

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO-BICOCCA
DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE
Curriculum in Diritto e procedura penale, criminologia - XXX ciclo



IL RUOLO DELLE PROGNOSI NEL SISTEMA SANZIONATORIO

Tesi di dottorato di
Simona ROMANÒ

Tutor: Chiar.ma prof.ssa Claudia Pecorella

Coordinatore: Chiar.mo prof. Maurizio Arcari

Anno Accademico 2017/2018

IL RUOLO DELLE PROGNOSI NEL SISTEMA SANZIONATORIO

INDICE

CAPITOLO I - PROGNOSI E SISTEMA SANZIONATORIO

1.	La centralità dei giudizi prognostici nel sistema sanzionatorio: i confini dell'indagine	5
2.	Un'importanza ampiamente trascurata	11
3.	Il ruolo del positivismo criminologico e la scoperta dell'autore di reato	16
4.	Il percorso delle prognosi: dal (secondo) binario della pericolosità sociale alla pena orientata allo scopo	19
5.	Le prognosi tra automatismi legislativi e discrezionalità	20
6.	Prognosi legislative rigide e dati di esperienza generalizzati: i limiti costituzionali	22
7.	Prognosi legislative e ruolo del principio del minor sacrificio necessario	24

CAPITOLO II - LE TIPOLOGIE DI GIUDIZIO PROGNOSTICO NEL MONDO DELLA PENA

1.	Giudizi prognostici e risposte punitive: una prima ricognizione	27
2.	La prognosi “al buio”: la sospensione del procedimento con messa alla prova	35
3.	La prognosi a cognizione limitata tra commisurazione della pena e sospensione condizionale	39
4.	La prognosi a cognizione piena: le alternative alla pena detentiva	66

CAPITOLO III – LE PROGNOSI NEL SISTEMA SANZIONATORIO INGLESE

1.	Premessa metodologica	95
2.	Coordinate preliminari	96
3.	Il sistema penale inglese: le tipologie di pena	100
3.1.	(segue) La <i>discharge</i> e le <i>deferred sentences</i>	102
3.2.	(segue) La pena pecuniaria	104
3.3.	(segue) Le <i>community sentence</i>	105
3.4.	(segue) La pena detentiva	113
3.5.	(segue) La pena detentiva a tempo indeterminato	117

4.	I giudizi prognostici nel sistema inglese	121
5.	Uno sguardo alla commisurazione della pena: le <i>sentencing guideline</i>	122
5.1.	(segue) Il <i>pre-sentence report</i>	125
6.	Il giudizio prognostico nella c.d. <i>extend sentence</i>	128
7.	Il giudizio prognostico nella fase esecutiva: il <i>Parole Board</i>	134

CAPITOLO IV – LA STRUTTURA E LE BASI CONOSCITIVE DEL GIUDIZIO PROGNOSTICO

1.	La struttura teorica del giudizio prognostico	141
2.	Le conoscenze necessarie e il loro significato per la formulazione della prognosi	147
3.	I limiti conoscitivi dell'indagine prognostica	150

CAPITOLO V – GIUDIZI PROGNOSTICI TRA EMPIRIA E SAPERE SCIENTIFICO

1.	Giudizi prognostici e sapere scientifico: uno sguardo d'insieme	155
2.	Probabilità a priori e studi empirici sulla recidiva	157
3.	Fattori predittivi e rischio di recidiva	162
4.	La formulazione del giudizio prognostico: i metodi	165
5.	Lo standard di accertamento nei giudizi prognostici	170
6.	La multidimensionalità del giudizio prognostico: dalla persona alla sanzione	183

CONCLUSIONI	187
--------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	193
---------------------	-----

CAPITOLO I - PROGNOSI E SISTEMA SANZIONATORIO

SOMMARIO: 1. La centralità dei giudizi prognostici nel sistema sanzionatorio: i confini dell'indagine. – 2. Un'importanza ampiamente trascurata. – 3. Il ruolo del positivismo criminologico e la scoperta dell'autore di reato. – 4. Il percorso delle prognosi: dal (secondo) binario della pericolosità sociale alla pena orientata allo scopo. – 5. Le prognosi tra automatismi legislativi e discrezionalità. – 6. Prognosi legislative rigide e dati di esperienza generalizzati: i limiti costituzionali. - 7. Prognosi legislative e ruolo del principio del minor sacrificio necessario.

1. La centralità dei giudizi prognostici nel sistema sanzionatorio: i confini dell'indagine

Dalle scelte di incriminazione alla formulazione del precetto, dalla costruzione dei reati di pericolo all'accertamento del nesso causale e della colpa, dalla recidiva al sistema delle pene e delle misure di sicurezza, le prognosi attraversano l'intero sistema penale. Snodo delicato dell'intera teoria generale del reato, i giudizi prognostici sono al centro del sistema sanzionatorio.

In un sistema punitivo ispirato all'ideale retributivo, le prognosi sono certamente un corpo estraneo: non ha senso domandarsi quali siano gli effetti prodotti dalle sanzioni penali né quale sia il rischio di recidiva dell'autore di reato, se ci si accontenta di stabilire quale sia la misura proporzionata di pena da infliggere al reo per il disvalore del fatto realizzato.

Alla retribuzione può essere al più riconosciuta una funzione di limite teorico al perseguimento degli scopi di prevenzione (speciale e generale) che guidano il giudizio prognostico [cap. II, par. 3].

Sono l'orientamento finalistico e la necessaria individualizzazione della risposta punitiva a imporre un ruolo insostituibile e in continua espansione ai giudizi

prognostici¹. Per realizzare le finalità di prevenzione assegnate alla pena, sia nella fase di formulazione teorico-astratta delle cornici edittali, sia in quella di applicazione concreta del trattamento sanzionatorio, è necessario «un grosso sforzo di razionalizzazione e coordinamento da parte della scienza, della legislazione e della dommatica delle prognosi penali»².

Ad assumere rilievo determinante per l'efficacia preventiva della pena non sono esclusivamente i giudizi prognostici formulati dal giudice sul rischio di recidiva³ e sugli effetti prodotti dalla risposta punitiva, ma anche le prognosi effettuate su questi stessi aspetti dal legislatore.

I giudizi prognostici svolgono un ruolo fondamentale e insostituibile nel sistema sanzionatorio. La prevenzione della recidiva, che costituisce uno dei compiti fondamentali dell'ordinamento penale, passa attraverso la formulazione di prognosi sul futuro comportamento dell'autore di reato e sull'efficacia preventiva delle sanzioni penali. Se, come è stato messo in rilievo dal *Cambridge Study in Delinquent Development (CSDD)*, la maggior parte dei reati viene commessa da una piccola parte di autori di reato, allora la tutela penale degli interessi fondamentali della collettività passa attraverso le prognosi sulla recidiva e sugli effetti special-preventivi del sistema sanzionatorio⁴.

A lavorare autonomamente o congiuntamente sulle prognosi sono legislatore, giudice e amministrazione penitenziaria.

Uno dei protagonisti delle prognosi nel sistema sanzionatorio è senz'altro il giudice. Si tratta di colui che può conoscere da vicino le caratteristiche e i bisogni del reo e apprezzare il disvalore espresso dal fatto di reato⁵. È il giudice che, attraverso il proprio potere discrezionale legislativamente vincolato, è chiamato a calibrare, nel caso di specie, il finalismo della risposta punitiva attraverso giudizi prognostici. Sono finalità di prevenzione speciale, il cui sguardo è necessariamente

¹ L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli, 1984, p. 121 s.

² L. MONACO, *op. cit.*, p. 208.

³ Occorre fin d'ora precisare che il termine recidiva non verrà utilizzato in senso tecnico, bensì come sinonimo di ricaduta nel reato.

⁴ Sui dati dello studio empirico sulla recidiva v. G. ZARA, D.P. FARRINGTON, *Criminal recidivism. Explanation, prediction, prevention*, Londra - New York, 2016, p. 48.

⁵ Cfr. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, p. 118 ss.

rivolto al futuro, a imporre una valutazione dell'impatto della risposta punitiva sulla vita futura del reo. Non solo: sono anche finalità di prevenzione generale a condizionare le prognosi giudiziarie. Si pensi, solo per citare qualche esempio, a quanto il giudizio sul comportamento futuro dell'imputato o del condannato sia intriso di valutazioni che hanno a che fare con la serietà della minaccia punitiva; con l'allarme sociale legato alla commissione di certi fatti di reato; con la necessità avvertita dal singolo decisore di comunicare alla collettività un messaggio di censura e riprovazione che confligge con l'individualizzazione del giudizio prognostico nel caso concreto.

In breve: la formulazione della prognosi, anche se idealmente analizzata sul versante della prevenzione speciale, è intrisa di considerazioni general-preventive. Del resto, l'analisi del ruolo dei giudizi prognostici potrebbe essere effettuata (diversamente dal percorso d'indagine seguito in questa sede) sul fronte della prevenzione generale, al fine di stabilire in che modo prevedere gli effetti sulla collettività delle scelte sanzionatorie sia giurisprudenziali che legislative.

Il giudice non è l'unico attore delle prognosi. In un diritto penale orientato allo scopo, la previsione di eventi futuri è parte integrante del programma di politica criminale formulato dal legislatore. Si pensi non solo alla struttura del tipo legale (ad esempio nei casi in cui vengono fissate soglie di rilevanza penale del fatto, il cui superamento si presume sufficiente per mettere in pericolo il bene giuridico tutelato), ma soprattutto (per quanto qui interessa) alle scelte sanzionatorie e alla differenziazione di queste ultime.

È il legislatore che dovrebbe fornire al giudice i criteri di giudizio e le linee guida operative per effettuare le prognosi. Non sempre lo fa: parametri dai contorni vaghi e dal significato polisenso possono incidere sulla determinatezza della prognosi. Formule a tal punto vaghe da sollevare il sospetto dell'illegittimità costituzionale per violazione del principio di legalità (art. 25, comma 2 Cost), come nel caso della nozione di pericolosità sociale di cui all'art. 203 c.p.⁶. Basti pensare, in tema di pena, alla vaghezza di presupposti e di parametri che contraddistingue la disciplina

⁶ Cfr. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, p. 115.

della sospensione condizionale della pena che come è stato acutamente osservato trasforma il giudizio prognostico in una profezia⁷. Oppure, come si cercherà di approfondire nel successivo capitolo, lo stesso concetto di capacità a delinquere ai sensi dell'art. 133 comma 2 c.p. è ambiguo al punto da consentire interpretazioni diametralmente opposte.

Sul versante opposto si collocano i casi in cui il legislatore non lascia al giudice alcuno spazio di discrezionalità nella formulazione della prognosi. Si pensi, ad esempio, alle rigide prognosi di pericolosità sociale che hanno per lungo tempo governato le misure di sicurezza.

In entrambi i casi risulta estremamente delicato il rapporto con il sapere scientifico: non solo per sostenere e validare le prognosi del giudice, ma anche per controllare la razionalità empirica di talune generalizzazioni prognostiche formulate dal legislatore.

Da un punto di vista generale il ruolo del legislatore è particolarmente rilevante: stabilire i criteri di commisurazione e i meccanismi che regolano l'esecuzione della pena significa formulare prognosi sul futuro comportamento dell'autore di reato.

Se il principio della finalità rieducativa della pena, come ha più volte ribadito la Corte costituzionale, «costituisce una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»⁸, allora ogni fase del potere punitivo, dalla formulazione della cornice edittale fino alla sua attuazione, è scandita da giudizi prognostici sul futuro comportamento dell'autore di reato.

All'interno di un sistema punitivo orientato in base a finalità di prevenzione speciale l'individuazione (in astratto) della risposta punitiva e la fissazione (in concreto) di quest'ultima hanno l'ambizione di orientare, nel modo più efficace possibile, il comportamento umano.

⁷ T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 428.

⁸ Così Corte Cost., 21 settembre - 10 novembre 2016, n. 236, in *Dir. pen. cont.*, 14 novembre 2016 con nota di VIGANÒ.

Più precisamente: la finalità rieducativa della pena sancita dall'art. 27, comma 3, Cost. costituisce il punto di riferimento essenziale per l'individualizzazione della risposta sanzionatoria. E individualizzare significa formulare un giudizio sull'effetto special-preventivo della risposta al reato, in termini di contenimento del rischio di recidiva. È andare oltre lo sguardo retrospettivo sul fatto di reato, che è il punto di vista assunto dalla teoria retributiva della pena. Se si guarda al reo e alle sue scelte di vita future, l'illecito penale assume un significato relativo. La risposta punitiva a quel fatto deve necessariamente fare i conti con l'obiettivo di evitare la commissione di ulteriori reati. Se si sostituisce la fotografia del passato (la retribuzione) con un viaggio nel futuro (la rieducazione), allora le prognosi assumono un ruolo insostituibile nel sistema punitivo. Ed è proprio questo il tassello fondamentale per realizzare la finalità della pena di rango costituzionale.

Nel vasto e variegato universo dei giudizi prognostici si intende circoscrivere l'analisi a quelli interni al sistema sanzionatorio e, più in particolare, a quelli che riguardano la prevenzione speciale positiva: non solo la previsione del comportamento futuro del reo, ma anche gli effetti che la risposta sanzionatoria produce in termini di prevenzione del rischio di recidiva. Non ci si occuperà dunque del significato general-preventivo dei giudizi prognostici, salvo che ciò sia funzionale alla trattazione delle prognosi orientate alla prevenzione speciale. A titolo di esempio, in tema di sospensione condizionale della pena si affronteranno i rapporti che intercorrono tra i requisiti oggettivi e soggettivi di accesso al beneficio. Il limite di pena individuato dal legislatore è, infatti, espressione delle esigenze general-preventive che non dovrebbero, invece, orientare il giudice nella formulazione della prognosi. Il giudizio prognostico è, invero, un diverso e ulteriore requisito di applicabilità dell'istituto sospensivo che dovrebbe rispondere esclusivamente ad esigenze di prevenzione speciale [v. *infra* cap. II, par. 3].

L'impatto sulla collettività di una certa scelta sanzionatoria, la soddisfazione del bisogno di pena o di esigenze di difesa sociale rimarranno, dunque, ai margini della ricerca, che è invece incentrata sul comportamento futuro della persona del reo.

Il tema delle prognosi nel sistema sanzionatorio è stato oggetto di minore approfondimento rispetto al ruolo delle prognosi nella teoria generale del reato. Un

tema che, tuttavia, assume un rilievo fondamentale, perché condiziona profondamente il sistema punitivo: non solo in relazione al secondo binario (oggi meno trafficato) delle misure di sicurezza e del controverso concetto di pericolosità sociale, ma anche in riferimento al binario principale della pena sia sul piano teorico che nella prassi. Ed è per questa ragione che, come avremo modo di approfondire nel prosieguo [cap. II, par. 1], la ricerca avrà esclusivamente ad oggetto le prognosi che appartengono al sistema delle pene.

La progressiva espansione dei meccanismi che modificano nella sostanza la pena comminata dal legislatore e quella inflitta in concreto dal giudice ha frantumato l'ideale intangibilità della sequenza reato-pena di stampo retributivo⁹. La pena inflitta assomiglia sempre più a un progetto che prende forma e si modifica in base alle caratteristiche e all'evoluzione comportamentale del condannato. Un'evoluzione che altro non può essere valutata se non in una dimensione prognostica.

Non è più l'idea di una pena giusta perché semplicemente proporzionata al fatto di reato a governare il sistema punitivo, bensì una pena "mobile", "in divenire" che, a partire dalla misura stabilita dal giudice della cognizione, si adatta ad un individuo determinato, alle sue irripetibili qualità e caratteristiche, nonché al suo specifico percorso trattamentale. Va da sé che questo divenire della pena necessita di prognosi, ossia giudizi (inevitabilmente ipotetici) sul futuro comportamento del condannato. Giudizi sulla base dei quali è possibile modificare il contenuto della risposta al reato, per aprire progressivamente a quest'ultimo quegli spazi di libertà che lo accompagnano verso l'obiettivo minimo della rieducazione: una condotta di vita rispettosa dei precetti penalistici.

Questa pena-progetto deve essere individualizzata nella misura e può eventualmente essere sospesa condizionalmente o modificata nel contenuto prima e durante l'esecuzione (si pensi alle misure alternative alla detenzione previste dall'ordinamento penitenziario). Una pena che si modifica attraverso ognuna di queste scelte. E lo fa in base ad un'unica tipologia di giudizio: quello prognostico

⁹ A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, *passim*.

sulla recidiva (il reo commetterà in futuro altri reati) o sugli effetti special-preventivi della risposta punitiva principale o sostitutiva (il contributo offerto da quest'ultima al percorso rieducativo).

A ciò si aggiunga che anche l'agognato e mai realizzato ampliamento del catalogo delle risposte punitive principali si confronta, già in sede di formulazione della cornice edittale, con finalità di prevenzione speciale la cui verifica, sia in astratto che in concreto, non può che essere effettuata sulla base di giudizi prognostici.

2. *Un'importanza ampiamente trascurata*

A dispetto dell'importanza teorica e pratica dei giudizi prognostici in un modello punitivo che persegue finalità di prevenzione, il tema delle prognosi nel sistema sanzionatorio continua ad essere scarsamente indagato¹⁰. Ciò è ancor più vero se si concentra l'attenzione sul versante della pena. Nel caso delle misure di sicurezza la prognosi è stata ed è inevitabilmente oggetto di una più ampia e approfondita trattazione: non solo perché l'accertamento della pericolosità sociale costituisce uno dei presupposti applicativi delle misure di sicurezza, ma ancor prima perché la prevenzione della recidiva, attraverso cura e controllo, è l'essenza stessa del binario securitario del sistema penale italiano.

In realtà, oggi, è il mondo della pena ad essere stato progressivamente investito da compiti di difesa sociale e di gestione e trattamento del rischio di recidiva. Ed è in questo ambito che il legislatore ha fatto, negli ultimi anni, sempre maggiore ricorso alle valutazioni prognostiche¹¹.

¹⁰ In tal senso L. MONACO, *op. cit.*, p. 150; e purtroppo la situazione non sembra essere radicalmente mutata, nonostante gli auspici dell'Autore.

¹¹ «Il legislatore delle riforme» pur non fornendo alcuna nozione di pericolosità qualificata «ne espande l'ambito di operatività, condizionando la concessione di nuovi istituti in funzione di prevenzione speciale a prognosi negative di recidiva». Si pensi alle sanzioni sostitutive ex art 58 l. 689/81; alle misure alternative di cui all'art. 47 e ss. ord. pen.; alla sospensione condizionale della pena ai sensi dell'art. 164 c.p. e da ultimo, art. 4 l. 67/2014, sospensione del processo con messa alla prova) M. BERTOLINO, *Declinazioni attuali della pericolosità sociale: pene e misure di sicurezza a confronto*, in *Arch. Pen.*, 2014, p. 461.

Come è stato acutamente osservato «la soddisfazione delle esigenze di difesa sociale, a cui non hanno risposto le sempre più esangui misure di sicurezza, [è] stata ricercata *all'interno della pena*: il vero doppio binario, ossia *quello che conta*, perché è su questo che il legislatore intende giocare la scommessa della efficacia del sistema sanzionatorio, non è più quello escogitato dal positivismo criminologico, ma quello che si traduce nella previsione di percorsi differenziati della pena, sia nei criteri di commisurazione, sia negli sviluppi in fase esecutiva»¹².

Questa mutazione genetica del doppio binario e la conseguente moltiplicazione dei percorsi differenziati di pena (intra- e extra-carcerari) reclama un ruolo estremamente rilevante delle prognosi: quello storicamente più determinante perché non coinvolge più solo le misure di sicurezza, ma prima di tutto la pena. Ed è per queste ragioni che si è scelto di concentrare lo studio delle prognosi sul versante della pena, pur ovviamente facendo un continuo e costante confronto con il giudizio sulla pericolosità sociale nelle misure di sicurezza.

Pur rappresentando l'ago della bilancia sia nella fase di commisurazione della pena sia per l'applicazione delle sanzioni alternative al carcere (come la sospensione condizionale, la messa alla prova, le sanzioni sostitutive e le misure alternative), l'approfondimento dedicato alle prognosi in relazione alla pena è assai limitato: basti pensare allo spazio che questo tema occupa nella manualistica.

La situazione è ancora più desolante se si sposta l'attenzione sulla prassi. Per formulare ipotesi su accadimenti futuri, il legislatore si affida spesso a rigide e automatiche presunzioni, che impongono forme di neutralizzazione e repressione.

Quando invece ci si affida alla discrezionalità del giudice, la giurisprudenza si rifugia, nella stragrande maggioranza dei casi, nell'intuizione e nel senso comune.

Ciò significa, di fatto, eludere sistematicamente il problema delle prognosi, che rimangono clausole normative vaghe da riempire discrezionalmente (o peggio, arbitrariamente) con le idee personali di chi compie la prognosi e che lo fa, per giunta, attraverso una scarsissima o pressoché inesistente motivazione¹³. La

¹² Così M. PELISSERO, *op. cit.*, p. 69.

¹³ Le formule vaghe utilizzate dal legislatore nel descrivere i giudizi prognostici all'interno dell'intero ordinamento vengono concretizzate dal giudice mediante «operazioni di fantasia creativa», cfr. M. TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2001, p. 332 ss.

motivazione (*rectius* l'obbligo di motivazione) dovrebbe «costringe(re) il giudice a decidere razionalmente»¹⁴. Si tratta tuttavia di un vincolo che funziona solo se la formulazione della legge riesce, da un lato, ad ancorare la predizione a criteri scientifici e, dall'altro lato, a favorire una prassi giurisprudenziale che non si senta legittimata a rifugiarsi nell'irrazionalità dell'intuizione.

Nella giurisprudenza si trovano per lo più affermazioni apodittiche e perentorie, che non fanno che ribadire, nella loro evidente fragilità, le già vaghe formulazioni legislative. Se la formulazione dei giudizi prognostici è puramente formale, questi ultimi rischiano di diventare un "guscio vuoto" che nasconde l'attuazione di un programma di politica criminale del singolo magistrato, al di fuori di ogni (e per lo più lacunosa) indicazione legislativa¹⁵. È ciò che accade, per anticipare ciò che verrà affrontato più avanti [cap. II, par. 3], ogniqualvolta il giudice motivi sulla base di c.d. clausole di stile la scelta e la quantificazione della pena concreta ovvero la concessione della sospensione condizionale della pena.

Affidarsi all'intuizione emotiva accresce esponenzialmente il rischio di incertezza e precarietà che è già insito nei giudizi prognostici. Come è stato osservato «l'intuizione procede per guizzi, per salti fino a verità autoevidenti. La motivazione procede per gradi, attraverso argomenti, fino a verità che non sono mai autoevidenti e che, anzi non perderanno mai il carattere della problematicità. L'*intime conviction* è un evento psicologico, la motivazione un fenomeno logico»¹⁶.

Attraverso la versione irrazionalistica dell'autoconvincimento, ossia quello basato sulla pura intuizione emotiva, si rischia di produrre conseguenze negative sulla prevenzione della recidiva e sulla difesa sociale, perché si può pervenire a prognosi negative nei confronti di soggetti che poi commetteranno ulteriori reati, oppure e in senso opposto e con ben più gravi ripercussioni, a imporre limitazioni (evitabili) della libertà personale nei confronti di persone che, ad un vaglio più

¹⁴ Così F.M. IACOVELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, p. 298.

¹⁵ Cfr. L. MONACO, *op. cit.*, p. 210.

¹⁶ Così ancora F.M. IACOVELLO, *op. cit.*, p. 300.

approfondito (in termini di bagaglio conoscitivo e di strumenti scientifici di valutazione), avrebbero dovuto essere destinatari di una prognosi favorevole.

Quanto più l'effetto del giudizio prognostico incide sui diritti fondamentali della persona, come nei casi previsti dal sistema penale, tanto più la previsione, sia pure inevitabilmente priva di certezza assoluta, deve essere sostenibile e giustificabile: il ricorso all'intuizione personale sembra disattendere questa banale garanzia.

Non solo: il ricorso all'intuizione sembra tanto più comodo e probabile quante meno sono le informazioni a disposizione del giudice. Come è stato osservato «paradossalmente, è più facile elaborare una storia coerente quando si sa poco e ci sono meno tessere da far quadrare nel puzzle. La nostra consolatoria fiducia che il mondo sia dotato di senso poggia su un fondamento sicuro: la nostra capacità pressoché illimitata di ignorare la nostra stessa ignoranza»¹⁷. Sembra proprio questa la trappola in cui cade il giudice che formula la prognosi sulla base dell'intuizione disinformata.

Nel riflettere gli esangui e sporadici rapporti tra scienze empiriche e diritto penale¹⁸, la scarsa attenzione dedicata al ruolo dei giudizi prognostici nel sistema sanzionatorio lascia aperte numerose questioni problematiche: sul metodo per effettuarli; sulla scelta dei fattori da tenere in considerazione; sulla loro motivazione e verificabilità e sui principi generali che le governano (si intende qui fare riferimento ai fattori predittivi e al tentativo di spiegare il comportamento criminale sulla base di esperienza consolidata).

A tal riguardo, si pensi non solo alla costruzione teorica delle prognosi e allo strutturale margine d'incertezza che le circonda, ma anche all'ingresso e al vaglio del sapere scientifico (statistico, criminologico, psicologico, ecc.) necessario per compierle. A tal riguardo, basterà citare, a titolo meramente esemplificativo, alcuni interrogativi che rimangono aperti: *l'indeterminatezza temporale* della prognosi (commetterà o si asterrà *in futuro* dal commettere ulteriori reati); *l'indeterminatezza del loro oggetto*, derivante dalla mancata individuazione di un catalogo circoscritto

¹⁷ Così D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2012, p. 221.

¹⁸ Cfr. G. ZARA, *Valutare il rischio in ambito criminologico. Procedure e strumenti per l'assessment psicologico*, Bologna, 2016, p. 17.

di reati di cui prevedere la commissione; *l'indeterminatezza delle regole di giudizio* che discende, da un lato, dall'assenza di regole di bilanciamento nel caso (assai frequente) che gli indicatori per formulare la prognosi siano di segno opposto, e dall'altro lato, dalle incertezze sullo standard di accertamento da utilizzare (oltre ogni ragionevole dubbio oppure preponderanza dell'evidenza), nonché sulla gestione dei casi dubbi, che sono invero largamente prevalenti (se debba trovare applicazione il principio del *favor libertatis*).

A ciò si aggiunga che a svolgere un ruolo di primo piano sono gli stessi meccanismi processuali in ordine alla (im)possibilità di compiere accertamenti proiettati sul futuro comportamento dell'imputato/condannato (si pensi all'attuale divieto di perizia criminologica da parte del giudice della cognizione e, in senso contrario, alle proposte *de iure condendo* di introdurre un modello processuale bifasico per separare l'accertamento della responsabilità dalla prognosi sugli effetti della risposta punitiva).

Come già si osservava più di trent'anni fa con parole che sembrano ancora attuali, «il problema non è quanto sapere empirico è oggi *di per sé* disponibile per la conoscenza dell'autore, bensì invece quanta parte del sapere empirico è effettivamente utilizzabile all'interno di strutture normative che da una parte devono fare i conti con esigenze attinenti alla praticabilità, ai tempi, ai costi degli strumenti (inclusi quelli criminologici) di cui intendano fare uso, e dall'altra sono tenute al rispetto di scelte ideologiche e di principio che non sempre consentono di fruire all'interno del processo tutto ciò che le scienze empirico sociali possono effettivamente offrire»¹⁹.

Da un punto di vista generale vi è un grosso deficit conoscitivo che dipende, da un lato, dalla mancanza di ricerche empiriche effettuate in Italia sulla recidiva e, dall'altro lato, dall'assenza di strumenti processuali per far affluire all'interno del processo informazioni sufficienti per individualizzare la risposta punitiva a seconda delle caratteristiche, dei bisogni e, in definitiva, sugli sviluppi comportamentali futuri dell'autore di reato.

¹⁹ Così L. MONACO, *op. cit.*, p. 181.

L'elenco dei nodi problematici da sciogliere potrebbe continuare. Per ora basterà osservare che dalla soluzione delle delicate questioni legate ai giudizi prognostici dipende, quanto meno in parte, l'effettività dell'intero sistema sanzionatorio²⁰. Se non si affinano gli strumenti prognostici, l'individualizzazione della pena rimane poco più di un auspicio politico-criminale e il catalogo delle pene diviene uno strumentario di cui non si conoscono gli effetti e l'efficacia special-preventiva.

3. *Il ruolo del positivismo criminologico e la scoperta dell'autore di reato*

Per sviluppare il tema oggetto dell'indagine, pare opportuno procedere ad un brevissimo inquadramento storico, che consente di cogliere, sia pure in modo approssimativo, le origini dei giudizi prognostici.

La nascita del principio di individualizzazione della pena può collocarsi storicamente verso la fine del XIX secolo. Le idee del positivismo criminologico sviluppatesi in Europa²¹ hanno avuto una vasta eco nella scena politico criminale mondiale. La feroce critica rivolta contro l'ideale retributivo e la scoperta dell'autore di reato, come punto di riferimento essenziale per progettare e individuare la risposta punitiva, costituiscono le principali novità introdotte nel dibattito sulla pena.

Si può schematicamente apprezzare in pochi passaggi storici la perenne contrapposizione tra retribuzione e prevenzione, tra diritto penale del fatto e dell'autore, tra egemonia della legalità e aperture alla discrezionalità giudiziaria, sia in relazione alle scelte punitive, sia in riferimento alla determinazione quantitativa della pena.

²⁰ Cfr. C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli, 2011, *passim*.

²¹ Sul ruolo della pena indeterminata per i delinquenti irrecuperabili e della rieducazione per i delinquenti recuperabili cfr. F. VON LISZT, (trad. it. a cura di A. Calvi) *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962.

Il trionfo della pena fissa tassativamente predeterminata dal legislatore, con la quale il codice penale francese del 1791 rispose all'arbitrarietà del sistema giuridico dell'*Ancien Règime*, è stato superato in un tempo relativamente breve attraverso un ritorno a, sia pur minimi, spazi di discrezionalità del giudice con la previsioni di cornici edittali nel codice napoleonico del 1810²².

La rivoluzione illuministica aveva individuato nel principio di proporzionalità, la cui matrice retribuzionista veniva riempita da finalità di prevenzione generale, un argine all'instabilità e all'incertezza prodotte da un diritto penale giurisprudenziale.

A distanza di un secolo, quel limite legislativo alla discrezionalità del giudice, che era stato realizzato attraverso la previsione legislativa della pena-tariffa (prima) e delle cornici edittali (dopo), è apparso ai positivisti un insensato ostacolo da spazzare via per sostituirlo con la totale discrezionalità nell'individualizzazione della pena.

L'impatto del positivismo criminologico sulla concezione della pena può apprezzarsi in chiave storica e comparata. A partire dal medesimo impianto teorico si sono sviluppati, tra XIX e XX secolo, due approcci radicalmente distinti. Mentre in Europa, per soddisfare esigenze di individualizzazione e difesa sociale, nasce il sistema delle misure di sicurezza, oltreoceano viene introdotto un modello di pena (temporalmente) indeterminata per realizzare quei medesimi obiettivi²³. La soluzione di compromesso del doppio binario europeo, che formalmente non scardina le garanzie dello Stato liberale nel sistema punitivo, fa salva la concezione retributiva e il principio di proporzionalità, ma vi affianca le misure di sicurezza per perseguire l'idea dello scopo affermatasi tra Otto e Novecento²⁴. A questo modello si contrappone il sistema della pena indeterminata statunitense, che cancella le cornici edittali (in particolare nel limite massimo) e che rifiuta l'idea della proporzione per far posto a un modello di commisurazione della pena ispirato

²² R. MARTUCCI, *Logiche della transizione penale. Indirizzi di politica criminale e codificazione in Francia dalla rivoluzione all'impero (1789-1810)*, in *Quad. fior.*, 2007, p. 132 s.

²³ M. PIFFERI, *L'individualizzazione della pena. Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento*, Milano 2013, *passim*.

²⁴ In Italia il principio di proporzionalità funge da punto di riferimento anche per determinare la durata delle misure di sicurezza introdotte dal Codice Rocco: cfr. M. PELISSERO, *op. cit.*, p. 93 s.

non solo a finalità di individualizzazione e riabilitazione, ma anche di difesa sociale e incapacitazione dell'autore del reato.

Insomma: la rinnovata attenzione per l'autore di reato, da un lato, porta con sé un ritorno alla discrezionalità o forse all'arbitrio, come nel caso del modello di pena indeterminata diffusi negli Stati Uniti, e dall'altro lato offusca il ruolo del principio di proporzionalità e della sua principale espressione, ossia la predeterminazione dei limiti della risposta punitiva (o para-punitiva), come previsto dalla disciplina delle misure di sicurezza.

Quali che siano le diverse ripercussioni e attuazioni della concezione della pena proposta dal positivismo criminologico sull'ordinamento penale dei singoli Paesi, un dato è certo: *i giudizi prognostici entrano prepotentemente nel sistema sanzionatorio penale.*

Nel modello ideale di pena elaborato dal positivismo criminologico, i giudizi prognostici non possono che avere un ruolo di primo piano. Sono le prognosi a governare la riesplorazione post-illuministica del potere discrezionale del giudice. La misura della pena non è più agganciata al disvalore di un fatto di reato accaduto nel passato, ma dipende dalle caratteristiche in evoluzione del reo, dai suoi personali bisogni di prevenzione, dalla possibilità di riabilitazione e dal conseguimento di scopi di difesa sociale. Può trattarsi di un delinquente irrecuperabile da neutralizzare a tempo indeterminato oppure di un delinquente primario o occasionale – e dunque "recuperabile" – da restituire, in breve tempo, alla libertà non appena riabilitato. In entrambi i casi non si può che lanciare lo sguardo verso il futuro, per prevedere con cieca fiducia in un sapere scientifico (poi rivelatosi lacunoso) quale sarà l'evoluzione comportamentale di un certo individuo.

La scoperta dell'autore di reato, che sposta il baricentro del sistema dal fatto da retribuire alla persona da riabilitare, senza tuttavia far mai crollare completamente i principi garantistici, è il tratto distintivo del diritto penale continentale. Libera dai limiti derivanti dal principio di proporzionalità di origine retributiva, razionalità ed

efficienza della risposta sanzionatoria passano attraverso la previsione di eventi futuri. Al contempo, sono i giudizi prognostici a gestire la flessibilità della pena²⁵.

Vi è dunque un forte legame tra giudizi prognostici, positivismo criminologico e finalità special-preventiva della pena. Lo scopo della risposta punitiva non è più (o non solo) quello di retribuire il male arrecato dal reato, ma di ri-orientare le libere scelte d'azione del reo, dopo il fallimento del messaggio lanciato dal precetto. Se si sposta l'attenzione sulla persona e sulla prevenzione, le prognosi sono il ponte indispensabile per collegare i mezzi impiegati, ossia la tipologia di risposta al reato, e l'obiettivo perseguito: evitare la recidiva.

4. Il percorso delle prognosi: dal (secondo) binario della pericolosità sociale alla pena orientata allo scopo

Mentre il modello unitario di pena indeterminata si espandeva progressivamente negli Stati Uniti e con esso si approfondiva l'analisi dei giudizi prognostici divenuti la chiave di volta dell'intero apparato repressivo, in Europa il nuovo orizzonte aperto dal positivismo criminologico ha trovato, come detto, una soluzione di compromesso. Il mondo della pena è rimasto sostanzialmente agganciato all'idea della proporzione retributiva e in grandissima parte immune a qualsiasi conoscenza sul futuro comportamento del reo. La prevenzione speciale e le prognosi su quest'ultima hanno, invece, scelto come loro campo d'azione privilegiato il sistema delle misure di sicurezza.

Il doppio binario sanzionatorio ideato dal Codice Rocco rispecchia perfettamente tale compromesso: per far fronte alla pericolosità sociale dell'autore di reato, il cui accertamento prognostico poggiava su presunzioni legislative, la durata delle misure di sicurezza è stata resa potenzialmente indeterminata in parziale attuazione del programma formulato dal positivismo criminologico. Ciò

²⁵ Sull'importanza dei giudizi prognostici nel dibattito negli Stati Uniti nella prima metà del XX Secolo v. R. POUND, S. GLUECK, E.T. GLUECK, *Predictability in the Administration of Criminal Justice*, in *Harvard Law Review*, 1929, vol. 42, n. 3, p. 297 ss.

nonostante, poco o nulla è stato fatto per affinare gli strumenti prognostici fino a quel momento confinati sul binario della pericolosità sociale e delle misure di sicurezza.

Mentre il dibattito degli anni Cinquanta e Sessanta è rimasto legato a quella soluzione di compromesso, già era in atto la progressiva trasfusione della pericolosità sociale all'interno del mondo della pena. Una pena che, dopo essersi gradualmente sganciata dalla proporzione retributiva – conservato solo come ideale limite garantistico – ha acquisito una dimensione finalistica.

Dinanzi a una risposta al reato che non è più realizzazione di un ideale metafisico di giustizia, ma è orientata alle conseguenze, a partire dalla metà degli anni Settanta la pena è stata riempita di scopi preventivi attraverso la differenziazione del trattamento a seconda dei tipi d'autore e per mezzo di una generalizzata ristrutturazione dell'apparato sanzionatorio. Si è scommesso sulla possibilità di produrre effetti positivi sul condannato e sulla società, dando finalmente attuazione al principio rieducativo che era entrato nella Costituzione ormai quasi trent'anni prima.

In base a criteri di flessibilità ed economia della pena, sono state introdotte le misure alternative alla detenzione ed è stato ampliato il ricorso a strumenti di *probation*. Con questi è cresciuto il ruolo dei giudizi prognostici, che prima era sostanzialmente circoscritto all'accertamento della pericolosità sociale nelle misure di sicurezza, ed è conseguentemente aumentato il potere discrezionale del giudice nella loro formulazione.

5. *Le prognosi tra automatismi legislativi e discrezionalità*

Il tema dei giudizi prognostici costituisce un nodo problematico che tocca il delicato e mutevole equilibrio tra potere legislativo e giudiziario nella determinazione della pena. Se le prognosi nel sistema sanzionatorio evocano immediatamente la discrezionalità del giudice e l'individualizzazione della pena in base alle caratteristiche del caso concreto, è tuttavia il legislatore a svolgere un

ruolo determinante. E ciò non solo perché è il legislatore a dover stabilire le finalità, gli spazi applicativi e le regole di funzionamento dei giudizi prognostici nel sistema sanzionatorio, ma anche perché la storia più o meno recente del diritto penale è costellata da interventi legislativi volti a neutralizzare il potere discrezionale del giudice nella formulazione delle prognosi attraverso la previsione di rigide presunzioni.

Quello dei giudizi prognostici rimane un territorio perennemente conteso tra i vincoli legislativi e il libero convincimento del giudice. I primi si traducono talvolta in prove legali sul futuro comportamento dell'autore, come è accaduto, ad esempio, nel caso delle presunzioni di pericolosità sociale oppure, più di recente, in relazione all'applicazione obbligatoria della recidiva in caso di commissione di certe tipologie di reato. Il secondo, ossia il libero convincimento, è l'antidoto per gli automatismi legislativi, ma rischia a sua volta di essere inevitabilmente viziato dall'intuizione, dall'emotività e dalle generalizzazioni arbitrarie del giudice. Questa dialettica legge-giudice sta al centro dei giudizi prognostici.

È sufficiente scorrere la giurisprudenza costituzionale per rendersi conto di quali e quanti giudizi prognostici siano stati sottratti alla discrezionalità del giudice, ossia al suo libero convincimento, per essere affidati a vere e proprie prove legali. In questi casi il legislatore sottrae completamente al giudice la prognosi e, con questa, la valutazione degli elementi di prova che consentono di fare previsioni sul futuro comportamento dell'autore di reato²⁶.

Che lo strumento per realizzare finalità preventive venga sottratto al potere del giudice, ossia di colui che dovrebbe essere chiamato a dare esecuzione al programma di scopo della pena, sembra essere una vera contraddizione in termini. Non è, tuttavia, infrequente che il legislatore nutra una certa sfiducia nella discrezionalità giudiziaria, poiché non sempre (o forse quasi mai) l'obiettivo di rendere giustizia nel caso concreto coincide con il perseguimento di scopi di prevenzione generale. Effettuare una prognosi sul futuro comportamento dell'autore di reato, al fine di realizzare al meglio le finalità di prevenzione speciale, significa

²⁶ Cfr. P. FERRUA, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Quest. Giustizia*, 1998, p. 587 ss.

rinunciare eventualmente all'infrazione della pena o modificare il contenuto della sanzione astrattamente minacciata dal legislatore. E ciò porta con sé il sospetto che si sia abdicato al potere punitivo, a discapito della certezza e dell'effettività della pena.

Le presunzioni legislative in tema di prognosi limitano questi (apparenti?) rischi di perdita di efficacia general-preventiva della minaccia di pena.

Per cercare di comprendere il ruolo delle prognosi legislative nel sistema sanzionatorio si intende muovere l'analisi da un punto di osservazione privilegiato: quello della giurisprudenza costituzionale sugli automatismi legislativi in relazione all'efficacia delle risposte punitive nella prevenzione della recidiva. Gli interventi della Corte costituzionale consentono, da un lato, di individuare il punto di equilibrio tra potere legislativo e giudiziario nella formulazione delle prognosi e, dall'altro lato, offrono uno schema teorico fondamentale per controllare la tenuta empirico-fattuale dei giudizi prognostici e quindi, in ultima analisi, la loro ragionevolezza.

6. *Prognosi legislative rigide e dati di esperienza generalizzati: i limiti costituzionali*

La legittimità costituzionale dei rigidi giudizi prognostici introdotti dal legislatore incontra un limite – almeno a partire dagli anni Settanta con le dichiarazioni di illegittimità di alcune presunzioni assolute di pericolosità sociale relative alle misure di sicurezza – nella mancanza di fondamento empirico-fattuale della presunzione assoluta²⁷.

Secondo la giurisprudenza costituzionale «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di

²⁷ Cfr. sul punto G. FIANDACA, *Giudizi di fatto nel sindacato di costituzionalità in materia penale, tra limiti ai poteri e limiti ai saperi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 265 ss.; D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1004 ss.

eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati». La Corte precisa, inoltre, che la presunzione assoluta è irragionevole se è «agevole formulare ipotesi di accadimenti contrari alla generalizzazione posta alla base della presunzione stessa»²⁸.

Questo modello di verificabilità empirica delle prognosi fondate su generalizzazioni assolute è stato, ad esempio, impiegato dalla Corte nella sentenza n. 183 del 2011, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei limiti imposti al giudice nel valutare la condotta successiva al reato (art. 133, comma 2, n. 3 c.p.), al fine di riconoscere le circostanze attenuanti generiche di cui all'art. 62-bis c.p., nel caso in cui si tratti di un recidivo reiterato autore di talune fattispecie di particolare allarme sociale (quelle di cui all'art. 407, comma 2, lett. a, c.p.p. che, prima della sentenza n. 185 del 2015, rendevano obbligatoria l'applicazione della recidiva).

Tale preclusione, secondo la Corte, non risponde a dati di esperienza generalizzati, perché «la rigida presunzione di capacità a delinquere [nei confronti del recidivo reiterato] è inadeguata ad assorbire e neutralizzare gli indici contrari, che possono desumersi, a favore del reo, dalla condotta susseguente, con la quale la recidiva reiterata non ha alcun necessario collegamento. Mentre la recidiva rinviene nel fatto di reato il suo termine di riferimento, la condotta susseguente si proietta nel futuro e può segnare una radicale discontinuità negli atteggiamenti della persona e nei suoi rapporti sociali, che, pur potendo essere di grande significato per valutare l'attualità della capacità a delinquere, sono indiscriminatamente neutralizzati ai fini dell'applicazione delle circostanze attenuanti generiche»²⁹.

Questa regola di giudizio, che impone al legislatore l'accurata individuazione di una solida legge di copertura per le rigide prognosi legislative, sembra tuttavia presentare alcuni limiti. E ciò non solo perché è spesso agevole formulare ipotesi di accadimenti contrari alla generalizzazione posta alla base della presunzione stessa, ma anche perché talvolta le mutevoli finalità di politica criminale legate alla neutralizzazione di precise categorie d'autori di reato (come ad es. la criminalità

²⁸ In tal senso v. ad esempio Corte cost., 7-10 giugno 2011, n. 183.

²⁹ Corte cost., 7-10 giugno 2011, n. 183, cit.; cfr. G.L. GATTA, *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irragionevole divieto*, in *Giur. cost.*, 2011, f. 3, p. 2375 ss.

organizzata di tipo mafioso) sembrano impoverire la verifica empirica della generalizzazione: si pensi, a titolo esemplificativo, alle presunzioni di pericolosità che sono previste dall'ordinamento penitenziario per l'accesso a qualsiasi beneficio e che possono essere superate solo attraverso un'attività di collaborazione (o di accertamento dell'impossibilità di collaborare con la magistratura inquirente) il cui significato nel giudizio prognostico di recidiva non è necessariamente decisivo. In questi casi il percorso trattamentale e l'evoluzione dei fattori predittivi sono del tutto neutralizzati dalla scelta operata dal legislatore. Una scelta che, oltre a tradire la profonda sfiducia nutrita nei confronti della magistratura di sorveglianza, non fa i conti con i presupposti minimi di fondatezza e legittimità dei giudizi prognostici. La privazione della libertà finisce così per dipendere da una scelta di politica criminale empiricamente cieca.

7. Prognosi legislative e ruolo del principio del minor sacrificio necessario

In altri casi le prognosi legislative non sono affette da una mancanza della base empirica che rende la generalizzazione arbitraria e irragionevole. È l'indiscriminata applicazione delle conseguenze legislativamente prestabilite a casi che meriterebbero un trattamento differente a incontrare un limite nel principio di uguaglianza ragionevolezza (art. 3 Cost.).

Nella sentenza n. 253 del 2003³⁰, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'automatismo previsto dall'art. 222 c.p., che imponeva al giudice, in caso di proscioglimento per vizio totale di mente per un delitto punito con la reclusione superiore nel massimo a due anni, di adottare la

³⁰ Corte cost., 18 luglio 2003, n. 253, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 297 ss. con nota di M.T. COLLICA.

misura di sicurezza più drastica e segregante dell'ospedale psichiatrico giudiziario, anche quando quest'ultima fosse in concreto inidonea a rispondere alle esigenze di cura e tutela della persona interessata e di controllo della sua pericolosità sociale. L'intervento della Corte, nel rompere il rigido e irragionevole vincolo legislativo, ha delegato al giudice il potere di adottare una misura di sicurezza più elastica e meno afflittiva (in particolare la libertà vigilata anche accompagnata da prescrizioni) che sia idonea a soddisfare le esigenze menzionate con il minimo sacrificio necessario della libertà personale dell'autore di reato prosciolto per vizio totale di mente.

In questo caso il giudizio prognostico si estende: non è più solo in gioco il comportamento futuro dell'autore di reato, ossia il rischio di recidiva espresso dalla locuzione "pericolosità sociale"; ad essere oggetto della valutazione proiettata sul futuro è anche l'efficacia della misura di sicurezza nel soddisfare esigenze di controllo e di cura. A ciò si aggiunge un dato ancora più interessante: la prognosi deve essere guidata dal principio del minor sacrificio necessario. Ciò significa che il giudizio prognostico, a parità di effetti special-preventivi, dovrà prediligere la misura che comporta la minore restrizione possibile della libertà personale.

In tal senso, i giudizi prognostici sulla recidiva nella loro duplice dimensione, che abbraccia sia la persona del reo sia la sanzione, si fanno interpreti di esigenze di flessibilità, proporzionalità e sussidiarietà delle pene e delle misure di sicurezza.

Ragionare sull'impatto del principio del minor sacrificio necessario alle prognosi previste in relazione al sistema delle pene significa ripensare alla flessibilità dell'intero sistema sanzionatorio. L'ampliamento degli spazi di discrezionalità del giudice nell'individualizzazione del trattamento punitivo sulla falsariga del modello delle misure di sicurezza costituisce una prospettiva di ricerca che valorizza al massimo il ruolo delle prognosi e, di conseguenza, l'orientamento special-preventivo della pena.

CAPITOLO II - LE TIPOLOGIE DI GIUDIZIO PROGNOSTICO NEL MONDO DELLA PENA

SOMMARIO: 1. Giudizi prognostici e risposte punitive: una prima ricognizione. – 2. La prognosi “al buio”: la sospensione del procedimento con messa alla prova. – 3. La prognosi a cognizione limitata tra commisurazione della pena e sospensione condizionale. – 4. La prognosi a cognizione piena: le alternative alla pena detentiva.

1. Giudizi prognostici e risposte punitive: una prima ricognizione

Lo si è già accennato in apertura: il sistema sanzionatorio penale è pervaso da istituti la cui applicazione richiede, più o meno espressamente, la formulazione di una *prognosi criminologica* da parte del giudice³¹, ossia una valutazione discrezionalmente vincolata e fatalmente probabilistica sul futuro comportamento dell'imputato o del condannato.

Ad essere coinvolte sono risposte punitive tra loro anche molto diverse, sia per collocazione sistematica sia per orientamento teleologico³².

Punto di partenza di questa analisi del ruolo dei giudizi prognostici nel sistema sanzionatorio non può che essere il dato normativo. A tal riguardo, occorre fin da subito mettere in rilievo che le espressioni usate dal legislatore sono le più varie.

Le prognosi operano sia in sede di scelta e commisurazione della pena – talvolta anticipando persino l'accertamento del fatto – sia in fase di esecuzione della stessa.

Per analizzare il ruolo dei giudizi prognostici nell'attuale sistema sanzionatorio, pare opportuno seguire, almeno in prima approssimazione, una scansione dettata dai tempi del procedimento penale.

³¹ G. KAISER, *Criminologia*, Milano, 1985, p. 137 s.

³² Per una ricostruzione del concetto di pericolosità sociale si veda F. BASILE, *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale? Spunti di riflessione, con particolare riferimento alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione*, in Paliero-Viganò-Basile-Gatta (a cura di), *La pena, ancora. Fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018.

In tal senso, l'analisi esegetica del dato normativo, che verrà svolta in questo capitolo, è suddivisa in tre parti.

La prima è dedicata ai giudizi prognostici formulati prima dell'accertamento del fatto: si tratta di valutazioni sul futuro comportamento dell'autore di reato che, per loro natura, sono caratterizzati da una tendenziale incompletezza e lacunosità degli elementi conoscitivi a disposizione del giudice per decidere. Si pensi a tal riguardo alla sospensione del procedimento con messa alla prova di cui all'art. 168 *bis* c.p.

La seconda parte riguarda, invece, le prognosi effettuate dal giudice della cognizione al termine dell'accertamento del fatto. Si pensi, ad esempio, alla valutazione della capacità a delinquere nella commisurazione della pena e alla sospensione condizionale della pena. In questi casi il giudice dispone di maggiori informazioni sul fatto e sull'autore di reato, ma il suo giudizio prognostico è costantemente viziato da un deficit delle conoscenze necessarie per formularlo. E ciò non solo perché in questa fase vige un divieto di perizia criminologia (art. 220 c.p.p.), che pregiudica fortemente, per le ragioni che saranno analizzate nel prosieguo [v. *infra* cap. IV], l'affidabilità della prognosi, ma anche perché vi è un costante atteggiamento culturale di sfiducia o di sottovalutazione dell'importanza delle prognosi nel sistema sanzionatorio.

Infine, la terza parte si occupa dei giudizi prognostici che assumono un rilievo determinante, in relazione a numerose risposte alternative alla pena detentiva nella fase di esecuzione della pena. Si pensi, a tal riguardo, alle misure alternative alla detenzione. Ad essere oggetto di approfondimento sono le fonti e gli strumenti che, offrono al giudice, anche attraverso il lavoro degli operatori penitenziari, un quadro conoscitivo potenzialmente completo dell'autore di reato e dei fattori predittivi della recidiva nel caso di specie. Anche in quest'ambito, come vedremo, la valutazione prognostica del rischio di recidiva viene effettuata sulla base di massime di esperienza e dell'intuizione personale di chi è chiamato a decidere, senza che si faccia sufficientemente ricorso alle conoscenze empiriche e scientifiche.

Come già messo in rilievo, l'attività prognostica comincia ancora prima della pronuncia di condanna. Pur essendo un tema eccentrico rispetto all'oggetto del

presente lavoro, i giudizi prognostici svolgono un ruolo delicato e, al contempo, fondamentale nella (eventuale) fase cautelare. Come noto l'art. 274 lett. c) c.p.p. stabilisce che il giudice, nell'accertamento delle esigenze cautelari, formuli un giudizio prognostico sul «concreto e attuale pericolo» che l'indagato/imputato «commetta gravi delitti».

Per quanto, invece, riguarda il diritto penale sostanziale, la disciplina dell'istituto di recente introduzione della sospensione del processo con messa alla prova prevede all'art. 464 *quater* c.p.p. la formulazione di un giudizio prognostico sulla recidiva, che prescinde persino dall'accertamento del fatto di reato in relazione al quale viene concesso il periodo di *probation*³³. In questo caso l'oggetto della prognosi è molto ampio, poiché riguarda la probabilità di commissione di qualsiasi fattispecie di reato e non solo, come nel caso delle misure cautelari, la realizzazione di gravi delitti.

In relazione alla commisurazione della pena in senso stretto, l'art. 133, comma 2, c.p. richiede la formulazione di una prognosi criminologica che riguarda la valutazione della *capacità a delinquere*. Il giudice, nel momento in cui è chiamato a individuare la pena da infliggere in concreto, deve tenere conto (tra gli altri fattori) del futuro comportamento del reo. Individuata idealmente la pena proporzionata per il fatto commesso, il giudice può infliggere un *quantum* di pena inferiore alla proporzione per soddisfare esigenze di prevenzione speciale. Ed è proprio questo orientamento finalistico nella commisurazione della pena, che trova un fondamento costituzionale nel principio di rieducazione di cui all'art. 27, comma 3, Cost., a imporre una valutazione prognostica sulla recidiva.

Sempre in riferimento al momento commisurativo, gli articoli 102 e ss. c.p. richiedono *implicitamente* al giudice di formulare un giudizio prognostico qualora quest'ultimo, dopo aver individuato il *quantum* di pena, intenda dichiarare il condannato delinquente abituale, professionale o per tendenza³⁴.

³³ Introdotto dall'art. 3 della l. 28 aprile 2014, n. 67.

³⁴ T. PADOVANI, *La pericolosità sociale sotto il profilo giuridico*, in Ferracuti (a cura di), *Psichiatria forense generale e penale*, Milano, 1990, 329 s.

Nella fase immediatamente successiva al calcolo della dosimetria sanzionatoria, vi è un altro istituto che richiede una valutazione sul futuro comportamento dell'autore di reato: la sospensione condizionale della pena. L'art. 164, comma 1, c.p. prevede, infatti, che il giudice della cognizione possa sospendere l'esecuzione di una pena detentiva (o pecuniaria convertita) non superiore a due anni, se «presume che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati». Anche in questo caso, come per il già menzionato istituto di *probation* di cui all'art. 168 bis c.p., una valutazione prognostica favorevole (o di non-recidiva) consente di *sostituire* la pena con una messa alla prova del soggetto il cui esito positivo determina, in ultima battuta, l'estinzione del reato. Una formulazione normativa pressoché identica del giudizio prognostico si ritrova anche nella disciplina del perdono giudiziale per i soggetti minorenni ai sensi dell'art. 169, comma 1, c.p.

Se si sposta poi l'attenzione al diverso contesto dei reati assegnati alla competenza del giudice di pace, il legislatore sembra aver richiesto al giudice onorario una peculiare predizione. Dopo aver accertato che il soggetto ha posto in essere condotte riparatorie, può dichiarare estinto il reato solo laddove ritenga che le «attività risarcitorie e riparatorie»³⁵ siano «idonee a soddisfare le esigenze [...] di prevenzione» (art. 35, comma 2, d. lgs. n. 274 del 2000)³⁶.

La prognosi non entra in gioco solo nel momento commisurativo della pena ma incide anche sulla scelta della sanzione stessa. L'art. 58, legge n. 689 del 1981, sancisce, infatti, che il giudice «tra le pene sostitutive sceglie quella più idonea al reinserimento sociale del condannato» e qualora preveda che «le prescrizioni non saranno adempiute dal condannato» non può sostituire la pena detentiva. In sede di inflizione della pena, dunque, la scelta del giudice in ordine alla possibilità di *sostituire* la pena detentiva breve con la libertà controllata ovvero con la semidetenzione richiede una duplice valutazione sia sul futuro adempimento delle

³⁵ Il soggetto (in un determinato momento prima dell'udienza di comparizione) pone in essere condotte riparatorie del commesso reato (mediante restituzioni e/o risarcimento) ed elimina le conseguenze dannose o pericolose del reato. Ma ciò non basta perché il giudice deve poi valutare (al fine di dichiarare estinto il reato) se queste condotte sono idonee.

³⁶ Come si avrà modo di esaminare più avanti, l'interpretazione delle 'esigenze di prevenzione' quale valutazione sulla capacità delle condotte poste in essere dal soggetto di contrastare la futura 'recidiva' non è condivisa da una parte della dottrina.

prescrizioni da parte del colpevole sia sull'idoneità della misura stessa a garantire il reinserimento sociale del condannato.

Alla luce di questo quadro d'insieme appena tratteggiato, vi è una considerazione che merita di essere subito messa in rilievo. Tutte le disposizioni appena menzionate hanno una caratteristica comune: il giudizio prognostico sulla recidiva rappresenta il vero e proprio interscambio del sistema sanzionatorio, che consente al giudice di modificare la risposta al reato. Se quest'ultimo ritiene che il reo (o l'imputato) non commetterà altri reati, la pena minacciata (in astratto) e individuata (in concreto) subirà una trasformazione contenutistica. La prognosi costituisce il passaggio fondamentale attraverso il quale viene identificata l'opzione punitiva (o para-punitiva) in grado di realizzare al meglio le finalità di prevenzione speciale positiva. Si tratta, in tal senso, di un giudizio che non è solo indispensabile in prospettiva teleologica (la prevenzione speciale non si può realizzare se non con uno sguardo rivolto al futuro), ma che a ben vedere risulta addirittura costituzionalmente obbligato, poiché solo attraverso la stima delle *chance* di rieducazione si può dare attuazione all'omologo principio costituzionale di cui all'art. 27, comma 3 Cost.

Emerge qui, anche sul piano normativo, il carattere pluridimensionale dei giudizi prognostici. L'oggetto della valutazione non riguarda esclusivamente il futuro comportamento dell'autore di reato, ma anche gli effetti special-preventivi della risposta al reato, ossia la capacità di quest'ultima di influire sui fattori predittivi della recidiva [v. *infra* cap. IV, par. 6].

La centralità delle prognosi criminologiche nel sistema sanzionatorio nella duplice prospettiva appena menzionata emerge, con tutta evidenza, nella fase di esecuzione della pena.

Si pensi, in termini generali, all'importanza della valutazione sul futuro comportamento del condannato nella concessione delle misure alternative alla pena detentiva previste dall'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354; d'ora in poi ord. pen.). Basterà qui menzionare la prognosi richiesta per accedere alla misura a oggi maggiormente applicata: l'affidamento in prova al servizio sociale di

cui all'art. 47 comma 2 ord. pen.³⁷. Si richiede al tribunale di sorveglianza di compiere una duplice valutazione: sulla personalità del condannato e sull'attitudine della misura a realizzare il percorso risocializzativo.

In termini molto simili è disciplinato anche il regime di semilibertà di cui all'art. 50 comma 4 ord. pen., che può essere disposto «quando vi sono le condizioni per un graduale reinserimento del soggetto nella società». L'idoneità della misura a evitare il rischio di recidiva del soggetto non solo è richiesta per la concessione della detenzione domiciliare (art. 47^{ter}, comma 1^{bis}, ord. pen.), ma anche per la più recente misura dell'esecuzione della pena detentiva inferiore ai 18 mesi presso il proprio domicilio di cui all'art. 1 della l. n. 199 del 2010 (c.d. svuotacarceri), che richiede che non sussistano «specifiche e motivate ragioni per ritenere che il condannato possa commettere altri delitti».

E ancora: il condannato può essere ammesso a un'ulteriore forma di messa alla prova penitenziaria, che conduce all'estinzione della pena, se «durante il tempo di esecuzione della pena, abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento». Si tratta dell'importante istituto della liberazione condizionale di cui all'art. 176 c.p., il cui orientamento verso la prevenzione speciale, che è tutta incentrata sul giudizio prognostico, ha assunto un ruolo fondamentale nel restituire un volto costituzionalmente legittimo alla pena perpetua³⁸. A tale riguardo, è la prognosi a garantire l'ingresso della flessibilità necessaria per rompere la rigidità retributiva della pena dell'ergastolo, che sarebbe altrimenti costituzionalmente (e convenzionalmente) illegittima. Solo l'offerta al condannato alla pena dell'ergastolo di una concreta possibilità di ritorno nel consorzio sociale può rendere costituzionalmente supportabile l'esistenza della pena perpetua.

L'accertamento del sicuro ravvedimento del condannato apre la strada a una valutazione prospettica sul futuro comportamento di quest'ultimo, che nel linguaggio costituzionale altro non è se non la realizzazione della finalità

³⁷ Secondo i dati riportati dal Ministero della Giustizia, al 31.12.2016 gli affidati in prova erano 12.811; i condannati in detenzione domiciliare 9.857 e in semilibertà 1.415. Per un numero totale di 24.083. Con riferimento alla crescita numerica, nell'ultimo decennio, dei condannati in affidamento s. v. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2017, p. 701.

³⁸ Corte cost. 22 novembre 1974, n. 264, in *Giur. cost.*, 1974, 2897.

rieducativa della pena. Ancora una volta la prognosi è il punto nevralgico nel quale si forgia l'orientamento special-preventivo della pena.

Anche nell'ambito del trattamento dei condannati a pena detentiva sono previste delle prognosi sul futuro comportamento del detenuto. Si pensi all'emblematico istituto previsto dall'art. 30 *ter* ord. pen.: per consentire al detenuto di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro, il magistrato di sorveglianza può concedere al detenuto permessi premio solo se quest'ultimo ha tenuto «buona condotta» e non risulta «socialmente pericoloso».

Infine, l'art. 147 comma 4 c.p., pur avendo un ruolo marginale in questa sede, perché non riguarda le modalità di esecuzione della pena, bensì il suo rinvio facoltativo per ragioni umanitarie, ossia i casi in cui la pena detentiva deve essere eseguita nei confronti di soggetti che hanno presentato domanda di grazia; che si trovano in condizioni di grave infermità fisica; ovvero di madre di prole di età inferiore a tre anni, richiede una previsione sul futuro comportamento del condannato. In queste ipotesi è, infatti, precluso al tribunale di sorveglianza di rinviare l'esecuzione della pena ove ravvisi il «concreto pericolo della commissione di delitti».

Anche se si esce dall'orizzonte penalistico che riguarda la persona fisica, si può notare che il sistema penale non è privo di valutazioni prognostiche neppure in relazione agli enti. Basti pensare alla disciplina in tema di responsabilità amministrativa derivante da reato degli enti, che è interamente configurata in chiave preventiva. Anche in questo settore il giudice penale deve prevedere il futuro comportamento dell'ente sia nel momento commisurativo della sanzione sia nella scelta della stessa. Al giudice è, infatti, affidata la valutazione dell'attività svolta dall'ente per «prevenire la commissione di ulteriori illeciti» al fine di determinare il *quantum* di sanzione pecuniaria da infliggere (art. 11 d. lgs. n. 231 del 2001). Con riferimento alle sanzioni interdittive il giudice deve scegliere quella che ritiene più idonea «a prevenire illeciti del tipo di quello commesso» (art. 14 d. lgs. n. 231 del 2001) e non può applicarne alcuna se l'ente ha attuato modelli organizzativi «idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi» (art. 17 d. lgs. n. 231 del 2001).

Dall'analisi qui svolta esulano le misure di prevenzione, per le quali il giudizio prognostico svolge sì un ruolo determinante, ma l'oggetto della valutazione non è la recidiva, bensì un intervento *ante e praeter delictum*.

Già da questa breve e sommaria ricostruzione del dato normativo sui giudizi prognostici emergono le debolezze delle valutazioni prognostiche. E ciò soprattutto in due spazi nei quali le prognosi sono determinanti per misurare e calibrare l'orientamento preventivo della pena. L'oggetto della prognosi è largamente indeterminato quando riguarda la commissione di qualsiasi fattispecie di reato. Quando l'oggetto della previsione è stato circoscritto, in modo più o meno consapevole, da parte del legislatore (si pensi al riferimento ai *delitti* di cui alla detenzione domiciliare di cui alla l. 199/2010), il compito demandato al giudice non è certamente più agevole: si tratta pur sempre di una categoria a tal punto ampia da rendere persino improbabile una rappresentazione effettiva dell'oggetto della prognosi. A ciò si aggiunga la mancanza di limiti temporali. Ciò rende, da un lato, estremamente incerto il giudizio prognostico, perché la probabilità di recidiva in un futuro indeterminato sfugge a qualsiasi valutazione che si fonda sulle caratteristiche attuali dell'imputato/condannato; caratteristiche che sono destinate inevitabilmente a mutare. Si pensi ai frequenti cambiamenti del contesto di vita sociale o familiare di una persona nel corso dell'intera vita. Dall'altro lato, un giudizio che si estende in un orizzonte temporale lontano non può che ridurre le chance di una prognosi favorevole: tanto più ampio è il periodo temporale, quanto più alta è la possibilità che il soggetto ricada nel reato. Per converso, tanto più è ristretto temporalmente il periodo in relazione al quale deve formularsi la prognosi, quanto maggiori saranno le possibilità che quella prognosi non sia smentita.

A ciò si aggiunga che a rendere ancora più vago, sul piano normativo, il giudizio prognostico è la mancanza di qualsiasi riferimento circa lo standard di accertamento. La sia pur scarna e vaga indicazione circa la *probabile* commissione in futuro di nuovi reati di cui all'art. 203 c.p. nell'ambito delle misure di sicurezza scompare completamente nella previsione normativa degli altri giudizi prognostici. Che sia il metro della certezza processuale, la preponderanza dell'evidenza o addirittura uno standard probatorio inferiore, in termini di mera possibilità di

recidiva, il legislatore ha apparentemente lasciato all'interprete un compito che incide profondamente sul bilanciamento degli interessi che vengono in rilievo nella prognosi: in base a quale standard si possa valutare il conseguimento della finalità rieducativa della pena che giustifica l'esistenza del giudizio prognostico; in che modo possa congetturarsi l'adeguatezza degli effetti special-preventivi della risposta al reato nella prevenzione della recidiva; come si debbano bilanciare libertà personale e difesa sociale nella valutazione del rischio di recidiva. Si tratta di questioni che dipendono, con tutta evidenza, dalla fissazione dello standard di accertamento della prognosi [v. infra cap. V].

2. La prognosi “al buio”: la sospensione del procedimento con messa alla prova

Nel perseguire finalità di economia processuale attraverso la deflazione dell'ingestibile quantità di procedimenti penali pendenti, il legislatore ha recentemente inserito nel sistema penale una risposta punitiva alternativa che trova applicazione in una fase persino anteriore al pieno accertamento della responsabilità³⁹.

Con l'art. 3 della l. 28 aprile 2014, n. 67 il legislatore ha introdotto, sul modello dell'istituto già presente nel diritto penale minorile, la sospensione del processo con messa alla prova.

Prima di analizzare il ruolo del giudizio prognostico nell'ambito di questo nuovo tipo di *probation*, vale la pena offrire un quadro di sintesi degli spazi applicativi e delle caratteristiche salienti della messa alla prova.

Il suo campo d'applicazione è in gran parte ridotto alle fattispecie bagatellari: vi rientrano i reati puniti con pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni.

³⁹ Cfr. R. BARTOLI, *La “novità” della sospensione del processo con messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2015, p. 2; sul punto v. anche F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1300 ss.

Come è stato chiarito dalla Cassazione nella sua composizione più autorevole, questo limite di quattro anni deve essere calcolato facendo esclusivo riferimento alla pena edittale prevista per la fattispecie base, a prescindere dalla contestazione, nel caso concreto, di qualsiasi tipo di circostanza aggravante⁴⁰. Si tratta di un'interpretazione giurisprudenziale che ha garantito a questo nuovo meccanismo di *probation* la massima espansione in via interpretativa della propria area applicativa.

Per altro verso, la sospensione del processo con messa alla prova si applica ad un catalogo ristretto di reati più gravi, ossia le fattispecie indicate dall' art. 550, comma 2 c.p.p. per le quali si procede con citazione diretta a giudizio, come la violenza o minaccia oppure la resistenza a pubblico ufficiale (artt. 336 e 337 c.p.), il furto aggravato (art. 625 c.p.) e la ricettazione (art. 648 c.p.).

Per quanto riguarda i rapporti tra messa alla prova e prognosi di recidiva, il legislatore ha individuato alcuni limiti di carattere soggettivo che riducono il catalogo di soggetti nei confronti dei quali può essere applicata questa misura: oltre ai delinquenti e contravventori abituali e ai delinquenti professionali e per tendenza, sono altresì esclusi coloro che hanno già usufruito della messa alla prova (art. 168-bis, comma 4 e 5, c.p.). In questi casi, anche alla luce delle peculiari caratteristiche della messa alla prova, il legislatore ha escluso le categorie di autori di reato che presentano un alto rischio di recidiva.

Sempre in relazione ai limiti soggettivi per la concessione della messa alla prova, il giudizio prognostico sul rischio di recidiva costituisce, anche in questo caso, il presupposto per l'accesso al beneficio. L'art. 464-*quater* c.p.p. prevede, infatti, che il giudice, in base ai parametri di cui all'art. 133 c.p., effettua una prognosi sul fatto che «l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati».

Ad essere, innanzitutto, in dubbio è il significato da attribuire a tale disposizione: potrebbe trattarsi di giudizio prognostico sull'idoneità del programma di trattamento a evitare la recidiva oppure una valutazione delle caratteristiche personali

⁴⁰ In tal senso Cass., Sez. Unite, 31 marzo 2016, n. 36272, CED 267238.

dell'imputato a non commettere altri reati⁴¹. Il carattere multidimensionale della prognosi, che guarda sia alla personalità dell'autore, sia agli effetti special-preventivi della risposta al reato, non sembra potersi scindere. Sono due momenti complementari del medesimo giudizio prognostico.

È l'idoneità del trattamento a dover rispondere ai bisogni criminogenici del reo. In tal senso la messa alla prova coniuga prescrizioni riparatorie di tipo economico con la valenza risocializzativa del lavoro di pubblica utilità.

Per altro verso, l'efficacia della risposta al reato dipende dall'indagine sulle caratteristiche personali e sulle condizioni di vita personale, familiare, sociale ed economica dell'imputato.

Nella prassi, tuttavia, tale indagine non viene quasi mai effettuata, per mancanza di risorse e di tempo. Le risorse economiche destinate all'esecuzione penale esterna in Italia sono molto scarse: il numero di addetti alle agenzie di *probation* ogni 100.000 abitanti è inferiore alla media europea⁴². Ciò rende molto difficile per il personale degli uffici dell'esecuzione penale esterna raccogliere le informazioni necessarie per effettuare la prognosi.

Trattandosi di informazioni di rilievo fondamentale, il giudizio prognostico compiuto dal giudice, che magari non ha neppure incontrato l'imputato, non potrà che essere empiricamente cieco, poiché sarà esclusivamente fondato sulla presenza di precedenti penali e sulle scarse caratteristiche dell'ipotesi di reato. E del resto non potrebbe essere altrimenti: la collocazione della messa alla prova in una fase del procedimento che è molto lontana dall'accertamento del fatto non agevola di certo la formulazione del giudizio prognostico.

Vi è poi un ulteriore aspetto sul giudizio prognostico nella messa alla prova che merita di essere esaminato.

Rispetto ai limiti applicativi della sospensione del procedimento con messa alla prova individuati dal legislatore, la giurisprudenza di legittimità ne ha tracciati di ulteriori. Si è infatti escluso, in via interpretativa, che l'accesso alla messa alla prova

⁴¹ Ampiamente sul punto v. M. RIVERDITI, *La nuova disciplina della messa alla prova di cui all'art. 168-bis c.p.: uno sguardo d'insieme*, in *Studium Iuris.*, 2014, p. 990.

⁴² Cfr. E. DOLCINI, *L'Europa in cammino verso carceri meno affollate e meno lontane da accettabili standard di umanità*, in *Dir. pen. cont.*, 16 marzo 2016.

possa essere disposta in relazione ad alcuni soltanto dei reati contestati all'imputato. Pur riconoscendo la valenza risocializzativa della messa alla prova, la Corte di Cassazione ritiene che tale finalità non possa essere realizzata solo parzialmente in relazione ad alcuni soltanto dei fatti in contestazione, qualora lo stesso imputato sia chiamato a rispondere di più gravi reati che non soddisfano i presupposti d'accesso all'istituto.

Di particolare interesse in questa sede è la motivazione della Cassazione: la contestuale commissione di più gravi reati, per i quali non può essere disposta la messa alla prova, non consente di formulare una prognosi positiva «sull'evoluzione della personalità dell'imputato verso modelli socialmente adeguati»⁴³.

In altri termini, l'impossibilità di formulare una prognosi favorevole di recidiva, che in base all'art. 464-*quater* c.p.p. costituisce la condizione d'accesso alla messa alla prova, non consente questo scorporo dei reati che sia funzionale alla parziale applicazione della *probation*.

Secondo il ragionamento basato su presunzioni della Suprema corte, che desta non poche perplessità, il reato più grave in contestazione non consentirebbe al giudice di formulare una prognosi di non-recidiva, ossia di prevedere un'evoluzione del comportamento dell'imputato verso modelli socialmente adeguati. Ad un più corretto inquadramento del giudizio prognostico, il cui esito non può dipendere in via presuntiva dalla gravità del reato⁴⁴, contribuiscono le linee guida formulate da alcuni Tribunali sull'applicazione della messa alla prova che ritengono possibile un'applicazione parzialmente diversa da quanto stabilito dalla Suprema corte. La possibilità di ammissione (parziale) alla messa alla prova soltanto per alcuni reati è espressamente prevista sia dalle linee guida redatte dal Tribunale di Venezia sia dal protocollo elaborato presso il Tribunale di Imperia⁴⁵.

⁴³ Cass., 12 marzo 2015, n. 14112, CED 263125, in particolare p. 6 della sentenza.

⁴⁴ A tal riguardo è stato osservato che «un grave errore nella valutazione del rischio è di segnare la gravità del reato commesso come un fattore di rischio»; si tratta di un fattore che potrà incidere sulla misura della pena, ma non rileva nella valutazione del rischio di ricaduta nel reato: in tal senso J. BONTA E D.A. ANDREWS, *The Psychology of Criminal Conduct*, Routledge, London, New York, 2010, p. 60.

⁴⁵ Si vedano a tal riguardo le linee guida del Tribunale di Venezia e il protocollo elaborato dal Tribunale di Imperia, rispettivamente reperibili in www.ordineavvocativenezia.it e www.avvocati-imperia.it.

3. *La prognosi a cognizione limitata tra commisurazione della pena e sospensione condizionale*

Come anticipato, i giudizi prognostici formulati dal giudice di cognizione all'esito dell'accertamento del fatto sono a cognizione limitata. Ciò in ragione della sfiducia o, comunque, della sottovalutazione del ruolo delle prognosi nel sistema sanzionatorio da parte della magistratura; per altro verso, vi è un limite normativo invalicabile alla formulazione di una previsione sul futuro comportamento dell'autore di reato: il divieto di perizia criminologica di cui all'art. 220 c.p.p.

Per svolgere questa analisi, vale la pena di prendere le mosse dalla commisurazione della pena.

Quando il giudice è chiamato a determinare il tipo e la misura della pena da infliggere deve tenere conto del futuro comportamento del reo. Tra i criteri di commisurazione della pena previsti dall'art. 133 comma 2 c.p. vi è, infatti, la capacità a delinquere.

Il legislatore, però, non ha fornito una definizione di tale concetto ma ha individuato numerosi criteri fattuali sulla base dei quali il giudice deve ricostruire la capacità a delinquere del soggetto: la personalità, la condotta (precedente, contemporanea e susseguente al reato) e le condizioni di vita (individuale, familiare e sociale) del reo.

Se è pur vero che manca una visione concorde su che cosa si debba intendere per capacità a delinquere, l'interpretazione preferibile pare proprio essere quella che individua tale concetto nella *capacità di commettere futuri reati*. E ciò in considerazione del dettato costituzionale. Se la pena deve rispondere a esigenze rieducative⁴⁶, ai sensi dell'art. 27 comma 3 Cost., è allora necessario tenere in considerazione le specifiche caratteristiche del singolo individuo. Usando le parole

⁴⁶ « Sul punto cfr. G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 40 ss.; nonché E. GALLO, *L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 3204.

del giudice delle leggi: «la necessità costituzionale che la pena debba "tendere" a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»⁴⁷. Non solo: il principio rieducativo «comporta, oltre al ridimensionamento delle concezioni assolute della pena, la valorizzazione del soggetto, reo o condannato, in ogni momento della dinamica penal-sanzionatoria (previsione astratta, commisurazione, soltanto in senso ampio od anche in senso stretto, ed esecuzione)»⁴⁸.

La finalità di prevenzione speciale incontra un limite in sede commisurativa: non può oltrepassare il limite garantistico che, ai sensi dell'art. 27, comma 1, Cost., è segnato dalla proporzione con la colpevolezza per il fatto⁴⁹. In altre parole, dopo aver determinato la pena proporzionata alla gravità del fatto concreto, ai sensi dell'art. 133 comma 1 c.p., il giudice individua eventualmente la quantità di minor pena utile a soddisfare le esigenze di rieducazione/risocializzazione del soggetto, ai sensi dell'art. 133 comma 2 c.p. In sintesi, la capacità criminale del soggetto può rilevare eventualmente solo in *bonam partem*: nella dosimetria della pena il giudice dovrà considerare la possibilità, in termini più o meno alti, che il soggetto possa commettere nuovamente un reato e, conseguentemente, ridurre la sanzione penale commisurata alla gravità del reato commesso. Non vale l'opposto: un possibile innalzamento della pena concreta in ragione dei maggiori 'bisogni rieducativi' del reo.

Se così interpretata, la capacità a delinquere si pone in un rapporto di genere a specie con la pericolosità sociale: la mera possibilità che il soggetto torni a

⁴⁷ Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313. Più recentemente anche Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236, in *Dir. pen. cont.*, 14 novembre 2016 con nota di F. VIGANÒ;

⁴⁸ Corte cost., 17 maggio 1989, n. 282, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 177 c.p.

⁴⁹ L. EUSEBI, *Tra crisi dell'esecuzione penale e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio: il ruolo del servizio sociale*, in *Riv. it. dir. pr. pen.*, 1993, p. 498 ss.; G. FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3*, in *Commentario alla Costituzione - Rapporti civili*, G. BRANCA ed A. PIZZORUSSO (a cura di), Bologna, 1991, p. 327 s.; L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, cit., p. 108; MONACO-PALIERO, *Variazioni in tema di "crisi della sanzione"*, cit., pp. 434 ss.

delinquere quale criterio di commisurazione della pena diviene, in sede di applicazione delle misure di sicurezza, vera e propria probabilità di ricaduta nel reato⁵⁰.

Come anticipato, la formula codicistica di capacità a delinquere, è ambigua, originata dal compromesso tra Scuola classica e Scuola positiva, e unica, non essendo rintracciabile in nessun'altra parte del codice penale. Sul punto si è sviluppato un acceso dibattito dottrinale tanto che, come è stato osservato, «il nodo interpretativo su cui più si sono affannati gli interpreti, fra i molti proposti dal 133, verte sulla nozione di capacità a delinquere: una categoria sconosciuta fino al 1930 al linguaggio legislativo, alla quale lo stesso legislatore Rocco è approdato fra incertezze e contrasti e la cui equivocità probabilmente non è estranea alla stessa scarsa fortuna che l'art. 133 ha avuto in giurisprudenza»⁵¹.

Una diversa ricostruzione della capacità a delinquere rispetto a quella appena proposta e che, in estrema sintesi, guarda al passato – al fatto commesso – non appare condivisibile. Dare rilievo a elementi che hanno generato il reato, alla personalità morale del condannato che si è espressa nel fatto⁵², valutare quanto il reato sia frutto di una libera scelta dell'individuo e quanto invece sia stato determinato da fattori biologici e sociali estranei al dominio dell'agente significa, in ultima istanza, ri-considerare gli elementi che concorrono a definire il grado della colpevolezza. Tale interpretazione non fa che duplicare quanto già valutato dal giudice come gravità del reato.

Come sottolineato da autorevole dottrina, la ricostruzione in chiave retributiva della capacità a delinquere si risolve in una inaccettabile «*deformazione del giudizio sulla misura della colpevolezza, introducendo elementi estranei al piano della colpevolezza per il fatto*»⁵³.

⁵⁰ Cfr. A. CALABRIA, *Sul problema dell'accertamento della pericolosità sociale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 782 ss.; GUADAGNO, *Accertamento del fatto e accertamento della personalità come presupposti per l'applicazione della sanzione penale*, in *Studi in onore di B. Petrocelli*, II, Milano, 1972, pp. 930 ss.; F. TAGLIARINI, *Pericolosità*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 27 ss.

⁵¹ E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Milano, 1984, 42. Per una ricostruzione del dibattito dottrinale si v. A. MALINVERNI, *Capacità a delinquere*, in *Enc. dir.*, 1960, p. 119 s.

⁵² A. MALINVERNI, *Capacità a delinquere*, in *Enc. dir.*, 1960, pp. 123-124.

⁵³ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 2015, p. 474.

Vi sono, poi, ulteriori elementi che fanno propendere per una ricostruzione prognostica della capacità *criminale*⁵⁴ del soggetto. In primo luogo, vi è l'origine storica della norma in quanto la proiezione verso il futuro del concetto in esame appare più coerente con le idee della scuola positiva alle quali la disciplina della capacità a delinquere sembra ispirata; come confermato dalla *Relazione ministeriale al progetto definitivo del c.p.*: «la pericolosità del reo in tanto, nella applicazione della pena, può essere tenuta presente, in quanto essa coincide con la capacità a delinquere, ossia con l'attitudine dell'individuo alla violazione delle norme giuridiche penali»⁵⁵. Del resto, depone a favore di questa interpretazione anche il senso più plausibile dei concetti impiegati dal legislatore⁵⁶.

L'acceso dibattito dottrinale che si è sviluppato attorno al concetto di capacità a delinquere risponde alle diverse ideologie che permeano il sistema sanzionatorio (o forse più in generale l'intero sistema penale): ad una visione retributiva incentrata sul fatto commesso si contrappone una proiezione sul futuro comportamento del soggetto in chiave di prevenzione della recidiva.

In realtà, anche se appare preferibile una ricostruzione in un'ottica preventiva della capacità a delinquere del soggetto alla luce del dettato costituzionale, non si può tacere come la mancanza di una espressa indicazione finalistica da parte del legislatore frustra questa ricostruzione. Il c.d. vuoto dei fini ai sensi dell'art. 133 c.p. e l'ambiguità dei singoli indici fattuali finiscono per scalfire la vincolatività dei criteri commisurativi. Perché vi possa essere un esercizio 'razionale' della discrezionalità da parte del giudice (e non solo nella commisurazione della pena) è necessario che il legislatore individui precisi criteri di esercizio di quella stessa discrezionalità⁵⁷. Ed ecco che la «gravità del fatto» e la «capacità a delinquere» non riescono a orientare il giudice proprio perché manca la

⁵⁴ Tale espressione appare più corretta laddove si consideri che la capacità a delinquere riguarda tutti i reati e non solamente i delitti ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte generale, Milano, 1955, p. 455.

⁵⁵ come cit. in A. MALINVERNI, *Capacità a delinquere*, cit.

⁵⁶ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 474 s.

⁵⁷ Cfr. per tutti F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, p. 80 ss.; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 177 ss.; L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, cit., p. 208 ss. e 267 ss.

scelta legislativa su quale sia lo scopo perseguito dalla pena. Come è stato acutamente osservato il potere discrezionale di commisurazione della pena rimesso al giudice è «privo di bussola. Anzi, accentuatamente privo di bussola, (...) nel senso che al giudice non è nemmeno fornito il parametro teleologico di commisurazione»⁵⁸. A dimostrazione di ciò pare sufficiente citare la prassi in punto di motivazione: il ragionamento che il giudice segue nel commisurare la pena concreta è del tutto inaccessibile. Come già messo in luce precedentemente, le c.d. formulette pigre o di stile – sempre che ci siano: "si ritiene equa, adeguata..." o "ai sensi dell'art. 133 c.p."- non consentono certo di ripercorrere il procedimento argomentativo compiuto dal giudice per giungere alla scelta e alla quantificazione della pena concreta, la quale pare proprio dipendere dalla sensibilità e dalla intuizione del singolo giudice⁵⁹ [cap. I, par. 1].

Non solo: anche l'irrogazione di pene prossime ai minimi edittali, diversamente da quanto sostenuto dall'orientamento giurisprudenziale dominante⁶⁰, richiede al giudice di esplicitare come concretamente è giunto a quantificare quella pena (seppur 'minima'). In estrema sintesi: una 'corretta' commisurazione della pena richiede *sempre* un'esaustiva motivazione.

Motivazioni lapidarie o pressoché inesistenti sembrano celare una *non* commisurazione della pena: nel senso che tanto la disposizione legislativa (attraverso la formulazione di una disposizione incerta nei parametri e nei presupposti) quanto l'interpretazione dottrinale (il modello teorico di commisurazione sopra descritto) non costituiscono il reale 'strumento' commisurativo del giudice.

Anzitutto, è lo stesso parametro previsto al comma 1 dell'art. 133 c.p. ad entrare in crisi. La gravità di un reato così come la proporzione tra reato e pena

⁵⁸ T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, cit., p. 427.

⁵⁹ E. AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, pp. 229 s.; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 109 ss.; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 59 ss.; S. LARIZZA, *La commisurazione della pena: rassegna di dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 604 ss.

⁶⁰ Cass., S.U., 26 febbraio 2008, n. 8413, con nota di ZINCANI, in CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Parte generale*, p. 210.

costituiscono concetti relativi che non possono essere stabiliti con riferimento ad un reato in sé considerato ma richiedono un confronto con l'intero sistema penale⁶¹. È chiaro, dunque, che considerazioni legate a esigenze di prevenzione generale⁶² – con il rischio di infliggere vere e proprie pene 'esemplari' – possono filtrare già nella determinazione della pena per il fatto commesso, ancor prima di considerare la personalità del soggetto.

Con riferimento alla capacità a delinquere, poi, il giudice di cognizione si trova solo: non ha strumenti – al di là del suo intuito e del suo sapere esperienziale – che gli consentano di ricostruire realmente la capacità criminale del reo. Anche semplificando ai minimi termini la questione, la personalità del soggetto non può essere ricostruita in questa fase processuale. Se si guarda agli elementi conoscitivi di cui dispone il giudice per formulare la prognosi criminale, infatti, ci si accorge della loro scarsità e ambiguità. E proprio in questa prospettiva, appare interessante analizzare gli indici elencati dal secondo comma dell'art. 133 c.p. in senso decrescente rispetto alla loro reperibilità e alla loro facilità d'uso. In altri termini: come fa il giudice a creare quel bagaglio conoscitivo che gli consente di valutare il rischio di recidiva del reo?

Con una preliminare avvertenza. Si vuole, infatti, ribadire, quanto già messo in luce nel capitolo precedente: quanto è minore il numero di informazioni di cui dispone il giudice sulla persona del condannato tanto maggiore sarà il ricorso all'intuito, nella formulazione della prognosi, da parte del singolo magistrato⁶³[cap. I, par. 1].

L'apporto conoscitivo più immediato è quello fornito dai precedenti giudiziari e penali del soggetto: una consultazione del casellario giudiziario potrebbe sembrare

⁶¹ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, p. 395; T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio*, cit., pp. 446 e ss.

⁶² Nella ricostruzione del concetto di gravità del reato occorre attribuire un rilievo decisivo (di criterio guida nella commisurazione della pena) alla colpevolezza per il fatto onde evitare che la gravità del danno o del pericolo assorbano preoccupazioni di prevenzione generale che finiscono per tradursi in un'indebita violazione del principio personalistico della responsabilità penale. W. HASSEMER, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, M. Romano e F. Stella (a cura di), Bologna, 1980, pp. 126 ss. Ed anche: A. ALESSANDRI, *Commento all'art. 27, comma 1°*, in *Commentario alla Costituzione - Rapporti civili*, p. 24.

⁶³ D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, cit., p. 221.

prima facie bastevole. In realtà se lo scopo è quello di conoscere l'autore del reato anche attraverso la sua (eventuale) carriera criminale, un lapidario elenco di reati che ha commesso non dice molto (o forse proprio nulla) su quale sarà il suo futuro comportamento. Ben più utile potrebbe essere – per il giudice – leggere la sentenza, la ricostruzione del fatto e del nesso psicologico che lega quell'individuo a quel determinato fatto di reato per capire se si tratta o meno di un sintomo di maggiore pericolosità dello stesso. Possono essere, ad esempio, fatti molto risalenti nel tempo, espressione di un soggetto che negli anni si è modificato e che dicono ben poco rispetto all'evoluzione futura dell'individuo; viceversa possono rappresentare quella sintomaticità delinquenziale che porterebbe il giudice a propendere per una prognosi di recidiva. Si pensi anche alla distanza siderale che può intercorrere tra un reato colposo e uno doloso commessi dallo stesso soggetto ma in due contesti e in due momenti molto diversi. Di fronte ad un sistema come il nostro che non consente un facile scambio di informazioni (basti considerare la difficoltà per il giudice di reperire le sentenze) non stupisce come la prognosi sia formulata sulla base di scarse conoscenze. Realisticamente, il giudice sarà portato ad intraprendere la faticosa e non sempre fortunata ricerca della/e sentenza/e solo nel caso in cui si trovi di fronte ad un soggetto già recidivo ai sensi dell'art. 99 c.p.

Ancora, il giudice (forse) conosce anche i «motivi a delinquere» e la «condotta contemporanea e susseguente al reato» e ciò in considerazione del fatto che riguardano l'oggetto del suo giudizio: il reato commesso dal soggetto e per il quale il giudice si trova a dover commisurare la pena. Non è detto però che tali elementi siano emersi, vuoi perché non funzionali all'accertamento del fatto vuoi perché il soggetto non ha fornito alcun contributo. E qui occorre una precisazione: se la «condotta susseguente al reato» coincide con il comportamento processuale del soggetto non potrà mai essere valutata negativamente dal giudice e ciò per la (elementare) ragione che il diritto di difesa, ai sensi dell'art. 24 Cost., è un diritto fondamentale che comprende anche la facoltà per l'imputato di tacere ovvero di mentire (fintanto che non ostacoli la giustizia).

A differenza di questi elementi, la «condotta antecedente al reato» e le «condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo» non sembrano realmente

accessibili al giudice della cognizione. Se il processo riguarda la responsabilità penale del soggetto per quel fatto appare ben difficile – salvo casi peculiari – che il giudice abbia informazioni sulla storia di vita del reo. Non solo: si tratta di elementi che, laddove siano disponibili, possono inquinare l'accertamento del fatto e quindi finire per innalzare la pena anziché diminuirla.

Del tutto oscuro è come, invece, il giudice della cognizione possa ricostruire il «carattere del reo» se consideriamo che non può avvalersi di una perizia criminologica. Si apre qui la spinosa questione del divieto di perizia sulla personalità del soggetto, avente ad oggetto il carattere, la personalità e le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche dell'imputato, che vige in questa fase processuale ai sensi dell'art. 220, comma 2, c.p.p.⁶⁴. Basterà qui notare, che la scelta del legislatore del 1989 – di proseguire nella soluzione già adottata dall'impostazione originaria del codice di procedura penale del 1930 [v. infra Cap. IV, par. 3] – di rimettere al giudice della cognizione tale valutazione, estromettendo l'apporto dell'esperto significa, in ultima istanza, legittimare un giudizio prognostico esclusivamente soggettivo basato sull'intuizione del singolo magistrato.

Infine, ciò che il giudice conosce o potrebbe conoscere ai fini della prognosi criminale diminuisce vertiginosamente se il percorso processuale esce dal binario ordinario e intraprende le molteplici strade dei riti speciali. Si pensi all'applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'art. 444 c.p.p. in cui il giudice, pur conservando *expressis verbis* un potere di valutazione sulla congruità della pena, si limita di fatto ad accogliere o a negare quanto proposto dall'imputato in accordo con il pubblico ministero.

Se tali e tante sono le difficoltà per prevedere il futuro comportamento del reo, si comprende come la strada percorsa dal giudice sia una sola: non formulare alcuna

⁶⁴ Sul punto sia consentito rinviare al cap. IV. In particolare, le critiche all'introduzione di tale perizia nella fase della cognizione si legano soprattutto al timore che l'indagine sulla personalità dell'imputato avrebbe finito con l'influire sulla valutazione di responsabilità del medesimo. PISAPIA, *La perizia criminologica e le sue prospettive di realizzazione*, in *Riv. it. dir. pr. pen.*, 1980, 1031. Difficoltà questa che potrebbe essere efficacemente superata, in una prospettiva *de jure condendo*, attraverso la previsione di un processo bifasico: due distinte fasi l'una volta all'accertamento della responsabilità penale del soggetto e l'altra volta alla commisurazione della pena.

prognosi. Quando, infatti, viene richiesto al giudice di formulare «prognosi tanto determinanti per la scelta del trattamento sanzionatorio *latu sensu* inteso quanto incerte nei presupposti e nei parametri, si finisce con l'esigere in pratica una profezia. Ma l'unico atteggiamento razionale di fronte alla richiesta di una profezia è quella di non formularla affatto: quel che accade quando il giudice indulge all'automatismo applicativo (o, nel caso delle misure di sicurezza, disapplicativo)»⁶⁵.

Un discorso a parte deve essere svolto con riferimento alla capacità a delinquere quale criterio generale di rinvio: la quasi totalità degli istituti discrezionali che richiedono una prognosi di recidiva fanno riferimento all'art. 133 c.p.⁶⁶. Il legislatore ha, infatti, subordinato l'applicazione di molti istituti al requisito di una prognosi di futura non recidiva del soggetto senza però indicare, di volta in volta, gli strumenti sulla base dei quali formularla. Si pone subito un interrogativo: è un rinvio alla totalità degli elementi previsti nell'art. 133 c.p. (gravità del reato e capacità a delinquere) o solo alla capacità a delinquere? Se è chiaro che il richiamo a tale disposizione si spiega esclusivamente in ragione della prognosi che il giudice deve formulare, il rinvio alla gravità del reato può apparire eccentrico⁶⁷.

Spostando, ora, l'attenzione sul versante della commisurazione della pena in senso lato, il punto di partenza non può che essere l'istituto il cui baricentro applicativo è il giudizio prognostico sulla recidiva: la sospensione condizionale della pena.

Lungi dall'essere un semplice requisito di applicabilità, la prognosi criminologica è infatti il cuore pulsante della sospensione condizionale della pena⁶⁸. Pare utile però prima di concentrare l'attenzione sulla prognosi, rammentare

⁶⁵ T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio*, cit., p. 428.

⁶⁶ Si tratta di un vero e proprio modello paradigmatico della discrezionalità dell'intero sistema penale BRICOLA, *ult. op. cit.*, p. 73; DOLCINI, *ult. op. cit.*, p. 461. Tale modello unitario di commisurazione non sembra più descrivere l'attuale ordinamento penale laddove si consideri sia la prassi applicativa sia la molteplicità dei paradigmi sanzionatori esistenti. G. MANNOZZI, *La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla previsione legislativa alla prassi applicativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1219 e 1250.

⁶⁷ Sul punto si rinvia a quanto analizzato, nelle pagine successive, in tema di sospensione condizionale della pena.

⁶⁸ Cfr. A. MARTINI, *La pena sospesa*, Torino, 2001, 206. Sul punto, anche F. GIUNTA, *Sospensione condizionale della pena*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, p. 87.

brevemente la struttura di tale istituto, che ha una rilevante importanza applicativa e sistematica. In presenza di determinati presupposti oggettivi (entità della pena commisurata⁶⁹, limiti alle possibilità di reiterazione) e soggettivi (assenza di precedenti penali significativi), il giudice di cognizione⁷⁰ «avuto riguardo alle circostanze indicate nell'art. 133, se presume che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati» può sospendere l'esecuzione della pena per un determinato periodo di tempo durante il quale il reo è 'messo alla prova'. Se durante tale lasso di tempo il soggetto non commette ulteriori reati e adempie alle prescrizioni il reato si estingue; viceversa, nel caso opposto di inosservanza degli oneri prescritti o di commissione di un illecito penale, la sospensione viene revocata con immediata esecutività della pena.

E proprio con riferimento ai presupposti soggettivi pare utile notare, per ciò che qui interessa, che la sospensione condizionale della pena è preclusa «a chi ha riportato una precedente condanna a pena detentiva per delitto, anche se è intervenuta la riabilitazione, né al delinquente o contravventore abituale o professionale» (art.164 comma 2 n. 1). Con un temperamento: il beneficio sospensivo può essere concesso anche a chi è stato condannato precedentemente a pena detentiva per delitto (sospesa o meno) purché la pena da infliggere «cumulata con quella irrogata con la precedente condanna anche per delitto, non superi i limiti stabiliti dall'articolo 163». L'esclusione dei recidivi dalla fruizione del beneficio, come osservato dalla dottrina, «si basa su una prognosi negativa in termini di prevenzione speciale, rilevandosene l'incompatibilità con una condotta di vita caratterizzata dalla commissione di uno o più reati. L'attribuzione di valore preclusivo alla recidiva, peraltro, non può sottrarsi a una valutazione di astratta rigidità: centrata su elementi per lo più meramente quantitativi, trascura la possibilità che tra i due reati non sussista alcun significativo rapporto rispetto alla personalità dell'agente (com'è nel caso di un reato doloso e uno colposo). In tal

⁶⁹ Come noto, l'attuale disciplina prevede tre fasce di pena (concreta) sospendibile: fino a due anni; fino a tre anni se l'autore del reato è minorenne e, infine, fino a due anni e sei mesi per i soggetti di età compresa fra i diciotto e ventuno anni ovvero per gli ultrasessantenni.

⁷⁰ La pena può essere sospesa condizionalmente anche in fase d'esecuzione *ex art. 671 comma 3 c.p.p.* nei casi di concorso formale o continuazione.

senso, la presunzione di pericolosità può non avere in concreto alcun fondamento»⁷¹.

Più in generale, nel nostro ordinamento, questo beneficio sospensivo costituisce il principale strumento per scongiurare le conseguenze negative collegate con l'esecuzione delle pene detentive brevi. Sospendere l'esecuzione della pena inflitta significa, infatti, evitare gli effetti desocializzanti e criminogeni che il (breve?) contatto con il carcere produce sul condannato⁷². Da un lato, la brevità della pena non consente un efficace trattamento penitenziario e, dall'altro, la limitata detenzione produce effetti esclusivamente negativi: in tal senso basterà pensare alla rottura dei rapporti familiari, lavorativi e sociali che l'ingresso nella struttura penitenziaria comporta⁷³.

Si comprende, fin da subito, che la ragion d'essere della rottura della sequenza reato-pena – tra pena dichiarata dal giudice, con la sentenza di condanna, e pena eseguita (o modificata nei contenuti) – sia da ricercare nella finalità di prevenzione speciale⁷⁴. Proprio in quest'ottica, è interessante notare come «la sospensione condizionale costituisc(a) una delle prime e più significative affermazioni legislative delle concezioni relative della pena, oggi pressoché unanimamente accolte (...). Solo muovendo dall'“idea dello scopo” che presiede all'esecuzione

⁷¹ T. PADOVANI, Art. 163, in ROMANO-GRASSO-PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2011, 163.

⁷² A. BARTULLI, *La sospensione condizionale della pena*, Milano, 1971, 117 ss. Cfr. anche F. GIUNTA, voce *Sospensione condizionale della pena*, cit., pr. 13, il quale osserva che «l'opzione per il modello sospensivo consente infatti di percorrere la via dell'alternativa al carcere non già *erga omnes*», come nel caso in cui il legislatore prevedesse nuove tipologie sanzionatorie, «ma limitatamente a talune categorie di colpevoli. Da qui la stessa introduzione della prognosi di non recidiva, alla cui funzione logica, di strumento inteso a giustificare l'aspettativa di riuscita dell'esperimento probatorio, si aggiunge quella specifica di restringere l'operatività della sospensione condizionale nei confronti dei soli delinquenti occasionali».

⁷³ In senso contrario, B. ASSUMMA, *La sospensione condizionale della pena*, Napoli, 1984, 203 e ss. il quale ritiene che l'inquadramento della sospensione negli istituti specialpreventivi sia smentito nei casi in cui il soggetto abbia già avuto contatti con il carcere (in particolare 'carcerazione preventiva'); nelle ipotesi di sospensione della pena pecuniaria; e con riferimento alla disciplina positiva della revoca del beneficio ex art. 168 c.p.

⁷⁴ «Nel bilanciamento tra i diversi significati o fini della pena, gli istituti costruiti secondo lo schema della sospensione condizionale intendono ritagliare, con modalità tecniche differenziate, uno spazio in cui la finalità di prevenzione speciale si vuole prioritaria, anche a costo di spezzare il nesso “di principio” fra irrogazione della pena ed esecuzione della pena irrogata». D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale della pena: problemi e prospettive*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, 120.

della pena, così come alla sua stessa comminatoria legale, è possibile infatti attribuire alla sospensione condizionale una funzione compatibile con la lettera della legge, e prima ancora in grado di spiegare quel vulnus alla certezza della risposta sanzionatoria, altrimenti ingiustificabile. (...) Da qui, il suo odierno e largamente condiviso inquadramento tra gli istituti specialpreventivi; tra gli istituti cioè che perseguono la tutela della collettività attraverso un'azione sul singolo autore di un fatto penalmente rilevante»⁷⁵. Volendo utilizzare le parole dei giudici di legittimità: «la specifica funzione attribuita dalla legge (in armonia con l'art. 27 Cost.) alla sospensione condizionale è quella di perseguire una messa alla prova sotto lo stimolo, non trascurabile, della revoca del beneficio in caso di recidiva; senza dimenticare il fine di ovviare alle conseguenze negative che di frequente l'impatto con l'ambiente carcerario determina nei confronti di una persona esente da precedenti pregiudizievoli»⁷⁶.

In altri termini, sono le esigenze di rieducazione postulate dall'art. 27, comma 3, Cost. che legittimano e giustificano questo beneficio. Se è pur vero che la disciplina normativa della sospensione condizionale della pena non individua espressamente la finalità perseguita dallo stesso istituto sospensivo, è altresì evidente come tale vuoto sia colmato dalla Costituzione come interpretata dai giudici delle leggi: «tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione» cionondimeno le scelte di politica criminale del legislatore incontrano limiti garantistici invalicabili: il legislatore può far prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena «nei limiti della ragionevolezza» e «a patto che nessuna di esse risulti obliterata»⁷⁷. Invero la finalità rieducativa, come affermato in una recentissima sentenza, è «un obiettivo costituzionalmente imposto»⁷⁸. Detto altrimenti, il finalismo rieducativo della pena tende a prevalere sulla rottura dell'ideale retributivo e sulla mancata attuazione delle finalità di prevenzione

⁷⁵ F. GIUNTA, *Sospensione condizionale della pena*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990, pr. 5.

⁷⁶ Cass., n. 2171, 15 maggio 1992, Florio, Rv. 191457.

⁷⁷ Corte cost. n. 306 del 1993, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, 519.

⁷⁸ Corte cost. 7 novembre 2018, n. 231 in *Dir. pen. cont.*, con nota di D. ALBANESE, 19 dicembre 2018.

generale. L'esigenza di preservare il condannato dai riflessi negativi sul piano sociale, psicologico e ambientale, che derivano dall'esecuzione delle pene detentive brevi può recedere solo in presenza di un rilevante rischio di ricaduta nel reato. Ed allora appare evidente che il nodo da sciogliere sia costituito proprio dal giudizio prognostico sul rischio di recidiva⁷⁹. Con una precisazione: «ciò non significa irrilevanza del punto di vista della prevenzione generale, che anzi [è] essenziale nella determinazione dei limiti dell'istituto. Un sicuro *ambito di priorità è assicurato alla prevenzione generale mediante la posizione di limiti obiettivi di applicabilità posti dal legislatore alla sospensione*»⁸⁰.

Volgendo ora l'attenzione al giudizio prognostico, lo scarso dato normativo consente di fissare alcuni punti. Al giudice è richiesto di formulare una prognosi personologica, che riguarda esclusivamente il condannato e la possibilità/probabilità che lo stesso sarà recidivo⁸¹. In particolare, è agevole notare come manchi del tutto un'indicazione legislativa circa l'oggetto della previsione giudiziale. Come è stato osservato: «così come disciplinata dal nostro diritto positivo, la prognosi di non recidiva caratteristica della sospensione condizionale difficilmente consente risultati univoci e attendibili, troppo ampio risultando l'oggetto del pronostico»⁸². Il riferimento a *ulteriori reati* non può, infatti, considerarsi come soddisfacente: ricomprendere tutto il catalogo dei reati (delitti e contravvenzioni siano essi dentro o fuori dal codice penale) equivale a non individuarne alcuno⁸³. Verosimilmente sarà il giudice, di volta in volta, ad individuare una costellazione di fatti di reato da prognosticare «perché senza un oggetto specifico e concretamente configurato nessuna previsione è sensatamente possibile»⁸⁴. Come se ve ne fosse bisogno, il giudizio prognostico – che è ontologicamente discrezionale (ma non è questo l'aspetto problematico) – diventa

⁷⁹ Cfr. sul punto Cass., 15 gennaio 1980, Verzotto, in *Giur. it.*, 1980, II, 243.

⁸⁰ D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale della pena: problemi e prospettive*, cit., 128.

⁸¹ Cfr. A. Martini, *La pena sospesa*, cit., 206.

⁸² F. GIUNTA, *Sospensione condizionale della pena*, cit., pr. 9.

⁸³ Sul dibattito dottrinale in merito al carattere tassativo o esaustivo dei criteri del 133 c.p. si veda E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Milano, 1984, 40 e ss. Ed anche F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale, nozione e aspetti*, Milano, 1965, 76 e 99.

⁸⁴ M. TARUFFO, *Sui confini, Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, 333.

smodatamente discrezionale al punto che è lecito domandarsi se non si trasformi in un vero e proprio arbitrio: è il giudice che sceglie il reato rispetto al quale formulare la prognosi.

Se l'evento da prognosticare è, dunque, rimesso totalmente alla discrezionalità del giudice, occorre ora chiedersi quali siano gli strumenti di cui dispone il giudice per formulare la prognosi. In altri termini, ci si chiede quali siano i criteri della valutazione giudiziale indicati dal legislatore.

Sebbene tale giudizio avvenga solo dopo l'accertamento della responsabilità penale e l'individuazione della pena 'giusta' per il reato, il legislatore non individua i parametri realmente significativi per formulare la prognosi⁸⁵.

Si è già visto come la legge nulla dica su quale sia la finalità che la sospensione condizionale della pena debba perseguire. Si potrebbe obiettare che tale indicazione non sia necessaria. Non è così. L'indicazione finalistica dovrebbe esserci e dovrebbe, al contempo essere netta, perché solo in questo modo è possibile, da un lato, scongiurare i rischi dell'automatismo applicativo della sospensione e dell'arbitrio casuale del giudizio prognostico – come tutt'oggi accade nel nostro ordinamento – e, dall'altro, individuare nella prevenzione speciale l'orientamento finalistico della sospensione condizionale della pena.

Un'indicazione legislativa chiara sul punto consentirebbe anche di evitare che le finalità di prevenzione generale possano, più o meno surrettiziamente, condizionare questo forma di *probation*. Come già messo in rilievo l'unico spazio entro il quale può operare la prevenzione generale è quello del limite massimo della cornice edittale di pena in concreto entro il quale il giudice può sostituire la risposta al reato. Pur in mancanza di un'esplicita presa di posizione da parte del legislatore, la discrezionalità del giudice deve assumere come «stella polare la prevenzione speciale», che costituisce l'indicazione di rango costituzionale che orienta l'intero mondo della pena⁸⁶. Se la sospensione condizionale ha, dunque, un'indelebile

⁸⁵ Cfr. T. PADOVANI, Art. 163, in ROMANO-GRASSO-PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2011, 168.

⁸⁶ D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale della pena: problemi e prospettive*, cit., 128 e s. Anche in giurisprudenza, Cass., 13 aprile 1993, n. 5349, Speciale «la sospensione condizionale della pena ha anche una funzione special preventiva ossia la funzione di incoraggiare i propositi di

impronta rieducativa, il giudizio prognostico non può riguardare esclusivamente il futuro comportamento dell'autore del reato, ma deve considerare anche il contenuto sanzionatorio surrogato, calibrando la risposta al reato in modo da evitare che il condannato commetta nuovi fatti di reato.

Per altro verso, i criteri legislativi da impiegare per la valutazione prognostica sono individuati mediante il rinvio all'art. 133 c.p. Il giudice, per formulare la prognosi, dovrebbe utilizzare i criteri di commisurazione della pena in senso stretto: la gravità del reato commesso dal soggetto e la sua capacità a delinquere. Si chiede, perciò, al giudice di 'tornare' ad utilizzare gli stessi parametri che lo hanno condotto a determinare la sanzione penale in concreto. Sostanzialmente, a breve distanza (sempre che tale distanza ci sia realmente), gli stessi elementi fondano due giudizi che sono per loro natura diversi: il primo volto a stabilire la pena 'giusta' in relazione al reato commesso, il secondo per prevedere quale sarà il comportamento futuro del reo e il cui esito può determinare la rinuncia alla pena (appena quantificata). Ma forse il problema non sta tanto e solo nell'identità dei parametri impiegati quanto nel momento in cui la prognosi volta alla sospensione dell'esecuzione della pena interviene. A tal riguardo si potrebbe persino ipotizzare un'inversione dell'ordine di tali valutazioni nella prassi: è probabile che il giudice consideri la possibile concessione della sospensione condizionale ancor prima di commisurare il *quantum* di pena da infliggere, adattando la dosimetria sanzionatoria per rientrare nei limiti di applicazione dell'istituto. Quale che sia l'ordine logico seguito dal giudice la decisione sulla sospensione, per lo più automatica e forfettaria, appare in funzione deflattiva e indulgenziale. Se questo fosse l'approccio pragmatico allora non avrebbe più senso perdere tempo a valutare il rischio di recidiva: il giudizio prognostico diverrebbe poco più che un orpello retorico.

Ma torniamo ai fattori che orientano idealmente la prognosi. Il rinvio all'art. 133 c.p. costituisce una costante che riecheggia nella quasi totalità degli istituti che richiedono la formulazione di un giudizio prognostico. Varie sono le espressioni

ravvedimento del reo, ragione per cui essa può pure servire a distogliere in futuro il condannato dal reiterare il reato».

legislative impiegate che, tuttavia, in ultima battuta, finiscono per tradursi in un laconico rinvio⁸⁷. Si è già avuto modo di analizzare l'inesaustività dei parametri commisurativi, si tratta ora di comprendere se e quale significato assumano nel diverso giudizio prognostico (di sospensione dell'esecuzione della pena). In dottrina si è rilevato che «la reale utilità della prognosi personologica finisce poi per dipendere (anche) dalla pregnanza dei criteri offerti al giudice. Tanto considerato, la scarsa incisività operativa della prognosi imposta dall'art. 164 comma 1 c.p. risulta dunque palmare non appena si consideri la genericità dei criteri stabiliti dall'art. 133 c.p., la cui insufficienza è largamente riconosciuta»⁸⁸.

Ed è con riferimento alla gravità del reato che sono messe state in rilievo alcune criticità. Occorre, infatti, non dimenticare che tale parametro è già stato impiegato dal giudice per determinare la pena in concreto e proprio tale quantità di pena costituisce il limite oggettivo di accesso al beneficio. Come è stato osservato, non si comprende, allora, come un reato possa essere, al tempo stesso, non sufficientemente grave da superare tale limite ma abbastanza grave da fondare il rifiuto della sospensione. Ciò potrebbe accadere solo per quei reati minori il cui massimo edittale risulti inferiore al limite per l'accesso al beneficio: «poiché tuttavia per concedere la sospensione sarebbe comunque necessaria una prognosi favorevole in termini di prevenzione speciale, viene da chiedersi per quale ragione un giudizio negativo circa il pericolo di recidiva possa essere vanificato dalla mera considerazione della gravità del reato in concreto»⁸⁹.

Il duplice impiego della «gravità del reato», quale parametro di commisurazione della pena e, al tempo stesso, criterio di previsione del futuro comportamento del reo, appare rischioso. Occorre, infatti, evitare che il riferimento al comma 1 finisca per scontrarsi con la finalità specialpreventiva che la sospensione condizionale della pena è chiamata a soddisfare. In tal senso, secondo parte della dottrina: «eseguire la pena o non eseguirla in funzione della gravità del fatto per cui è stata irrogata

⁸⁷ È noto come la dottrina abbia da tempo messo in dubbio l'esaustività dei criteri stabiliti dall'art. 133 c.p.; si veda per tutti E. DOLCINI, *Potere discrezionale del giudice (diritto processuale penale)*, in *Enc. Dir.*, 1985, p. 750 s.

⁸⁸ F. GIUNTA, *Sospensione condizionale della pena*, cit., pr. 9.

⁸⁹ T. PADOVANI, *Art. 163*, cit., p. 164.

riporterebbe la dinamica della scelta di commisurazione in senso lato ad una prospettiva esclusivamente retributiva: in altre parole significherebbe stravolgere totalmente la prospettiva in cui si colloca l'art. 164, primo comma, c.p.»⁹⁰.

D'altro canto, è altresì possibile fornire una diversa lettura di tale parametro. Gli indici elencati all'art. 133 c.p. primo comma – si pensi, in particolare, all'intensità del dolo o al grado della colpa – possono risultare rilevanti anche nel giudizio prognostico, proprio perché indicativi della personalità del soggetto. Se è pur vero, infatti, che occorre evitare un appiattimento verso il fatto; il reato commesso costituisce pur sempre un'espressione della personalità del condannato.

É, dunque, sul terreno della «minima capacità a delinquere»⁹¹ che si gioca l'arduo compito prognostico. E proprio il giudizio sulla capacità a delinquere del soggetto rappresenta, nella sospensione condizionale della pena, «la concretizzazione della prognosi di pericolosità»⁹².

In particolare, secondo parte della dottrina vi sarebbe identità tra la prognosi prevista dall'art. 164 c.p. e la pericolosità sociale di cui all'art. 203 c.p.: se si ritiene che la pericolosità è la probabilità di recidiva (di commettere nuovi fatti di reato) «se ne ricava che la prognosi di cui all'art. 164 c.p., svolgendosi proprio in chiave di probabilità, presenta i medesimi caratteri dell'accertamento di pericolosità all'inverso: in funzione di non pericolosità» tanto che «sia nel giudizio di pericolosità come nella prognosi di non recidività, il pronostico sul futuro comportamento del soggetto si svolge secondo il medesimo iter logico, radicato nell'accertamento delle qualità indizianti (in senso positivo o negativo)». Pertanto,

⁹⁰ A. MARTINI, *La pena sospesa*, Torino, 2001, p. 225.

⁹¹ A. BARTULLI, *La sospensione condizionale della pena. Prospettive dogmatiche*, Milano, 1971, p. 133 s. Proprio questa ricostruzione consente di respingere la tesi che fonda la prognosi personologica ex art. 164 c.p. sull'emenda o ravvedimento del reo. Il 'pentimento' del reo non costituisce un valido parametro per formulare la prognosi basti pensare alle situazioni che non sono sintomatiche di una emenda ma che, comunque, presentano una minima capacità a delinquere (es. delitti passionali). In senso contrario la dottrina più risalente BETTIOL, *Diritto penale*, 11a ed., 1982, p. 837 s., secondo il quale la sospensione consente di realizzare la maggior individualizzazione richiesta dalla pena retributiva; ed anche B. ASSUMMA, *La sospensione condizionale della pena*, Napoli, 1984, p. 214 s., il quale ritiene che l'istituto sospensivo costituisca una «mera modalità di esecuzione della pena principale» in quanto «ulteriore strumento per adeguare la reazione dell'ordinamento alla gravità del fatto ed alla personalità del reo». In giurisprudenza si veda p.e. Cass., 11 agosto 1986, in *Cass. pen.*, 1988, p. 625.

⁹² A. MARTINI, *La pena sospesa*, cit., 226; A. BARTULLI, *La sospensione condizionale della pena*, cit., p. 200 B. ASSUMMA, *La sospensione condizionale della pena*, cit., p. 220 e s.

il giudice, applicando la sospensione condizionale dopo aver valutato la capacità a delinquere del reo nella tipica dimensione probabilistica richiesta dalla legge esprime un giudizio di 'sufficienza' della sentenza di condanna e della minaccia di darvi esecuzione. «In altre parole, egli afferma che l'esperienza giudiziaria subita rappresenta per il condannato un richiamo adeguato al rispetto dei valori espressi dalla legge violata ed uno stimolo sufficiente perché egli in futuro uniformi la propria condotta alle norme giuridiche»

Non si può nascondere come l'impostazione appena richiamata che pone al centro della valutazione personologica la capacità a delinquere non trova un pieno riscontro nella prassi operativa. La giurisprudenza, infatti, «condizionata dalla naturale propensione del processo ad orientare l'indagine piuttosto sul fatto che non sul suo autore (...) finisce per utilizzare quasi sempre quei soli fattori di valutazione, riconducibili o meno ai parametri forniti dal secondo comma (del 133 c.p.), che emergono nella loro obiettività e non impongono alcun accertamento»⁹³.

E così, nella formulazione della prognosi, gli indici più largamente impiegati paiono essere i precedenti penali e giudiziari del reo nonché la sua condotta processuale⁹⁴. Il successo di questi fattori è di facile comprensione: sono quanto di più facile reperibilità e di immediata osservanza ci sia per il giudice della cognizione. Mentre la carriera criminale costituisce in effetti un fattore predittivo di particolare rilevanza nella determinazione del rischio di recidiva nell'ambito del giudizio prognostico, la condotta processuale sembra invece eccentrica rispetto alla previsione del comportamento futuro dell'autore di reato. In realtà proprio quest'ultimo profilo merita un maggior approfondimento. È fuor di dubbio che alcuni atteggiamenti possono avere rilevanza nella valutazione che il giudice compirà in ordine alla persona del condannato ai fini della sospensione della pena. Per altro verso, però, il persistente diniego del soggetto in ordine alla propria responsabilità penale (ed ancor di più la mancata confessione o l'assenza dal

⁹³ A. MARTINI, *La pena sospesa*, cit., p. 226.

⁹⁴ Ai fini della concessione del beneficio, vengono in rilievo non solo le precedenti condanne ma anche i precedenti giudiziari Cass., 12 novembre 2009, Stimolo, Rv. 246250; i precedenti di polizia Cass., 5 maggio 2010, Vaglietti, Rv. 247469. Per una maggiore analisi della giurisprudenza sia consentito rinviare a G. L. GATTA, art. 163, in DOLCINI-GATTA, *Codice penale commentato*, 2016, p. 2273.

processo del singolo soggetto) non possono fondare il diniego del beneficio. E ciò per l'ovvia ragione che consistono nel legittimo esercizio del proprio diritto di difesa.

Secondo un indirizzo giurisprudenziale, inoltre, la valutazione prognostica dovrebbe fondarsi solamente su alcuni dei criteri di commisurazione della pena. Nel senso che nella formulazione del giudizio prognostico *ex art. 164 comma 1* «il giudice non è obbligato a prendere in esame tutti gli elementi indicati nel citato art. 133 c.p., ma può limitarsi a far menzione di quelli ritenuti prevalenti, sia per negare che per concedere il beneficio»⁹⁵. Tale impostazione giurisprudenziale, a parere della dottrina, «sarebbe plausibile qualora intenda esprimere l'inidoneità di ciascuno degli elementi del 133 a fondare, *da solo*, il giudizio sul beneficio in entrambe le direzioni (...) per cui la gravità del danno non può essere posta a fondamento esclusivo del diniego della concessione»⁹⁶.

In senso contrario, altra e condivisibile giurisprudenza afferma che il singolo indice (i.e. condotta susseguente al reato) non può di per sé far propendere per la concessione o meno del beneficio. In sostanza, quel determinato elemento deve essere inserito nel quadro complessivo della personalità del reo, così come risulta dalla globalità degli indici individuati dall'art. 133 c.p.⁹⁷. In altri termini, «ai fini della concessione della sospensione condizionale della pena, la prognosi richiesta dalla legge sul comportamento futuro dell'imputato deve prendere in considerazione tutte le circostanze indicate dall'art. 133 c.p., con riguardo alla personalità complessiva dell'imputato stesso. In particolare, «a fronte di un elemento di indubbia valenza positiva quale è quello dell'assenza di precedenti penali, il giudice deve, per correttamente pervenire al diniego del beneficio della sospensione condizionale della pena, avere riguardo ai criteri indicati dall'art. 133 c.p.». La scelta del giudice, poi, sarà orientata in chiave specialpreventiva così come richiesto dal principio costituzionale rieducativo»⁹⁸.

⁹⁵ Cass., 08 aprile 2008, n. 17895, in *Guida al dir.*, 2008, 22, 65. Tra le altre cfr. Cass., 25 settembre 2003, Rv. 226618; Cass., 13 luglio 1993, Scalia, Rv. 195225.

⁹⁶ T. PADOVANI, *Art. 163*, cit., p. 189

⁹⁷ Cass., 3 giugno 2014, Caribotti, Ced 260660.

⁹⁸ Cass., 13 aprile 1993, n. 5349, Speciale, Rv. 194215.

Il dovere di procedere ad una prognosi personologica utilizzando i criteri di giudizio (tutti o alcuni) di cui all'art. 133 c.p. può essere, di fatto, obliterato qualora il giudice impieghi formule stereotipate in punto di motivazione [cap. I, par. 1]. Una motivazione scarna o, ancor peggio, basata su mere clausole di stile⁹⁹ può far nascere il dubbio che si tratti di una decisione già assunta a prescindere dalla valutazione sulla futura ricaduta nel reato da parte del condannato. Viceversa, un'esauritiva esplicitazione degli elementi sulla base dei quali il giudice ha formulato la prognosi di recidiva, seppur onerosa, consentirebbe di dissipare «il sospetto che anche in merito alla scelta discrezionale sulla sospensione condizionale della pena i giudizi procedano sulla base d'intuizioni aprioristiche alle quali si cerca un conforto sul piano dei dati di fatto. In altri termini la rilevanza dei singoli elementi pare assumere pregnanza differente a seconda che il giudice si sia formato *a priori* il convincimento della meritevolezza della sospensione, della sua utilità»¹⁰⁰.

Secondo costante giurisprudenza di legittimità, invece, in punto di sospensione dell'esecuzione della pena, non sarebbe, necessario esplicitare l'esame di tutti gli elementi utili alla prognosi personologica. L'onere motivazionale sarebbe assolto dal giudice indicando solo gli elementi che ha ritenuto prevalenti e qualificanti per la concessione o meno del beneficio¹⁰¹. Un'impostazione giurisprudenziale quest'ultima che sembra contrarre l'obbligo motivazionale. dell'obbligo di motivazione

Vista l'inconsistenza dei parametri su cui fondare il giudizio prognostico¹⁰² si potrebbe provocatoriamente ipotizzare l'eliminazione di questo delicato ed alquanto scomodo requisito. Superati i limiti oggettivi, infatti, la concessione o meno del beneficio dipende unicamente dalla predizione sul futuro comportamento del colpevole. Qualora, cioè, il giudice formuli una prognosi (favorevole) di non recidiva non pare possibile che possa comunque negare la concessione del

⁹⁹ PITTARO, *L'effettività della sanzione penale: un'introduzione*, in AA. VV., *L'effettività della sanzione penale*, Milano, 1998, p. 5

¹⁰⁰ A. MARTINI, *La pena sospesa*, cit., 228.

¹⁰¹ Cass., 8 aprile 2008 (5 maggio 2008), n. 17895, in *Guida al dir.*, 2008, 22, 65.

¹⁰² A. MARTINI, *La pena sospesa*, cit., 206.

beneficio. Si tratterebbe, altrimenti, di dare risalto a elementi estranei a quelli che riguardano la personalità del colpevole¹⁰³. In tal senso, si pensi all'interesse dell'imputato a conservare la possibilità di beneficiare della sospensione per altra occasione. Come affermato da costante giurisprudenza e ribadito dalla dottrina c'è «un'insanabile contraddizione logica tra l'esito positivo della prognosi di non recidività e un intento speculativo che costituisce espressa ammissione da parte del reo della sua possibilità di recidiva»¹⁰⁴. Anche le esigenze di prevenzione generale non possono rivestire autonomo rilievo in sede di prognosi criminale, a pena di violare il principio di personalità della responsabilità penale. Per queste ragioni sembra opportuno, secondo una parte della dottrina, ritenere che la sospensione condizionale della pena sia un giudizio bifasico nel senso che se il giudizio prognostico ha esito positivo il giudice deve concedere la sospensione. L'obiezione che così facendo si determinerebbe un automatismo applicativo non appare fondata. La "degenerazione applicativa" della sospensione condizionale della pena, sostiene questa dottrina, non è infatti dovuta «all'ancoraggio garantista della prognosi ma piuttosto alla mancanza di reali parametri per una "gestione" scientifica di quella, cosicché l'obbligo di motivazione del provvedimento finisce col ridursi a clausole di stile»¹⁰⁵.

Ed è proprio la discrezionalità giudiziale il vero *punctum dolens* della sospensione: «problema comune a ogni ordinamento è quello di stabilire normativamente parametri quanto più vincolanti per l'esercizio di quella discrezionalità, di talché il giudice non diventi sostanzialmente arbitro della punizione o non punizione di un soggetto pur sempre dichiarato colpevole. Ma allo stesso tempo non tanto vincolanti per l'esercizio di quella discrezionalità da impedire il conformarsi del convincimento del giudice all'esito di un esame personologico in termini di recidività, con parametri inevitabilmente elastici e dai confini sfumati (quando non anche, com'è il caso dell'ordinamento italiano, praticamente inesistenti) o anche a valutazioni in termini di prevenzione generale,

¹⁰³ P. NUVOLONE, *Il potere discrezionale del giudice in materia di sanzioni nel diritto penale italiano*, in *Scritti Germann*, 1959, p. 220.

¹⁰⁴ T. PADOVANI, *Art. 163*, cit., p. 168.

¹⁰⁵ T. PADOVANI, *ult. op. cit.*, p. 169 e s.

secondo una clausola che per il suo carattere indeterminato costituisce una rilevante valvola di apertura a una decisione *de facto* libera e non controllabile»¹⁰⁶. Si comprende, dunque, come il problema non sia la prognosi in sé, la cui permanenza è auspicabile, ma le modalità con le quali viene costruito tale giudizio discrezionale.

Sul perché sia necessario mantenere una valutazione giudiziale di tipo personologico soccorre agevolmente la *ratio* dell'istituto sospensivo. La mancata applicazione della sanzione penale costituisce, infatti, una deroga al principio di indefettibilità della pena¹⁰⁷. Si richiede, cioè al giudice penale di valutare il caso concreto in termini di prevenzione speciale «al fine di preservare dai rischi della detenzione a breve termine i soggetti dai quali non vi siano ragioni di temere una recidiva, o nei cui confronti la minaccia dell'esecuzione costituirebbe, con accettabile approssimazione, deterrente sufficiente»¹⁰⁸. Tale valutazione, che può condurre alla non applicazione della sanzione penale, non scalfisce la credibilità del sistema penale ma anzi finisce per rafforzarlo laddove si riveli capace di valutare l'effettiva necessità od opportunità di dare esecuzione alla pena¹⁰⁹. Ed è chiaro, dunque, come la sospensione condizionale della pena così come «ogni (altra) misura destinata a incidere sull'applicazione effettiva della pena deve dipendere dalla valutazione in concreto del fatto e della personalità dell'autore, ed essere sottoposta al vaglio del giudice della cognizione»¹¹⁰.

Affermata la necessità della valutazione prognostica occorre ora comprendere come rimediare alle sue criticità. Il discorso si colloca nel ben più ampio tema della discrezionalità del giudice penale.

¹⁰⁶ T. PADOVANI, *ult. op. cit.*, p. 163 s.

¹⁰⁷ In particolare, F. GIUNTA, voce *Sospensione condizionale della pena*, cit., pr. 2 mette in luce come la sospensione condizionale della pena non deroga la potestà punitiva in astratto di titolarità del legislatore ma quella 'concreta o ristretta' di titolarità del giudice. La mancata esecuzione della pena dipende dall'esercizio di un potere discrezionale che, nei limiti fissati dalla legge, viene concesso al giudice di cognizione in riferimento a singoli casi concreti e genera discriminazioni puramente fattuali (non entrando in tensione con il principio di uguaglianza-ragionevolezza).

¹⁰⁸ T. PADOVANI, *Art. 163*, cit., p. 164. Cfr. anche A. BARTULLI, *La sospensione condizionale della pena*, p. 126, il quale afferma che la ragione dell'istituto sospensivo risiede nell'interesse «ad evitare la recidiva del soggetto di cui possa formularsi una prognosi favorevole».

¹⁰⁹ J. ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in AA. VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Romano-Stella (a cura di), Bologna, 1980, p. 34 e *passim*.

¹¹⁰ T. PADOVANI, *Art. 163*, cit., p. 156.

Nella prassi si riscontra un'applicazione automatica¹¹¹ della sospensione condizionale e ciò «si spiega con considerazioni relative al sistema penale complessivamente considerato. Ci riferiamo al processo, nel quale manca qualsiasi strumento per formulare attendibili previsioni circa il futuro comportamento del soggetto; al diritto penale sostanziale i cui contorni sono così estesi e all'interno del quale si abusa a tal punto della pena detentiva, da imporre, quasi al giudice di utilizzare in senso indiscriminatamente clemenziale gli spazi discrezionali a sua disposizione; ad un sistema penitenziario tale da far apparire sempre assai elevato il rischio che il carcere possa accentuare gli atteggiamenti antisociali del condannato»¹¹².

Al di là della sfuggente prassi operativa¹¹³, l'attuale disciplina dell'istituto sospensivo consente di riempire di contenuti positivi la mancata o rinuncia alla esecuzione della pena. Come noto, infatti, la disciplina codicistica (art. 165 c.p.¹¹⁴) prevede la (mera) possibilità per il giudice di subordinare la concessione del beneficio all'adempimento, da parte del condannato nel periodo di prova, di prestazioni positive quali il risarcimento del danno, la riparazione dell'offesa e la prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività¹¹⁵. Possibilità che diviene vero e proprio obbligo, ai sensi del secondo comma della citata disposizione, nel caso in cui il giudice conceda per la seconda volta il beneficio al

¹¹¹ Nel senso che il ricorso alla sospensione condizionale tende a coincidere con i limiti oggettivi previsti dalla disciplina T. PADOVANI, *L'Utopia punitiva*, Milano, 1981, p. 191 s.

¹¹² E. DOLCINI, *Potere discrezionale del giudice*, in *Enc. dir.*, 1985, pr. 14.

¹¹³ A. MARTINI, *La pena sospesa*, cit., p. 1 analizzando le statistiche parla di un grande successo applicativo. Per l'anno 1998 nei processi con imputazione per delitto, la condanna è stata sospesa nel 44% dei casi (cfr. tra numero di concessioni del beneficio e numero di sentenze di condanna a pena commisurata nei limiti oggettivi di operatività della sospensione condizionale). F. DELLA CASA, *Misure Alternative ed effettività della pena: una ricognizione della situazione odierna e delle prospettive di riforma*, in AAVV, *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, 91, rileva che nel periodo tra il 1993 e il 1997 il dato aggregato della concessione della sospensione condizionale, dell'amnistia propria e dell'indulto rappresentava il 47,68% del totale delle condanne.

¹¹⁴ Tale disciplina è stata significativamente modificata con le leggi n. 689 del 1981 e n. 145 del 2004. Anche i progetti di riforma del codice penale degli anni '80 (schema Pagliaro, art. 42 n.3) e degli anni 90 (progetto Grosso, art. 83 n. 2) arricchiscono il modello della sospensione della pena con prescrizioni a carico del condannato in chiave di prevenzione speciale.

¹¹⁵ Si tratta di adempimenti eterogenei. Con riferimento al ruolo politico criminale della sospensione condizionale proprio in ragione delle prescrizioni si veda L. EUSEBI, *Prescrizioni a carico del condannato e sospensione condizionale della pena. Spunti di riflessione dai modelli tedesco occidentale ed austriaco*, in *Riv. it. dir. pr. pen.*, 1985, 1148 ss.

condannato. E, più recentemente, qualora si tratti di delitti contro la pubblica amministrazione la sospensione condizionale della pena è comunque subordinata «al pagamento di una somma equivalente al profitto del reato ovvero all'ammontare di quanto indebitamente percepito dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio, a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa»¹¹⁶.

Ciò che interessa in questa sede è mettere in luce come il contenuto positivo della sospensione agisca favorevolmente anche sul giudizio prognostico nel senso che «la presenza di tali modalità ulteriori tende, in effetti, a caratterizzare l'istituto (...) come intervento diretto sulla condotta del reo, destinato a spiegare un'efficacia preventiva continua contro il pericolo di recidiva»¹¹⁷. Se il condannato è, infatti, «chiamato ad una assunzione di responsabilità che concerne la sua vita futura (la riparazione dell'offesa...) anche attraverso questo impegno e necessariamente attraverso questo, trae consistenza la prognosi favorevole posta a base dello "schema condizionale"»¹¹⁸. Attraverso la giusta valorizzazione degli strumenti previsti dall'art. 165, il sistema vigente consente l'assunzione di impegni da parte del condannato nel periodo di prova anche se «in mancanza di indicazioni positive in tal senso la prassi resterebbe affidata ad iniziative caso per caso, delle parti o del giudice». A questo si aggiunga che «l'arricchimento di contenuti positivi che dovrebbero condizionare e accompagnare la sospensione della pena, rafforz(a) la "tenuta" generalpreventiva (oltre che specialpreventiva) del sistema»¹¹⁹.

E proprio «il più profondo significato politico criminale di simili prescrizioni (...) si sostanzia nel loro orientarsi ad una sorta di *riconciliazione* dell'agente di reato con la vittima e la società: un significato che (..) si inquadra ben più

¹¹⁶ Art. 165, comma 4, c.p. così come modificato dalla l. n. 69 del 2015. Si tenga presente che la concessione della c.d. sospensione condizionale breve (art. 163 comma 4 c.p.) non può essere subordinata a nessun obbligo così come sancito dall'art. 165 comma 3 c.p.

¹¹⁷ T. PADOVANI, *Art. 163*, in ROMANO-GRASSO-PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2011, 165.

¹¹⁸ D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale della pena: problemi e prospettive*, cit., p. 131.,

¹¹⁹ D. PULITANÒ, *ult. op. cit.*, p. 127.

propriamente nella finalità risocializzativa, della quale rappresenta tendenzialmente, anzi, la dimensione più piena»¹²⁰.

Non è possibile sapere, mancando dati sul punto, se e in che termini la sospensione abbia concretamente – nella prassi applicativa – un contenuto positivo oltre al basilare *honeste vivere*: il soggetto deve comunque astenersi dal commettere reati¹²¹.

La prognosi personologica di cui all'art. 164 c.p. non costituisce un *unicum* del nostro sistema. Può perciò (forse) avere un senso cercare di far dialogare tale istituto sospensivo, ed in particolare la valutazione personologica, con altri e diversi istituti che caratterizzano il nostro sistema sanzionatorio. Vero è che manca una coerenza quanto agli ambiti di applicazione: molti sono gli istituti che si sovrappongono¹²². Basti pensare alle due misure sospensive *par excellence*: sospensione condizionale della pena e affidamento in prova. A ciò si aggiunga il ruolo delle misure alternative che, in misura ad oggi statisticamente prevalente, trovano applicazione direttamente dalla libertà per effetto del meccanismo sospensivo dell'esecuzione di cui all'art. 565 c.p.p., come modificato dalla l. 27 maggio 1998, n. 165 [v. *infra* par. 4].

L'operatività della sospensione condizionale della pena finisce (o dovrebbe finire) per essere condizionata anche dalle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi previste dalla l. 689 del 1981, che risultano tuttavia ben poco applicate nella prassi. Se così fosse, come è stato osservato, la scelta del giudice di non dare esecuzione alla pena non servirebbe più a evitare gli effetti desocializzanti del carcere per brevi periodi, ma si giustificerebbe solo per i vantaggi che possono derivare dalla messa alla prova del colpevole. «Di conseguenza, la prognosi criminologica che decide la concessione della sospensione condizionale non può

¹²⁰ L. EUSEBI, *Prescrizioni a carico del condannato e sospensione condizionale della pena*, cit., p. 1152.

¹²¹ La dottrina riscontra una sospensione condizionale della pena negativa ossia priva di contenuti positivi ai sensi dell'art. 165 c.p. In tal senso, R. BARTOLI, *Contributo alla riforma degli istituti sospensivi della pena (alla luce degli ultimi progetti per un nuovo codice penale)*, in F. Palazzo-R. Bartoli, *Certezza o flessibilità della pena?*, Torino, 2007, F. GIUNTA, voce *Sospensione condizionale della pena*, cit., pr. 10.

¹²² Tra le storture che affliggono l'intero apparato normativo che compone il sistema sanzionatorio vi è anche la caotica sovrapposizione di misure sospensive. T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 428 e s.

più avere ad oggetto unicamente il possibile comportamento recidivante del beneficiario, bensì proprio i maggiori vantaggi che questi può trarre dal regime probatorio (e dagli oneri prescrivibili) in luogo della sanzione»¹²³.

Come anticipato nello schematico quadro d'insieme tracciato nell'introduzione, l'art. 35, comma 2, d. lgs. n. 274 del 2000 prevede che il giudice dichiari estinto il reato all'esito di una duplice valutazione positiva: l'imputato deve dimostrare «di aver proceduto, prima dell'udienza di comparizione, alla riparazione del danno cagionato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato» e successivamente occorre che il giudice verifichi l'idoneità, in capo alle attività risarcitorie e riparatorie poste in essere, «a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione».

E proprio con riferimento a questo secondo requisito ci si chiede se il giudice onorario debba o meno formulare una prognosi di futura recidiva. Lasciando da parte la «riprovazione», occorre capire che cosa si intenda per l'ambiguo concetto di «esigenze di prevenzione». Sul punto si registra un contrasto dottrinale.

Parte della dottrina ritiene che il giudice laico debba utilizzare le funzioni della pena, retribuzione e prevenzione generale e speciale, come criteri di valutazione della condotta riparatoria posta in essere dal soggetto agente. In particolare, il concetto «esigenze di prevenzione» rimanderebbe al finalismo costituzionale della pena di cui all'art. 27, comma 3, Cost.¹²⁴.

Il giudice dovrebbe valutare se tale attività abbia «dissuasione il soggetto dal commettere ulteriori reati, in particolare della stessa indole di quello commesso»¹²⁵. Tale ricostruzione trova fondamento, oltre che nel dato letterale, anche nelle parole

¹²³ F. GIUNTA, voce *Sospensione condizionale della pena*, cit., pr. 10. L'A. prosegue affermando che si tratta di «una linea interpretativa che oltre tutto pare destinata a svilupparsi in prospettiva di riforma: se la sospensione condizionale tende sempre più a delinearsi come una forma di trattamento extrapenitenziario, la sua subordinazione alla sola prognosi di non recidiva sembra davvero riduttiva e insufficiente» Così facendo, secondo l'A., si recupererebbe il carattere eccezionale dell'istituto e la sospensione potrebbe giustificarsi solo laddove «l'assoggettamento del colpevole al regime probatorio favorisca un processo di revisione critica delle motivazioni che lo hanno indotto al reato».

¹²⁴ FLORA, 155; Cfr C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. pr. pen.*, 1987, p. 3 per gli effetti specialpreventivi prodotti dal risarcimento del danno; contra Guerra, p. 523.

¹²⁵ PISA, *Le sanzioni*, in AAVV, *La competenza penale del giudice di pace*, 2000, 245; contra R. BARTOLI, in PALAZZO-PALIERO, p. 1548.

del legislatore: «può accadere, infatti, che le attività riparatorie, sia pure espletate in modo adeguato a compensare la vittima o a reintegrare l'offesa e perciò stesse intessute anche di uno spessore sanzionatorio, non consentano di contrastare sufficientemente l'illecito sul versante della retribuzione e della prevenzione [...] Il giudice di pace è chiamato a valutare se occorre "punire" il soggetto agente, quando risulta insufficiente, per le ragioni descritte, la sola attività (sanzione) riparatoria»¹²⁶.

Secondo altra parte della dottrina, il giudizio d'idoneità retributiva e preventiva delle condotte riparatorie che il giudice di pace dovrebbe formulare suscita pesanti dubbi. Anzitutto la riparazione del danno di per sé stessa «è mai in grado di svolgere le funzioni della pena tradizionale in modo esaustivo ed efficace»¹²⁷. Ma vi è di più: «c'è il rischio che vengano frustrate esigenze di garanzia»¹²⁸.

Anzitutto, il comma secondo dell'art. 35 d. lgs. n. 274 del 2000 impone al giudice di pace di 'conciliare l'inconciliabile': da un lato, l'interesse della vittima a vedersi completamente ristorata e dall'altro, l'opposto interesse di prevenzione generale e speciale¹²⁹.

In secondo luogo, viene attribuito al giudice di pace un'ampia discrezionalità¹³⁰. Risultano, infatti, indeterminate le esigenze di prevenzione generale «in quanto il giudice del singolo caso non possiede sufficienti informazioni per operare una correzione quantitativa in termini di dissuasione e di persuasione della generalità dei consociati»¹³¹.

¹²⁶ Relazione al d. lgs. 28 agosto 2000 Disposizioni in materia di competenza penale del giudice di pace, in *Dir. giust.*, 2000, n. 31, p. 62-63

¹²⁷ C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., p. 7; R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, in Giostra-Illuminati (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, 2001, 390: Anzitutto la riparazione del danno non ha un contenuto afflittivo e nega la prospettiva retributiva. L'A. poi evidenzia che il minore contenuto afflittivo delle pene principali comminate per le fattispecie devolute alla competenza del giudice di pace e lo scarso disvalore degli illeciti consentano un minore soddisfacimento delle esigenze preventive.

¹²⁸ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 391.

¹²⁹ R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, in *Dir. pen. pr.*, 2001, p. 186.

¹³⁰ G. GARUTI, *La discrezionalità del giudice di pace nelle decisioni endoprocessuali*, in *Cass. pen.*, fasc.5, 2004, p. 1833 ss. L'A. critica l'indeterminatezza della formula legislativa, l'eccessiva discrezionalità e il conseguente insuccesso applicativo di qsto istituto

¹³¹ R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 392.

Infine, le esigenze preventive possono acquistare rilevanza *in malam partem*, potendo il giudice di pace negare la causa estintiva anche qualora il soggetto abbia provveduto alla riparazione integrale.

In conclusione, tale giudizio si ridurrebbe –di fatto– ad un bilanciamento tra la gravità del reato commesso e le condotte riparatorie poste in essere dall'imputato¹³². Un giudizio di proporzionalità del tutto peculiare¹³³, avendo ad oggetto il rapporto tra le condotte riparatorie e la gravità oggettiva del reato. Detto altrimenti, dopo aver appurato che la condotta dell'imputato abbia ristorato gli interessi della vittima, il giudice pronuncerà l'estinzione alla sola condizione che la riparazione risulti proporzionale alla gravità del reato.

4. La prognosi a cognizione piena: le alternative alla pena detentiva

L'esecuzione della pena sembra essere il terreno privilegiato delle prognosi criminologiche.

In particolare, pare agevole astrarre (quanto più possibile) dalla disciplina particolareggiata dei singoli istituti dell'ordinamento penitenziario al fine di mettere in luce le caratteristiche salienti del giudizio prognostico in questa sede. In tal senso, si è scelto di condurre l'indagine attraverso una macro suddivisione: si intendono analizzare le modalità di svolgimento della prognosi a seconda che quest'ultima venga effettuata nei confronti di persone detenute oppure di soggetti che si trovano in libertà al momento della richiesta di accesso al beneficio che presuppone una valutazione del rischio di recidiva. É evidente che gli elementi di cui disporrà il giudice della sorveglianza, ai fini della prognosi criminologica, cambiano significativamente: da un lato, si avrà un trattamento penitenziario costantemente monitorato dal gruppo di osservazione e trattamento (c.d. g.o.t.) e caratterizzato da spazi gradualmente e progressivamente di libertà; dall'altro lato, invece, il

¹³² R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, in *Dir. pen. pr.*, 2001, p. 187.

¹³³ Non può avere ad oggetto la proporzione tra condotta riparatoria e il danno cagionato perché tale valutazione riguarda il primo comma dell'art. 35 d. lgs. 274/2001.

giudice si dovrà confrontare con il comportamento che il reo ha serbato nel periodo successivo alla commissione del reato.

Prima di analizzare queste differenti modalità di formulazione della prognosi pare utile fare una breve ricognizione di quei benefici che sono direttamente accessibili dalla libertà. Accanto ad un primo nucleo individuato dall'art. 656, comma 5, c.p.p. e costituito sostanzialmente dalle misure alternative alla detenzione¹³⁴, vi è poi la possibilità di accedere *ab initio* a modalità di esecuzione della pena detentiva extra-carcerarie anche nei casi di detenzione domiciliare speciale (art. 47*quinquies* ord. pen.) e nel caso di espiazione presso il domicilio della pena detentiva previsto dall'art. 1, comma 3, l. n. 199 del 2010.

Per apprezzare il diverso livello di approfondimento conoscitivo delle caratteristiche personali del reo di cui dispone il giudice della sorveglianza, si intende assumere, come punto di osservazione, la misura alternativa che, ad oggi, trova maggiore applicazione nella prassi: l'affidamento in prova al servizio sociale.

Il meccanismo previsto dall'art. 47 ord. pen. è piuttosto semplice: il condannato a pena detentiva (anche residua) viene sottoposto a un'offerta trattamentale in libertà mediante il sostegno e il controllo del servizio sociale, viene per così dire affidato al servizio sociale in "prova", per un determinato periodo di tempo «nei casi in cui si può ritenere che il provvedimento stesso, anche attraverso le prescrizioni di cui al comma 5, contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati». Accanto ai limiti oggettivi di accesso previsti – *quantum* di pena inflitta e tipologia di reato – il legislatore ha subordinato la concessione della misura ad una valutazione discrezionale di tipo prognostico.

¹³⁴ In particolare, si tratta dell'affidamento in prova al servizio sociale ai sensi dell'art. 47 ord. pen., della detenzione domiciliare ai sensi dell'art. 47 *ter* ord. pen., e dell'affidamento in prova previsti per i condannati tossico/alcol dipendenti ex art. 94 D.P.R. n. 309/1990. Sul punto cfr. di F. DELLA CASA, *Misure alternative alla detenzione*, in *Enc. Dir.*, Annali, III, 2010, p. 823 e ss. In senso critico, rispetto a tale meccanismo sospensivo proprio perché verrebbe meno l'osservazione della personalità in istituto senza un adeguato sostituto CASTALDO, *La rieducazione tra realtà penitenziaria e misure alternative*, Napoli, 2001, p. 60; MACCORA, *L'esecuzione: ovvero la certezza della pena?*, in *Quest. Giust.*, 2001, p. 1187.

Il dettato normativo prevede, infatti, varie 'forme' di affidamento in prova al servizio sociale, che sono però tutte subordinate alla formulazione da parte del tribunale di sorveglianza (o del magistrato di sorveglianza se si tratta di applicazione della misura in via provvisoria ex art. 47 comma 4 ord. pen.¹³⁵) di una doppia prognosi: da un lato, sul contributo offerto dalla misura alla rieducazione del condannato e, dall'altro, sul rischio di recidiva.

La duplicità della prognosi è tutt'altro che apparente: un conto è valutare l'effetto rieducativo della misura alternativa nei confronti del condannato, dal quale ci si attende un ritorno nel consorzio sociale rispettoso delle regole della convivenza civile; altro è invece prevedere che quello stesso individuo non ricadrà in futuro nel reato per concedergli il beneficio¹³⁶.

Ciò che cambia nelle diverse 'forme' di affidamento in prova sono gli strumenti a disposizione del giudice per formulare la prognosi. Vi è, innanzitutto, l'affidamento tradizionale di cui all'art. 47 comma 2 ord. pen. che prevede un'osservazione collegiale della personalità del reo (*rectius* del «recluso»¹³⁷) in istituto penitenziario. Vi è poi l'affidamento in prova che richiede un'attività d'indagine personologica extramuraria «mediante l'intervento dell'ufficio di esecuzione penale esterna»¹³⁸. A tal riguardo, il combinato disposto degli artt. 656 comma 5 c.p.p. e 47 comma 2 e comma 3 ord. pen. attribuisce rilievo al comportamento – serbato dal condannato in libertà, dopo la commissione del reato. Infine, vi è l'affidamento c.d. allargato¹³⁹ di cui art. 47 comma 3bis ord. pen., che

¹³⁵ In particolare, qualora sussistano i presupposti per l'ammissione all'affidamento in prova e vi sia un *grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione* e non vi sia pericolo di fuga, il magistrato di sorveglianza dispone la liberazione del condannato, affidandolo provvisoriamente ai servizi sociali. Sarà poi il tribunale di sorveglianza a decidere sull'affidamento in prova entro sessanta giorni dalla trasmissione degli atti da parte del magistrato di sorveglianza. La riforma operata dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10, ha cercato di contemperare due opposte esigenze: l'una del condannato che usufruisce in libertà dell'offerta trattamentale (e tale periodo equivale all'espiazione della pena), l'altra della collettività che si vede tutelata dal rischio di recidiva attraverso l'opera di sostegno e controllo svolto dal servizio sociale affiancato dagli organi di polizia.

¹³⁶ In tema di possibili contenuti della rieducazione s.v. E. DOLCINI, *La 'rieducazione del condannato' tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir.proc. it.*, 1979, 469.

¹³⁷ Si tratta delle recenti modifiche apportate all'art. 47 ord. pen. dall'art. 7, comma 1, d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123.

¹³⁸ V. nota precedente.

¹³⁹ A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014, p. 114. Il comma 3bis dell'art. 47 ord. pen. è stato inserito dall'art. 3 c. 1 lett. c) d.l. 23 dicembre 2013, conv. in legge 21

fa riferimento ad una indagine meramente comportamentale (di buona condotta) che il reo ha tenuto «quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, trascorso in espiazione di pena, in esecuzione di una misura cautelare ovvero in libertà».

Diverso è anche l'arco temporale in cui devono essere collocati gli elementi sintomatici dai quali desumere la possibile recidività del soggetto e la sua risocializzazione. Con riferimento all'affidamento in prova al servizio sociale applicato direttamente dalla libertà, il legislatore distingue a seconda che il soggetto sia stato condannato a una pena detentiva non superiore ai tre anni (art. 47, comma 3, ord. pen.) ovvero compresa tra i tre anni e un giorno e i quattro anni (art. 47, comma 3bis ord. pen.). In particolare, solo nel secondo caso (c.d. affidamento allargato) la condotta da tenere in considerazione ai fini della concessione del beneficio è temporalmente circoscritta all'anno precedente alla richiesta.

La prima ipotesi di affidamento, che potremmo definire tradizionale in ragione della sua origine, subordina la concessione della misura *all'osservazione della personalità del condannato in istituto* penitenziario. L'analisi personologica deve essere «collegiale» ossia condotta da un'équipe di osservazione e trattamento composta, ai sensi degli artt. 28 e 29 reg. esec.¹⁴⁰, dall'educatore, dall'assistente sociale, dall'esperto e dal comandante della polizia penitenziaria e presieduta dal direttore dell'istituto. L'apporto tecnico fornito dall'esperto è fondamentale nel restituire al giudice un'anamnesi del condannato: il criminologo, da un lato, fornisce un inquadramento del reato nello sfondo socio-culturale di provenienza del soggetto e nell'ambito della sua storia personale; mentre lo psicologo individua i principali tratti della personalità del detenuto e le eventuali problematicità¹⁴¹.

febbraio 2014, n. 10. Sul punto anche R. BIANCHETTI, *Il contributo dei giudici onorari alla decisione dei collegi del tribunale di sorveglianza: il punto di vista dell'esperto componente*, in *Dir. pen. cont.*, p. 12 afferma che il co. 3bis desta perplessità proprio perché il legislatore ha sostituito all'osservazione scientifica della personalità una valutazione meramente comportamentale (di buona condotta) sia che si tratti di un periodo trascorso in libertà sia in espiazione intramuraria sia in esecuzione di misura cautelare.

¹⁴⁰ Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà, approvato con d.p.r. 30 giugno 2000 n. 230.

¹⁴¹ L. SCOMPARIN, *Il sistema penitenziario*, in Neppi Modona-Petrini-Scomparin, *Giustizia penale e servizi sociali*, Bari, 2009, 222.

I contenuti e i metodi dell'attività di osservazione sono poi specificati dall'art. 27 reg. esec.: «si provvede all'acquisizione di dati giudiziari e penitenziari, clinici, psicologici e sociali e alla loro valutazione con riferimento al modo in cui il soggetto ha vissuto le sue esperienze e alla sua attuale disponibilità ad usufruire degli interventi del trattamento». In altri termini, l'osservazione scientifica della personalità non è un esame propriamente clinico quanto piuttosto un'esplorazione volta ad individuare i molteplici fattori psicologici e ambientali che consentono di ricostruire criminogenesi e crimodinamica¹⁴², ossia quale significato abbiano assunto la psiche, la famiglia di origine e le situazioni di vita rispetto al comportamento delittuoso del soggetto esaminato. Al termine del periodo di osservazione l'équipe elabora il «documento di sintesi» che contiene, oltre alle notizie relative all'esecuzione della pena, anche le indicazioni «formulate in merito al trattamento rieducativo da effettuare» (art. 13, comma 3, ord. pen. e art. 29 reg. esec.) ed è un atto destinato ad avere una rilevanza esterna di importanza centrale per la prognosi che il tribunale di sorveglianza dovrà elaborare.

Molte sono, però, le criticità legate allo strumento dell'osservazione della personalità in carcere. Vi è anzitutto un problema “fisiologico” connesso alla durata del periodo di osservazione: la normativa di riferimento prevede un lasso di tempo molto esiguo – un mese¹⁴³ – per poter giungere ad una ‘reale’ valutazione della personalità del soggetto. Per altro verso, vi è un problema “patologico”: la mancanza di risorse economiche e umane, che affligge il sistema penitenziario, dilata notevolmente i tempi di attesa per l'accesso alla misura. Non di rado, inoltre, l'istruttoria amministrativa eccessivamente burocratizzata (si pensi alle lungaggini della c.d. chiusura della relazione di sintesi ogniqualvolta si tratti di un soggetto

¹⁴² G. PONTI, *Compendio di criminologia*, Milano, 1999.

¹⁴³ L'originario periodo di durata di osservazione è stato ridotto dal d.l. 22 aprile 1985 n. 144 conv. l. 21 giugno 1985 n. 297 per evitare che dall'affidamento in prova fossero esclusi i condannati a pene brevi o brevissime (uguali o inferiori a tre mesi). Soluzione criticata dalla dottrina perché in contrasto con la funzione tipica della misura di evitare il carcere a soggetti portatori di una minima pericolosità. F. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 33 ss.; ed anche ID., *L'affidamento in prova al servizio sociale: «fiore all'occhiello» della riforma penitenziaria*, in *Quest. Crim.*, 1976, 373 ss.; entrambi i saggi sono stati consultati in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Milano, 1997, 1147 s. e 1105 s.). E. FASSONE, in Grevi (a cura di), *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Bologna, 1982, 43.

condannato ad una pena di ‘lunga’ durata) e l’iter giurisdizionale determinano uno «slittamento dell’ammissione all’affidamento in prova al servizio sociale ad un momento in cui la pena risulta già espiata»¹⁴⁴. In questa direzione, si colloca anche la proposta degli Stati generali dell’esecuzione penale di eliminare «l’obbligo della collegialità nell’osservazione della personalità, sostituibile in molti casi con relazione comportamentale psico-pedagogica “allargata”»¹⁴⁵.

Altra criticità attiene al luogo in cui tale osservazione si svolge: il carcere è uno spazio artefatto che pregiudica la genuinità e la veridicità dei dati sulla personalità del reo. L’investigazione scientifica sulla personalità del soggetto dovrebbe perciò essere compiuta in ambiente libero e non in istituto penitenziario che è «di per sé ambiente innaturale e mistificante, favorevole alla assunzione, da parte del condannato, di atteggiamenti artificiali, nell’unica prospettiva, per lui determinante di conseguire qualche beneficio»¹⁴⁶.

L’attività di osservazione della personalità viene poi ulteriormente inficiata dal c.d. *mobbing penitenziario della premialità*¹⁴⁷. È chiaro che se dalla valutazione della personalità del soggetto fatta dagli operatori penitenziari (soprattutto con lo strumento conoscitivo del colloquio clinico) «possono derivare sia benefici che giudizi sfavorevoli sui futuri destini penitenziari dell’osservato», l’atteggiamento di quest’ultimo sarà finalizzato ad ottenere il vantaggio, manipolando l’operatore ovvero non fornendo dati sinceri sulla propria persona¹⁴⁸.

Non solo: i risultati di questa indagine personologica non vengono sottoscritti, non riportano l’identità e la qualifica degli operatori che l’hanno condotta e

¹⁴⁴ C. FIORIO, *Alternative alla detenzione e procedimenti di sorveglianza: prospettive de iure condendo*, in RISICATO (a cura di), *Le alternative alla detenzione: profili critici e prospettive di riforma*, in *Giur. It.*, 2016, p. 1520.

¹⁴⁵ Stati generali dell’esecuzione penale, Tavolo 12, *Relazione*, 23

¹⁴⁶ E. FASSONE, *ult. op. cit.*, 43.

¹⁴⁷ P. GIULINI, *Il contributo della criminologia nell’ambito del trattamento carcerario: realtà o utopia?*, in BIANCHETTI (a cura di), *Il contributo della criminologia al sistema penale: alla ricerca del nuovo “volto” della pena. Atti dell’incontro di studio in ricordo del Prof. Ernesto Calvanese*, in *Dir. pen. cont.*, 6 marzo 2015, p. 72.

¹⁴⁸ P. GIULINI, *Le problematiche dell’osservazione scientifica della personalità: l’operatore penitenziario tra aspettative deluse e nuove prassi trattamentali*, relazione presentata nell’incontro di studi sul tema: “Trattamento sanzionatorio tra magistratura di sorveglianza e giudice di cognizione”, CSM, Roma, 7-8 febbraio 2008, in particolare nel colloquio clinico sono affrontati due aspetti fondamentali la vita del reo e i fatti per cui è stato condannato».

soprattutto non specificano quale sia stato il *modus operandi* seguito dal gruppo interprofessionale¹⁴⁹. Una situazione che è ulteriormente aggravata se si considera che l'art. 80 ord. pen.¹⁵⁰ prevede la presenza dell'esperto nell'équipe di osservazione come meramente facoltativa, oltre al fatto che l'attività di osservazione deve fare i conti con le endemiche carenze di personale e le limitate risorse economiche che caratterizzano il sistema penitenziario italiano. Spesso la magistratura di sorveglianza si trova dinnanzi a relazioni di osservazione che si limitano a riportare aspetti psicologici irrilevanti ai fini della valutazione del rischio di recidiva e che rivelano una scarsa presenza di esperti criminologi¹⁵¹.

L'osservazione scientifica della personalità inframuraria è, più in generale, elemento che fornisce le informazioni sulla personalità del soggetto sia alla magistratura di sorveglianza sia alla direzione del carcere (in vista, ad esempio, di provvedimenti disciplinari). In particolare, quando il giudice della sorveglianza è chiamato a valutare la personalità del detenuto in relazione alla concessione o meno di misure alternative alla detenzione o di benefici penitenziari dovrà tenere in considerazione, in primo luogo, le risultanze di tale indagine personologica. Recentemente, il legislatore ha modificato la disposizione di riferimento, ossia l'art. 13 ord. pen., prevedendo che l'osservazione scientifica della personalità è rivolta esclusivamente alla rilevazione delle cause che hanno condotto la persona a commettere il reato – ivi comprese, se esistenti, le carenze psicofisiche – ed è altresì offerta all'interessato, nell'ambito dell'osservazione, «l'opportunità di una riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze prodotte, in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di

¹⁴⁹ Per ovviare al fatto che le relazioni di sintesi siano stilate senza il ricorso a precisi criteri, poco armonizzate sul piano dell'oggetto e delle metodiche di indagine, gli esperti della C.R. di Milano-Opera hanno introdotto una scheda di osservazione sperimentale predefinita. Sul punto s. v. Appendice n. 3, in GIULINI, *Le problematiche dell'osservazione scientifica della personalità*, cit.

¹⁵⁰ Art. 80, comma 4, ord. pen.: «Per lo svolgimento delle attività di osservazione e di trattamento, l'amministrazione penitenziaria può avvalersi di professionisti esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica, nonché di mediatori culturali e interpreti».

¹⁵¹ P. GIULINI, *Le problematiche dell'osservazione scientifica della personalità: l'operatore penitenziario tra aspettative deluse e nuove prassi trattamentali*, cit., p. 8. Il quale rileva che gli esperti ex art. 80 ord. pen. dediti all'osservazione sono 294 psicologi e 57 criminologi.

riparazione»¹⁵². Per rendere effettiva e tempestiva la predetta osservazione è stato introdotto un inedito termine di sei mesi (a partire dall'inizio dell'esecuzione della pena) entro cui formulare un primo programma di trattamento rieducativo. Inoltre, è prevista la redazione di una «cartella personale» del detenuto che contenga tutte «le indicazioni generali e particolari del trattamento (...) unitamente ai dati giudiziari, biografici e sanitari, (...) e nella quale sono successivamente annotati gli sviluppi del trattamento praticato e i suoi risultati». L'indubbia bontà di tali novità legislative dipenderà, ovviamente, dalla loro effettiva attuazione. Il rischio (tutt'altro che remoto) è, infatti, che siano destinate a restare mere affermazioni di principio¹⁵³.

In una prospettiva 'prognostica', è interessante notare come l'osservazione della personalità e il consequenziale trattamento penitenziario viene disciplinato dal legislatore in maniera parzialmente diversa a seconda del reato commesso (o meglio della peculiare personalità del reo di cui la condotta delittuosa è espressione). Si fa riferimento, per esempio, al percorso penitenziario differenziato per gli autori di reati contro la libertà sessuale ai sensi dell'art. 4 *bis* comma 1-*quater* ord. pen. Per questi soggetti, come noto, l'accesso ai benefici penitenziari (lavoro all'esterno, permessi premio) e alle misure alternative alla detenzione (esclusa la liberazione anticipata) è subordinato ad almeno un anno di osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente anche con la presenza di esperti *ex art.* 80, c.4, ord. pen. e, ove l'offesa sia stata diretta contro minorenni, il giudice della sorveglianza dovrà tenere conto anche della positiva partecipazione del soggetto a specifici trattamenti psicologici ai sensi dell'art. 13 *bis* ord. pen. Lo 'strumentario' nelle mani del giudice in sede di valutazione del futuro comportamento del condannato si amplia. Verosimilmente, infatti, le indagini personologiche condotte

¹⁵² Art. 13, comma 2, ord. pen. come sostituito dall'articolo 11, comma 1, lettera d), del D. Lgs. 2 ottobre 2018, n. 123. Come si legge nella Relazione illustrativa, p. 18: «il comma secondo è stato oggetto di una revisione volta a togliere ogni riferimento al 'disadattamento sociale'(...). In tal modo non viene ignorata, secondo un approccio più moderno, una realtà che presenta molteplici forme criminali (white collar crimes, tossicodipendenti, criminalità politica)».

¹⁵³ Per un primo commento sulle novità legislative introdotte dai Decreti legislativi 2 ottobre 2018, n. 123 e 124 (G.U. 26 ottobre 2018) s. v. A. DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2018.

nei confronti di questi autori di reato saranno più approfondite: sia grazie ad una maggiore finestra temporale di osservazione – almeno un anno – sia in considerazione di un (eventuale) maggiore apporto professionale. Plausibilmente, la partecipazione a programmi terapeutici – ove esistenti¹⁵⁴ – pensati *ad hoc* per queste specifiche categorie delinquenziali consentirà di colmare le possibili lacune della relazione di sintesi.

L'analisi della giurisprudenza di legittimità si rivela, ancora una volta, molto utile per far luce sui criteri sulla base dei quali formulare la prognosi di non recidiva ai sensi dell'art. 47 comma 2 ord. pen. I singoli elementi che il giudice della sorveglianza prende in considerazione sia per escludere il rischio di recidiva del condannato, sia per vagliare le *chances* di successo della 'prova', mostrano, infatti, la reale 'consistenza' che il giudizio prognostico assume in sede esecutiva, ed in particolare nella concessione dell'affidamento in prova.

Secondo costante giurisprudenza, per giungere ad una prognosi favorevole al condannato, il giudice di sorveglianza deve accertare «non solo l'assenza di indicazioni negative, ma anche la presenza di elementi positivi che consentano un giudizio prognostico di buon esito della prova e di prevenzione del pericolo di recidiva»¹⁵⁵. E, con riferimento al secondo aspetto, peso decisivo assumono proprio i risultati dell'osservazione scientifica della personalità¹⁵⁶.

Nelle sentenze viene frequentemente ribadito che *la gravità del reato* per cui è intervenuta la condanna, *i precedenti penali* o *la mancata ammissione di colpevolezza* non possono, di per sé soli, assumere un rilievo decisivo volto a negare la concessione della misura¹⁵⁷. Salvo poi, però, affermare nelle medesime pronunce che «la natura e la gravità dei reati per i quali è stata irrogata la pena in espiatione costitui(scono) il necessario punto di partenza per l'analisi della personalità del

¹⁵⁴ Si pensi al Progetto U.T.I. (Unità di Trattamento Intensificato) presentato dall'Associazione Centro Italiano per la promozione della mediazione (finanziato da regione Lombardia e provincia di Milano) e successivamente realizzato (a partire dal 2005) presso la struttura penitenziaria di Milano Bollate.

¹⁵⁵ Cass. pen., sez. I, 05 maggio 2015, n. 31420, in *Dejure*. Tra le più risalenti, ad esempio, Cass. pen. 14 febbraio 1997, Cordelli, Rv. 207214.

¹⁵⁶ *Ex plurimis*, Cass. 25 maggio 2006, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 50; Cass. 22 novembre 2000, in *Cass. pen.*, 2492.

¹⁵⁷ Cass. pen., sez. I, 3 dicembre 2013 (dep. 2014), n. 773, Naretto, Rv. 258402.

soggetto» ben potendo, cioè, bastare questi stessi elementi ad elidere la positiva osservazione della personalità condotta dall'équipe di trattamento e controllo¹⁵⁸.

Come osservato dalla stessa magistratura di sorveglianza, infatti, «troppo spesso, nelle prassi applicative dei Tribunali di sorveglianza, la concessione delle misure alternative ordinarie (in particolare quella più ampia dell'affidamento in prova ma il discorso vale anche per la detenzione domiciliare) viene legata ad impropri presupposti di meritevolezza, che fanno perno cioè non tanto sull'assenza del rischio di recidiva – desunto per i detenuti dal comportamento carcerario, o per gli altri, da quello tenuto in libertà *post delictum* – quanto piuttosto sull'ammissione di responsabilità e sulla collaborazione con l'autorità giudiziaria durante il processo di cognizione, se non addirittura sull'intervenuto risarcimento del danno alle persone offese»¹⁵⁹.

Al di là delle storture applicative, come anticipato, il principale strumento (laddove ci sia) sul quale il tribunale di sorveglianza dovrebbe basarsi nel formulare la prognosi di non recidiva dovrebbe essere la valutazione scientifica della personalità del soggetto, che per il detenuto è il documento di sintesi redatto dal gruppo di osservazione e trattamento mentre, come si avrà modo di mostrare più avanti, nel caso dei soggetti liberi, sono le indagini socio-familiari effettuate dagli uffici locali di esecuzione penale esterna (d'ora in avanti, u.e.p.e.)¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Cass., 20 dicembre 2017, n. 42894, in *Dejure*. Nella sentenza appena citata, infatti, a fronte di «buoni» risultati di osservazione della personalità, di una condotta carceraria regolare (della durata di un anno e due mesi), della frequentazione dell'istituto alberghiero e di consapevolezza del disvalore della propria condotta antigiuridica da parte dell'interessato, la gravità del reato (lesioni, procedimenti pendenti per violazioni della legge fallimentare e riciclaggio) e la mancanza di attuali propositi di resipiscenza hanno orientato il tribunale di sorveglianza a ritenere inidoneo l'affidamento in prova.

¹⁵⁹ M. BORTOLATO, *Le misure alternative tra prassi applicative ed esigenze di riforma*, in RISICATO (a cura di), *Le alternative alla detenzione: profili critici e prospettive di riforma*, in *Giur. It.*, 2016, p. 1525.

¹⁶⁰ Recentemente, il legislatore ha modificato l'art. 47 comma 2 ord. pen. prevedendo che per il c.d. libero sospeso l'attività d'indagine personologica sia condotta dall'u.e.p.e. (art. 7 d. lgs. 123/2018). È stata, infatti, esercitata la delega legislativa, art. 1 comma 85 lett d), l. 23 giugno 2017 n. 103, che imponeva la «previsione di una necessaria osservazione scientifica della personalità da condurre in libertà, stabilendone tempi, modalità e soggetti chiamati a intervenire; integrazione delle previsioni sugli interventi degli uffici dell'esecuzione penale esterna; previsione di misure per rendere più efficace il sistema dei controlli, anche mediante il coinvolgimento della polizia penitenziaria;».

Ovviamente tale apporto, seppur centrale, non esaurisce gli elementi a disposizione del giudice. Secondo costante giurisprudenza di legittimità, il *percorso di 'revisione critica'* compiuto dal soggetto rispetto alle passate condotte antigiuridiche non deve essere completo, nel senso che la residua pericolosità del condannato ben potrà essere fronteggiata dai 'contenuti prescrittivi' dell'affidamento in prova (negli stessi termini anche per la detenzione domiciliare ai sensi dell'art. 47 *ter* ord. pen.), e, soprattutto, ruolo determinante riveste in tal senso il sostegno e il supporto dell'assistente sociale durante il periodo di affidamento¹⁶¹. Anche nel caso in cui il condannato si proclami innocente, tale elemento non può di per sé solo ostare all'applicazione di questa tipologia di *probation* penitenziaria¹⁶². Più delicata appare la valutazione in ordine al *mancato risarcimento del danno subito dalla vittima*: da un lato, infatti, la misura non potrà essere negata ma al tempo stesso l'indisponibilità del condannato a riparare il danno arrecato dal reato assume valenza negativa nel giudizio sulla persona; dall'altro lato tale condotta si pone in contrasto con il possibile contenuto prescrittivo di adoperarsi in favore della vittima previsto dall'art. 47, comma 7, ord. pen.¹⁶³. Infine, la sussistenza o meno di un'attività lavorativa – a differenza di quanto previsto per la semilibertà¹⁶⁴ – non è elemento determinante per la concessione dell'affidamento in prova¹⁶⁵; anche se nel caso di pene di una certa durata l'assenza di un'attività *latu sensu* risocializzativa finisce con l'orientare il giudice verso la misura più

¹⁶¹ Cass., sez. I, 1 marzo 1993, Pappalardo, in *Riv. pen.*, 1994, 220.

¹⁶² Cass., 28 marzo 2000, in *Cass. pen.*, 2001, 1016.

¹⁶³ Cass., 25 settembre 2007, in *Cass. pen.*, 2009, 1199; Cass., 9 luglio 2001, in *Cass. pen.*, 2002, 2896. Sul punto anche F. DELLA CASA, *Misure alternative alla detenzione*, cit., p. 835 il quale osserva che inizialmente la magistratura di sorveglianza impiegato la prescrizione risarcitoria soprattutto nei confronti dei condannati c.d. iperintegrati per poi, estenderla alla genericità degli affidati al fine di sopperire ai blandi contenuti della misura e, dunque, attribuire all'affidamento in prova una maggiore afflittività.

¹⁶⁴ Con riferimento ai condannati per pene di lunga durata, l'art. 50, comma 4, ord. pen. subordina la concessione della semilibertà alla presenza di un preciso requisito soggettivo: «progressi compiuti nel corso del trattamento». Stante l'assenza di una prognosi di non recidiva nel testo della disposizione, la valutazione sembra riguardare un comportamento già manifestato¹⁶⁴ e non, a differenza del giudizio prognostico dell'affidamento in prova al servizio sociale, una condotta futura. A. PRESUTTI, *Art. 50*, in Della Casa-Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, p. 624.

¹⁶⁵ Cass., 23 marzo 1999, in *Cass. pen.*, 2001, 2491.

restrittiva della detenzione domiciliare proprio per evitare di concedere una misura del tutto priva di contenuti¹⁶⁶.

Occorre, però, ribadire che si tratta di elementi eterogenei tra loro, non sempre facilmente ricomponibili ad unità (nel senso di ricostruzione della persona) da parte del Tribunale di sorveglianza. Per questa ragione, la comparizione della persona davanti al tribunale durante l'udienza può risultare 'dirimente': «se la camera di consiglio nei procedimenti di sorveglianza ha un senso, questo consiste nella possibilità di sentire il condannato soprattutto allo scopo di trovare eventuale conferma in quei dati che spesso in maniera caotica si sono assunti in via solo documentale»¹⁶⁷.

Invero, vi sono (almeno) due aspetti problematici: l'uno attiene all'esiguità delle risorse in cui versano sia gli istituti penitenziari sia gli uffici di esecuzione esterna (basti pensare all'esiguo numero di educatori e assistenti sociali); l'altro riguarda invece la possibilità che la prognosi di 'pericolosità' sia del tutto sbilanciata verso elementi fattuali (casa, famiglia, lavoro) piuttosto che sulla persona.

Come anticipato, spesso le relazioni di sintesi dell'equipe o le relazioni comportamentali e psicosociali dell'u.e.p.e. non ci sono affatto e anche quando queste sono presenti nel fascicolo a disposizione del collegio difettano di ogni indagine sulla personalità del condannato e, dunque, sull'indice di pericolosità. Nulla viene detto, in particolare, sulla crimonogenesi ossia su come quel reato abbia avuto origine. A fronte di molte notizie inerenti ad aspetti rilevanti come la famiglia, l'istruzione, il lavoro, la condotta del condannato, il tribunale si trova a doversi destreggiare «in un materiale probatorio sfilacciato in cui mancano molto spesso elementi fondamentali in particolare quelli che concernono gli aspetti criminogenetici»¹⁶⁸. Come è stato osservato, un'eccessiva valorizzazione del dato fattuale rispetto a quello personologico determina una penalizzazione dei «condannati socialmente deboli – talora si tratta di intere categorie, come nel caso

¹⁶⁶ M. BORTOLATO, *Le misure alternative tra prassi applicative ed esigenze di riforma*, cit., p.1527.

¹⁶⁷ M. BORTOLATO, *ult. op. cit.*, p.1527.

¹⁶⁸ C. RENOLDI, *La magistratura di sorveglianza tra crisi di legittimazione e funzione rieducativa della pena*, in *Quest. Giust.*, 1, 2007.

degli stranieri – che non hanno un’abitazione e/o un lavoro e neppure persone all’esterno che si attivino per loro»¹⁶⁹.

Ad oggi, però, l'affidamento in prova senza osservazione in istituto è quello maggiormente applicato¹⁷⁰. Si tratta, infatti, di una misura che evita l’«assaggio di coercizione» imposta, nel caso di affidamento tradizionale, per il tempo occorrente all’espletamento della indagine intramuraria della personalità. La rinuncia al periodo di osservazione in carcere consente di non compromettere il processo rieducativo già intrapreso dal condannato durante il periodo di libertà¹⁷¹.

L’esecuzione della pena detentiva viene bloccata mediante il meccanismo previsto dall’art. 656, comma 5, c.p.p.: il pubblico ministero se la pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non è superiore a quattro anni¹⁷² ne sospende l’esecuzione consentendo al condannato di presentare al tribunale di sorveglianza, entro il termine perentorio di trenta giorni, la richiesta di affidamento in prova.

Come anticipato, la concessione della misura alternativa è subordinata ad una valutazione prognostica del tutto coincidente con quella prevista per l’affidamento tradizionale: il giudice della sorveglianza deve poter ritenere che «il provvedimento stesso (...) contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati». Ciò che differisce è la fonte conoscitiva e la tipologia di informazioni sulla base delle quali formulare la valutazione prognostica: si deve far riferimento al *comportamento (positivo) serbato dal condannato in libertà*. In altri termini, è necessario che il reo abbia posto in essere un comportamento rivelatore di una parziale maturazione sociale o quantomeno

¹⁶⁹ F. DELLA CASA, *Misure alternative alla detenzione*, cit., p. 833.

¹⁷⁰ Tale misura è stata introdotta dalla l. 27 maggio 1998, n. 165 (c.d. Simeone-Saraceni).

¹⁷¹ A. PRESUTTI, *Affidamento in prova al servizio sociale e affidamento con finalità terapeutiche*, in GREVI (a cura di), *L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, 1994, Padova, p. 303

¹⁷² A seguito della sentenza Corte cost. 6 febbraio 2018 (dep. 2 marzo 2018), n. 41, Pres. Red. Lattanzi, con nota di D. VICOLI, in *Dir. pen. cont.*, 16 aprile 2018; l’art. 656 comma 5 c.p.p. è stato dichiarato incostituzionale «nella parte in cui si prevede che il pubblico ministero sospende l’esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro anni». L’unico limite di pena detentiva da prendere in considerazione per l’accesso *ab externo* delle misure alternative alla detenzione è, dunque, pari a quattro anni.

abbia tenuto una condotta idonea a misurare la praticabilità dell'affidamento in prova, rendendo del tutto inutile l'osservazione in istituto.

In particolare, oggi, l'indagine personologica deve essere condotta dagli uffici locali di esecuzione penale esterna¹⁷³. Si tratta di una novità (recentissima) di non poco conto in ragione delle esigenze di approfondimento della personalità del condannato in chiave prognostica. Come si legge nella Relazione illustrativa al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123¹⁷⁴ il contributo dell'u.e.p.e. si deve incentrare non solo sull'inchiesta socio-familiare ma anche «sulla situazione dell'istante mediante il coinvolgimento di un'équipe multidisciplinare, ricalcata sul modello di quella operante all'interno del carcere e capace di esprimere pareri anche sui dati comportamentali del condannato. Per l'espletamento di questa attività, presso gli uffici dell'esecuzione penale esterna dovranno essere incardinate (o coinvolte mediante idonee forme di collaborazione) figure professionali che affianchino gli assistenti sociali nell'inchiesta da inviare alla magistratura di sorveglianza». In realtà la portata di tale modifica viene da subito limitata poiché si tratta dell'ennesima riforma 'a costo zero'¹⁷⁵. Verosimilmente, tale disposizione è destinata ad avere scarsa fortuna applicativa e ciò, ancora di più, se si considera che già prima l'u.e.p.e. aveva difficoltà ad assolvere i propri compiti istituzionali (basti pensare a quanto accaduto con l'introduzione della sospensione del processo con messa alla prova [v. supra par. 2]).

La difficoltà economico-finanziaria di attuazione della modifica e la sua vicinanza temporale, rendono opportuna l'analisi della situazione antecedente la cui attualità non sembra essere messa in discussione dalla riforma legislativa del 2018.

Ancora una volta, dal punto di vista degli strumenti prognostici riveste un ruolo di primo piano l'indagine socio-familiare svolta dall'u.e.p.e. Tale inchiesta sociale

¹⁷³ Si tratta di una recente modifica legislativa introdotta dall'art. 7 del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, (e.i.v. 10 novembre 2018) che ha modificato il comma 2 dell'art. 47 ord. pen. e, in modo speculare, l'art. 9 del d. lgs. 213/2018 ha ampliato le attività dell'u.e.p.e. ai sensi dell'art. 72, lett.b), ord. pen. «Gli uffici locali di esecuzione penale esterna (...) svolgono le indagini socio-familiari e l'attività di osservazione del comportamento per l'applicazione delle misure alternative alla detenzione ai condannati».

¹⁷⁴ Relazione allo schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario (trasmissione alla Presidenza del Senato il 3 agosto 2018), in www.senato.it, p. 14 e s.

¹⁷⁵ Art. 12, comma 4, d.lgs. n. 213 del 2018 (e.i.v. 10 novembre 2018).

si sostanzia in «una raccolta e un'organizzazione di dati concernente la vita di un soggetto, considerato sia nelle relazioni familiari che in rapporto con l'ambiente sociale di appartenenza» con lo scopo di orientare le decisioni e il trattamento sulla base di una valutazione complessiva del caso, che includa gli aspetti personali e familiari. «L'attività "istruttoria" dell'assistente sociale non si esaurisce nell'assunzione di informazioni: l'organizzazione e l'elaborazione dei dati raccolti, *in primis* attraverso il colloquio con l'interessato e con i suoi familiari, mira anche a interpretare l'atteggiamento sia delle persone coinvolte nel processo di reinserimento, sia del reo nei confronti del proprio vissuto (anche delinquenziale) e del proprio presente, in modo da poter individuare le sue effettive risorse personali e le prospettive di evoluzione: elementi da considerare indispensabili per il giudizio prognostico dell'autorità giudiziaria. Questo profilo resta più sfumato laddove si tratti di soggetto detenuto e sottoposto, quindi, ad osservazione scientifica della personalità da parte degli operatori penitenziari, ma assume una rilevanza decisiva nell'indagine socio-familiare inerente al condannato in libertà»¹⁷⁶. Vale la pena evidenziare che tale attività di indagine *latu sensu* socio-familiare viene svolta dall'u.e.p.e. non solo in sede di applicazione delle misure alternative alla detenzione e delle misure di sicurezza ma anche, per ciò che qui interessa, nella definizione delle istanze di liberazione condizionale. Un'indagine destinata a svolgere un ruolo centrale anche nella valutazione del sicuro ravvedimento del condannato, da parte della magistratura di sorveglianza, ai sensi dell'art. 176 c.p.

Spesso, però, le indagini dell'u.e.p.e. mancano del tutto o sono svolte da soggetti volontari che non sono necessariamente assistenti sociali. Se si considera, poi, la sovrapposizione con un istituto parzialmente affine quale è l'esecuzione della pena presso il domicilio ai sensi dell'art. 1 l. n. 199 del 2010 (c.d. svuotacarceri), è ragionevole presumere che il giudice di sorveglianza richiederà l'onerosa indagine socio-familiare all'u.e.p.e. solo qualora si tratti di soggetti condannati a una pena detentiva superiore ai diciotto mesi¹⁷⁷.

¹⁷⁶ C. RENOLDI, *Art. 72*, in Della Casa-Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, p. 1009 e s.

¹⁷⁷ Per un maggiore approfondimento sui contenuti di tale beneficio s.v. p. 89.

Oltre all'(eventuale) attività espletata dall'u.e.p.e., il tribunale di sorveglianza avrà a disposizione le risultanze del casellario giudiziario ed eventualmente le integrali sentenze che ritenga opportuno acquisire¹⁷⁸; le informative degli organi di polizia e soprattutto tutti gli elementi che il difensore del condannato può presentare nell'istanza di accesso alla misura. Perché è chiaro che se il sistema risulta carente sotto molteplici aspetti è proprio al difensore che spetta il compito di colmare le eventuali lacune, presentando tutti quegli elementi utili per la previsione del futuro comportamento del proprio assistito (allegando al giudice, ad esempio, l'attività svolta dal condannato in favore della vittima del reato). Se si guarda, infatti, la prassi giurisprudenziale anche con riferimento ai c.d. 'liberi sospesi' emergono gli indici prognostici già esaminati per i soggetti che accedono alla misura dalla detenzione: la presenza di un'attività lavorativa, di un domicilio idoneo, e soprattutto l'attività svolta dal condannato a favore della collettività e della vittima risultano essere predominanti nel determinare il convincimento del giudice verso una prognosi di non recidiva e/o di probabile rieducazione del soggetto.

Tutti questi elementi vengono valutati dal tribunale di sorveglianza la cui composizione assume un significato determinante nella formulazione del giudizio prognostico. La collegialità e la specializzazione dei componenti del tribunale di sorveglianza costituiscono, a ben vedere, il portato applicativo della garanzia costituzionale prevista dall'art. 27, comma 3, Cost. Nel momento in cui deve essere eseguita la pena, infatti, il compito del giudice di sorveglianza è quello di garantire che tale sanzione penale sia la più adeguata possibile all'evoluzione della personalità del condannato e sia funzionale al raggiungimento del fine rieducativo che le è proprio¹⁷⁹. Perché ciò sia possibile non basta la conoscenza giuridica dei due componenti 'togati' del collegio di sorveglianza— vero e proprio organo

¹⁷⁸ È innegabile che tale attività contribuisca ad allungare i tempi dell'istruttoria giurisdizionale ma è altresì vero che si tratta di informazioni necessarie. Per ovviare alla dilatazione dei tempi basterebbe prevedere: i) l'invio per posta elettronica, da parte del Dap, delle sentenze di condanna e di tutta la documentazione utile per la decisione; ii) l'automatico corredo delle istanze con le relazioni comportamentali presenti nella cartella del detenuto. Sul punto C. FIORIO, *Alternative alla detenzione e procedimenti di sorveglianza: prospettive de iure condendo*, cit., p. 1521.

¹⁷⁹ R. BIANCHETTI, *Il contributo dei giudici onorari alla decisione dei collegi del tribunale di sorveglianza: il punto di vista dell'esperto componente*, in *Dir. pen. cont.*, 26 febbraio 2016, p. 16.

giudiziario specializzato per la materia trattata¹⁸⁰ – ma è necessario l'intervento di 'professionisti laici' dotati di specifiche competenze proprio in quelle materie che hanno ad oggetto la persona del condannato. L'esperto del tribunale di sorveglianza è, infatti, scelto tra soggetti che hanno una specifica esperienza in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica ovvero docente di scienze criminalistiche (artt. 70, comma 3, e 80, comma 4, ord. pen.). Nella valutazione di prognosi comportamentale – a differenza del giudizio fattuale di cognizione – il contributo decisionale dell'esperto assume un ruolo di importanza centrale *«per l'esatta valutazione dei risultati dell'osservazione della personalità, degli sviluppi e degli esiti del trattamento praticato, nei casi di condannati detenuti, e per la diversa valutazione della documentazione socio-familiare, medica, psichiatrica, all'esito dell'esame del richiedente, in udienza, nei casi dei condannati c.d. "liberi sospesi", in quanto gli Esperti medesimi hanno un ruolo attivo e coinvolgente, improntato ad affidabili criteri diagnostici di natura psicologica, pedagogica, criminologica che permettono di andare oltre la stessa esteriorità del comportamento»*¹⁸¹. Solo attraverso questa composizione sincretica si realizza, dunque, il necessario dialogo tra le scienze criminali-empiriche e le scienze criminali-giuridiche¹⁸².

In una visione più ampia, si comprende il ruolo che l'esperto – inteso in senso ampio – riveste nell'intero settore dell'esecuzione della pena: da un lato, come operatore del carcere concretizza il trattamento individualizzato del detenuto attraverso l'osservazione e la valutazione delle caratteristiche soggettive del singolo individuo; dall'altro lato, «come componente del collegio di sorveglianza valuta in termini concreti (ossia attraverso l'osservazione diretta della personalità e

¹⁸⁰ Ai sensi dell'art. 68, comma 4, ord. pen. i magistrati adibiti alle funzioni di sorveglianza «non debbono essere adibiti ad altre funzioni giudiziarie».

¹⁸¹ F. MAISTO, *Le decisioni della magistratura di sorveglianza tra norma e prassi*, in BIANCHETTI R. (a cura di), *Il contributo della criminologia al sistema penale: alla ricerca del nuovo "volto" della pena. Atti dell'incontro di studio in ricordo del Prof. Ernesto Calvanese*, in *Dir. pen. cont.*, 6 marzo 2015, p. 39 e s.

¹⁸² G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 31 ss.; F. GIANNITI, *Criminalistica. Le discipline penalistiche e criminologiche nei loro collegamenti*, Milano, 2011, p. 33 ss.; S. VINCIGUERRA, *Principi di criminologia*, Padova, 2013, p. 178 ss.

l'impiego effettivo del proprio patrimonio conoscitivo ed esperienziale) l'idoneità del progetto riabilitativo proposto, l'efficacia del programma trattamentale concordato e, laddove richiesto, l'assenza di pericolosità sociale del condannato/internato»¹⁸³.

È chiaro, dunque, come solo attraverso tale specializzazione il tribunale di sorveglianza possa realmente operare un giudizio tecnico-scientifico sulla personalità del singolo condannato.

Anche qui non è possibile tacere la situazione concreta in cui versa attualmente tale autorità giudiziaria. Ancora una volta, il primo problema attiene alle carenze di personale¹⁸⁴. In secondo luogo, vi è una vera e propria difficoltà di gestione del carico di lavoro e delle specificità del procedimento di sorveglianza¹⁸⁵. Ciò finisce per avere un effetto esiziale sull'affidabilità della prognosi, un giudizio estremamente complesso e delicato, come quello sul futuro comportamento del condannato, che non può essere effettuato in termini così ristretti.

Non solo. La collegialità e la specializzazione del tribunale di sorveglianza vengono meno in un numero considerevole di casi se si considera che tanto nell'ipotesi di applicazione della misura alternativa in via provvisoria quanto nel caso di applicazione della diversa misura di espiazione della pena detentiva breve presso il domicilio ai sensi dell'art. 1 legge n. 199 del 2010 occorrerà fare riferimento al (solo) magistrato di sorveglianza. Mentre nel primo caso viene parzialmente recuperato l'apporto dell'organo collegiale (è prevista una convalida semplice – senza contraddittorio – del provvedimento del magistrato da parte del tribunale di sorveglianza) nella c.d. detenzione domiciliare fino a diciotto mesi

¹⁸³ R. BIANCHETTI, *Il contributo dei giudici onorari alla decisione dei collegi del tribunale di sorveglianza: il punto di vista dell'esperto componente*, cit., p. 15.

¹⁸⁴ Secondo i dati forniti dal C.S.M., a fronte di 503 posti in organico previsti per l'esperto del tribunale di sorveglianza, oggi i posti coperti sono 449.

¹⁸⁵ Consiglio Superiore della Magistratura, Ufficio studi e documentazione, n. 273, 5 settembre 2003, est. P. Canevelli, dopo aver ribadito che è possibile «affidare agli esperti lo studio e la relazione di singoli affari nonché la redazione dei provvedimenti conseguentemente adottati dal collegio» (per un elenco delle attività 'delegabili' agli esperti in relazione alle loro professionalità v. p. 5) afferma anche che «tale opzione interpretativa è stata dettata, inoltre, dalla considerazione del pesante aggravio di lavoro accumulatosi sui tribunali di sorveglianza a seguito della legge n. 165/1998, apparendo, pertanto, insufficiente un mero aumento dell'organico degli esperti se a ciò non si accompagni la possibilità che essi contribuiscano allo smaltimento dei singoli affari di competenza del tribunale».

interviene esclusivamente l'organo monocratico con la conseguenziale perdita del sapere di cui l'esperto è portatore. Banalmente, si potrebbe affermare che ciò risponde alla peculiare *ratio* dell'istituto – ossia rimediare al problema del sovraffollamento carcerario – ma, in realtà, il ricorso al magistrato di sorveglianza in luogo dell'organo collegiale si inserisce in un *trend* legislativo di più ampio respiro. Negli ultimi anni, infatti, si assiste ad uno spostamento di attribuzioni dal tribunale al magistrato di sorveglianza¹⁸⁶, svuotando di fatto la funzione dell'esperto. In tema di concessione delle misure alternative alla pena detentiva, la valutazione della personalità del condannato, che richiede necessariamente specifiche cognizioni scientifiche, finisce per essere assorbita dai sempre maggiori compiti attribuiti al magistrato di sorveglianza che 'esperto' non è. Ecco allora che proprio nel settore delle prognosi personologiche *par excellence* si finisce per tornare alla valutazione intuitiva del singolo magistrato di sorveglianza, che pur avendo (presumibilmente) un maggiore sapere esperienziale rispetto al giudice della cognizione, in tema di prognosi, non potrà arrivare con le sue sole competenze alla valutazione *scientifica* della personalità dell'istante.

Non solo. Tra gli strumenti che consentirebbero alla magistratura di sorveglianza di esaminare la personalità del condannato vi è la perizia criminologica. A differenza, infatti, di quanto accade nella fase di cognizione, in questa sede non vi sono ostacoli normativi. Eppure, forse per le limitate risorse economiche o forse per il dilatarsi delle tempistiche connesse all'espletamento dell'attività peritale, non si fa ricorso ad approfondimenti tecnici anche nei casi che per la gravità del reato e la complessa personalità del reo potrebbero richiedere il parere del perito criminologo e/o dello psichiatra forense.

In definitiva, l'apporto delle scienze umane diviene del tutto residuale in quei processi decisionali svolti durante l'esecuzione della pena che dovrebbero, invece, porre al centro le valutazioni la persona ai sensi dell'art. 27, comma 3, Cost.

¹⁸⁶ Come è stato osservato, la *multidisciplinarietà del giudizio* del Tribunale di sorveglianza e dunque l'apporto del criminologo diventano sempre più residuali. P. COMUCCI, *Misure alternative alla detenzione: evoluzione o involuzione?* in BIANCHETTI (a cura di), *Il contributo della criminologia al sistema penale: alla ricerca del nuovo "volto" della pena. Atti dell'incontro di studio in ricordo del Prof. Ernesto Calvanese*, in *Dir. pen. cont.*, 6 marzo 2015, p. 33.

Come anticipato, le prognosi che permeano la fase esecutiva non riguardano esclusivamente la personalità del condannato o del detenuto ma anche l'attitudine della misura a realizzare il percorso risocializzativo intrapreso dal soggetto in libertà o in stato di detenzione.

In particolare, nel caso dell'affidamento in prova al servizio sociale non è necessario che il soggetto non sia più pericoloso – a differenza di quanto previsto per istituti che richiedono valutazioni prognostiche nella fase della cognizione come nel caso della sospensione condizionale della pena – ma che la sua pericolosità sia fronteggiabile attraverso il contenuto prescrittivo-assistenziale tipico dell'affidamento in prova¹⁸⁷. In altri termini, per poter concedere la misura il giudice deve verificare la probabilità che il soggetto risponda positivamente al particolare trattamento imperniato su regole di vita e assistenza. In particolare, oltre alle classiche prescrizioni del divieto (o dell'opposto obbligo) di dimora in un determinato comune, il giudice dovrà, da un lato, stabilire «prescrizioni che impediscano al soggetto di svolgere attività o di avere rapporti personali che possono portare al compimento di altri reati» e, dall'altro, prevedere che «l'affidato si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato»¹⁸⁸. E nel modellare il contenuto prescrittivo della misura, ancora una volta assumeranno un ruolo centrale proprio i risultati di osservazione della personalità.

Sul punto, però, le prassi dei Tribunali di sorveglianza prevedono prescrizioni molto diverse tra loro (come forse è inevitabile che sia) ma soprattutto sono «spesso orientate più ad esigenze di contenimento del soggetto (non fare, divieti e limitazioni alla libertà di circolazione in termini non dissimili dalle misure di sicurezza e di prevenzione) anziché prescrizioni legate ad attività positive di

¹⁸⁷ E. FASSONE, *Probation e affidamento in prova*, in Enc. dir., 1986, pr. 6. In caso di affidamento in prova è necessario un «giudizio di pericolosità condizionata vale a dire di pericolosità fronteggiabile adeguatamente attraverso il binomio prescrizioni-assistenza».

¹⁸⁸ Tale previsione è stata interpretata da una parte della giurisprudenza dei Tribunali di sorveglianza come possibilità di prescrivere, in via sussidiaria, attività di generica utilità a favore di enti o di soggetti diversi dalla vittima. Tale impostazione, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità, non merita accoglimento. Anzitutto perché l'art. 47, comma 7, ord. pen. ha un significato eterogeneo ma soprattutto in ragione del fatto che una simile previsione si traduce in un'afflittività ulteriore non giustificata dalla condotta del condannato. Cass. 23 novembre 2001, in *Cass. pen.*, 2003, 2039.

risocializzazione»¹⁸⁹. Tale orientamento può forse giustificarsi alla luce della difficoltà di controllo del rispetto delle prescrizioni. Più il sistema di accertamento si rivela inefficace maggiore sarà la sfiducia del giudice nel prevedere un reale contenuto risocializzativo della misura.

Per ovviare a tale problematica, il legislatore ha recentemente ampliato i poteri di controllo della Polizia penitenziaria. Tale scelta, però, non va esente da critiche: come evidenziato, si corre il rischio che la Polizia penitenziaria «finisca col configurare una sorta di “Polizia di controllo” che estende la sua funzione dall’interno all’esterno dell’istituto»¹⁹⁰. Un controllo che, secondo quanto previsto, non dovrebbe estendersi a tutte quelle prescrizioni che riguardano la «condotta del soggetto» che presuppongono una valutazione in chiave prognostica, riservate dalla legge all’operatore dell’u.e.p.e.¹⁹¹.

Gli strumenti prognostici appena analizzati costituiscono l’‘armamentario’ sulla base del quale il giudice della sorveglianza formulerà la prognosi. E proprio con riferimento alla predizione del futuro comportamento del condannato il linguaggio legislativo risulta disomogeneo

Con riferimento alle misure alternative alla detenzione, la loro ragion d’essere (si tratta di istituti volti a realizzare una prevenzione speciale positiva¹⁹²) dovrebbe indirizzare fortemente la valutazione prognostica di tipo giudiziale. Si tratta, infatti, di «misure anti-carcerarie più che extra carcerarie»¹⁹³ volte cioè a correggere la logica dell’esclusione tipica della reclusione per raggiungere il risultato del reinserimento del condannato nella società. L’assenza del rischio di recidiva

¹⁸⁹ M. BORTOLATO, *ult. op. cit.*, p. 1526.

¹⁹⁰ PARERE DEL GARANTE NAZIONALE sul d. lgs. Recante “riforma dell’ordinamento penitenziario” (L. delega n. 103/2017) ai sensi dell’art. 19 lett. c) del Prot. Opzionale alla Convenzione Onu contro la tortura e altri trattamenti crudeli, inumani e degradanti (opcat), 7 agosto 2018, p. 5.

¹⁹¹ Per un primo commento si v. M. RUARO, *Riforma dell’ordinamento penitenziario: le principali novità dei decreti attuativi in materia di semplificazione dei procedimenti e di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 9 novembre 2018, p. 7.

¹⁹² Le misure alternative alla detenzione costituiscono un *tertium genus* di misure, caratterizzate da una parziale limitazione della libertà e da forme assistenziali, «idonee a funzionare ad un tempo come strumenti di controllo sociale e di promozione della risocializzazione» Corte Cost. 29 ottobre 1987, n. 343, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1155, con nota di VERRINA, *Corte costituzionale e revoca dell’affidamento in prova: la rieducazione dal mito al realismo*.

¹⁹³ F. DELLA CASA, *Misure alternative*, cit., p. 817.

dovrebbe, cioè, essere assumere un diverso significato alla luce del percorso di responsabilizzazione del reo e di reinserimento sociale¹⁹⁴ che queste misure sono chiamate ad attuare in nome del principio rieducativo ai sensi dell'art. 27, comma 3, Cost. [v. *supra* cap. I, par. 1] . E ciò a maggior ragione se si considerano i dati statistici: i tassi di recidiva sono sensibilmente inferiori per i soggetti ammessi a misure alternative rispetto a quelli riferibili ai condannati che hanno espiato *in toto* la pena in regime carcerario¹⁹⁵.

Invero, negli ultimi decenni le misure alternative hanno subito una vera e propria mutazione genetica¹⁹⁶, il legislatore le ha sempre più impiegate come mezzi di contenimento quantitativo della popolazione carceraria. Oltre alla crisi d'identità che attraversa queste misure, il giudizio prognostico non va esente dalle censure che si è cercato di mettere in luce anche con riferimento agli istituti della cognizione. Nella quasi totalità dei casi, infatti, i requisiti giudiziali di accesso alle misure alternative alla detenzione e ai benefici penitenziari non vengono circoscritti dal legislatore, aumentando esponenzialmente la difficoltà di effettuare in maniera 'sicura' la prognosi di non recidiva¹⁹⁷.

È interessante notare il diverso livello di approfondimento del giudizio prognostico quando la pena viene eseguita in regime domiciliare. Il legislatore modula l'ampiezza della prognosi a seconda della funzione che tale misura è chiamata a svolgere. Quando si tratta di detenzione domiciliare c.d. umanitaria o assistenziale, concessa cioè per soddisfare esigenze che attengono allo stato di salute, alla giovane età o anzianità ovvero alla presenza di prole del condannato (art. 47ter, comma 1, ord. pen.) non si prevede alcun giudizio discrezionale incentrato sul rischio di recidiva. In realtà sul punto occorre fare una precisazione. Come affermato dalla giurisprudenza di legittimità e ribadito più volte dalla Corte costituzionale: «pur in mancanza di una letterale previsione in questo senso, [deve]

¹⁹⁴ Cfr. Raccomandazione R(92)16 *relativa alle regole europee sulle sanzioni e sulle misure alternative alla detenzione* (adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa 19 ottobre 1992).

¹⁹⁵ Cfr. LEONARDI, *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale e abbattimento della recidiva*, in *Rass. pen. e criminologica*, n. 2, Ministero della Giustizia, Roma, 2007.

¹⁹⁶ M. BORTOLATO, *ult. op. cit.*, p. 1525.

¹⁹⁷ M. BORTOLATO, *ult. op. cit.*, p. 1526.

ricorrere, anche nelle ipotesi di cui all'art. 47-ter [detenzione domiciliare ordinaria], il presupposto dell'assenza del pericolo di recidiva escludendo qualsiasi automatismo nella concessione della predetta misura, sul rilievo che la *ratio* comune a tutte le misure alternative alla detenzione – anche quando sono ammissibili perché rientranti negli specifici limiti previsti per ciascuna di esse – è quella di favorire il recupero del condannato e di prevenire la commissione di nuovi reati»¹⁹⁸. Diversamente, la prognosi criminale viene espressamente individuata dal legislatore quale requisito di accesso (più o meno stringente) alla misura quando l'espiazione della pena detentiva presso il domicilio è ispirata ad esigenze di contenimento numerico della popolazione carceraria. Nella detenzione domiciliare generica per condanne fino ai due anni (art. 47ter, comma 1bis) il tribunale di sorveglianza dovrà accertare che la *misura sia idonea ad evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati*; nella detenzione domiciliare speciale (art. 47quinques, comma 1) per la madre di prole inferiore ai dieci anni è necessario che non sussista *il concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti* ed, infine, nel caso della detenzione breve presso il domicilio ai sensi della l. n. 199/2010 non devono sussistere *specifiche e motivate ragioni* per ritenere che il condannato possa commettere altri *delitti*¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Corte cost., 10 giugno 2009, n. 177, in www.cortecostituzionale.it, che richiama Cass. pen. 28558 del 2008. Tale orientamento trova conferma anche nella sent. Corte cost., 22 ottobre 2014, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di F. FIORENTIN. In senso critico rispetto all'estensione operata dalla Corte cost. della prognosi di non recidiva anche alla detenzione domiciliare ordinaria s.v. A. M. CAPITTA, *da ultimo, con riferimento ai padri* Corte cost. n. 211/2018 art. 4-bis, comma 1, ord. penit. ma impone la regola di giudizio, in *Archivio pen.*, 2014, n. 3, l. Diversamente ed in senso adesivo al ragionamento della Corte cost. s.v. G. TABASCO, *La detenzione domiciliare speciale in favore delle detenute madri dopo gli interventi della Corte costituzionale*, in *Archivio pen.*, 2015, n. 3. Più recentemente sul punto s.v. anche Corte cost., 22 novembre 2018, in www.archiviopenale.it.

¹⁹⁹ Come si legge nella Relazione III/15/2010 della Corte di cassazione, 15 dicembre 2010, in www.cortedicassazione.it: la previsione è stata introdotta nel corso dell'esame del d.d.l. presso la Camera dei deputati nell'intento di conservare un margine di discrezionalità nella concessione del beneficio da parte del magistrato di sorveglianza «in modo da evitare censure di legittimità costituzionale come quelle che hanno riguardato il c.d. indultino concesso con la legge 1 agosto 2003, n. 207 (sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva nel limite massimo di due anni), il cui automatismo è stato ritenuto in contrasto con i principi di proporzionalità e individualizzazione della pena (Corte Cost., 21 giugno 2006, n. 225)».

Come è stato osservato, ogniqualevolta il legislatore ricorre all'«esecuzione domiciliare» per finalità deflative, la magistratura di sorveglianza «si trasforma in garante della pericolosità dei soggetti ammessi al beneficio»²⁰⁰.

Se si mettono a confronto le disposizioni, si può notare un tendenziale abbassamento del livello di affidabilità (o di pericolosità) del condannato per l'accesso alla misura, nel senso che l'oggetto della prognosi diviene sempre più circoscritto e dettagliato (il giudice non deve prevedere la futura commissione di qualsiasi reato ma dei soli delitti, si passa dall'accertamento di un generico pericolo di recidiva al più circoscritto «pericolo concreto») determinando così un maggiore ricorso alla misura extracarceraria, a patto che queste differenze linguistiche abbiano qualche riflesso sulla prassi applicativa.

Ciò emerge con forte evidenza nel caso della valutazione prognostica prevista per l'esecuzione breve presso il domicilio ai sensi della l. n. 199/2010, misura che è nata con il dichiarato scopo di contrastare il fenomeno del sovraffollamento carcerario²⁰¹. In questo caso, infatti, il magistrato della sorveglianza (e non il tribunale²⁰²) applica sempre il beneficio, ad esclusione del caso limite in cui accerti specifiche e motivate ragioni che facciano presumere l'inidoneità del condannato all'esecuzione domiciliare: «specifiche ossia non fondate su rilievi generici (come potrebbero essere eventuali precedenti condanne); motivate e quindi ricostruibili a posteriori, attraverso il percorso intellettuale compiuto dal giudice nel negare l'applicazione della misura ed enunciato nel provvedimento»²⁰³. La prospettiva è, dunque, ribaltata rispetto al giudizio prognostico che il Tribunale di sorveglianza

²⁰⁰ N. PISANI, *Spunti sulla metamorfosi della detenzione domiciliare tra automatismo e discrezionalità*, in *Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni*, a cura di R. del Coco, L. Marafioti, N. Pisani, Torino, 2014, p. 79.

²⁰¹ Si tratta di una misura nata come temporanea e solo successivamente stabilizzata dalla legge n. 10 del 2014. Cass., 26 giugno 2013, G.R., in *Dejure*: «la legge citata [l. n. 199/2010] persegue il dichiarato scopo di introdurre una misura temporanea, applicabile sino al 31 dicembre 2013, per far fronte all'emergenza del sovraffollamento delle carceri». Come noto la l. n. 199/2010 interveniva all'indomani della condanna della Corte Edu (Corte Eur., sez. II, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, in www.giustizia.it).

²⁰² A differenza di quanto previsto dall'ordinamento penitenziario, la competenza spetta al magistrato e non al tribunale di sorveglianza con conseguente perdita di specializzazione e di collegialità nell'assumere una decisione che richiede particolari competenze sulla persona dell'interessato.

²⁰³ G.M. PAVARIN, *Le ipotesi di detenzione domiciliare*, in Fiorentin (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Giappichelli, 2012, p. 307.

deve compiere in sede di applicazione sia della detenzione domiciliare di cui all'art. 47ter comma 1bis ord. pen. sia dell'affidamento in prova al servizio sociale ai sensi dell'art. 47 ord. pen. Nel primo caso la misura deve risultare idonea ad evitare che il condannato commetta altri reati, nel secondo la misura deve assicurare la prevenzione del pericolo che il condannato commetta altri reati.

Ben potendo, quest'ultime essere negate anche quando appaiano genericamente inidonee ad evitare che il soggetto commetta nuovi reati. Attraverso una valutazione prognostica più pregnante, «sostanzialmente ragionando in termini di probabilità anziché di mera possibilità di reiterazione criminosa»²⁰⁴, il legislatore favorisce l'applicazione dell'istituto deflattivo.

Un discorso a parte deve essere condotto con riferimento alla peculiare misura dell'affidamento in prova c.d. terapeutico, destinato a soggetti tossicodipendenti e alcolodipendenti ai sensi dell'art. 94, comma 4, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309. La concessione della misura è infatti subordinata ad una doppia valutazione: il giudice di sorveglianza, dopo aver valutato l'attualità dello stato di dipendenza, deve formulare anche un giudizio prognostico sul programma di recupero che deve «contribui(re) al recupero del condannato ed assicur(are) la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati»²⁰⁵. Vi è un delicato equilibrio tra la finalità terapeutica della misura e l'obiettivo rieducativo che viene, di fatto, sconfessato in sede applicativa. Tutto si gioca sulla valutazione dell'idoneità del programma di recupero mentre la prognosi di non recidiva finisce per essere messa da parte²⁰⁶.

Nell'ordinamento penitenziario, il percorso di ritorno nel consorzio sociale del detenuto deve essere compiuto in maniera graduale e progressiva²⁰⁷. E proprio in

²⁰⁴ K. NATALI, *L'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi*, in Caprioli-Scomparin (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015, p. 77.

²⁰⁵ Corte cost., ord. 07/87 anche la misura terapeutica al pari dell'affidamento ordinario richiede un giudizio prognostico volto a valutare il recupero del condannato e la prevenzione del rischio di recidiva del soggetto attraverso il «programma di recupero».

²⁰⁶ PAVARINI, in Bricola-Insolera (a cura di), *La riforma della legislazione penitenziaria in materia di stupefacenti nella nuova normativa*, Padova, 1991, p. 130.

²⁰⁷ Come sottolineato più volte dalla Corte cost. la «progressività trattamentale e flessibilità della pena» sono un principio sotteso all'intera disciplina dell'ordinamento penitenziario e costituiscono, in sede di esecuzione della pena detentiva, il portato del principio costituzionale rieducativo. Corte cost. n. 255 del 2006; in senso conforme, sentenze n. 257 del 2006, n. 445 del 1997, n. 504 del 1995 e, da ultimo, n. 149 del 2018.

tal senso, il giudizio prognostico sul futuro comportamento del detenuto costituisce un presupposto di accesso a significativi benefici penitenziari. Spesso, infatti, oltre alla «buona» o «regolare» condotta e alla partecipazione al trattamento rieducativo del soggetto è, altresì, richiesto che il magistrato di sorveglianza accerti l'assenza del rischio di recidiva. Si pensi ai permessi premio che frequentemente costituiscono il primo passo di «quel progressivo reinserimento armonico della persona nella società, che costituisce l'essenza della finalità rieducativa»²⁰⁸. Secondo quanto previsto dall'art. 30ter ord. pen. il magistrato di sorveglianza, sentito il direttore dell'istituto, può concedere permessi premio per consentire «ai condannati che hanno tenuto regolare condotta [...] e che non risultano socialmente pericolos(i)» di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro. Come si legge nei provvedimenti della magistratura di sorveglianza, la valutazione circa la pericolosità del soggetto può essere desunta dalla «partecipazione del condannato ad attività trattamentali strutturali, dalla loro natura e dai relativi risultati»²⁰⁹. Se così è, allora, l'istituto premiale si rivolgerebbe non alla generalità della popolazione penitenziaria che ha dato prova di responsabilità e di correttezza ma solo a coloro che si sono distinti nell'avanzamento del processo rieducativo²¹⁰.

Un accertamento, quello inerente alla pericolosità, che deve essere compiuto «con maggior rigore»²¹¹ e «con particolare attenzione»²¹² nel caso di soggetti condannati per reati di allarmante gravità e con fine pena lontana nel tempo. Altro elemento sintomatico particolarmente significativo, nel senso che viene spesso addotto dai giudici, quale elemento indicatore di persistente pericolosità del soggetto (negando, conseguentemente il beneficio), è l'«effettivo grado di revisione

²⁰⁸ Corte cost., n. 403 del 1997. Ed ancora, Corte cost. n. 188 del 1990, il permesso premio è «uno strumento di rieducazione in quanto consente un iniziale reinserimento del condannato in società».

²⁰⁹ Sezione Sorveglianza, Alessandria, 26 febbraio 2007, in *Arch. nuova proc. pen.* 2008, 1, 82. Nel caso di specie, il giudice analizza tre elementi: la sentenza di condanna per reati particolarmente gravi; la relazione di sintesi (che riporta un richiamo disciplinare per aver partecipato ad una protesta collettiva) ed una partecipazione ad attività trattamentali molto limitata (il teatro e un'attività lavorativa 'piatta') non avendo, invece, intrapreso ad attività trattamentali strutturate (corsi di istruzione scolastica superiore, corsi di formazione professionale, ecc.).

²¹⁰ F. FIORENTIN, *Art. 30ter*, in Della Casa-Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, p. 359, il quale riporta il dibattito sulla natura dei permessi premio.

²¹¹ Cass., sez. I, 11 ottobre 2016, n. 5505 in *Cass. Pen.*, 2017.

²¹² Cass., sez. I, 25 gennaio 2005, n. 5430, Liso in *Dejure*.

critica» in ordine al reato commesso²¹³. Ed ancora, viene in rilievo, nel contesto della verifica dell'attuale pericolosità sociale dell'interessato, «il modo in cui il detenuto ha fruito degli spazi di libertà già concessi per effetto del provvedimento emesso ai sensi dell'art. 21 ord. pen»²¹⁴.

L'ammissione al lavoro esterno del condannato, costituisce accanto ai permessi premio, un altro tassello dell'iniziale percorso di reinserimento sociale. Tra i requisiti di accesso, ai sensi dell'art. 48, comma 4, reg. exec., compare ancora una volta l'«esigenza di prevenire il pericolo che l'ammesso al lavoro all'esterno commetta altri reati». Il magistrato di sorveglianza deve, altresì, valutare l'ammissione al lavoro di pubblica utilità svolto all'esterno «tenendo prioritariamente conto delle esigenze di prevenire il pericolo di commissione di altri reati»²¹⁵.

Anche l'ultima tappa del processo risocializzativo in sede esecutiva, la liberazione condizionale ai sensi dell'art. 176 c.p., è subordinata ad una prognosi di non recidiva. Il “sicuro ravvedimento” del condannato, secondo l'interpretazione della giurisprudenza di legittimità, deve essere tale da addivenire ad «un giudizio prognostico ‘sicuro’ riguardo al venir meno della pericolosità sociale e alla effettiva capacità di ordinato reinserimento nel tessuto sociale, da effettuarsi sulla base di criteri fattuali di valutazione non dissimili da quelli dettati per la concessione di altri benefici penitenziari»²¹⁶.

²¹³ Sezione Sorveglianza Torino, 16 luglio 2008 in *Dejure*. In termini simili Cass., sez. I, 13 aprile 2007, n. 21154 in *Dejure*: nel caso di specie, il diniego di permesso premio richiesto da un condannato per il delitto di partecipazione a banda armata è stato fondato attribuendo rilievo ai contenuti di un libro pubblicato dal ricorrente, dai quali emergeva sia la *manca di una compiuta autocritica del proprio vissuto criminale*, sia la *manca della piena adesione ai valori fondamentali del sistema democratico*.

²¹⁴ Cass., sez. I, 09 aprile 2018, n.36456 in *Dejure*.

²¹⁵ Art. 20ter, comma 6, ord. pen. (Articolo inserito dall'articolo 2, comma 1, lettera c) del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 124).

²¹⁶ Cass., sez. I, 24 aprile 2007, n. 18022 in *Riv.* 237365.

CAPITOLO III – LE PROGNOSI NEL SISTEMA SANZIONATORIO INGLESE

SOMMARIO: 1. Premessa metodologica. – 2. Coordinate preliminari. – 3. Il sistema penale inglese: le tipologie di pena. – 3.1. (segue) La *discharge* e le *deferred sentences*. – 3.2. (segue) La pena pecuniaria. – 3.3 (segue) Le *community sentence*. – 3.4. (segue) La pena detentiva. – 3.5. (segue) La pena detentiva a tempo indeterminato. – 4. I giudizi prognostici nel sistema inglese. – 5. Uno sguardo alla commisurazione della pena: le *sentencing guideline*. – 5.1. Il *pre-sentence report*. – 6. Il giudizio prognostico nella c.d. *extend sentence*. – 7. Il giudizio prognostico nella fase esecutiva: il Parole Board.

1. Premessa metodologica

Per comprendere appieno gli strumenti prognostici ed in particolare quello che oggi appare come lo strumento di valutazione del rischio di ricaduta del reato più accreditato – *offender assessment sistem* – occorre esaminare più da vicino il sistema penale inglese²¹⁷.

Come noto sono molteplici le strade della comparazione penalistica, in questa sede si è scelto di utilizzare il confronto con il dato straniero sul piano scientifico-teorico ossia come «strumento di aiuto per la soluzione di problemi giuridici fondamentali²¹⁸».

Nel sistema inglese, infatti, il giudice, di fronte a un vasto catalogo di sanzioni penali, ha il potere di scegliere se applicare una di esse e di quantificarne la misura sulla base di scelte discrezionali molto più ampie di quanto non accada nel nostro

²¹⁷ Nel prosieguo, per esigenze espositive, ci si riferirà alla sola Inghilterra anche se l’Inghilterra e il Galles costituiscono, per quanto riguarda il diritto penale, un unico ordinamento giuridico. Come noto, il Regno Unito costituisce un sistema semi-federale, composto da tre diversi ordinamenti giuridici: Inghilterra e Galles, Scozia ed Irlanda del Nord. I rapporti tra le diverse realtà territoriali si ispira alla collaborazione. Sul processo di *devolution* si rinvia a BARNETT, *Constitutional and administrative law*, Oxon, 2011, 319.

²¹⁸ KAI AMBOS, *Lo stato attuale e il futuro della comparazione penalistica*, in *Ind. Pen.*, 3, 2018, p. 729.

sistema. In questo scenario, il legislatore inglese ha introdotto, nel corso del tempo, una serie di strumenti volti sia ad orientare la discrezionalità del giudice nella determinazione della pena ma anche e soprattutto – per quel che qui interessa – a ricondurre a uniformità e certezza la formulazione della prognosi criminale.

Come si dimostrerà nel prosieguo della ricerca [v. Cap IV, in particolare pr. 1], infatti, uno dei maggior problemi che affliggono i giudizi prognostici è proprio la loro ‘scarsa’ affidabilità. Di fronte ad una valutazione fatalmente probabilistica – perché riguarda il futuro comportamento del reo – è necessario da un lato raccogliere quanti più elementi possibili sulla personalità e sul carattere del reo e dall’altro impiegare il sapere esperienziale, derivante dalla psicologia, dalla sociologia e dalla criminologia, per stabilire i collegamenti esistenti tra caratteristiche personali, fattori ambientali e/o situazionali e la commissione di reati.

E proprio su questo punto, il confronto con un sistema come quello inglese si rivela molto utile allo studioso italiano. Il giudice inglese, infatti, a differenza di quello italiano, quando prevede il futuro comportamento del reo può contare, da un lato, su un solido meccanismo di accesso alle informazioni riguardanti il reo, ossia i *pre-sentence report*, e, dall’altro, su validi strumenti predittivi, come le *Sentencing Guideline*.

2. *Coordinate preliminari*

Prima di analizzare i meccanismi previsti dal sistema inglese per orientare la discrezionalità giudiziale, focalizzando l'attenzione sull'impiego degli strumenti predittivi nella formulazione della prognosi di pericolosità, pare opportuno fornire la descrizione di alcuni elementi che caratterizzano quel sistema e che inevitabilmente finiscono per influire sulle valutazioni degli istituti (ed in particolare sulla prognosi criminale che il giudice o altro organo è chiamato a formulare per poter applicare quel singolo istituto).

La spiccata discrezionalità giudiziale è solo uno dei tratti che caratterizzano il sistema inglese. A questo occorre aggiungere la vera e propria moltitudine di tipologie di pene previste e la flessibilità che contraddistingue la fase esecutiva della sanzione penale.

A ben vedere, è anche necessario fornire, seppur limitatamente al tema di ricerca, alcune considerazioni di natura processuale. Il sistema sanzionatorio, infatti, si colloca in uno scenario processuale profondamente diverso da quello italiano.

Il processo penale inglese si regge da un lato sulla scissione tra la pronuncia di colpevolezza (*conviction*) e la determinazione della pena (*sentence*) e, prima ancora, sulla discrezionalità dell'esercizio dell'azione penale

Di notevole importanza, per il tema oggetto di ricerca, è la struttura bifasica del processo di cognizione. La prima fase processuale è volta ad accertare la responsabilità penale del l'imputato e può concludersi, alternativamente, con un provvedimento (*verdict*) di condanna (*conviction*) o di assoluzione (*acquittal*). Vi è poi una seconda fase, separata dalla precedente, destinata alla determinazione e commisurazione della pena. Quest'ultima prende il nome di *sentencing*. Tale termine non trova un'immediata corrispondenza nel nostro sistema. Si tratta, infatti, di una fase significativa, che (ri)valuta le caratteristiche del fatto storico di reato e della personalità del colpevole²¹⁹, e la cui conclusione è sancita dal *sentence* ossia da quel provvedimento che contiene l'individuazione della pena concreta che il condannato dovrà scontare. Per tale ragione si è scelto di tradurre il termine *sentencing* con la parafrasi 'determinazione della pena'²²⁰. Volendo impiegare le categorie domestiche potremmo guardare al *sentencing* come a quel procedimento che, secondo la dottrina penalistica italiana, individua la c.d. 'commisurazione della

²¹⁹ Sul punto si esaminerà in modo approfondito il contributo offerto dal *pre-sentence report* al giudice nella formulazione della prognosi criminale. In particolare, il *pre-sentence report* è una relazione che descrive le caratteristiche del reato e ricostruisce le vicende individuali del reo (anche attraverso perizie psichiatriche) che attengono direttamente alla sua personalità o al contesto socio-ambientale cui appartiene. Si comprende, fin da subito come il *pre-sentence report*, costituisca un momento chiave del procedimento di *sentencing*.

²²⁰ Il termine *sentencing* «non possiede nella nostra lingua un equivalente specifico». MANNOZZI, *Sentencing*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. XIII, Torino, UTET, 1991, p. 152 e s.

pena in senso lato²²¹: non solo e non semplicemente l'individuazione della pena principale entro la cornice edittale della fattispecie astratta integrata, ma anche l'applicazione di tutti quegli istituti che richiedono una valutazione discrezionale del giudice, come ad esempio l'applicazione delle circostanze o l'applicazione di pene accessorie.

La sequenza appena illustrata costituisce il binario ordinario del percorso processuale inglese; tuttavia, non si può nascondere come nel caso (molto diffuso) del *guilty plea*, ossia l'ammissione di colpa da parte dell'imputato di fronte al giudice all'inizio del dibattimento, con conseguente rinuncia alla garanzia procedurale della giuria, si riduca ai minimi termini la fase di *sentencing*. In questa ipotesi, infatti, la pena è determinata dal *prosecutor* sulla base di un accordo concluso con la difesa dell'imputato, in termini analoghi a quanto avviene nel nostro ordinamento nel caso di c.d. patteggiamento²²².

Quanto all'instaurazione del procedimento penale, si tenga conto che essa avviene ad opera del *Crown Prosecution Service*, un organo composto da funzionari civili (*civil servant*) che non sono incardinati nell'ordinamento giudiziario. La natura 'non togata' di tale organo e la non obbligatorietà dell'azione penale consentono all'accusa inglese di compiere una prima selezione: per i fatti di reato di scarsa offensività e per gli autori di reato non ritenuti pericolosi o rispetto ai quali non sussista una "valutazione di meritevolezza" di pena non verrà instaurato alcun processo. Soprattutto in casi di primo episodio criminale (*first-time offender*), il *Crown prosecutor* ha il dovere di vagliare delle strade alternative a quella costituita dal procedimento penale, come ad esempio imporre al soggetto una cauzione (semplice o subordinata a determinate condizioni)²²³.

²²¹ E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 4 ss.

²²² Non mancano analogie con quanto accade anche nel sistema italiano nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'art. 444 c.p.p. In questo caso, infatti, il giudice italiano, pur conservando *expressis verbis* un potere di valutazione sulla congruità della pena, si limita di fatto ad accogliere o a negare quanto proposto dall'imputato in accordo con il pubblico ministero. V. Cap. II, pr. 3.

²²³ *Code for crown prosecutors* (agg 26 ottobre 2018). Tra i requisiti di applicabilità della *caution* vi è l'ammissione di responsabilità da parte del soggetto e il reato deve presentare un livello di gravità basso. Tale sanzione pur non costituendo una condanna verrà impiegata nella valutazione del carattere del soggetto qualora quest'ultimo commetta un nuovo reato.

Ancora una precisazione preliminare: la distinzione per tipologie di reati, nel sistema inglese, è di tipo processuale/procedimentale. I reati di minore gravità (c.d. *summary offences*) sono attribuiti alla competenza della *Magistrates' Court*, composta di regola da tre giudici laici, che adotta un procedimento 'sommario' (*summary*) caratterizzato da rapidità e forme semplificate.

Le fattispecie penali più gravi (*indictable offences*) sono invece attribuite alla competenza della *Crown Court*, che adotta un procedimento *on indictment*. I soggetti sono, cioè, giudicati alla presenza di una giuria.

Infine, vi sono fattispecie c.d. *offences triable either way*, che possono essere devolute all'una o all'altra Corte.

La natura dell'illecito è stabilita dalla legge nel caso delle *statutory offences*, come nel caso e dei reati di minore gravità (*summary offences*), mentre le fattispecie di creazioni giurisprudenziale (*common law offences*) sono di regola *indictable offences*, ad eccezione dei reati elencati nella *Schedule 1* del *Magistrates' Court Act* del 1980 (fattispecie *triable either way*).

La competenza a giudicare le fattispecie *triable either way* non è stabilita a priori. Sarà la *Magistrates' Court* a valutare, sulla base della gravità del fatto e della pena irrogabile, se il reato rientri o meno nella propria competenza (e debba, dunque, essere giudicato con rito *summary*).

Ai due diversi organi giudicanti corrisponde un differente potere di determinazione della tipologia sanzionatoria applicabile²²⁴. La competenza della *Magistrates' Court* è limitata: può irrogare fino a un massimo di 5000 sterline in caso di pena pecuniaria; mentre può applicare una pena detentiva massima di sei mesi (fino ad un massimo di dodici mesi nel caso di commissione di più reati) ai sensi della *Section 282 Criminal Justice Act* del 2003. Può anche accadere che la *Magistrates' Court* si dichiari competente anche ove la pena sia superiore, rinviando alla *Crown Court* la determinazione della pena. In ogni caso l'imputato può opporsi al rito *summary* e chiedere di essere giudicato *on indictment*. A differenza dei limiti esposti sopra, il potere 'sanzionatorio' dei giudici della *Crown Court* è

²²⁴ *Section 78 e 131 del Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 e Section 32, 33 e 133 del Magistrates' Court Act 1980.*

tendenzialmente limitato solo dal limite massimo della pena stabilita dalla legge per i reati non essendo fissato un limite minimo.

3. *Il sistema penale inglese: le tipologie di pena*

Il catalogo sanzionatorio previsto dal sistema penale inglese è ben più vario rispetto a quello italiano. Dalla pena pecuniaria alle diverse modalità di esecuzione della pena detentiva, passando per varie forme di prescrizioni e limitazioni della libertà connesse alle c.d. *community sentences*, il giudice inglese può calibrare la risposta al reato in base a criteri che sono dettagliati nelle linee guida (*sentencing guideline*), e ciò accade in relazione a molte categorie di reato. Può accadere che per alcune tipologie di reato non esistano ancora linee guida specifiche, il giudice inglese dovrà allora fare riferimento alle Linee guida che contengono i principi generali (*general guideline: overarching principles*)²²⁵.

Il dovere del giudice di seguire le linee guida rilevanti nel caso di specie è stato espressamente sancito dalla *section 125* del *Coroners and Justice Act* del 2009: tale dovere viene meno solo nel caso in cui il giudice ritenga che ciò sarebbe contrario agli interessi della giustizia (*unless the court is satisfied that it would be contrary to the interests of justice to do so*).

Fatti salvi i casi (invero numericamente limitati) nei quali la legge prevede dei limiti minimi di pena per alcune fattispecie incriminatrici (in relazione, ad esempio, alle sostanze stupefacenti e alle armi), il giudice dispone di ampi margini di discrezionalità nella commisurazione della pena.

Le finalità della risposta punitiva sono sancite dalla *section 142* del *Criminal Justice Act* del 2003, secondo la quale «ogni corte, nell'occuparsi di un autore di reato in relazione alla fattispecie incriminatrice realizzata, deve tenere in considerazione le seguenti finalità della condanna: (a) la punizione del reo; (b) la

²²⁵ Per la consultazione delle *sentencing guidelines* v. www.sentencingcouncil.org.uk. Per un quadro generale del sistema sanzionatorio cfr. S. Easton, C. Piper, *Sentencing and Punishment. The Quest of Justice*, Oxford, 2016; A. Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice*, Oxford, 2010.

riduzione della criminalità (inclusa la sua riduzione attraverso la deterrenza); (c) la correzione e la riabilitazione degli autori di reato; (d) la protezione della collettività; (e) la riparazione nei confronti delle persone colpite dal reato da parte dei loro autori»²²⁶.

Prima di analizzare le disposizioni che impongono la formulazione di un giudizio prognostico sul futuro comportamento dell'autore di reato, conviene tracciare un quadro di massima delle varie tipologie di pena.

La pena detentiva, nel sistema inglese, può essere determinata o indeterminata. Nella prima ipotesi, che riguarda la stragrande maggioranza dei condannati a pena detentiva, il giudice individua il *quantum* di pena. Di regola il condannato trascorrerà metà di questa pena nell'istituto penitenziario e l'altra metà "*on licence*", ossia al di fuori di quest'ultimo, ma con l'obbligo di rispettare alcune prescrizioni. Solo nel caso di pena detentiva a tempo determinato (*imprisonment*), infatti, è prevista un'automatica fase di rilascio anticipato denominata *release*, il condannato è cioè rilasciato senza ulteriori valutazioni giudiziali²²⁷.

Tra le pene detentive indeterminate rientrano, invece, le varie tipologie di ergastolo (*life sentences*) e la c.d. *extended sentence* (v. infra pr. 6).

Accanto alle pene custodiali vi sono poi sanzioni limitative della libertà personale (*community sentence*), che presentano i contenuti più vari, diversamente calibrabili dal giudice in ragione della personalità e del carattere del soggetto, e che tendenzialmente possono essere accessorie o alternative alle pene detentive. In particolare, questa tipologia di pena è inflitta in alternativa alla pena detentiva prevista per il reato quando il giudice ritenga che la stessa *community sentence* costituisca un rimedio adeguato e proporzionato al tipo e alla gravità del reato commesso.

²²⁶ Il testo del *Criminal Justice Act* del 2003, che nel corso degli anni ha subito numerose modifiche, è reperibile nella sua versione consolidata in www.legislation.gov.uk.

²²⁷ A seconda poi della durata della pena inflitta originariamente, il rilascio potrà essere subordinato o meno a delle prescrizioni comportamentali (*release on licence* o *unconditionally*).

Sul diverso versante della sanzione penale a contenuto patrimoniale è prevista sia una pena pecuniaria (*fine*) sia una pena di tipo risarcitorio (*compensation order* e/o *restitution order*).

3.1 (segue) *La discharge e le deferred sentences*

Nella descrizione del sistema sanzionatorio inglese occorre ricomprendere anche la *discharge*.

In relazione a fatti di reato di particolare tenuità, il giudice inglese può decidere che la semplice esperienza di essere sottoposti a procedimento penale costituisca di per sé una reazione sufficiente. In questi casi vi è, quindi, una rinuncia all'esercizio della potestà punitiva che potremmo approssimativamente ritenere equiparabile alla non punibilità per particolare tenuità del fatto prevista nell'ordinamento italiano dall'art. 131-bis c.p. Si tratta di una risposta al reato che, pur essendo sensibilmente diminuita negli ultimi dieci anni (era il 7% circa di tutte le forme di risposta al reato nel periodo 2008-2013), ha trovato applicazione nel 4% circa dei casi nell'ultimo triennio (2016-2018)²²⁸.

In particolare, pur dinnanzi ad un accertamento di responsabilità penale, il giudice penale inglese può ritenere opportuno non infliggere al soggetto non pervenire alla condanna. Tale determinazione richiede una valutazione di tipo soggettivo, che attiene al carattere del reo, e un esame oggettivo delle circostanze e della natura del reato²²⁹.

²²⁸ Per tutti i dati statistici citati qui e nel prosieguo si veda www.gov.uk nella parte dedicata alle *criminal justice statistics*

²²⁹ Section 12 del *Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000*: “Where a court by or before which a person is convicted of an offence (not being an offence the sentence for which is fixed by law or falls to be imposed under section 109(2), 110(2) or 111(2) below) is of the opinion, having regard to the circumstances including the nature of the offence and the character of the offender, that it is inexpedient to inflict punishment, the court may make an order either—(a) discharging him absolutely; or (b) if the court thinks fit, discharging him subject to the condition that he commits no offence during such period, not exceeding three years from the date of the order, as may be specified in the order.”

La *discharge* può essere sottoposta o meno a delle condizioni. Nella prima ipotesi, denominata *conditional discharge*, il reo deve astenersi dal commettere nuovi reati per un periodo di tempo stabilito dal giudice e che non può in ogni caso superare i tre anni; mentre nei più rari casi di *absolute discharge* – si tratta soprattutto di ipotesi di particolare tenuità – l'autore di reato è rilasciato immediatamente senza essere sottoposto ad alcuna condizione o altra restrizione di libertà.

Il *discharge* (assoluto o condizionale) potrebbe essere definito come una 'non condanna', cui consegue esclusivamente l'annotazione della *discharge* nel casellario giudiziale.

Diversamente, nel caso in cui sussistano esigenze di giustizia sociale, il giudice inglese ha la facoltà di rinviare la determinazione della pena per un periodo massimo di sei mesi dalla conclusione del processo (*deferred sentences*). Questo particolare istituto consente di non determinare la pena in presenza di una prognosi positiva sul rispetto delle prescrizioni da parte del condannato durante un determinato periodo di tempo. Prescrizioni che il giudice ritaglia proprio in considerazione delle specificità del soggetto condannato. Ai nostri fini, è interessante notare come questo istituto riguardi un aspetto peculiare della prognosi ossia, come si illustrerà nel prosieguo, l'individuazione dell'efficacia special-preventiva della risposta punitiva[v. cap. V, par. 6].

Le c.d. *deferred sentences* richiedono un 'contributo' attivo del condannato nel senso che è necessario, ai fini della loro applicazione, che sussistano congiuntamente due requisiti. Oltre al consenso espresso dell'autore di reato, occorre anche una sua chiara manifestazione di volontà o meglio di disponibilità a rispettare gli obblighi che il giudice ritiene di dover imporre²³⁰. Tali prescrizioni sono individuabili dal giudice con la massima flessibilità. Sarà la situazione personale del soggetto a costituire il fulcro attorno al quale il giudice è chiamato a plasmare gli obblighi cui assoggettare il reo²³¹. A titolo di esempio si può pensare

²³⁰ Section 1 e 2 Powers of Criminal Courts (Sentencing) (PCC(S)).

²³¹ Anche in questo caso le prescrizioni possono non coincidere con i *requirements* fissati dalla legge per le *community sentences*.

alla frequentazione di un programma terapeutico per il soggetto tossicodipendente. In altri casi il giudice può valorizzare – astenendosi dal determinare la pena – il contesto lavorativo o familiare del soggetto qualora questi siano nel frattempo cambiati. Si pensi al caso in cui il condannato abbia trovato una nuova occupazione lavorativa.

Emerge chiaramente la finalità di recupero di un tale meccanismo: il giudice condanna ma sospende la determinazione della sanzione penale se le condizioni che hanno portato a delinquere sono mutate e, non da ultimo, se il soggetto dimostra un seria assunzione di responsabilità che potremmo definire un vero e proprio impegno a non commettere in futuro nuovi reati.

Qualora, poi, il condannato commetta un nuovo reato durante il c.d. *deferment period*, il reo si vedrà applicare una nuova pena che tiene in considerazione sia il precedente che il nuovo reato. Nella diversa ipotesi in cui il condannato non rispetti le prescrizioni imposte, il giudice, anche prima della scadenza naturale del *deferment period*, può convocarlo al fine di determinare la pena per il reato commesso in precedenza²³².

3.2 (segue) La pena pecuniaria

La tipologia di risposta che trova maggiore applicazione è quella pecuniaria (*fine*). Il ricorso a questa pena, che riguarda tendenzialmente i reati di minore gravità, è cresciuta nell'ultimo decennio, passando dal 65% nel 2008 al 77% dei casi nel 2018.

La gravità del reato commesso e la capacità economico-patrimoniale del reo costituiscono i criteri commisurativi della pena pecuniaria secondo quanto previsto dalla *Section 164* del *Criminal Justice Act* del 2003²³³. In particolare, il *quantum* di

²³² Allegato 23 del *Criminal Justice Act* 2003.

²³³ : “(1) Before fixing the amount of any fine to be imposed on an offender who is an individual, a court must inquire into his financial circumstances.(2) The amount of any fine fixed by a court must be such as, in the opinion of the court, reflects the seriousness of the offence.(3) In fixing the amount of any fine to be imposed on an offender (whether an individual or other person), a court must take

sanzione è stabilito attraverso il sistema degli *standard scale*: si individuano dei livelli di afflittività crescente (cinque) cui corrispondono dei massimi edittali²³⁴. Non sono, invece, previsti minimi edittali. La Corte, prima di fissare l'ammontare del *fine* in relazione alla gravità del reato, deve informarsi sulle condizioni economiche del reo che devono essere intese in senso strettamente personale (sono esclusi, ad esempio, i mezzi finanziari del coniuge). Nel caso, poi, di un eventuale inadempimento da parte del reo, tale pena viene sempre più spesso convertita in una *community service* anziché in una pena detentiva²³⁵.

Sul versante della sanzione penale a contenuto patrimoniale è prevista anche una pena di tipo risarcitorio (*compensation order* e/o *restitution order*). Fin dagli anni Settanta²³⁶, l'Inghilterra ha, infatti, introdotto il sistema dei c.d. *compensation order*, ossia l'ordine di risarcire il danno derivante da reato, su richiesta della vittima o dell'accusa, che può essere inflitto al reo in via alternativa o cumulativa rispetto ad un'altra pena. Sostanzialmente il giudice penale ha piena discrezionalità nel decidere in merito al *quantum* della riparazione. La vittima entra nella dinamica processuale nella fase finale del *sentencing*, presentando una richiesta priva di formalità. Nel caso in cui il soggetto versi in situazione di indigenza, la Corte può dichiarare la prevalenza del *compensation order* sulla sanzione pecuniaria che sarebbe altrimenti inflitta.

3.3. (segue) *Le community sentences*

Le c.d. *community sentences* combinano la risposta punitiva con quella trattamentale. Al condannato possono essere imposte differenti tipologie di

into account the circumstances of the case including, among other things, the financial circumstances of the offender so far as they are known, or appear, to the court. [...]"

²³⁴ I massimi edittali possono essere superati dalle *Crown Court*. Salvo alcune eccezioni, le *Magistrates Courts* devono rispettare i seguenti livelli: livello 1 per un massimo di 200 sterline; livello 2 per un massimo di 500, livello 3 per un massimo di 1000, livello 4 per un massimo di 2500, livello 5 per un massimo di 5000.

²³⁵ A. ASHWORTH, *Sentencing and criminal justice*, Cambridge, 2010, p. 4.

²³⁶ *Criminal Justice Act* 1972 poi inserito nel *Powers of Court Act* 1973 e successivamente nel *Criminal Justice Act* del 1982 (*Section* 67).

prescrizioni che includono, tra le altre, lo svolgimento di attività lavorativa a beneficio della comunità e attività riabilitative (ad es. in caso di dipendenza da alcol o sostanze stupefacenti) oppure varie tipologie di interdizione o limitazione della libertà personale (ad es. il divieto di svolgere talune attività o l'obbligo di rimanere in un certo luogo con l'utilizzo di strumenti di controllo a distanza). In particolare, questa tipologia di pena è applicata nel caso di reati puniti con la pena detentiva quando il giudice ritenga che costituisca un rimedio adeguato e proporzionato al tipo e alla gravità del reato commesso. Tuttavia, il ricorso alle *community sentences* si è dimezzato negli ultimi dieci anni: riguardava il 14% circa dei casi nel 2008, mentre nel 2018 ha trovato applicazione solo nel 7% circa delle condanne.

Tale tipologia di pena non trova nell'ordinamento italiano una sanzione corrispondente. Appare, pertanto, opportuno un maggiore approfondimento.

Come anticipato, la *community sentence* è una pena irrogata dal giudice della cognizione tendenzialmente 'alternativa' a quella detentiva, nel senso che può trovare applicazione nei casi in cui la legge preveda una pena detentiva e/o pecuniaria e queste non siano ritenute dal giudice adeguate rispetto alla gravità del reato concretamente realizzato²³⁷.

Il giudice inglese, infatti, può applicare una *community sentence* in luogo della pena detentiva o pecuniaria sulla base di quanto previsto, in primo luogo, dal *Criminal Justice Act* (CJA) del 2003 e, in secondo luogo, dalle specifiche *sentence guidelines*. Ai sensi della *section 150a* del CJA 2003, la *community sentence* può essere tendenzialmente irrogata solo per i fatti per cui sia prevista la pena privativa della libertà. Con una precisazione: l'ambito applicativo delle *community sentence* è stato, quantomeno sulla carta, ampliato nel corso degli anni. Secondo quanto stabilito dalla *section 151*²³⁸ del *Criminal Justice Act* del 2003 è, infatti, possibile per il giudice applicare una *community sentence* anche qualora il legislatore non abbia previsto la pena privativa della libertà purché si tratti di soggetti recidivi di

²³⁷ *Section 152 Criminal Justice Act 2003*: «la Corte non applica una pena privativa della libertà a meno che non sia dell'opinione che il reato o il suo concorso con uno più reati, sia così grave che né una pena pecuniaria né una *community sentence* possano essere adatte a tale reato».

²³⁸ Il *Criminal Justice and Immigration Act* del 2008 ha modificato la *section 151* del *Criminal Justice Act* del 2003.

età pari o superiore a diciotto anni e che siano già stati condannati tre o più volte ad una pena pecuniaria e quando l'imposizione di questa condanna derivi da esigenze di giustizia nonostante il disvalore del singolo fatto non sia tale da meritare una *community sentence*. In particolare, il giudice dovrà tenere conto delle circostanze del caso concreto, ponendo particolare attenzione all'eventuale legame tra i diversi reati commessi e al lasso di tempo trascorso tra la commissione di un illecito penale e l'altro.

Altro principio cardine è previsto nella *Section 148 Criminal Justice Act 2003*, che stabilisce che la *community sentence* non può trovare applicazione qualora il reato non sia di gravità tale da meritare una siffatta sanzione. In altre parole, è necessario che la gravità del fatto realizzato sia proporzionata a tale pena.

Il principio di proporzionalità della sanzione e di individualizzazione del *requirement*, ossia delle prescrizioni concrete associate alla pena della *community sentence*, obbligano il giudice a richiedere un *pre-sentence report*.

Si tratta di un documento sulla personalità del reo redatto da un *probation officer*²³⁹ che interessa particolarmente il tema oggetto della ricerca poiché consente l'ingresso di informazioni fondamentali per la costruzione della prognosi criminale.

Nella richiesta di formulazione del *report*, infatti, è importante che il giudice individui il livello di rischio associabile al reato commesso dal soggetto²⁴⁰. Spetta, infatti, esclusivamente al giudice stabilire il livello di restrizione di libertà²⁴¹ che considera congruo in relazione al tipo di reato commesso e al grado di colpevolezza del soggetto. A seconda delle risultanze del *pre-sentence report* il giudice stabilirà, poi, durata e numero delle prescrizioni.

²³⁹ Sul ruolo del *pre-sentence report* e del *probation officer* ci si soffermerà nel prosieguo. In particolare, par. 5.1.

²⁴⁰ HOOPER DAVID ORMEROD, *Blackstones's Criminal Practice 2010 Supplement 3*, Oxford, 2010, p. 324: «There should be three sentencing ranges (low, medium and high) within the community sentence band based upon seriousness. It is not intended that an offender necessarily progress from one range to the next on each sentencing occasion. The decision as to the appropriate range each time is based upon the seriousness of the new offence(s). The decision on the nature and severity of the requirements to be included in a community sentence should be guided by: (i) the assessment of offence seriousness (low, medium or high); (ii) the purpose(s) of sentencing the court wishes to achieve; (iii) the risk of re-offending; (iv) the ability of the offender to comply; and (v) the availability of requirements in the local area. The resulting restrictions on liberty must be a proportionate response to the offence that was committed».

²⁴¹ Il livello di rischio attribuito al reato che può attestarsi su tre diverse fasce: alto, medio o basso.

La *community sentence* ha, infatti, un contenuto prescrittivo.

Nella scelta dei *requirements*, il giudice deve individuare quello maggiormente adatto (*suitable*) al soggetto concreto, tenendo in considerazione la personalità del reo, e deve valutare che le restrizioni di libertà – derivanti dall'applicazione dei *requirements* – siano proporzionate alla gravità del fatto commesso (*section 148* lett. *a* e *b* *Criminal Justice Act 2003*²⁴²).

Dal punto di vista contenutistico è, però, intervenuta una recente modifica del CJA del 2003²⁴³. È stato infatti previsto che il *community order* debba sempre contenere una prescrizione di carattere punitivo o l'applicazione di una pena pecuniaria (*fine*). Si tratta di un irrigidimento duramente criticato dalla dottrina inglese, secondo la quale risulta arduo sostenere che le prescrizioni previste per questa tipologia di sanzione non abbiano già di per sé carattere punitivo²⁴⁴. In ogni caso, all'interno dei confini tracciati dalla proporzionalità tra il fatto commesso e la restrizione di libertà derivante dall'applicazione del *requirements*, il giudice deve valutare le caratteristiche del condannato e le specifiche necessità mostrate dallo stesso.

Tendenzialmente, nei casi in cui il soggetto presenti un rischio di recidiva elevato il giudice prevede programmi più complessi, derivanti dalla combinazione di più *order*; viceversa nelle ipotesi in cui il giudice ritiene che il reo presenti un minore livello di rischio (*low*) stabilirà una prescrizione.

²⁴² Si riporta il testo della disposizione citata. *Section 148: Restrictions on imposing community sentences*

(1) *A court must not pass a community sentence on an offender unless it is of the opinion that the offence, or the combination of the offence and one or more offences associated with it, was serious enough to warrant such a sentence.*

(2) *Where a court passes a community sentence*

(a) *the particular requirement or requirements forming part of the community order must be such as, in the opinion of the court, is, or taken together are, the most suitable for the offender, and*

(b) *the restrictions on liberty imposed by the order must be such as in the opinion of the court are commensurate with the seriousness of the offence, or the combination of the offence and one or more offences associated with it.*

²⁴³ Il *Crime and Courts Act 2013* ha modificato il *Criminal Justice Act* del 2003.

²⁴⁴ Sul punto, per tutti, si veda A. ASHWORTH, *Sentencing and criminal justice*, Cambridge, 2015, p. 369. Secondo il *Ministry of Justice* le prescrizioni “punitive” devono essere individuate «*unpaid work, curfews and requirements aimed to be a direct restriction of activity, i.e. prohibited activities and exclusions from specified locations*» in *Community Orders with punitive requirements, Analytical Series* 2014. Disponibile su https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/295645/community-orders-with-punitive-requirements.pdf.

Quest'ultimo punto merita una considerazione ulteriore proprio con riferimento al tema di ricerca. Questa tipologia di pena, volendo fare un paragone con il sistema sanzionatorio italiano, richiede un giudizio prognostico non solo sulla probabilità di recidiva ma soprattutto sugli effetti special-preventivi della risposta sanzionatoria. E proprio questa previsione risulta determinante per l'individuazione delle concrete prescrizioni imposte al soggetto.

A seguito dell'introduzione del *Criminal Justice Act* del 2003 (*section 33 e 177*) e delle successive modifiche sono possibili molte e diverse prescrizioni.

La prima di queste è la *Unpaid work requirement* o lavoro di pubblica utilità che ha sostituito il *community service order*. Dal punto di vista contenutistico, l'autore di reato deve svolgere un minimo di 40 ore fino a un massimo di 300 ore, per un periodo non superiore ai dodici mesi, di lavoro non retribuito a favore della collettività. In particolare, deve trattarsi di attività socialmente utili svolte nel tempo libero o durante il fine settimana per un massimo di sei ore settimanali. Evidente, dunque, la finalità di risocializzazione perseguita attraverso questa tipologia di pena. Quanto ai presupposti di applicabilità, è richiesto sia il consenso del condannato sia una relazione (*social enquiry report*), svolta dall'*appropriate officer*, che illustri la personalità del reo e le capacità del soggetto di svolgere il tipo di mansioni scelto. Oltre all'obbligo di svolgere diligentemente il lavoro, così come previsto nel provvedimento che lo riguarda, e di fornire anche un preciso rendiconto delle ore di lavoro svolte [effettuate], il condannato è tenuto anche a comunicare all'autorità, senza ritardo, ogni eventuale variazione della propria residenza.

Ulteriore prescrizione è l'*Activity requirement*. Come indica lo stesso nome, è richiesto un contributivo 'partecipativo' all'autore di reato, consistente nella partecipazione a incontri organizzati dal *Community rehabilitation center* oppure a determinate attività a contenuto risarcitorio o riparatorio (con eventuali forme di contatto fra autore e vittima del reato) ovvero ad attività formative-professionalizzanti. Il giudice può disporre tale *requirement* solo previa consultazione con il *probation officer* e per un periodo di tempo complessivo non superiore ai sessanta giorni.

Nel *programme requirement*, il reo ha l'obbligo di partecipare ad un programma rieducativo, elaborato dal *responsible officer*²⁴⁵ sulla base della personalità dell'autore del reato e delle esigenze del caso concreto. Il periodo di tempo di realizzazione del programma deve essere commisurato alla gravità del reato commesso e alle esigenze di trattamento e di riabilitazione, anche se la legge (*statute*) non prevede espressamente una durata massima di tale *requirement*.

Un *order* che potremmo definire negativo per via del suo contenuto è il *Prohibited activity requirement*, che vieta all'autore di reato di compiere determinate attività. Come ad esempio, detenere ed utilizzare armi da fuoco o guidare. Anche in questo caso, il giudice per disporre questa misura deve preliminarmente consultare un *responsible officer*.

Attraverso il *Curfew requirement*, il giudice stabilisce che – per un periodo massimo di sei mesi – il condannato debba permanere in un determinato luogo per un minimo di due ore fino a un massimo di dodici ore al giorno. In questi casi, solitamente, è previsto un monitoraggio di tipo elettronico del reo²⁴⁶. Si tratta di una misura che trova applicazione soprattutto nei casi di sodalizi criminali, allo scopo di recedere i legami tra il condannato e il gruppo criminale di appartenenza.

Vi è poi un'ulteriore misura che incide sulla libertà di movimento del condannato ma in senso opposto rispetto a quanto appena visto: *l'Exclusion requirement*. Si tratta del divieto di permanere in un determinato luogo. Tale divieto ha una durata massima di due anni e può essere limitato ad alcune ore della giornata. È altresì possibile un monitoraggio elettronico del reo.

²⁴⁵ Per *Responsible officer* si intende: “the person who is for the time being responsible for discharging the functions conferred by this Part on the responsible officer in accordance with arrangements made by the Secretary of State. The responsible officer must be—(a) an officer of a provider of probation services, or (b) a person responsible for monitoring the offender in accordance with an electronic monitoring requirement imposed by the relevant order.” (art. 14 *Offender Rehabilitation Act* del 2014).

²⁴⁶ Qualora sia previsto un controllo di tipo elettronico viene meno il coinvolgimento diretto del *probation officer*. Tuttavia, ad oggi, si riscontra un problema di coordinamento tra i soggetti privati ai quali è affidato, in Inghilterra, il servizio di monitoraggio elettronico e i *probation officers* che dovrebbero essere avvertiti, senza ritardo, in caso di violazioni.

Di più recente introduzione, il *Foreign travel prohibition requirement*²⁴⁷ vieta al condannato di viaggiare al di fuori del territorio britannico o in un determinato paese. Tale restrizione non può avere durata superiore ai 12 mesi.

Con il *Residence requirement*, il condannato ha l'obbligo di risiedere in un determinato luogo, che spesso – nel caso in cui le condizioni familiari lo consentano – coincide con l'abitazione del reo.

In una diversa prospettiva, vi sono *order* che rispondono all'esigenza di cura (intesa in senso ampio) del soggetto autore di reato. In questa prospettiva si colloca il *Mental health treatment requirement*, ossia la somministrazione all'autore di reato di particolari cure mediche qualora lo stesso abbia prestato il proprio consenso e purché tale misura sia stata suggerita dal *responsible officer*. A seconda del tipo di dipendenza del soggetto, da alcol o da sostanze stupefacenti, sono previste due diverse *community sentences*. Il *Drug rehabilitation requirement*, ossia un programma a contenuto riabilitativo rivolto a soggetti tossicodipendenti, che richiede oltre al consenso del soggetto una durata minima del programma per almeno sei mesi; l'*Alcohol treatment requirement*, che si differenzia dal precedente per il fatto di non prevedere il monitoraggio costante del soggetto attraverso accertamenti sanitari periodici.

All'interno del novero delle prescrizioni del *community sentences*, la misura con una più spiccata finalità specialpreventiva è il *supervision requirement*. Il suo diretto precedente è il *probation order* e come tale, oggi, questo *order* costituisce una delle più importanti misure di *community sentences*. Come sottolineato dai *National standards* del 2000: «*Supervision in the community [...] shall: address and reduce offending behaviour; challenge the offender to accept responsibility for the crimes committed and their consequences; contribute to the protection of the public; motivate and assist the offender towards a greater sense of personal responsibility and discipline*». Dal punto di vista contenutistico e volendo ridurre ai minimi termini, tale misura si sostanzia nell'obbligo in capo al condannato di partecipare a determinati incontri periodici con il *probation officer* sulla base di uno

²⁴⁷ Questo *requirement* è stato introdotto dal *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012*.

specifico programma di trattamento definito nella sentenza. Centrale, in tale senso, è l'opera svolta dal *probation officer*, che deve aiutare il reo ad intraprendere una professione o, a seconda degli specifici casi, a trovare un alloggio oppure nella gestione dei propri risparmi²⁴⁸. Dato il contenuto fortemente partecipativo, questa *community sentence* può essere disposta solo laddove vi sia il consenso (espresso) del condannato al programma di riabilitazione.

In particolare, il soggetto – ossia il condannato che abbia compiuto almeno i sedici anni di età – viene sottoposto ad un periodo di prova, per un arco di tempo variabile (da 6 mesi ad un massimo di 3 anni), qualora il giudice abbia «maturato in relazione ad esso il convincimento che il suo controllo è auspicabile per assicurare la sua riabilitazione o per proteggere la collettività dal danno da lui proveniente o per prevenire la commissione da parte sua di altri reati» (*Section 41, Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act del 2000*).

Si tratta di un istituto che si propone come ontologicamente alternativo alla pena detentiva (*imprisonment*), anche se il *supervision requirement* può essere applicato congiuntamente, ad esempio, al *compensation order* (pena a contenuto patrimoniale) o ad altra sanzione non detentiva.

Già a un primo sguardo, questa misura non appare lontana dai nostri istituti domestici. Si pensi soprattutto alla sospensione condizionale della pena in sede di cognizione [v. cap. II, par. 3], ovvero all'affidamento in prova al servizio sociale in sede di esecuzione della pena, [v. cap. II, par. 4] così come alla messa alla prova ai sensi dell'art. 28 d.P.R. n. 448/1988, sul versante del diritto penale minorile [v. cap. II, par. 4].

Con riferimento agli autori di reato di età inferiore ai 25 anni è previsto l'*Attendance centre requirement*, ossia la frequentazione di un centro di assistenza al fine di stimolare nel 'giovane' autore di reato una maggior consapevolezza del disvalore del fatto commesso.

²⁴⁸Tra le funzioni affidate al *probation officer* vi è quella di «*help you get started on a college course, or find somewhere to live, or manage your money, for example. They [supervising officers] might also work with you to help you with any other Requirements in your Order. The aim is that you should complete your sentence and stop committing crimes*». NATIONAL PROBATION SERVICE, *Supervision requirement*, London, Ministry of Justice ,

Più recentemente, l'*Offender Rehabilitation Act* del 2014 ha introdotto il *Rehabilitation order requirement* che sta progressivamente sostituendosi sia al *Supervision requirement* sia all'*Attendance centre requirement*²⁴⁹. Tale modifica attribuisce una maggiore flessibilità di interventi da parte degli operatori in un'ottica riabilitativa. Ancora una volta, l'autore di reato ha l'obbligo di partecipare agli incontri o alle attività che il *responsible officer* ha individuato sulla base dello specifico bisogno di riabilitazione del soggetto sottoposto all'*order*. Le attività che possono essere previste sono le più varie: si pensi, a titolo esemplificativo, a quelle riparatorie del danno cagionato dalla condotta delittuosa.

3.4. (segue) La pena detentiva

La pena detentiva è la risposta punitiva più afflittiva. Per questa ragione il suo impiego è circoscritto già sul piano legislativo: la *section 152*, n. 2 del *Criminal Justice Act* del 2003 stabilisce infatti che «la Corte non deve pronunciare una condanna a pena detentiva salvo che ritenga che il reato o la combinazione tra il reato commesso e uno o più precedenti sia così grave che né la condanna alla sola pena pecuniaria né la *community sentence* possano ritenersi adeguati per il reato commesso»²⁵⁰. Per poter applicare la pena custodiale il giudice deve compiere il c.d. *custody threshold test*²⁵¹, ossia deve valutare in termini stringenti la gravità del reato e deve esporre distintamente le ragioni di tale scelta nel momento in cui pronuncia la sentenza di condanna (*Section 174 (1) Criminal Justice Act 2003*).

Ciò è confermato dalla prassi: nel periodo che va dal 2008 al 2018 la pena detentiva ha riguardato mediamente il 7% circa dei casi delle condanne. A ciò si

²⁴⁹ Con una precisazione: in relazione ai reati commessi prima dell'entrata in vigore dell'*Offender Rehabilitation Act* restano applicabili il *Supervision requirement* o l'*Attendance centre requirement*.

²⁵⁰ «The court must not pass a custodial sentence unless it is of the opinion that the offence, or the combination of the offence and one or more offences associated with it, was so serious that neither a fine alone nor a community sentence can be justified for the offence. was so serious that neither a fine alone nor a community sentence can be justified for the offence».

²⁵¹ *Section 152 Criminal Justice Act 2003*: la Corte non applica una pena privativa della libertà a meno che non sia dell'opinione che il reato o il suo concorso con uno più reati, sia così grave che né una pena pecuniaria né una *community sentence* possano essere adatte a tale reato».

aggiunga che nel 4% circa dei casi la condanna a pena detentiva è accompagnata dalla sospensione condizionale. A tal riguardo si mette in rilievo che, nel corso del tempo, le pene sospese condizionalmente hanno gradualmente preso il posto delle *community sentence*²⁵². La rinuncia all'esecuzione della pena è subordinata in questi casi all'adempimento di talune prescrizioni (analoghe a quelle previste per le *community sentence*).

A tal riguardo occorre peraltro tenere in considerazione che, indipendentemente dalla tipologia di pena inflitta, la condanna può sempre essere accompagnata da prescrizioni supplementari volte a riparare l'offesa causata alla vittima. Si tratta evidentemente di una facoltà che realizza uno degli scopi della risposta al reato espressamente previsti dalla *section 142* lett. (e) del *Criminal Justice Act*: riparare l'offesa subita dalle vittime attraverso un impegno a carico dell'autore di reato.

La pena detentiva inferiore ai dodici mesi può essere sospesa e il condannato affidato agli operatori del sistema penitenziario (*responsible officer* del *Probation Service*²⁵³) per un periodo di tempo compreso fra i sei ed i ventiquattro mesi. Durante questo periodo di sospensione (c.d. *operational period*), il soggetto può essere obbligato a rispettare determinate prescrizioni stabilite dal giudice²⁵⁴. Ad esempio, il soggetto può essere chiamato a svolgere il lavoro di pubblica utilità²⁵⁵. Tale periodo di sospensione può coincidere o meno con la durata della messa alla prova (c.d. *supervision period*) a seconda del concreto comportamento serbato dal soggetto condannato; la Corte potrà anche ritenere sufficiente una messa alla prova più breve laddove le periodiche relazioni degli organi del *Probation Service*

²⁵² M. Wasik, *Sentencing – the last ten years*, in *Criminal Law Review*, 2014, p. 482.

²⁵³ Si tratta di un organo amministrativo a cui è affidata istituzionalmente la gestione dei detenuti sottoposti a misure alternative o scarcerati anticipatamente (*release*). Sul punto v. infra par. 5.1.

²⁵⁴ Tali prescrizioni hanno spesso il medesimo contenuto dei *requirements* previsti per le *community sentences*. Sul punto v. supra par. 3.3.

²⁵⁵ In particolare, nelle *suspended sentences*, a differenza di quanto accade per le *community sentence*, la prescrizione di *requirements* è solo eventuale.

Entrambi gli istituti presentano delle affinità, essendo il reo sottoposto a particolari obblighi la violazione dei quali può determinare l'ingresso in carcere. La *suspended sentence* rientra nel novero delle *prison sentence*, nel senso che la violazione delle prescrizioni imposte determina di regola la riattivazione della pronuncia custodiale e può essere applicata esclusivamente nei casi previsti dalla legge,

Al contrario, la *community sentence* può essere applicata nei casi di reati puniti con la reclusione, sempre che tale sanzione venga ritenuta proporzionata ed adeguata al tipo ed alla gravità del fatto di reato commesso.

attestino un suo generale comportamento positivo.

Qualora il soggetto commetta un nuovo reato ovvero non rispetti le (eventuali) prescrizioni imposte, torna ad applicarsi la pena detentiva originariamente inflitta. Tale istituto sospensivo presenta anche un ulteriore fine, di contenimento della popolazione penitenziaria. Negli ultimi anni, la prassi ha sempre più fatto ricorso alle pene detentive sospese al fine di scongiurare il sovraffollamento carcerario.

Con riferimento alla pena detentiva di breve durata, il sistema inglese prevede la *Home Detention Curfew* (HDC). Nel caso di pena detentiva compresa fra tre mesi e quattro anni e purché non si tratti di determinati gravi reati espressamente esclusi dal beneficio²⁵⁶, il soggetto condannato potrà essere ammesso alla detenzione domiciliare (HDC). In sostanza, si anticipa la scarcerazione preventiva: il detenuto può essere rimesso in libertà fino a centotrentacinque giorni prima della data di *automatic release*²⁵⁷. A differenza del sistema italiano, la detenzione domiciliare inglese non è una misura alternativa alla detenzione o una diversa modalità esecutiva della stessa. In sostanza, nelle ipotesi di *low risk' prisoners* e in presenza di determinati presupposti²⁵⁸ e purché sia stata scontata una parte di pena detentiva (la cui durata varia a seconda dell'originaria condanna) il detenuto viene ammesso al regime di *Home Detention Curfew* e sottoposto alle prescrizioni di libertà vigilata unitamente al dispositivo elettronico di sorveglianza (*electronic tag*). Al momento del rilascio il detenuto sottoscrive un 'patto' con lo Stato, ossia un documento

²⁵⁶ L'elencazione delle fattispecie escluse dal beneficio è rinvenibile nel *Laspo Act* 2012 e nel *Service Prison Order* 6700.

²⁵⁷ Il diritto inglese prevede un sistema di *automatic release* (a prescindere da considerazioni ulteriori), nel senso che la fase esecutiva della pena detentiva prevede un fisiologico rilascio anticipato del soggetto. (Cfr. capitolo 6 del CJA 2003). Con una precisazione. Nel caso di condanna ad una *determinate o fixed sentences* è previsto un rilascio automatico (e nel caso di condanna superiore a dodici mesi, il detenuto è altresì sottoposto a un periodo di messa alla prova) dopo aver scontato in carcere un periodo pari alla metà della pena imposta (*halfway of the sentence*). Tale meccanismo di scarcerazione preventiva incontra però delle deroghe che proprio negli ultimi anni sono state implementate. Sono escluse dall'automatismo dell' *automatic release* sia le *indeterminate sentences* o l'ergastolo (il condannato a queste pene, come visto, può beneficiare della liberazione condizionale dopo aver scontato un *quantum (tariff)* fissato dal giudice e sempre che le *Prison authorities* prima e il *Parole Board*, poi, esprimano una valutazione positiva in ordine alla pericolosità sociale del soggetto) sia nel caso di condanna a *determinate o fixed sentences* per alcune categorie delittuose di particolare gravità secondo quanto previsto dal *Criminal Justice and Courts Act* 2015.

²⁵⁸ *Section 34A del Criminal Justice Act 1991* come modificato dal *Crime and Disorder Act 1998*.

scritto che contiene la descrizione analitica di tutte le prescrizioni che il soggetto si impegna a rispettare durante il periodo di detenzione domiciliare e la previsione che nel caso in cui queste prescrizioni saranno violate il beneficio potrà essere revocato con eventuale ritorno in carcere del reo.

È interessante notare come la decisione di concessione della *Home Detention Curfew* è di tipo discrezionale e viene assunta, in concreto, dai direttori delle strutture penitenziarie²⁵⁹, sulla base del parere del *Probation Service* chiamato a valutare la pericolosità sociale. In maniera analoga a quanto accade nel nostro sistema, gli elementi che vengono valutati dal *Probation Service* riguardano i precedenti penali del reo e la disponibilità di un'abitazione adatta allo scopo.

Emerge qui un tema centrale che si è cercato di evidenziare anche nell'analisi del sistema sanzionatorio italiano. Si fa riferimento alla multidimensionalità del giudizio prognostico: non soltanto e non solamente la valutazione della persona e del rischio di recidiva che quel soggetto presenta, ma anche l'individuazione dell'efficacia special-preventiva della risposta sanzionatoria, ovvero la scelta del 'come trattare' [v. cap. II e V]. Nel caso della *Home Detention Curfew* si tratta di una valutazione prognostica che guarda al futuro comportamento del reo ma anche all'idoneità del luogo abitativo. Nella prassi, infatti, il diniego del beneficio corrisponde ai casi in cui sia probabile che il soggetto violi le prescrizioni imposte e ciò sulla base degli elementi raccolti dal *Probation Service*.

Per altro verso, si tratta evidentemente di una misura volta a favorire il ritorno del detenuto nel consorzio sociale. Il diniego deve essere sempre motivato e può essere, eventualmente, rivalutato, in sede amministrativa, da parte del Direttore dell'istituto penitenziario.

Nella diversa ipotesi di revoca del benefico, per violazione delle prescrizioni ovvero per commissione di un nuovo reato, il provvedimento di revoca è assunto dal *Parole Unit* e il soggetto viene ricondotto in istituto penitenziario. In questo caso, il reo verrà scarcerato nuovamente in maniera automatica dopo aver scontato

²⁵⁹ L'espressione direttori delle strutture penitenziarie deve essere intesa in senso ampio. I poteri dei *directors* degli istituti di pena sono stati infatti equiparati a quelli delle corrispondenti *governors* delle carceri pubbliche (*HM Prison Service*) secondo quanto previsto dall'*Offender Management Act 2007*.

la metà della pena (inflitta *ab origine* o della ‘nuova’ pena inflitta per il reato commesso in regime di *curfew*).

3.5. (segue) *La pena detentiva a tempo indeterminato*

Come anticipato, il sistema sanzionatorio inglese prevede quale sanzione principale la pena detentiva (*custodial sentence*) che può essere *determinate* o *indeterminate*. Il soggetto può essere condannato, analogamente al nostro sistema, a un dato periodo di detenzione oppure, in termini molto diversi rispetto all'ordinamento penale italiano, a una reclusione la cui durata massima non è stabilita nella sentenza di condanna. In quest'ultimo caso (*indeterminate sentence*) il giudice, in sede di condanna non stabilisce il termine finale della pena ma il momento a partire dal quale il detenuto potrà presentare un'istanza di rilascio anticipato. La differenza principale – per quanto qui interessa – tra pena detentiva a tempo determinato e indeterminato riguarda la fase esecutiva: solo nel caso di una condanna a pena detentiva determinata vige il principio dell'automatico rilascio una volta scontato un dato periodo di tempo in carcere. In buona sostanza, il sistema inglese prevede il rilascio anticipato come una componente fisiologica della fase esecutiva nel senso che i detenuti condannati vengono automaticamente rilasciati dopo aver scontato in carcere un periodo pari alla metà della pena imposta (*halfway of the sentence*). Solo nei casi in cui la pena inflitta sia superiore ai dodici mesi è previsto un periodo di “messa alla prova” (*on licence*) del soggetto rilasciato anticipatamente²⁶⁰.

Nel senso appena delineato, sono previste due ipotesi di pena indeterminata: il c.d. *life imprisonment* e l'*imprisonment for public protection*.

Al contrario di quanto suggerito dal nome, il *life imprisonment* non è tendenzialmente una pena a vita; ciò accade, in realtà, in rari casi di eccezionale

²⁶⁰ Tale meccanismo è disciplinato dal capitolo 6 del *Criminal Justice Act* 2003 anche se a partire dal 2015 (*Criminal Justice and Courts Act* 2015) la sua sfera applicativa è stata ridotta, non essendo più possibile applicare il principio dell'*automatic release* non solo nei casi di *indeterminate sentences* ma anche nel caso di determinate tipologie di delitti di particolare gravità

gravità nei quali il giudice impone il c.d. *whole life order* ai sensi della *section 269, 4 Criminal Justice Act 2003*²⁶¹.

In tema di applicazione della pena dell'ergastolo occorre distinguere tra i casi obbligatori (*mandatory life sentences*)²⁶², tra i quali rientra l'omicidio volontario (*murder*), e le ipotesi discrezionali (*discretionary life sentences*)²⁶³.

Ad esempio, nella sentenza di condanna per omicidio volontario, il giudice deve stabilire il *minimum term*, deve cioè determinare il periodo di detenzione che il condannato dovrà effettivamente scontare in carcere senza alcuna possibilità di rilascio anticipato (*early release*). Trascorso integralmente questo periodo il detenuto potrà essere eventualmente rimesso in libertà (*on licence*) previa verifica della sua pericolosità sociale. E proprio su questo aspetto ci si soffermerà più approfonditamente nel prosieguo. Per ora basti anticipare che la liberazione anticipata potrà essere concessa a favore del condannato all'ergastolo (*life imprisonment*) solo qualora il *Parole Board* ritenga insussistente il pericolo di recidiva [v. infra pr. 7]. In ogni caso, il soggetto condannato al *life imprisonment* e poi rilasciato soggiace a vita alle prescrizioni imposte dall'organo giudicante²⁶⁴.

L'*imprisonment for life* è previsto per i reati perseguibili *on indictment* di competenza della *Crown Court* ed ha un ambito di applicazione più ristretto qualora si tratti di comminatoria congiunta o alternativa. In tutti quei casi, cioè, in cui il dettato normativo non preveda il *life imprisonment* come unica pena. Per poter applicare la sanzione del *life imprisonment* il giudice deve accertare sia che il

²⁶¹ *Section 269, 4 Criminal Justice Act 2003* «(1) If— (a) the court considers that the seriousness of the offence (or the combination of the offence and one or more offences associated with it) is exceptionally high, and (b) the offender was aged 21 or over when he committed the offence, the appropriate starting point is a whole life order.» Tra i casi elencati troviamo:

(a) the murder of two or more persons, where each murder involves any of the following— (i) a substantial degree of premeditation or planning, (ii) the abduction of the victim, or (iii) sexual or sadistic conduct,

(b) the murder of a child if involving the abduction of the child or sexual or sadistic motivation

(c) a murder done for the purpose of advancing a political, religious [F3, racial] or ideological cause, or

(d) a murder by an offender previously convicted of murder.

²⁶² *Section 224A e dagli Allegati 15B e 21 del Criminal Justice Act (CJA) 2003.*

²⁶³ *Section 225 del Criminal Justice Act (CJA) 2003.*

²⁶⁴ In questi casi, solitamente, le prescrizioni hanno contenuti rigidi. L'eventuale trasgressione delle prescrizioni ovvero la commissione di un nuovo illecito penale determina il re-ingresso del soggetto nel circuito penitenziario.

soggetto abbia commesso una c.d. *serious offence*²⁶⁵ ossia un reato caratterizzato dall'uso della violenza o un delitto di violenza sessuale punibile alternativamente o con la pena dell'*imprisonment for life* o con la pena detentiva superiore o almeno pari a dieci anni; sia che sussista il pericolo concreto che il soggetto possa cagionare gravi danni *serious harms* (pericolo di morte o altro grave danno alla persona di tipo fisico o psicologico) mediante la commissione di ulteriori reati. Ancora non basta. È necessaria un'ulteriore valutazione giudiziale: la *seriousness of the offence*²⁶⁶. Il giudice deve, cioè, giungere a ritenere che il reato sia tanto grave da meritare l'inflizione della pena più grave tra quelle previste (i.e. il *life imprisonment*). La valutazione della gravità del reato e della meritevolezza del *life imprisonment* deve essere compiuta, ai sensi della *section 143,1 Criminal Justice Act 2003*, tenendo in considerazione la *culpability* del reo e il danno effettivo o potenziale. Sull'interpretazione del concetto di serietà/gravità dell'offesa il giudice deve poi fare riferimento alla specifica *guideline* del 2004 redatta dal *Sentencing Guidelines Council*.

In tema di prognosi criminale merita un ulteriore approfondimento la fase esecutiva della pena detentiva a tempo indeterminato. Infatti, come anticipato, le pene detentive a tempo indeterminato, in deroga ai principi generali, si sottraggono al meccanismo dell'*automatic release*²⁶⁷. Pertanto, nel caso di condanna a questa particolare tipologia di pena, il soggetto deve scontare un periodo minimo di pena a partire dal quale non viene automaticamente scarcerato, ma può presentare un'istanza per ottenere tale scarcerazione preventiva. Ed è proprio qui che è richiesta la previsione del futuro comportamento del detenuto. La liberazione condizionale – per usare una terminologia italiana – viene concessa sulla base di

²⁶⁵ *Section 224 del Criminal Justice Act 2003.*

²⁶⁶ *Section 143,1 Criminal Justice Act 2003.*

²⁶⁷ Sul punto si ritornerà più avanti. Il sistema inglese prevede il rilascio anticipato come una componente fisiologica della fase esecutiva nel senso che i detenuti condannati ad una *determinate sentence* vengono automaticamente rilasciati dopo aver scontato in carcere un periodo pari alla metà della pena imposta (*halfway of the sentence*). Solo nei casi in cui la pena inflitta sia superiore ai dodici mesi è previsto un periodo di "messa alla prova" del soggetto rilasciato anticipatamente. Tale meccanismo è disciplinato dal capitolo 6 del CJA 2003 anche se a partire dal 2015 (*Criminal Justice and Courts Act 2015*) la sua sfera applicativa è stata ridotta, non essendo più possibile applicare il principio dell'*automatic release* non solo nei casi di *indeterminate sentences* ma anche nel caso di determinate tipologie di delitti di particolare gravità.

una doppia valutazione discrezionale effettuata sia dalle Autorità penitenziarie (*Prison authorities*) sia dal *Parole Board*, ossia da un organo amministrativo indipendente²⁶⁸. A differenza di quanto accade nel nostro ordinamento, l'esecuzione delle sanzioni penali non è attribuita alla competenza di un organo giurisdizionale come è la magistratura di sorveglianza italiana ma ad un ente amministrativo indipendente (il *Parole Board*). E proprio quest'ultimo è chiamato a valutare la pericolosità sociale del condannato ad una pena detentiva a tempo indeterminato (*indeterminate imprisonment*). Nei casi previsti dalla legge, il *Parole Board* deve formulare una prognosi sul futuro comportamento del detenuto (*level of reoffending*) ai fini di concedere la liberazione condizionale [v. infra par. 7].

In ogni caso, il condannato potrà fare tale richiesta al *Parole Board* solo dopo aver trascorso almeno ventiquattro mesi in carcere (c.d. *notional minimum term*²⁶⁹).

Tra le pene detentive indeterminate rientrano, oltre alle varie tipologie di ergastolo (*life sentences*), anche le c.d. *extended sentence*. Vale la pena anticipare fin da subito che proprio quest'ultima ipotesi richiede esplicitamente la formulazione di un giudizio prognostico da parte del giudice sul comportamento dell'autore di reato dopo la condanna. In particolare le *section 226A e 226B del Criminal Justice Act*, che disciplinano i presupposti per l'applicazione della c.d. *extended sentence*, stabiliscono che «la corte ritiene che vi sia un significativo rischio di una grave offesa causata dalla commissione di ulteriori specifici reati da parte del reo». Per specifici reati si intende un reato violento, sessuale o legato al terrorismo, indicato in un elenco di fattispecie incriminatrici (*schedule 15*) allegata al *Criminal Justice Act*.

²⁶⁸ Tale organo, come si vedrà più avanti, svolge un ruolo centrale nella fase di esecuzione della pena. V. infra par. 7.

²⁶⁹ *Section 225 (3B)* del *CJA 2003*. Il *notional minimum term* corrisponde a quella parte di pena detentiva che deve essere effettivamente scontata in carcere prima che il detenuto possa presentare un'istanza di rilascio anticipato al *Parole Board*. La competenza a stabilire tale termine sia passata dall'*Home Secretary* (organo governativo) all'organo giudicante da parte del *CJA 2003*.

4. I giudizi prognostici nel sistema inglese

Come anticipato, la valutazione prognostica sul futuro comportamento dell'autore di reato costituisce un presupposto applicativo delle pene detentive indeterminate ed in particolare della c.d. *extended sentence*.

In realtà i giudizi prognostici attraversano l'intero sistema punitivo inglese, poiché valutazioni circa il comportamento futuro del reo vengono effettuate dai *probation officer* all'interno del c.d. *pre-sentence report*, ossia un documento consegnato al giudice della cognizione che contiene numerose informazioni sul fatto di reato e sul suo autore, utili per la commisurazione della pena.

A ciò si aggiungono i giudizi prognostici che sono effettuati dal c.d. *Parole Board*, ossia un organismo incaricato di valutare il comportamento futuro del condannato per concedergli eventualmente l'uscita dall'istituto penitenziario.

Vi sono infine tipologie particolari di giudizi prognostici dai quali dipende l'imposizione di limitazioni della libertà di carattere civilistico (cd. *ancillary preventative orders*) che sono applicabili anche in caso di assoluzione nel procedimento penale. Si pensi, ad esempio, agli ordini di protezione (*restraining order*) previsti dalla *section 5A* del *Protection from Harassment Act* del 1997 per offrire una tutela sussidiaria alla vittima di atti persecutori anche qualora non vi sia un compendio probatorio sufficiente per giungere alla condanna in sede penale. Si tratta di disposizione analoga a quella di cui all'art. 4, comma 1, lett. i-ter) del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 che, in base alle modifiche apportate dalla l. 17 ottobre 2017, n. 161, consente l'applicazione delle misure di prevenzione personale ai soggetti indiziati del delitto di cui all'articolo 612-bis c.p.

5. Uno sguardo alla commisurazione della pena: le sentencing guidelines

Per poter descrivere la rilevanza dei giudizi prognostici nel sistema penale inglese occorre fare un breve excursus dei meccanismi che regolano la commisurazione della pena.

Come già anticipato, la fase di commisurazione della pena è disciplinata dalle *sentencing guidelines*.

In particolare, nella fase del *sentencing* [v. supra par. 3] il giudice deve utilizzare delle linee-guida redatte dal *Sentencing Council* e che sono diverse a seconda del tipo di reato commesso dal reo. Tali *Guidelines* costituiscono, ad oggi, una relativa novità. Non sono ancora, infatti, nel senso che mancano ancora delle specifiche linee guida per alcune fattispecie penali. In prima approssimazione, le linee guida in tema di determinazione della pena possono essere definite come strumento di supporto per i giudici nella fase processuale successiva all'accertamento della responsabilità penale del soggetto. Tali linee guida stabiliscono, infatti, diversi livelli di sanzione irrogabile a seconda della singola tipologia delittuosa, individuando parametri e indici di commisurazione che il giudice deve tenere in considerazione.

Le *Guideline*, infatti, devono essere osservate dai giudici salvo nel caso in cui sussista un vero e proprio 'interesse della giustizia' a non 'rispettarle'.

Le *sentencing guideline* sono redatte da un ente pubblico non governativo, il *Sentencing Council*, il cui compito istituzionale è appunto quello di individuare linee-guida per commisurare concretamente la pena. In particolare, le funzioni del *Sentencing Council* sono descritte dal *Coroners and Justice Act 2009*. Quanto alla composizione, è previsto che alla componente togata (otto magistrati 'professionali') si aggiunga una componente 'laica', più ristretta (sei membri), che rappresenta il mondo accademico o, più in generale, esperti del settore che appartengono al circuito della giustizia penale. È chiaro come questa struttura soggettiva garantisca, anche nella delicata fase del *sentencing*, l'indipendenza della magistratura.

Tale organo è stato creato nel 2010²⁷⁰ nell'ambito di una manovra di più ampio respiro denominata “*Review of the Prison System in England and Wales*”, commissionata dal governo Blair nel 2007. In questa prospettiva le *sentence guidelines* sono chiamate a svolgere un ruolo risolutivo anche rispetto al problema del sovraffollamento carcerario²⁷¹, sulla base dell'assunto che una giustizia penale razionale richieda delle scelte giudiziali di determinazione delle pene il più possibile trasparenti, prevedibili e uniformi.

In altri termini, l'elaborazione prima (da parte del *Sentencing Council*) e la successiva applicazione poi (ad opera delle Corti inglesi) delle *sentencing guidelines* dovrebbero rendere lineare, accessibile ed uniforme la fase di determinazione della pena concreta. Da una parte, lo sviluppo ed il costante aggiornamento delle *guidelines* da parte di un organo indipendente ed autorevole e, dall'altro lato, l'obbligo di attenersi alle stesse linee di indirizzo in capo ad ogni giudice inglese dovrebbe raggiungere lo scopo²⁷².

Come anticipato, qualora non vi siano linee guida specifiche per il fatto di reato, il giudice fa riferimento a un catalogo di principi generali per commisurare la pena²⁷³. Diversamente il giudice dovrà seguire i criteri di commisurazione che riguardano il caso di specie: è quanto accade, a titolo meramente esemplificativo, in relazione ai reati sessuali per i quali sono state approvate linee guida specifiche.

²⁷⁰ Il *Sentencing Council* ha sostituito il *Sentencing Guidelines Council* (SCG) che era stato istituito dal *Criminal Justice Act* 2003. In realtà il compito di formulare *Sentencing Guidelines* era stato previsto già nel 1988. Il *Sentencing Advisory Panel* era infatti deputato ad elaborare linee di indirizzo per la determinazione della pena di propria iniziativa o su istanza della *Court of Appeal* e dell'*Home Secretary*. Successivamente al *Criminal Justice Act* del 2003 il *Panel* mantenne un ruolo meramente consultivo affiancandosi al SCG. Nel 2009 fu istituito il *Sentencing Council*, operativo dall'aprile 2010. In particolare, i giudici sono vincolati al rispetto delle indicazioni del *Sentencing Council*, salvo che l'adesione a tali principi non contrasti con gli interessi di giustizia, per i reati compiuti dopo il 6 aprile 2010. Diversamente, in caso di illeciti penali compiuti prima del 6 aprile 2010, i giudici devono tenerne conto prima di pronunciare la sentenza finale.

²⁷¹ Ovviamente il problema del sovraffollamento carcerario viene affrontato da più prospettive. Oltre alle *Guidelines* citate, veniva prevista, ad esempio, la costruzione di nuovi istituti penitenziari.

²⁷² Solo nel caso in cui il singolo giudice ritenga che un reato sia così grave da meritare una pena più elevata di quella indicata nella relativa *guideline* e purché rimanga nei limiti previsti dalla legge, può discostarsi dalla specifica *sentencing guideline*.

²⁷³ Nell'ipotesi in cui non siano ancora disponibili delle *guidelines* per quel tipo di delitto, le corti fanno riferimento ai precedenti giurisprudenziali sulla determinazione delle pene, la maggior parte dei quali è stato indicato dalla *Sentencing Council* nella raccolta intitolata *Guideline Judgments Case Compendium*.

Ai nostri fini questa distinzione non sembra, tuttavia, assumere particolare rilievo perché la commisurazione della pena segue, in ogni caso, un procedimento che è scandito in dieci fasi.

Nella prima fase il giudice è chiamato a stabilire il grado (elevato, medio o basso) di rimproverabilità del fatto (*culpability*) e il livello di gravità (anch'essa suddivisa in tre categorie) dell'offesa arrecata alla vittima (*harm*). Ciò consente al giudice di stabilire, da un lato, la pena base dalla quale partire e, dall'altro, la cornice edittale all'interno della quale potrà muoversi il suo potere discrezionale.

Nella seconda fase il giudice terrà in considerazione possibili fattori aggravanti e attenuanti per stabilire la pena all'interno della cornice edittale appena individuata.

Vale la pena di formulare un caso ipotetico per chiarire questi primi due fondamentali passaggi. Per farlo si intende utilizzare un'ipotesi di rapina, poiché si tratta di un reato in relazione al quale vi sono delle linee guida specifiche.

Si pensi a tal proposito a una rapina commessa sulla strada attraverso l'impiego di minaccia, che abbia causato un pregiudizio economico limitato. Il caso descritto rientrerebbe nel basso grado di rimproverabilità (*lesser culpability*) e nella categoria più lieve di offesa (*category 3*).

Da ciò deriva che la pena base stabilita dalle linee guida è un anno di pena detentiva, ma il giudice può discrezionalmente aumentarla (fino a 3 anni) o ridurla (trasformandola in *community order*) in base a una lista non esaustiva di circostanze aggravanti e attenuanti²⁷⁴.

Delle successive sette fasi nelle quali è suddivisa la commisurazione della pena una assume particolare rilievo in questa sede. Oltre a valutare l'eventuale collaborazione con l'autorità inquirente, concedere l'eventuale riduzione di pena per il *guilty plea*, tenere in considerazione il concorso con altri reati, imporre le prescrizioni risarcitorie e accessorie e a motivare la propria decisione, il giudice valuta la pericolosità del soggetto quando ritiene di dover infliggere la pena a vita o una *extended sentence*.

²⁷⁴ Si veda Sentencing Council, *Robbery. Definitive Guideline*, 2016, p. 4 ss.

Come anticipato, le *Sentence guidelines* svolgono un ruolo anche nella scelta dei *requirement* più idonei (rispetto al livello di rischio individuato) qualora il giudice si sia determinato per una *community sentence*. In particolare, indicano al giudice i principi cui aderire al fine di valutare il grado di pericolosità sociale del soggetto, scongiurando il possibile effetto criminogeno di un *order*.

5.1. (segue) Il pre-sentence report

In precedenza si è fatto più volte cenno al cd. *pre-sentence report*: si tratta, come anticipato, di un documento fondamentale che viene utilizzato dal giudice nella commisurazione della pena e, più in particolare, per formulare il giudizio prognostico sulla ricaduta nel reato.

Secondo la *section 158* del *Criminal Justice Act* del 2003, la funzione del *pre-sentence report* è di aiutare il giudice nella individuazione del metodo più adatto per affrontare il reo.

Più precisamente, si tratta di un *report which with a view to assisting the court in determinig the most suitable method of dealing with an offender, is made or submitted by an appropriate officer* (*section 158* del *Criminal Justice Act* 2003). La Corte prima di pronunciare una sentenza di condanna ad una pena detentiva o ad una *community sentence* richiede al *Probation officer*²⁷⁵ una relazione sul soggetto autore del reato.

Con una precisazione: la Corte, nel momento in cui presenta al *Probation officer* la richiesta di un *sentence report*, individua il livello di restrizione di libertà che considera congruo, o meglio proporzionato, rispetto alla gravità del reato. La gravità del reato è, infatti, una valutazione riservata al giudice e che quest'ultimo compie considerando sia il tipo di reato commesso sia il grado di colpevolezza

²⁷⁵ Si tratta di personale del *Probation Service* presente nelle corti. Il *Probation Service* è un organo pubblico preposto alla supervisione dei detenuti scarcerati preventivamente o condannati ad una misura alternativa o ad una sentenza sospensiva della pena detentiva; è organizzato amministrativamente su base territoriale sotto la direzione di *Probation Boards* locali ed è regolato dall'*Offender Managment Act 2007* che ha mutato notevolmente il *Probation Service Act 1993*.

dell'autore. A questo punto il *Probation officer* predispose una relazione che contiene informazioni sulla personalità e il carattere del reo (compresivi dei precedenti penali del soggetto nonché del comportamento serbato dal reo nei confronti della vittima del reato); sulla situazione sociale e familiare del soggetto, considerando in particolare il livello di istruzione e le condizioni economiche dell'autore del reato; ed esamina le circostanze in cui il reato è stato commesso fino a giungere a formulare una proposta di pena. Come è stato osservato, «*the purpose of a pre-sentence report is to assist the sentencer by providing information and analysis of offence, offender, and related matters*»²⁷⁶.

Secondo le indicazioni formulate dal *National Offender Management Service* il *pre-sentence report* dovrebbe, come minimo, contenere: a) l'analisi del reato e dell'evoluzione del comportamento deviante, oltre a una ricostruzione dei fatti del caso; b) l'indicazione delle circostanze rilevanti del reato e di quelli eventualmente commessi in precedenza; c) l'individuazione dei fattori di rischio e di quelli che, al contrario, possono prevenire la ricaduta nel reato; d) l'analisi del rischio di ricaduta nel reato basata sui fattori predittivi statici e sul giudizio clinico; e) i risultati di altre valutazioni e controlli (anche se ancora in sospeso) effettuati da altre agenzie; f) la risposta a ogni indicazione fornita dal giudice (ad es. se il giudice intende obbligare il reo a sottoporsi a un trattamento terapeutico, il *pre-sentence report* dovrà contenere le opportune valutazioni sul punto); g) l'indicazione delle possibili risposte punitive che siano proporzionate alla gravità del reato e adeguate ai fattori di rischio e ai bisogni criminogenici del reo²⁷⁷. A tal riguardo, le informazioni fornite dal *National Probation Service* comprendono l'indicazione della probabilità di commissione in futuro di gravi reati (*Risk of serious recidivism*) che, accanto ad altri strumenti di valutazione del rischio di ricaduta nel reato (*Offender Group Recidivism Scale* e *Offender Assessment System*), consente di fornire al giudice informazioni utili ai fini della commisurazione della pena.

²⁷⁶ ASHWORTH, *Sentencing*, in MAGUIRE, MORGAN, REINER, *The Oxford handbook of criminology*, Oxford, 2002, p. 1089.

²⁷⁷ National Offender Management Service, *Determining Pre Sentence Report – Sentencing within the new framework*, 1 marzo 2017, in www.justice.gov.uk, p. 7.

Il *pre-sentence report* può assumere varie forme. Se tutte le informazioni sono disponibili, il *probation officer* lo prepara in un giorno e lo presenta al giudice in forma orale o scritta.

Solitamente, nel caso di reati di lieve entità (i.e. reati di competenza delle *Magistrates' Courts*) si parla di c.d. *fast delivery reports*, predisposti attraverso la compilazione di formulari precompilati. Nella stessa giornata in cui la Corte ne fa richiesta, il *probation officer* svolge un breve colloquio con l'imputato in un'apposita *interview room* (di solito contigua all'aula processuale), dopo di che redige il *report* che viene sottoposto al giudice per la scelta del tipo e del livello afflittivo della sanzione applicabile.

Qualora, invece, sia necessario un maggiore approfondimento sul rischio di ricaduta nel reato, come nel caso in cui la Corte ha la facoltà di infliggere una *extended sentence* oppure qualora le informazioni indispensabili non siano disponibili, il *probation service* ha un margine più ampio (di 15 giorni) per elaborare il *pre-sentence report*²⁷⁸.

Un livello di approfondimento conoscitivo delle caratteristiche personali del reo di cui dispone il giudice, dunque, diverso a seconda della gravità del reato commesso.

Gli strumenti attualmente impiegati dal *Probation service* per la valutazione del rischio di commissione in futuro di altri reati sono quattro²⁷⁹.

L'*Offender Group Reconviction Scale* (OGRS3) individua la percentuale di probabilità di commissione di un ulteriore reato nei due anni successivi alla condanna. Un punteggio superiore al 50% accredita la probabile commissione del

²⁷⁸ National Offender Management Service, *op. cit.*, p. 10. Nei casi di offese di entità medio-bassa, gli *standard delivery reports* vengono predisposti in quindici giorni lavorativi, mentre nei casi di reati più gravi di competenza delle *Crown Courts* (si pensi ai casi in cui il giudice ritenga verosimile il ricorso all'*imprisonment*) la determinazione della sanzione penale viene rinviata ad un'udienza successiva rispetto a quella della pronuncia di colpevolezza.

²⁷⁹ Per uno sguardo d'insieme della valutazione del rischio di ricaduta nel reato v. E.F. Van Ginneken, *The Use of Risk Assessment in Sentencing*, in J.W. de Keijser, J.V. Roberts, J. Ryberg (a cura di), *Predictive Sentencing. Normative and Empirical Perspectives*, Oxford, 2019, p. 9 ss.; sulla validità empirica di tali strumenti di valutazione del rischio utilizzati nel sistema penale inglese cfr. Robin Moore (a cura di), *A compendium of research and analysis on the Offender Assessment System (OASys) 2009–2013*, in www.gov.uk.

reato. Lo standard di accertamento di questo strumento prognostico sembra, quindi, essere la preponderanza dell'evidenza.

L'*OASys Violence Predictor* (OVP) e il *Risk of Serious Recidivism* (RSR) consentono di calcolare la probabilità di commissione in futuro di reati violenti nei due anni successivi alla condanna. Infine, vi è il *Risk of Serious Harm* (RoSH), che costituisce uno strumento di giudizio professionale che si basa sull'*OASys Violence Predictor*. In questo caso vengono valutati i fattori di rischio e di protezione insieme a fattori situazionali e relazionali. Le persone sono assegnate a una categoria di rischio di commissione futura di un reato dal quale derivi una grave offesa (*serious harm*).

I fondamentali strumenti di valutazione del rischio e dei bisogni criminogenici sono integrati in *OASys*. Esistono, tuttavia, ulteriori strumenti per contesti particolari: è il caso della *Spousal Assault Risk Assessment Guide* (SARA) per il rischio di violenza domestica e il *RM2000* per la valutazione del rischio di ulteriori reati sessuali.

È chiaro, dunque, come i *pre-sentence reports* costituiscano un importante strumento, la cui funzione è quella di consentire l'ingresso di informazioni sulla personalità e sul contesto socio familiare del reo. Ad un primo sguardo si potrebbe pensare che si tratta di uno strumenti molto simili a quanto accade nel nostro sistema circa le relazioni socio-familiari svolte dall'U.e.p.e. [v. cap. II, par. 4].

6. Il giudizio prognostico nella cd. extended sentence

La cd. *extended sentence*, la cui disciplina è stata profondamente modificata nel 2012 dal *Legal Aid, Sentencing and Punishment Act*, è una tipologia di risposta al reato pensata per l'autore di un reato pericoloso²⁸⁰. Analoghe tipologie di pena indeterminata erano state introdotte nel 2003 (si fa in particolare riferimento al cd.

²⁸⁰ Sulle modifiche legislative del 2012 v. M. Picton, *The effect of the changes in sentencing of dangerous offenders brought about by Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012 and the mystery of Schedule 15B*, in *Criminal Law Review*, 2013, p. 406 ss.

imprisonment for public protection) come reazioni punitive automaticamente applicabili in presenza di determinati presupposti. Questi automatismi legislativi, che ricordano quelli previsti nel 2005 in Italia in sede di riforma della recidiva, sono stati rimossi dal legislatore inglese nel 2008 attraverso il *Criminal Justice and Immigration Act*²⁸¹. Ciò significa che dal 2008 l'esistenza di precedenti condanne per reati specifici, ossia quelli inseriti dal legislatore in una specifica lista allegata al *Criminal Justice Act* del 2003 (ossia la già menzionata *schedule 15*), non comporta più un automatico giudizio di pericolosità. Un dato deve tuttavia essere messo in rilievo: la disciplina delle pene indeterminate previste prima della modifica del 2012, come ad esempio il cd. *imprisonment for public protection*²⁸², assume ancora particolare rilievo. E ciò perché quest'ultima continua a trovare applicazione nei confronti dei condannati prima del dicembre 2012.

Nel prosieguo dell'analisi verrà, tuttavia, presa in considerazione solo la disciplina vigente, salvo qualche riferimento (laddove necessario) alle disposizioni previgenti, che come detto non hanno ancora esaurito i propri effetti.

Al netto del *restyling* normativo del 2012, la concezione che sta a fondamento di questo modello di contrasto all'autore di reato pericoloso è la medesima: proteggere le vittime potenziali dal subire certe tipologie di gravi reati²⁸³. E lo si fa sostanzialmente attraverso quello che può essere a tutti gli effetti considerato un *surplus* di pena.

In questi casi il giudice stabilisce la pena detentiva proporzionata al fatto di reato, sia in relazione all'offesa arrecata (*harm*) sia in riferimento alla rimproverabilità

²⁸¹ Sull'evoluzione legislativa delle risposte previste nei confronti dell'autore di reato pericoloso v. A. Ashworth, *Sentencing*, cit., p. 195 ss.

²⁸² L'*imprisonment for public protection* rientrava tra le ipotesi di detenzione a tempo indeterminato. Si trattava di soggetti condannati a una pena detentiva a tempo indeterminato per ragioni di pubblica sicurezza (*public interest*). Una tipologia di pena comminata, dunque, per delitti di rilevante gravità e fonte di allarme sociale. Tale sanzione ha, infatti, trovato applicazione nel caso di reati a sfondo sessuale o caratterizzati dall'uso della violenza che sfuggivano dall'applicazione del *life imprisonment*, sempre che nel caso concreto fosse ravvisabile un considerevole rischio di recidiva da parte del soggetto. Ai sensi della *section 225, 3 Criminal Justice Act* (come modificata dal *Criminal Justice and Immigration Bill* del 2008) era necessario il ricorrere di due ulteriori requisiti ai fini dell'applicazione della pena indeterminata *for public protection*: il soggetto al momento del fatto era già stato condannato per un determinato reato (fattispecie previste dalla *Schedule 15A*) o che il *notional minimum term* fosse di almeno due anni.

²⁸³ A tal riguardo cfr. M. Wasik, *op. cit.*, p. 477 ss.

del fatto (*culpability*). A questa pena si aggiunge un periodo di limitazione della libertà all'esterno dell'istituto penitenziario (la cd. *licence* alla quale si è già fatto cenno in precedenza), durante il quale l'autore di reato pericoloso è sottoposto al controllo del *National Offender Management Service* e al rispetto di determinate prescrizioni. Tale periodo, che viene fissato dal giudice, può estendersi fino a otto anni dopo aver scontato la pena detentiva. Anche in questo caso pare agevole trovare nel nostro sistema del doppio binario e, in particolare, nella libertà vigilata un istituto simile alla forma di controllo post-penitenziaria (la cd. *licence*) prevista dalla disciplina della cd. *extended sentence*.

Nel caso di inflizione della cd. *extended sentence*, il condannato non è sottoposto alla disciplina ordinaria della pena detentiva che, come già messo in rilievo, consente al detenuto di uscire automaticamente dall'istituto penitenziario dopo aver scontato metà della pena inflitta con la condanna (cd. *automatic release*). In questi casi, secondo la *section 246A* del *Criminal Justice Act*, il giudice può stabilire che la scarcerazione automatica possa avvenire solo dopo che l'autore abbia scontato 2/3 della pena detentiva oppure può prevedere che l'uscita anticipata possa essere richiesta al *Parole Board* dopo aver scontato quella frazione di pena.

Dal punto di vista statistico, questo istituto riguarda solo poche centinaia di condannati.

Nel compiere il giudizio prognostico previsto dalle *section 226A* e *226B* circa l'esistenza di un significativo rischio di una grave offesa causata dalla commissione di ulteriori specifici reati da parte del reo, il giudice tiene in considerazione tutte le informazioni disponibili sulla natura e le circostanze del reato per il quale è stato condannato e per qualsiasi altro reato sia stato condannato in precedenza. La base conoscitiva attraverso la quale formulare la prognosi è stabilita dalla *section 229* del *Criminal Justice Act*.

Ciò che qui interessa mettere in rilievo è la scelta del legislatore inglese di creare un giudizio prognostico estremamente più circoscritto rispetto a quelli stabiliti dal sistema penale italiano. [cfr. cap. IV, par. 1].

I confini dell'oggetto del giudizio sono tracciati attraverso il riferimento a due differenti fattori.

Non solo il giudice dovrà prevedere che l'autore del fatto commetterà uno dei reati gravi contenuti in una lista (invero piuttosto lunga) allegata al *Criminal Justice Act*, ma dovrà altresì stabilire che dalla commissione di quel reato possa derivare una grave offesa (*serious harm*) per la vittima. Ciò contribuisce chiaramente a garantire maggiori tutele al condannato circa la possibilità per il giudice di imporre ulteriori limitazioni della libertà personale.

La prognosi non riguarda qualsiasi reato, ossia un giudizio la cui solidità logica e fattibilità empirica paiono difficilmente immaginabili, bensì un catalogo limitato di reati.

Non solo: quel reato deve produrre una lesione grave al bene giuridico tutelato.

L'uso del termine '*significant*' per qualificare il rischio è stato criticato in dottrina: si è obiettato che il Parlamento avrebbe potuto utilizzare l'aggettivo '*substantial*'; la qualificazione del rischio come significativo rischia di essere interpretata nel senso di non insignificante o più che minimale²⁸⁴.

Non essendo definito dalla legge, il concetto di rischio significativo è stato chiarito dalla giurisprudenza.

Si tratta di un orientamento della prassi che, pur essendosi formato in relazione al cd. *imprisonment for public protection*, può essere tenuto in considerazione anche per la nuova tipologia di *extended sentence* introdotta nel 2012, poiché il giudizio prognostico è rimasto sostanzialmente invariato.

In particolare nel *leading case R v Lang*²⁸⁵ la Corte d'appello ha ritenuto che 'significativo' corrisponde a una soglia più elevata della semplice possibilità che si verifichi una grave offesa derivante dalla commissione di ulteriori specifici reati da parte del reo. Significativo, secondo la Corte, equivale a «notevole, di considerevole quantità o importanza».

La Corte ritiene inoltre che, nel valutare il rischio di commissione in futuro di altri reati, il giudice debba tenere in considerazione la natura e le circostanze del reato commesso, i precedenti penali, l'eventuale esistenza di un disegno criminoso,

²⁸⁴ Ashworth, *Sentencing*, cit., p. 234.

²⁸⁵ Court of Appeal Criminal Division, *Regina v Stephen Howard Lang*, 8 giugno 2005, [2005] EWCA Crim 2864, in *Westlaw.co.uk*.

le condizioni economiche e sociali dell'autore di reato (inclusi, tra gli altri, la situazione abitativa, la condizione lavorativa e familiare, il livello di istruzione e l'eventuale abuso di alcol o sostanze stupefacenti), le attitudini del reo in relazione alla criminalità, nonché il suo stato emotivo²⁸⁶.

Queste informazioni sono rese disponibili attraverso il *pre-sentence report*, ossia un documento redatto dai *probation officer*, che risulta indispensabile nei casi in cui il giudice vuole infliggere una *extended sentence* [v. supra par. 5.1].

Il termine informazione (*information*) deve intendersi in senso più ampio della nozione di elemento di prova (*evidence*): ciò significa che il giudice dispone di un ampio margine nella scelta degli elementi conoscitivi che possono essere utilizzati per fondare la propria decisione sulla pericolosità²⁸⁷.

Questa interpretazione della nozione di *significant risk* è stata confermata da un successivo arresto della Corte d'appello. Nel caso *Pedley, Martin and Hamadi*²⁸⁸ del 2009, la Corte ha ribadito che significativo corrisponde ad una elevata soglia di rischio. Ad essere stata respinta è la tesi degli appellanti che chiedevano ai giudici di definire il concetto di significativo individuando una soglia probabilistica di tipo quantitativo. [in termini più generali cfr. cap. V, par. 5].

La Corte ha inoltre osservato che l'imposizione di una pena indeterminata (in quel periodo era ancora vigente il cd. *imprisonment for public protection*, ma la questione vale anche per la *extended sentence* introdotta nel 2012 al posto di quest'ultimo) è compatibile con gli articoli 3 e 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Le perplessità della dottrina, che sono state in precedenza messe in rilievo circa il rischio di un'interpretazione "riduttiva" del concetto di rischio significativo, sembrano essersi palesate nella pronuncia della Corte d'appello nel caso *R v Johnson* del 2006²⁸⁹.

²⁸⁶ Court of Appeal, *op. cit.*, par. 17.

²⁸⁷ Court of Appeal Criminal Division, *R v Considine*, 6 giugno 2007, [2007] EWCA Crim 1166, in *Westlaw.co.uk*.

²⁸⁸ Court of Appeal Criminal Division, *Dean Pedley, Lee Martin, Zeeyad Hamadi v The Queen*, 14 maggio 2009, [2009] 1 WLR 2517, in *Westlaw.co.uk*.

²⁸⁹ Court of Appeal Criminal Division, *R v Johnson, Hamilton, Lawton, Reference by HM Attorney General (Jones), Gordon*, 20 ottobre 2006, [2006] EWCA 2486, in *Westlaw.co.uk*.

Pur conformandosi apparentemente al precedente del 2005, la Corte ha stabilito che il concetto di *significant risk* si presta a un'interpretazione flessibile, perché consente al giudice di ritenere significativa anche una bassa probabilità di rischio quando si tratta di un'offesa particolarmente grave. Per converso può essere ritenuto non significativo una più elevata probabilità di un'offesa, qualora quest'ultima sia meno grave.

Insomma: è la tipologia di offesa a incidere sulla significatività della soglia di probabilità logica: quanto più è grave il reato che può essere commesso in futuro, tanto più bassa è la probabilità da ritenere significativa ai fini dell'imposizione di una *extended sentence*.

Il concetto di grave offesa (*serious harm*) è definito dalla *section* 224, n. (3), la quale prevede che deve intendersi tale la morte o una grave lesione personale, sia fisica che psicologica.

A tal riguardo la Corte d'appello, nel caso *R v Lang*, ha precisato che non è sufficiente una valutazione astratta della gravità dell'offesa che si ritiene possa derivare in futuro dalla commissione di un altro reato. Ad esempio, osserva la Corte, la rapina deve considerarsi (in astratto) un reato grave. Tale reato può essere, tuttavia, realizzato attraverso modalità diverse tra loro, molte delle quali non implicano un rischio significativo di una grave offesa. Ciò significa che la prognosi non può limitarsi alla commissione in futuro di un reato grave in astratto, ma deve avere ad oggetto un reato dal quale derivi una grave lesione in concreto, ossia la morte o una grave lesione personale sia fisica che psicologica²⁹⁰. Inoltre, a parere della Corte, dalla gravità del reato commesso non si può dedurre la serietà dell'offesa di cui si pronostica la futura realizzazione.

Un ulteriore aspetto problematico relativo al giudizio prognostico richiesto dalla *extended sentence* riguarda la solidità empirica della valutazione probabilistica dalla quale dipende la limitazione della libertà personale. Una limitazione che sarebbe del tutto ingiustificata rispetto ai frequenti casi di falsi positivi²⁹¹. La questione è comune a tutti i sistemi sanzionatori che prevedono la necessità di

²⁹⁰ Court of Appeal Criminal Division, *Regina v Stephen Howard Lang*, cit., par. 17.

²⁹¹ Ashworth, *Sentencing*, cit., p. 235 s.

formulare prognosi; per questa ragione il tema verrà trattato nel prosieguo. [cfr. cap. IV e cap. V].

7. Il giudizio prognostico nella fase esecutiva: il Parole Board

Il *Parole Board* è un organo amministrativo indipendente il cui compito istituzionale è quello di effettuare una valutazione del rischio (*risk assessment*) sui detenuti, al fine di stabilire se possano essere rimessi in libertà senza che questo crei pericolo per la collettività²⁹².

E proprio quest'ultimo (*Parole Board*) è chiamato a valutare la pericolosità sociale del condannato ad una pena detentiva a tempo indeterminato (*indeterminate imprisonment*) ovvero di soggetti condannati a una pena detentiva a tempo determinato per taluni reati gravi.

Prima di esaminare l'attività prognostica del *Parole Board* pare opportuno inquadrare questo soggetto istituzionale.

Nato come organo meramente consultivo²⁹³, è stato trasformato in un ente pubblico indipendente nel 1996 ai sensi del *Criminal Justice and Public Order Act* del 1994.

Il ruolo svolto da questo soggetto istituzionale è stato notevolmente ampliato nel tempo al punto che oggi, come si avrà modo di precisare nel prosieguo, si tratta dell'ente che ha il compito istituzionale di decidere sul rilascio anticipato dei detenuti che hanno commesso gravi fatti di reato²⁹⁴. Vale la pena comprendere quali siano le professionalità che entrano a comporre tale organo. Il *Parole Board* si compone di 246 membri che compiono la valutazione del rischio e assumono la conseguente decisione per il rilascio anticipato (o volendo impiegare la

²⁹² Come si legge nel *Parole Board Decision Summaries* (agg. 20 marzo 2019): «our job is to determine if someone is safe to release. We do so with great care, and public protection is our number one priority».

²⁹³ Fu istituito nel 1968 ai sensi del *Criminal Justice Act* del 1967.

²⁹⁴ Padfield, *The Parole Board in transition*, in *Criminal Law Review*, 2006, pag. 3 e ss.

terminologia italiana, la liberazione condizionale); a questo personale operativo si aggiunge poi un ulteriore staff, di circa 120 membri, con funzioni di supporto.

Quanto alla formazione dei singoli componenti, si tratta di personale proveniente da i più vari settori formativi fino a veri e propri membri specializzati che possono essere giudici, psichiatri o psicologi. Una composizione sincretica, dunque, simile a quella che caratterizza il Tribunale di Sorveglianza italiano [v. cap. II, par. 4].

Ogni anno, secondo i dati ufficiali²⁹⁵, tale ente si trova ad esaminare circa 25.000 istanze di rilascio. Nel 2016-17 i casi esaminati sono stati 5165 di cui il 35% è stato rigettato, il 48% è stato accolto e, infine, nel 17% dei casi è stato raccomandato il trasferimento del detenuto da un regime detentivo chiuso ad uno aperto²⁹⁶. Dal 2013 al 2016, la percentuale di ricaduta nel reato, o meglio di coloro che hanno commesso un grave reato in seguito a una decisione di rilascio è stata inferiore all'1%.

Stando a quest'ultimo dato statistico, si potrebbe già affermare che la valutazione prognostica del Parole Board viene confermata in un alto numero di casi. E ciò a maggior ragione se si considera che la prognosi riguarda il futuro comportamento di soggetti che hanno, in passato, commesso gravi delitti.

La prognosi del *Parole Board* riguarda, infatti, solo un numero ristretto di casi: qualora, cioè, si tratti di un'istanza di rilascio presentata da un condannato a pena detentiva a tempo indeterminato (*life imprisonment* e *life imprisonment for public protection*²⁹⁷), a *extended determinate sentences* (EDS²⁹⁸), ovvero per condanne a pena detentiva a tempo determinato per taluni gravi reati quali il terrorismo e reati sessuali commessi nei confronti di minorenni²⁹⁹. A queste ipotesi si aggiunge anche il caso di nuova istanza di rilascio (*re-release*) presentata da soggetti che dopo essere stati rilasciati una prima volta hanno commesso un nuovo reato ovvero hanno

²⁹⁵ I dati citati sono reperibili sul sito ufficiale del *Parole Board*: <https://www.gov.uk/government/organisations/parole-board>.

²⁹⁶ In questo caso, il *Parole Board* può esprimere solo un parere non vincolante. La decisione finale spetta al *Ministry of Justice*.

²⁹⁷ Ai sensi del *Crime (Sentences) Act 1997*.

²⁹⁸ Ai sensi *Criminal Justice Act 2003* (come modificato dal *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012*).

²⁹⁹ Ai sensi del *Criminal Justice and Courts Act 2015*.

violato le prescrizioni previste del proprio *licence* e che pertanto, al momento della richiesta di *re-release*, si trovano in istituto penitenziario.

Il procedimento di concessione della liberazione condizionale è complesso³⁰⁰. Sono previste due fasi successive: in un primo momento un singolo componente del *Parole Board* esamina il fascicolo del detenuto (*prisoner's dossier*)³⁰¹ e solo laddove si ritenga necessaria l'audizione del soggetto per stabilire il rischio di recidiva, il detenuto verrà sentito da un panel del *Probation Board*³⁰². Il dossier è una raccolta di documenti relativi al detenuto che comprende i rapporti e le informazioni sul reato commesso, i progressi compiuti nel corso della detenzione e il piano di gestione dei rischi del detenuto (*risk management plan*). Utilizzando le informazioni contenute nel fascicolo, il membro del *Parole Board* decide se richiedere un'audizione orale³⁰³ ovvero emettere una decisione negativa³⁰⁴.

In particolare, laddove il fascicolo penitenziario non presenti abbastanza elementi per giungere ad una prognosi favorevole di non recidiva, il componente del *Parole Board* reperirà le informazioni necessarie direttamente dal colloquio con il detenuto, raccoglierà il parere dei professionisti che hanno osservato il soggetto nell'istituto penitenziario e l'eventuale opinione della vittima del reato³⁰⁵. Con una precisazione: l'eventuale dichiarazione della vittima (*Victim Personal Statements* d'ora in avanti VPS) non influenza direttamente la decisione.

³⁰⁰ Tale procedimento è disciplinato dal *Parole Board Rules* del 2016 e solitamente la durata è pari a sei mesi.

³⁰¹ Tale fase è denominata *Member Case Assessment* (MCA). Si tratta di una fase procedimentale introdotta nel 2014 volta ad garantire che tutti i casi siano trattati in modo adeguato, proporzionato, efficace e coerente. Per realizzare tale obiettivo è stata predisposta una Guida (*Member Case Assessment Guidance*) che supporta in maniera dettagliata ciascun componente del *Parole Board* nella fase di valutazione del fascicolo penitenziario.

³⁰² Il pannel può essere composto da uno, due o tre componente del *Parole Board* che incontrano il detenuto e altri testimoni che daranno conto del rischio di recidiva che il detenuto presenta. In determinati casi, il pannel deve essere composto anche da membri specializzati come psicologi o psichiatri. Cfr. *Annex 13, Member Case Assessment Guidance*, p. 119 e ss. Ad es., è richiesta la presenza di uno psicologo nel *parole Board* quando nel dossier emerge un contrasto tra il rapporto psicologico fornito dai servizi penitenziari che seguono il detenuto all'interno del carcere e il professionista esterno.

³⁰³ Sul punto

³⁰⁴ In alcuni casi, il componente del *Parole Board* può raccomandare un trasferimento a condizioni aperte e per alcuni tipi di pena può rilasciare un prigioniero in base alle informazioni contenute nel fascicolo.

³⁰⁵ Cfr.

L'attenzione del Parole Board, infatti, è diretta alla valutazione del rischio e il VPS non contiene informazioni sul rischio (in proposito). Il VPS consente al panel di rivolgere domande al detenuto riguardo all'impatto del suo comportamento, alla comprensione del suo comportamento, al rimorso e all'empatia. Fornisce informazioni sull'offesa originale e può aiutare il panel a decidere sulle condizioni di rilascio appropriate.

La complessità della decisione – se concedere o meno la libertà condizionale – emerge soprattutto con riguardo alla molteplicità dei fattori che devono essere considerati.

Il *Parole Board*, infatti, deve valutare un numero considerevole di elementi (*evidence*) che spaziano dalle risultanze del processo di cognizione in tema di accertamento del fatto, a quanto emerso nella fase di determinazione della pena (*sentencing remarks*) fino ai cambiamenti comportamentali che l'autore del reato ha mostrato nel periodo detentivo, soprattutto attraverso la sua partecipazione a programmi detentivi risocializzanti.

In particolare, al fine di valutare il rischio rappresentato da un determinato detenuto rispetto alla sicurezza della collettività (*public safety*), il componente del *Parole Board* ricerca quanti più possibili elementi che rivelino un cambiamento nel comportamento e nell'atteggiamento del soggetto rispetto al momento in cui ha commesso il reato. Ad esempio, viene valutata la situazione che ha portato a realizzare i comportamenti offensivi e se quel soggetto ha affrontato i problemi connessi; il precedente stile di vita del detenuto (ad es. ha abusato di droghe o alcol) e quale tipo di programma e/o terapia ha intrapreso per affrontarlo; in che modo l'autore del reato intende gestire il proprio vivere nella collettività. I componenti del *Parole Board* esaminano, poi, il piano di gestione dei rischi (*risk management plan*) che individua dove il detenuto intende vivere una volta rilasciato, che tipo di supporto riceverà dai propri familiari e amici e se avrà un lavoro.

Ed ancora, viene analizzata la relazione tra il singolo detenuto e il proprio *probation officer*³⁰⁶ domandandosi se il detenuto riuscirà ad impostare tale rapporto

³⁰⁶ Oggi denominato *prisoner's Offender Manager*.

in termini di onestà e reale supporto, se riuscirà cioè ad aprirsi con il proprio referente su eventuali problemi che potranno sorgere una volta che verrà rilasciato.

È bene chiarire che, come precisato dalle linee guida del *Parole Board*³⁰⁷, nel caso in cui il panel decida di rilasciare un detenuto, ciò non significa che quel soggetto non presenta alcun rischio di recidiva. La liberazione condizionale viene, infatti, concessa, anche nei casi in cui il rischio di commissione di un nuovo reato sia stato ridotto a un livello tale da essere gestito efficacemente nel consorzio sociale. In altri termini, di fronte all'impossibilità di raggiungere la certezza (nel 100% dei casi) che il detenuto una volta rilasciato non torni a delinquere, basta che il soggetto presenti un basso rischio di recidiva (*very small and manageable risk*), che abbia pianificato come contenere i propri fattori di rischio (anche grazie al rapporto con il *probation officer* a cui è affidato) e che venga creata una rete di supporto volta a prevenire la recidiva.

Una volta concessa la liberazione condizionale il soggetto è comunque soggetto a delle rigide prescrizioni (*licence condition*). Nel caso, poi, di violazioni del regime di libertà vigilata è prevista la possibilità che il soggetto faccia ritorno in carcere.

³⁰⁷ Consultabili su <https://www.gov.uk/government/organisations/parole-board>.

CAPITOLO IV – LA STRUTTURA E LE BASI CONOSCITIVE DEL GIUDIZIO PROGNOSTICO

SOMMARIO: 1. La struttura teorica e il livello di affidabilità dei giudizi prognostici. – 2. Le conoscenze necessarie e il loro significato per la formulazione della prognosi. – 3. I limiti conoscitivi dell'indagine prognostica.

1. La struttura teorica e il livello di affidabilità dei giudizi prognostici

La struttura teorica del giudizio prognostico è gravata da «un diffuso pregiudizio negativo»³⁰⁸. Come è stato messo in rilievo, quello prognostico sul futuro comportamento dell'autore di reato è «un giudizio problematico *sotto l'aspetto epistemologico*: la controllabilità empirica e la certezza, che possono pretendersi per l'accertamento dei fatti avvenuti, non sono caratteristiche del giudizio prognostico nel momento in cui viene formulato. I *criteri della prognosi* di pericolosità sociale scontano le difficoltà, le incertezze ed i limiti delle scienze dell'uomo (psicologia, psichiatria, sociologia, criminologia)»³⁰⁹.

Si tratta di un deficit epistemologico che inevitabilmente finisce per condizionare, fin dalle origini, l'affidabilità della prognosi sia quando questa abbia ad oggetto il futuro comportamento dell'autore di reato sia quando si tratti di prevedere gli effetti special-preventivi della risposta sanzionatoria.

Tale apparente 'inaffidabilità' non sembra dipendere, tuttavia, dalla struttura della prognosi³¹⁰.

Infatti, l'accertamento del fatto al pari del giudizio prognostico ha una struttura di tipo probabilistico. Come è stato osservato, sono entrambi «fatalmente

³⁰⁸ Così F. CAPRIOLI, *Pericolosità sociale e processo penale*, in M. PAVARINI, L. STORTONI (a cura di), *Pericolosità e giustizia penale*, Bologna, 2013, p. 26.

³⁰⁹ Così D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2015, p. 521.

³¹⁰ È ciò che si cercherà di dimostrare nel prosieguo.

probabilistici, e molte valutazioni di tipo prognostico hanno basi razionali solidissime»³¹¹.

In realtà, i più elevati standard di controllabilità empirica e di certezza che si possono pretendere per l'accertamento del fatto e della responsabilità penale dell'imputato sembrano dipendere dalla maggiore attendibilità che le scienze naturali (fisica, chimica, biologia) possono garantire rispetto a quelle umane.

Non sempre però l'accertamento del fatto può essere effettuato con il contributo delle scienze naturali. In un gran numero di casi che il giudice si trova ad affrontare, le scienze naturali non offrono alcun tipo di aiuto: si pensi, a mero titolo esemplificativo all'accertamento della causalità psichica o del dolo, che pure appartengono a snodi centrali dell'accertamento del fatto.

Ed allora il diffuso pregiudizio negativo, che grava sui giudizi prognostici, dovrebbe pesare in pari misura sull'accertamento del fatto. O meglio: il diffuso pregiudizio negativo che pesa sui giudizi prognostici è giustificato solo nella misura in cui riflette un pregiudizio negativo sui saperi scientifici utilizzati per formulare la prognosi.

Tale pregiudizio non può invece dipendere dalla struttura probabilistica della prognosi, che è presente anche nel giudizio sul fatto.

Va poi messo in rilievo che, di frequente, il giudice preferisce affidarsi, specialmente nell'ambito dei giudizi prognostici, alla sua scienza privata, e trascurare invece, per limiti culturali o legislativi, l'apporto delle scienze umane.

Sullo sfondo di questo pregiudizio negativo sull'attendibilità delle prognosi (e di quello positivo sull'accertamento del fatto) vi è probabilmente un diverso livello di accettabilità politico-criminale dell'incertezza nei due giudizi. Nell'accertamento del fatto, che costituisce il passaggio fondamentale per l'ascrizione della responsabilità penale e l'applicazione delle conseguenze sanzionatorie, l'incertezza risulta meno tollerabile rispetto a quella che caratterizza il giudizio prognostico sulla recidiva. Mentre nel primo caso vi è l'esigenza di rispettare la garanzia fondamentale della presunzione di innocenza di cui all'art. 27, comma 2, Cost., nel

³¹¹ Così ancora F. CAPRIOLI, *ibidem*.

caso della prognosi si tratta, invece, di rinunciare all'esecuzione della pena (come nel caso della sospensione condizionale) nei confronti di colui che è stato ritenuto l'autore del reato oltre ogni ragionevole dubbio; oppure di applicare una misura di sicurezza, per soddisfare esigenze di cura e controllo, nei confronti di un soggetto che, anche qualora sia stato dichiarato parzialmente o totalmente incapace di intendere e di volere, ha comunque commesso il fatto di reato.

A ben vedere, tuttavia, questo diverso grado di accettabilità politico-criminale dell'incertezza non sembra trovare una giustificazione del tutto appagante. L'applicazione della risposta al reato (pena o misura di sicurezza) dipende in ultima analisi dall'esito della prognosi. Se la condanna dell'innocente è intollerabile, l'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza nei confronti di una persona il cui rischio di recidiva è stato erroneamente accertato è altrettanto inaccettabile. L'incertezza dei giudizi prognostici contrasta con la finalità rieducativa della pena (art. 27, comma 3, Cost.): non avrebbe senso rieducare un individuo, nei cui confronti è stata erroneamente formulata una prognosi sfavorevole, ma le cui caratteristiche e i cui bisogni avrebbero dovuto portare alla rinuncia o al mutamento della risposta al reato.

Oltre ai limiti delle scienze umane, il deficit di attendibilità dei giudizi prognostici dipende anche dall'oggetto della previsione indicato dal legislatore.

Se il giudice è chiamato a formulare una prognosi di recidiva che riguarda qualsiasi fattispecie di reato, i criteri in base ai quali quest'ultima viene effettuata saranno scarsamente determinati e ben poco razionali.

Stabilire quali siano i fattori predittivi rilevanti per stabilire se il reo commetterà in futuro un qualsiasi fatto di reato appare un compito davvero insormontabile.

La probabilità di effettuare una prognosi avente ad oggetto qualsiasi fattispecie incriminatrice è sicuramente maggiore di una previsione che riguarda solo una categoria ristretta di fatti di reato³¹².

Tuttavia, l'attendibilità del giudizio è ben più elevata nel secondo caso, poiché è maggiore il grado di razionalità e determinatezza dei criteri che guidano e

³¹² In tal senso M. PELISSERO, *op. cit.*, p. 346.

sorreggono il percorso argomentativo³¹³. Detto altrimenti: è statisticamente più probabile indovinare la prognosi se l'oggetto di quest'ultima è molto ampio; in tal modo però il giudizio sconta un grosso deficit di razionalità, che sarebbe invece ben più circoscritto laddove si restringesse l'oggetto della prognosi.

Anche qui è interessante notare la diversa esperienza offerta dal sistema inglese. Come si è avuto modo di approfondire i confini dell'oggetto del giudizio prognostico inglese sono ben tracciati attraverso il riferimento a due differenti fattori. Il giudice inglese, infatti, da un lato deve prevedere che l'autore del fatto commetterà uno dei reati gravi contenuti in una lista individuata dal legislatore inglese (contenuta nel *Criminal Justice Act*), dall'altro lato deve anche stabilire che dalla commissione di quel reato possa derivare una grave offesa (*serious harm*) per la vittima.

È chiaro, dunque, come ciò fornisca una maggiore tutela al condannato circa l'imposizione di ulteriori limitazioni della libertà personale. La prognosi non riguarda qualsiasi reato, ossia un giudizio la cui solidità logica e fattibilità empirica paiono difficilmente immaginabili, bensì un catalogo limitato di reati. Non solo: quel reato deve produrre una lesione grave al bene giuridico tutelato. [v. cap. III, par. 5].

Vi è un secondo aspetto controverso che riguarda la struttura logica dei giudizi prognostici, ossia se questi ultimi abbiano natura abduttiva, induttiva oppure deduttiva.

Secondo un orientamento dottrinale il giudizio prognostico sarebbe un ragionamento di tipo deduttivo. In ciò si differenzerebbe dall'accertamento del fatto di reato e della responsabilità dell'imputato, che è invece un ragionamento abduttivo. Nella prognosi il giudice non va alla ricerca della migliore spiegazione del caso sulla base delle evidenze raccolte; non spiega i fatti del passato attraverso i fatti del presente. Al contrario, il ragionamento prognostico «ha natura deduttiva: muove dall'antecedente al conseguente, dalla causa all'effetto e non viceversa»³¹⁴.

³¹³ Cfr. F. CAPRIOLI, *Pericolosità*, cit., p. 27.

³¹⁴ Così F. CAPRIOLI, *Pericolosità*, cit., p. 23; nello stesso senso C. ZAZA, *Il ragionevole dubbio nella logica della prova penale*, Milano, 2008, p. 44 ss.

Secondo un diverso orientamento, nell'ambito dei giudizi prognostici «trova spazio il metodo dell'*abduzione*, in quanto si tratta di analizzare una situazione di fatto data, con lo scopo di formulare possibili ipotesi intorno alle conseguenze che da essa possono discendere. Nei termini del problema che qui stiamo esaminando, è attraverso l'abduzione che il giudice può formulare ipotesi sul futuro». Nella prognosi il giudice, utilizzando il metodo abduttivo dell'inferenza verso la migliore spiegazione (di regola impiegato per l'accertamento del fatto), dovrebbe formulare «ipotesi che appaiono ragionevolmente possibili sulla base degli elementi di conoscenza e delle indicazioni di cui il giudice dispone nel momento in cui formula la previsione», per poi escludere le ipotesi su accadimenti futuri che contrastano con le evidenze disponibili³¹⁵.

A questo orientamento si obietta che, a meno di non volere estendere considerevolmente il concetto di abduzione, «il ragionamento abduttivo – o inferenza alla spiegazione migliore – è per definizione un tipo di ragionamento che serve, appunto, a spiegare un fatto»; schema logico che non corrisponde alla struttura del giudizio prognostico che, al contrario, è proiettato verso il futuro³¹⁶.

Senza volersi avventurare in un territorio filosofico "minato", ci si limita a osservare che il ragionamento deduttivo non sembra essere il modello logico al quale ricondurre i giudizi prognostici. Nel ragionamento deduttivo, che è quello tipico della matematica, «se le premesse sono vere, allora anche la conclusione deve essere vera»³¹⁷. Non sembra tuttavia che, nel caso delle prognosi, l'esistenza di premesse vere (ossia la presenza di una certa situazione di fatto e di certe caratteristiche dell'autore del reato) possano logicamente implicare la conclusione (sul comportamento futuro del reo e sugli effetti della risposta al reato). Nel giudizio prognostico non sembra esservi traccia della solidità, della sicurezza e degli ampi margini di certezza delle inferenze deduttive.

La prognosi sembra, invece, avere la natura del ragionamento induttivo, perché «ci muoviamo da premesse su oggetti che abbiamo esaminato a conclusioni su

³¹⁵ Entrambe le citazioni sono tratte da M. TARUFFO, *Sui confini*, cit., p. 334.

³¹⁶ Così F. CAPRIOLI, *Pericolosità*, cit., p. 24.

³¹⁷ Così S. OKASHA, *Il primo libro di filosofia della scienza*, Torino, 2006, p. 21.

oggetti che non abbiamo esaminato». Il carattere induttivo dei giudizi prognostici sembra emergere chiaramente da un semplice esempio: «quando accendete il computer la mattina siete convinti che non vi esploderà in faccia. Perché? Perché lo accendete tutte le mattine e non vi è mai esploso in faccia finora. Ma l'inferenza da «finora il mio computer non mi è mai esploso in faccia quando l'ho acceso» a «il mio computer non mi esploderà in faccia quando lo accenderò questa volta» è induttiva, non deduttiva: la sua premessa non implica logicamente la conclusione»³¹⁸.

In conclusione: i giudizi prognostici sulla recidiva e sugli effetti delle risposte al reato sembrano basarsi su un'inferenza induttiva probabilistica che si è consolidata sulla base dell'esperienza empirica precedente: premesse certe caratteristiche personali (fatto noto), si ipotizza che quella persona si comporterà secondo le modalità osservate nei casi precedenti che presentavano le medesime caratteristiche (fatto ignoto). Quanto più frequentemente si osserva un collegamento causale tra determinate caratteristiche personali e la recidiva, tanto più solida sarà l'inferenza induttiva, sebbene sia sempre logicamente possibile un comportamento diverso da quello osservato in precedenza. Come è stato infatti rilevato, «il ragionamento induttivo è del tutto in grado di condurci da premesse vere a conclusioni false»³¹⁹.

Infine, vi è un'ulteriore questione di fondo che non verrà affrontata in questa sede e che verrà poi approfondita nel prosieguo [cap. V]. Si tratta del dilemma sul modello di accertamento da utilizzare nel giudizio prognostico: se quest'ultimo debba farsi guidare dalle regole del calcolo della probabilità statistica oppure se sia preferibile fare riferimento alla probabilità logica.

³¹⁸ Così S. OKASHA, *ult. op. cit.*, p. 21 s.

³¹⁹ Così S. OKASHA, *ult. op. cit.*, p. 22.

2. Le conoscenze necessarie e il loro significato per la formulazione della prognosi

Qualsiasi giudizio prognostico presuppone la raccolta di tutti gli elementi fattuali, delle caratteristiche dell'autore e di ogni altro dato sulla base dei quali è possibile stabilire quali fattori predittivi della recidiva sussistono nel caso concreto. Dalla completezza e dalla pertinenza di tali elementi di fatto dipende la correttezza e la capacità esplicativa del giudizio prognostico sulla probabilità di recidiva e sugli effetti special-preventivi della risposta sanzionatoria.

Raccogliere queste informazioni non è ovviamente sufficiente per compiere una previsione sul rischio di recidiva. Per formulare prognosi attendibili occorre un sapere nomologico, ossia leggi e principi generali formulati in base ad una conoscenza consolidata che siano in grado di attribuire un significato ai dati raccolti e di stabilire l'impatto di tali fattori sul futuro comportamento dell'autore di reato. In altri termini si deve fare ricorso a tutto il sapere esperienziale, derivante dalla psicologia, dalla sociologia e dalla criminologia per stabilire i collegamenti esistenti tra caratteristiche personali o altri fattori ambientali o situazionali e la commissione di reati.

Concezioni personali del giudice, che non sono il frutto di dati di esperienza generalizzati, circa l'esistenza di un legame tra personalità del reo e recidiva oppure sugli effetti special-preventivi delle sanzioni non sono sufficienti per legittimare l'intervento punitivo statale che in questi casi dipende proprio dalla formulazione di un giudizio prognostico.

Non si può a questo punto non rilevare una questione problematica che rimane aperta. Occorre domandarsi se quando il giudice non può fare appello a nessun dato di esperienza generalizzato, perché non esiste un sapere scientifico in grado di fornirgli le conoscenze necessarie per trarre dalle caratteristiche del reo un dato affidabile sulla probabilità di recidiva, il dubbio debba essere valutato in modo favorevole al reo, come se la prognosi fosse favorevole, oppure se può giustificarsi

ugualmente (e altrimenti) la limitazione della libertà sia pure dinanzi all'impossibilità di formulare un giudizio prognostico empiricamente affidabile³²⁰.

Vi è poi un ulteriore aspetto delicato da tenere in considerazione.

A prima vista l'obiettivo di raccogliere tutte le informazioni necessarie sui fattori predittivi della recidiva appare perseguibile e attuabile. Questo obiettivo deve tuttavia inserirsi all'interno di un procedimento penale che, oltre ad essere governato da esigenze di ragionevole durata e di economia processuale, è sottoposto al principio costituzionale di presunzione di innocenza (art. 27, comma 2, Cost.). Ciò significa che l'accertamento dei fattori predittivi comporta l'ingresso di complessi accertamenti che sono demandati ad esperti di saperi extragiuridici, con evidente aggravio di tempo e di costi (specialmente se il processo si conclude con un'assoluzione o un proscioglimento). Non solo: si corre il rischio che tali accertamenti sulla personalità dell'imputato, sulla sua vita e sui suoi precedenti possano stravolgere la valutazione del quadro probatorio in senso sfavorevole a quest'ultimo. L'accertamento della responsabilità rischia così di essere inquinato dalla raccolta e valutazione degli elementi necessari per effettuare il giudizio prognostico. È proprio questo uno dei timori che sembra giustificare il divieto di perizia criminologica effettuata prima dell'accertamento della responsabilità penale (art. 220 c.p.p.)³²¹. Ed è questa la ragione per la quale si valuta da tempo la costruzione di un processo bifasico che tenga distinte la fase della cognizione da quella della commisurazione della pena in senso ampio.

Si apre qui un'ulteriore questione problematica che può essere solamente accennata: l'impiego di nozioni e metodi che la scienza offre per accertare fatti rilevanti per la formulazione di giudizi prognostici (i.e. delle prove scientifiche).

Pur con tutti i limiti già rilevati, le scienze umane costituiscono un bagaglio conoscitivo necessario per la formulazione dei giudizi prognostici. Il giudice non dispone, infatti, della conoscenza teorica e metodologica che occorre per effettuare una prognosi sul futuro comportamento dell'autore di reato (o dell'imputato) e sugli

³²⁰ W. FRISCH, *Prognoseentscheidungen im Strafrecht. Zur normativen Relevanz empirischen Wissens und zur Entscheidung bei Nichtwissen*, Heidelberg - Hamburg, 1983, p. 33.

³²¹ Sul punto G.D. PISAPIA, *op. cit.*, p. 1026 s.

effetti special-preventivi delle sanzioni penali. Come è stato rilevato «il giudice [...] è – per definizione – un rappresentante della cultura media o del senso comune»³²².

Per questa ragione il senso comune e le massime di esperienza, che sono espressione della cultura media del giudice, dovrebbero cedere il passo al sapere scientifico che offre maggiori garanzie in termini di attendibilità e controllabilità, nonostante le incertezze e i limiti intrinseci delle scienze umane e sociali.

Tali incertezze e limiti delle scienze umane, pur essendo una fonte potenziale di difficoltà e conseguenze negative, perché non è sempre agevole controllarne fondamento e credibilità, sono comunque indispensabili per elaborare la prognosi.

Anziché affidare alla cultura media e al senso comune del giudice le valutazioni di natura psicologica, sociologica e criminologica che sono necessarie per formulare il giudizio prognostico, sarebbe auspicabile l'ingresso di tali conoscenze scientifiche attraverso modalità (la perizia criminologica) in grado di assicurare rigore metodologico e un'adeguata valutazione delle caratteristiche dell'autore di reato in chiave prospettica³²³.

Ciò non esclude che il giudice rivesta un ruolo fondamentale: a lui spetterà, infatti, il compito di verificare l'attendibilità dell'esperto sulla falsariga dei criteri individuati dalla Corte di cassazione³²⁴.

Trattandosi, tuttavia, di paradigmi formulati per le scienze naturali, sarebbe necessario individuare, anche in relazione alle scienze non empiriche, una serie di criteri per controllare l'attendibilità delle conoscenze introdotte nel procedimento penale per effettuare la prognosi³²⁵.

³²² M. TARUFFO, *Prova scientifica (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Annali II-1, 2008, p. 966.

³²³ M. TARUFFO, *Prova*, cit., p. 967 s.

³²⁴ Cass., 17 settembre 2010, n. 43786, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1341 ss., con nota di P. Tonini.

³²⁵ Cfr. M. TARUFFO, *Prova*, cit., p. 971.

3. I limiti conoscitivi dell'indagine prognostica

Come già sommariamente messo in rilievo, la formulazione della prognosi e l'accertamento del fatto di reato sono giudizi profondamenti diversi. In una struttura processuale come quella italiana, nella quale entrambi i giudizi vengono, di regola, effettuati dallo stesso giudice nell'ambito della medesima fase processuale, non possono che crearsi forti attriti.

Per il giudizio prognostico e, più in generale, per l'intera fase di commisurazione della pena è necessario entrare nella sfera più vulnerabile e privata della persona del reo. Indagini sulla personalità dell'imputato trovano, tuttavia, ben poco spazio all'interno di un diritto penale del fatto, al quale fa da contraltare un procedimento penale volto a verificare un'ipotesi accusatoria condensata nel capo d'imputazione.

L'autore del fatto rimane sullo sfondo: ad essere oggetto di valutazione sono esclusivamente le caratteristiche personali che sono funzionali all'accertamento del fatto e della responsabilità.

Molte delle informazioni rilevanti per la formulazione del giudizio prognostico e, in particolare, quelle menzionate dall'art. 133, co. 2 c.p. in relazione alla capacità a delinquere costituiscono raramente oggetto di accertamento nel processo di cognizione [v. cap. II, par. 3]. In un procedimento nel quale l'imputato si proclama innocente e ha il diritto di non rendere dichiarazioni auto-incriminanti, non avrebbe senso che quest'ultimo riveli informazioni, sia pur rilevanti per il giudizio prognostico, che potrebbero essere utilizzate a suo sfavore nella valutazione sulla responsabilità per il fatto. L'imputato non ha interesse a rilasciare dichiarazioni sulle sue condizioni di vita individuale, familiare e sociale o sulla sua condotta antecedente, contemporaneo o susseguente al reato (art. 133, comma 2 c.p.), che pure potrebbero assumere rilievo per la formulazione di una prognosi favorevole, se da tali affermazioni può desumersi che l'imputato ha commesso il fatto. E del resto il giudizio prognostico richiede una collaborazione attiva da parte del reo. La valutazione del rischio di recidiva e degli effetti special-preventivi della risposta sanzionatoria necessitano di conoscenze che solo l'autore del reato può rivelare.

Vale la pena di menzionare un caso esemplificativo tra i molti che potrebbero essere formulati. Si ipotizzi che l'imputata, nell'ambito di un processo penale nel quale è accusata di aver volontariamente ucciso il marito, potrebbe avere interesse a rilevare, ai fini del giudizio prognostico e della commisurazione della pena, la lunga serie di violenze e maltrattamenti di cui la donna è stata vittima durante la loro vita familiare. Tali informazioni, che pure dovrebbero assumere un rilievo nella individuazione della pena, potranno emergere difficilmente se l'imputata si proclama innocente. Rivelarle prima dell'accertamento della sua responsabilità rischierebbe di gettare un'ombra sulla sua (pretesa) estraneità al fatto.

La commistione tra accertamento della responsabilità e giudizio prognostico genera un duplice effetto negativo: non solo le caratteristiche della personalità dell'imputato, se vengono fatte emergere, possono assumere un significato distorto rispetto agli elementi di prova raccolti, ma è proprio questo rischio a precludere quella (tendenziale) completezza informativa che è necessaria per ipotizzare, in modo sufficientemente attendibile, quale sarà il comportamento futuro dell'imputato/condannato³²⁶.

Insomma: il ruolo dei giudizi prognostici, che dovrebbero guidare le finalità di prevenzione nella commisurazione della pena, è ampiamente trascurato anche per queste ragioni.

A ciò si aggiunge, come più volte accennato, un divieto di perizia criminologica che è sopravvissuto anche alla riforma del processo penale di ormai trent'anni fa. Analogamente a quanto previsto dall'art. 314 c.p.p. del previgente Codice di procedura del 1930, l'attuale art. 220 c.p.p. non ammette l'ingresso della perizia criminologica nella fase di accertamento della responsabilità.

Sebbene il sistema penale nel suo complesso e, per quanto più in particolare rileva in questa sede, il mondo della pena siano sempre più popolati da giudizi prognostici sul futuro comportamento dell'imputato/condannato, dai quali dipende in ultima analisi l'an, il quantum e il quomodo della risposta punitiva, le scienze umane (psichiatria, psicologia, sociologia, criminologia ecc.) sono

³²⁶ Cfr. W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1990, p. 103 s.

sistematicamente relegate nella fase di esecuzione delle pene (e delle misure di sicurezza). L'apporto conoscitivo extra-giuridico, pur vedendosi astrattamente riconosciuto un ruolo nella fase di commisurazione della pena (si pensi, ad esempio, alle disposizioni in tema di accertamento della capacità a delinquere e alle forme di messa alla prova), può paradossalmente offrire appieno il proprio contributo solo "a cose fatte" (e spesso vengono trascurate anche in fase di esecuzione, come descritto nel cap. II, par. 4): quando cioè la pena è già stata dosata in concreto e le forme di *probation* sono già state concesse o negate.

Dinanzi a questa chiusura totale rispetto all'ingresso della perizia criminologica in fase di commisurazione della pena in senso ampio, la legge delega 3 aprile 1974, n. 8 per l'emanazione di un nuovo codice di procedura penale e il Progetto preliminare dell'articolato avevano cercato, senza successo, di aprire uno spiraglio. L'art. 209, comma 2 dell'articolato elaborato dalla Commissione ministeriale Pisapia, che non verrà mai definitivamente approvato, prevedeva che «ai fini del giudizio sulla personalità e pericolosità la perizia può avere per oggetto la personalità dell'imputato, anche in ordine alle qualità psichiche indipendenti da cause patologiche». Il successivo art. 212 del Progetto precisava, inoltre, che «le perizie relative a quesiti medico-legali sono affidate a medici specialisti ovvero sanitari che svolgono in modo continuativo attività medico-legale in istituti di osservazione. Le perizie relative a quesiti di natura psichiatrica sono affidate ad un medico specialista in psichiatria, congiuntamente, se necessario, ad uno specialista in medicina legale e ad un medico specialista in psicologia o in criminologia. Le perizie relative a quesiti sulla personalità o pericolosità sono affidate a specialisti in criminologia ovvero ad un medico specialista in psichiatria o psicologia».

Per realizzare questo importante cambiamento, che avrebbe dato sostanza agli scarni giudizi prognostici che oggi incidono profondamente sulla fase di esecuzione, lo stesso Presidente della Commissione auspicava l'adozione di un processo bifasico che, per evitare pericolose commistioni, tenesse opportunamente

distinte la fase dell'accertamento del fatto e della responsabilità da quella relativa al trattamento sanzionatorio individualizzato³²⁷.

L'esperienza di altri ordinamenti insegna in tal senso. Come si è avuto modo di approfondire, il sistema inglese costituisce un valido esempio in tal senso. [v. cap. III, in particolare, par. 2 e 5]. Una volta accertata la responsabilità penale del soggetto, il giudice procede alla determinazione della pena (e alla previsione del futuro comportamento del reo) anche sulla base di nuovi elementi che non hanno ragionevolmente trovato ingresso nella prima fase processuale. Si pensi a quegli elementi che riguardano la personalità del reo che potrebbero essere valutati in senso a lui sfavorevole laddove fossero introdotti in un momento precedente alla sua condanna, quando ciò è ancora un soggetto presunto innocente.

L'introduzione di una fase processuale *ad hoc* (una sorta di *sentencing*) sarebbe certamente la strada più idonea, ma non l'unica possibile.

Anche all'interno del modello processuale vigente potrebbe trovare spazio, come del resto prevedeva l'art. 518 del Progetto di riforma già menzionato, la perizia criminologica e l'indagine sulla personalità dell'imputato «quando esistono prove sufficienti per dichiarare l'imputato autore del fatto contestato».

Solo attraverso la rimozione dei limiti conoscitivi sulla personalità dell'imputato e sui fattori di condizionamento ambientale può darsi davvero attuazione all'obiettivo costituzionalmente imposto di individualizzazione della pena.

Circoscrivere questa finalità alla fase esecutiva significa svuotare in parte di significato il principio di rieducazione, perché questo percorso si muoverà all'interno di una cornice, più o meno rigida, che è stata imposta dal giudice della commisurazione, senza possibilità di necessario approfondimento.

Prescrivere una terapia sbagliata, perché si conosce poco o nulla dei sintomi del paziente, e imporne l'attuazione, lasciando a chi viene dopo un ristretto margine di intervento per modificare quella terapia, significa pregiudicare fatalmente il percorso di guarigione.

³²⁷ Cfr. G.D. PISAPIA, *op. cit.*, p. 1029.

Sembra questo, purtroppo, il destino al quale sono condannati i giudizi prognostici sulla recidiva e sugli effetti special-preventivi delle sanzioni nel sistema penale attuale.

CAPITOLO V – I GIUDIZI PROGNOSTICI TRA EMPIRIA E SAPERE SCIENTIFICO

SOMMARIO: 1. Giudizi prognostici e sapere scientifico: uno sguardo d'insieme. – 2. Probabilità a priori e studi empirici sulla recidiva. – 3. Fattori predittivi e rischio di recidiva. – 4. La formulazione del giudizio prognostico: i metodi. – 5. Lo standard di accertamento nei giudizi prognostici. – 6. La multidimensionalità del giudizio prognostico: dalla persona alla sanzione.

1. Giudizi prognostici e sapere scientifico: uno sguardo d'insieme

Per analizzare i rapporti tra sapere scientifico e prognosi occorre partire da una premessa teorica fondamentale: è impensabile prevedere il futuro comportamento dell'autore di reato senza margine d'errore; al pari di qualsiasi accertamento effettuato nel procedimento penale, i giudizi prognostici sono inevitabilmente probabilistici e rimangono, dunque, avvolti da un margine d'incertezza.

Ciò non di meno, come è stato di recente osservato, «gli accertamenti scientifici disponibili sulla recidiva indicano che, ad un certo livello di precisione, il comportamento futuro può essere predetto, e la perseveranza nel commettere reati può essere evitata»³²⁸.

L'affidabilità delle prognosi dipende, innanzitutto, dalla validità di teorie che, in combinazione tra loro, consentono di formulare, a seconda delle differenti tipologie di casi, previsioni sul futuro comportamento dell'autore di reato.

Sarà, ad esempio, utile il contributo della psicologia dello sviluppo se si tratta di minori; della psicologia sociale se si tratta di reati commessi nell'ambito di gruppi o di relazioni interpersonali; oppure della psicologia cognitiva se si tratta di reati realizzati in stati emotivi eccezionali.

³²⁸ G. ZARA, D.P. FARRINGTON, *op. cit.*, Londra - New York, 2016, p. 5.

Accanto alla psicologia, la psichiatria, la criminologia e la sociologia possono offrire le basi teoriche, empiriche e metodologiche indispensabili per formulare i giudizi prognostici. Nessuno di questi saperi scientifici è, tuttavia, di per sé in grado di individuare e descrivere, in modo esaustivo, i fattori che condizionano il comportamento criminale.

Non esiste una teoria in grado di spiegare qualsiasi forma di criminalità, se non attraverso un livello di astrazione tale da perdere, in ultima analisi, qualsiasi capacità esplicativa rispetto al caso concreto.

È l'unione e la specializzazione di tali conoscenze a rendere possibile la formulazione di giudizi prognostici che ambiscono a raggiungere un accettabile grado di validità.

Per altro verso, la tipologia del reato commesso, l'età, il contesto culturale e le caratteristiche personali del reo appartengono ad un lungo elenco di fattori che devono essere valutati e soppesati per compiere un giudizio prognostico il più possibile individualizzato.

L'affidabilità della prognosi non dipende, quindi, esclusivamente dall'impianto teorico di riferimento, ma soprattutto dall'individuazione, dai collegamenti e dal bilanciamento dei singoli fattori rilevanti nel caso di specie³²⁹. Ciò non fa che aggravare le difficoltà di formulazione di un giudizio prognostico che il legislatore ha formulato in termini estremamente vaghi, come quando si limita a stabilire che il giudice deve accertare se il reo si asterrà in futuro dal commettere altri reati, senza in alcun modo circoscrivere i confini del giudizio prognostico né temporalmente né per tipologia di reato.

A complicare ulteriormente la formulazione di prognosi sul rischio di recidiva si aggiungono gli imprevedibili fattori ambientali e situazionali di condizionamento esterno e il periodo temporale (più o meno ampio) di validità della previsione sul futuro comportamento dell'autore di reato³³⁰.

³²⁹ Cfr. K.-S. DAHLE, *Psychologische Kriminalprognose*, Friburgo, 2010, p. 14 ss.

³³⁰ Sull'importanza dei fattori ambientali anche in relazione all'individuazione del trattamento più idoneo in chiave rieducativa cfr. G.D. PISAPIA, *op. cit.*, p. 1025 s., in particolare nt. 18.

Vi è poi un elemento di ulteriore complessità che riguarda i rapporti tra saperi scientifici e diritto penale nella formulazione di giudizi prognostici.

A dover essere tradotti nel linguaggio del sapere scientifico di riferimento sono gli stessi concetti legislativi: "pericolosità sociale" e "rieducazione del reo" rimarrebbero altrimenti del tutto inaccessibili per l'esperto chiamato a supportare il giudice nella previsione del futuro comportamento dell'autore di reato.

Vi è infine un aspetto che merita di essere messo fin da subito in rilievo.

Proprio in ragione del margine d'errore, più o meno ampio, che avvolge i giudizi prognostici, occorre domandarsi se l'accertamento in questo caso debba essere effettuato in base allo standard dell'oltre ogni ragionevole dubbio oppure se sia sufficiente la preponderanza dell'evidenza e, conseguentemente, la permanenza di dubbi ragionevoli (ossia verosimili) sul futuro comportamento dell'autore di reato (o dell'imputato).

2. Probabilità a priori e studi empirici sulla recidiva

Le ricerche empiriche sulle forme di manifestazione della criminalità, nonché sulle cause, sulla frequenza e sulle modalità di prevenzione della recidiva sono indispensabili per formulare giudizi prognostici che possano ambire a un minimo livello di verificabilità scientifica. Senza tali studi non sarebbe possibile stabilire la probabilità a priori che il reo, che appartiene ad una specifica categoria di autori di reato, commetterà in futuro un altro reato. In termini generali, per probabilità a priori si intende la frequenza generale di verifica di un certo fenomeno, ossia «il valore che a priori si attribuisce alla probabilità di uno specifico evento»³³¹. Ignorare la probabilità a priori può essere fonte di errori grossolani allorché si effettua il giudizio prognostico sulla probabilità di recidiva.

³³¹ M. TARUFFO, *La prova*, cit., p. 192.

Non è infrequente che tali quantificazioni statistiche vengano effettuate dal giudice attraverso massime di esperienza che, non avendo alcun fondamento epistemologico, non aggiungono affidabilità al giudizio prognostico.

Una spiegazione estremamente istruttiva di tali errori è stata effettuata attraverso un semplice caso divenuto ormai classico, che verrà in seguito adattato alle prognosi sulla recidiva.

Di notte, un taxi è coinvolto in un incidente e tira dritto. In città sono attive due agenzie, la Verde e la Blu. L'85% per cento dei taxi della città è Verde e il 15% Blu.

Un testimone ha identificato il taxi come Blu. Il tribunale ha verificato l'attendibilità del testimone ponendolo nelle stesse condizioni della notte dell'incidente e ha constatato che egli ha riconosciuto ciascuno dei due colori l'80% delle volte e non lo ha fatto il 20% delle volte.

Se si fosse chiamati a stabilire la probabilità che il taxi coinvolto nell'incidente fosse Blu anziché verde, la risposta più comune è l'80%. E ciò perché nel valutare la probabilità che l'incidente sia stato causato da un taxi Blu si ignora la probabilità a priori e si dà esclusivamente rilievo alla testimonianza. In realtà la probabilità corretta, applicando il teorema di Bayes, è pari al 41%³³².

Per apprezzare l'importanza della probabilità a priori nei giudizi prognostici, si può ora ipotizzare che il giudice debba stabilire quale sia la probabilità che un autore di un reato violento ne commetta un altro in futuro.

Uno degli strumenti di psichiatria forense che può essere utilizzato nel caso di specie è l'*Historical Clinical Risk Management-20* (HCR-20), il quale individua una serie di venti fattori di rischio di recidiva.

Ora si assuma che il valore soglia (c.d. *cut-off*) oltre il quale viene fatta una prognosi positiva di recidiva, ossia che Tizio commetterà in futuro un altro reato, è pari a 12 fattori di rischio su 20.

Ciò significa, ad esempio, che il beneficio (ad es. la sospensione condizionale) sarà concesso oppure non verrà applicata la misura restrittiva della libertà personale (ad es. l'applicazione di una misura di sicurezza detentiva) qualora il soggetto

³³² D. KAHNEMAN, *op. cit.*, p. 183 ss.

presenti meno di 12 fattori di rischio, ossia un livello inferiore al 60° percentile. Una soglia che consente teoricamente di individuare 7 casi di recidiva su 10³³³.

Applicando lo strumento di valutazione del rischio con questo valore soglia la prognosi di recidiva effettuata nei confronti di Tizio potrà essere positiva e, conseguentemente, non gli verrà concesso di scontare la pena con modalità alternative al carcere o verrà sottoposto a una limitazione della libertà derivante dall'applicazione di una misura di sicurezza.

Tuttavia, se si tiene conto della probabilità a priori ricavata dalle ricerche empiriche, che nel caso di reati violenti è pari al 15% entro due anni e pari al 28% entro cinque anni, l'effettiva probabilità che Tizio sia recidivo – o più in generale di un autore di reato che presenta 12 fattori di rischio – è pari rispettivamente al 24% (entro due anni) e 41% (entro cinque anni)³³⁴.

Percentuali ben più contenute della soglia teorica di affidabilità dello strumento di valutazione del rischio utilizzato, senza tenere in considerazione i valori della probabilità a priori.

La probabilità a priori, che rappresenta un elemento di prova di tipo statistico, fornisce, dunque, a chi deve effettuare la prognosi nel caso di specie una conoscenza di base che è indispensabile per valutare il rischio di recidiva. Proprio la mancanza di questo dato costituisce uno dei principali limiti del metodo clinico di formulazione della prognosi [v. infra par. 4]: l'esperto chiamato a valutare il rischio di recidiva tende a trascurare il dato della probabilità a priori relativo alla popolazione di riferimento, perché fonda la propria decisione sull'euristica della disponibilità, ossia esclusivamente «sulla propria casistica composta dai pazienti esaminati»³³⁵.

³³³ La sensibilità dell'HCR-20 è infatti pari a 0.71. La sensibilità, che misura la capacità di identificare correttamente i casi di recidiva, si ottiene dividendo il numero dei casi di recidiva correttamente previsti per il totale dei casi di recidiva. Sul livello di affidabilità dell'HCR-20 cfr. M. GRANN, H. BELFRAGE, A. TENGSTRÖM, *Actuarial assesment of risk for violence: Predictive validity of the VRAG and the historical partof the HCR-20*, in *Criminal Justice and Behavior*, 2000, p. 97 ss.

³³⁴ Così G. GROß, *Deliktbezogene Rezidivraten von Straftätern im internationalen Vergleich*, München, 2004, p. 13.

³³⁵ Così G. ZARA, *op. cit.*, p. 63; l'errore che vizia il metodo clinico è uno dei classici errori legati all'euristica della disponibilità: D. KAHNEMAN, *op. cit.*, p. 147 ss.

Sebbene la dottrina largamente prevalente e la giurisprudenza abbiano criticato l'impiego di concezioni statistico-quantitative della probabilità, prediligendo la teoria della probabilità logica nell'accertamento della responsabilità penale dell'imputato, il calcolo bayesiano e la probabilità quantitativa sembrano fornire un utile supporto nei giudizi prognostici³³⁶.

E ciò perché, a differenza dell'impiego del teorema di Bayes nell'accertamento del fatto, nel giudizio prognostico sono disponibili i dati della probabilità (statistica) a priori dei fenomeni del tipo di quello che deve essere accertato, ossia del tasso di recidiva suddiviso a seconda della tipologia del reato e delle caratteristiche dell'autore³³⁷.

Vi sono tuttavia limiti oggettivi alla individuazione di un dato affidabile di probabilità a priori. Innanzitutto, perché quest'ultima rimane, in ogni caso, un dato teorico-ipotetico, poiché manca un'informazione che è necessaria per calcolare correttamente la probabilità di recidiva a priori: non è infatti possibile conoscere il numero di condannati con prognosi positiva di recidiva che, se fossero rimasti in libertà, avrebbero effettivamente commesso altri reati (i.e. avverando in tal modo la prognosi)³³⁸.

L'impossibilità di verificare la falsità della prognosi positiva di recidiva aumenta il rischio che i giudici, soprattutto nei casi dubbi, siano più propensi a disporre la limitazione della libertà personale, negando il beneficio o applicando la misura di sicurezza personale.

La prognosi positiva di recidiva è certamente più rassicurante per il giudice del caso concreto e per il sistema penale in generale, poiché non può essere smentita.

³³⁶ Sulle critiche al metodo quantitativo e bayesiano della probabilità v. in particolare M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, p. 166 ss.; cfr. F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 51 ss.; per un'istruttiva sintesi della questione v. O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, in *Criminalia*, 2012, p. 357 ss.; la stessa giurisprudenza di legittimità in tema di accertamento del nesso causale ha fatto propria la teoria della probabilità logica: Cass., sez. unite, 10 luglio 2002, n. 30328, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1133 ss.

³³⁷ Sulla frequente mancanza delle prior probabilities che finisce per inficiare l'utilizzo del calcolo bayesiano in ambito giudiziario cfr. M. TARUFFO, *La prova*, cit., p. 175.

³³⁸ Sulla non falsificabilità del falso positivo, ossia dei soggetti di cui si prevede un comportamento recidivo e che vengono dunque privati della libertà, senza che sia possibile poi verificare la correttezza di tale previsione cfr. M. PELISSERO, *op. cit.*, p. 113.

Al contrario gli errori nei giudizi prognostici negativi, ossia nei casi in cui si ritiene erroneamente che il condannato non commetterà in futuro altri reati, rischiano di generare «una perdita di credibilità della giustizia penale nella collettività»³³⁹. La nuova vittima avrebbe potuto essere tutelata, se il giudice non avesse sottovalutato il rischio di recidiva.

Per questa ragione le esigenze di difesa sociale rischiano di prevalere sul contrapposto interesse della libertà personale: meglio privare inutilmente, ma silenziosamente la libertà personale del condannato, anziché dover fare i conti con un condannato che smentisce la prognosi a lui favorevole, commettendo un nuovo reato.

Un ulteriore limite alla individuazione della probabilità a priori deriva dal fatto che gli studi sulla recidiva sono effettuati su un campione di persone che è comunque frutto di una selezione (quelle con prognosi negativa); condannati che evidentemente presentano un livello di rischio moderato di reiterazione del reato, in base alla valutazione del giudice chiamato a prevedere gli sviluppi futuri del comportamento; ciò finisce ovviamente per incidere sull'affidabilità della probabilità a priori.

Per cercare di colmare queste lacune conoscitive occorre svolgere un numero molto elevato di ricerche empiriche sulla recidiva. Tali studi dovrebbero peraltro essere svolti in modo da individuare la probabilità a priori delle diverse categorie di autori di reato, ossia in base a classificazioni per genere, età, tipologia e gravità del reato commesso. Ciò al fine di effettuare la prognosi alla luce di un dato della probabilità a priori che rispecchi il più possibile le caratteristiche del caso di specie.

Tali ricerche empiriche sulla recidiva sono relativamente numerose in alcuni paesi, anche se non sufficientemente specifiche: non risultano, ad esempio, suddivise per tipologia e gravità del reato. In relazione ad altri paesi, come l'Italia, questi studi empirici sono quasi del tutto assenti; in questi casi, non risulta affatto agevole importare i dati sulla recidiva raccolti in ordinamenti che sono diversi sia sul piano normativo, sia per forme di criminalità.

³³⁹ Così M. PELISSERO, *op. cit.*, p. 114.

3. Fattori predittivi e rischio di recidiva

Ulteriore compito delle ricerche empiriche sulla recidiva è di individuare le caratteristiche del reo e i fattori situazionali che hanno portato alla commissione del reato e rischiano di causare una ricaduta nello stesso.

Si tratta dei fattori predittivi sulla base dei quali si dovrebbe compiere la valutazione prognostica. Fattori che, alla luce degli studi empirici effettuati, offrono in modo ormai consolidato informazioni essenziali sulla probabilità di recidiva³⁴⁰.

Tra questi vi è un nucleo di quattro fattori, il c.d. "*the big four*", che comprende quelli ritenuti maggiormente determinati: 1) il precedente comportamento antisociale o criminale (*History of Antisocial Behavior*), che include un precoce coinvolgimento in varie e numerose attività antisociali; 2) la personalità antisociale (*Antisocial Personality Pattern*), che comprende, tra l'altro, caratteristiche personali come l'aggressività, l'impulsività e la mancanza di autocontrollo; 3) le attitudini, i valori e gli atteggiamenti antisociali (*Antisocial Cognition*), ossia ad esempio l'identificazione con modelli criminali o la razionalizzazione di un'ampia serie di circostanze in presenza delle quali il reato è stato commesso (i.e. la vittima se lo meritava o l'interesse offeso è privo di significato); 4) la frequentazione di ambienti antisociali (*Antisocial Associates*), che significa anche realizzare un relativo isolamento dagli ambienti non-criminali³⁴¹.

A questi fattori se ne associano altri quattro di più moderata rilevanza nella prognosi di recidiva: 5) l'ambiente familiare (*Family/Marital Circumstances*); 6) Scarso rendimento e coinvolgimento con conseguente mancanza di soddisfazioni in ambito lavorativo e scolastico (*School/Work*); 7) Scarso livello di

³⁴⁰ Una delle opere più complete sul punto è quella di J. BONTA E D.A. ANDREWS, *op. cit.*, *passim*; Fra le numerose ulteriori ricerche dedicate a specifiche categorie di autori di reato si vedano: P. GENDREAU, T. LITTLE, C. GOGGIN, *A meta-analysis of the predictors of adult offender recidivism: What works!*, in *Criminology*, 1996, p. 575 ss.; J. BONTA, M. LAW, K. HANSON, *The prediction of criminal and violent recidivism among mentally disordered offenders: A meta-analysis*, in *Psychological Bulletin*, 1998, n. 123, p. 123 ss.; R.K. HANSON, M.T. BUSSIÈRE, *Predicting relapse: A meta-analysis of sexual offender recidivism studies*, in *Journal of Clinical and Consulting Psychology*, n. 66, p. 348 ss.

³⁴¹ J. BONTA E D.A. ANDREWS, *op. cit.*, p. 58 ss.

coinvolgimento e soddisfazioni nelle attività (non-criminali) svolte nel tempo libero (*Leisure/Recreation*); 8) Abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti (*Substance Abuse*).

A tal riguardo è stato di recente osservato che «la ricerca psicocriminologica, in linea con la psicopatologia forense, ha ampiamente dimostrato come il più robusto predittore del comportamento futuro sia il comportamento passato»³⁴².

In termini generali i fattori predittivi possono essere suddivisi in due categorie. Da un lato vi sono i fattori statici, ossia quelli che non possono subire modificazioni, come ad esempio l'esistenza di precedenti penali o la provenienza da un certo contesto familiare; dall'altro lato, vi sono invece fattori dinamici (c.d. bisogni criminogenici) sui quali è possibile influire attraverso un percorso trattamentale (ad es. l'abuso di sostanze o l'esistenza di conflitti interpersonali).

I fattori di rischio possono altresì essere classificati in fattori che riguardano l'autore di reato (le sue caratteristiche criminologiche) e quelli che riguardano il contesto o la situazione nel quale quell'autore si trova inserito (come ad esempio l'ambiente familiare e sociale).

A differenza delle difficoltà di importazione dei dati sulla probabilità a priori in altri ordinamenti, l'elenco dei fattori predittivi sembra potersi utilizzare anche in sistemi penali diversi da quello (prevalentemente statunitense) nel quale sono stati effettuati gli studi empirici.

In ultima analisi, l'obiettivo dichiarato è quello di individuare leggi di copertura ricavate da dati di esperienza generalizzati, che siano in grado di guidare il giudizio prognostico.

Tali leggi di copertura, che vengono formulate sulla base dell'osservazione di un elevato numero di casi simili, possono riempire di significato le clausole generali estremamente vaghe formulate dal legislatore laddove si chiede al giudice di prevedere il futuro comportamento dell'autore di reato.

Valutare l'impatto prognostico dei fattori di rischio sull'autore di reato è un'attività complessa.

³⁴² G. ZARA, *op. cit.*, p. 29 s.

E ciò non solo perché le differenze individuali interagiscono in modo peculiare con quei fattori, ma anche perché questi si cumulano e variano nel tempo a seconda delle fasi evolutive della persona e perché il loro effetto è inevitabilmente influenzato dall'ambiente esterno e dalla situazione³⁴³.

In ragione dell'importanza del caso concreto nella formulazione della prognosi sulla recidiva, è possibile formulare, in prima approssimazione, una classificazione.

Si può ipotizzare l'esistenza di tre differenti categorie di autori di reato alle quali corrispondono altrettante tipologie di prognosi.

Esistono innanzitutto due costellazioni di casi limite che consentono di formulare una prognosi con maggiore sicurezza.

La prima categoria limite (numericamente ristretta) è rappresentata dal reo che ha realizzato il fatto in una situazione personale transitoria, ossia in presenza di un fattore straordinario di condizionamento interno o esterno senza il quale il fatto non sarebbe stato realizzato.

È il caso del reato realizzato da un autore primario e socialmente inserito in una situazione di particolare alterazione emotiva dovuta a un accadimento esterno. Si pensi alle ipotesi in cui il reo abbia tenuto un comportamento del tutto singolare e atipico in una situazione eccezionale o insolita.

In questi casi, la realizzazione in futuro di un comportamento analogo è assai improbabile, in ragione delle caratteristiche personali dell'autore di reato e della tendenziale irripetibilità dei fattori di condizionamento.

Il rischio di recidiva sarà, dunque, a tal punto limitato da consentire la formulazione di una prognosi negativa di recidiva, specialmente se circoscritta a fatti della medesima indole.

Quanto appena osservato sembra essere tanto più vero in relazione alla criminalità particolarmente violenta.

Basterà menzionare, a titolo esemplificativo, i casi in cui le donne uccidono il proprio partner perché sono rimaste intrappolate in una relazione con un uomo che

³⁴³ Per un'ampia analisi cfr. G. ZARA, *op. cit.*, p. 40 ss.

le ha sottoposte, per lungo tempo, a violenze fisiche e psicologiche fino al punto di minacciare la loro vita e quella dei propri figli³⁴⁴.

In questi casi il superamento della soglia di inibizione che, di regola, occorre oltrepassare per commettere un reato come quello di omicidio è dovuto alla sussistenza di circostanze eccezionali. Il rischio di recidiva sarà quindi contenuto.

Vi è poi una seconda categoria limite di autori di reato che presenta caratteristiche personali e contestuali diametralmente opposte: il condannato ha numerosi precedenti penali; sono le sue attitudini e caratteristiche personali (come, ad esempio, l'impulsività e la mancanza di autocontrollo) ad aver determinato la realizzazione del fatto; è stabilmente inserito in un gruppo criminale di cui condivide i "valori". In questi casi la prognosi sarà positiva: ci si può ragionevolmente attendere che il condannato commetterà altri reati.

Il vasto campo che si inserisce tra questi casi limite, che comprende in gran parte reati di media o bassa gravità, è quello in cui i margini di incertezza dei giudizi prognostici crescono esponenzialmente³⁴⁵.

4. La formulazione del giudizio prognostico: i metodi

Evitare l'improvvisazione, il soggettivismo, il dominio esclusivo dell'intuizione e affidarsi al contempo a modelli di formulazione della prognosi che siano metodologicamente rigorosi e verificabili è un obiettivo troppo spesso completamente trascurato dalla giustizia penale italiana, ad eccezione (forse) dell'accertamento della pericolosità sociale per l'applicazione delle misure di sicurezza.

Diverso è l'approccio anglosassone: in quell'ambito circa 6 esperti su 10 fanno ricorso a uno dei circa 400 strumenti di valutazione del rischio disponibili, al fine

³⁴⁴ Sul punto v. A. BROWNE, *When battered women kill*, New York, 1987, *passim*.

³⁴⁵ W. FRISCH, *op. cit.*, p. 39 ss.

di consentire al giudice di formulare un giudizio prognostico sulla recidiva in base a dati conoscitivi scientificamente attendibili³⁴⁶.

Si tratta di strumenti di valutazione del rischio di recidiva che si differenziano a seconda di una serie di variabili: tipologia di reato; età; genere; arco temporale del rischio e contesto nel quale viene effettuata la prognosi (ad es. esecuzione della pena o di misure di sicurezza).

In tal senso il sapere scientifico, anche in relazione ai giudizi prognostici, sembra poter progressivamente erodere spazi che in passato erano abbandonati al senso comune.

Prima di approfondire questi aspetti, conviene tuttavia esplorare gradualmente i metodi utilizzati per la formulazione delle prognosi.

Come anticipato, il ricorso all'intuizione, che accompagna la stragrande maggioranza dei giudizi prognostici in Italia, astrae da qualsiasi regola o conoscenza generalizzata: al di fuori dell'esperienza personale del giudice, non vi è alcun fondamento teorico né empirico a guidare la valutazione delle caratteristiche del caso concreto.

Talvolta mancano addirittura le conoscenze indispensabili anche per una prognosi che non sia un vero e proprio "salto nel buio".

L'intuizione non consente neppure di soddisfare il dovere di motivazione della decisione giudiziale, perché non può che rimanere inespressa o, peggio, nascosta dietro un'argomentazione apodittica.

Per evitare di affidare il giudizio prognostico all'intuizione individuale (spesso fallace) di chi è chiamato a formularlo, i metodi utilizzati per effettuare la prognosi di recidiva possono essere teoricamente suddivisi – non senza difficoltà e sovrapposizioni – in due gruppi: il metodo statistico e quello clinico. Nella sua forma teorica idealizzata, il metodo statistico fa ricorso ad algoritmi che, essendo costruiti sulla base di ricerche empiriche elaborate su campioni più o meno ampi di dati, attribuiscono un peso specifico a determinati fattori predittivi della recidiva.

³⁴⁶ Cfr. G. ZARA, D.P. FARRINGTON, *op. cit.*, p. 148 ss.; in relazione «all'esigenza di sottoporre le inferenze a controlli il più possibile idonei a garantire almeno un grado sufficiente di ragionevolezza e di attendibilità» ai giudizi prognostici cfr. M. TARUFFO, *Sui confini*, cit., p. 340 s.

Dal risultato di tale elaborazione dipende l'esito della prognosi.

I vantaggi garantiti dal metodo statistico derivano dall'impiego di dati di esperienza generalizzati sulla recidiva e di un procedimento ripercorribile, trasparente e governato da regole matematiche.

Le critiche più frequenti rivolte al metodo statistico mettono in rilievo i rischi derivanti dalla standardizzazione e dalla mancanza di attenzione per le peculiari caratteristiche del caso concreto³⁴⁷.

La prognosi statistica non sarebbe mai individualizzata, ma sarebbe in grado di fornire un dato sul rischio di recidiva di un gruppo più o meno ristretto di autori di reato con i quali il destinatario della prognosi ha molte caratteristiche comuni. Detto altrimenti: il ricorso alle generalizzazioni della statistica non sarebbe in grado di rendere giustizia nel caso concreto.

Per altro verso la prognosi formulata con metodo statistico fornirebbe, nella sua forma teorica pura, un'informazione che tiene in considerazione solo i fattori predittivi statici e non quelli dinamici, poiché per questi ultimi sarebbe necessaria una più approfondita analisi della dinamica del fatto concreto e delle cause che hanno spinto quella persona a commettere quel reato³⁴⁸.

Rimane, inoltre, aperta una questione che tocca le garanzie fondamentali: occorre chiedersi fino a che punto il sistema penale, che produce effetti sulla libertà individuale, è disposto a rimettere la decisione finale sull'applicazione di pene e misure di sicurezza a uno strumento governato da rigide regole matematiche, il cui risultato non può essere contraddetto dalle valutazioni di chi è chiamato a formulare la prognosi.

Valutazioni che saranno pure intuitive, oscure e inaffidabili, ma che contengono una dose di empatia e umanità altrimenti insostituibile nelle scelte sulla libertà personale.

³⁴⁷ In tal senso si veda F. GIUNTA, *Sospensione condizionale della pena*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990, p. 87 ss.; E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978, p. 196; M. PELISSERO, *op. cit.*, p. 111.

³⁴⁸ K.-S. DAHLE, *op. cit.*, p. 43.

Il metodo clinico consente, invece, di tenere in considerazione i valori espressi dal caso concreto e di interpretarli in base a un nucleo di principi molto più flessibile rispetto alle rigidità matematiche di un algoritmo.

Il limite di tale metodo, come già messo in rilievo, è di isolare la prognosi all'interno del sapere esperienziale (inevitabilmente circoscritto) del singolo esperto, che è spesso portato a sovrastimare il rischio nel caso di commissione di reati gravi³⁴⁹. Il rischio è di ricadere nuovamente nella fallacia dell'intuizione. Aspetti critici del modello clinico sono altresì la scarsa trasparenza e ripercorribilità del ragionamento seguito e, di conseguenza, della motivazione del giudizio prognostico.

Occorre, infine, mettere in rilievo che, secondo una parte della dottrina criminologica, i modelli statistico-attuariali di ultima generazione riuscirebbero a integrare all'interno della prognosi anche una valutazione clinica del caso concreto al fine di individuare i fattori di rischio dinamici. Ciò consentirebbe inoltre di esaminare la modificabilità del rischio attraverso un trattamento individualizzato³⁵⁰.

La combinazione tra metodo statistico e clinico sembra, quindi, consentire la costruzione di un metodo prognostico che potrebbe risolvere le criticità che emergono dai due modelli teorici ideali appena descritti³⁵¹.

Gli strumenti statistici di valutazione del rischio di recidiva non dovrebbero mai sostituirsi all'esperto, ma supportarne il lavoro, riducendo «quanto più possibile l'errore casuale e la discrezionalità individuale»³⁵².

Tra gli strumenti prognostici di ultima generazione, che coniugano il dato statistico con l'esperienza clinica, rientra, ad esempio, il già menzionato *Historical Clinical Risk Management-20* (HCR-20)³⁵³.

³⁴⁹ Cfr. M. PELISSERO, *op. cit.*, p. 111.

³⁵⁰ G. ZARA, *op. cit.*, p. 105 s.

³⁵¹ Cfr. M. PELISSERO, *op. cit.*, p. 112, il quale mette tuttavia in rilievo i costi non indifferenti che questo metodo combinato comporta.

³⁵² G. ZARA, *op. cit.*, p. 171.

³⁵³ Pre le informazioni di dettaglio sul funzionamento di questo strumento predittivo v. K.S. DOUGLAS, S.D. HART, C.D. WEBSTER, H. BELFRAGE, *HCR-20 V3 (2013). Assessing Risk for Violence. User Guide*, Burnaby, Canada, 2013.

Si tratta dello strumento di valutazione del rischio più utilizzato al mondo³⁵⁴. A partire dalla sua seconda versione del 1997 «è stato tradotto in 20 lingue, testato in 35 paesi diversi, con oltre 200 pubblicazioni scientifiche basate su 33.000 casi analizzati, ottenendo una buona affidabilità interna e una robusta accuratezza predittiva»³⁵⁵.

Di particolare interesse, in questa sede, è uno strumento di valutazione del rischio italiano: la Checklist per la Valutazione del Rischio di Recidiva (C-VRR)³⁵⁶.

Pur non potendo fare riferimento ad un algoritmo di combinazione dei fattori di rischio, come invece avviene per gli altri strumenti, poiché in Italia mancano studi empirici sulla recidiva, il C-VRR consente di formulare un giudizio prognostico sulla base di 30 variabili suddivise in tre categorie: la prima riguarda il «potenziale antisociale», di cui fanno parte fattori storici e statici della carriera criminale; la seconda concerne i «bisogni criminogenici», ossia fattori di rischio dinamici e, quindi, modificabili; ed infine la terza si riferisce alla «rispondenza», cioè la capacità individuale e la sussistenza delle condizioni necessarie affinché il trattamento rieducativo abbia effetto.

Ciascuna variabile, indipendentemente dal valore assegnato (0,1 o 2) «può essere valutata come «item critico condizionale» se, nella situazione particolare dell'individuo sotto osservazione, si configura come fattore che potrebbe esercitare una forte influenza sul comportamento, condizionando significativamente il decorso dello stesso»³⁵⁷.

Ciò significa attribuire al professionista chiamato a valutare il rischio di recidiva un margine di discrezionalità che consente di superare la rigidità dello strumento utilizzato.

Questa combinazione tra modelli porta con sé degli indubbi riflessi positivi: da un lato vi è il modello statistico, che offre l'affidabilità di una base empirica consolidata e, dall'altro lato, il clinico può compiere una valutazione che, pur

³⁵⁴ J.P. SINGH, S. FAZEL, R. GUEORGUEVA, A. BUCHANAN, *Rates of violence in patients classified ad high risk by structured risk assessment instruments*, in *British Journal of Psychiatry*, 2014, p. 180 ss.

³⁵⁵ G. ZARA, *op. cit.*, p. 136 s.

³⁵⁶ G. ZARA, *op. cit.*, p. 151 ss.

³⁵⁷ G. ZARA, *op. cit.*, p. 154.

essendo inserita all'interno di uno strumento formalizzato, può evitare i rischi di eccessiva standardizzazione.

5. Lo standard di accertamento nei giudizi prognostici

A questo punto vale la pena di affrontare uno degli aspetti più problematici dei giudizi prognostici che è già stato menzionato all'inizio di questo lavoro: lo standard di accertamento delle prognosi.

Ci si chiede se il giudizio prognostico sul comportamento futuro dell'autore di reato, ossia sul fatto che quest'ultimo commetterà altri reati, debba soddisfare la certezza processuale, che è tarata sul metro dell'oltre ogni ragionevole dubbio, oppure se ci si possa accontentare della preponderanza dell'evidenza (ossia del più probabile che no) o di un livello di probabilità addirittura inferiore, trattandosi di aspetti che esulano dall'accertamento della responsabilità penale.

Detto altrimenti: ci si chiede se la verifica del nesso esistente tra fattori predittivi della recidiva e commissione di un altro reato debba essere accertato con un elevato grado di credibilità razionale coincidente con lo standard probatorio dell'oltre ogni ragionevole dubbio oppure sia sufficiente accertare che la recidiva è più probabile che no; oppure che basti uno standard di accertamento persino inferiore, in termini di mera possibilità.

A questo aspetto delicato se ne aggiunge un altro: occorre stabilire come debbano essere risolti i casi dubbi che, come già messo in rilievo sono largamente prevalenti; e se in questi casi si imponga l'applicazione del trattamento più favorevole per il reo.

Quale che sia la soluzione a questi interrogativi, la scelta dello standard di accertamento dipende, in ultima analisi, da un delicato giudizio di bilanciamento tra i due fondamentali interessi in gioco: la libertà personale del soggetto che sta al centro della prognosi, da un lato, e la difesa sociale, ossia la tutela preventiva di interessi e potenziali vittime di ulteriori reati commessi da quell'individuo, dall'altro

lato. In ultima analisi, si tratta di stabilire, a seconda dell'istituto penalistico nel quale si inserisce il giudizio prognostico, quale livello di rischio di recidiva l'ordinamento è disposto a sopportare.

Nell'ambito dei giudizi prognostici si tratta di stabilire quale interesse si è disposti a sacrificare: quello fondamentale della libertà personale o quello della prevenzione della recidiva.

Per offrire una possibile soluzione, si potrebbe cercare di operare una distinzione tra gli istituti che richiedono la formulazione di una prognosi.

Come già messo in rilievo [cap. II], vi sono giudizi prognostici sul futuro comportamento dell'autore di reato che, come nel caso delle misure di sicurezza, fungono da presupposto per la restrizione della libertà.

Si pensi all'accertamento della pericolosità sociale che funge da snodo fondamentale del secondo binario del sistema penale. In questi casi, l'oggetto del giudizio prognostico è ancora più ampio poiché, dopo la già citata sentenza n. 253 del 2003 della Corte costituzionale, concerne altresì la scelta della misura di sicurezza da applicare a seconda della sua efficacia special-preventiva.

In altri casi, la prognosi sulla recidiva costituisce il presupposto per la concessione di un beneficio che comporta la rinuncia all'inflizione (*rectius*, la sostituzione della) pena "giusta" individuata in concreto. Si pensi, per esempio, a istituti come la sospensione condizionale della pena o le misure alternative alla detenzione.

Da questa classificazione effettuata in base alle conseguenze connesse alla formulazione della prognosi, si potrebbe far discendere l'utilizzo di due diversi standard di accertamento: il metro più rigoroso e garantista dell'oltre ogni ragionevole dubbio per l'applicazione delle misure di sicurezza e quello della preponderanza dell'evidenza per la concessione del beneficio.

In altri termini, la certezza processuale che il condannato commetterà nuovi reati sarebbe lo standard di accertamento per l'applicazione di una misura di sicurezza personale³⁵⁸.

³⁵⁸ Ritieni che «lo standard probatorio nei diversi contesi resta sempre il medesimo. [...] Ciò che varia, a seconda del contesto è unicamente la proposizione da provare: ossia la 'colpevolezza ai fini

A tal riguardo, ci si è provocatoriamente chiesti: «se il condannato deve essere colpevole oltre ogni ragionevole dubbio per essere assoggettato alla pena [...], non dovrebbe essere socialmente pericoloso oltre ogni ragionevole dubbio per essere assoggettato a misure di sicurezza?»³⁵⁹.

Diversamente, per negare la concessione di un beneficio sarebbe sufficiente dimostrare che la recidiva è più probabile che no.

Queste considerazioni sono suggestive, ma non certo immuni da critiche.

A ben vedere questa classificazione delle conseguenze legate al giudizio prognostico sembra più apparente che reale: in entrambi i casi – sia per le misure di sicurezza che per la concessione di un beneficio – il giudizio prognostico costituisce il presupposto fondamentale per l'applicazione o l'esecuzione della restrizione della libertà. Detto altrimenti: anche nel caso del beneficio, la restrizione (o la prosecuzione) della restrizione della libertà dipende dalla formulazione della prognosi, che funge dunque da vero e proprio "ago della bilancia" in entrambi i casi.

Ma vi è un'obiezione decisiva anche per la provocazione (pur astrattamente condivisibile) circa lo standard probatorio di accertamento della pericolosità sociale nelle misure di sicurezza di cui all'art. 203 c.p.: tale accertamento verte sulla probabilità (e non sulla certezza processuale) che il reo commetterà nuovi reati. Del resto, ottenere un livello di certezza processuale calibrato sul metro dell'oltre ogni ragionevole dubbio non sembra potersi adattare alle fragilità del sapere scientifico sul quale si fonda il giudizio prognostico: affermazioni sul comportamento futuro del reo sembrano poter ambire, nella migliore delle ipotesi, a raggiungere un livello di probabilità inevitabilmente distante dalla certezza processuale³⁶⁰. E ciò non solo perché le scienze umane non sono in grado di fornire risposte certe sul rischio di recidiva e sugli effetti special-preventivi della risposta sanzionatoria, ma anche perché nei giudizi prognostici non è possibile scartare, come per l'accertamento del fatto, le ipotesi esplicative alternative per escludere l'esistenza di dubbi ragionevoli.

della condanna, la 'probabile colpevolezza' nelle misure cautelari [...]» e, aggiungiamo noi, la probabile commissione di nuovi reati: in tal senso P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, vol. I, Torino, 2017.

³⁵⁹ F. CAPRIOLI, *Pericolosità*, cit., p. 28.

³⁶⁰ Cfr. F. GIUNTA, *op. cit.*, par. 17.

Non si tratta, infatti, di spiegare un fatto avvenuto, bensì la possibile verifica di un fatto in futuro.

Tale considerazione, oltre a lasciare irrisolte le difficoltà di stabilire cosa abbia inteso il legislatore con il termine probabilità nell'art. 203 c.p., solleva dubbi di legittimità sul piano delle garanzie: se, per applicare una misura di sicurezza personale, fosse sufficiente accertare che la recidiva è più probabile che no, un consistente numero di persone subirebbe un'ingiustificata restrizione della libertà.

In modo speculare, tale deficit di garanzie si produrrebbe anche per la scelta di modificare la risposta al reato attraverso la concessione della sospensione condizionale o di una misura alternativa.

In questa prospettiva, il legislatore, nel bilanciare gli interessi in conflitto nella formulazione della prognosi, avrebbe privilegiato le esigenze di prevenzione della recidiva.

Abbassare lo standard di accertamento del rischio di ricaduta nel reato significa privilegiare la tutela di vittime potenziali rispetto all'interesse fondamentale della libertà personale.

Lasciando per il momento aperta la questione relativa alla fissazione dello standard di accertamento, questi dubbi potrebbero essere (almeno parzialmente) accantonati all'esito di una pragmatica analisi della prassi in tema di applicazione delle misure di sicurezza detentive, alle quali i giudici fanno ricorso in modo parsimonioso.

Non è certo lo standard di accertamento della pericolosità sociale a circoscriverne l'impiego delle misure di sicurezza personali. Le ragioni di tale prassi sembrano risiedere altrove.

Altri sono i motivi che potrebbero aver reso molto più prudenti i giudici nell'applicazione delle misure di sicurezza detentive e nella conferma di quel giudizio di pericolosità che viene spesso effettuato molti anni prima della loro esecuzione.

Senza poter approfondire un tema tanto complesso e delicato, si possono ipotizzare alcune spiegazioni: l'assunzione da parte della pena di compiti di neutralizzazione della pericolosità sociale, specialmente a seguito dell'allargamento

dei poteri discrezionali del giudice in punto di pena nel clima politico-criminale della seconda metà degli anni Settanta; l'eliminazione delle presunzioni di pericolosità sociale e degli automatismi imposti al giudice di imporre la misura custodiale a prescindere dalle esigenze terapeutiche e di controllo nel caso concreto; la consapevolezza circa le condizioni (disumane) dei luoghi nei quali le misure di sicurezza detentive venivano eseguite almeno sino ai recenti interventi di riforma e alla loro lenta e faticosa attuazione; ed, infine, l'ampio e più agevole ricorso alle misure di prevenzione³⁶¹.

Ciò nonostante è per lungo tempo sopravvissuto nella prassi un automatismo nell'applicazione delle misure di sicurezza custodiali. Un automatismo giurisprudenziale che, oltre a confermare l'apparentemente indelebile e scientificamente infondato binomio "malattia mentale – pericolosità sociale"³⁶², solleva pesanti dubbi sulle modalità di formulazione della prognosi e sul significato attribuito alla nozione di probabilità di commissione di nuovi reati di cui all'art. 203 c.p.

A tal riguardo si pensi al caso del soggetto prosciolti per difetto di imputabilità che, pur avendo commesso un reato di scarsissima gravità, veniva sottoposto, a tempo indeterminato, ad una misura di sicurezza detentiva.

Nonostante l'eliminazione delle presunzioni di pericolosità sociale effettuata dalla Corte costituzionale (prima) e dal legislatore (poi) con l. n. 663 del 1986 e nonostante i più ampi margini di discrezionalità conferiti al giudice dalla già menzionata sentenza n. 253 del 2003 nella scelta della misura di sicurezza idonea a far fronte alle esigenze di cura e di pericolosità sociale, il giudice del caso concreto continuava a confermare la prognosi di pericolosità sociale. Solo nel 2014, con la legge n. 81, il legislatore ha posto rimedio a questa distorsione, stabilendo che la durata della misura di sicurezza detentiva non possa superare il limite massimo della pena prevista (in astratto) dalla fattispecie di reato.

³⁶¹ Cfr. M. PELISSERO, *op. cit.*, p. 103 ss.

³⁶² Cfr. S. LUBERTO, P. ZAVATTI, *Ospedale psichiatrico giudiziario e spazi terapeutici*, in *Rass. it. crim.*, 1996, p. 165 ss.

Sebbene questo condivisibile intervento legislativo abbia parzialmente posto rimedio ad alcune distorsioni della prassi, rimangono tuttavia sostanzialmente irrisolte le questioni problematiche sulla formulazione del giudizio prognostico e sull'individuazione garantistica di uno standard di accertamento.

Per risolvere le incertezze legate allo standard di accertamento, in dottrina è stata suggerita l'introduzione di una regola legale per superare i dubbi sullo standard probatorio e, al contempo, per risolvere i numerosi casi in cui vi sono ampi margini di incertezza nella formulazione del giudizio prognostico.

Lo schema di valutazione del rischio di recidiva proposto tiene distinti due diversi passaggi del giudizio prognostico sulla recidiva a seconda che si tratti di valutare fattori personali oppure ambientali (o legati alla situazione).

Nel primo caso, ossia quello dei fattori personali, il giudice deve essere *certo* che l'autore di reato possiede una certa struttura e determinate caratteristiche della personalità (i.e. fattori predittivi di rischio di recidiva) che, in presenza di determinate circostanze, lo porterà a commettere altri reati.

Quanto ai fattori ambientali o legati alla situazione, il giudice deve accertare che vi sia *una chiara possibilità* di verifica delle circostanze nelle quali il reo, in ragione delle proprie caratteristiche personali, è spinto a commettere altri reati.

Anziché andare alla ricerca di un grado di probabilità della recidiva che possa giustificare la restrizione della libertà, si sposta l'attenzione sui dati a disposizione: ciò che conta è l'esistenza (certa) di caratteristiche personali che, in date circostanze ambientali, possano portare il reo a commettere nuovi reati.

Solo se vengono soddisfatti questi presupposti, la prognosi potrà essere negativa. In caso contrario (compreso quello dubbio) prevarrà la salvaguardia della libertà personale³⁶³.

Anche questa soluzione sembra sollevare qualche perplessità.

A mutare è lo stesso oggetto del giudizio che si sposta dalla prognosi sul futuro comportamento all'accertamento delle caratteristiche del reo e della pericolosità situazionale.

³⁶³ W. FRISCH, *op. cit.*, p. 73 ss. (in relazione alle misure di sicurezza), p. 80 ss. (in relazione alla pena).

Per effettuare il giudizio prognostico non sembra sufficiente accertare con certezza le caratteristiche della personalità e ritenere che i fattori situazionali abbiano una semplice possibilità di verifica, ma è necessario individuare le caratteristiche che, con uno sguardo rivolto al futuro, sono criminogenicamente rilevanti ai fini della recidiva.

A titolo esemplificativo si potrebbe immaginare un autore di reato che ha una lunga serie di precedenti penali, una grave mancanza di autocontrollo, un atteggiamento "pro-criminale" ed è tossicodipendente. Se i reati commessi sono legati allo stato di tossicodipendenza, per il quale è in corso un programma terapeutico, le altre caratteristiche personali perdono di significato nell'ambito del giudizio prognostico.

Ciò che rileva è l'intervento sul fattore predittivo dinamico rappresentato dallo stato di tossicodipendenza.

In questo senso la certezza sulle caratteristiche personali non offre indicazioni sullo standard di accertamento della prognosi: offre informazioni sul presente che non necessariamente assumono rilievo per la valutazione del comportamento futuro.

Si tratta, in altri termini di distinguere tra i segnali, ossia quei fattori di rischio da tenere in considerazione, e i *biases* valutativi, ossia quegli elementi che portano a conclusioni errate.

Tornando al tema dello standard di accertamento da utilizzare nel giudizio prognostico, vi è un aspetto rilevante da tenere in considerazione: «nell'ambito scientifico e applicativo psicocriminologico e forense si considera adeguato uno strumento con un'area sotto curva $\geq 75-80\%$ »³⁶⁴, ossia con un'accuratezza predittiva pari a quasi 8 casi su 10.

Ciò significa che l'affidabilità del giudizio prognostico, pur non potendo soddisfare il metro della certezza oltre ogni ragionevole dubbio, è ancorata a uno strumento predittivo statisticamente solido.

³⁶⁴ G. ZARA, *op. cit.*, p. 97.

Vi è poi un ulteriore aspetto problematico relativo allo standard di accertamento del giudizio prognostico che deve essere messo in rilievo.

Si tratta della regolazione dei "casi difficili" in cui è arduo sciogliere i dubbi legati al giudizio prognostico. Come già messo in rilievo, in un vasto numero di casi l'esito della prognosi rimane ampiamente incerto, perché mancano conoscenze sufficienti, in termini di accertamento e valutazione dei fattori predittivi, per pronunciarsi sul futuro comportamento del reo.

Alla categoria dei casi difficili appartiene una parte consistente degli autori di reati di media-bassa gravità che si collocano al di fuori delle due costellazioni di casi limite, ossia quelle in relazione alle quali è possibile formulare una prognosi con minori margini di incertezza, perché il fatto è stato commesso in condizioni eccezionali e transitorie oppure perché sussistono fattori personali persistenti di rischio di recidiva.

Dinanzi a questo quadro, si può provare ad ipotizzare quale possa essere l'approccio di chi è chiamato a formulare il giudizio prognostico. Si tenterà di svolgere qualche considerazione a margine di un istituto di notevole rilevanza nella prassi: la sospensione condizionale della pena.

In presenza di dubbi irrisolti sul rischio di recidiva e, dunque, nell'incapacità di formulare un giudizio prognostico sufficientemente attendibile, anche facendo ricorso ad apporti conoscitivi extra-giuridici, si potrebbe ipotizzare che, nella prassi, i giudici siano propensi ad escludere la concessione del beneficio. Ad esempio, qualora si tratti di decidere se sospendere condizionalmente la pena, la giurisprudenza potrebbe negarla ogni qual volta non vi siano dati sufficientemente affidabili per escludere che il condannato si asterrà, in futuro, dal commettere altri reati.

Tale interpretazione, oltre a mettere al riparo il giudice da una clamorosa smentita della prognosi di non-recidiva (la prognosi di recidiva non incorre infatti nel rischio di essere sconfessata nei fatti), potrebbe trovare anche una giustificazione sulla base di un'interpretazione letterale.

La valutazione prognostica alla quale è chiamato il giudice dall'art. 164 c.p. verte sul fatto che «il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati». Non sembra

trattarsi di una prognosi sulla recidiva, bensì sull'assenza di recidiva. Individuato così l'oggetto del giudizio, sarà necessario accertare che il reo non commetterà altri reati e non semplicemente che non vi sono elementi sufficienti per ritenere che li commetterà.

Si potrebbe ritenere che la rinuncia alla pena "giusta" commisurata in concreto dal giudice possa giustificarsi solo qualora sia stato accertato che il colpevole non commetterà altri reati.

In caso contrario, ossia quando mancano elementi per ritenere che non vi sarà recidiva o vi sussisterà la semplice (o persino remota) possibilità di ricaduta nel reato, prevarranno le esigenze di neutralizzazione, di difesa sociale e di prevenzione generale, in termini di conferma circa la serietà della minaccia punitiva.

In realtà, nella prassi sembra dominare un orientamento opposto.

Il giudice sembra concedere la sospensione condizionale anche quando non sia stato accertato in positivo che il reo si asterrà dal commettere altri reati e persino qualora il rischio di recidiva sia tutt'altro che improbabile.

Pur non disponendo di dati aggiornati, si registra nel periodo 2008-2012 un alto tasso di concessione della sospensione condizionale della pena: una condanna a pena detentiva su due³⁶⁵.

La frequente concessione di questo beneficio – in un numero di casi che sembra includere buona parte di quelli in cui i margini di incertezza del giudizio prognostico sono elevati – è verosimilmente il frutto di un'interpretazione teleologica della disposizione di cui all'art. 164 c.p.

Poiché la sospensione condizionale persegue lo scopo di evitare l'esecuzione delle pene detentive brevi, il cui effetto criminogeno e desocializzante è stato da lungo tempo messo in rilievo, tale beneficio viene concesso anche in presenza di un chiaro rischio di recidiva.

Pur non essendo in grado di affermare che il reo si asterrà dal commettere altri reati, ossia di formulare una prognosi negativa, il giudice concederà ugualmente la sospensione.

³⁶⁵ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2015, p. 695.

Dinanzi alla formulazione legislativa estremamente vaga e alla mancanza di conoscenze sufficienti per affermare ragionevolmente che non vi sarà recidiva, l'orientamento teleologico dell'istituto offre una soluzione che aggira le incertezze del giudizio prognostico (specialmente qualora quest'ultimo venga formulato, come nel caso di specie, sulla base dell'intuizione del giudice, in mancanza di informazioni sufficienti e senza l'ausilio del sapere criminologico).

Questa interpretazione teleologica si cela tuttavia dietro motivazioni estremamente schematiche e scarnie che fingono di sciogliere il nodo della prognosi alla luce dei dati disponibili.

Tale prassi, pur risultando condivisibile perché estende al massimo l'ambito di applicazione di una risposta extra-carceraria, solleva alcune perplessità.

Non solo perché queste motivazioni apparenti non offrono garanzie su come valutare i casi in cui la prognosi è avvolta nel dubbio, ma anche perché vi è il rischio che questa interpretazione teleologica, nel rendere di fatto superflua la raccolta di informazioni necessarie per compiere il giudizio prognostico, dia luogo ad un'applicazione estremamente disuniforme e lasciata all'arbitrio del singolo giudice. E ciò con un'evidente conseguenza negativa: la formulazione (fittizia) della prognosi può anche giustificare limitazioni ingiustificate della libertà.

Questa lettura teleologica delle singole disposizioni legislative, al fine di stabilire il trattamento dei casi in cui la prognosi è inestricabilmente avvolta dal dubbio, può essere considerata una possibile soluzione di sistema.

Secondo questa parte della dottrina si potrebbe rinunciare ad effettuare la prognosi nella maggior parte dei casi in cui non è possibile sciogliere il dubbio circa il futuro comportamento del reo, ossia quelli che non rientrano chiaramente nelle due costellazioni di casi limite: prognosi sicuramente favorevole o certamente sfavorevole.

In caso di dubbio, il trattamento al quale bisognerebbe ricondurre l'ipotesi di incertezza deve essere desunto dall'orientamento finalistico perseguito dal singolo

istituto, come nell'esemplificazione appena formulata sulla sospensione condizionale della pena³⁶⁶.

Al di là di questa interpretazione occorre mettere altresì in rilievo che sembrano sussistere motivazioni ulteriori per spiegare la prassi largamente prevalente sull'ampia concessione della sospensione condizionale della pena anche in casi di incertezza prognostica sul fatto che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati.

Sul consistente tasso di concessione della sospensione condizionale nei casi di prognosi dubbia – o nei casi in cui non è stato effettuato alcun giudizio prognostico o lo si è formulato sulla base di una prognosi estremamente superficiale – potrebbe incidere un'interpretazione di questo istituto in chiave deflattiva: si concede la sospensione condizionale della pena per evitare di sovraccaricare ulteriormente la già precaria situazione di sovraffollamento penitenziario, a prescindere dall'esito del giudizio prognostico [v. *supra* cap. II, par. 3].

Analoghe considerazioni su come risolvere il dubbio possono essere svolte anche in relazione alla prognosi di pericolosità sociale necessaria per l'applicazione delle misure di sicurezza. In questo caso, a differenza della sospensione condizionale della pena, non sembra possibile fare riferimento all'orientamento teleologico delle misure di sicurezza.

Qui non vi è l'esigenza di evitare gli effetti criminogeni e desocializzanti derivanti dall'esecuzione di una pena detentiva breve, bensì l'obiettivo di attuare forme di controllo, che incidono profondamente sulla libertà personale, senza pregiudicare le finalità terapeutiche (nei casi di totale o parziale difetto di imputabilità).

Per superare le incertezze del giudizio prognostico nelle misure di sicurezza è stato suggerito, che «il dubbio, in forza del principio generale del *favor rei*, dovrebbe operare a favore del soggetto»³⁶⁷.

A ben vedere, tuttavia, l'interrogativo sulla regola di giudizio da applicare alle prognosi in caso di dubbio è più apparente che reale. Se lo standard di accertamento,

³⁶⁶ W. FRISCH, *op. cit.*, p. 50 ss.

³⁶⁷ Cfr. M. PELISSERO, *op. cit.*, p. 115.

come già evidenziato, non può essere individuato nella regola (*rectius* il principio) dell'oltre ogni ragionevole dubbio³⁶⁸, allora il dubbio fa già parte della regola di giudizio. Insomma: vi sarà sempre un margine di dubbio più o meno ampio nella prognosi.

Fissiamo ipoteticamente lo standard di accertamento sulla preponderanza dell'evidenza. Con questo standard la misura limitativa della libertà potrà trovare applicazione solo qualora è più probabile che no che l'autore di reato sarà recidivo. In tal modo, però, la regola di accertamento ammette già nella sua formulazione l'esistenza di un dubbio ragionevole sul fatto che il reo commetterà in futuro altri reati.

Il principio del *favor libertatis* sembra essere applicabile solo se il metro di accertamento è fissato sull'oltre ogni ragionevole dubbio. Chiedersi come decidere il caso dubbio perde, invece, di significato nell'ambito di un giudizio prognostico che di per sé lascia inevitabilmente spazio a dubbi, essendo inevitabilmente calibrato su uno standard probatorio inferiore alla certezza processuale³⁶⁹.

All'esito dell'analisi degli aspetti problematici circa lo standard di accertamento nei giudizi prognostici, vale la pena di cercare di individuare qualche punto fermo.

L'evoluzione degli strumenti prognostici e soprattutto di quelli che riescono a combinare il metodo statistico con la valutazione del professionista sembrano garantire standard di accertamento più elevati di quanto gli addetti ai lavori della giustizia penale siano soliti immaginare.

I costi connessi all'impiego nel processo penale di strumenti di valutazione del rischio, che combinano metodo statistico e clinico, saranno forse elevati, ma sembrano indispensabili per garantire gli interessi fondamentali in gioco: non solo la tutela di potenziali vittime, ma soprattutto la libertà personale.

Pare quindi auspicabile una maggiore apertura verso il sapere extra-giuridico che offre un contributo essenziale al funzionamento della giustizia penale.

³⁶⁸ Che si tratti di un principio e non di una regola in ragione del carattere "ragionevole" del dubbio v. P. FERRUA, *op. cit.*, p. 94 ss.

³⁶⁹ Sull'inapplicabilità del principio in dubio pro reo ai casi dubbi in relazione alla sospensione condizionale v. H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlino, 1996, p. 837

Tuttavia, come già messo in rilievo, l'ingresso del sapere scientifico nella formulazione della prognosi è ostacolato, nella fase del giudizio di cognizione, dalla presenza di limiti legislativi (i.e. il divieto di perizia criminologica di cui all'art. 220 c.p.p.) [v. *supra*, cap. IV, par. 3]. Limiti legislativi che meriterebbero di essere messi in discussione nel sistema attuale o potrebbero essere superati attraverso la separazione tra accertamento della responsabilità penale e commisurazione della pena.

Quanto allo standard di accertamento, la soluzione che meglio consente di conciliare la garanzia degli interessi coinvolti nei giudizi prognostici con le vaghe formulazioni utilizzate del legislatore sembra l'utilizzo della preponderanza dell'evidenza.

Non essendo possibile raggiungere lo standard dell'oltre ogni ragionevole dubbio nel valutare il rischio di ricaduta nel reato, ciò che si deve chiedere al giudice, sia in relazione all'applicazione di una misura di sicurezza sia in riferimento alla concessione di un beneficio, è "se sia più probabile che no che il condannato commetterà altri reati".

Se questo è lo standard di accertamento, il dubbio ragionevole sarà inevitabilmente presente nella formulazione di qualsiasi giudizio prognostico. Del resto, è la stessa fragilità del sapere scientifico di riferimento, ossia quello delle scienze umane, ad essere all'origine dell'incertezza delle prognosi. Tale incertezza non sarà tuttavia sempre di medesimo significato e importanza: vi sono infatti costellazioni di casi limite che consentono una previsione più affidabile del comportamento futuro dell'imputato/condannato.

Ciò che preme mettere in rilievo è il quadro teorico di principio entro il quale sembra possibile gestire il dubbio. Questo non può essere affidato all'intuizione del giudice, né alla regola del *favor libertatis*.

Il dubbio sembra poter essere superato con l'ausilio del (sia pur fragile) sapere extra-giuridico disponibile e attraverso l'individuazione dell'orientamento teleologico dell'istituto in relazione al quale occorre formulare la prognosi.

La valutazione del rischio di recidiva deve essere sostenuta dall'impiego degli strumenti di *risk assessment* che consentono di combinare il rigore statistico,

l'esperienza empirica consolidata e la flessibilità della valutazione del professionista (clinico o criminologo).

Al ruolo dell'esperto nella valutazione del rischio, si affiancherà il compito del giudice di collocare, di volta in volta, quell'apporto conoscitivo all'interno della cornice di principio che governa il sistema sanzionatorio.

Il criterio di accertamento del "più probabile che no" lascia senz'altro un ampio margine di discrezionalità al giudice nella previsione del comportamento futuro dell'imputato/condannato.

Tale margine di discrezionalità si risolve in un'allocazione, caso per caso, degli interessi in gioco. Si tratta di operare quel bilanciamento tra libertà personale e difesa sociale che non è stato risolto, una volta per tutte, dal legislatore.

Ciò significa che l'orientamento teleologico del singolo istituto e i principi costituzionali in materia di pene e misure di sicurezza (in particolare la finalità rieducativa di cui all'art. 27, comma 3, Cost.) dovranno guidare il giudice nella formulazione del giudizio prognostico.

6. La multidimensionalità del giudizio prognostico: dalla persona alla sanzione

Come già sottolineato [v. cap. II], la funzione della prognosi non è solo quella di stabilire, con rigore metodologico e in base ad un'analisi individualizzata, il rischio di recidiva di un certo autore di reato, ma anche di stabilire quali siano i bisogni criminogenici, ossia i fattori di rischio dinamici che possono essere modificati attraverso il trattamento sanzionatorio. La questione non si esaurisce sul piano penalistico. La scelta del "come trattare", ossia l'individuazione della tipologia, della misura e della concreta esecuzione della pena, dipende ancora una volta dalle caratteristiche personali, emozionali, culturali e sociali del reo, nonché dalla sua capacità di partecipare attivamente al percorso rieducativo. La seconda

dimensione della prognosi riguarda quindi l'individuazione dell'efficacia special-preventiva della risposta punitiva.

La complessità del giudizio prognostico è ben sintetizzata dal modello «*Risk-Need-Responsivity*» che abbraccia tutte le dimensioni di una previsione del futuro comportamento del reo in relazione alle sue caratteristiche individuali e alla sua capacità di reagire al trattamento³⁷⁰.

Come è stato efficacemente osservato: «quando questa valutazione diagnostica è assente, e nessuna classificazione è stata fatta, gli individui criminali entrano nella (così definita) «lotteria del trattamento», in cui l'accesso a programmi efficaci, mirati, specifici, personalizzati, è determinato solo dal «caso» e non influenzato dalla rispondenza interna (da parte della persona) ed esterna (da parte del sistema)»³⁷¹.

È chiaro che la prognosi sul potenziale contributo offerto da una certa tipologia di pena al percorso rieducativo gioca un ruolo fondamentale nel sistema penale. Solo attraverso questa prospettiva multidimensionale delle prognosi può cogliersi l'importanza di un'indagine che non esamina il rischio "statico" di recidiva, ma anche le caratteristiche in continua evoluzione del reo e la loro interazione con il trattamento.

Emerge qui in tutta evidenza l'importanza di questa duplice dimensione della prognosi, che non si limita a valutare e quantificare il rischio di recidiva, ma che contribuisce in modo determinante a stabilire come debba essere orientato il trattamento rieducativo, a partire dalla scelta della tipologia e della misura della pena, per rispondere agli effettivi bisogni criminogenici del singolo autore di reato³⁷².

³⁷⁰ È questo il modello elaborato da J. BONTA E D.A. ANDREWS, *op. cit.*

³⁷¹ G. ZARA, *op. cit.*, p. 40 ss.

³⁷² G. ZARA, *op. cit.*, p. 171.

CONCLUSIONI

All'esito di questa ricerca sul ruolo dei giudizi prognostici nel sistema sanzionatorio, qualcuno potrebbe giungere alla conclusione che gli attuali spazi normativi lasciati alle prognosi debbano essere drasticamente ridotti o, addirittura, cancellati.

Si potrebbe, in altri termini, ritenere che lo sconcertante quadro tracciato sancisca la sostanziale irrilevanza delle prognosi per come queste oggi vivono nella giustizia penale.

Numerose sono, infatti, le questioni problematiche messe in rilievo. Da un lato, vi sono aspetti irrisolti sul versante legislativo: la vaghezza delle formule che individuano l'oggetto del giudizio; la mancanza di indicazioni precise sulla cornice temporale entro la quale s'inserisce la previsione; le incertezze sullo standard di accertamento e l'esistenza di limiti posti all'acquisizione da parte del giudice delle informazioni indispensabili per stabilire l'evoluzione del comportamento del condannato (o dell'imputato) [cfr. cap. II].

Per altro verso, vi è un grosso deficit di dati empirici sulla recidiva e una certa retrosia a fare ricorso alle scienze umane e agli strumenti (clinico-statistici) per formulare il giudizio prognostico, secondo canoni di controllabilità e verificabilità sufficientemente corroborati [cfr. cap. IV e V].

Diversamente, è costante il richiamo all'irrinunciabile apporto del sapere scientifico nel momento di formulazione e accertamento della fattispecie di reato (si pensi a tal riguardo ai giudizi di fatto operati dalla Corte costituzionale nel sindacato di uguaglianza-ragionevolezza, ma anche al ruolo del principio di legalità come vincolo costituzionale nella costruzione del tipo legale).

L'apporto del sapere scientifico sembra, infatti, perdere il suo carattere di irrinunciabilità quando si tratta di formulare il giudizio prognostico.

Ciò, come si è visto, accade soprattutto nella fase di commisurazione della pena.

Le carenze che affliggono il ruolo delle prognosi nel diritto positivo e in quello vivente non possono in alcun modo giustificare una rinuncia a tali spazi di discrezionalità.

Questi ultimi, come si è cercato di dimostrare, sono indispensabili.

Il risultato al quale ambisce questo lavoro è di individuare una mappa delle lacune teoriche e di fatto che indeboliscono le prognosi, al fine di tracciare un percorso volto a restituire “sostanza” e credibilità ai giudizi prognostici.

Giudizi la cui importanza e centralità nel sistema punitivo è stata più volte ribadita e sottolineata: non foss’altro perché da tali congetture sul futuro comportamento dell’autore di reato dipende (o meno) l’effettiva esecuzione della pena (o della misura di sicurezza) minacciata dal legislatore o individuata in concreto dal giudice.

La previsione legislativa dei giudizi prognostici affidati al giudice è una scelta costituzionalmente obbligata: solo gettando uno sguardo verso il futuro si può immaginare quel percorso rieducativo che l’art. 27, comma 3 Cost. pone in primo piano nell’enunciare le finalità della pena [cfr. cap. I e II].

Esclusivamente attraverso la previsione, sia pure inevitabilmente incerta, del comportamento del reo si può attuare il principio di individualizzazione del trattamento sanzionatorio e del minore sacrificio necessario: l’*extrema ratio*, sia nell’*an* che nel *quantum*, della risposta sanzionatoria (o para-punitiva) si realizza attraverso il giudizio prognostico. È questo un passaggio imprescindibile per adattare la risposta al reato all’individuo

Le finalità di prevenzione speciale mutano la prospettiva del diritto penale, perché lo orientano verso il futuro, verso quella possibilità di miglioramento che è l’essenza della natura umana.

Ci si sposta dalla direzione segnata dall’ideale retributivo, ossia la lesione del *passato* da compensare, verso la rotta indicata dalla prevenzione speciale, ossia il *futuro* da mutare e il reo da migliorare.

Questo cambio di prospettiva necessita delle indicazioni e dei punti di riferimento che maturano all’interno del giudizio prognostico.

Dalla prevenzione della recidiva e dall'individuazione, in chiave prospettica, degli effetti special-preventivi della risposta al reato dipende, in ultima istanza, l'effettiva tutela dei beni giuridici.

Sono obiettivi che possono essere realizzati esclusivamente attraverso l'apporto delle prognosi.

Di prognosi che possano emanciparsi dalla fallacia dell'intuizione e dall'esclusivo riferimento alla cultura comune che è popolata da massime di esperienza non sempre empiricamente fondate.

Vale la pena, a questo punto, chiedersi come si potrebbe modificare la realtà dei giudizi prognostici per conformarle alle esigenze appena menzionate.

Per quanto riguarda i punti problematici rilevati in relazione alle vaghe formulazioni legislative che richiedono al giudice una valutazione prognostica, alcune indicazioni di metodo emergono già dall'analisi della prassi.

Ciò, ad esempio, è confermato in riferimento alla determinazione del perimetro della valutazione del rischio di recidiva.

Come si è visto, il giudice sembra essere istintivamente portato a delimitare l'oggetto della prognosi: non pensa a tutti i reati che quel condannato (o imputato) potrà commettere, ma sembra compiere il proprio giudizio attorno a categorie più ristrette di reati (ad es. cercherà di stabilire la probabilità con la quale quell'individuo commetterà reati della stessa indole).

In tal senso, parrebbe innanzitutto opportuna una prima limitazione dell'oggetto giudizio prognostico: la probabilità di ricaduta dovrebbe riguardare la sola categoria dei delitti.

Tra questi si potrebbe utilizzare un secondo criterio delimitativo, che ricorre assai frequentemente nel sistema penale.

Si potrebbe circoscrivere l'oggetto della prognosi ai soli delitti puniti con la reclusione superiore nel minimo a una certa soglia.

Per negare la concessione di un beneficio, o meglio, per modificare il contenuto della risposta al reato, non sarebbe sufficiente immaginare la probabile (futura) commissione di un qualsiasi reato bagatellare.

Ciò imporrebbe inoltre al giudice un più rigoroso onere di motivazione.

Se la prognosi è sfavorevole non basta postulare la semplice ricaduta nel reato, ma la commissione di un ulteriore delitto di una certa gravità³⁷³.

Anche in relazione al periodo di validità della prognosi, pare indispensabile circoscriverla temporalmente: non un reato commesso in qualsiasi momento di un indeterminato futuro, bensì un delitto di una certa gravità entro un arco temporale non superiore a una certa soglia (si potrebbe ipotizzare un limite di cinque anni).

Più la prognosi è indeterminata nel tempo, meno affidabili sono i criteri di razionalità che governano il giudizio sul futuro comportamento del reo.

A ciò si aggiunge che la maggior parte delle ricerche empiriche sulla recidiva vengono effettuate all'interno di un periodo determinato. Sono questi i dati dai quali si può ricavare un elemento, più o meno attendibile, sulla probabilità a priori che un certo autore di reato sarà recidivo.

L'individuazione di un limite temporale per la formulazione del giudizio prognostico pare, dunque, necessaria per poter utilizzare i dati elaborati dalle ricerche empiriche esistenti sulla recidiva.

Vi è poi una banale esigenza garantistica: se la prognosi si perde in un futuro imprecisato, è più facile negare il beneficio, poiché è più alta la probabilità di commissione di un ulteriore reato.

A ciò corrisponde, inoltre, un tasso inferiore di controllabilità della decisione.

Per quanto riguarda, invece, lo standard di accertamento sarebbe opportuno che il legislatore espliciti il riferimento al criterio della preponderanza dell'evidenza, in modo da evitare, in funzione garantistica, che la concessione del beneficio possa dipendere dalla mera possibilità di ricaduta nel reato [v. cap. V, par. 5].

Sui limiti conoscitivi derivanti dal vigente divieto di perizia criminologica di cui all'art. 220 c.p.p. nel giudizio prognostico svolto dal giudice cognizione non si può che ribadire l'esigenza di riforma sulla falsariga di quanto già ipotizzato dalla Commissione Pisapia negli anni Settanta [v. cap. IV, par. 3].

³⁷³ Cfr. sul punto, si pure in una prospettiva diversa, la Raccomandazione CM-REC (2014)3 del Consiglio d'Europa che individua una puntuale nozione di delinquente pericoloso: «una persona che è stata condannata per un reato sessuale molto grave o per un reato violento di un'estrema gravità contro una o più persone e che presenta una probabilità molto elevata di commettere nuovamente un reato sessuale molto grave o un reato violento molto grave contro una o più persone».

Come già messo in rilievo, l'ingresso del sapere scientifico per la formulazione della prognosi sembra indispensabile.

Si è consapevoli che si tratta di modifiche onerose. E ciò, non solo in termini economico-finanziari ma anche da un punto di vista di serio impegno da parte degli operatori nella formulazione e nell'impiego degli strumenti prognostici. Tali difficoltà non sono, però, insormontabili.

Solo questi mutamenti, infatti, sembrano poter restituire ai giudizi prognostici quella determinatezza necessaria per garantire il volto costituzionale della pena.

BIBLIOGRAFIA

A. ALESSANDRI, *Commento all'art. 27, comma 1°*, in *Commentario alla Costituzione - Rapporti civili*, G. BRANCA-A. PIZZORUSSO (a cura di), Bologna, 1991, p. 24;

A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010;

K. AMBOS, *Lo stato attuale e il futuro della comparazione penalistica*, in *Ind. Pen.*, 3, 2018, pag. 729;

E. AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 229;

J. ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in AA. VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Romano-Stella (a cura di), Bologna, 1980, p. 33;

F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte generale, Milano, 1955;

A. ASHWORTH, *Sentencing and Penal Policy*, London, 1983;

A. ASHWORTH, *Sentencing*, in MAGUIRE, MORGAN, REINER, *The Oxford handbook of criminology*, Oxford, 2002, p. 1089;

A. ASHWORTH, *Criminal Justice Act 2003: part. 2: Criminal justice reform – principle, human rights and public protection*, in *Crim. Law. Rew.*, 2004, p. 516;

A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, Oxford, 2010;

A. ASHWORTH, *Sentencing and criminal justice*, Cambridge, 2015;

B. ASSUMMA, *La sospensione condizionale della pena*, Napoli, 1984;

BARNETT, *Constitutional and administrative law*, Oxford University Press, 2011;

BLACKSTONE, *Blackstone's Criminal Practice*, Oxford University Press, 2009;

R. BARTOLI, *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere (appunti "sistematici" per una riforma "mirata" del sistema sanzionatorio)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pag. 715;

ID., *Contributo alla riforma degli istituti sospensivi della pena (alla luce degli ultimi progetti per un nuovo codice penale)*, in F. Palazzo-R. Bartoli, *Certezza o flessibilità della pena?*, Torino, 2007;

ID., *La "novità" della sospensione del processo con messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2015;

ID., *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, in Giostra-Illuminati (a cura di), *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, 2001, 390;

ID., *Le definizioni alternative del procedimento*, in *Dir. pen. pr.*, 2001, p. 186

A. BARTULLI, *La sospensione condizionale della pena, Prospettive dogmatiche*, Milano, 1971;

F. BASILE, *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale? Spunti di riflessione, con particolare riferimento alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione*, in PALIERO-VIGANÒ-BASILE-GATTA (a cura di), *La pena, ancora. Fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018;

M. BERTOLINO, *Declinazioni attuali della pericolosità sociale: pene e misure di sicurezza a confronto*, in *Arch. Pen.*, 2014, p. 459 ss.;

EAD., *Il "crimine" della pericolosità sociale: riflessioni da una riforma in corso*, in *Dir. pen. cont.*, 24 ottobre 2016;

BEECHER-MONAS, GARCIA-RILL, *Genetic Predictions of Future Dangerousness: Is there a Blueprint for Violence?*, in *Law and Contemporary Problems*, 2006, 339

R. BIANCHETTI, *Il contributo dei giudici onorari alla decisione dei collegi del tribunale di sorveglianza: il punto di vista dell'esperto componente*, in *Dir. pen. cont.*, 26 febbraio 2016;

J. BONTA E D.A. ANDREWS, *The Psychology of Criminal Conduct*, Routledge, London, New York, 2010;

J. BONTA, M. LAW, K. HANSON, *The prediction of criminal and violent recidivism among mentally disordered offenders: A meta-analysis*, in *Psychological Bulletin*, 1998, n. 123, p. 123 ss.;

M. BORTOLATO, *Le misure alternative tra prassi applicative ed esigenze di riforma*, in RISICATO (a cura di), *Le alternative alla detenzione: profili critici e prospettive di riforma*, in *Giur. It.*, 2016, p. 1525.

F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965;

ID., *Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 33 ss. ora in Id., *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Milano, 1997, p. 1147;

ID., *L'affidamento in prova al servizio sociale: «fiore all'occhiello» della riforma penitenziaria*, in *Quest. Crim.*, 1976, 373 ss.; ora in Id., *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Milano, 1997, p.1105;

A. BROWNE, *When battered women kill*, New York, 1987;

M. BROWN E J. PRATT, *Dangerous Offenders: Punishment and Social Order*, London, Routledge, 2000;

A. CALABRIA, *Sul problema dell'accertamento della pericolosità sociale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 782 ss.;

A. M. CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. Ma impone la regola di giudizio*, in *Archivio pen.*, 2014, n. 3;

F. CAPRIOLI-L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015;

F. CAPRIOLI, *Pericolosità sociale e processo penale*, in M. PAVARINI, L. STORTONI (a cura di), *Pericolosità e giustizia penale*, Bologna, 2013, p. 26;

F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 51;

P. CATELLANI, *Il giudice esperto. Psicologia cognitiva e ragionamento giudiziario*, Il mulino, 1992,

M. CASTALDO, *La rieducazione tra realtà penitenziaria e misure alternative*, Napoli, 2001, p. 60;

P. COMUCCI, *Misure alternative alla detenzione: evoluzione o involuzione?* in BIANCHETTI (a cura di), *Il contributo della criminologia al sistema penale: alla ricerca del nuovo "volto" della pena. Atti dell'incontro di studio in ricordo del Prof. Ernesto Calvanese*, in *Dir. pen. cont.*, 6 marzo 2015, p. 33

M.T. COLLICA, *Ospedale psichiatrico giudiziario: non più misura unica per l'infermo adulto e pericoloso*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 300;

ID., *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio d'imputabilità*, in *Dir. pen. cont.*, 15 febbraio 2012;

COURT OF APPEAL CRIMINAL DIVISION, *Regina v Stephen Howard Lang*, 8 giugno 2005, [2005] EWCA Crim 2864, in *Westlaw.co.uk*;

COURT OF APPEAL CRIMINAL DIVISION, *R v Considine*, 6 giugno 2007, [2007] EWCA Crim 1166, in *Westlaw.co.uk*;

COURT OF APPEAL CRIMINAL DIVISION, *Dean Pedley, Lee Martin, Zeeyad Hamadi v The Queen*, 14 maggio 2009, [2009] 1 WLR 2517, in *Westlaw.co.uk*;

COURT OF APPEAL CRIMINAL DIVISION, *R v Johnson, Hamilton, Lawton*, Reference by HM Attorney General (Jones), Gordon, 20 ottobre 2006, [2006] EWCA 2486, in *Westlaw.co.uk*.

K.-S. DAHLE, *Psychologische Kriminalprognose*, Friburgo, 2010

A. DELLA BELLA, *Un viaggio tra le misure sospensive: i nodi da sciogliere in attesa della promessa riforma del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. pr.*, 2016, p. 377;

EAD., *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014;

EAD., *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2018.

F. DELLA CASA, *Misure Alternative ed effettività della pena: una ricognizione della situazione odierna e delle prospettive di riforma*, in AAVV, *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 92;

G. FORNASARI – A.- MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2012;

O. DI GIOVINE, *Il dolo (eventuale) tra psicologia scientifica e psicologia del senso comune*, *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2017,

A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998,

E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Milano, 1984

ID., *Potere discrezionale del giudice (diritto processuale penale)*, in *Enc. Dir.*, 1985, p. 750;

E. Dolcini, *L'art. 133 c. p. al vaglio del movimento internazionale di riforma*, in *Riv. it. dir. pr. pen.*, p. 398;

ID., *L'Europa in cammino verso carceri meno affollate e meno lontane da accettabili standard di umanità*, in *Dir. pen. cont.*, 16 marzo 2016;

M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. pr. pen.*, 2013, p. 1162;

ID., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004;

K.S. DOUGLAS, S.D. HART, C.D. WEBSTER, H. BELFRAGE, *HCR-20 V3 (2013). Assessing Risk for Violence. User Guide*, Burnaby, Canada, 2013.

S. EASTON, C. PIPER, *Sentencing and Punishment. The Quest of Justice*, Oxford, 2016;

L. EUSEBI, *Tra crisi dell'esecuzione penale e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio: il ruolo del servizio sociale*, in *Riv. it. dir. pr. pen.*, 1993, p. 498;

ID., *Prescrizioni a carico del condannato e sospensione condizionale della pena. Spunti di riflessione dai modelli tedesco occidentale ed austriaco*, in *Riv. it. dir. pr. pen.*, 1985, 1148;

E. FASSONE, *Probation e affidamento in prova*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, p. 783;

ID., in Grevi (a cura di), *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Bologna, 1982, p. 43;

- L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2009;
- D. FARRINGTON E A. MORRIS, *Sex, Sentencing and Reconvictions*, in *British Journal of Criminology*, 1983, p. 229;
- P. FERRUA, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Quest. Giustizia*, 1998;
- ID., *La prova nel processo penale*, vol. I, Torino, 2017;
- G. FIANDACA, *Giudizi di fatto nel sindacato di costituzionalità in materia penale, tra limiti ai poteri e limiti ai saperi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011;
- G. FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3*, in *Commentario alla Costituzione - Rapporti civili*, G. BRANCA-A. PIZZORUSSO (a cura di), Bologna, 1991, p. 327;
- G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003;
- F. FIORENTIN, *Art. 30ter*, in Della Casa-Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, p. 359;
- C. FIORIO, *Alternative alla detenzione e procedimenti di sorveglianza: prospettive de iure condendo*, in RISICATO (a cura di), *Le alternative alla detenzione: profili critici e prospettive di riforma*, in *Giur. It.*, 2016, p. 1520;
- G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 31 ss.;
- W. FRISCH, *Prognoseentscheidungen im Strafrecht. Zur normativen Relevanz empirischen Wissens und zur Entscheidung bei Nichtwissen*, Heidelberg - Hamburg, 1983, p. 33;

L. MARTÍNEZ GARAY, *La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad*, in *InDret – Revista para el Anàlisis del Derecho*, 2014;

G. GARUTI, *La discrezionalità del giudice di pace nelle decisioni endoprocessuali*, in *Cass. pen.*, fasc.5, 2004, p. 1833 ss.

E. GALLO, *L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 3204.

G. L. GATTA, *sub Art. 163*, in DOLCINI-GATTA, *Codice penale commentato*, 2015, p. 2229;

ID., *L'obbligo del lavoro nella sospensione condizionale riformata*, in *Corr. Merito*, 2006, p. 329;

ID., *Carcere e recidiva: avviata una ricerca dal Ministero della Giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 21 novembre 2011;

ID., *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irragionevole divieto*, in *Giur. cost.*, 2011, f. 3, p. 2375;

P. GENDREAU, T. LITTLE, C. GOGGIN, *A meta-analysis of the predictors of adult offender recidivism: What works!*, in *Criminology*, 1996, p. 575 ss.;

F. GIANNITI, *Criminalistica. Le discipline penalistiche e criminologiche nei loro collegamenti*, Milano, 2011;

B. Gibson e M. Watkins, *Criminal Justice Act 2003: A Guide to the New Procedures and Sentencing*, Winchester, 2004;

P. GIULINI, *Il contributo della criminologia nell'ambito del trattamento carcerario: realtà o utopia?*, in BIANCHETTI (a cura di), *Il contributo della criminologia al sistema penale: alla ricerca del nuovo "volto" della pena. Atti dell'incontro di*

studio in ricordo del Prof. Ernesto Calvanese, in *Dir. pen. cont.*, 6 marzo 2015, p. 72;

Id., *Le problematiche dell'osservazione scientifica della personalità: l'operatore penitenziario tra aspettative deluse e nuove prassi trattamentali*, relazione presentata nell'incontro di studi sul tema: "Trattamento sanzionatorio tra magistratura di sorveglianza e giudice di cognizione", CSM, Roma, 7-8 febbraio 2008,

F. GIUNTA, voce *Sospensione condizionale della pena*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, p. 87;

Id., *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, in *Criminalia*, 2014;

M. GRANN, H. BELFRAGE, A. TENGSTRÖM, *Actuarial assesment of risk for violence: Predictive validity of the VRAG and the historical part of the HCR-20*, in *Criminal Justice and Behavior*, 2000, p. 97;

G. GROß, *Deliktbezogene Rezidivraten von Straftätern im internationalen Vergleich*, München, 2004, p. 13.

GUADAGNO, *Accertamento del fatto e accertamento della personalità come presupposti per l'applicazione della sanzione penale*, in *Studi in onore di B. Petrocelli*, II, Milano, 1972, p. 930;

S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace, un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, 2001, p. 497.

R.K. HANSON, M.T. BUSSIÈRE, *Predicting relapse: A meta-analysis of sexual offender recidivism studies*, in *Journal of Clinical and Consulting Psychology*, n. 66, p. 348 ss.

W. HASSEMER, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, M. Romano e F. Stella (a cura di), Bologna, 1980,

A. VON HIRSCH E J.V. ROBERTS, *Previous Convictions at Sentencing : Theoretical and Applied Perspectives*, London, 2010;

A. VON HIRSCH, A. ASHWORTH, J.V. Roberts, *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*, Oxford, 2009;

ID., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1990,

F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013;

D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2012, p. 221;

G. KAISER, *Criminologia*, Milano, 1985;

A. KAUFMANN, *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, Ars interpretandi, 2001;

S. JASANOFF, *la scienza davanti ai giudici*, Milano, 2001;

H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlino, 1996, p. 837

S. LARIZZA, *La commisurazione della pena: rassegna di dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 604;

F. LEONARDI, *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale e abbattimento della recidiva*, in *Rass. pen. e criminologica*, 2007, p. 7;.

S. LUBERTO, P. ZAVATTI, *Ospedale psichiatrico giudiziario e spazi terapeutici*, in *Rass. it. crim.*, 1996,

V. MACCORA, *L'esecuzione: ovvero la certezza della pena?*, in *Quest. Giust.*, 2001, p. 1187;

F. MAISTO, *Le decisioni della magistratura di sorveglianza tra norma e prassi*, in BIANCHETTI (a cura di), *Il contributo della criminologia al sistema penale: alla ricerca del nuovo "volto" della pena. Atti dell'incontro di studio in ricordo del Prof. Ernesto Calvanese*, in *Dir. pen. cont.*, 6 marzo 2015, p. 39;

A. MALINVERNI, *Capacità a delinquere*, in *Enc. dir.*, 1960, p. 119;

G. MANNOZZI, *La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla previsione legislativa alla prassi applicativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1219;

G. MANNOZZI, *Sentencing*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. XIII, Torino, UTET, 1991, p. 152;

A. MARTINI, *La pena sospesa*, Torino, 2001;

F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2009, 638 s.;

G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2017;

A. MARTINI, *La pena sospesa*, Torino, 2001;

R. MARTUCCI, *Logiche della transizione penale. Indirizzi di politica criminale e codificazione in Francia dalla rivoluzione all'impero (1789-1810)*, in *Quad. fior.*, 2007, p. 132 s.;

O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, in *Criminalia*, 2012, p. 357;

B. MITCHELL E J. V. ROBERTS, *Exploring the Mandatory Life Sentence for Murder*, Oxford, 2012;

J. MONAHAN, *The Future of Violence Risk Management* in M. Tonry (ed.), *The Future of Imprisonment*, Oxford University Press, 2004;

L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli, 1984;

L. MONACO- C. E. PALIERO, *Variazioni in tema di "crisi della sanzione": la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 421;

R. MOORE (a cura di), *A compendium of research and analysis on the Offender Assessment System (OASys) 2009–2013*, in www.gov.uk.

E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978;

N. T. NASSIM, *Il cigno nero, Come l'improbabile governa la nostra vita*, Il Saggiatore, 2008;

ID., *Giocati dal caso, Il ruolo della fortuna nella finanza e nella vita*, Il Saggiatore, 2014;

K. NATALI, *L'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi*, in Caprioli-Scomparin (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015, p. 77;

NATIONAL PROBATION SERVICE, *Supervision requirement*, London, Ministry of Justice;

NATIONAL OFFENDER MANAGEMENT SERVICE, *Determining Pre Sentence Report – Sentencing within the new framework*, 1 marzo 2017, in www.justice.gov.uk, p. 7;

P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, 1982, 331;

ID., *Il potere discrezionale del giudice in materia di sanzioni nel diritto penale italiano*, in Scritti Germann, 1959, p. 220;

S. OKASHA, *Il primo libro di filosofia della scienza*, Torino, 2006, p. 21;

HOOPER DAVID ORMEROD, *Blackstones's Criminal Practice 2010 Supplement 3*, Oxford, 2010, p. 324;

N. PADFIELD, *The Parole Board in transition*, in *Criminal Law Review*, 2006, pag. 3;

N. PADFIELD, *Parole and Early Release: The Criminal Justice and Immigration Act 2008 Changes in Context*, in *Criminal Law Review*, 2009, pag. 166;

A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003;

F. PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013,

PAROLE BOARD, *Parole Board Decision Summaries*, London, (agg. 20 marzo 2019) disponibile su <https://www.gov.uk/government/organisations/parole-board>;

M. PAVARIN- L. STORTONI (a cura di), *Pericolosità e giustizia penale*, Bologna, 2013;

T. PADOVANI, *L'Utopia punitiva*, Milano, 1981;

ID., *La pericolosità sociale sotto il profilo giuridico*, in Ferracuti (a cura di), *Psichiatria forense generale e penale*, Milano, 1990,

ID., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 419;

ID., *Art. 163*, in ROMANO-GRASSO-PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2011, p. 151;

F. PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013,

C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli, 2011;

C.E. PALIERO, *La riforma del sistema sanzionatorio: percorsi di metodologia comparata*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 453;

G.M. PAVARIN, *Le ipotesi di detenzione domiciliare*, in Fiorentin (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Giappiachelli, 2012;

M. PAVARIN – L. STORTONI (a cura di), *Pericolosità e giustizia penale*, Bologna, 2013;

M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008;

ID., *Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali*, in *Dir. pen. cont.*, 26 luglio 2011;

B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940;

M. PICTON, *The effect of the changes in sentencing of dangerous offenders brought about by Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012 and the mystery of Schedule 15B*, in *Criminal Law Review*, 2013, p. 406;

M. PIFFERI, *L'individualizzazione della pena. Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento*, Milano, 2013;

P. PISA, *Le sanzioni*, in AAVV, *La competenza penale del giudice di pace*, 2000, p. 245;

N. Pisani, *Spunti sulla metamorfosi della detenzione domiciliare tra automatismo e discrezionalità*, in *Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni*, a cura di R. del Coco, L. Marafioti, N. Pisani, Torino, 2014, p. 79

G.D. Pisapia, *La perizia criminologica e le sue prospettive di realizzazione*, in *Riv. it. dir. pr. pen.*, 1980, 1031;

P. Pittaro, *L'effettività della sanzione penale: un'introduzione*, in AA. VV., *L'effettività della sanzione penale*, Milano, 1998;

C. Pizzi, *Diritto Abduzione e prova*, Milano, 2009

R. Pound, S. Glueck, E.T. Glueck, *Predictability in the Administration of Criminal Justice*, in *Harvard Law Review*, 1929, vol. 42, n. 3, p. 297 ss.;

G. Ponti, *Compendio di criminologia*, Milano, 1999;

A. Presutti, *Art. 50*, in Della Casa-Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, p. 624;

Ead., *Affidamento in prova al servizio sociale e affidamento con finalità terapeutiche*, in GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, 1994, Padova, p. 303

D. Pulitanò, *La sospensione condizionale della pena: problemi e prospettive*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 115;

ID., *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1004;

ID., *Diritto penale*, Torino, 2015;

ID., *Sulla pena. fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc.2, 2016, pag. 559;

ID., *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 547, fasc. 2, 01 giugno 2009

M. RIVERDITI, *La nuova disciplina della messa alla prova di cui all'art. 168-bis c.p.: uno sguardo d'insieme*, in *Studium Iuris.*, 2014, p. 990;

C. RENOLDI, *La magistratura di sorveglianza tra crisi di legittimazione e funzione rieducativa della pena*, in *Quest. Giust.*, 1, 2007;

ID., Art. 72, in Della Casa-Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, p. 1009;

V. J. ROBERTS AND A. ASHWORTH, *Sentencing Guidelines : Exploring the English Model*, Oxford, 2013;

C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. pr. pen.*, 1987, p. 3

M. RUARO, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le principali novità dei decreti attuativi in materia di semplificazione dei procedimenti e di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 9 novembre 2018, p. 7;

SENTENCING GUIDELINES COUNCIL, *Guideline Judgments Case Compendium*, marzo, 2005;

SENTENCING COUNCIL, *Robbery. Definitive Guideline*, 2016;

J.P. SINGH, S. FAZEL, R. GUEORGUEVA, A. BUCHANAN, *Rates of violence in patients classified as high risk by structured risk assessment instruments*, in *British Journal of Psychiatry*, 2014;

L. SCOMPARIN, *Il sistema penitenziario*, in Neppi Modona-Petrini-Scomparin, *Giustizia penale e servizi sociali*, Bari, 2009, 222;

F. SCHAUER, *Di ogni erba un fascio*, Il Mulino, 2008

G. TABASCO, *La detenzione domiciliare speciale in favore delle detenute madri dopo gli interventi della Corte costituzionale*, in *Archivio pen.*, 2015, n. 3,

F. TAGLIARINI, *Pericolosità*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983,

M. TARUFFO, *Sui confini*, *Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002;

ID., *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992;

C. TATA, *Assisting and Advising the Sentencing Decision Process: The Pursuit of "Quality" in Pre-Sentence Reports*, in *British Journal of Criminology*, 2008, pag.835;

P. TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1341;

E.F. Van Ginneken, *The Use of Risk Assessment in Sentencing*, in J.W. de Keijser, J.V. Roberts, J. Ryberg (a cura di), *Predictive Sentencing. Normative and Empirical Perspectives*, Oxford, 2019, p. 9;

D. VERRINA, *Corte costituzionale e revoca dell'affidamento in prova: la rieducazione dal mito al realismo*, nota a Corte Cost. 29 ottobre 1987, n. 343, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1155;

D. VICOLI, *Sospensione dell'ordine di esecuzione e affidamento in prova: la corte costituzionale ricuce il filo spezzato dal legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, 16 aprile 2018;

F. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, p. 1334 ss.

ID., *Un'importante pronuncia della consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2017, 2, p. 61;

ID., *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1300 ss.

ID., *Un'importante pronuncia della consulta sulla proporzionalità della pena*, 14 novembre 2016, n. 236, in *Dir. pen. cont.*, 14 novembre 2016;

S. VINCIGUERRA, *Principi di criminologia*, Padova, 2013, p. 178 ss;

S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato, I principi*, Padova, 2002;

F. VON LISZT, (trad. it. a cura di A. Calvi) *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962;

M. WASIK, *Sentencing – the last ten years*, in *Criminal Law Review*, 2014, p. 482;

G. ZARA, D.P. FARRINGTON, *Criminal recidivism. Explanation, prediction, prevention*, Londra - New York, 2016;

G. ZARA, *Valutare il rischio in ambito criminologico. Procedure e strumenti per l'assessment psicologico*, Bologna, 2016.

C. ZAZA, *Il ragionevole dubbio nella logica della prova penale*, Milano, 2008, p. 44.

SITOGRAFIA CONSULTATA:

www.cortecostituzionale.it;

www.cortedicassazione.it;

www.giustizia.it,

www.gov.uk, in particolare la parte dedicata alle *Criminal Justice Statistics* e quella relativa al Parole Board;

www.justice.gov.uk;

www.legislation.gov.uk;

www.senato.it,

www.sentencingcouncil.org.uk.