estorcere una negoziazione, garantendone maggiore trasparenza, tiene conto del fatto che nel sistema inglese lo sconto di pena derivante dalla scelta negoziale è direttamente proporzionale alla prontezza della stessa¹⁰⁵.

Come si è anticipato sopra, la prassi giurisprudenziale ha introdotto il *Newton hearing*¹⁰⁶, una udienza *ad hoc*, che si svolge prima della commisurazione della pena, deputata all'accertamento di aspetti rilevanti ai fini della sanzione ancora non acclara-

fuorvianti o non veritieri e deve tenere in considerazione gli interessi della vittima.

¹⁰² ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, cit., 425.

¹⁰³ A tale proposito, *Criminal Procedure Rules* 25.16 (3), secondo cui il *prosecutor* è tenuto *to summarise* il caso se il decidente non ha assistito all'acquisizione delle prove.

¹⁰⁴ Goodyear [2005] 2 Cr App R 20, par. 53.

In dottrina, a tale proposito, DARBYSHIRE, *Transparency in getting the accused to plead guilty early*, in *Cambridge LJ*, 2006, 65, 1, 48 ss.; MCCONVILLE, MARSH, *Criminal Judges. Legitimacy, Courts and State-Induced Guilty Pleas in Britain*, Cheltenham-Northampton, 2014, 94 ss.; GUALAZZI, *Plea Bargaining in Inghilterra*, cit., 327 ss.

¹⁰⁵ Si veda, a riguardo, la linea-guida *Reduction in sentence for a guilty plea*, leggibile in www.sentencingcouncil.org.uk.

¹⁰⁶ Newton [1982] 4 Cr App R (S) 388. Sul tema si è formata una nutrita giurisprudenza. In un caso, ad esempio, la Corte d'Appello ha ritenuto che si dovesse celebrare un'udienza *Newton* dovendosi accertare il tasso alcolemico del momento del fatto, dopo che l'imputato aveva *pleaded guilty* per guida in stato di ebbrezza: *Goldsmith v DPP* [2009] WWHC 3010, leggibile in *The Journal of Criminal Law*, 2010, 74, 1, 7 ss., con commento di GILLESPIE, *The Right to a Newton Hearing*.

Si vedano poi, tra molte, Underwood [2004] EWCA Crim 2256; Cairns [2013] 2 Cr App R (S) 73.

ti, oppure oggetto di contrasto tra le parti¹⁰⁷.

Uno dei punti oggetto di maggiore attenzione, da parte di giurisprudenza e dottrina, concerne l'applicazione delle ordinarie *rules of evidence* al *Newton hearing*, nonché del normale *standard beyond any reasonable doubt*¹⁰⁸. L'onere della prova permane infatti in capo all'accusa per quanto concerne gli elementi del reato e le aggravanti, da provare secondo il normale *standard* probatorio per il processo penale¹⁰⁹, mentre, per la difesa, la prova delle attenuanti è raggiunta secondo lo *standard* civilistico¹¹⁰. Risulta allora fondamentale comprendere quali siano gli aspetti da provare secondo il canone penalistico e quali no. A riguardo, la giurisprudenza inglese¹¹¹ distingue tra questioni “*directly relevant to the circumstances of the offence itself*”, per le quali opera il *Bard*, e “*extraneous mitigation*”, come talune attenuanti personali e altri profili “*not connected with the facts or circumstances of the offence itself*”, soggette al “più probabile che non”¹¹².

La celebrazione di una apposita udienza in cui si applica il rigoroso *standard* penalistico per i fatti a carico non deve tuttavia essere salutata con eccessivo entusiasmo. Infatti, sebbene l'approdo giurisprudenziale descritto sopra sia stato considerato un passo in avanti verso l'equità procedurale della fase in esame, attenta dottrina sottolinea come, una volta celebrato il *Newton hearing*, se la tesi della difesa viene rigettata, il condannato perde buona parte dello sconto di pena dovuto in conseguenza al *guilty plea*¹¹³.

¹⁰⁷ Non ogni contrasto obbliga a celebrare il *trial of issue*: occorre infatti, a tal fine, una divergenza sostanziale. Sul punto, WASIK, ASHWORTH, *Issues in Sentencing Procedure*, cit., 401; HARRIS, WALKER, *Sentencing Principles, Procedure and Practice*, cit., 269 ss.

Inoltre, è possibile evitare il *Newton Hearing* invitando l'accusa a modificare l'imputazione: il tema è trattato da SPRACK, ENGELHARDT-SPRACK, *A Practical Approach to Criminal Procedure*, Oxford, 2019, 339.

¹⁰⁸ *Blackstone's Criminal Practice 2020*, cit., D.20.23.

Per una tesi secondo la quale sarebbe opportuno abbandonare lo standard del *BARD*, in favore del più preciso “nessun dubbio realistico”, si vedano KEANE, MCKEOWN, *Time to Abandon “Beyond Reasonable Doubt” and “Sure”*: *The Case for a New Direction on the Criminal Standard and how it should be used*, in *Crim. law rev.*, 2019, 505 ss.

¹⁰⁹ Davies [2009] 1 Cr App R (S) 79.

¹¹⁰ Guppy e Marsh (1995) 16 Cr App R (S) 25 e Lashari [2011] 1 Cr App R (S) 439.

¹¹¹ Lashari [2011] 1 Cr App R (S) 439.

¹¹² Tra questi ultimi, la giurisprudenza ha enucleato gli effetti negativi che una pena custodiale potrebbe provocare alla famiglia del condannato; lo stato di salute del medesimo; la disponibilità o meno di mezzi per pagare una sanzione pecuniaria. Si veda, ad esempio, Guppy e Marsh (1995) 16 Cr App R (S) 25, par. 32.

¹¹³ HARRIS, *Newton hearings - A Procedure Stacked Against the Defence*, in *Criminal Law & Justice Weekly*, 2013, 177, 423-424 ss.; WOLCHOVER, HEATON-ARMSTRONG, *Dumping Newton - Part 1*, in *Criminal Law & Justice Weekly*, 2012, 176, 334 ss.

4. *Referti sulla persona del reo e Pre-sentence reports: una occasione di riflessione in ordine al nostro divieto di perizia psicologica.* Non deve certo sorprendere che in un processo bipartito come quello inglese particolare rilievo, nell'ambito della base fattuale utile alla decisione *quoad poenam*, venga assunto da referti, medici¹¹⁴ e psichiatri, e dal *pre-sentence report*. Questi, insieme a eventuali valutazioni circa l'adeguatezza di una pena non detentiva (*community sentence*) vengono presi in esame a seguito del *summary* compiuto dall'accusa, con possibilità di rinviare la pronuncia per consentirne l'elaborazione. Quanto precede costituisce certamente un pregio della struttura processuale bifasica, dal momento che lascia il giudice del *trial* all'oscuro di questioni non rilevanti ai fini dell'accertamento del fatto e della responsabilità dell'autore, che potrebbero, se conosciute, pregiudicarne l'obiettività. Simile *ratio*, seppure in una struttura procedimentale affatto diversa, sta alla base del divieto di perizia psicologica¹¹⁵ o criminologica¹¹⁶ nel nostro ordinamento (art. 220,

In giurisprudenza, in tal senso, si vedano le affermazioni cristalline del caso Underwood. Underwood [2004] EWCA Crim 2256, par. 11: «The principles are clear. If the issues at the Newton hearing are wholly resolved in the defendant's favour, the credit due to him should not be reduced. If for example, however, the defendant is disbelieved, or obliges the prosecution to call evidence from the victim, who is then subjected to a cross-examination, which, because it is entirely unfounded, causes unnecessary and inappropriate distress, or if the defendant conveys to the judge that he has no insight into the consequences of his offence and no genuine remorse for it, these are all matters which may lead the judge to reduce the discount which the defendant would otherwise have received for his guilty plea, particularly if that plea is tendered at a very late stage. Accordingly, there may even be exceptional cases in which the normal entitlement to a credit for a plea of guilty is wholly dissipated by the Newton hearing. In such cases, again, the judge should explain his reasons».

¹¹⁴ Nelle *Criminal Practice Directions I*, 3P, si afferma che, ove si pongano questioni sulla sanità mentale dell'imputato secondo quanto previsto dal *Mental Health Act 1983*, sec. 37(1), il giudice è tenuto a disporre una relazione, indicando le tempistiche da rispettare.

¹¹⁵ Sul divieto di perizia psicologica/criminologica nel nostro ordinamento si vedano, tra molti, CURTOTTI NAPPI, *La perizia*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, vol. II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, Torino, 2008, 599 ss.; ERAMO, *Il divieto di perizie psicologiche nel processo penale: una nuova conferma dalla Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 931 ss.; MARTUCCI, *Il contributo del criminologo nel processo penale: un problema ancora aperto*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 744 ss.; MONTAGNA, *I confini dell'indagine personologica nel processo penale*, cit.; MOSCARINI, *La perizia psicologica e il "giusto processo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 929 ss.; PANNAIN, *Il giudizio sulla personalità nel nuovo processo penale: accertamenti tecnici, acquisizione e valutazione di documenti e informazioni*, in *La medicina legale ed il nuovo codice di procedura penale*, a cura di De Fazio, Beduschi, Milano 1989, 345 ss.; PONTI, *Il contributo della criminologia al nuovo processo penale*, in *La medicina legale ed il nuovo codice di procedura penale*, a cura di De Fazio, Beduschi, Milano 1989, 285 ss.; SAPONARO, *L'esame della personalità del reo nel processo penale. Evoluzione, involuzione, modelli alternativi, prospettive*, Bari, 2000, 103 ss.

¹¹⁶ Per la distinzione tra i due concetti, spesso sovrapposti nella dottrina italiana, si vedano MONTAGNA, *I confini dell'indagine personologica nel processo penale*, cit., 32-33, e MARTUCCI, *Il contributo del criminologo nel processo penale: un problema ancora aperto*, cit., 746, il quale evidenzia che la perizia

comma 2, c.p.p.), valevole per il processo di cognizione ma non, invece, ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, «là dove non ci sono pericoli di inquinare l'accertamento del fatto con le congetture tratte da una analisi personale»¹¹⁷. In ciò, secondo alcuni, sarebbe già ravvisabile una timida apertura verso una struttura bi-fasica¹¹⁸, attribuendosi un ruolo rilevante alla personalità del reo in tutta la fase del trattamento penitenziario ed esecutivo. Simile scelta comporta tuttavia l'inconveniente di non consentire al giudice, che decide sulla misura della pena, di avvalersi di quel sapere scientifico che potrebbe permetterne una più corretta individuazione, *ex art.* 133 c.p., anche al fine della rieducazione del condannato, a cui la sanzione penale deve tendere per dettato costituzionale. A riguardo, emerge quindi una certa dissonanza¹¹⁹ tra i divieti processuali in parola e la scelta operata dal codice sostanziale di indicare - tra i parametri che il giudice deve tenere in considerazione nell'esercizio discrezionale del potere di applicare la pena - la capacità a delinquere del colpevole desunta dai motivi a delinquere e il *carattere* del reo, dai precedenti penali, nonché dalla condotta e dalla vita antecedentemente, contemporaneamente e successivamente al reato, e, infine, dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale (art. 133 c.p.). Ebbene, questa discrepanza ha determinato, da sempre, la conseguenza di relegare alla sfera personale di conoscenze ed esperienze del giudice il vaglio sul carattere e sulla personalità dell'imputato, lasciandolo in buona sostanza all'intuizione del magistrato¹²⁰ - con tutto ciò che questo comporta in termini di risultati arbitrari e disomogenei¹²¹ - e sancendo, al contempo, «l'insuccesso

criminologica è assai più estesa rispetto a un mero esame della personalità dell'imputato, dovendo essa tendere alla conoscenza bio-psico-sociale del soggetto.

¹¹⁷ AMODIO, *Perizia e consulenza tecnica nel quadro probatorio del nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 1989, 171.

¹¹⁸ GIANFROTTA, *Commento all'art. 220 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, vol. II, Torino, 1990, 578; MARTUCCI, *Il contributo del criminologo nel processo penale: un problema ancora aperto*, cit., 746.

Sul fatto che non siano mai stati adottati argomenti tali da escludere definitivamente il "processo a due fasi", il quale non risulterebbe né rivoluzionario né particolarmente oneroso, PANNAIN, *Il giudizio sulla personalità nel nuovo processo penale: accertamenti tecnici, acquisizione e valutazione di documenti e informazioni*, cit., 352.

¹¹⁹ MONTAGNA, *I confini dell'indagine personologica nel processo penale*, cit., 149 ss. Di «impassi ordinamentale» parla VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Torino, 2020, 279.

¹²⁰ Del giudizio del magistrato come risultante di "lampi intuitivi" parla anche CERETTI, *Introduzione*, in *Criminalia*, 2011, 341 ss. e, in particolare, a 348-350.

¹²¹ BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, vol. I, *Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, 116; DOSI, *Il divieto della perizia psicologica in rapporto ai principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1970, 1562.

pratico dell'art. 133 c.p.»¹²².

Va detto che il divieto *de quo*, esistente fin dai tempi del codice abrogato¹²³, nel proibire indagini sulla personalità dell'imputato, trova quindi giustificazione vuoi nella necessità di non aggravare - sotto il profilo dei tempi dello svolgimento - il processo penale¹²⁴, vuoi nel rispetto della presunzione di non colpevolezza¹²⁵. A riguardo, la dottrina maggioritaria pone in evidenza i rischi di abuso, condizionamento e pregiudizio¹²⁶ che deriverebbero da una attività peritale avente a oggetto il carattere dell'accusato, specie nel caso di processo indiziario celebrato dinanzi alla Corte d'Assise, ove i giudici popolari potrebbero subire, in misura maggiore rispetto ai togati, le suggestioni derivanti dagli accertamenti compiuti dal perito¹²⁷.

Quanto affermato sopra si scontra, nondimeno, con la già accennata necessità¹²⁸ di conoscere elementi sulla personalità del soggetto prima e in vista della determinazio-

¹²² Così CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale in due fasi*, cit., 707.

¹²³ In dottrina sull'art. 314 c.p.p. 1930, senza pretesa di esaustività, BATTAGLINI, *Le indagini sulla personalità del soggetto attivo del reato nel processo penale*, in *Scuola positiva*, 1955, 495 ss.; BRICOLA, *La verifica delle teorie penali alla luce del processo e della prassi: problemi e prospettive*, in *La questione criminale*, 1980, 453 ss.; PISAPIA, *La perizia criminologica e le sue prospettive di realizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 1015 ss.; TRANCHINA, *Il divieto di perizia psicologica sull'imputato: una limitazione sicuramente anticostituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 1325 ss.; VIROTTA, *La perizia nel processo penale italiano*, Padova, 1968, 348 ss.

¹²⁴ In senso critico sul punto, MOSCARINI, *La perizia psicologica e il "giusto processo"*, cit., 931.

¹²⁵ Per tutti, in tal senso, MONTAGNA, *I confini dell'indagine personologica nel processo penale*, cit., 93.

¹²⁶ «Nel rito accusatorio l'indiziato dovrebbe giungere innanzi al giudice spoglio di ogni presunzione [...]. La perizia criminologica sulla personalità dell'imputato si presta dunque ad essere utilizzata per poter trovare elementi a favore dell'accusa, per quanto ambigui e privi di certezza possano essere questi elementi»: testualmente, PONTI, *Il contributo della criminologia al nuovo processo penale*, cit., 292. Si veda pure AMODIO, *Perizia e consulenza tecnica nel quadro probatorio del nuovo processo penale*, cit., 170, il quale dà conto della mutata *ratio* del divieto in parola, rispetto al sistema previgente, con l'avvento del codice del 1988: evitare di «dare ingresso a indagini sulla personalità di un soggetto che non si sa ancora se sia autore del fatto [...] una *ratio* garantistica che non riflette l'antica sfiducia verso la psicologia che stava alla base dell'art. 314 comma 2».

Ancora, sui possibili pregiudizi, MONTAGNA, *I confini dell'indagine personologica nel processo penale*, cit., 57; PANNAIN, *Il giudizio sulla personalità nel nuovo processo penale: accertamenti tecnici, acquisizione e valutazione di documenti e informazioni*, cit., 346-347.

¹²⁷ Per tale considerazione, ERAMO, *Il divieto di perizie psicologiche nel processo penale: una nuova conferma dalla Cassazione*, cit., 934, e PISAPIA, *La perizia criminologica e le sue prospettive di realizzazione*, cit., 1027.

¹²⁸ Necessità di cui pare tener conto, invece, l'art. 236 c.p.p., il quale, nel consentire l'ingresso nel giudizio di merito di valutazioni compiute ai fini della commisurazione della pena (risultanti da certificati del casellario giudiziale, documenti esistenti presso uffici del servizio sociale di enti pubblici e presso gli uffici di sorveglianza, sentenze irrevocabili di qualunque giudice italiano e sentenze straniere riconosciute), soddisfa l'esigenza del processo a un «pertinente giudizio sulla personalità dell'imputato»: testualmente, SIRACUSANO, *Le prove*, in Siracusanò, Galati, Tranchina, Zappalà, *Diritto processuale penale*, vol. 1, Milano, 2006, 396.

ne della sanzione¹²⁹, proprio al fine di accentuarne le capacità risocializzanti, tanto da aver sollevato sospetti di illegittimità costituzionale¹³⁰.

A fronte delle due posizioni, l'una tesa a salvaguardare il presunto innocente da valutazioni pregiudizievoli e l'altra a potenziare la finalità rieducativa, il modo migliore per superare l'*empasse* consisterebbe proprio nello scindere la fase riservata all'accertamento della responsabilità da quella dedicata all'individualizzazione del trattamento sanzionatorio¹³¹.

Tornando ora al sistema inglese, il *pre-sentence report*¹³² è una relazione, redatta da un appartenente ai *probation services*, che fornisce informazioni, suggerimenti e valutazioni al giudice circa le condizioni personali e sociali del condannato, avuto riguardo, *inter alia*, al temperamento, alla condotta serbata, alle condizioni fisiche e mentali dello stesso. Ne consegue che, nello stilare il documento in questione, il *probation officer* agisce sapendo di operare a "uso e consumo" del giudice¹³³.

¹²⁹ NUVOLONE, *Relazione*, in *Atti del Convegno nazionale di alcune fra le più urgenti riforme della procedura penale*, Milano, 1954, 176 ss.

¹³⁰ Corte cost., 9 luglio 1970, n. 124, in *Giur. cost.*, 1970, 1565; Corte cost., 19 dicembre 1973, n. 179, in *Giur. cost.*, 1973, 2389 ss., in cui la Corte nega l'esistenza di un diritto dell'imputato alla perizia personale, distinguendo tra carattere (di cui all'art. 133 c.p.) e personalità (art. 220, comma 2, c.p.p.) dell'imputato.

In dottrina, a tale riguardo, DOSI, *Il divieto della perizia psicologica in rapporto ai principi costituzionali*, cit., 1558 ss.; MONTAGNA, *I confini dell'indagine personale nel processo penale*, cit., 12 ss.; TRANCHINA, *Il divieto di perizia psicologica sull'imputato: una limitazione sicuramente anticostituzionale*, cit., 1326 ss.

¹³¹ Di tale avviso PISAPIA, *La perizia criminologica e le sue prospettive di realizzazione*, cit., 1029.

¹³² Il *pre-sentence report* ha sostituito il *social inquiry report*: sulle differenze tra le due forme, in dottrina, CAVADINO, *Pre-Sentence Reports. The Effects of Legislation and National Standards*, in *British JC*, 1997, 37, 4, 529 ss.; WASIK, *Rethinking Information and Advice for Sentencers*, in *Sentencing, Judicial Discretion and Training*, a cura di Munro, Wasik, London, 1992, 173 ss.; WALKER, PADFIELD, *Sentencing. Theory, Law and Practice*, cit., 24 ss.

Sui *pre-sentence reports*, SPRACK, *Enmmins on Criminal Procedure*, cit., 340 ss.; GELSTHORPE, RAYNOR, *Quality and Effectiveness in Probation Officers' Reports to Sentencers*, in *British JC*, 1995, 35, 2, 188 ss.; RAYNOR, GELSTHORPE, TISI, *Quality Assurance, Pre-Sentence Reports and Probation Service*, in *British JSW*, 1995, 25, 4, 477 ss.

Sui *social inquiry reports*, invece, STOCKDALE, DEVLIN, *Stockdale & Devlin on Sentencing*, cit., 76 ss.; WALKER, *Sentencing. Theory, Law and Practice*, London, 1985, 24 ss.; THORPE, *Social Inquiry Reports: A Survey, Home Office Research Unit Report*, London, 1979; THORPE, PEASE, *The Relationship between Recommendations Made to the Court and Sentences Passed*, in *British JC*, 1976, 16, 4, 393 ss.

¹³³ Sia la dottrina sia le fonti di *soft-law* evidenziano questo aspetto, delineando il rapporto *probation officer-sentencer* alla stregua di quello tra produttore e consumatore. A riguardo, si veda il *Practice Framework. National Standards for the Management of Offenders for England and Wales* dell'agosto 2015, ove (p. 16) si legge che «Courts are major stakeholders; their decisions shape the volume and nature of work undertaken, and services to them are therefore vital in terms providing high quality advice. The timely provision of information assists in the delivery of speedy justice. Timely provision of

Anzitutto, pur non potendoci soffermare sul tema, merita puntualizzare come il *probation service* rappresenti, da oltre un secolo, un attore fondamentale della giustizia penale inglese, che si occupa di un numero maggiore di condannati rispetto all'amministrazione penitenziaria, nonché – fatto tutt'altro che secondario nelle attuali temperie – in modo più economico ed efficiente¹³⁴.

Ai nostri fini rileva l'ausilio offerto dagli organi del soggetto in parola al giudice che commisura la pena, che rappresenta uno dei principali campi di intervento del *Service* dal momento della sua istituzione. Ebbene, secondo alcuni, senza tale apporto, la scelta della pena verrebbe, per molti versi, lasciata al caso¹³⁵. Infatti, il *pre-sentence report* gioca un ruolo considerevole all'interno della base documentale offerta al decidente nella fase della commisurazione della pena¹³⁶, consentendo a chi lo redige – un *probation officer* e non un giudice indipendente e imparziale – di influenzare le scelte punitive nel singolo caso, selezionando le informazioni da comunicare¹³⁷. Invero, i contenuti ordinari del *report* sono individuati nel provvedimento *National Standards for the Management of Offenders*¹³⁸ del 2011, che comprende: a) i fatti generali riguardanti il reo e le fonti utilizzate per preparare la relazione; b) l'analisi dell'illecito commesso; c) la valutazione del condannato; d) la valutazione sulla pericolosità sociale e sulla probabilità di recidiva; e) la proposta di pena.

Per quanto concerne, nello specifico, la valutazione della pericolosità del condannato, il *National Probation Service* si avvale dell'*Offender Assessment System (OASys)*¹³⁹, utilizzato per stimare il rischio di recidiva e le necessità trattamentali dei con-

information to assist in decisions on bail helps to avoid unnecessary remands in custody».

¹³⁴ In generale sul tema della *probation*, si rimanda a GELSTHORPE, MORGAN, *Handbook of Probation*, London, 2013; GARD, *Rehabilitation and Probation in England and Wales, 1876-1962*, London, 2016. Denuncia il declino in atto, dovuto – in parte – allo sviluppo della cultura punitiva, MAIR, *'A difficult trip, I think': The end days of the probation service in England and Wales?*, in *European Journal of Probation*, 2016, 8, 1, 3 ss., il quale (p. 13) profetizza un futuro infausto: «The probation service has been the civilising influence in our criminal justice system and without it we face a bleak future».

¹³⁵ «[The probation service] provides reports to the courts without which sentencing would be much more of a hit-or-miss affair»: testualmente, MAIR, *'A difficult trip, I think': The end days of the probation service in England and Wales?*, cit., 4.

¹³⁶ «In daily sentencing work pre-sentence reports are the primary vehicle to condition opinion and influence action»: testualmente, TATA, BURNS, HALLIDAY, HUTTON, MCNEILL, *Assisting and advising the sentencing decision process*, in *British JC*, 2008, 48, 6, 835.

¹³⁷ In tal senso, TATA, BURNS, HALLIDAY, HUTTON, MCNEILL, *Assisting and advising the sentencing decision process*, cit., 835.

¹³⁸ Nel 2001 fu creato un unico organismo nazionale, il *National Probation Service*, a cui fu aggiunto, tre anni dopo, il *National Offender Management Service (NOMS)*.

¹³⁹ A riguardo, si veda NATIONAL OFFENDER MANAGEMENT SERVICE, *A compendium of research and analysis of the Offender Assessment System (OASys) 2009-2013*, a cura di Moore, London, 2015, in cui l'OASys viene definito (p. 354) «the national risk and need assessment tool for adult offenders in

dannati, mediante una valutazione standardizzata, basata su punteggi numerici di probabilità, ricavati dai comportamenti pregressi dell'autore¹⁴⁰. Sul tema si avrà modo di tornare più avanti, quando verranno valutati gli strumenti di *risk assessment*.

5. *Motivazione in punto di pena tra Inghilterra e Italia*. Di norma, subito dopo l'intervento *in mitigation* della difesa, il giudice si pronuncia sulla pena; all'occorrenza, però, è possibile che decida per un breve rinvio prima di procedervi. Data l'importanza della posta in gioco – la libertà personale o la proprietà privata dell'interessato –, da un lato, la discrezionalità giudiziaria deve essere esercitata all'interno di una cornice legale, mediante l'applicazione di principi e di *standard* pre-stabiliti¹⁴¹; dall'altro lato, chi decide ha l'obbligo di motivare le proprie scelte, in modo da consentire un controllo sulle stesse da parte vuoi di coloro che le subiscono, vuoi delle vittime e della collettività, vuoi, ancora, del giudice dell'impugnazione. A riguardo, la sec. 52 del *Sentencing Code* del 2020¹⁴² stabilisce l'obbligo per il *sentencer* di dichiarare, in udienza pubblica¹⁴³, “in linguaggio comune e in termini gene-

England and Wales. It is used to measure an offender's likelihood of further offending; to identify any risk of serious harm issues; to develop an offending-related needs profile; to develop individualised sentence plans and risk management plans; and to measure progress and change over time».

In dottrina, BULLOCK, *The Construction and Interpretation of Risk Management Technologies in Contemporary Probation Practice*, in *British JC*, 2011, 51, 1, 122 ss.; HOWARD, DIXON, *Identifying Change in the Likelihood of Violent Recidivism: Casual Dynamic Risk Factors in the OASys Violence Predictor*, in *Law and Human Behavior*, 2013, 37, 3, 163 ss.; CRAWFORD, *What impacts on quality assessment using OASys?*, in *Probation Journal*, 2007, 54, 2, 157 ss.; DEBIDIN, *A compendium of research and analysis on OASys 2006-2009*, Ministry of Justice, Research Series 16/09, London, 2009; MERRINGTON, *Assessment Tools in Probation: their development and potential*, in *What Works in Probation and Youth Justice. Developing evidence-based practice*, a cura di Burnett, Roberts, Collompton, 2004; MORTON, *Can OASys deliver consistent assessments of offenders? Results from the inter-rater reliability study*, Ministry of Justice, Research Summary 1/09, 2009, leggibile al link https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20090607160538mp_/http://www.justice.gov.uk/publications/docs/oasys-research-summary-01-09.pdf; REDMAYNE, *Character in the Criminal Trial*, Oxford, 2015, 255 ss.

¹⁴⁰ «As with many areas of human behaviour, past behaviour has been found to be most predictive for future behaviour. For this reason, the scales mainly contain items relating to the offender's criminal history, such as the number of custodial sentences, number of previous convictions, age at first conviction and current offence type»: così HOWARD, CLARK, GARNHAM, *An Evaluation of the Offender Assessment System (OASys) in Three Pilots 1999-2001*, London, 2006, 5, in chiave critica.

Nella dottrina italiana, si è occupato dello strumento in parola, tra gli altri, DOVA, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, Torino, 2017, 227 ss.

¹⁴¹ A riguardo, ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, cit., 448 ss., il quale esprime forte critiche circa le pene *mandatory* che limitano la discrezionalità dei giudici, o le *presumptive sentences*, che devono essere applicate “*unless it is not in the interests of justice to do so*”.

¹⁴² Formulazione che ricalca quanto in precedenza stabilito dalla sec. 174 del *Criminal Justice Act 2003*.

¹⁴³ Sull'importanza di spiegare in udienza pubblica le ragioni che hanno portato a irrogare quella pena, si veda Billington [2017] 2 Crim App R (S) 22.

rali” le ragioni che hanno condotto la Corte a decidere la sanzione, spiegando al condannato, nello specifico: a) gli effetti di essa; b) gli effetti dell’eventuale inottemperanza agli ordini posti con la decisione; c) i poteri della Corte di variare o rinnovare gli ordini che formano la sanzione; d) laddove sia stata imposta una pena pecuniaria, l’effetto del mancato pagamento. Inoltre, a riprova della discrezionalità “vincolata” di cui gode il decidente, questi è tenuto a indicare ogni linea-guida rilevante nel caso¹⁴⁴, spiegando *starting point* e *category range*¹⁴⁵ individuati o, eventualmente, perché ha ritenuto di discostarsene nell’interesse della giustizia.

Per le pene custodiali, l’onere di motivazione previsto impone anche di giustificare perché, a norma della sec. 152(2) *Criminal Justice Act 2003*, non era possibile applicare una diversa pena. Parimenti, il giudice è tenuto a *redde rationem* degli aumenti dovuti a fattori aggravanti e degli sconti per le attenuanti, indicando, in caso di *guilty plea*, l’ammontare della pena nel caso in cui l’imputato non avesse ammesso la propria responsabilità.

La stessa Corte d’Appello¹⁴⁶ ha di recente rilevato la tendenza, in seno alla giurisprudenza di primo grado, a fornire spiegazioni in ordine alla sanzione determinata, rivolgendosi, più che al soggetto che si vede inflitta quest’ultima, alla Corte d’Appello; ciò ha comportato una maggiore lunghezza e complessità dei *sentencing remarks*, i quali – come si è anticipato – dovrebbero essere espressi “in linguaggio comune e in termini generali” a beneficio del condannato¹⁴⁷.

L’ottemperanza alle linee-guida che impongono di dare conto di determinati elementi nel motivare la *sentence* emessa, da un lato, nonché la prassi di articolare *sentencing remarks* tutt’altro che sintetici e piani nel linguaggio, rivolti non al condannato destinatario della pronuncia bensì alla *Court of Appeal*, dall’altro lato, ci induce a rilevare la distanza rispetto alle «formulette pigre»¹⁴⁸ utilizzate dai giudici nostrani per

Nel senso che deve essere spiegata la pena per ogni capo d’imputazione, Whitwell [2018] 1 Crim App R (S) 29.

¹⁴⁴ In giurisprudenza Adcock [2010] 2 Cr App R (S) 643.

¹⁴⁵ Le linee-guida attualmente adottate indicano il *range of sentences (offence range)* appropriato che la Corte dovrebbe imporre per il reato, specificando, nel caso in cui dividano per categorie in base alla gravità, il *range* adeguato per ogni categoria (*category range*): in dottrina, HUGERFORD-WELCH, *Criminal Procedure and Sentencing*, London and New York, 2019, 311-312. Sulla distinzione tra *offence range* e *category range*, ASHWORTH, *Sentencing Guidelines and Sentencing Councils*, cit., 391. Per gli esempi, si rimanda alle *offence specific guidelines* pubblicate in www.sentencingcouncil.org.uk.

¹⁴⁶ Chin-Charles [2019] EWCA Crim 1140.

¹⁴⁷ Preme evidenziare che, secondo la giurisprudenza inglese, la mancanza di motivazione non invalida la pronuncia della pena, seppure possa essere valutata dalla Corte d’Appello in caso d’impugnazione del condannato: in tal senso, McQueen (1989) 11 Cr App R (S) 305.

¹⁴⁸ In tali termini, BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell’applicazione della pena*, Torino,

motivare la sanzione prescelta, formalmente richiamando gli elementi di cui all'art. 133 c.p.¹⁴⁹, ma in realtà in base a “lampi intuitivi” e all’esperienza maturata: “si ritiene adeguata al fatto e alla personalità dell’agente la pena di...”; “attesi i criteri di cui all’art. 133 c.p., si ritiene congrua la pena di...”.

Eppure, le norme che prescrivono il dovere di motivazione sono un baluardo eretto affinché la discrezionalità del giudice non si tramuti in arbitrio¹⁵⁰. Per tale ragione, sarebbe doverosa l’indicazione in sentenza degli elementi ritenuti significativi per l’adozione di una certa specie o misura di pena, giacché, con la motivazione, il giudice controlla la ragionevolezza del risultato raggiunto intuitivamente, consentendo in seguito il controllo di terzi sul percorso logico seguito.

Nella prassi, però, – complice «lo scandalo nazionale» delle pene edittali sproporzionate per eccesso¹⁵¹ – i giudici tendono ad assestarsi in prossimità dei minimi¹⁵² e, di conseguenza, a dedicare ben poco sforzo alla motivazione sul punto¹⁵³, ridotta a clausole di stile stereotipate¹⁵⁴. Solo là dove il decidente scelga di allontanarsi dal minimo

1939, 98.

¹⁴⁹ La critica della dottrina sul compromesso raggiunto nell’art. 133 c.p., considerato inadeguato, è pressoché unanime: si vedano, tra molti, MONACO, PALIERO, *Variazioni in tema di “crisi della sanzione”: la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 425 ss., i quali rilevano, in termini estremamente icastici, come «il ricorso a questa norma svolg[al] ormai il mero ruolo di evocazione rituale, se non scaramantica, per schermare la motivazione dalle picconate del censore di turno, inflessibile nel rispetto delle forme pur nella consapevolezza del difetto di qualsivoglia sostanza».

Ancora, a tale riguardo, VASSALLI, *La pena in Italia oggi*, in *Scritti giuridici*, vol. I, *La legge penale e la sua interpretazione il reato e la responsabilità penale le pene e le misure di sicurezza*, t. 2, Milano, 1997, 1771 ss.

Sulla (scarsa) attenzione dedicata dalla giurisprudenza a motivare le ragioni che hanno portato alla commisurazione concreta della pena, si veda 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 *Ind. pen.*, 2015, 3, 370 ss.

¹⁵⁰ Per tutti sul punto, BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., X, 5, 32 e 105.

¹⁵¹ Così DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1205.

Analogamente, PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, cit., 438, parla di «fantasmagoria» dei limiti.

¹⁵² VASSALLI, *La pena in Italia oggi*, cit., 1773.

¹⁵³ ROMANO, GRASSO, sub art. 132, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 1990, 281; 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., 378.

In giurisprudenza, nel senso che, quando la pena sia vicina al minimo edittale, non sia necessario esaminare in motivazione tutti gli elementi di cui all’art. 133 c.p., potendosi invece limitare a riferirsi alle necessità di adeguamento al caso concreto, Cass., Sez. II, 23 settembre 2009, V.G., in *Guida dir.*, 2010, 9, 85.

¹⁵⁴ A riguardo, in particolare, COPPOLA, *Le scelte sanzionatorie alla prova del principio di proporzionalità. Un’ipotesi di “valorizzazione” dal confronto con il Sentencing System inglese*, cit., 12, che enuclea,

allora la giurisprudenza pare richiedere qualche sforzo argomentativo in più, con la conseguenza, «aberrante»¹⁵⁵, di degradare la motivazione a garanzia per il solo imputato¹⁵⁶, della cui insufficienza egli non può dolersi allorquando ha già goduto di un trattamento sanzionatorio «benevolo»¹⁵⁷.

Il quadro fin qui descritto ci porta a interrogarci allora sulla opportunità di mantenere, in capo al giudice della cognizione, una commisurazione della pena largamente lasciata a fattori intuitivi, spesso clemenziale – anche al fine di “bilanciare” le troppo gravose cornici legislativamente fissate –, in cui viene disatteso l’obbligo di motivazione previsto dall’art. 132 c.p. Certo non favorisce una maggiore profusione di sforzi neppure la consapevolezza che la pena irrogata potrà subire modifiche *in executivis*, in virtù del riconoscimento dei benefici penitenziari¹⁵⁸. Insomma, vi sono «vistose divaricazioni tra pena minacciata, pena inflitta e pena eseguita»¹⁵⁹, che minano la credibilità del sistema.

Che non sia il caso, riservandoci di tornare sul tema, di demandare *in toto* le scelte *quoad poenam* a un giudice diverso, lasciando al giudice della cognizione soltanto di giudicare circa la colpevolezza dell’imputato.

Parte II

6. *Criticità dell’attuale assetto monofasico nel sistema italiano.* Nel corso del presente lavoro l’esperienza inglese è stata utilizzata alla stregua di una lente attraverso la quale individuare le storture e le disfunzioni del sistema interno, prima, per tentare di sug-

accanto allo svuotamento dell’obbligo di motivazione, ulteriori distorsioni subite dagli artt. 132 e 133 c.p., tra le quali, la standardizzazione dei risultati sanzionatori, orientanti verso pene “tonde” e l’amplificazione dell’intuizionismo giudiziario.

¹⁵⁵ Così, sul punto, DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 59.

¹⁵⁶ Sul fatto che la motivazione non sia solo una garanzia per il singolo, bensì posta in capo a un interesse dell’intera collettività, AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, 188-189, muovendo dalla collocazione del dovere di motivare, posto tra le norme costituzionali sulla giurisdizione e non tra i rapporti civili, diversamente dal diritto di difesa, dalla presunzione d’innocenza e dalla tutela della libertà personale.

¹⁵⁷ DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, cit., 59.

¹⁵⁸ In chiave monografica, sul tema, VIGONI, *La metamorfosi della pena nella dinamica dell’ordinamento*, cit., 46-47, la quale afferma che «[p]er effetto dei meccanismi penitenziari, la sanzione individuata dal giudice di cognizione può trovare significative modifiche nel *quantum*, nella *species* e nel *modus*, tanto da rendere instabile ed incerto il profilo sanzionatorio, che può essere variamente definito in progressivi momenti commisurativi pertinenti alla giurisdizione di sorveglianza».

¹⁵⁹ DOLCINI, *Per un’analisi dell’evoluzione della pena in Italia*, in *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland, Atti del Convegno in onore di David Garland*, Università di Milano-Bicocca, 1° marzo 2004, a cura di Ceretti, Milano, 2005, 134.

gerire strade alternative, che possano auspicabilmente porvi rimedio, poi.

Insomma, qui non si propone un *legal transplant* dei congegni procedurali propri della fase deputata alla commisurazione della pena, così come esistenti nel diritto inglese e gallese, consapevoli dell'enorme distanza tra i sistemi presi a riferimento, dal punto di vista storico, giuridico e sociale, tale per cui ogni importazione di istituti elaborati per mezzo di prassi secolari, di *common law*, sarebbero con ogni probabilità destinati a crisi di rigetto. La qual cosa non rende inutile, in ogni modo, un confronto¹⁶⁰ in chiave di elaborazione di soluzioni *de iure condendo*.

Volendo, per prima cosa, tirare le fila di quanto fin qui individuato quale profilo di criticità che caratterizza l'assetto italiano odierno, nella *pars destruens* del lavoro non si può che muovere dal divieto di perizia psicologica o criminologica (art. 220, comma 2, c.p.p.), di cui si è parlato in contrapposizione alla vasta base documentale a disposizione del *sentencer*. In tale sede abbiamo visto che, diversamente dal sistema inglese, ove il decidente può giovare di una ampia gamma di documenti utili a meglio calibrare la sanzione penale, il processo penale italiano sconta, fin dalla vigenza del codice abrogato, una sorta di aporia¹⁶¹ tra quanto richiesto dal codice penale sostanziale - e, segnatamente, dall'art. 133 c.p.¹⁶² - e quanto prescritto dal codice di rito. Infatti, mentre il primo sancisce l'obbligo dell'esame della personalità del delinquente¹⁶³, disponendo che il giudice debba tener conto, nell'esercizio della sua discrezionalità per l'applicazione della pena, anche della capacità a delinquere del reo, desunta, tra le altre cose, dal carattere e dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale dello stesso, il secondo non appronta i necessari strumenti utili allo scopo¹⁶⁴. Anzi, al pari dell'art. 314 c.p.p. abrogato, l'odierno art. 220, comma 2,

¹⁶⁰ La dottrina che si è occupata dell'importanza degli studi comparatistici nel campo della giustizia penale è vastissima. Per quello che qui importa, a titolo meramente esemplificativo, si veda FRASE, *Comparative Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: How Do the French Do It, How Can We Find Out, and Why Should We Care?*, cit., 542 ss.

¹⁶¹ VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, cit., 279, che registra l'«impasse ordinamentale».

¹⁶² CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale in due fasi*, cit., 707.

Nel senso che la disposizione in parola costituirebbe «lo strumento di regolamentazione della discrezionalità giudiziaria *in criminalibus*», cui però non è accompagnato un «vincolo di scopo», VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, cit., 261-262.

¹⁶³ In tal senso, NUVOLONE, *Relazione*, cit., 175.

Ancora, secondo CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale in due fasi*, cit., 707, «[n]essun dubbio è, d'altronde, consentito circa il ruolo fondamentale che, in una giustizia penale davvero moderna, non può non riconoscersi all'esame della personalità dell'imputato, ai fini di un'efficace individualizzazione delle sanzioni da irrogare nei singoli casi concreti».

¹⁶⁴ A riguardo, in chiave monografica, MONTAGNA, *I confini dell'indagine personologica nel processo*

c.p.p. vieta la perizia sulla personalità del reo, dalla quale, di contro, il giudice non può prescindere al fine di formulare un giudizio il più possibile completo sulla personalità dell'autore del reato¹⁶⁵. Unica eccezione, nel rito ordinario¹⁶⁶, concerne la perizia psichiatrica, in caso di infermità totale o parziale di mente, il che porta a un fenomeno di “aggiramento del divieto”, con frequenti perizie personologiche dissimulate da perizie psichiatriche¹⁶⁷.

Ne consegue, nei casi “normali”, un appiattimento della valutazione dell'agente, la quale viene limitata ai suoi precedenti penali, acquisibili *ex art.* 236 c.p.p. oppure ai sensi dell'art. 238 *bis* c.p.p.¹⁶⁸, là dove, invece, un esame più ponderato sarebbe doveroso, specie in considerazione del fatto che la stessa rileva non solo ai fini della commisurazione della sanzione ma anche della concessione dei c.d. benefici penali (si pensi, ad esempio, alle attenuanti generiche e alla sospensione condizionale¹⁶⁹), nonché in tutta una serie di situazioni in cui viene richiamato l'art. 133 c.p. (dichiarazione di abitualità, di professionalità o di delinquenza per tendenza; determinazione della qualità di persona socialmente pericolosa ai fini dell'applicazione della misura di sicurezza *ex art.* 203 c.p.), incidendo in maniera rilevante sulla pena in concreto subita¹⁷⁰. Eppure le esigenze di riforma sotto questo profilo, palesate già oltre mezzo

penale, cit., 149 ss.

¹⁶⁵ Secondo LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2017, 260, il divieto in parola, seppure giustificabile per motivi di economia processuale, si pone in evidente contrasto con l'art. 27, comma 3, cost., nonché con l'art. 133 c.p.

¹⁶⁶ Non può tacersi, infatti, come il microsistema dedicato all'imputato minorenni veda l'esame della personalità del minore alla base di ogni intervento giudiziale, derogando, così, al divieto di cui all'art. 220, comma 2, c.p.p., secondo quanto sancito dall'art. 9 d.P.R. n. 448 del 1988: sul punto in dottrina, per tutti, PATANÈ, sub *Art. 9*, in *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. 448/1988*, a cura di Giostra, Milano, 2016, 133 ss.; PRESUTTI, *Evoluzione e caratteri fondanti del sistema*, in *Procedura penale minorile*, a cura di Bargis, Torino, 2019, 45 ss.

¹⁶⁷ Lo rileva, tra gli altri, COMUCCI, *Attualità del processo bifasico*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. II, *Procedura penale*, Milano, 2000, 108, n. 11, richiamando, in riferimento al vigore del codice abrogato, PISAPIA, *La perizia criminologica e le sue prospettive di realizzazione*, cit., 1015 ss. Al riguardo anche CURTOTTI NAPPI, *La perizia*, cit., 600-601.

¹⁶⁸ Merita segnalare come esista giurisprudenza che consente pure l'acquisizione di sentenze non irrevocabili, alla luce della definizione ampia di prova documentale offerta dalla lettera dell'art. 234 c.p.p.: ne dà conto, in dottrina, PULVIRENTI, *Dal “giusto processo” alla “giusta pena”*, Torino, 2008, 53.

¹⁶⁹ In giurisprudenza, si afferma che la discrezionalità del giudice in ordine alla concessione della sospensione condizionale risulta vincolata ai criteri di cui all'art. 133 c.p. – non potendo quindi risolversi in congetture o affermazioni apodittiche – dovendo egli motivare adeguatamente il proprio giudizio prognostico. Sui contenuti del giudizio richiesto, invece, PULVIRENTI, *Dal “giusto processo” alla “giusta pena”*, cit., 27 ss.

¹⁷⁰ Secondo PULVIRENTI, *Dal “giusto processo” alla “giusta pena”*, cit., 63, si tratta di «un paradigma che non riesce ad adempiere in modo esauriente al suo ruolo di orientamento del giudice che, accertata la penale responsabilità dell'imputato, debba determinare le conseguenze sanzionatorie del reato».

secolo fa¹⁷¹, sono state sempre disattese, per la importante considerazione che un esame sulla personalità compiuta nei confronti dell'ancora imputato avrebbe potuto ledere principi fondamentali quali la presunzione di non colpevolezza e il *nemo tenetur se detegere*. Insomma, quando la perizia sulla persona può fornire elementi a carico circa la colpevolezza della stessa, non si ritiene opportuno anticiparla in un momento precedente all'accertamento della responsabilità penale, con la conseguenza di privare – nel caso che lo stesso sfoci in una condanna – il giudice della base decisionale¹⁷² per la corretta dosimetria della pena e per valutare l'applicazione dei benefici. Tali momenti, di conseguenza, vengono affidati alla personale esperienza e conoscenza del giudice, il quale è costretto – difettando di apposita preparazione nelle scienze psicologiche e criminologiche, nonché di fonti di cognizione idonee in punto di personalità dell'imputato – a scelte basate sul proprio *intuito*, cosa, quest'ultima, talvolta non disconosciuta perfino dalla stessa giurisprudenza di legittimità¹⁷³.

¹⁷¹ Si vedano le relazioni della già richiamata Sessione «*Indagine sulla personalità dell'imputato e della persona offesa del reato nell'istruttoria*» e, in particolare, quella di NUVOLONE, *Relazione*, cit., 179, il quale proponeva un esame facoltativo della personalità in ogni caso in cui il giudice lo ritenesse opportuno, in aggiunta a un esame obbligatorio in almeno i seguenti casi: «a) quando si tratta di delitto doloso commesso da minore; b) quando si tratta del primo delitto doloso commesso da qualsiasi soggetto: delitto punibile con pena detentiva non sospensibile condizionalmente; c) quando il delitto sia tale da consentire la dichiarazione di tendenza a delinquere; d) quando si tratta di dichiarare la pericolosità sociale e di applicare le corrispondenti misure di sicurezza; e) in ogni caso di delitto d'indole sessuale». Parimenti, una indicazione nel senso di abrogare il divieto di cui all'art. 314 c.p.p. 1930 era stata avanzata fin dal 1937 dalla Suprema Corte di cassazione: ne dà conto NAPOLETANO, *Relazione*, in *Indagine sulla personalità dell'imputato e della persona offesa del reato nell'istruttoria*, in *Atti del Convegno nazionale di alcune fra le più urgenti riforme della procedura penale*, cit., 190, richiamando Cass., Sez. I, 21 maggio 1937, Lorenzon, in *Riv. dir. penit.*, 1938, 843 ss., con nota di DI TULLIO, *Lo studio della personalità del reo e l'ammissione della perizia psichiatrica nella giurisprudenza della Corte di cassazione*.

Clr., tuttavia, l'autorevole opinione di CARNELUTTI, in *Indagine sulla personalità dell'imputato e della persona offesa del reato nell'istruttoria*, in *Atti del Convegno nazionale di alcune fra le più urgenti riforme della procedura penale*, cit., 218-219, e di GIUS. SABATINI, in *Indagine sulla personalità dell'imputato e della persona offesa del reato nell'istruttoria*, in *Atti del Convegno nazionale di alcune fra le più urgenti riforme della procedura penale*, cit., 223 ss., contrari all'abrogazione del divieto di cui all'art. 314 c.p.p. 1930.

¹⁷² Sostiene che, indipendentemente dalla fase in cui si innesta, il giudizio sulla pena ha sempre una preminente componente psicologica e che, di conseguenza, poiché in fase esecutiva il giudice dispone di una base cognitiva più vasta, in quella sede dovrebbe diminuire la componente intuitiva circa il giudizio sulla personalità del condannato PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., 38-39.

¹⁷³ Ne dà atto pure Cass., Sez. II, 28 maggio 1992, Pavlovic e altro, in *Riv. pen.*, 1993, 294, con nota di ALIBRANDI, *Sulla commisurazione e motivazione della pena*, la quale afferma che «[p]ur costituendo la adeguatezza della pena nella sua concretezza più il risultato di una intuizione che di un processo logico di natura analitica, il giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale di determinazione di essa, per evitare che la discrezionalità si trasformi in arbitrio, ha l'obbligo di enunciare, sia pure concisamente, le

Sotto un diverso profilo, si assiste, in sede di cognizione, alla tendenza a ricondurre a giudizi su fatti quelli che il legislatore sembra configurare come giudizi sulla personalità dell'imputato¹⁷⁴: ad esempio, desumendo l'abitudine nel reato dai soli precedenti penali o negando, per via di essi, la concessione della sospensione condizionale¹⁷⁵. Con ciò - si è rilevato¹⁷⁶ - la valutazione del giudice viene adeguata agli strumenti di cui egli dispone, là dove dovrebbero essere questi ultimi ad adeguarsi al fine per cui gli stessi sono approntati, e non viceversa¹⁷⁷.

L'assenza di ponderazione razionale che circonda la pena o, se si vuole, l'intuizionismo che la connota, si riflette pure sul dovere di motivazione in ordine ai criteri che ne hanno comportato la commisurazione. Infatti, il giudizio è il risultato - in prima battuta - di processi automatici e di «lampi intuitivi»¹⁷⁸, ai quali segue il ragionamento basato sulle regole di legge. Del secondo dovrebbe restare traccia nella motivazione della sentenza, ma, poiché quest'ultima viene sovente lasciata a formule vuote di contenuto o scarsamente intelleggibili, non si consente al giudice dell'impugnazione un adeguato controllo¹⁷⁹.

Mentre la pratica inglese registra pronunce terminative della fase del *sentencing* che eccedono quanto prescritto dalla normativa (la quale, come si è visto, prevede che il giudice si rivolga al diretto interessato, spiegandogli brevemente e in modo compren-

ragioni che l'hanno indotto alla decisione in concreto adottata sul punto».

¹⁷⁴ SCOMPARIN, *Istanze rieducative e nuovi modelli di giurisdizione penale: l'identità perduta della magistratura di sorveglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1411.

¹⁷⁵ Si veda Cass., Sez. IV, 11 settembre 2019, Pagani, in *Mass. Uff.*, n. 277355, ove si è affermato che «[a]i fini del giudizio circa la concedibilità o meno della sospensione condizionale della pena, la presenza di precedenti condanne per reati poi estinti ai sensi dell'art. 460, comma 5, c.p.p. può legittimamente essere valutata dal giudice come elemento ostativo alla presunzione che il colpevole si asterrà, per il futuro, dal commettere ulteriori reati».

Analogamente, esiste giurisprudenza che consente al giudice di valutare anche le precedenti condanne per reati poi depenalizzati, ai fini del giudizio prognostico in questione: ad esempio, Cass., Sez. V, 3 marzo 2004, Cani, in *Mass. Uff.*, n. 229115.

¹⁷⁶ CAPRIOLI, *Pericolosità sociale e processo penale*, in *Pericolosità e giustizia penale*, a cura di Pavarini, Stortoni, Bologna, 2013, 21 ss.

¹⁷⁷ Nel senso che la «struttura è subordinata alla funzione e non viceversa»: CARNELUTTI, *Principi direttivi della riforma del processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 189.

¹⁷⁸ L'espressione, come noto, veniva utilizzata in vari contesti da Franco Cordero (non solo nella sua *Procedura penale*, ma anche in scritti filosofici, politici e in articoli pubblicati sui quotidiani - ad esempio, in *L'anomalia italiana va in scena alla UE*, in *La Repubblica*, 13 luglio 2003 -).

¹⁷⁹ A riguardo, MANNOZZI, *La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla previsione legislativa alla prassi applicativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1240-1241, la quale precisa che il giudice determina la pena prima con valutazione sintetica di tipo intuitivo (giudizio morale) e poi applica un controllo di qualità (ragionamento morale) basato sulle regole di legge; del secondo dovrebbe restare traccia significativa nella motivazione della sentenza.

sibile le conseguenze della decisione¹⁸⁰) nell'indicare i fattori presi in considerazione nella scelta della *species* e della misura della sanzione, traducendosi pertanto in un *redde rationem* confezionato "ad uso e consumo" della *Court of Appeal*¹⁸¹, in Italia le motivazioni sul punto qui in rilievo il più delle volte si riducono a clausole stereotipate¹⁸². L'impegno nel motivare si riduce poi drasticamente in ogni caso in cui la pena inflitta sia prossima al minimo edittale e siano stati concessi i benefici di legge, con ciò svilendo la funzione della motivazione della sentenza quale strumento di controllo della collettività sull'operato del giudice penale, e non solo garanzia del singolo interessato¹⁸³.

Sennonché, tacciare *sic et simpliciter* di indulgenzialismo i giudici italiani sarebbe ingeneroso, se solo si considera che le cornici edittali stabilite dal legislatore sono unanimemente considerate del tutto sproporzionate¹⁸⁴ e bisognose di urgente riforma. Ne deriva quindi, da un lato, un divario tra pena comminata dalla legge e pena irrogata dal giudice, dall'altro lato, un secondo divario tra pena inflitta e pena effettivamente scontata¹⁸⁵. A proposito di questo secondo aspetto, infatti, gli interventi del giudice esecutivo e della magistratura di sorveglianza modificano nel profondo la scelta sanzionatoria del giudice di cognizione, riproducendo talvolta il paradigma decisorio tipico del giudizio¹⁸⁶, vantando il condannato - come ha autorevolmente

¹⁸⁰ Si veda, in particolare, la sec. 52 del *Sentencing Code*.

¹⁸¹ Detta tendenza in ordine ai *sentencing remarks* viene messa in luce, ad esempio, in Chin-Charles [2019] EWCA Crim 1140.

¹⁸² Lo rileva, tra molti, in dottrina, SCOMPARIN, *Istanze rieducative e nuovi modelli di giurisdizione penale: l'identità perduta della magistratura di sorveglianza*, cit., 1409.

Nella dottrina più risalente, si veda BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 5.

Cfr., in giurisprudenza, Cass., Sez. II, 9 ottobre 1992, P.m. in proc. Elleboro, in *Mass. Uff.*, n. 192645, ove si è affermato che «[a]i fini del puntuale adempimento dell'obbligo di motivazione, anche in ordine alla scelta e al dosaggio della sanzione, non è sufficiente il mero richiamo all'art. 133 c.p., senza l'indicazione degli elementi giustificativi, con particolare riguardo a quello psicologico e alla condotta, durante e dopo la commissione del reato, la cui valutazione è essenziale per l'equa commisurazione della pena al caso concreto, in conformità all'art. 3 della Costituzione».

¹⁸³ DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, cit., 59.

¹⁸⁴ Per tutti, DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, cit., 1205; PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, cit., 438.

¹⁸⁵ Di conseguenza la pena decisa dal giudice di cognizione sarebbe una pena "virtuale", mentre la vera commisurazione verrebbe svolta dal magistrato di sorveglianza: così CAPRIOLI, *Introduzione*, in *Procedura penale dell'esecuzione*, a cura di Caprioli, Vicoli, Torino, 2011, 19.

¹⁸⁶ In tal senso, si veda DEAN, FONTI, *La giurisdizione penale*, cit., 33.

Sul tema si veda pure GAITO, *Dagli interventi correttivi sull'esecuzione della pena all'adeguamento continuo del giudicato: verso un processo penale bifasico?*, cit., 893, il quale parla di «*plena cognitio*» del giudice dell'esecuzione, e ID., *Poteri di integrare il merito "post rem iudicatam"*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 1317.

sostenuto il giudice delle leggi in un arresto ormai risalente - il diritto a un esame periodico della pretesa punitiva¹⁸⁷. Del resto, è la stessa attuazione, nel nostro ordinamento, della concezione costituzionale della pena ad aver indotto l'espansione del ruolo degli organi giurisdizionali competenti *post rem iudicatam*¹⁸⁸ e ad aver reso la sanzione penale sempre più una «realtà giuridica in divenire»¹⁸⁹.

Si pensi, in via di prima esemplificazione, all'applicazione del concorso formale o del reato continuato nella fase esecutiva¹⁹⁰, prevista dall'art. 671 c.p.p.¹⁹¹, il quale permette al giudice dell'esecuzione di rivedere questioni coperte dal giudicato, in modo da determinare - tramite una rivalutazione sull'elemento soggettivo del reato¹⁹² - se le stesse appartengano a un medesimo disegno criminoso, consentendogli così di modificare la pena anche in modo sensibile, per effetto dell'applicazione del cumulo giuridico¹⁹³, con il solo limite che la questione non sia già stata esaminata (ed esclusa¹⁹⁴) dal giudice di cognizione.

¹⁸⁷ Corte cost., 4 luglio 1974, n. 204, in *Giur. cost.*, 1974, 1707 ss.

¹⁸⁸ In tal senso, LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., 32.

¹⁸⁹ PITTARO, *La sanzione penale come realtà giuridica in divenire*, in *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, a cura di Presutti, Padova, 1999, 256.

¹⁹⁰ Cosa che era stata considerata dalla direttiva n. 97 della legge delega del 1987, la quale prevedeva la «possibilità di valutare anche in fase di esecuzione il concorso formale di reati e la continuazione, sempre che non siano stati precedentemente esclusi dal giudizio di cognizione»: a riguardo CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. III, *Le direttive della delega per l'emanazione del nuovo codice (art. 2 legge 16 febbraio 1987, n. 81)*, Padova, 1990, 753 ss.

¹⁹¹ Secondo DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., 57, «la norma in questione costituisce anche un'importante chiave di lettura del sistema, perché permette di ricomporre armonicamente quelle fratture interpretative che, per lungo tempo, hanno caratterizzato i rapporti tra reato continuato e cosa giudicata nelle dinamiche del processo penale di cognizione».

Sul tema, si veda VARRASO, *Il reato continuato. Tra processo ed esecuzione penale*, Padova, 2003.

¹⁹² LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., 92.

Si veda, sul punto, pure COMUCCI, *Attualità del processo bifasico*, cit., 111, la quale pone in luce le lacune normative del congegno, in cui risultano indefiniti i poteri di acquisizione probatoria e di accertamento circa la medesimezza del disegno criminoso.

Analogamente, VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., 230-232, ritiene che il recupero in fase esecutiva abbia funzione «riequilibrante».

¹⁹³ COMUCCI, *Attualità del processo bifasico*, cit., 109 ss., e KALB, *Funzioni e finalità della pena tra teoria e prassi nella determinazione giudiziale*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. II, *Procedura penale*, Milano, 2000, 108, 390, evidenziano come la scelta normativa fosse necessaria per rimediare alle conseguenze negative del *favor separationis* espresso dal nuovo codice di rito; DEAN, FONTI, *La giurisdizione penale*, cit., 33; LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., 90 ss.

¹⁹⁴ Nel senso che non dovrebbe rilevare, al fine, il silenzio serbato sul punto dal giudice della cognizione, GAITO, *Concorso formale e reato continuato nella fase dell'esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1003; VARRASO, *Il reato continuato. Tra processo ed esecuzione penale*, cit., 374; VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., 238.

Ancora, la revoca della sentenza per *abolitio criminis*, di cui all'art. 673 c.p.p., autorizza a sopprimere il comando punitivo per esigenze di giustizia sopravvenute all'irrevocabilità della sentenza, essendo non più in vigore la fattispecie incriminatrice¹⁹⁵, in modo tale da realizzare una costante verifica della compatibilità tra il *decisum* e i valori fondamentali dell'ordinamento¹⁹⁶.

Prima di procedere oltre, occorre poi rammentare come, mediante la sospensione dell'ordine di esecuzione di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p.¹⁹⁷, sia già presente nel sistema – seppure surrettiziamente – un elemento di bifasicità, giacché il momento esecutivo della pena viene congelato temporaneamente, in vista della trasformazione, da parte degli organi di sorveglianza, della sanzione decisa dal giudice della cognizione¹⁹⁸. Allorché sia possibile applicare una misura alternativa (ad esempio, affidamento in prova¹⁹⁹, detenzione domiciliare, semilibertà), viene quindi già attuato uno schema bifasico “differito”²⁰⁰, poiché, congelata l'esecuzione dell'ordine in parola,

¹⁹⁵ GATTO, *Dagli interventi correttivi sull'esecuzione della pena all'adeguamento continuo del giudicato: verso un processo penale bifasico?*, cit., 893, afferma che la disposizione richiamata codifica il principio per cui, se viene giuridicamente annullata la premessa, non può permanere l'effetto.

VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., 196, puntualizza che l'intervento non può mettere in discussione quanto accertato dal giudice della cognizione: è consentita al giudice dell'esecuzione solo una verifica formale della fattispecie, così come delineata nella sentenza di condanna.

¹⁹⁶ COMUCCI, *Attualità del processo bifasico*, cit., 115 ss.; DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., 55.

¹⁹⁷ Introdotta nel codice di rito a opera della legge Simeone (l. 27 maggio 1998, n. 165), al fine di consentire ad alcuni condannati per pene detentive brevi un accesso immediato alle misure alternative, senza transitare dal carcere, in ragione della natura criminogena dello stesso e del sovraffollamento. In dottrina, a riguardo, PRESUTTI, *Legge 27 maggio 1998 n. 165 e alternative penitenziarie: la pena rinnegata*, in *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, a cura di Presutti, Padova, 1999, 27 ss. A riguardo, pure LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., 95 ss.; VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, cit., 337-338.

¹⁹⁸ In tal senso, VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., 324.

Similmente, ritiene l'istituto in questione un caso emblematico di operatività del modello bifasico nel campo d'intervento della magistratura di sorveglianza DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., 15 ss.

¹⁹⁹ Ritenuta in dottrina la misura alternativa più coerente con la personalizzazione: in tal senso, ad esempio, VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, cit., 336.

²⁰⁰ Nel senso che «[a]ttraverso questo particolare schema esecutivo si assiste ad una “metamorfosi” della prospettiva sanzionatoria – dalla pena (inflitta dal giudice di cognizione) alla misura alternativa (concessa dal giudice di sorveglianza) – che in parte richiama quel modello bifasico, tipico degli ordinamenti di *common law*», si veda VIGONI, *L'esecuzione penale*, in *Procedura penale*, Torino, 2020, 937. L'autrice aveva già espresso una simile visione anche in *La metamorfosi della pena nella dinamica dell'ordinamento*, cit., 42, e in *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., 93-94 e 324, ove afferma che l'introduzione surrettizia del modello bifasico, nella variante che presuppone il

viene concesso un termine perentorio all'interessato per rivolgere istanza al Tribunale di sorveglianza di accesso a misura alternativa. In tal modo si evita un "transito" in carcere²⁰¹ - con tutto ciò che ne deriva in termini desocializzanti²⁰² - da parte di un soggetto già in possesso dei requisiti per accedere alle misure alternative. Detto meccanismo, oggetto di progressivo ampliamento da parte del legislatore²⁰³, risente però

giudicato, ha comportato una «doppia marcia» della giustizia esecutiva: «qualora il fatto venga calamitato all'interno della procedura sospensiva, si realizza un reale sdoppiamento della verifica del fatto/della responsabilità e del trattamento sanzionatorio e, nel contempo, una (possibile) mutazione della pena detentiva in misura alternativa; diversamente, vale il giudizio monofasico del giudice di cognizione, come pure il profilo esecutivo-detentivo, così com'è definito nella sentenza di condanna».

²⁰¹ La coerenza dell'istituto con lo scopo di deflazionare le carceri, evitando che vi faccia ingresso chi è libero, viene sottolineata da Corte cost., 2 marzo 2018, n. 41, in *Cass. pen.*, 2018, 1937, con nota di APRILE, *Per la Consulta la sospensione dell'ordine di esecuzione è ora dovuta quando la pena detentiva da espriare è di quattro anni*, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 5, c.p.p., nella parte in cui non prevedeva la sospensione, da parte del pubblico ministero, dell'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro.

In dottrina, si vedano FIORENTIN, *L'esecuzione della pena e il difficile bilanciamento tra istanze di difesa sociale e rieducazione dei condannati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 2221; GIANFILIPPI, *L'illegittimità costituzionale dell'art. 656 comma 5 c.p.p. nella parte in cui non consente la sospensione dell'esecuzione delle pene non superiori a quattro anni di detenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 936; MACRILLÒ, *Esecuzione delle pene detentive: l'auspicata declaratoria di incostituzionalità dell'art. 656, comma 5, c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1153; MARCHESI, *Sospensione dell'ordine di esecuzione e affidamento in prova allargato: la sentenza n. 41/2018 della Corte costituzionale tra asimmetrie legislative e riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2018, 305; TRAPPELLA, *Automatica sospensione dell'ordine di esecuzione e accesso alle misure alternative: un binomio da tutelare in attesa della riforma*, in *Cass. pen.*, 2018, 1924; VICOLI, *Un decisivo passo verso il recupero degli equilibri sistemati: elevata a quattro anni la soglia per la sospensione dell'ordine di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 2018, 500.

²⁰² Considerazione che vale anche per le pene detentive corte. È noto, in letteratura, l'effetto più dannoso che utile delle pene detentive breve: il poco tempo non consente, infatti, alcun intervento trattamentale, mentre si subisce l'effetto alienante del carcere. A riguardo, tra molti, DOLCINI, PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano, 1989, 6; MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, 488; PADOVANI, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, 44 ss.

²⁰³ Merita, però, rammentare come di recente siano stati ampliati i reati rientranti nell'art. 4 bis ord. penit. («Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti»), da ultimo, con l'inserimento ad opera della legge 9 gennaio 2019, n. 3 (cd. legge "Spazzacorrotti") di molti reati contro la pubblica amministrazione. Detta legge veniva però dichiarata incostituzionale, non applicandosi soltanto ai condannati per fatti commessi successivamente alla sua entrata in vigore: si veda Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 32, in www.cortecostituzionale.it.

In dottrina, a tale riguardo, *ex multis*, COLAIACOVO, *Ordinamento penitenziario e diritto intertemporale: punti fermi e prospettive*, in *Giur. cost.*, 2020, 2114 ss.; FRAGASSO, *Irretroattività delle limitazioni all'accesso alle misure alternative previste dall'art. 4bis ord. penit.: dalla Corte costituzionale una conferma dell'approccio antiformalistico in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1132 ss.; GIANFILIPPI, *Il divieto di interpretazione retroattiva delle modifiche peggiorative in materia di concedibilità delle misure alternative: la svolta della Corte Costituzionale nella sent. 32/2020 e l'argine ad un uso simbolico dell'art. 4bis*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1459 ss.; F. SIRACUSANO, *L'irretroattività ir-*

delle lunghe tempistiche e delle carenze di organico della magistratura di sorveglianza²⁰⁴. Oltre al cattivo funzionamento pratico, già la collocazione temporale di consimile decisione suscita perplessità: non si comprende, insomma, perché consentire che il comando del giudice della cognizione debba restare in *standby*, in attesa di una eventuale istanza dell'interessato, in vista della pronuncia della magistratura di sorveglianza che muta la pena originariamente inflitta²⁰⁵, traducendosi, in sostanza, nella «sconfessione del giudicato appena formatosi»²⁰⁶.

In aggiunta a questa ipotesi, un'ulteriore previsione che consente di affermare che il fenomeno della bipartizione processuale penale non sia del tutto estraneo al nostro ordinamento è ravvisabile altresì nell'art. 205 c.p.²⁰⁷, nella parte in cui consente di disporre per la prima volta le misure di sicurezza anche con provvedimento successivo alla sentenza definitiva: a) nel caso di condanna, durante l'esecuzione della pena o durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena; b) nel caso di proscioglimento, qualora la qualità di persona socialmente pericolosa sia presunta, e non sia decorso un tempo corrispondente alla durata minima della relativa misura di sicurezza; c) in ogni tempo, nei casi stabiliti dalla legge (ad esempio, dichiarazione di abitualità o professionalità nel reato).

Ancora, volgendo questa volta lo sguardo al di fuori del processo ordinario, merita osservare che una forma di imposizione bifasica della sanzione «affiora»²⁰⁸ nel rito

rompe nella fase dell'esecuzione penale: luci e ombre di una svolta epocale, in *Giur. cost.*, 2020, 936 ss.
²⁰⁴ VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., 324 ss.; LAVARINI, *Ordine di esecuzione e meccanismi sospensivi*, in *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, a cura di Caprioli, Scomparin, Torino, 2015, 64; MONTEVERDE, *Tribunale delle pene e processo bifasico: realtà e prospettive*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1163; VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, cit., 338.

²⁰⁵ Per tali considerazioni, PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., 314-315.

²⁰⁶ Così COMUCCI, *Attualità del processo bifasico*, cit., 126, la quale, pur riconoscendo che l'anomalia deriva dal fatto che la scelta del giudice della cognizione in ordine alla *species* della pena è ridotta al binomio pena pecuniaria-pena detentiva, sottolinea come, di conseguenza, sia mutata la natura delle misure alternative, utilizzate in chiave sostitutiva della detenzione, a prescindere dall'esistenza di esigenze di trattamento, producendo effetti impropri sull'effettività della pena e ledendo il principio di legalità. A riguardo, ancora, MONTEVERDE, *Tribunale delle pene e processo bifasico: realtà e prospettive*, cit., 1164, che rileva come «la pena inflitta dal giudice della cognizione è ancora una pena virtuale, definita sotto il profilo quantitativo, non sotto il profilo qualitativo, spettando al giudice della sorveglianza definirla sotto tale profilo. E gli elementi che ha il giudice della sorveglianza per la sua decisione, in questi casi, non si rilevano dai risultati della osservazione e del trattamento, che qui non ci sono, ma applicando i criteri di cui all'art. 133 c.p.» (corsivi dell'autore).

²⁰⁷ CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale in due fasi*, cit., 706-707; LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., 85.

Sul tema, si veda altresì MUSCO, voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 762.

²⁰⁸ Verbo utilizzato da VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., 161.

celebrato davanti al giudice di pace, nella misura in cui l'art. 33 d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274²⁰⁹ prevede uno schema bifasico «“compresso”»²¹⁰, qualora il giudice laico intenda applicare una pena diversa da quella pecuniaria. In tal caso, lo stesso dà lettura del dispositivo “preliminare” della sentenza e l'imputato (o il difensore munito di procura speciale), a quel punto, può chiedere l'applicazione continuativa della permanenza domiciliare oppure l'applicazione del lavoro di pubblica utilità. Trattasi, quindi, di una sentenza di condanna il cui dispositivo è integrato, successivamente alla sua stessa pronuncia, per effetto della dichiarazione di volontà dell'imputato. Detto congegno esalta la presunzione di non colpevolezza, consentendo alla difesa di evitare di formulare richieste subordinate e relative alla pena fino a dopo l'eventuale condanna²¹¹.

Da quanto precede sembra emergere che il modello “monofase” del nostro ordinamento non risulta essere un monolite, per nulla intaccato da elementi spuri: da qui appare allora doveroso chiedersi se l'introduzione del modello bifase di *common law* potrebbe risultare opportuno e coerente, se non addirittura «naturale»²¹².

7. *Evoluzione e fisionomia della giurisdizione post rem iudicatam*. Fatte queste premesse, conviene spendere ora qualche considerazione a proposito dell'evoluzione, nonché delle attuali caratteristiche della giurisdizione della fase *post rem iudicatam*, seppure nei limiti di ciò che interessa ai fini del presente lavoro.

Anzitutto, va sottolineato come la “giurisdizione esecutiva in senso lato” sia da scindere in “giurisdizione esecutiva in senso stretto” e “giurisdizione rieducativa”²¹³. Ben-

²⁰⁹ Sull'istituto si vedano D'ASCOLA, *Il ruolo del difensore*, in *La competenza penale del giudice di pace. D.lgs. 28 agosto 2000, n. 274*, Milano, 2000, 297-298; RIVIEZZO, *Il giudizio*, in *La competenza penale del giudice di pace. D.lgs. 28 agosto 2000, n. 274*, Milano, 2000, 151 ss.; VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, Milano, 2006, 351-352.

²¹⁰ VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., 278-279.

²¹¹ D'ASCOLA, *Il ruolo del difensore*, cit., 297.

²¹² Trattando del progetto Grosso, parlava di «evoluzione, [...] quasi naturale, del nostro ordinamento verso il modello bifasico» LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., 294.

Di «percorso, all'evidenza ormai irreversibile, verso la formale adozione di un sistema “a doppia pronuncia”» parla DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., 16.

Nella dottrina più risalente, si vedano, tra gli altri, pure CAMASSA, *Il processo bifase per una giustizia più moderna*, in *Riv. pen.*, 1970, II, 640 ss., che teorizzava due fasi distinte, di competenza, però, dello stesso giudice; GIANNITI, *Il problema della divisione del processo penale in due fasi*, in *Giust. pen.*, 1976, I, 161 ss., il quale proponeva una strada intermedia, costituita dalla condanna generica con sospensione del dibattimento per la determinazione della sanzione, da effettuarsi, di norma, davanti allo stesso giudice.

²¹³ CAPRIOLI, *Introduzione*, cit., 6; CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, 53.

Per una tripartizione, che tiene conto anche della “giurisdizione di sicurezza”, si veda GIOSTRA, *Tre settori da differenziare nei rapporti tra giurisdizione ed esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*,

ché, sul piano procedimentale, la seconda mutui le forme²¹⁴ dello “schema tipico”²¹⁵ dalla prima, atteso il rinvio, da parte dell’art. 678 c.p.p.²¹⁶ (dedicato, come noto, al procedimento di sorveglianza), all’art. 666 c.p.p. che disciplina il procedimento di esecuzione, le due giurisdizioni *de quibus* si diversificano per oggetto. Rispetto alla sfera di competenza del giudice dell’esecuzione, connotata da maggiore tecnicismo, la magistratura di sorveglianza si caratterizza per esercitare un giudizio sulla personalità²¹⁷ del condannato nell’ottica di un suo reinserimento nella società e in attuazione del principio di umanità della pena²¹⁸. A scanso di equivoci, si precisa altresì, sin d’ora, che sarebbe errato far coincidere la giurisdizione rieducativa con i soli procedimenti aventi a oggetto la concessione delle misure alternative alla detenzione, dovendovi invece ricomprendere quelle situazioni in cui il giudice verifica se la sanzione penale assolva, *ab origine* o in via sopravvenuta, alle finalità imposte dall’art. 27, comma 3, cost.²¹⁹.

Partendo dalla definizione della nozione in senso stretto, per esecuzione penale può intendersi, in prima battuta, la configurazione giuridica che assume il momento attuativo del provvedimento del giudice penale, in cui si svolgono attività tese a rendere attuale e concreto il comando²²⁰ contenuto in esso²²¹. L’avvento della Costituzione repubblicana, da un lato, e la crisi del mito dell’intangibilità del giudicato, dall’altro lato, ne hanno tuttavia trasformato enormemente i connotati, a partire dalla sua pro-

1981, 1386 ss.

²¹⁴ Sul modello tendenzialmente unitario *in executivis* che il rinvio realizza, PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 133.

²¹⁵ LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., 171 e 228.

²¹⁶ DEAN, *Ideologie e modelli dell’esecuzione penale*, cit., 106, evidenzia come vi siano pochi, ma significativi, elementi di specialità.

²¹⁷ PRESUTTI, *Profili premiali dell’ordinamento penitenziario*, Milano, 1986, 137; DINACCI, *Modello esecutivo e « giusto processo »*, in Fiorio, Fonti, Montagna, *Inazione, controlli, esecuzione. Atti del Convegno in ricordo di Giovanni Dean*, Pisa, 2017, 199.

²¹⁸ CORBI, *L’esecuzione nel processo penale*, cit., 352 ss.

A riguardo, pure PULVIRENTI, *Dal “giusto processo” alla “giusta pena”*, cit., 21, il quale evidenzia come il procedimento di sorveglianza abbia visto ampliato il proprio raggio d’azione, tanto da ricomprendere ora la possibilità di modificare la pena ancora prima che abbia avuto inizio l’espiazione della pena detentiva, in forza dell’art. 656, comma 5, c.p.p.

²¹⁹ PULVIRENTI, *Dal “giusto processo” alla “giusta pena”*, cit., 23, il quale in seguito (pp. 143-144) specifica che le misure alternative alla detenzione non rinnegano la funzione della pena, promuovendone al contrario «una accezione differenziata e dinamica».

²²⁰ Nel senso che i provvedimenti dell’autorità giudiziaria contengono una decisione (il giudizio) e un atto di volontà (il comando), CORBI, *L’esecuzione nel processo penale*, cit., 5 ss.; CAPRIOLI, *Introduzione*, cit., 1; DEAN, *Ideologie e modelli dell’esecuzione penale*, cit., 83.

²²¹ In tali termini, FELICIONI, *Considerazioni sul processo penale bifasico*, cit., 153-154.

gressiva giurisdizionalizzazione²²², avvenuta sotto l'egida della Corte costituzionale²²³, all'esito della quale la fase esecutiva non si appalesa più soltanto deputata all'attuazione del comando punitivo contenuto nel provvedimento del giudice²²⁴, bensì involge provvedimenti e atti tali da modificare i contenuti di detto comando²²⁵. La qual cosa veniva anticipata dalle direttive n. 96²²⁶ e n. 98²²⁷ della legge delega (l. 16 febbraio 1987, n. 81), che prescrivevano l'applicazione al procedimento di esecuzione dei precetti valevoli in materia giurisdizionale²²⁸.

Con il nuovo codice, si è passati, insomma, dagli incidenti di esecuzione al giudice dell'esecuzione²²⁹, cui spetta conformare il titolo esecutivo²³⁰. Ne deriva «un quadro di

²²² CAPRIOLI, *Introduzione*, cit., 7 ss. (si veda però p. 17, ove si afferma che è giustificata l'opinione di parte della dottrina, secondo la quale l'esecuzione penale non è una fase integralmente giurisdizionale); CAVALLARI, *La giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale*, in *Carcere e società*, a cura di Cappelletto, Lambroso, Padova, 1976, 44; CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., 54; DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., 4 ss.; GAITO, RANALDI, *Esecuzione penale*, Milano, 2016, 52 ss.; LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., 33 ss.; PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, 211 ss.; SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino, 2015, 134 ss.

Sul punto si veda, in chiave critica, anche TRAPPELLA, *Il contraddittorio dopo il giudicato*, Padova, 2018, 218 ss.

²²³ DINACCI, *Modello esecutivo e «giusto processo»*, cit., 178, il quale richiama Corte cost., 27 maggio 1968, n. 53; Corte cost., 18 aprile 1974, n. 104; Corte cost., 16 febbraio 1993, n. 53.

²²⁴ Per tale definizione, CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., 5 ss.

²²⁵ CAPRIOLI, *Introduzione*, cit., 3 ss.

²²⁶ In particolare, la direttiva n. 96 imponeva l'adozione di «garanzie di giurisdizionalità nella fase dell'esecuzione, con riferimento ai provvedimenti concernenti le pene e le misure di sicurezza»: per il testo della direttiva, CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. III, *Le direttive della delega per l'emanazione del nuovo codice (art. 2 legge 16 febbraio 1987, n. 81)*, cit., 749 ss. In dottrina, a tale proposito, si veda CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., 46 ss.

²²⁷ Direttiva n. 98: «coordinamento con i principi della presente legge delega dei procedimenti di esecuzione e di sorveglianza anche attraverso la regolamentazione delle competenze degli organi». Sul punto, CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. III, *Le direttive della delega per l'emanazione del nuovo codice (art. 2 legge 16 febbraio 1987, n. 81)*, cit., 756 ss.

²²⁸ Sulle direttive menzionate nel complesso, si vedano GREVI, NEPPI MODONA, *Introduzione alla delega del 1987 (art. 2)*, in CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. III, *Le direttive della delega per l'emanazione del nuovo codice (art. 2 legge 16 febbraio 1987, n. 81)*, cit., 58 ss.; DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., 6 ss.; LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., 67 ss.

²²⁹ In termini leggermente diversi, CANZIO, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 aprile 2016, 1, rileva il mutamento, di contenuto e non di forma, nel passaggio dal «giudice degli incidenti» al «giudice che conosce dell'esecuzione del provvedimento».

Analogamente, a proposito, CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., 177; DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., 95 ss., il quale ne segnala l'importanza, lungi dall'essere una questione di mera nomenclatura, perché volta a sottolineare come nell'attuale codice la presenza giurisdizionale *in executivis* sia generale e costante, e non meramente incidentale.

sistema connotato da un'esecuzione flessibile che non è più soltanto, tradizionalmente, il momento attuativo della pretesa punitiva dello Stato ma, più modernamente, è anche [...] il momento realizzativo del finalismo rieducativo della sanzione penale»²⁹¹. Al contempo, il giudice dell'esecuzione è divenuto il “garante della pena legale”, potendo egli correggere, eliminare o rideterminare le pene accessorie erroneamente applicate dal giudice di cognizione²⁹², qualora quest'ultimo abbia ommesso di applicare la pena accessoria predeterminata *ex lege* o, mancando indicazioni di legge, nella misura in cui non si tratti di adottare valutazioni discrezionali in ordine alla specie e durata di essa, essendo precluse dopo il giudicato²⁹³. Parimenti, sussiste in capo al giudice dell'esecuzione un potere di rideterminare la pena nel *quantum*, in caso di *abolitio criminis*, oppure di pronuncia di illegittimità costituzionale di una norma che incide sul trattamento sanzionatorio²⁹⁴, nonché in ogni altra ipotesi in cui la detenzione appaia illegale²⁹⁵.

Dall'evoluzione normativa e dall'elaborazione giurisprudenziale, sovranazionale²⁹⁶ e interna²⁹⁷, è dunque derivata la conseguenza che, mentre l'accertamento del fatto e

²⁹⁰ In tali termini, SPANGHER, *La funzione rieducativa del processo*, in *Cass. pen.*, 2017, 1235.

²⁹¹ Così FELICIONI, *Fattispecie cautelari e modelli decisionali nella giurisdizione di sorveglianza*, Padova, 2020, 7.

²⁹² Cass., Sez. un., 27 novembre 2014, Basile, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8 marzo 2015, con nota di MANCA, *Le sezioni unite ammettono l'intervento in executivis sulla pena accessoria extra o contra legem, purché determinata per legge nella specie e nella durata*.

²⁹³ DI GERONIMO, GIORDANO, *La problematica individuazione dei poteri di intervento del giudice dell'esecuzione sulla pena illegale nella recente giurisprudenza delle sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2016, 2514 ss.

²⁹⁴ Cass., Sez. un., 26 febbraio 2015, Jazouli, in *Mass. Uff.*, n. 264207; Cass., Sez. I, 11 ottobre 2016, Dell'Utri, in *Mass. Uff.*, n. 267861.

Si veda, ad esempio, la giurisprudenza del giudice di legittimità successiva a Corte cost., 11 febbraio 2014, n. 32, in *Cass. pen.*, 2014, 1526 (tra cui la richiamata sentenza Jazouli), con la quale era stata dichiarata incostituzionale la normativa che modificava il trattamento sanzionatorio in tema di stupefacenti, provocando la reviviscenza delle previgenti cornici edittali più favorevoli. Sul tema per tutti, in dottrina, LAVARINI, *Incostituzionalità della disciplina penale in materia di stupefacenti e ricadute ante e post iudicatum*, in *Giur. cost.*, 2014, 1903 ss.

²⁹⁵ CANZIO, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, cit., 4; NACAR, *Legalità della pena e poteri del giudice dell'esecuzione*, Padova, 2017, *passim*; CENTORAME, *La cognizione penale in fase esecutiva*, Torino, 2018, 85 ss.

In giurisprudenza, ad esempio, si veda Cass., Sez. un., 26 giugno 2015, Butera, in *Cass. pen.*, 2016, 2514 ss., con nota di DI GERONIMO, GIORDANO, *La problematica individuazione dei poteri di intervento del giudice dell'esecuzione sulla pena illegale nella recente giurisprudenza delle sezioni unite*.

²⁹⁶ Si allude, nello specifico, al noto caso Scoppola v. Italia: Corte EDU, GC, 17 settembre 2009, Scoppola v. Italia, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1427.

²⁹⁷ Tra molte, Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, cit., 975 ss., con nota di VICOLI, *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni unite*; Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, Ercolano, cit., 28 ss.; Cass., Sez. V, 11 febbraio 2010, Scoppola, in *Cass. pen.*, 2011, 208, con nota di MUSIO, *Il “Caso*

della responsabilità è idoneo a passare in giudicato, la pena rimane sempre *sub iudice*: come a dire, «la pena definita in sentenza non costituisce ‘giudicato’»²³⁸.

Quanto alla magistratura di sorveglianza, come si è anticipato, essa nasce come giudice della rieducazione²³⁹ chiamato a vigilare sulla conformità ai principi costituzionali²⁴⁰ sottesi a rendere la pena cosa altra rispetto a un esercizio di forza del potere statale sulla persona del condannato. Se il giudizio di cognizione è un giudizio sul fatto, quello di sorveglianza è definibile un «giudizio sull'uomo»²⁴¹, connotato dall'elasticità delle questioni poste al giudice, il quale compie valutazioni finalizzate al recupero sociale del condannato²⁴².

Si deve alla riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975 (l. 26 luglio 1975, n. 354)²⁴³ l'aver fatto perdere alla pena la dimensione quasi esclusivamente custodialisti-

Scoppola” dalla Corte Europea alla Corte di cassazione.

In dottrina, si veda GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutta da una parte*, cit., 65 ss.; GIUNCHEDI, *La prova nella giurisdizione esecutiva*, Padova, 2012, 17 ss.

²³⁸ Testualmente, SPANGHER, *Considerazioni sul processo “criminale” italiano*, cit., 134.

A riguardo, altresì, FELICIONI, *Considerazioni sul processo penale bifasico*, cit., 166.

²³⁹ In tali termini, SCOMPARIN, *Istanze rieducative e nuovi modelli di giurisdizione penale: l'identità perduta della magistratura di sorveglianza*, cit., 1405.

A riguardo, si veda anche DELLA CASA, *Prossimità/terzietà, persona/fatto: la giurisdizione rieducativa alla prova del giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2017, 2928 ss., il quale ricorda le ragioni che hanno portato il legislatore del 1975 a prevedere, oltre al magistrato di sorveglianza, un organo collegiale denominato “sezione di sorveglianza”. Su quest'ultimo profilo, GREVI, *Magistratura di sorveglianza e misure alternative alla detenzione nell'ordinamento penitenziario: profili processuali*, in *Il carcere “riformato”*, a cura di Bricola, Bologna, 1977, 268 ss.

²⁴⁰ In argomento si veda FIORENTIN, *Tutela effettiva per i diritti delle persone detenute: l'ennesimo rinvio della campana, l'assordante silenzio del legislatore, l'ultimatum della Corte EDU*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 2037 ss.

²⁴¹ GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale. Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive*, Milano, 1983, 153.

Si veda però CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., 372, secondo il quale, dopo la riforma del 1986 e gli interventi della Corte costituzionale, «l'oggetto del giudizio non è più esclusivamente l'autore, ma o il fatto per risalire all'autore o addirittura esclusivamente il fatto, ponendosi così la necessità di quella ricerca storica nonché della valutazione sull'esistenza del fatto stesso, tipica della fase della cognizione».

²⁴² In argomento, ESPOSITO, *Aspetti problematici delle misure alternative alla detenzione*, in *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, a cura di Scalfati, Padova, 2004, 42.

Nota PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*, cit., 130, che «poiché la tensione risocializzativa che, per precetto costituzionale (art. 27 comma 3), deve animare la pena ne postula la modificabilità secondo forme individualizzate di trattamento alternativo, solamente l'intervento di un giudice secondo cadenze giurisdizionali si rivela in grado di garantire che tali variazioni (modali e quantitative) avvengono nel rispetto del principio di legalità».

²⁴³ Considerata da GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di Grevi, Bologna, 1981, 1, «la prima legge orga-

ca, in favore, ove possibile, di misure alternative alla detenzione²⁴⁴, volte all'attuazione del trattamento risocializzante²⁴⁵. Del resto, è lo stesso fine²⁴⁶ risocializzante²⁴⁷ della pena, incardinato nella Carta fondamentale, a imporre una verifica costante della corrispondenza tra pena in esecuzione e personalità del condannato²⁴⁸. Come per l'esecuzione *strictu sensu*, l'entrata in vigore del codice vigente ha segnato una maggiore giurisdizionalizzazione²⁴⁹ delle questioni di sorveglianza sui detenuti, che veni-

nica di riforma del sistema penale ispirata al principio della *funzione rieducativa della pena*».

Nel senso che la riforma attuata con la l. 26 luglio 1975, n. 354, è stata capace di combinare l'anima *liberal-garantistica* e quella *solidaristico-promozionale* del personalismo costituzionale, fondando l'ordinamento penitenziario sulla personalizzazione del trattamento, VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, cit., 333-334.

²⁴⁴ GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, cit., 44 e 51, le considerava una delle innovazioni più felici della riforma penitenziaria, nell'ottica della creazione di un «sistema di trattamento progressivo tendente ad agevolare la risocializzazione del condannato».

A tale proposito, si veda anche PIERRO, *I rapporti tra giudice dell'esecuzione e magistrato di sorveglianza nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 989, il quale nota che «eseguire la pena non significa più tanto e soltanto dare attuazione ad una sentenza penale irrevocabile di condanna, quanto piuttosto aprire una nuova fase del processo che tende alla ricerca, sulla base di criteri sostanziali di giudizio precostituiti per legge e di autonomi procedimenti applicativi giuridicamente regolati e predisposti a tutela dei diritti dei detenuti, delle misure alternative alla detenzione più idonee al reinserimento del reo nella vita sociale della comunità».

Sulla concreta operatività pratica delle stesse, tuttavia, si veda DOLCINI, *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali. Ricordando Vittorio Grevi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 47 ss., il quale ne evidenzia l'inidoneità ad ammonire e a risocializzare, non già per ragioni normative ma per le carenze degli apparati di sostegno.

²⁴⁵ FELICIONI, *Fattispecie cautelari e modelli decisionali nella giurisdizione di sorveglianza*, cit., 44.

²⁴⁶ Sulla distinzione tra fini e funzioni della pena, si vedano DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, cit., 1187 (in particolare, n. 51), e FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Vassalli, Napoli, 2006, 132, secondo il quale *scopi/fini* andrebbe usato per alludere al piano deontologico degli obiettivi; *funzioni* per riferirsi agli effetti di fatto prodotti dall'applicazione delle sanzioni sul piano sociologico.

²⁴⁷ Il diritto dell'individuo alla risocializzazione viene affermato anche dalla Corte di Strasburgo: si vedano, in particolare, Corte EDU, GC, 9 luglio 2013, Vinter e altri c. Regno Unito, in www.echr.coe.int, par. 117 ss.

In dottrina, in relazione al *Rehabilitation Principle* sancito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, O'LOUGHLIN, *Risk Reduction and Redemption: An Interpretive Account of the Right to Rehabilitation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Oxford JLS*, 2021, 41, 2, 510 ss.; VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, cit., 183 ss.

²⁴⁸ FELICIONI, *Fattispecie cautelari e modelli decisionali nella giurisdizione di sorveglianza*, cit., 33.

²⁴⁹ Sulla natura giurisdizionale dei procedimenti di sorveglianza, CASSIBBA, *Parità delle parti ed effettività del contraddittorio nel procedimento di sorveglianza*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 3-4, 13 ss.; DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di Corso, Bologna, 2011, 269 ss.; DALIA, *I diritti del detenuto nel procedimento di sorveglianza*, in *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, a cura di Grevi, Bologna, 1982, 245 ss.; GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale. Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive*, cit., 73 ss.;

vano progressivamente, dunque, sottratte alla sfera amministrativa²⁵⁰. Anche in questo caso, tuttavia, i mutamenti legislativi seguiti ne hanno modificato connotati e latitudine. Nello specifico, la legge 24 novembre 1981, n. 689 («Modifica al sistema penale»), con l'articolazione di sanzioni sostitutive della pena detentiva, da un lato, e la riforma penitenziaria del 1986 (l. 10 ottobre 1986, n. 663, c.d. legge Gozzini)²⁵¹, prevedendo ipotesi di applicazione anticipata delle misure alternative alla detenzione, dall'altro lato, hanno accentuato il cambiamento rispetto alla natura primigenia della sorveglianza, «schiud[endo] l'ingerenza della magistratura di sorveglianza su scelte sanzionatorie che, senza intaccarne il primato, evitano l'ineluttabilità della pena detentiva»²⁵². Gli interventi normativi succedutesi nel tempo hanno, quindi, di fatto snaturato l'originario «giudizio sull'uomo»²⁵³. Si pensi, in particolare, alle leggi Gozzini e Simeone²⁵⁴, le quali, nel rendere fruibili le misure alternative *ab initio*, determinarono una rinuncia al contributo del gruppo di osservazione e trattamento, a favore dell'inchiesta familiare dell'assistente sociale, volta a verificare la disponibilità di una abitazione e di un lavoro²⁵⁵.

Nonostante le trasformazioni richiamate, permane una certa distanza rispetto al compito affidato al giudice della cognizione: quest'ultimo, in sintesi, è chiamato a esprimere giudizi gnoseologici per ricostruire eventi del passato. Diversamente, la magistratura di sorveglianza formula, in più momenti, prognosi sulla futura evoluzione del comportamento del condannato²⁵⁶. Si tratta di una valutazione dal forte conno-

RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, Milano, 2009, 6 ss.

In giurisprudenza, si veda Corte cost., 3 luglio 1997, n. 212, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 980 ss., con nota di TIRELLI, *A quando la risposta del legislatore alla sentenza costituzionale n. 26 del 1999?*.

²⁵⁰ Per la ricostruzione storica, PIERRO, *I rapporti tra giudice dell'esecuzione e magistrato di sorveglianza nel processo penale*, cit., 990 ss.

Più di recente, in tal senso, TRAPPELLA, *Il contraddittorio dopo il giudicato*, cit., 261.

²⁵¹ Individua l'idea cardine della riforma del 1986 nel concepire le misure alternative alla detenzione come via maestra per il reinserimento del detenuto in società, FIORENTIN, *Cosa resta della pena? La certezza della pena nella fase dell'esecuzione penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 888.

Sulla legge Gozzini, in generale, si veda AA.VV., *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario. L. 10 ottobre 1986, N. 663*, a cura di Flora, Milano, 1987.

²⁵² PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*, cit., 132.

²⁵³ Sul punto, MONTEVERDE, *Tribunale delle pene e processo bifasico: realtà e prospettive*, cit., 1162.

²⁵⁴ In senso assai critico sulla l. 27 maggio 1998, n. 165, BERNASCONI, *Affidamento in prova e semilibertà nell'epoca post-rieducativa*, in *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, a cura di Presutti, Padova, 1999, 119 ss.

²⁵⁵ DELLA CASA, *Prossimità/terziarietà, persona/fatto: la giurisdizione rieducativa alla prova del giusto processo*, cit., 2934.

²⁵⁶ In tal senso si esprimeva già PIERRO, *I rapporti tra giudice dell'esecuzione e magistrato di sorveglianza nel processo penale*, cit., 1003-1004.

tato di discrezionalità, in quanto si basa su presupposti oggettivi dal contenuto aperto²⁵⁷.

Quanto precede è rilevabile dalla lettura delle norme che perimetrano la sfera d'intervento della giurisdizione in parola: da esse si evince, ad esempio, come venga richiesta una valutazione sulla pericolosità sociale (in tema di misure di sicurezza ai sensi dell'art. 679 c.p.p. o di permessi premio *ex* art. 30 *ter* ord. penit.), sulla funzionalità dell'affidamento in prova al servizio sociale alla rieducazione del reo e alla prevenzione del pericolo che commetta altri reati (art. 47 ord. penit.), sui progressi compiuti durante il trattamento e sulle condizioni per un graduale reinserimento del soggetto nella società ai fini della concessione della semilibertà²⁵⁸ (art. 50 ord. penit.), sulla partecipazione all'opera di rieducazione²⁵⁹ per concedere la liberazione anticipata (art. 54 ord. penit.) oppure sul sicuro ravvedimento del condannato, desunto dal comportamento serbato, per ammetterlo alla liberazione condizionale²⁶⁰ (art. 176 c.p.).

A riguardo, si è già rilevata la distanza tra i giudizi anzidetti, aventi natura predittiva,

²⁵⁷ PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., 146.

²⁵⁸ Secondo la giurisprudenza, l'applicazione della misura necessita di due distinte indagini: una concernente i risultati del trattamento individualizzato e l'altra relativa alla sussistenza delle condizioni che garantiscono un graduale reinserimento del condannato nella società: in tal senso, Cass., Sez. I, 27 febbraio 1993, Domenichini, in *Mass. Uff.*, n. 193995; Cass., Sez. I, 11 gennaio 1994, Giglio, in *Mass. Uff.*, n. 196659.

²⁵⁹ In dottrina è discusso se il giudice possa negare il beneficio, a fronte di una partecipazione all'opera di rieducazione formalmente non censurabile, a causa della non adesione del condannato al trattamento: non potendosi ricorrere, allo scopo, a presunzioni, pare possibile addivenire a una risposta affermativa solo laddove si riuscisse ad ancorare l'ipotesi a presupposti eccezionali: in tal senso, PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., 153.

²⁶⁰ Si veda Corte cost., 11 maggio 2021, n. 97, in www.cortecostituzionale.it, ordinanza con la quale è stata rinviata al 10 maggio 2022 la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale aventi a oggetto gli artt. 4 *bis* e 58 *ter* ord. penit., nella parte in cui escludono che possa essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato all'ergastolo per reati "di mafia" e "di contesto mafioso" che non abbia collaborato con la giustizia, dando così al Parlamento tempo per affrontare la materia. Sulla pronuncia, DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in www.sistemapenale.it, 25 maggio 2021.

Si ricorda che la Corte EDU, Sez. I, 13 giugno 2019, Viola c. Italia, in www.echr.coe.int, ha stabilito che la scelta collaborativa non può rappresentare l'unico parametro attraverso il quale misurare il percorso di effettiva risocializzazione del condannato, potendo la scelta di non collaborare dipendere da ragioni diverse dal mantenimento dei legami con l'organizzazione criminale. In dottrina, a tale riguardo, DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 925 ss.

In argomento, si vedano BONTEMPELLI, *Diritto alla rieducazione e libertà di non collaborazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1527 ss.; FIORIO, *Ergastolo ostativo e diritto alla speranza? Sì, però...*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, 649 ss.; DOLCINI, FIORENTIN, GALLIANI, MAGI, PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza davanti alle Corti. Ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, Torino, 2020.

rispetto a quelli cognitivi compiuti dal giudice della fase precedente²⁶¹.

Diverso l'oggetto del giudizio, i giudici *de quibus* – giudice della cognizione e magistratura di sorveglianza – risultano però accomunati dall'insufficienza degli strumenti di valutazione per compiere e motivare i giudizi richiesti loro dalla legge: della difficoltà di effettuare il giudizio sulla capacità a delinquere, richiesto *ex art.* 133 c.p., in sede di commisurazione della pena, a causa dell'assetto delle norme processuali, già si è detto sopra; parimenti, con riguardo alla fase esecutiva, viene autorevolmente denunciata l'inadeguatezza degli strumenti al fine di compiere i giudizi predittivi che il legislatore richiede²⁶², tanto da aver avvicinato la valutazione effettuata nel procedimento di sorveglianza a quella del giudice di cognizione, sostituendo il giudizio sulla persona – compiuto con l'ausilio di referti personologici di cui alcuni denunciano la natura troppo spesso stereotipata²⁶³ – con quello sui fatti²⁶⁴.

Non pare un fuor d'opera, qui giunti, aggiungere che un intervento in funzione di “programmazione” da parte del giudice potrebbe, in futuro, porsi come doveroso se venisse attuata la volontà legislativa, di cui invero si discorre già da qualche anno, di modificare in modo sostanziale la concezione della sanzione penale, passando da una pena che segrega e annichilisce il condannato, rinchiudendo in luoghi “altri” ed esclusi dalla società, a una pena autenticamente rieducativa, che punti più alla risocializzazione che alla mortificazione del reo. Si pensi, a tal riguardo, alla giustizia riparativa, uno dei punti di forza della riforma Cartabia²⁶⁵, la quale, tramutando la pena passiva in pena attiva²⁶⁶, richiederà al giudice penale un maggiore sforzo di programmazione del trattamento sanzionatorio, nonché di modificazione dello stesso in corso d'opera, per adeguarlo all'evoluzione delle necessità del condannato²⁶⁷. Insomma,

²⁶¹ SCOMPARIN, *Istanze rieducative e nuovi modelli di giurisdizione penale: l'identità perduta della magistratura di sorveglianza*, cit., 1414.

²⁶² FIORENTIN, *Cosa resta della pena? La certezza della pena nella fase dell'esecuzione penale*, cit., 889.

²⁶³ DELLA CASA, *Prossimità/terzietà, persona/fatto: la giurisdizione rieducativa alla prova del giusto processo*, cit., 2935.

²⁶⁴ DELLA CASA, *Prossimità/terzietà, persona/fatto: la giurisdizione rieducativa alla prova del giusto processo*, cit., 2934; SCOMPARIN, *Istanze rieducative e nuovi modelli di giurisdizione penale: l'identità perduta della magistratura di sorveglianza*, cit., 1415 ss.

²⁶⁵ Si veda la legge delega 27 settembre 2021, n. 134, la quale, in particolare, dedica alla tematica l'art. 1, comma 18, che richiede l'introduzione di una disciplina organica della giustizia riparativa, da applicarsi in ogni stato e grado del procedimento, nonché durante l'esecuzione penale, senza preclusioni per titolo di reato.

²⁶⁶ Richiamando la nota distinzione di Massimo Donini tra pena agita e pena subita (DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 2, 236 ss.).

²⁶⁷ Per considerazioni a tale proposito si rimanda a EUSEBI, *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessaria*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire*

se allo stato attuale la sanzione penale è già una realtà giuridica *in fieri*, essa è comunque destinata a divenirlo sempre più con l'introduzione di percorsi di *restorative justice*.

Volendo tirare le fila di quanto fin qui sinteticamente rilevato, le trasformazioni che hanno interessato la fase esecutiva in senso lato hanno prodotto, come conseguenza, lo svuotamento del giudicato penale e la crisi dell'effettività della pena²⁶⁸.

Al momento assistiamo pertanto a «una sorta di biforcazione di fatto già attuata e secondo la quale il giudice della cognizione svolge prevalentemente una valutazione sul fatto e sulla responsabilità, mentre il giudice di sorveglianza si occupa sempre più della valutazione sulla pena»²⁶⁹. Sarebbe, insomma, in atto un percorso irreversibile verso un sistema «a doppia pronuncia»²⁷⁰, il cui ultimo atto consiste nell'introduzione di un «tribunale delle pene», deputato sia a commisurare la sanzione sia a vigilare sulla sua attuazione²⁷¹.

8. *Prospettive de iure condendo*. Ripercorso in sintesi «lo stato dell'arte», dopo aver richiamato le già evidenziate criticità che emergono dal raffronto col sistema d'oltremontana, si può passare alla *pars construens*, ovvero alla prospettiva *de iure condendo*.

Preso atto che quella decisa dal giudice della cognizione è solo una pena «virtuale», destinata a subire modifiche *in executivis*, non ci sembra azzardato ipotizzare un sistema in cui la commisurazione della sanzione avvenga in una fase separata e distinta dal processo di cognizione, il quale manifesta la sua inadeguatezza in ordine alle valutazioni *quoad poenam*²⁷², ponendo fine, inoltre, alla farraginosità e alla «confusione

persone, a cura di Mannozi, Lodigiani, Bologna, 2015, 106.

²⁶⁸ Di «sgretolamento» del sistema sanzionatorio parla PITTARO, *La sanzione penale come realtà giuridica in divenire*, cit., 256.

²⁶⁹ Testualmente, MONTAGNA, *I confini dell'indagine personologica nel processo penale*, cit., 162.

Sulla distanza tra pena da eseguire e pena scontata, VIGONI, *La metamorfosi della pena nella dinamica dell'ordinamento*, cit., 2.

²⁷⁰ DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., 16.

²⁷¹ DEAN, FONTI, *La giurisdizione penale*, cit., 34.

²⁷² «[Nella] fase cognitiva, laddove, al cospetto di un articolato e garantito modello volto all'accertamento del fatto, il giudizio sulla pena appare il «prodotto emotivo» di un procedimento decisionale acognitivo e privo di contenuti. Acognitivo, in quanto non supportato da idonei strumenti probatori specificamente indirizzati alla conoscenza dei dati fattuali e personologici presupposti dall'art. 133 c.p. e, anzi, gravemente limitato dal divieto di accesso posto al contributo scientifico degli esperti in scienze dell'uomo (art. 220, 2° co., c.p.p.). Contenutisticamente vuoto, in quanto finalizzato all'adozione di statuizioni estremamente ridotte, nel numero e nella tipologia»: così PULVIRENTI, *Dal «giusto processo» alla «giusta pena»*, cit., 313-314.

strutturale»²⁷³ oggi esistente in tema di organi chiamati a intervenire dopo il giudicato e dei loro rispettivi ruoli.

La qual cosa, del resto, costituisce una proposta che riaffiora periodicamente²⁷⁴ - e non solo in Italia²⁷⁵ - sia nella riflessione degli studiosi, sia nei progetti legislativi, benché variamente articolata.

In primo luogo, riteniamo opportuno sgombrare il campo da un equivoco. Se è innegabile, sul piano storico, che la nascita del *sentencing* nei Paesi di *common law* sia dipesa dalla presenza del classico schema del *judge-and-jury* e, quindi, dalla distinzione tra accertamento del fatto, di competenza della giuria²⁷⁶, e garanzia del rispetto delle regole del gioco, attribuita al giudice togato - il quale poi determina la pena -²⁷⁷, non è altrettanto vero che una apposita fase deputata alla commisurazione della sanzione debba seguire necessariamente alla presenza di una giuria che ha emesso un verdetto. Per un verso, infatti, il sistema inglese prevede, per i reati minori, le forme del *summary trial*, in cui la *Magistrates' Court* (composta, alternativamente, da un giudice togato o da un collegio di laici) provvede a entrambe le valutazioni; per l'altro verso, esistono ordinamenti di *common law* in cui è prevista la fase del *sentencing*, ma non la pronuncia del verdetto da parte di una giuria popolare: è il caso, ad esempio, di Israele²⁷⁸.

Precisato, quindi, che il processo bi-fase non deve necessariamente andare di pari passo con la distinzione tra chi accerta il fatto e chi funge da garante della legalità processuale, veniamo alle varianti proposte in Italia.

Secondo un meno ambizioso schema di processo bifase "attenuato"²⁷⁹, la bifasicità

²⁷³ In tali termini, LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., 98 e 100, il quale già a p. 60 avvertiva l'esigenza di intervenire perentoriamente sulla conformazione della fase esecutiva per ridisegnare gli organi in essa operanti e i relativi ruoli.

²⁷⁴ Tanto da far ritenere una «vecchia storia» «quella dell'ostracismo ideologico al modello bifasico»: testualmente, DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., 13.

²⁷⁵ Si allude, nello specifico, all'ordinamento francese, ove la proposta di frapporre una "cesura" tra accertamento della responsabilità e individuazione della sanzione risale ai tempi della Nuova Difesa Sociale: sul punto, ANCEL, *La césure du procès pénal*, cit., 206 ss., e gli atti del X^e Congrès de l'Association Internationale de Droit Pénal, Rome, 1969, *Deuxième Question: « La division du procès pénal en deux phases »*, e, in particolare, il *Rapport présenté par André Vitu*, cit., 485 ss.

²⁷⁶ Nella dottrina italiana, sulla circostanza per cui alla giuria spetta il ruolo di *fact-finder*, ORLANDI, *I diritti processuali e il loro abuso nella recente esperienza italiana*, cit., 52.

²⁷⁷ Secondo LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., 97, il *jury trial* renderebbe obbligata e ineludibile la scelta bifasica, essendo la giuria popolare sprovvista delle competenze necessarie per determinare la pena.

²⁷⁸ In dottrina, per l'affermazione «[t]here are no juries in Israel»: GAZAL-AYAL, TURJEMAN, FISHMAN, *Do sentencing guidelines increase prosecutorial power? An empirical study*, in *Law and Contemporary Problems*, 2013, 76, 1, 133.

²⁷⁹ A riguardo, FELICIONI, *Considerazioni sul processo penale bifasico*, cit., 168; MONTAGNA, *I confini*

consiste soltanto nella distinzione di momenti (giudizio sul fatto/decisione sulla pena), permanendo gli stessi in capo al medesimo giudice della cognizione. Questi, rispetto all'assetto attuale, potrebbe comunque giovare, nella seconda fase, laddove occorra, di una perizia psicologica, differendo la decisione sul trattamento sanzionatorio a una udienza successiva. In tal modo, si teme però una ripetizione, da parte del giudice della cognizione, di quanto già operato in sede di ricostruzione sul fatto. Una simile prospettiva era stata contemplata - e successivamente accantonata - dal progetto di proposta del codice di procedura penale del 1978 (art. 518)²⁸⁰, che prevedeva la riapertura del dibattimento al fine di procedere a perizia criminologica, in modo tale da consentire una indagine sulla personalità nei confronti del già condannato, e, più di recente, sempre nella variante "eventuale", dalla commissione di riforma al codice penale presieduta dal Professor Grosso nel 2001, nei casi in cui il giudice ritenesse necessario distinguere la pronuncia sulla sanzione dalla pronuncia della responsabilità, in considerazione degli approfondimenti richiesti ai fini della corretta determinazione della pena (art. 12 disp. coord., poi art. 13 disp. coord.)²⁸¹. Un diverso schema, da alcuni definito bifasico "rinforzato"²⁸², prevede che la commisurazione della pena venga lasciata non solo *di fatto*, ma pure *in diritto*, a un giudice diverso da quello deputato all'accertamento della responsabilità. Nel nostro ordinamento, l'esistenza, già *de iure condito*, di un "giudice dell'uomo" (la magistratura di sorveglianza, seppur - come si è visto - snaturata nel corso del tempo²⁸³) rende naturale volgere lo sguardo a esso nell'immaginare il futuribile²⁸⁴, soprattutto in ragione del progressivo ampliamento delle funzioni conferite alla magistratura di sorveglianza, ai fini di una corretta individualizzazione²⁸⁵ del trattamento

dell'indagine personologica nel processo penale, cit., 165.

Definisce detto modello la "variante tradizionale" CAPRIOLI, *Introduzione*, cit., 19, il quale ne evidenzia le criticità, principalmente: la difficoltà di distinguere l'accertamento sull'elemento soggettivo del reato dall'accertamento della personalità dell'autore; in secondo luogo, il fatto che il giudice d'appello valuta sia *l'an* sia il *quantum*, con il conseguente rischio di subire il condizionamento dell'indagine psicologica; infine, la considerazione per cui la necessità di un intervento del giudice dell'esecuzione penitenziaria al momento in cui ha inizio l'esecuzione deriva dai tempi lunghi del processo, per cui la bipartizione non risolverebbe il problema.

²⁸⁰ CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, cit., 1182 ss.

²⁸¹ Sul quale vedi *supra* par. 1.

²⁸² FELICIONI, *Considerazioni sul processo penale bifasico*, cit., 169.

²⁸³ DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., 272.

²⁸⁴ Di tale avviso, MONTEVERDE, *Tribunale delle pene e processo bifasico: realtà e prospettive*, cit., 1167; COMUCCI, *Attualità del processo bifasico*, cit., 131; MIELE, *Per una ristrutturazione bifasica del processo penale: brevi riflessioni*, in *Il giusto processo*, 1992, n. 13, 101.

²⁸⁵ Distingue semanticamente i concetti di *individualizzazione* e di *personalizzazione*, partendo

sanzionatorio, che «sembrerebbe richiedere quale suo naturale completamento l'attribuzione a tale organo (ovvero a quello che ne andasse a recepire in futuro le competenze) del potere di individuare *ab initio* la pena»²⁸⁶.

Detta idea, sostenuta da attenta dottrina²⁸⁷, risulta poi avvalorata dalla composizione mista del Tribunale di sorveglianza²⁸⁸, della quale il giudizio sulla personalità potrebbe di certo beneficiare, se non si vuole sostenere – come è stato fatto – che il giudice, *in quanto tale*, conosce l'animo umano.

Il sistema delineato verrebbe a strutturarsi “a doppia pronuncia”²⁸⁹, prevedendo una distinzione tra condanna e pronuncia con cui si infligge la pena, come avviene nel sistema di *common law*.

Il che, si badi, a fronte dei vantaggi, consistenti in una maggiore separazione fatto/autore – che permetterebbe di rimediare agli inconvenienti indicati –, richiede molti aggiustamenti, sia sul piano processuale sia su quello sostanziale, nonché su quello ordinamentale.

Muovendo da quest'ultimo aspetto, un processo bifasico coerente non può tollerare l'attuale commistione di ruoli tra giudice dell'esecuzione e magistratura di sorveglianza: l'evoluzione richiede, insomma, un unico organo dotato di competenze funzionali vuoi in ordine alla commisurazione del trattamento punitivo vuoi quanto alla vigilanza sulla sua corretta attuazione²⁹⁰. Sarebbe quindi da superarsi l'artificioso assetto esistente prevedendo un unico giudice *in executivis*²⁹¹, da alcuni nominato “giudice/tribunale delle pene”²⁹².

Quanto al piano processuale, benché la dottrina maggioritaria affermi l'applicazione,

dall'etimologia di individuo e di persona, VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, cit., 2 ss., secondo il quale, nella personalizzazione, la visuale è estesa al contesto storico-ambientale in cui vive il delinquente (p. 6).

²⁸⁶ Testualmente LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., 97.

²⁸⁷ LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., 97.

²⁸⁸ MONTAGNA, *I confini dell'indagine personologica nel processo penale*, cit., 168, rileva, in particolare, come la presenza contestuale di giudici togati ed esperti nell'ambito delle scienze psicologiche permetterebbe una adeguata valutazione della personalità del condannato, senza pregiudicare la formazione giudiziale del convincimento sul fatto.

²⁸⁹ DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., 16.

²⁹⁰ DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., 16.

La qual cosa era stata indicata nella bozza di legge delega elaborata dalla Commissione Riccio, alla direttiva n. 107, la quale prevedeva l'accorpamento in una unica struttura giudiziaria delle competenze funzionali in materia di esecuzione penale e penitenziaria: a riguardo, in dottrina, si veda VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., 319.

²⁹¹ Di tale avviso pure LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., 290-291.

²⁹² La formula “tribunale delle pene”, utilizzata inizialmente da MIELE, *Per una ristrutturazione bifasica del processo penale: brevi riflessioni*, cit., 101, è poi entrata nell'uso comune.

anche *in executivis*, dell'art. 111 cost.²⁹³, si lamenta da più parti l'insufficiente attuazione dei diritti fondamentali e, *in primis*, del diritto al contraddittorio in detta fase²⁹⁴. Del pari, l'introduzione di un "giudice delle pene" richiederebbe pure una adeguata attenzione al fenomeno probatorio, giacché tradizionalmente nella fase *post rem iudicatam* la raccolta di prove avviene, "senza particolari formalità" (art. 185 disp. att. c.p.p.²⁹⁵), accordando una netta preferenza all'acquisizione di prove documentali²⁹⁶, seguendo modelli istruttori amministrativi²⁹⁷. Si badi che non si tratta di una semplice estensione delle garanzie - si pensi al contraddittorio, all'oralità, alla pubblicità - del dibattimento alla fase esecutiva, ma di una necessaria individuazione di «garanzie diverse, legate al diverso oggetto e al diverso atteggiarsi di questo particolare tipo di giurisdizione penale»²⁹⁸.

Reso effettivo il rispetto del giusto processo anche a seguito del giudicato sulla colpevolezza, la difesa potrebbe giovare poi del fatto che, con la bipartizione, non sarebbe costretta, davanti al giudice della cognizione, a "indebolire la forza dei propri argo-

²⁹³ Sulla necessità di attuare i requisiti del giusto processo nella fase esecutiva, seppure con varietà di accenti, COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione nel procedimento di sorveglianza*, in *Foro ambr.*, 2002, 571 ss.; DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., 11 ss.; DELLA CASA, *Prossimità/terzietà, persona/fatto: la giurisdizione rieducativa alla prova del giusto processo*, cit., 2932 ss.; DINACCI, *Modello esecutivo e «giusto processo»*, cit., 183 ss.; GAITO, RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., 3 ss., nei termini, però, di "esecuzione leale" (riprendendo la distinzione americana *just/fair*); GIUNCHEDI, *La prova nella giurisdizione esecutiva*, cit., 60 ss., il quale evidenzia lo «stampo "inquisitorio"» della giurisdizione esecutiva; LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., 48 ss.; MAMBRUCHI, voce *Procedimento di sorveglianza*, in *Dig. d. pen.*, III Agg., tomo II, Torino, 2005, 1117 ss.; RUARO, *La (diversificata) compatibilità dei canoni del giusto processo con la giurisdizione rieducativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 501 ss.; SCALFATI, *Procedimento di sorveglianza "tipo" e art. 111 della Costituzione*, in *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, a cura di Scalfati, Padova, 2004, 4 ss.

²⁹⁴ Per tutti, DINACCI, *Modello esecutivo e «giusto processo»*, cit., 192 ss.; TRAPPELLA, *Il contraddittorio dopo il giudicato*, cit., 218 ss.; MAZZA, *La magistratura di sorveglianza e i soggetti dell'amministrazione penitenziaria*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di Corso, Bologna, 2011, 27.

²⁹⁵ Secondo DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerati*, Milano, 1994, 332, la disposizione in parola rappresenterebbe il punto chiave nell'architettura dell'istituto, consacrando "il principio di informalità" del procedimento probatorio *in executivis*.

Sulla disposizione in parola, da leggersi insieme all'art. 666, comma 5, c.p.p., GIUNCHEDI, *La prova nella giurisdizione esecutiva*, cit., 113 ss.

²⁹⁶ CASSIBBA, *Parità delle parti ed effettività del contraddittorio nel procedimento di sorveglianza*, cit., 21; CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, cit., 427; DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., 294 ss.; DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., 112; GIUNCHEDI, *La prova nella giurisdizione esecutiva*, cit., 71 e 76 ss.; LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., 255; PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*, cit., 171; PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., 264; RUARO, *La magistratura di sorveglianza*, cit., 343 ss.

²⁹⁷ Da ciò DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., 112, ravvisa una «freudiana concessione» nel riferimento, da parte dell'art. 666, comma 5, c.p.p., alle "informazioni".

²⁹⁸ CAPRIOLI, *Introduzione*, cit., 22.

menti” tesi a guadagnare una piena assoluzione, introducendo, in subordine, elementi utili a guadagnare un trattamento sanzionatorio più benevolo o alla concessione dei benefici²⁹⁹.

Non ci pare, invece, che possa essere evocato con disinvoltura un diverso argomento tradizionalmente invocato *pro* bipartizione³⁰⁰: il fatto che, scindendo i segmenti procedurali, le questioni – di particolare delicatezza – relative alla personalità del reo potrebbero essere trattate davanti al futuro “giudice delle pene” con maggior riservatezza, lontano dal clamore del giudizio sulla colpevolezza, a vantaggio dello stesso condannato, non risulta oggi coerente con la riscoperta del valore della pubblicità del procedimento. Infatti, se si considerano le pronunce di illegittimità costituzionale che hanno interessato sia il procedimento di sorveglianza sia altri procedimenti (si pensi al procedimento di prevenzione e di riparazione per ingiusta detenzione), sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in ordine al principio di pubblicità dei procedimenti giudiziari (di cui all’art. 6 par. 1 CEDU), emerge come escludere la “forma pubblica” in contesti in cui la posta in gioco per l’interessato sia elevata (come è indubbiamente un giudizio su *species* e *quantum* di pena), rischia di andare incontro a censure in sede di legittimità costituzionale³⁰¹. Vero è che la giurisprudenza richiede la forma pubblica almeno “su istanza degli interessati”³⁰², per cui, laddove lo stesso optasse per privilegiare la propria riservatezza, non vi sarebbe una lesione dei diritti convenzionali, a patto che gli sia, invece, consentita una scelta di segno contrario. Tuttavia, una deroga generale al principio di pubblicità per tutta la fase in parola

²⁹⁹ Di tale avviso MONACO, *Prospettive dell’idea dello ‘scopo’ nella teoria della pena*, Napoli, 1984, 184.

³⁰⁰ Ad esempio, COMUCCI, *Attualità del processo bifasico*, cit., 131; MONACO, *Prospettive dell’idea dello ‘scopo’ nella teoria della pena*, cit., 196-197.

³⁰¹ Si veda Corte cost., 5 giugno 2015, n. 97, con la quale è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale degli artt. 666, comma 3, e 678, comma 1, c.p.p., nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento davanti al tribunale di sorveglianza nelle materie di sua competenza si svolga nelle forme dell’udienza pubblica.

In dottrina, su tale pronuncia, si vedano ADORNO, *La pubblicità delle udienze nel procedimento davanti al tribunale di sorveglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1888 ss.; APRILE, *La pubblicità dell’udienza dinanzi al tribunale di sorveglianza ed al giudice dell’esecuzione in caso di opposizione alla confisca*, in *Cass. pen.*, 2015, 3011 ss.; FIORENTIN, *Una scelta corretta quando è in gioco la libertà personale*, in *Guida dir.*, 2015, 27, 81; RUARO, *Il diritto alla pubblicità dell’udienza nel procedimento di sorveglianza: un plauso alla Corte e qualche (non piccolo) interrogativo*, in *Giur. cost.*, 2015, 1567 ss.

Più in generale, si veda CORVI, *Il problema della pubblicità nel procedimento di prevenzione e nei riti camerali alla luce delle ultime pronunce giurisprudenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 969 ss.

Sulla pubblicità del procedimento di prevenzione, Corte EDU, Sez. II, 5 gennaio 2010, Bongiorno c. Italia, e Corte EDU, Sez. II, 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia, in www.echr.coe.int.

In ordine alla pubblicità del procedimento per ingiusta detenzione, Corte EDU, Sez. II, 10 aprile 2012, Lorenzetti c. Italia, in www.echr.coe.int.

³⁰² Si veda, ad esempio, anche Corte cost., 15 giugno 2015, n. 109, in www.cortecostituzionale.it.

andrebbe comunque a degradare il valore del controllo dei consociati sull'amministrazione della giustizia, a vantaggio del diritto del singolo, e andrebbero limitate al necessario.

A fronte dei vantaggi e degli aggiustamenti sopra indicati, permangono comunque alcune perplessità.

In primo luogo, occorre domandarsi se avrebbe senso ripetere, a distanza di anni, le attività probatorie già compiute ai fini della ricostruzione del fatto per determinare, ad esempio, se debba essere aggravato *ex art. 61 c.p.* il trattamento sanzionatorio³⁰³. A tale proposito, è noto poi come il decorso del tempo sia talvolta nocivo per l'acquisizione probatoria, rendendo sovente impossibile la ripetizione. Ci si troverebbe, allora, nel segmento dedicato alla scelta della sanzione, verosimilmente a dover ipotizzare una lettura degli atti formati, al diverso fine del giudizio sulla colpevolezza, davanti al giudice della cognizione, con probabili lacune sui profili di interesse del "giudice delle pene".

In secondo luogo, si rammenta la difficoltà (per non dire l'impossibilità) di scindere la verifica dell'elemento soggettivo del reato dall'indagine sulla personalità del reo, argomento così formulato in sede di relazione al progetto preliminare del 1978 e, da allora, tralaticciamente rammentato³⁰⁴. Del resto, la veridicità di quanto precede, specie in alcuni situazioni, non risulta facilmente negabile: si pensi, in via di esemplificazione, alla valutazione del dolo in un reato sessuale e alla natura violenta e misogina dell'autore.

In terzo luogo, la dilatazione dei tempi del processo, vero e proprio *leit-motiv* di coloro che avversano la soluzione di cui si discorre. A tale ultimo proposito, sovengono però dei correttivi. Anzitutto, l'introduzione di uno schema bifasico non deve essere necessariamente "globale": come avevano previsto in passato alcune proposte di riforma non sfociate in legge, il processo bi-fase può essere anche solo "eventuale", ovvero previsto soltanto per reati di maggiore gravità³⁰⁵ oppure qualora il giudice

³⁰³ «Avrebbe senso riconvocare a distanza di anni i medesimi testimoni, riacquisire le medesime prove documentali, riascoltare le medesime intercettazioni non più per decidere se l'imputato è colpevole o innocente, ma per stabilire, ad esempio, se ha approfittato di circostanze tali da ostacolare la pubblica o privata difesa (art. 61 n. 5 c.p.) o ha commesso il fatto con abuso di poteri o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione (art. 61 n. 9 c.p.)? Avrebbe senso, più in generale, affidare al tribunale delle pene il compito di ricostruire nuovamente il fatto reato, sia pure al fine di effettuare valutazioni diverse da quelle che competono al giudice della cognizione?»: così CAPRIOLI, *Introduzione*, cit., 22.

³⁰⁴ CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, cit., 1182.

In dottrina, CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale in due fasi*, cit., 708; LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, cit., 89.

³⁰⁵ La qual cosa era stata proposta da COMUCCI, *Attualità del processo bifasico*, cit., 130-131, nel senso

ritenga di non essere in grado di pronunciarsi correttamente *quoad poenam*³⁰⁶. In tal modo, le preoccupazioni legate a ragioni di durata andrebbero a ridursi.

Inoltre, va rimarcato il fatto che, qualora si giungesse a una pronuncia di proscioglimento, la struttura bipartita consentirebbe di risparmiare l'attività volta a conoscere la personalità dell'imputato³⁰⁷.

Sotto un diverso profilo, poi, deve rammentarsi come parlare di una maggiore durata sia un concetto di relazione: qui si tratta di introdurre un momento in cui il giudice decide sulla dosimetria, applicando i criteri dell'art. 133 c.p., cosa che attualmente nell'accertamento c.d. *omnibus* – come più volte denunciato – è lasciato all'intuito del giudice; di talché, trascurando, nel processo monofase, la conoscenza sulla persona, è evidente che qualsiasi iniziativa in tal senso imporrà una durata maggiore, ma lo stesso avverrebbe anche se si approfondissero gli aspetti in questione pure ad assetto invariato³⁰⁸. La qual cosa risulterebbe comunque necessitata dallo svolgimento di una attività normativamente prevista.

La situazione descritta ci porta a effettuare un parallelismo con quanto visto a proposito del sistema inglese. L'introduzione normativa, per *statute*, di un organismo *ad hoc*, avente composizione mista, cui compete lo studio e l'elaborazione delle linee-guida³⁰⁹ sia generali, sia speciali, da introdurre previa gravosa procedura consultiva che ricomprende i vari *stakeholders*, ha costituito indubbiamente una scelta onerosa. Non a caso, diversamente dalle griglie numeriche di alcuni Stati americani, la cui introduzione fu contestuale, in Inghilterra si è proceduto alla implementazione delle medesime per stadi, in considerazione delle tempistiche dilatate richieste dalle linee-guida discorsive. Eppure, la natura di strumento di *policy making*, che incide sulla

che, per i reati bagatellari commessi da incensurati, la pena diversa dalla detenzione potrebbe essere gestita dal giudice della cognizione, riservando il processo bifasico ai reati più gravi o ai recidivi o delinquenti qualificati.

³⁰⁶ Secondo CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale in due fasi*, cit., 710, la predeterminazione per legge delle fattispecie da trattare mediante processo bifasico sarebbe soluzione inadeguata, poiché, a parità di reato commesso in concreto, non in tutti i casi è necessario approfondire l'esame della personalità dell'autore; dovrebbe, quindi, essere lasciato al giudice, caso per caso, al momento della decisione sulla colpevolezza, decidere se è possibile pronunciarsi anche sulla pena. L'Autore ritiene, invece, opportuno negare a priori il processo bipartito per le fattispecie più lievi (contravvenzioni punibili con la sola ammenda).

³⁰⁷ MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, cit., 202.

³⁰⁸ Per tali rilievi, ancora, richiamando Claus Roxin a proposito di alcuni esperimenti condotti in Germania, MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, cit., 202 ss.

³⁰⁹ Esprime apprezzamento verso le linee-guida inglesi, capaci di modulare la risposta sanzionatoria contenutisticamente e non solo quantitativamente, IAGNEMMA, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale. Un rapporto da rivisitare nella teoria del reato e nel sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1458 ss. e, in particolare, 1460.

giustizia criminale, esige una ampia partecipazione. Insomma, un simile meccanismo richiede possibilità di spesa, in considerazione del fatto che, per funzionare, le *guidelines* necessitano, da un lato, di dati empirici che ne dimostrino gli effetti nella pratica e, dall'altro lato, di un'opera periodica di rivisitazione. Oltre alle linee-guida, alle forme di *guidance* espressa dai precedenti della *Court of Appeal*, il *sentencer* dispone poi di una serie di *report*, che si avvalgono pure di strumenti di *risk assessment*, senza i quali, come afferma la dottrina, la sua attività sarebbe sostanzialmente lasciata al caso³¹⁰.

Consapevoli che la variazione non richiede interventi di scarso momento, ma che, di contro, investono aspetti ordinamentali, sostanziali, nonché processuali, nel nostro sistema si rende necessario, in conclusione, sottrarre – nei limiti del possibile – il giudizio di commisurazione della pena dall'*alea* che attualmente la contraddistingue, donde (contribuire a) restituire coerenza ed effettività alla sanzione penale.

Il modo più coerente per raggiungere l'obiettivo, ci pare, consiste nel sottrarre, nei casi problematici, il giudizio *quoad poenam* al giudice della cognizione, il quale si pronuncerà unicamente sulla colpevolezza in ordine ai reati e alle circostanze oggetto di imputazione, indicando un limite di pena massima che, per quei fatti, può essere irrogata³¹¹. Una volta pronunciatisi sulla colpevolezza, un diverso giudice delle pene, in apposita udienza rispettosa dei principi e delle regole del giusto processo, dovrebbe occuparsi della determinazione della specie e della misura della pena, giovandosi di perizie personologiche, dei precedenti³¹², di documenti elaborati dall'UEPE, e, se del caso, prendendo in considerazione gli eventuali percorsi di giustizia riparativa intrapresi. Lo stesso giudice dovrebbe poi curare la costante verifica delle modalità attuative della sanzione, assicurando la perdurante rispondenza tra essa e la necessaria individualizzazione, nonché con il finalismo rieducativo della pena.

9. *Segue: pro e contra degli strumenti di risk assessment in un processo bifasico.* Nei casi più gravi, là dove il giudice di cognizione, accertata la sussistenza del fatto-reato e la sua commissione da parte dell'imputato, non ritenga sufficienti gli elementi a sua disposizione ai fini della individuazione di una pena personalizzata, in ossequio all'art. 133 c.p., dovrebbe essergli consentito di demandare la decisione *quoad poenam* a un giudice "specializzato", eventualmente frapponendo un termine che

³¹⁰ MAIR, *'A difficult trip, I think': The end days of the probation service in England and Wales?*, cit., 4.

³¹¹ Tale soluzione era già stata prospettata da CAPRIOLI, *Introduzione*, cit., 22, il quale evidenzia come l'indicazione del limite massimo invalicabile vada effettuata con le garanzie del processo di cognizione.

³¹² Per un interessante approfondimento sull'utilizzo dei precedenti nel *sentencing* inglese, si veda REDMAYNE, *Character in the Criminal Trial*, cit., 221 ss.

dia modo di richiedere e acquisire documenti e informazioni ritenuti necessari allo scopo. In tale modo, la perizia personologica/criminologica – espressamente vietata nel processo di cognizione, onde tutelare maggiormente l’(ancora) imputato, in ossequio alla presunzione di non colpevolezza e al *nemo tenetur se detegere* – potrebbe invece utilmente esplicitare i suoi effetti, così che il giudice possa poi irrogare una pena davvero calibrata sulla personalità dell’autore³¹³. Fondamentale al fine, come più volte ribadito, risulta allora la piattaforma decisoria sulla base della quale detto giudice possa effettuare le scelte di dosimetria.

Già si è detto come, nel nostro ordinamento, la materia in esame sia attualmente demandata, in larga parte, a “lampi intuitivi” di colui che decide, originati, pressoché unicamente, dal “contatto” epidermico del giudice con il soggetto interessato e dalla lettura dei precedenti penali dello stesso. La qual cosa non può che ingenerare perplessità, nella misura in cui vengono impattati diritti fondamentali del condannando (libertà personale, *in primis*). Per tale ragione, a tutte le latitudini si è posto il pro-

³¹³ Oltre agli autori già richiamati, auspica l’utilizzo delle perizie criminologiche anche in fase cognitiva, in un più ampio contesto che veda l’introduzione di un processo penale bifasico (seppure nella consapevolezza delle difficoltà, sul piano politico, di intervenire in tal senso), MANNA, *Considerazioni critiche sulle proposte della Commissione Lattanzi in materia di sistema sanzionatorio penale e di giustizia riparativa*, in *Arch. pen.*, 2021, 2, 9 ss., e ID., *Il diritto penale tra impianto codicistico di carattere oggettivo e tendenze di tipo soggettivistico*, in *Diritto penale e uomo*, 2021, 6, 16 giugno 2021, 12-13.

Proponeva di abrogare il divieto in discorso EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in *Verso una giustizia penale “conciliativa”. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, a cura di Picotti, Spangher, Milano, 2002, 63, il quale (a n. 36) formulava una possibile norma incentrata sul divieto di tener conto a carico del condannato di elementi estranei alla colpevolezza del fatto: «Il giudizio concernente la determinazione della pena è riferito alla colpevolezza che si è manifestata nel fatto di reato.

Elementi della personalità del condannato che non si sono manifestati nel fatto e il comportamento successivo al reato sono presi in considerazione solo al fine di attenuare l’entità delle conseguenze sanzionatorie.

Nel giudizio di cui al precedente comma il giudice applica al caso concreto, sulla base dei principi enunciati dall’art. 27 della Costituzione, la valutazione politico-criminale operata dal legislatore fissando la tipologia e lo spazio edittale delle pene previste per il reato commesso, in rapporto alle caratteristiche soggettive del colpevole.

Quando una pena non detentiva o la detenzione domiciliare sono previste alternativamente a una pena detentiva quest’ultima può essere inflitta solo se sussistono fattori tali da far ritenere altrimenti non evitabile ed elevato il rischio di reiterazione del reato commesso.

Il giudice può riservarsi di definire la pena all’esito dell’osservazione della personalità, condotta ai sensi dell’art. 13 ord. penit. A tal fine fissa una nuova udienza, successivamente all’avvenuta osservazione.

L’imputato può presentare memorie o perizie sulle sue condizioni socio-psicologiche. Ove lo ritenga necessario, il giudice può avvalersi della consulenza di periti.

L’art. 220, secondo comma, c.p.p. è abrogato.

La non collaborazione dell’imputato all’osservazione della personalità non può costituire elemento che conduca ad aggravare le conseguenze sanzionatorie» (corsivi dell’Autore).

blema di conferire maggiore obiettività alla decisione in discorso, sfruttando gli strumenti di valutazione del rischio resi disponibili dal progresso scientifico.

Su questo sfondo, vale allora la pena accennare a una tematica a cui la dottrina, specie statunitense³¹⁴, ha iniziato a interessarsi negli ultimi decenni: la possibilità di indicare, eventualmente all'interno del *Pre-Sentence Report*, uno *score* ottenuto mediante algoritmi³¹⁵ e, più in generale, strumenti computazionali.

Invero, l'utilizzazione dei *risk assessment tools*³¹⁶ in ogni momento in cui occorre formulare prognosi sul futuro comportamento dell'imputato/condannato - si pensi, ad esempio, al *bail*, al *probation* e al *parole* - costituisce una realtà in molti ordinamenti stranieri, sebbene si registri un notevole ritardo degli Stati europei rispetto al Nord America e altri Paesi di *common law* (ad esempio, l'Australia)³¹⁷.

Merita subito precisare, a scanso di equivoci, che la nozione richiamata non è nuova, benché oggi esistano metodi che si avvalgono dell'informatica. Si badi, infatti, che oltre-atlantico l'espressione in discorso viene utilizzata anche alludendo a valutazioni effettuate, circa un secolo fa, da esperti in psichiatria, psicologia o da assistenti sociali e personale penitenziario nell'ambito delle decisioni sul *parole* (c.d. *risk assessment tools* di prima generazione)³¹⁸, fino ad arrivare agli attuali strumenti (di quarta genera-

³¹⁴ Si vedano, a titolo meramente esemplificativo, HAMILTON, *Back to the Future: The Influence of Criminal History on Risk Assessments*, in *Berkeley JCL*, 2015, 20, 1, 75 ss.; MCGARRAUGH, *Up or Out: Why "Sufficiently Reliable" Statistical Risk Assessment Is Appropriate at Sentencing and Inappropriate at Parole*, in *Minnesota LR*, 2013, 97, 3, 1079 ss.; TONRY, *Legal and Ethical Issues in the Prediction of Recidivism*, in *Federal Sentencing Reporter*, 2014, 26, 3, 167 ss.

³¹⁵ Nel senso che «algorithms need not be software: in the broadest sense, they are encoded procedures for transforming input data into a desired output, based on specified calculations. The procedures name both a problem and the steps by which it should be solved»: GILLESPIE, *The Relevance of Algorithms*, in *Media Technologies. Essays on Communication, Materiality, and Society*, a cura di Gillespie, Boczkowski, Foot, Cambridge Massachusetts-London, 2014, 167.

³¹⁶ A riguardo BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Diritto penale e uomo*, 29 settembre 2019, 16 ss.; QUATTROCOLO, *Artificiale Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, New York, 2020; EAD., *Sui rapporti tra pena, prevenzione del reato e prova nell'era dei modelli computazionali psico-criminologici*, in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, 2021, 1, 257 ss.; EAD., *Risk Assessment: sentencing o non sentencing?*, in *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Milano, 2021, 69 ss.; ZARA, FARRINGTON, *Criminal Recidivism. Explanation, prediction and prevention*, Oxon, 2016, 148 ss.

Sull'uso dell'*AI* nel *sentencing*, tra gli altri, STOBBS, HUNTER, BAGARIC, *Can Sentencing Be Enhanced by the Use of Artificial Intelligence?*, in *Crim. LJ*, 2017, 41, 261 ss.; TONRY, *Sentencing and Prediction. Old Wine in Old Bottles*, in *Predictive Sentencing. Normative and Empirical Perspectives*, a cura di de Keijser, Roberts, Ryberg, Oxford, 2019, 269 ss.

³¹⁷ Sulle ragioni del ritardo si veda QUATTROCOLO, *An introduction to AI and criminal justice in Europe*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2019, 5, 3, 1542 ss., tra cui, sotto il profilo prettamente giuridico, l'ampio ricorso al *plea bargaining*.

³¹⁸ Tra molti, KEHL, GUO, KESSLER, *Algorithms in the Criminal Justice System: Assessing the Use of*

zione) che adottano un approccio sistematico e comprensivo nel valutare il rischio di recidiva³¹⁹.

La tematica in parola – e, più in generale, quella dell’avvento dell’informatica (dopo aver rivoluzionato pressoché ogni aspetto della vita umana) anche nel mondo del diritto³²⁰ – ha attirato di recente grande attenzione da parte degli studiosi, preoccupati dalla opacità³²¹ degli algoritmi e dal rispetto delle garanzie dell’equo processo³²². Consapevoli che non è questa la sede per indugiare su un tema tanto dirimpante e complesso, per le implicazioni etiche, giuridiche e filosofiche che comporta, preme sottolineare che l’ingresso dell’intelligenza artificiale³²³ nel processo penale costituisce già

Risk Assessments in Sentencing, Responsive Communities Initiative, Berkman Klein Center for Internet & Society, Harvard Law School, 2017, leggibile al link <http://irs.harvard.edu/urn-3:IIUL.InstRepos:33746041>, 8; TONRY, *Sentencing and Prediction. Old Wine in Old Bottles*, cit., 274, in termini critici circa il livello di accuratezza dei risultati dei nuovi, come dei vecchi, strumenti; ZARA, FARRINGTON, *Criminal Recidivism. Explanation, prediction and prevention*, cit., 158 ss.

³¹⁹ BONTA, ANDREWS, *Risk-Need-Responsivity Model for Offender Assessment and Rehabilitation*, 2007-06, rinvenibile al link <https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/rsk-nd-rspnsvty/rsk-nd-rspnsvty-eng.pdf>, 3 ss.; KEHL, GUO, KESSLER, *Algorithms in the Criminal Justice System: Assessing the Use of Risk Assessments in Sentencing*, cit., 9. Sul tema anche WORMITH, *Automated Offender Risk Assessment. The Next Generation or a Black Hole?*, in *Criminology & Public Policy*, 2017, 16, 1, 281 ss.

³²⁰ Nella dottrina italiana, sul rapporto tra intelligenza artificiale e giustizia penale, tra molti, AA.VV., *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Milano, 2021; BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, cit., 1 ss.; CANZIO, *Intelligenza artificiale, algoritmi e giustizia penale*, in www.sistemapenale.it, 8 gennaio 2021; GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l’intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 maggio 2019, 1 ss.; PAGALLO, QUATTROCOLO, *The impact of AI on criminal law, and its twofold procedures*, in *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, a cura di Barfield, Pagallo, Cheltenham-Northampton, 2018, 385 ss.; QUATTROCOLO, *An introduction to AI and criminal justice in Europe*, cit., 1519; EAD., *Processo penale e rivoluzione digitale: da ossimoro a endiadi?*, in *Rivista di diritto dei media*, 2020, 3, 121 ss.; EAD., *Quesiti nuovi e soluzioni antiche? Consolidati paradigmi normativi vs rischi e paure della giustizia digitale “predittiva”*, in *Cass. pen.*, 2019, 1748 ss.; RICCIO, *Ragionando su intelligenza artificiale e processo penale*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, 1 ss.; UBERTIS, *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2020, 4, 75 ss.

³²¹ PALMIOTTO, *The Black Box on Trial: The Impact of Algorithmic Opacity on Fair Trial Rights in Criminal Proceedings*, in *Algorithmic Governance and Governance of Algorithms. Legal and Ethical Challenges*, a cura di Ebers, Cantero Gamito, Cham, 2021, 49 ss.

³²² *Ex multis*, NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, Torino, 2019, 118 ss.

³²³ L’intelligenza artificiale viene definita «[i]nsieme di metodi scientifici, teorie e tecniche finalizzate a riprodurre mediante le macchine le capacità cognitive degli esseri umani. Gli attuali sviluppi mirano a far svolgere alle macchine compiti complessi precedentemente svolti da esseri umani. Tuttavia l’espressione “intelligenza artificiale” è criticata dagli esperti, che distinguono tra intelligenze artificiali “forti” (capaci di contestualizzare problemi specializzati di varia natura in maniera completamente autonoma) e intelligenze artificiali “deboli” o “moderate” (alte prestazioni nel loro ambito di addestramento). Alcuni esperti sostengono che le intelligenze artificiali “forti”, per essere in grado di modellizzare il mondo nella sua interezza, necessiterebbero di progressi significativi della ricerca di base e non soltanto

realtà in molti ordinamenti³²⁴. È chiaro come la capacità di processare ed elaborare una mole enorme di dati, che sfugge a ogni possibilità umana, offra potenzialità ormai impossibili da ignorare, specie in settori come quello probatorio. Un'analisi di tali aspetti, tuttavia, allontanerebbe molto dagli scopi del presente lavoro. Mantenendo quindi l'attenzione sulla fase del *sentencing*³²⁵, nella dottrina italiana³²⁶ non manca chi suggerisce di recepire il modello inglese³²⁷ del già richiamato *Offender Assessment System*³²⁸, quale più sofisticato strumento di valutazione del rischio di recidiva, basato su criteri sintomatici ed elementi predittivi³²⁹. La fase della commisurazione

di semplici miglioramenti delle prestazioni dei sistemi esistenti. Gli strumenti menzionati nel presente documento sono sviluppati utilizzando metodi di apprendimento automatico, ovvero intelligenze artificiali “deboli”: Carta Etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi, adottata dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ), il 3-4 dicembre 2018, Appendice III: Glossario, 47.

Sulla Carta Etica, in dottrina, QUATTROCOLO, *Intelligenza artificiale e giustizia: nella Cornice della Carta etica europea, gli spunti per un'urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, in www.lalegislazionepenale.eu, 18 dicembre 2018, 1 ss.

³²⁴ Nel senso che «[p]rediction of criminality has become de rigueur in our highly administrative law enforcement and prison sectors - seen as a necessity, no longer a mere convenience», HARCOURT, *Against Prediction. Profiling, Policing, and Punishing in an Actuarial Age*, Chicago, 2007, 16.

³²⁵ Il primo Stato a implementare uno strumento di *risk assessment* da utilizzare nel *sentencing* fu la Virginia nel 1994. A riguardo, si veda AA.VV., *Offender Risk Assessment in Virginia. A Three-Stage Evaluation. Process of Sentencing Reform. Empirical Study of Diversion & Recidivism. Benefit-Cost Analysis*, The National Center for State Courts and the Virginia Criminal Sentencing Commission, A National Institute of Justice Partnership Grant, diretto da Ostrom, 2002, leggibile al link http://www.vsc.virginia.gov/risk_off_rpt.pdf.

Di contro, si è scelto di non trattare l'HART (*Harm Assessment Risk Tool*), uno dei primi *software* sviluppati nel Regno Unito a sostegno delle decisioni in ordine alla custodia cautelare: a tale riguardo, si rinvia a OSWALD, GRACE, URWIN, BARNES, *Algorithmic risk assessment policing models: lessons from the Durham HART model and “Experimental” proportionality*, in *Information & Communications Technology Law*, 2018, 27, 2, 223; PALMIOTTO, *The Black Box on Trial: The Impact of Algorithmic Opacity on Fair Trial Rights in Criminal Proceedings*, cit., 62 ss.

³²⁶ DOVA, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, cit., 218.

³²⁷ Si veda, tuttavia, in chiave critica sull'utilizzo degli algoritmi nel sistema penale, THE LAW SOCIETY OF ENGLAND AND WALES, *Algorithm use in the criminal justice system report*, 2019, reperibile al link <https://www.lawsociety.org.uk/topics/research/algorithm-use-in-the-criminal-justice-system-report>.

³²⁸ Sul punto, HOWARD, DIXON, *Identifying Change in the Likelihood of Violent Recidivism: Casual Dynamic Risk Factors in the OASys Violence Predictor*, cit., 165 ss., i quali (a p. 166) definiscono il sistema in parola come «a structured clinical risk/needs assessment and management tool. It is used throughout NOMS to inform court reports on offenders convicted awaiting sentence and manage those serving custodial sentences of at least 12 months (which are usually partly served in the community) or noncustodial sentences involving supervision».

³²⁹ Nello specifico, OASys si sostanzia in quattro componenti principali: a) *an analysis of offending-related factors*; b) *a risk of serious harm analysis*; c) *a summary sheet*; d) *a sentence plan*.

Di questi, i fattori di cui sub *a*, sono divisi in 13 sezioni, che considerano il passato criminale del soggetto, l'analisi dei reati in oggetto, 10 fattori di rischio sociali/personali che potrebbero avere rilevanza dinamica (*accommodation; education, training and employability; financial management and income; rela-*

della pena si presta particolarmente all'uso di modelli computazionali e di algoritmi, poiché «[a]t the sentencing stage, most of the factual matters are already resolved, and the relevant sentencing objectives and considerations can be identified by an assessment of the agreed facts and nature of the offence»³³⁰, tanto da essere impiegati in diversi Stati americani, ove - come noto - è assai frequente il ricorso alla giustizia negoziata³³¹.

Nello specifico sull'esempio inglese, l'*OAS* impiega indicatori predittivi statici (*id est*, destinati a rimanere costanti nel tempo, come il sesso della persona, oppure l'età al momento dell'arresto) e dinamici³³² (ovvero, mutevoli nel tempo: ad esempio, l'abuso di alcolici o stupefacenti) relativi a caratteristiche personali dell'autore del reato, come i precedenti penali, il livello di istruzione, le capacità relazionali, le condizioni di salute, nonché le sue condizioni sociali, lavorative e abitative, oltre al tipo di reato commesso. Lo strumento in parola, seconda una parte della dottrina, permetterebbe al decidente una maggiore ponderazione nella individuazione di una pena diversa da quella carceraria, in base a valutazioni prognostiche che hanno dato buona prova di sé nelle indagini empiriche condotte³³³. Si ricorda, infatti, come nella letteratura inglese sia stato affermato che senza le valutazioni offerte dai servizi di *probation* la fase del *sentencing* si connoterebbe per maggiore arbitrio; in termini icastici, si è detto che senza gli strumenti in discorso la fase deputata alla scelta della pena verrebbe lasciata, grossomodo, al caso («[The probation service] provides reports to the courts without which sentencing would be much more of a hit-or-miss affair»)³³⁴.

tionships; lifestyle and associates; drug misuse; emotional well-being; thinking and behavior; and attitudes), nonché la possibilità di svolgere attività come, ad esempio, i lavori di pubblica utilità, o di partecipare a *offending behaviour programs*: si veda, a riguardo, HOWARD, DIXON, *Identifying Change in the Likelihood of Violent Recidivism: Casual Dynamic Risk Factors in the OASys Violence Predictor*, cit., 167.

³³⁰ Così, relativamente al contesto australiano, STOBBS, HUNTER, BAGARIC, *Can Sentencing Be Enhanced by the Use of Artificial Intelligence?*, cit., 276.

³³¹ Arizona, Oklahoma, Kentucky, Ohio, Pennsylvania, sebbene con ampiezza e finalità tra loro differenti: sul punto, KEHL, GUO, KESSLER, *Algorithms in the Criminal Justice System: Assessing the Use of Risk Assessments in Sentencing*, cit., 16.

³³² A differenza di altri strumenti attuariali di *risk assessment* che utilizzano solo indicatori statici: ad esempio, il *Risk Matrix 2000* utilizzato in Inghilterra e Galles nei confronti dei *sex offenders*: si veda, a tal proposito, REDMAYNE, *Character in the Criminal Trial*, cit., 256.

³³³ MOORE, *A compendium of research and analysis on the Offender Assessment System (OASys) 2009-2013*, cit.

Nella dottrina nord-americana, nel senso che la ricerca empirica ha dimostrato che il *statistical risk assessment* ha previsto la recidiva con maggiore precisione rispetto all'esperienza e all'intuito del singolo giudice, si veda MCGARRAUGH, *Up or Out: Why "Sufficiently Reliable" Statistical Risk Assessment Is Appropriate at Sentencing and Inappropriate at Parole*, cit., 1106.

³³⁴ Testualmente, MAIR, *'A difficult trip, I think': The end days of the probation service in England and*

La breve premessa compiuta consente ora di svolgere una ulteriore considerazione, maggiormente funzionale all'economia del presente lavoro. Si allude al fatto che, considerando i *risk assessment tools* come strumenti di appannaggio esclusivo di portatori di un sapere tecnologico, il loro ingresso nel processo penale italiano dovrebbe necessariamente passare attraverso il mezzo della perizia o della consulenza tecnica. Semmonché, visto il loro oggetto, questa ricostruzione si scontrerebbe con il divieto di perizia personologica³³⁵ valevole nel processo di cognizione.

Se si condivide l'assunto che la pena debba essere sottratta all'intuizione del singolo magistrato³³⁶, allora l'introduzione di un processo bifasico potrebbe consentire l'utilizzo pure di questi moderni strumenti computazionali, in funzione d'ausilio della decisione del giudice - e non in sua sostituzione³³⁷ -.

È chiaro che ogni impiego di soluzioni tecnologiche di tal fatta dovrà sempre essere circondato da cautela, tanto che l'Unione Europea vieta il ricorso a decisioni concernenti le persone fisiche che siano totalmente automatizzate³³⁸. Non può tacersi,

Wales?, cit., 4.

³³⁵ Di tale opinione QUATTROCOLO, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche? Consolidati paradigmi normativi vs rischi e paure della giustizia digitale "predittiva"*, cit., 1762. Cfr. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, cit., 20, secondo il quale, non essendo i *risk assessment tools* finalizzati precipuamente ad accertare il carattere e la personalità del reo, non è scontato che il loro utilizzo rientri nel divieto in parola.

³³⁶ «Sarebbe assurdo avere un giudice che giudica sempre e solo sulla base del suo intuito»: testualmente, GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, cit., 22.

³³⁷ Tale opinione era stata espressa anche dal HM INSPECTORATE OF PROBATION, *An Independent Review of a Serious Further Offence Case: Anthony Rice*, London, 2006, 69.

Di questo avviso, in dottrina, STOBBS, HUNTER, BAGARIC, *Can Sentencing Be Enhanced by the Use of Artificial Intelligence?*, cit., 275.

Per una critica al tradizionale principio che vuole il giudice *peritus peritorum*, si veda NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, 384 ss., il quale, tuttavia, conclude ritenendo comunque preferibile la tesi che vede il giudice non vincolato dal risultato della perizia e libero nella formazione del proprio convincimento. A tale proposito, pure DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005, 330 ss. e, in senso analogo alla conclusione raggiunta da Nobili, 338: «Non c'è dubbio che il dilemma non può restare insoluto e che oggi esso ha, nel sistema razionale della prova, un'uscita normativamente obbligata: l'opzione per il libero convincimento del giudice».

Di recente, sul rapporto tra intelligenza artificiale e libero convincimento, LUPÀRIA DONATI, *Notazioni controintuitive su intelligenza artificiale e libero convincimento*, in *Giurisprudenza penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Milano, 2021, 113 ss. (in particolare, a p. 118), il quale propone, da una parte, un utilizzo della macchina che possa influenzare e migliorare gli schemi di ragionamento dell'uomo, per poi (p. 120) interrogarsi sulla possibilità di introdurre regole probatorie in grado di limitare, in senso negativo, il potere del giudice di condannare in mancanza di una *scientific corroboration of evidence* (alla stregua, quindi, di prove legali negative).

³³⁸ Si veda l'art. 11 della direttiva 2016/680 UE, al cui comma 1 è stabilito che «[g]li Stati membri dispongono che una decisione basata unicamente su un trattamento automatizzato, compresa la profila-

infatti, come, accanto alle potenzialità, l'utilizzo dell'intelligenza artificiale in campi che vedono in gioco le libertà fondamentali delle persone rechi con sé pericolose insidie. Nonostante "l'ala progressista" della dottrina rilevi che la macchina, al contrario dell'uomo, è immune da *bias* cognitivo³³⁹, costituisce opinione ormai condivisa che la pretesa "neutralità" degli algoritmi è nient'altro che un mito³⁴⁰, anche (ma non solo) nella misura in cui gli stessi dipendono dagli *input* dei programmatori³⁴¹. Che il rischio di discriminazioni non è escluso dall'impiego della "macchina", anzi, che possano annidarsi discriminazioni su base etnica e razziale, è dato ormai dimostrato³⁴². Basti pensare al noto caso *Wisconsin v. Loomis*³⁴³, in cui il ricorrente si doleva

zione, che produca effetti giuridici negativi o incida significativamente sull'interessato sia vietata salvo che sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento e che preveda garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento».

³³⁹ Di questa opinione, ad esempio, STOBBS, HUNTER, BAGARIC, *Can Sentencing Be Enhanced by the Use of Artificial Intelligence?*, cit., 274.

³⁴⁰ UBERTIS, *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, cit., 78.

Sul punto pure WOJCIK, *Machine-Learn Bias? Algorithmic Decision Making and Access to Criminal Justice*, in *Legal Information Management*, 2020, 20, 99 ss.

Ancora, nel senso che «Actuarial methods in the criminal justice field produce hidden distortions with significant costs for society», si veda HARCOURT, *Against Prediction. Profiling, Policing, and Punishing in an Actuarial Age*, cit., 21.

³⁴¹ In verità, in dottrina si evidenzia come talvolta il *bias* possa essere incorporato nell'algoritmo all'insaputa del programmatore, qualora vengano utilizzati "training data": BARRET, *Reasonably Suspicious Algorithms: Predictive Policing at the United States Border*, in *New York University Review of Law & Social Change*, 2017, 41, 3, 341.

³⁴² Si vedano, a tale proposito, HANNAH-MOFFAT, STRUTHERS MONTFORD, *Unpacking Sentencing Algorithms. Risk, Racial Accountability and Data Harms*, in *Predictive Sentencing. Normative and Empirical Perspectives*, a cura di de Keijser, Roberts, Ryberg, Oxford, 2019, 175 ss.

Particolarmente eloquenti le parole di Eric Holder, l'allora *Attorney General*, durante il *National Association of Criminal Defense Lawyers 57th Annual Meeting* del 2014: «Although these measures were crafted with the best of intentions, I am concerned that they may inadvertently undermine our efforts to ensure individualized and equal justice. By basing sentencing decisions on static factors and immutable characteristics – like the defendant's education level, socioeconomic background, or neighborhood – they may exacerbate unwarranted and unjust disparities that are already far too common in our criminal justice system and in our society». Così HOLDER, U.S. Attorney General, *Speech at the National Association of Criminal Defense Lawyers 57th Annual Meeting and 13th State Criminal Justice Network Conference*, 1 agosto 2014, leggibile al link <https://www.justice.gov/opa/speech/attorney-general-eric-holder-speaks-national-association-criminal-defense-lawyers-57th>.

³⁴³ *State v. Loomis* 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016), in *Harvard LR*, 2017, 130, 3, 1530 ss.

In dottrina, a tale riguardo, FREEMAN, *Algorithmic Injustice: How the Wisconsin Supreme Court Failed to Protect Due Process Rights in State v. Loomis*, in *North Carolina Journal of Law & Technology*, 2016, 18, 5, 75 ss.; KEHL, GUO, KESSLER, *Algorithms in the Criminal Justice System: Assessing the Use of Risk Assessments in Sentencing*, cit., 18 ss.; HANNAH-MOFFAT, STRUTHERS MONTFORD, *Unpacking Sentencing Algorithms. Risk, Racial Accountability and Data Harms*, cit., 186 ss.; QUATTROCOLO, *Artificiale Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, cit., 156 ss.

dell'uso dello strumento attuariale di *risk assessment* denominato *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions (COMPAS)*. Detto *software* determinava uno *score* atto a fornire solo dati aggregati sul rischio di recidiva relativo a gruppi di persone simili al reo, ponendo inoltre importanti questioni legate al rispetto delle garanzie difensive, a causa del segreto commerciale che impedisce l'accesso al codice sorgente, chiave di lettura del funzionamento del *software*. Soprattutto il primo aspetto, ovvero il rischio di misurare la pena avendo riguardo, non al singolo, ma al tipo criminologico dell'autore³⁴⁴ porta a considerare con la dovuta cautela gli strumenti in parola, rispetto ai quali sarebbero senz'altro da evitarsi adesioni acritiche ai risultati del *software* da parte del giudice³⁴⁵. Altrimenti, nonostante l'auspicio di una pena davvero individualizzata sul singolo autore, ci troveremmo davanti a una pena per il "tipo d'autore"... con ciò negando le ragioni che avevano consigliato l'adozione dei *tools*, cioè l'esigenza di individualizzazione della pena³⁴⁶. Sebbene l'obiezione paia fondata, essendo difficilmente revocabile in dubbio l'asserto per cui è sbagliato restringere la libertà di una persona sulla base del comportamento statistico di altri³⁴⁷, merita precisare come alcuni in dottrina abbiano posto in luce che il comportamento altrui informa diversi ambiti del diritto alla prova³⁴⁸. Insomma, bandita ogni posizione di rigido conservatorismo – così come di suddite-sca adesione al *dictat* della macchina –, il baluardo più forte contro le lesioni delle garanzie difensive risiede nel contraddittorio per la prova e nelle ordinarie forme di controllo sulla prova scientifica³⁴⁹, anche nella eventualità in cui si dovesse, un giorno, approdare a un processo penale bifasico in Italia³⁵⁰.

In italiano, tra gli altri, BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, cit., 21 ss.

³⁴⁴ UBERTIS, *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, cit., 81.

³⁴⁵ Sul fatto che sia piuttosto comune, in Inghilterra, non tenere in considerazione i risultati prodotti dagli strumenti in parola, specie modificando lo *score* attuariale per eccesso, ANSBRO, *The Nuts and Bolts of Risk Assessment: When the Clinical and Actuarial Conflict*, in *The Howard Journal of Crime and Justice*, 2010, 49, 3, 252, 257 e 261 ss.

³⁴⁶ Sui problemi derivanti dal passare dal gruppo all'individuo (G2I), QUATTROCOLO, *Sui rapporti tra pena, prevenzione del reato e prova nell'era dei modelli computazionali psico-criminologici*, cit., 272-273.

³⁴⁷ «[I]t seems to me wrong to confine any person on the basis not of that person's prior conduct but on the basis of statistical evidence regarding the behaviour of other people»: così la *dissenting opinion* del Justice Coyne in re Linehan (1994) 518 NW 2d 609, 616.

³⁴⁸ Ad esempio, il vedere una persona che fugge dal luogo del delitto viene ritenuto sospetto a causa del comportamento generalmente tenuto da autori (e, di converso, da non-autori) di reati: si veda REDMAYNE, *Character in the Criminal Trial*, cit., 256-257.

³⁴⁹ Per tutti, a tale riguardo, DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit., 115 ss.

³⁵⁰ Ritieni che la questione relativa all'utilizzo dei *risk assessment tools* possa dare nuova linfa al dibattito

10. *Segue: cenni alla Riforma Cartabia*. L'analisi fin qui condotta ha permesso di mettere in luce come individuare un decidente sulla pena che non abbia come scopo principale l'accertamento della responsabilità potrebbe consentire di calibrare meglio la risposta sanzionatoria ai fini della rieducazione del reo, sancita nella Carta fondamentale. Ciò detto, certo è che, a sistema penale invariato, le potenzialità del nuovo assetto che si propone sarebbero senza dubbio affievolite. S'intende dire che, finché la principale risposta al crimine resta il carcere, un giudice della pena non potrebbe fare molto altro che stabilire la durata della neutralizzazione del reo.

Affatto diversa la situazione qualora il legislatore prendesse atto della inidoneità della pena detentiva ad adempiere alla risocializzazione, disponendo, di conseguenza, pene diverse per tutelare beni giuridici diversi, sulla scia di altri ordinamenti – quale ad esempio quello inglese – ove al binomio pena detentiva/pena pecuniaria si affiancano anche sanzioni come il *community order*.

Ebbene, di recente il legislatore italiano pare essersi impegnato nell'auspicato “cambio di rotta” teso al superamento dell'attuale assetto carcerocentrico³⁵¹, mediante la legge delega 27 settembre 2021, n. 134, meglio nota come riforma Cartabia³⁵².

Essendo ormai indiscusso nella dottrina più accreditata che la pena detentiva *non funziona* – richiamando il *nothing works* degli studiosi americani³⁵³ – in quanto, oltre a essere economicamente e socialmente la sanzione penale più costosa, risulta pure

sulla biforcazione processuale, la quale potrebbe favorire un «più ordinato e predeterminato impiego della prognosi di pericolosità sociale all'interno del processo penale», QUATTROCOLO, *Risk Assessment: sentencing o non sentencing?*, cit., 80.

³⁵¹ In tal senso, MANNA, *Considerazioni critiche sulle proposte della Commissione Lattanzi in materia di sistema sanzionatorio penale e di giustizia riparativa*, cit., 2 ss.; SPANGHER, *Bonafede, Lattanzi, Cartabia: tre concezioni (molto diverse) della riforma del processo penale*, in www.penedp.it, 22 luglio 2021; PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in www.sistemapenale.it, 8 settembre 2021, 2; PULITANÒ, *Una svolta importante nella politica penale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 15 giugno 2021, 1; ROMANO, *La riforma del sistema penale secondo la Commissione Lattanzi*, in www.lalegislazionepenale.eu, 23 giugno 2021, 1.

³⁵² In dottrina, sull'*iter* che ha portato alla legge in parola, si vedano CANZIO, *Le linee del modello “Cartabia”. Una prima lettura*, in www.sistemapenale.it, 25 agosto 2021; DE FRANCESCO, *Brevi appunti sul disegno di riforma della giustizia*, in www.lalegislazionepenale.eu, 23 agosto 2021, 1 ss.; FIANDACA, *Più efficienza, più garanzie. La riforma della giustizia penale secondo la Commissione Lattanzi*, in www.sistemapenale.it, 21 giugno 2021; LA ROCCA, *Il modello di riforma “Cartabia”: ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in *Arch. pen.*, 2021, 3, 1 ss.; PALAZZO, *Pena e processo nelle proposte della “Commissione Lattanzi”*, in www.lalegislazionepenale.eu, 7 luglio 2021, 1 ss.; ID., *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, cit., 1 ss.; PULITANÒ, *Una svolta importante nella politica penale*, cit., 1 ss.; ROMANO, *La riforma del sistema penale secondo la Commissione Lattanzi*, cit., 1 ss.

³⁵³ S'allude alla c.d. “*Nothing Works*” doctrine, che prende il nome dal noto lavoro di MARTINSON, *What works? – questions and answers about prison reform*, in *The Public Interest*, 1974, 22 ss.

poco performante sul piano della diminuzione della recidiva³⁵⁴, si è inteso sperimentare nuovi paradigmi, per un verso, mediante l'introduzione della *restorative justice*³⁵⁵, per altro verso, con la rimodulazione delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi.

In ordine al primo profilo, già si è accennato sopra a come l'introduzione della giustizia riparativa imponga al giudice un nuovo modo di commisurare e programmare la pena. Per quello che qui importa³⁵⁶, preme osservare come, ad assetto processuale invariato, le attività di riparazione possono essere utilmente valutate dal giudice in vista della concessione dei benefici penitenziari, ai sensi dell'art. 47, comma 7, ord. penit., che prevede che l'affidato si adoperi, per quanto possibile, a favore della vittima per vedersi concedere l'affidamento in prova ai servizi sociali³⁵⁷.

Di contro, un processo bifasico consentirebbe una maggiore valorizzazione dei percorsi in parola già al momento commisurativo della sanzione, impegnando il giudice in una attività di programmazione oggi inusitata. Già si è visto come, tra i pregi del *sentencing* anglosassone, vi sia la possibilità di differire il momento della irrogazione della pena rispetto a quello in cui si dichiara la responsabilità penale, consentendo così anche di vedere gli sviluppi di eventuali percorsi riparativi, per poi valorizzarli ai fini del trattamento punitivo. Ne consegue che, una volta entrata "a regime" la giustizia riparativa, al giudice penale verrà richiesto un maggiore sforzo di elaborazione del

³⁵⁴ Fondamentali, a tale riguardo, gli studi di Paliero: in particolare, si vedano PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1336 ss. e, soprattutto, 1370 ss. sulla diseconomicità del diritto penale; ID., *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 510 ss. e, nello specifico, 549 ss. sui costi delle sanzioni penali, analisi da cui si evince la «*macroscopica vantaggiosità*» (p. 553) delle opzioni non detentive rispetto alla pena detentiva.

A riguardo, si veda anche DOVA, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, cit., 26 e 216 ss., ove si riferisce del profondo impatto negativo della segregazione carceraria sul rischio di recidiva.

Nella dottrina anglosassone, ROBINSON, SHAPLAND, *Reducing recidivism: a task for restorative justice?*, in *The British JC*, 2008, 48, 337 ss.; SHERMAN, STRANG, *Restorative justice: the evidence*, London, 2007, 11 ss.

³⁵⁵ Sui lavori della Commissione Lattanzi con specifico riguardo al tema della giustizia riparativa, DEL TUFO, *Giustizia riparativa ed effettività nella Proposta della Commissione Lattanzi (24 maggio 2021)*, in *Arch. pen.*, 2021, 2, 1 ss.; MANNA, *Considerazioni critiche sulle proposte della Commissione Lattanzi in materia di sistema sanzionatorio penale e di giustizia riparativa*, cit., 1 ss.

³⁵⁶ Sia consentito rinviare, volendo, a DEI-CAS, *Qualche considerazione in tema di giustizia riparativa nell'ambito della legge delega Cartabia*, in *Arch. pen.*, 2021, 3, 1 ss.

³⁵⁷ A tal proposito, la dottrina non manca di sottolineare come la condizione detentiva strida con il requisito della volontarietà che caratterizza la giustizia riparativa. A proposito dei rapporti tra *restorative justice* e fase esecutiva, DARAIO, *Giustizia riparativa ante e post iudicatum*, in *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, a cura di Balducci, Macrillò, Milano, 2020, 866; DOVA, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, cit., 135 ss.; VICOLI, *La mediazione nel contesto della fase esecutiva: spunti per un inquadramento sistematico*, in *Cass. pen.*, 2015, 382 ss.

trattamento sanzionatorio, con possibilità di adeguarlo di pari passo con l'evoluzione delle necessità del condannato³⁵⁸. Al maggiore impegno corrisponderà, pertanto, una maggiore solidità del giudizio prognostico alla base di diminuzioni di pena o di concessione di benefici³⁵⁹.

La bipartizione processuale consentirebbe altresì di porre rimedio ad alcune problematiche sulle quali si è concentrato l'interesse della dottrina fin dalla comparsa della mediazione nel sistema penale.

S'allude ai potenziali effetti pregiudizievoli derivanti dal raggiungimento dell'accordo il quale - pur essendo idoneo a giustificare una attenuazione della pena, in quanto condotta positiva susseguente al reato (art. 133, n. 3, c.p.) o circostanza attenuante (ad esempio, ai sensi dell'art., 62, n. 6, c.p.)³⁶⁰ - potrebbe ipotecare pesantemente l'accertamento sulla responsabilità³⁶¹. La cesura processuale tra accertamento del fatto e della responsabilità, da una parte, e scelta e quantificazione della sanzione, dall'altra parte, permetterebbe, dunque, di rimediare all'inconveniente, posticipando le condotte riparative all'esito dell'accertamento del primo aspetto³⁶².

Bipartizione che si mostrerebbe, pertanto, utile anche in considerazione del fatto che difficilmente un imputato che intravede buone possibilità di ottenere un proscioglimento processuale intraprenderà un percorso riparativo, rimandando, se del caso, alla fase esecutiva³⁶³, il che renderebbe quanto mai opportuna una cesura temporale

³⁵⁸ Per considerazioni a tale proposito si veda EUSEBI, *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessaria*, cit., 106.

³⁵⁹ MANNOZZI, *La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla previsione legislativa alla prassi applicativa*, cit., 1253.

³⁶⁰ CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, Bari, 2015, 95. A riguardo pure PATANÈ, voce *Mediazione penale*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, t. 1, Milano, 2008, 579.

Nel senso che «[l]a giustizia riparativa *surroga il diritto penale* quando *rende inutile* la pena, quando cioè autore e vittima accettano la mediazione/riparazione *elide* il disvalore del fatto. Può residuare la *meritevolezza*, ma viene meno il *bisogno* della pena criminale.

La giustizia riparativa *completa il diritto penale*, quando la riparazione può solo *ridurre* il disvalore del fatto. In questo caso la riparazione entra nella fase commisurativa e orienta qualità e quantità della pena»: PALIERO, *Relazione*, in *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Atti del Convegno, Urbino, 23-24 settembre 2005, Milano, 2007, 139.

³⁶¹ ORLANDI, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Atti del Convegno, Urbino, 23-24 settembre 2005, Milano, 2007, 179.

³⁶² Lo rileva ORLANDI, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, cit., 179, n. 21.

³⁶³ DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, cit., 244, n. 18, e 249-250.

Cfr. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di Mannozi, Lodigiani, Bologna, 2015, 76, il quale ritiene opportuno innestare l'istituto riparativo nella fase dell'esecuzione, giudicando, invece, un controsenso procedervi in fase di

tra l'accertamento del fatto e la commisurazione della sanzione.

Per quanto concerne le sanzioni sostitutive, come ha rilevato autorevole dottrina, «[l]a sanzione deve risolvere anche un problema sociale, secondo un progetto umanistico, e non essere espressiva-simbolico-retributiva, tanto che lo stesso giudice di primo grado è coinvolto nel definire programmi esecutivi, non espressivo-simbolici, e in funzione rieducativa»³⁶⁴. Pertanto, all'aumentare delle opzioni disponibili nel ventaglio sanzionatorio, nei limiti delle sanzioni sostitutive – *id est*, entro quattro anni di pena detentiva in concreto irrogabile³⁶⁵ –, la commisurazione non è più limitata al *quantum* di pena detentiva da infliggere, ma ricomprende semilibertà, detenzione domiciliare, lavoro di pubblica utilità e pena pecuniaria (art. 1, comma 17, legge 27 settembre 2021, n. 134). Sanzioni, per giunta, applicabili «solo quando il giudice ritenga che contribuiscano alla rieducazione del condannato e assicurino, anche attraverso opportune prescrizioni, la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati» (comma 17, lett. c).

Ebbene, a fronte di questa «nuova discrezionalità nelle strategie sanzionatorie»³⁶⁶, che investe il giudice della cognizione³⁶⁷ – non solo nell'*an*, nel *quantum*, ma anche nel *quomodo*³⁶⁸ –, una scansione procedimentale che permetta maggiore ponderazione, per il tramite di opportuni strumenti, pare tutt'altro che inopportuna.

irrogazione della pena, dopo aver celebrato un intero processo e, così facendo, esacerbato il conflitto tra le parti.

³⁶⁴ Così DONINI, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *Pol. dir.*, 2021, 4, 605.

³⁶⁵ Sottolinea, a tale proposito, la dilatazione del concetto di pena detentiva *breve*, tale da ricomprendere perfino reati di consistente gravità astratta, PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, cit., 11.

³⁶⁶ DONINI, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, cit., 608.

³⁶⁷ Individua una scelta di fondo della riforma, nel «trasferire al momento della cognizione un'operazione d'irrogazione sanzionatoria attualmente riservata alla giurisdizione di sorveglianza», PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, cit., 13.

³⁶⁸ PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, cit., 12.