

VINCENZO MONGILLO

**La finalità rieducativa della pena
nel tempo presente e nelle prospettive future**

Estratto da:

CRITICA

DEL

DIRITTO

Rassegna di dottrina giurisprudenza

legislazione e vita giudiziaria

N. 1-2-3-4, Gennaio-Dicembre 2009

Edizioni Scientifiche Italiane



La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future

Vincenzo Mongillo

Sommario: 1. LA RIFLESSIONE SULLA FINALITÀ RIEDUCATIVA DELLA PENA, OGGI. – 2. L'ODIERNA SITUAZIONE SPIRITUALE DEL DIRITTO PENALE: DAL 'DIRITTO PENALE DELL'INTEGRAZIONE SOCIALE' AL 'DIRITTO PENALE DELLE PAURE'. – 3. GLI SCOPI DELLA PENA: UNA QUESTIONE DI PERENNE ATTUALITÀ. – 4. *EXCURSUS* STORICO: LA PARABOLA DISCENDENTE DELL'IDEALE RIEDUCATIVO. – 5. LA 'RIABILITAZIONE' DELLA RIEDUCAZIONE SUL PIANO EMPIRICO. L'APPROCCIO PSICO-COGNITIVO E COMPORTAMENTALE AL TRATTAMENTO. – 6. LA REALTÀ ITALIANA: DISINCANTO O DISIMPEGNO? – 7. (SEGUE) LA CRITICA EMPIRICO-CRIMINOLOGICA ALLE POLITICHE FONDATE SULLA PREVENZIONE (GENERALE E SPECIALE) NEGATIVA. – 8. LA RI-LEGITTIMAZIONE DELLA RIEDUCAZIONE SUL PIANO ASSIOLOGICO. – 9. GLI ANTIDOTI AL 'DIRITTO PENALE DELLE PAURE'. LA RAZIONALIZZAZIONE *DE LEGE FERENDA* DEL SISTEMA SANZIONATORIO PENALE. – 10. (SEGUE) IL MODELLO 'INTEGRATO' E 'MULTIAGENZIALE' DI CONTROLLO SOCIALE.

1. LA RIFLESSIONE SULLA FINALITÀ RIEDUCATIVA DELLA PENA, OGGI

La riflessione sul significato, il valore e gli spazi di agibilità della finalità rieducativa della pena trae ispirazione da una constatazione e da una convinzione. La constatazione è scontata: l'atmosfera culturale, sociale e politica dominante a livello internazionale, da cui germinano le tendenze politico-criminali ascrivibili al nuovo 'mito securitario', rappresenta un ingombrante macigno sul cammino che conduce ad una più effettiva e meno declamatoria affermazione di tale scopo della pena. La convinzione è che la rieducazione – come osservò un grande Maestro – sia un «ideale che ha grandemente contribuito al progresso della civiltà in settori carichi di sofferenza ed il cui oscuramento porterebbe ad un regresso pericoloso ed ingiusto»¹.

Le alterne vicende della rieducazione sono la migliore cartina di tornasole dell'evoluzione della politica criminale *in action* negli ultimi decenni: «Quando la fede in questo ideale è venuta meno, l'intera trama di assunti, valori e pratiche sui quali la moderna penalità era stata costruita ha iniziato a disgregarsi»². La 'fuga dall'ideale rieducativo' ha rappresentato l'esito di un lungo



processo di delegittimazione, condotto sia sul versante ideologico che su quello empirico (cfr. *infra*, § 4). Ad un certo momento ha cominciato a insinuarsi nel sentire comune la convinzione che l'impegno dello Stato per il recupero dei condannati fosse – oltre che del tutto inefficace e dispendioso – quasi una gratificazione immorale a chi delinque e un intralcio nella lotta alla criminalità; laddove, invece, si tratta di una fondamentale risorsa per restituire alla società una persona. In questo modo, tale criterio finalistico è andato smarrendo anche la portata di essenziale principio di civiltà e di «elemento centrale di quella componente delle nostre costituzioni ispirate ai principi dello Stato sociale»³.

Proprio la crisi dello Stato sociale è, notoriamente, una delle chiavi di lettura del mesto ripiegare dell'ideale rieducativo. Ma ulteriori presagi oscuri si sono distesi sul suo futuro, per l'incontrollabile diffusione di paure e insicurezze nelle società tardo-moderne (*infra* § 2). In un simile clima, la componente d'«esclusione», endemica nella funzione punitiva, tende a sopraffare la promessa d'«inclusione» insita nell'orientamento – costituzionalmente imposto, nel nostro ordinamento, dall'art. 27, comma 3, Cost. – alla risocializzazione⁴.

In particolare, si assiste da tempo in tutta Europa ad un'acritica tendenza all'imitazione di *trends* giuridici stranieri (specialmente anglo-americani⁵), di stampo accentuatamente coercitivo. Il fatto che certe strategie di intervento siano già state sperimentate altrove, è di per sé assunto ad indice di convenienza della loro importazione. La questione della praticabilità del 'trapianto giuridico' viene completamente elusa⁶, mentre gli esiti assai problematici di quelle esperienze sono ignorati o deliberatamente occultati. La comparazione, in questo modo, da fecondo strumento conoscitivo e di controllo preventivo delle scelte di politica criminale⁷, è svilita ad espediente per legittimare *a posteriori* scelte politiche già compiute.

Anche il ruolo della ricerca empirico-criminologica, fondamentale in un diritto penale a orientamento preventivo⁸, appare mortificato. Sul tema della rieducazione dei rei, le trattazioni penalistiche, e talvolta anche quelle criminologiche, tuttora si limitano, di norma, a ripetere traluziamente il logoro motivetto della "*nothing works theory*" (v. § 4.e). Tuttavia, molta acqua è passata sotto i ponti da quando fu coniato: pur con la dovuta cautela e senza le utopiche aspettative d'un tempo, nuovi segnali positivi si sono andati raccogliendo, nella ricerca scientifica internazionale, intorno all'efficacia del trattamento e alle sue migliori tecniche realizzative (*infra* § 5). Ciò risulta di particolare interesse proprio nel nostro Paese, dove da diversi anni va radicandosi, come nel resto dell'Europa, la logica del 'sicuritarismo' e sul piano dell'esecuzione carceraria si assiste all'annientamento di qualsiasi aspirazione alla rieducazione (v. § 6).



Pertanto, anche nell'attuale contingenza storica il ruolo critico, propulsivo e demistificatorio delle scienze criminali appare cruciale per restituire al diritto penale la fisionomia di «razionale e controllabile strumento di “politica criminale”»⁹. E non è ozioso rammentare le direttrici fondamentali che una scienza penale ‘integrata’ dovrebbe seguire per realizzare questo programma tipicamente ‘moderno’: recuperare, nel loro carattere fondativo, i valori e scopi basilari della collettività statale, nel nostro contesto socio-giuridico cristallizzati nella Costituzione repubblicana¹⁰ (v. § 3); rinvigorire le analisi criminologiche, le prognosi e verifiche empiriche; rimettere l'indagine comparata sui binari di un corretto utilizzo (cfr. § 7).

2. L'ODIERNA SITUAZIONE SPIRITUALE DEL DIRITTO PENALE: DAL 'DIRITTO PENALE DELL'INTEGRAZIONE SOCIALE' AL 'DIRITTO PENALE DELLE PAURE'

Viviamo notoriamente in un'epoca insidiata da rischi inediti per genesi e dimensione (tecnologici, ambientali, economico-finanziari, ecc.), nonché satura di paure sempre più dense ed angoscienti (paura dell'‘altro’ o del ‘diverso’, paura per la propria incolumità e benessere, ecc.). Mentre i ‘pericoli’ sono, almeno tendenzialmente, reali e calcolabili (pur potendo essere sopravvalutati), le ‘paure liquido-moderne’¹¹ neppure presuppongono una chiara e necessaria minaccia, e sono per lo più legate al disgregarsi delle relazioni sociali nelle società occidentali avanzate. Dopotutto, «la paura più temibile è la paura diffusa, sparsa, indistinta, libera, disancorata, fluttuante, priva di un indirizzo o di una causa chiari»¹². A nulla conta che, dopo epoche di insicurezza drammaticamente tangibile, «viviamo senza dubbio – perlomeno nei Paesi sviluppati – nelle società più sicure finora mai esistite», sia per quanto riguarda le protezioni ‘civili’ che quelle ‘sociali’¹³. Infatti, «la nostra «ossessione per la sicurezza» e la nostra intolleranza per qualsiasi piccola – anche minima – smagliatura nell'offerta di sicurezza attesa diventano le fonti più prolifiche della nostra ansia e paura – fonti che si rigenerano e sono probabilmente inesauribili»¹⁴.

Queste dinamiche sociali si intrecciano con un profondo mutamento della configurazione assunta dallo Stato, come invenzione istituzionale della modernità, e del modello coevo di democrazia politica.

È noto che proprio la paura, come elemento della politica, sia alla radice della concezione moderna della sovranità. Nella riflessione politica hobbesiana¹⁵, ruolo essenziale dello Stato è preservare la sicurezza e la reciproca osservanza della legge, sedando così la paura endemica del *bellum omnium con-*



tra omnes; d'altro canto è lo stesso *Leviatano* a dover instillare il timore delle pene nei consociati, per promuovere il rispetto dei patti e dei valori fondanti¹⁶: in tal senso la paura – per Hobbes – è anche fondamento di civiltà e fattore pedagogico di rigenerazione morale.

Nelle democrazie occidentali contemporanee, però, la paura diviene essa stessa strategia di azione politica ed elemento costitutivo del potere. Si passa, così, alla 'politica' o 'governo' della paura, che le stesse forze politiche e i governi concorrono a fomentare, enfatizzando talune minacce, più o meno reali, e trasformandole in altrettante "emergenze"¹⁷, a fini di controllo dell'agire sociale¹⁸.

Tra queste, proprio la paura della criminalità, a cominciare da quella 'urbana', è divenuta una delle principali sorgenti di legittimazione della classe politica. Poiché ad essa interessano consensi e vantaggi politici, a prescindere dalle opinioni degli esperti e dagli esiti della ricerca empirica¹⁹, il modo più agevole per conseguirli è divenuto far mostra di inflessibilità contro il crimine e tutto ciò che turba la serenità pubblica²⁰. E «per tranquillizzare la paura prima ancora che per neutralizzare sicuramente rischi, pericoli ed eventi lesivi»²¹, lo strumentario penale fornisce indubbiamente gli utensili più maneggevoli e meno dispendiosi.

Ampiamente esplorato, sia dalla criminologia che dalla dottrina penalistica, è anche il ruolo cruciale assunto dai canali di comunicazione di massa²² nel catalizzare il senso di pericolo incombente attorno ad alcuni, ben precisi, stereotipi criminali²³, divenuti una risorsa impareggiabile nella guerra dell'*audience* televisiva.

L'egemonia della paura del crimine come arma di persuasione politica ha, così, finito per trasformare radicalmente gli obiettivi di fondo dei moderni Stati democratici.

Lo Stato sociale di diritto, impegnato nella produzione di condizioni dignitose anche per i più svantaggiati e nella ricerca di compromessi equi tra interessi sociali confliggenti, ha cominciato a battere in ritirata verso la metà degli anni '70 sotto i colpi della deindustrializzazione e della crisi fiscale²⁴, cui si è aggiunta, di recente, la «globalizzazione unilateralmente negativa (la globalizzazione degli affari, del crimine o del terrorismo, ma non quella delle istituzioni politiche e giuridiche in grado di controllarli)»²⁵.

Da ultimo ha, così, preso il sopravvento lo 'Stato dell'incolumità personale'²⁶. In questa nuova formula socio-politica, «lo spettro di un futuro incerto e del degrado sociale dal quale l'allora Stato sociale giurava di proteggere i suoi cittadini viene gradualmente ma sistematicamente sostituito dalle minacce rappresentate da un pedofilo in libertà, da un serial killer, da un mendicante



invadente, da un rapinatore, da un maniaco, da un malintenzionato, da un avvelenatore, da un terrorista o, meglio ancora, da tutte queste minacce riunite nelle figure, virtualmente intercambiabili, della *sottoclasse* locale e dell'immigrato clandestino, corpo estraneo dalla culla alla tomba e potenziale "nemico interno" per sempre, dal quale lo Stato moderno, nella sua più recente incarnazione, promette di difendere i suoi sudditi con le unghie e con i denti²⁷. Pertanto, più che promuovere sicurezza civile e sociale, l'amministrazione pubblica della paura e del 'panico morale' mira ad esorcizzare l'insicurezza dei cittadini, promettendo la tutela dell'integrità fisica e del patrimonio individuale. A tal fine non contano tanto i risultati effettivamente conseguiti nella riduzione degli indici di delinquenza, quanto la fermezza apparente della reazione statale.

Questo è, nei suoi tratti essenziali, il «populismo penale»²⁸: una strategia comunicativa in grado di soddisfare demagogicamente i bisogni comunitari di sicurezza e il loro sistema valoriale tendenzialmente escludente, cui fa da *pendant* una trasformazione rudemente concreta del modello di giustizia criminale. Infatti, se il 'diritto penale dell'integrazione sociale' o delle 'prestazioni'²⁹ era stato il fiero vessillo, sul versante penalistico, dello Stato democratico e sociale di diritto, la proiezione punitiva dello Stato dell'incolumità personale è un 'diritto penale delle paure'. Tale modello, insieme agli altri due tipici paradigmi punitivi postmoderni – il c.d. 'diritto penale del rischio' e l'assai inquietante 'diritto penale del nemico' –, esprime l'esondazione della moderna vocazione preventiva del diritto penale oltre gli argini garantistici che, scongiurandone la dilatazione incontrollata, ne dovrebbero legittimare l'esistenza, secondo l'idealtipo illuministico-liberale³⁰.

Il diritto penale che ambisce a dissipare il cronico senso di vulnerabilità dei cittadini, sebbene resti esteriormente ancorato allo schema classico della tutela dei beni giuridici da aggressioni intollerabili, finisce per assumere una funzione latente di pura assicurazione³¹. Emblematici appaiono proprio il concetto di 'tranquillità pubblica' e quello affine di 'sicurezza collettiva', «nuovo idolo della retorica pubblica contemporanea»³², che si vorrebbe perfino elevare al rango di diritto fondamentale³³ o bene giuridico autonomamente tutelabile³⁴. Ciò che conta, comunque, è l'approdo finale del *Leitmotiv* securitario: la sottomissione degli aspetti 'positivi' della prevenzione (aggregazione di consensi attorno alle norme e risocializzazione) a quelli 'negativi' (intimidazione/deterrenza e neutralizzazione)³⁵. Ne discende, in particolare, la dilatazione e l'inasprimento del sistema penale; la riesumazione di un diritto penale della 'pericolosità', con la connessa compressione dell'obiettivo della rieducazione a fa-



vore della filosofia 'precauzionale' della neutralizzazione dei rei ritenuti incorreggibili o altamente pericolosi³⁶ (ribaltando, così, sulla pena il rischio di eccessi illiberali tradizionalmente implicato nelle misure di sicurezza)³⁷; i cedimenti sul piano della determinatezza degli istituti e delle fattispecie; la centralità assunta dalla vittima del reato; nonché, sul versante dell'attività preventiva extragiuridica, l'adozione di sistemi tecnologici di sicurezza³⁸ e di pratiche di controllo sociale sempre più capillari ed invasivi.

Il 'diritto penale delle paure' non arriva sempre agli eccessi del c.d. 'diritto penale del nemico' *stricto sensu*, nel cui alveo, ben oltre la stessa grammatica emergenziale tradizionale³⁹, si pretende persino di spogliare taluni soggetti ritenuti eccezionalmente pericolosi (i c.d. nemici: emblematica dopo l'attentato dell'11 settembre 2001 la figura del terrorista di matrice islamica, che fa il paio, nel nostro Paese, con quella più risalente del 'boss mafioso'), dello *status* di 'persona', e così dei fondamentali diritti di eguaglianza e dignità umana, con tutte le connesse garanzie, sostanziali e processuali. Ma al pari di quest'ultimo, è permeato dalla cultura dell'incapacitazione ed esclusione⁴⁰ di alcuni tipi criminali, spogliati delle garanzie tipiche del diritto penale del fatto e del paradigma 'universalistico' di matrice illuministica⁴¹. È il caso del migrante clandestino, del tossicodipendente, del recidivo socialmente disadattato e – talvolta – finanche del minore deviante: odierni capri espiatori di ogni male o disfunzione sociale.

3. GLI SCOPI DELLA PENA: UNA QUESTIONE DI PERENNE ATTUALITÀ

Le risposte all'eterna questione degli scopi della pena⁴², che lungi dall'essere meramente teorica è sempre «di pressante attualità pratica»⁴³, risentono necessariamente delle contingenze sociali e dei sistemi politico-giuridici di riferimento, fornendo «un indizio dell'atmosfera politico-giuridica di uno Stato»⁴⁴ in una determinata fase storica. Così storicizzata la tematica, però, può parlarsi solo di tendenze di volta in volta prevalenti, giacché le incertezze e le contraddizioni che percorrono qualsiasi società non possono che ripercuotersi anche sui valori che stanno alla base della legislazione e sulle concezioni della pena⁴⁵. Ciò è tanto più vero per la politica criminale nostrana, che da sempre fluttua tra opzioni politico-criminali di segno contrario, secondo la convenienza politica del momento⁴⁶.

L'orientamento costituzionalistico del diritto penale e della politica criminale da sempre indica il passaggio obbligato, per ritrovare la rotta in questo



marasma, nel saldo ancoraggio alla Carta fondamentale. Rispetto al tema che ci occupa, l'unica direttrice teleologica che il Costituente ha voluto consacrare *expressis verbis* è, com'è noto, quella inerente alla rieducazione del condannato (art. 27, comma 3, Cost.), che così viene ad assumere un rilievo fondante⁴⁷, strettamente legato all'ispirazione personalistica e solidaristica del nostro Stato sociale di diritto.

Altrettanto notoriamente, però, ciò non ha mai indotto a letture univoche circa i principi informativi del sistema penale. Dopo i primi tentativi di contenimento, sia dottrinali⁴⁸ che della giurisprudenza costituzionale⁴⁹, della spinta innovativa del dettato costituzionale, ha finito per consolidarsi un'impostazione 'sincretistica', incardinata sul concetto di *polifunzionalità* della pena⁵⁰. La variante tuttora più accreditata propone, però, in luogo di una pura e semplice giustapposizione, un'unificazione 'dialettica' tra le diverse finalità della pena, per contenere gli aspetti negativi insiti in ciascuna di esse e, nei limiti del possibile, risolverne le antinomie latenti. Vale a dire: i fini della prevenzione generale orientata alla difesa sussidiaria dei beni giuridici e della risocializzazione del condannato, nonché il principio di colpevolezza in funzione di limite, devono integrarsi e condizionarsi reciprocamente (sia pure con diversa intensità nei vari momenti della dinamica punitiva), perseguendo un modello di giustizia penale preventivo e socialmente costruttivo⁵¹.

In tutte le costruzioni plurifunzionali, l'ideale rieducativo non manca di ricevere il giusto rilievo, nella certezza che si tratti, oltre che di un cardine costituzionale, di un'irrevocabile conquista di civiltà⁵². Il finalismo rieducativo, ovviamente, assume un peso preponderante nell'esecuzione della pena⁵³ (dove anzi non sarebbero ammissibili alternative di scopo⁵⁴); ma è ormai acquisito il dato secondo cui esso non si esaurisca in quest'ultima fase della vicenda punitiva, mantenendo anche nelle precedenti un ruolo primario. È stata la stessa Corte costituzionale a chiarirlo agli inizi degli anni '90, segnando una svolta rispetto ai suoi precedenti in materia: «la necessità costituzionale che la pena debba «tendere» a rieducare, lungi dal rappresentare una generica 'tendenza' riferita solo al trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo significato ontologico, accompagnandola da quando nasce, fino a quando in concreto si estingue»⁵⁵.

All'interno di un modello teleologico dinamico, e non statico, attenta considerazione merita anche il richiamo a sviluppare le teorie della pena non in una prospettiva generalizzante, ma in stretto raccordo con le svariate categorie di *fatti punibili e autori di reato*⁵⁶. La stessa effettualità del principio rieducativo esige declinazioni diverse in funzione di queste variabili.



Nel nostro sistema costituzionale, però, qualsiasi tentativo di limitare l'operatività dell'obiettivo specialpreventivo positivo solo a talune tipologie di autori (come i rei non integrati socialmente e scarsamente pericolosi) o a talune categorie di fatti punibili (essenzialmente, i reati dolosi convenzionali)⁵⁷, si risolverebbe in una patente violazione dell'art. 27, comma 3 Cost. o persino in inquietanti forme di *Täterstrafrecht*.

Sia chiaro: nessuno nega che terreno elettivo della pena rieducativa siano, oltre alle situazioni di immaturità psico-fisica (*in primis* i minori), quelle di *deficit* di inserimento sociale (povertà, emarginazione, scarsa istruzione), laddove la funzione specialpreventiva trova attuazione in forme di assistenza per il riadattamento del reo, volte a rimuovere proprio le cause culturali e socio-ambientali del disadattamento individuale ('risocializzazione' o 'recupero sociale' in senso stretto)⁵⁸.

Tuttavia, ciò che non si condivide è, anzitutto, l'idea abbastanza ricorrente secondo cui il paradigma rieducativo non avrebbe ragione di essere nei confronti di rei già ben integrati nel tessuto sociale (i c.d. 'colletti bianchi'), in quanto non bisognosi di trattamento. Invece, anche in tal caso può dirsi, di regola, sussistente un'esigenza di rieducazione, purché la si intenda in un'accezione più comprensiva di quella appena evocata, e cioè sia – in negativo – come garanzia minima di non-desocializzazione che – in positivo – come ri-acquisizione di un atteggiamento positivo verso i beni giuridici penalmente tutelati ('recupero sociale' in senso lato), la cui carente interiorizzazione è implicita nella commissione del reato⁵⁹. Orbene, se alla riassunzione, da parte dell'autore già integrato, di tale sensibilità assiologica, potrà generalmente cospirare l'effetto d'intimidazione coesenziale al carattere afflittivo dell'esecuzione penale⁶⁰, decisivi potranno rivelarsi anche lo specifico contenuto della sanzione o le modalità dell'esecuzione punitiva⁶¹. Infatti, da un lato forme socialmente più costruttive di composizione del conflitto (riparazione a favore delle vittime del reato, ripristino dello stato dei luoghi, lavoro o assunzione di impegni verso la collettività, ecc.) possono servire allo scopo rieducativo meglio di sanzioni puramente afflittive, subite passivamente dal reo; dall'altro, l'utilità di forme di trattamento in senso stretto (psico-terapia, *counseling* individuale o di gruppo, trattamento socio-pedagogico, ecc.) non può essere aprioristicamente esclusa in rapporto a rei socialmente non emarginati⁶².

Un modello 'dinamico' di rieducazione consente di diradare anche i dubbi sulla plausibilità di una legittimazione della reazione penale su queste basi, rispetto a tipologie di reato diverse dalla criminalità dolosa convenzionale. Si pensi, in particolare, ai reati colposi⁶³: sebbene i rispettivi autori siano di norma



non bisognosi di risocializzazione in senso stretto, è ben possibile ipotizzare e praticare un intervento punitivo che punti alla riappropriazione del valore offeso e, così, all'elevazione degli *standards* di diligenza in determinati contesti di attività rischiosa (es. circolazione stradale, attività di impresa, attività medica)⁶⁴.

I veri punti problematici della concezione rieducativa della pena restano, in definitiva, i gravi delitti consumati in situazioni irripetibili da soggetti poi pienamente riadattatisi al nuovo contesto sociale, e all'opposto dei rei che – per motivi ideologici o radicate subculture criminali – si mostrino irriducibilmente ostili a qualsiasi cambiamento e così suscettibili solo di un'illegittima ed infondata rieducazione forzata. In tali situazioni, però, proprio il fatto che il fine costituzionalmente sancito della rieducazione, «pur essenziale, non (sia) l'unico metro» della pena⁶⁵, consente ugualmente di giustificare in chiave preventiva l'attivazione dello strumento penale, in particolare nell'ottica – connaturata alla stessa comminatoria penale – della prevenzione generale⁶⁶.

In ogni caso, non v'è spazio per presunzioni d'incompatibilità con la finalità rieducativa per determinati 'tipi di autore', fondate su (più o meno attendibili) risultanze statistiche o prognosi empiriche⁶⁷. È stata la stessa Corte Costituzionale⁶⁸ a dichiarare, reiteratamente, che la necessaria tensione rieducativa della pena non ammette sbarramenti all'accesso ai benefici penitenziari in forza del semplice titolo di reato, giudicando, altresì, «preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di "tipi di autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita»⁶⁹. Tra le sentenze che ultimamente si sono collocate nella stessa linea, meritano di essere rammentate soprattutto le declaratorie di incostituzionalità dell'art. 30-*quater* ord. penit., introdotto dalla l. n. 251/2005, e dei commi 1 e 7-*bis* dell'art. 58-*quater* ord. penit. come novellati dalla stessa legge, nella parte in cui non consentivano la concessione di permessi-premio, della detenzione domiciliare e della semilibertà al condannato «recidivo reiterato» (99, comma 4, c.p.), che prima dell'entrata in vigore della novella in discorso avesse raggiunto un adeguato grado di rieducazione⁷⁰. Altra pronuncia, ancora, ha ritenuto contrastante con la finalità rieducativa ogni interpretazione degli artt. 47, 48 e 50 ord. penit. che precluda integralmente l'accesso alle alternative alla detenzione da parte dello straniero extracomunitario presente irregolarmente sul territorio dello Stato, escludendo che tale condizione soggettiva possa ritenersi di per sé «univocamente sintomatica [...] di una particolare pericolosità sociale, incompatibile con il perseguimento di un percorso rieducativo attraverso qualsiasi misura alternativa»⁷¹.

4. *EXCURSUS* STORICO: LA PARABOLA DISCENDENTE DELL'IDEALE RIEDUCATIVO

Com'è noto, dalla metà del '900 e fino agli inizi degli anni '70, il principale centro di irradiazione dell'ottimismo sulle possibilità di rieducazione dei condannati fu rappresentato dall'area anglo-americana e scandinava e, in parte, da quella europea continentale. Alla profonda fiducia nelle tecniche trattamentali (soprattutto in quelle psico-terapeutiche e socio-pedagogiche nella prima area culturale, e nei programmi socio-terapeutici – lavoro, istruzione, formazione professionale, attività ricreative, servizi religiosi, ecc. – nell'esperienza continentale), faceva da complemento l'assunto della 'corresponsabilità della società' nel comportamento criminoso, con il conseguente impegno dello Stato nel recupero del reo⁷² e più in generale nella rimozione degli ostacoli economici, sociali e politici all'eguale sviluppo della personalità dei cittadini (esemplare, in proposito, l'enunciato di cui all'art. 3 cpv. Cost.).

Già verso la fine degli anni '60, però, cominciarono ad aprirsi le prime crepe nel modello socio-ordinamentale dello «Stato del benessere»⁷³; e nel successivo decennio subentrò una profonda disillusione sulla capacità delle istituzioni penitenziarie di conseguire la rieducazione dei rei, in particolare attraverso il trattamento individualizzato.

Merita ricordare, al riguardo, le molteplici posizioni politiche e scientifiche che hanno concorso all'offuscamento dell'ideale rieducativo, anche per metterle in risalto l'assai diversa cifra culturale ed ideologica⁷⁴.

a) Un primo fronte polemico, piuttosto articolato al suo interno, fu costituito da giuristi, politici e intellettuali di estrazione liberale o progressista, specialmente di area anglo-americana⁷⁵, cui si saldarono anche correnti più radicali, come il nascente movimento a difesa dei diritti dei detenuti⁷⁶. Da questo versante, i principali bersagli polemici furono l'*indeterminate sentencing* preordinato all'individualizzazione della pena, ma corroso da un'eccessiva discrezionalità e disparità nel trattamento dei condannati, e il suo supposto carattere manipolatorio, lesivo della libera autodeterminazione individuale⁷⁷.

Una prima risposta a queste inquietudini venne, specie negli Stati Uniti e nei Paesi nordici, dagli approcci 'neoclassici' del c.d. «*just desert model*»⁷⁸, che con asseriti intenti garantisti propugnarono il ritorno ai principi del retribuzionismo penale. Secondo il principio del 'giusto merito', colui che ha infranto la legge, avendo compiuto una scelta razionale per il crimine, merita di essere punito esattamente per quello che ha fatto, in ossequio al principio di uguaglianza formale. La commisurazione giudiziale della pena dovrebbe quindi essere precisamente predeterminata⁷⁹, mediante apposite *sentencing guidelines*, as-



sumendo a parametro di riferimento la gravità del reato (offesa e riprovevolezza dell'agente), al più integrata dai precedenti del reo⁸⁰.

La maggior parte dei fautori dell'impostazione 'neoclassica' non pretende, diversamente dai retribuzionisti più ortodossi, di accantonare del tutto la moderna idea della legittimazione del diritto penale su basi generalpreventive⁸¹. È piuttosto l'esigenza di recupero sociale del condannato a venire relegata sullo sfondo. Se l'unica preoccupazione dello Stato deve essere l'applicazione della pena meritata per il reato commesso, esso non ha alcun diritto – ma neppure alcun obbligo – di intervento per il miglioramento delle prospettive di vita futura del condannato. Di qui anche l'auspicata eliminazione di qualsiasi istituto, come il 'rilascio sulla parola' (*parole*), che, per una migliore attuazione del programma riabilitativo, possa intaccare il dogma della certezza della pena.

b) Sul piano teorico, all'appannamento dell'ideale rieducativo ha contribuito, negli ultimi decenni, anche l'avanzata – in special modo nella dottrina tedesca, dove è oggi «quasi dominante»⁸², e nei Paesi culturalmente più legati ad essa – della dottrina della prevenzione generale 'positiva' o 'integratrice' (*Integrationsprävention*), la quale, però, è stata declinata in formule assai variegate, cosicché l'uso di tali espressioni sconta tuttora un rilevante margine di ambiguità⁸³.

Nell'impostazione di Claus Roxin la prevenzione generale positiva include tre scopi ed effetti diversi, ancorché tra loro intrecciati: 1) l'effetto di apprendimento (*Lerneffekt*) motivato socialpedagogicamente, quale «esercizio di fedeltà al diritto» suscitato nella popolazione dall'attività della giustizia penale; l'effetto di fiducia (*Vertrauenseffekt*) che sorge quando il cittadino vede che il diritto si impone; e, infine, l'effetto di pacificazione (*Befriedungseffekt*) che si produce quando la coscienza giuridica collettiva si tranquillizza per l'applicazione della sanzione alla violazione della legge e considera risolto il conflitto con l'autore⁸⁴. L'illustre Autore, comunque, pone l'accento soprattutto su questo effetto di pacificazione⁸⁵, in stretto raccordo con il fine di prevenzione speciale (specie nella fase esecutiva).

Nella stessa ispirazione di fondo, saldamente ancorata ai valori costituzionali del personalismo-solidarismo, una parte della dottrina italiana ha propugnato – all'interno di una concezione dialettica della pena che include finalità rieducative – il paradigma della prevenzione generalpositiva, nell'ottica della promozione di un sistema di precetti e relative strategie sanzionatorie capace di stimolare l'*adesione spontanea* dei cittadini ai valori normativi⁸⁶.

Altre versioni della prevenzione generale positiva mostrano, invece, un



NOTE

volto sostanzialmente «neoretribuzionistico»⁸⁷, come quelle psicoanalitiche e – soprattutto – quelle sistemico-funzionali.

Le prime adottano una visione *socio-psicologica* della penalità, basata però più sull'intuizione (com'è tipico della 'psicologia del profondo') che su dati empirici verificabili: la necessità di pena deriverebbe dai bisogni collettivi di castigo del reo, che, se soddisfatti, preserverebbero i meccanismi inibitori del cittadino, necessari all'affermarsi di comportamenti individuali conformi⁸⁸.

Più articolata risulta l'impostazione *sistemico-funzionale* coniata da Günter Jakobs, che attinge ampiamente dalla teoria sociologica dei sistemi luhmanniana, recuperando altresì suggestioni retributive hegeliane⁸⁹. Essa, com'è noto, ruota attorno ai seguenti postulati di fondo: 1. ripudio dell'idea secondo cui missione del diritto penale sia la protezione di beni giuridici (non più criterio di legittimazione negativa dell'intervento penale); 2. attribuzione all'inflizione della pena di una funzione di stabilizzazione del sistema sociale, realizzata, sul piano delle aspettative sociali 'istituzionalizzate' o 'normative', con la riaffermazione comunicativa della vigenza della norma infranta⁹⁰ e, sul piano psicosociale o 'cognitivo', rafforzando o ripristinando nei consociati la fiducia nella norma violata ed esercitando i cittadini nella fedeltà al diritto⁹¹. Sennonché, la conferma della vigenza della norma violata è un effetto «logico» o simbolico-ideale della pena, affine alle classiche teorie 'assolute', mentre lo stesso effetto preventivo legato al ristabilimento nei consociati della fiducia nella norma violata si basa su premesse empiriche di cui non è proposta alcuna dimostrazione. Nell'assai complessa evoluzione del pensiero di Jakobs⁹², a queste due componenti, comunque, non è stato attribuito sempre un peso equivalente. Fino agli inizi degli anni '90 ha prevalso il profilo psico-sociale⁹³; successivamente ha iniziato ad acquisire un rilievo preponderante la componente «retributivo-funzionale»⁹⁴, con l'effetto di condannare la sua impostazione ad un normativismo formalistico ed astratto, cui l'Autore ha tentato di rimediare, con notevoli difficoltà, solo nell'ultima fase del suo pensiero⁹⁵.

Per quanto concerne, specificamente, il fine della prevenzione speciale, va precisato che Jakobs, quanto meno nella sua meno recente elaborazione scientifica, pur privilegiando come detto una sorta di 'retribuzionismo funzionale', ha concesso qualche spazio anche alla risocializzazione, ritenendo che, a determinate condizioni, essa possa costituire «una strategia alternativa per la soluzione del conflitto ed altresì l'unico punto di vista dal quale si può configurare il dovere di sopportare i costi da parte dell'autore in un modo che risulti sensato anche per lui»⁹⁶. È, però, assai inquietante constatare, anche per l'ampio seguito che simili idee hanno riscosso negli ultimi tempi nelle democrazie



occidentali, che anche questa limitata valenza della risocializzazione sia stata circoscritta, negli ultimi sviluppi dell'elaborazione jakobsiana, al c.d. 'diritto penale del cittadino'. I rei che non possono garantire nel futuro la fedeltà al diritto e non permettono così di stabilire ragionevoli aspettative normative, non potrebbero essere trattati come 'persone' (trattasi, quindi, di *'Unpersonen'*⁹⁷, in ottica normativo-funzionale), ma andrebbero neutralizzati attraverso un *Feindstrafrecht*, peraltro assai esteso nella visione del penalista tedesco⁹⁸.

c) Nei nuovi indirizzi criminologici sorti a cavallo degli anni '60 e '70 del secolo scorso (*'labelling approach'*⁹⁹, criminologia 'radicale'¹⁰⁰, criminologia 'critica'¹⁰¹), così come in seno all'indirizzo abolizionista¹⁰², la rieducazione è stata addirittura ripudiata come congegno funzionale al mantenimento di una struttura ampiamente delegittimata come il carcere. Secondo il filone di pensiero ispirato alla dottrina marxista, l'istituzione penitenziaria è «lo strumento essenziale per la creazione di una popolazione criminale reclutata quasi esclusivamente nelle file del proletariato e separata dalla società e, con conseguenze non meno gravi, dalla classe»¹⁰³. Non soltanto la pena carceraria finirebbe per consolidarne l'identità deviante, ma dietro l'apparentemente benevola ideologia trattamentale si celerebbero interessi classisti e la volontà statuale di espandere il suo potere sulla psiche (oltre che sui corpi) di soggetti marginali¹⁰⁴. La conclusione è che a precedere la rieducazione del condannato dovrebbe essere quella della società, senza la quale, più che l'integrazione degli esclusi, si avrebbe quella del «rapporto stesso di esclusione nella ideologia legittimante dello stato sociale»¹⁰⁵.

d) Ogni paludamento garantistico è dismesso da quegli studiosi anglosassoni, di orientamento conservatore, che, soprattutto dalla metà degli anni '70 del secolo passato, hanno reclamato maggior rigore repressivo e il congedo dall'asserito indulgenzialismo di giudici e organi penitenziari. Slogan come "*Law and Order*", e quello oggi più à la page di "*Zero Tolerance*", si sono così propagati, intercettando le ansie e i timori collettivi. Il concetto di rieducazione, oltre ad indebolire la guerra da condurre contro la criminalità (meglio: a determinati 'tipi di autore'), sarebbe inquinato dai peggiori vizi dello Stato sociale: consentendo la fruizione di servizi pubblici a soggetti immeritevoli, finirebbe per consolidarne la convinzione che la scelta per il crimine, alla fine, paga. La cifra culturale comune a queste nuove impostazioni penologiche è una logica pervasiva d'esclusione sociale, nonché la pretesa 'efficientista'¹⁰⁶ di ovviare ai *deficit* della pena nel controllo della criminalità e della recidiva intensificando le componenti puramente negative della prevenzione: all'insegna del «*more of the same*»¹⁰⁷, sempre più *intimidation/deterrence* ed *incapacitation*.



Proprio questa è l'impostazione che ha finito per prevalere nella più recente legislazione penale nordamericana, a ulteriore riprova del fatto che, storicamente, l'avanzata delle teorie retributive (come quelle del 'giusto merito'), anche quando motivate in senso garantistico, ha quasi sempre assecondato le più rozze prassi orientate alla neutralizzazione carceraria. Esprimono questo trend le leggi che stabiliscono: 1) minimi inderogabili di pena (*mandatory sentences*) in rapporto alla natura del reato (es. violenze gravi, reati in materia di stupefacenti e armi da fuoco) o ai precedenti penali del reo; 2) un generalizzato aumento delle pene edittali; 3) l'abolizione o comunque la forte limitazione dell'istituto della *parole*; 4) l'imposizione di un periodo minimo della pena giudiziale da eseguire senza possibilità di sconti, di norma non inferiore all'85% (c.d. *truth-in-sentencing laws*). Al medesimo spartito rigoristico sono riconducibili anche le strategie d'incapacitazione dei rei abituali (*'habitual offender laws'*), nonché le ormai famigerate leggi, diffuse in moltissimi Stati americani e nell'ordinamento federale, fondate sul principio "*three strikes and you're out*", che prevedono ora l'ergastolo, ora una lunghissima pena detentiva con esclusione della *parole*, per chi commette tre volte un *felony*¹⁰⁸: insomma, al terzo "*strike*" il reo è dichiarato "*out*" dal consenso sociale¹⁰⁹. Tale terrorismo punitivo diviene crudele repressione negli ordinamenti, come quello californiano¹¹⁰, in cui, al terzo 'colpo', per decretare la reclusione a vita o comunque non inferiore a 25 anni è sufficiente un qualsiasi delitto (quindi anche, per es., un furto o la detenzione di stupefacenti)¹¹¹.

Non sono mancati, poi, tentativi di riaccreditare, con uno spettacolare balzo all'indietro della moderna politica criminale, l'efficacia della pena detentiva breve. Si è così auspicato il ricorso alla 'pena *shock*' (breve carcerazione seguita dal ritorno in libertà in forma di *probation*), per lo più nei confronti dei delinquenti occasionali, talvolta persino se autori di fatti lievi¹¹².

Alcune teorie criminologiche e/o criminalistiche (si pensi, ad es., a quella assai nota delle c.d. '*broken windows*'¹¹³) si sono, quindi, sforzate di fornire un discutibile fondamento scientifico a una tale deriva coercitiva¹¹⁴, il cui esito è stato l'esplosione della popolazione detenuta (*infra* § 7).

Anche nel Vecchio Continente, dalla fine degli anni '80 in poi, si sono succedute, a ritmo incalzante, brusche virate repressive, con un progressivo allontanamento dall'idea di risocializzazione e un significativo livellamento verso l'alto dei tassi di detenzione¹¹⁵. A ciò si sono aggiunti il rinnovato interesse per misure di sicurezza privative o restrittive della libertà applicabili a soggetti imputabili dopo l'esecuzione della pena e rinnovabili senza limiti di durata¹¹⁶; le pressioni verso la riduzione dell'età minima per l'imputabilità; il



rafforzamento delle misure cautelari o di prevenzione *ante delictum*; l'ampliamento delle forme di espulsione degli stranieri; l'adozione di tecniche di *shaming* di determinati rei o soggetti devianti (emblematica la divulgazione di liste di *ex-delinquenti*)¹¹⁷.

L'Italia non è rimasta certo immune dal nuovo credo securitario e, pur non riesumando l'istituto delle misure di sicurezza, ha comunque affilato le armi del diritto penale contro i rei 'pericolosi'. Dopo i provvedimenti di differenziazione del regime penitenziario risalenti agli inizi degli anni '90, si è avuta un'*escalation*, iniziata con il primo «pacchetto sicurezza» (l. 26 marzo 2001, n. 128¹¹⁸), proseguita con la l. c.d. 'ex Cirielli' del 5 dicembre 2005, n. 251, la quale ha agganciato il *trend* internazionale¹¹⁹ di discriminazione repressiva dei recidivi¹²⁰, e culminata nella foltissima produzione legislativa in materia di «sicurezza pubblica» della XVI legislatura, profondamente segnata dalla consueta logica emergenziale: l. 24 luglio 2008, n. 125 di conv. del d.l. 23 maggio 2008, n. 92 («misure urgenti in materia di sicurezza pubblica») ¹²¹; l. 28 novembre 2008, n. 186, di conv. con mod. del d.l. 2 ottobre 2008, n. 151 («misure urgenti in materia di prevenzione e accertamento di reati, di contrasto alla criminalità organizzata e all'immigrazione clandestina»); infine, l. 15 luglio 2009 n. 94, recante «disposizioni in materia di sicurezza pubblica»¹²². Emblematica è l'impostazione discriminatoria che accomuna la nuova aggravante comune riguardante la semplice condizione di straniero irregolare (art. 61, n. 11-*bis*, c.p.), introdotta dalla l. n. 125/2008, e la 'fattispecie-simbolo' di «ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato» (nuovo art. 10-*bis* d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, inserito dall'art. 15, l. n. 94/2009). Non è solo la nuova circostanza a destare fondati dubbi di incostituzionalità per violazione dei principi di uguaglianza¹²³ e del fatto materiale quale cardine della responsabilità penale; anche la nuova contravvenzione pare centrata, più che su un fatto realmente lesivo di un bene meritevole di tutela penale (nella specie asseritamente individuabile nel controllo dei flussi migratori), su una mera condizione soggettiva e sulla semplice violazione di un divieto (di ingresso o permanenza)¹²⁴. La «vera pena» per questo reato, di competenza del giudice di pace, non è tanto quella principale dell'ammenda (da 5.000 a 10.000 euro), quanto quella «sostitutiva» dell'espulsione dal territorio dello Stato¹²⁵, che rivela come l'obiettivo perseguito non sia certo il recupero sociale dell'immigrato irregolare, quanto la sua esclusione dal consenso sociale¹²⁶.

e) Va, infine, rammentato che, soprattutto nei Paesi di *common law*, al mutamento di paradigma in materia di *punishment* e *correction*¹²⁷ ha cospirato, a partire dalla metà degli anni '70, anche una radicale messa in discussione del-



l'efficacia preventiva del trattamento rieducativo e, segnatamente, di una sua peculiare concezione: quella di terapia della personalità condotta da specialisti, secondo i canoni scientifici della psichiatria, psicoterapia e pedagogia, sia individuale che di gruppo¹²⁸.

In particolare, in un notissimo lavoro di uno studioso statunitense, che ottenne una vasta eco internazionale, si sostenne che «con poche ed isolate eccezioni i tentativi di riabilitazione finora riportati non hanno avuto sensibili ricadute sulla recidiva»¹²⁹. Si insinuò, quindi, l'ipotesi dell'intrinseca, generalizzata inefficacia dei programmi trattamentali: «È possibile che vi sia un più radicale difetto nelle nostre attuali strategie – vale a dire che, anche nella situazione ottimale, l'istruzione o la psicoterapia non possano eliminare, o anche solo contenere in modo significativo, la forte inclinazione dei criminali a persistere nel loro comportamento criminale»¹³⁰.

In verità, il successo travolgente della *'nothing works doctrine'* fu dovuto, più che al suo reale pregio scientifico, al suo perfetto tempismo, avendo fatto capolino proprio mentre montavano le suddette correnti ideologiche avverse alla rieducazione e dopo che profonde trasformazioni socio-economiche avevano già eroso le basi del modello solidaristico di gestione dei problemi sociali.

5. LA 'RIABILITAZIONE' DELLA RIEDUCAZIONE SUL PIANO EMPIRICO. L'APPROCCIO PSICO-COGNITIVO E COMPORTAMENTALE AL TRATTAMENTO

La reazione dei fautori della *rehabilitation* agli attacchi rivolti, sul piano empirico, ai programmi rieducativi è partita da una serrata critica della metodologia e delle forzature interpretative dei loro antagonisti¹³¹. Si è osservato che essi avevano prevalentemente analizzato *correctional programs* così inadeguati, da possedere ben poche *chances* di impatto positivo sui comportamenti e sulle inclinazioni criminali dei condannati¹³². Inoltre, gli studi empirici, correttamente interpretati, dimostravano che alcuni programmi di trattamento riabilitativo erano efficaci¹³³.

D'altra parte, al di là delle semplificazioni didascaliche, neppure Martinson aveva mai osato sostenere che «nulla funziona»: ma solo che non sussisteva «*a sure way*» per rieducare i rei¹³⁴. Ancora più significativo appare, al riguardo, il pubblico ripensamento dello studioso, il quale successivamente riconobbe che «alcuni trattamenti hanno un positivo (*appreciative*) effetto sulla recidiva»¹³⁵.

Le successive ricerche, guardandosi dal ricadere nelle forse troppo ambi-



ziose aspettative del passato, hanno assunto una posizione più equilibrata, indagando «quali metodi funzionano meglio, per quali tipi di criminali, e a quali condizioni o secondo quali impostazioni»¹³⁶. L'indirizzo di ricerca che ne è scaturito si fonda in prevalenza sulle teorie psicologiche dell'apprendimento e della cognizione, applicate allo studio del comportamento criminale. Dopo un trentennio circa di intenso studio si è, ora, sedimentata una non trascurabile evidenza scientifica sull'efficacia del trattamento nel prevenire la ricaduta nel reato (specie in rapporto ad alcune categorie di soggetti¹³⁷), ribaltando le conclusioni della prima generazione di rassegne sul tema. Infatti, avvalendosi anche della tecnica della meta-analisi¹³⁸, si è potuto osservare che, attenendosi ad alcuni fondamentali principi, il trattamento è capace di ridurre in modo non trascurabile i tassi di recidiva (all'incirca del 30% e a volte oltre)¹³⁹.

I principi dell'*effective treatment*¹⁴⁰ meritano di essere brevemente illustrati, anche per la loro scarsa diffusione nella letteratura interna. Essi attengono ai *fattori di rischio* della recidiva e alle *caratteristiche soggettive* che il trattamento deve prendere di mira, nonché ai contenuti e alle condizioni che ne dovrebbero assicurare la funzionalità.

a) *Principio del bisogno criminogeno* (Criminogenic Need Principle). Tale principio muove dalla premessa secondo cui i programmi trattamentali dovrebbero concentrarsi solo sulle caratteristiche personali direttamente correlate al comportamento criminale e al rischio di recidiva (c.d. fattori o 'bisogni criminogeni')¹⁴¹.

Il trattamento, inoltre, non può incidere sui fattori di carattere 'statico' del comportamento criminale (ad es. età, sesso, precedenti penali, mancanza di un genitore, ecc.), ma solo su quelli 'dinamici' (cioè modificabili), i quali includono, essenzialmente, attitudini, credenze e valori antisociali, distorsioni e *deficit* cognitivi, scarso autocontrollo, personalità antisociale (es. temperamento aggressivo, propensione al rischio), associazioni con altri soggetti antisociali, violenza dell'ambiente di vita, carenze nell'educazione familiare, problemi scolastici e lavorativi, bassa istruzione, uso di stupefacenti, nonché fattori sociali avversi come povertà e mancanza di opportunità.

b) *Principio del trattamento* (Treatment Principle). Alle tipologie trattamentali mediamente più efficaci appartengono, in primo luogo, i programmi di tipo comportamentale e cognitivo-comportamentale¹⁴². Essi si servono di strumenti come l'apprendimento sociale, volto alla modificazione dei comportamenti e atteggiamenti antisociali e alla promozione di cognizioni adattive, per lo più mediante: osservazione o imitazione (*anti-criminal modeling*), il rafforzamento di comportamenti e prospettive prosociali, il *role-taking* (letteralmente, 'assun-



zione di ruolo')¹⁴³, lo sviluppo del senso della responsabilità personale, la didattica di abilità comportamentali e sociali e di capacità cognitive, che punta a fornire al reo le abilità necessarie a resistere al comportamento antisociale (*problem solving*, capacità di auto-controllo, gestione dell'ira, capacità di comunicare e di intrattenere relazioni sociali).

Particolare interesse è rivolto anche agli interventi socio-terapeutici basati sulla famiglia, specie in relazione alla devianza minorile riconducibile a disturbi della personalità o a disagi familiari. In tal caso si cerca di 'riabilitare' il minore 'curando' il suo nucleo familiare, attraverso una politica di interventi coordinati, inclusi quelli assistenziali diretti a migliorare l'ambiente, gli *standards* di vita e le possibilità dei genitori di prendersi cura dei propri figli¹⁴⁴.

La letteratura empirica non solo attesta che le impostazioni squisitamente punitive non influenzano i 'bisogni criminogeni'¹⁴⁵, ma getta luce anche sui trattamenti meno efficaci, tra cui le tecniche di *counseling* (individuale o di gruppo¹⁴⁶) «non direttivo» e «centrato sul cliente» (*client-centred*) e le terapie di tipo psicodinamico o psicoanalitico. Queste, essendo orientate all'introspezione e alla conversazione (più che all'azione concreta), si focalizzano più su eventi passati che sul presente, e richiedono nel destinatario proprio quelle attitudini ed abilità prosociali che il trattamento dovrebbe procurargli.

Circa l'ambiente del trattamento, nelle indagini empiriche non manca la presa d'atto che quello in comunità è in media più efficace di quello intramurario¹⁴⁷. In quest'ultimo caso, il trattamento non è di per sé inefficace, ma risente della carica desocializzante delle ordinarie prassi custodiali, intrise di promiscuità, malattie, mortificazioni, burocrazia, ozio e degrado dei servizi essenziali. Sul punto la sociologia della vita carceraria ha raccolto prove inoppugnabili, descrivendo minuziosamente i fattori inquinanti della condizione detentiva: il c.d. processo di infantilizzazione del carcerato, la cui vita è regolata fin nei minimi dettagli dall'istituzione penitenziaria; le privazioni e sofferenze psicofisiche, che talvolta sfociano in malattie o seri danni alla salute¹⁴⁸ e «possono essere tanto dolorose quanto i maltrattamenti fisici» che la pena detentiva intramuraria mirò storicamente a surrogare¹⁴⁹; l'effetto di 'prigionarizzazione', causato dall'interruzione delle relazioni affettive e dell'attività lavorativa, che può rendere il recluso incapace di riadattarsi, una volta libero, alla cultura della società esterna¹⁵⁰; la subcultura criminale che rende spesso le strutture carcerarie le migliori «Università del delitto»¹⁵¹.

Ciò nonostante, fin quando ragioni di prevenzione generale si opporranno alla totale abolizione della pena carceraria, essa continuerà ad essere un'amara necessità. Va, quindi, ribadito che neppure i limiti del trattamento carcerario



nel conseguire gli obiettivi rieducativi (numerose esperienze, però, ci dicono che un esito negativo non è affatto ineluttabile¹⁵²) potranno mai legittimare il suo accantonamento, poiché si tratta pur sempre del principale strumento per prevenire l'ulteriore desocializzazione del condannato ed assicurare una maggiore umanizzazione della pena.

c) *Principio della rispondenza al trattamento* (Responsivity Principle). Tale criterio concerne il metodo da seguire per influenzare il cambiamento del reo. Si postula che il trattamento, per risultare efficace, debba tener conto di tutte le caratteristiche personali che possono ripercuotersi sulla capacità individuale di risposta all'opera terapeutica: abilità cognitive, maturità, stili di apprendimento, motivazione, età, razza, sesso, *status* socio-economico, cultura, salute mentale, ecc.

d) *Principio del rischio* (Risk Principle). Un efficace programma rieducativo presuppone un'attendibile misurazione iniziale del rischio di recidiva dei singoli rei, senza cui non sarebbe possibile determinare in modo corretto l'intensità del trattamento necessario. Gli indicatori soggettivi del rischio criminale sono, come già accennato, sia di carattere 'statico' che 'dinamico'¹⁵³. Una volta misurato tale rischio, la regola fondamentale è che soggetti a più elevato rischio di recidiva necessitano di un trattamento più intensivo, diversamente da quelli 'a basso rischio', i quali possono astenersi in futuro dal reiterare comportamenti criminali anche se sottoposti ad un trattamento meno strutturato o a nessun intervento¹⁵⁴. Anzi, l'indagine empirica mostrerebbe che la sottoposizione ad intensi programmi di trattamento di rei a basso rischio, oltre a disperdere risorse, sortisce spesso risultati controproducenti¹⁵⁵.

e) *Principio di completezza* (Integrity Principle)¹⁵⁶. Il quinto ed ultimo principio esprime l'esigenza che il trattamento sia condotto in modo strutturato ed organico, da gruppi di operatori adeguatamente formati e per un periodo di tempo adeguato. Andrebbero, così, evitati interventi improvvisati ed affidati a personale non specializzato e poco motivato. Il principio in questione è il più intuitivo tra quelli sinora considerati, ma forse anche quello di più complessa attuazione, scontando spesso ristrettezze finanziarie, e non di rado prassi difettose, consuetudini erranee, se non veri e propri dilettantismi¹⁵⁷.

6. LA REALTÀ ITALIANA: DISINCANTO O DISIMPEGNO?

Per quanto sin qui osservato, l'assunto secondo cui "nothing works" nel trattamento rieducativo dovrebbe ormai apparire viziato da un aprioristico o



NOTE

fuorviante 'senso comune'¹⁵⁸. A fronte del diffuso disincanto, che troppo spesso ci si compiace di contrabbandare per un sano 'realismo', resistente però a qualsiasi smentita dei fatti, va quindi riaffermata la possibilità e necessità di un impegno verso la rieducazione.

Ovviamente, si è consapevoli della complessità di questa grande sfida sociale, in cui pesano – oltre alla stessa disponibilità del reo – le risorse investite e la professionalizzazione degli attori coinvolti nei programmi di recupero. Ma che su questo terreno le nostre istituzioni non abbiano sinora fatto adeguatamente la loro parte, è sotto gli occhi di tutti, come rivela l'ormai endemico sovraffollamento dei 206 istituti penitenziari italiani.

Alla vigilia della l. 31 luglio 2006 n. 241, di «concessione di indulto», si registravano 61.000 detenuti, circa 17.000 in più della capienza regolamentare¹⁵⁹. La via prescelta dall'ultimo provvedimento di clemenza per arginare tale piaga è stata, quindi, un ulteriore tributo all'altare dell'emergenza¹⁶⁰; con il risultato di allarmare ulteriormente un'opinione pubblica già scossa da un apparato penale ormai al collasso¹⁶¹. Per effetto dell'indulto la popolazione detenuta è crollata precipitosamente a 38.326 unità (settembre 2006). Non essendo state, però, aggredite, neppure in superficie, le ragioni strutturali della pregressa crescita della popolazione carceraria, ed essendo stati, anzi, introdotti successivamente ulteriori elementi di irrigidimento del trattamento punitivo avverso alcune figure di rei (recidivi, tossicodipendenti)¹⁶², era ampiamente prevedibile un rapido ritorno ai pregressi intollerabili livelli di detenzione¹⁶³. Poco incoraggianti paiono anche i dati relativi alla recidiva, giacché un terzo dei detenuti ritornati alla libertà grazie all'indulto (circa 8.500 su 27.000¹⁶⁴) ha fatto immediato reingresso in carcere per aver commesso nuovi reati.

Quanto alla composizione della popolazione penitenziaria, dati pubblicati nel 2006 attestano la marcata selettività sociale della pena detentiva anche nel nostro Paese¹⁶⁵: un terzo di detenuti stranieri, un quarto circa tossicodipendenti¹⁶⁶, e una fetta altrettanto consistente in condizione di infermità psichica e fisica¹⁶⁷. Al grave sovraffollamento degli istituti contribuiscono, altresì, il massiccio ricorso alla custodia cautelare in carcere (a metà del 2009 riguardante il 49% della popolazione carceraria), nonché l'eccesso di ingressi nei penitenziari con brevissimo *turn over* (con una detenzione media pari a circa 90-120 giorni)¹⁶⁸.

A ciò si sommano le croniche carenze del trattamento rieducativo, che in Italia inficiano ormai non solo le tecniche di tipo psico-terapeutico, ma anche i più tradizionali interventi socio-terapeutici (lavoro, partecipazione a corsi professionali, attività ricreative, ecc.)¹⁶⁹. L'insufficienza di risorse e personale ha



svilito anche il ruolo di quegli esperti (psicologi, assistenti sociali, esperti in pedagogia¹⁷⁰, criminologi clinici¹⁷¹, psichiatri: cfr. art. 80 ord. penit.), la cui attività di osservazione e trattamento può concorrere in modo decisivo al recupero del condannato.

Per queste ragioni non v'è motivo di ritenere che la situazione del trattamento carcerario sia oggi mutata rispetto alla plumbea fotografia riportata nella «*Relazione sull'attività del Comitato permanente per i problemi penitenziari*» (30 giugno 1999): «Appare particolarmente grave l'attuale situazione del trattamento che non corrisponde affatto a quanto previsto dalla legge sull'ordinamento penitenziario. L'attività trattamentale praticata negli istituti, pur differenziata da caso a caso, risulta infatti nel complesso molto limitata, prevalendo ancora una attività di custodia, finalizzata soltanto al mantenimento dell'ordine e della disciplina interna; la sottoposizione dei detenuti ad un programma rieducativo individuale, in particolare fin dall'inizio dell'ingresso in istituto, è eventualità ancora rara e ciò sia per la cronica, grave carenza di personale di trattamento che per la mancanza di strumenti idonei: rare occasioni di lavoro, limitata attività scolastica e di formazione professionale, scarse possibilità di praticare attività diverse a fini risocializzanti anche per mancanza di locali e mezzi idonei. [...]. Superfluo aggiungere come tale situazione influisca pesantemente sulla concessione dei benefici penitenziari e sulla effettiva piena funzionalità dei tribunali di sorveglianza, spesso sprovvisti, al momento delle decisioni, delle necessarie relazioni individuali sull'osservazione del detenuto»¹⁷².

Non meno sconcertante è la vicenda delle misure alternative alla detenzione, inquinate da una progressiva «torsione [...] da misure trattamentali a strumenti di decarcerazione»¹⁷³, da un eccesso d'automatismo applicativo e da un «sostanziale vuoto di contenuti»¹⁷⁴. Insomma, un andamento sterilmente indulgenziale, giacché un sistema sanzionatorio in cui «l'unica alternativa al carcere è rappresentata da simulacri di pena, non ha [...] nessun rapporto di parentela, nemmeno remota, con l'idea della rieducazione»¹⁷⁵.

È palese che la responsabilità di questa *débâcle* ricada, innanzitutto, sui *policy makers*. Quindi, sul legislatore, che ha previsto il trattamento rieducativo «in modo troppo generico, senza una precisa distinzione di ruoli e funzioni»¹⁷⁶, ma ancor più sui governi, tanto sensibili oggi alle sirene securitarie, quanto da sempre avari di risorse per l'implementazione delle politiche di recupero sociale dei condannati¹⁷⁷.



7. LA CRITICA EMPIRICO-CRIMINOLOGICA ALLE POLITICHE FONDATE SULLA PREVENZIONE (GENERALE E SPECIALE) NEGATIVA

Negli ultimi tempi, a tener desto, specialmente nei Paesi di *common law*, l'interesse scientifico per le strategie preventive focalizzate sulla *rehabilitation* dei condannati sono state anche analisi di stampo economico-utilitaristico. La valutazione costi/benefici, infatti, può svelare che il contenimento del crimine e della recidiva perseguito preminentemente con l'intimidazione individuale e la neutralizzazione dei rei non solo mette a repentaglio diritti fondamentali della persona, ma può risultare alla fine diseconomico e di incerta efficacia preventiva.

Proprio sotto questo profilo, sembra piuttosto singolare, o frutto di preconcetti ideologici, che il punto di vista empirico – in passato determinante per la crisi della rieducazione – non abbia minimamente scalfito il trionfo delle politiche securitarie imperniate sulla deterrenza, sebbene neppure rispetto ad esse l'indagine criminologica abbia mai fornito particolari motivi di conforto.

a) Un primo dato assodato, e di cui sussiste scarsa consapevolezza a livello di opinione pubblica, è che tali politiche sono economicamente assai onerose, per le risorse necessarie al funzionamento degli istituti penitenziari¹⁷⁸, alla vigilanza dei detenuti e dei sottoposti a forme di controllo intensivo in comunità.

Certo andrebbero ponderati – cosa invero ardua – anche i costi sociali connessi all'eventuale riduzione dei tassi di carcerizzazione (es. costi per le vittime e per il sistema di giustizia penale legati ad eventuali nuovi reati commessi dai condannati in libertà, spese private e pubbliche per la sicurezza e la prevenzione della criminalità, ecc.)¹⁷⁹. In ogni caso, proprio gli elevati oneri economici delle politiche di deterrenza/neutralizzazione hanno spinto negli ultimi anni una corrente di pensiero a caldeggiare forme di incapacitazione 'selettiva', rivolte principalmente a gruppi di rei a più alto rischio di recidiva¹⁸⁰. A tale pretesa la c.d. *penologia attuariale*¹⁸¹ cerca di dare una risposta plausibile con metodi di tipo statistico-probabilistico, mutuati dalla scienza assicurativa (anziché con quelli psicologico-clinici, più tradizionali).

Tuttavia, anche a tacere delle insuperabili obiezioni di principio¹⁸², proprio la difficoltà di individuare affidabili criteri prognostici della pericolosità individuale determina l'egemonia, in concreto, di politiche d'inasprimento punitivo indiscriminato per intere classi di rei (es. autori di specifici reati, plurirecidivi)¹⁸³. L'incresciosa implicazione di tali politiche, negli Stati Uniti, è stata la crescita elefantiaica – e socialmente discriminatoria – della popolazione carceraria. In breve: nel periodo storico in cui ha prevalso l'idea della riabilitazione



(approssimativamente gli anni compresi tra il 1930 e il 1975), il numero dei detenuti è stato mediamente pari a 106 ogni 100.000 abitanti; invece, dal 1975, con il netto cambio di rotta nella filosofia punitiva nordamericana, il tasso di popolazione detenuta ha iniziato a crescere a ritmi vertiginosi, inducendo un acuto osservatore a parlare di un nuovo paradigma statale: lo «Stato penale»¹⁸⁴. Se nel 1985 il numero di soggetti 'ospitati' nelle prigioni statali, federali e private, degli *States* era pari a 202 ogni 100.000 abitanti adulti, nel 2000 era arrivato a quota 478¹⁸⁵, e alla fine del 2006 aveva superato, in termini assoluti, la spaventosa cifra di 2,25 milioni circa (751 ogni 100.000 residenti)¹⁸⁶.

Ebbene, come dimostra una ricerca di tipo diacronico, condotta sul periodo 1980-1996, questo spettacolare aumento dei tassi di carcerazione solo per il 12% è direttamente riconducibile all'incremento della criminalità, in quanto il restante 88% va addebitato alle nuove politiche sanzionatorie orientate in senso repressivo¹⁸⁷.

Come se non bastasse, nello stesso periodo, anche il numero di cittadini sottoposti a supervisione correzionale (per *probation* o *parole*) è cresciuto esponenzialmente. Nel 1998 gli adulti destinatari di misure penali, sia detentive che non, avevano raggiunto la cifra di 5,9 milioni¹⁸⁸, che nel 2001 era ulteriormente salita a 6,5 milioni¹⁸⁹.

È facilmente intuibile l'insostenibile impennata dei costi del sistema di giustizia criminale nordamericano. Poiché il sovraffollamento carcerario sta diventando di giorno in giorno una grave emergenza, diversi Stati americani stanno valutando misure alternative al carcere per i colpevoli di reati minori, al fine di arginare i consistenti disavanzi di bilancio dovuti alle spese carcerarie¹⁹⁰.

Tutto ciò dovrebbe rappresentare un monito per chiunque auspichi l'acritica importazione di tale modello di intervento penale, che farebbe correre anche al nostro Stato il rischio che sia, in definitiva, «il carcere a mettere in ceppi la giustizia»¹⁹¹.

b) Ma anche rispetto all'efficacia preventivo-dissuasiva degli inasprimenti punitivi può dirsi che essa poggia più su un atto di fede o sul mero senso comune che su solide basi empiriche, giacché non ha mai ricevuto conclusive dimostrazioni nella ricerca criminologica, in cui anzi sussiste una larga convergenza in ordine all'ininfluenza della severità delle pene (sia reale che percepita) sul numero di reati commessi¹⁹².

Pure l'impatto che il vorticoso aumento dei tassi di carcerizzazione ha avuto – negli Usa e altrove – sui livelli di criminalità e, correlativamente, di sicurezza collettiva, resta ancora fortemente controverso. Misurazioni attendibili



sono ostacolate da numerosi fattori: le difficoltà metodologiche di analisi statistiche complesse; le incertezze nella stima della frequenza dei reati e della durata delle carriere criminali; la difficoltà di tener conto dei fattori criminogeni di natura esogena (mercato del lavoro, cambiamenti demografici, evoluzione del mercato degli stupefacenti ed altre variabili eziologiche di carattere socio-economico, normativo e culturale)¹⁹³.

Pur con tutti questi limiti, nelle indagini empiriche sinora condotte prevale la conclusione di un modesto effetto preventivo delle strategie fondate sul contenimento custodiale dei fenomeni criminosi e sulla neutralizzazione degli autori pericolosi¹⁹⁴. Molti *case studies* mostrano, in particolare, come non sussista alcuna chiara correlazione tra la crescita della popolazione detenuta e la riduzione della criminalità¹⁹⁵. E anche quando un simile nesso è riscontrabile, l'evidenza empirica rivela come piccole riduzioni dei tassi di criminalità richiedano consistenti aumenti del numero dei detenuti («una riduzione del dieci per cento della criminalità richiede in genere un raddoppio della popolazione carceraria»¹⁹⁶). Risultati non certo appaganti sono stati conseguiti anche attraverso le politiche di contrasto a specifiche forme di criminalità: si pensi alla repressione nel settore degli stupefacenti, in gran parte vanificata dall'agevole sostituibilità di chi cade nella rete della giustizia penale¹⁹⁷.

Anche in rapporto alle ricadute sul rischio di recidiva delle politiche di inasprimento delle pene e del controllo prevalgono nelle analisi empiriche considerazioni assai scettiche. Le rassegne meta-analitiche di centinaia di studi che valutano le strategie sanzionatorie orientate alla prevenzione 'negativa', sia generale che speciale, in comparazione con quelle imperniate sulla riabilitazione del condannato, mostrano come le prime abbiano, nella migliore delle ipotesi, effetti modesti in termini di riduzione della recidiva, e, in qualche caso, persino avversi. Invece, sia pure con una rilevante variabilità negli effetti (specie in funzione della natura dei soggetti sottoposti a trattamento e del modo in cui esso è implementato), gli studi riguardanti il trattamento rieducativo sembrano indicare effetti relativamente migliori sulle probabilità di ricaduta nel reato¹⁹⁸.

Risultati generalmente deludenti, in rapporto ai livelli di recidiva, sembrano discendere anche dall'esperienza delle *intermediate sanctions* imperniate sull'intensificazione del controllo in libertà rispetto ai tradizionali programmi extracarcerari¹⁹⁹, come sperimentate soprattutto dalla metà degli anni '80 nei Paesi di *common law*²⁰⁰. Si pensi alla *probation* (o alla *parole*) 'intensiva', in cui l'accentuazione della componente della vigilanza è realizzata attraverso contatti più frequenti con gli operatori, restrizioni comportamentali più stringenti,



sorveglianza sul lavoro, periodici *tests* delle urine (in relazione ai tossicodipendenti), ecc.²⁰¹. Possono menzionarsi, ancora, la detenzione domiciliare (*house arrest* o *home confinement*), normalmente accompagnata dal monitoraggio elettronico²⁰²; i c.d. *boot camps*, utilizzati in modo precipuo nei confronti di rei minorenni, con la pretesa di inculcare, secondo il modello militaristico, disciplina e responsabilità. Ebbene, numerose indagini avvalorano la tesi che le sanzioni punitive intermedie prevalentemente focalizzate sulla disciplina ed il controllo, senza essere combinate con efficaci programmi trattamentali e assistenziali, oltre ad essere onerose, hanno ben poca incidenza sulla ricaduta nel reato²⁰³, e in qualche caso possono persino condurre ad una maggiore recidiva. Quest'ultimo paradosso diviene facilmente comprensibile nel caso di programmi 'alternativi' così restrittivi (per il numero delle prescrizioni e l'intensità della supervisione) da sfociare in pressoché automatici (re)ingressi in carcere, a fronte della violazione degli '*orders*' associati alla misura applicata.

8. LA RI-LEGITTIMAZIONE DELLA RIEDUCAZIONE SUL PIANO ASSIOLOGICO

Per quanto concerne, infine, le critiche alla rieducazione di tipo assiologico, nessuna di esse risulta insuperabile.

Alla tesi più conservatrice, che vedono nell'offerta di servizi rieducativi quasi un premio indecente offerto ai delinquenti, può replicarsi che la rieducazione – anche a prescindere dalla sua carica umanitaria e dall'aderenza ai principi costituzionali del diritto penale – non arreca vantaggio soltanto al reo, ma anche alla collettività nel suo insieme, potendo restituirle un soggetto in grado di partecipare in modo costruttivo alla vita in società. In tal senso la rieducazione è anche intrinsecamente «riparativa»²⁰⁴.

Quanto alle correnti di impostazione neoclassica, il loro fondamentale assioma è che la dignità del reo e la sua personalità morale ricevano le più affidabili garanzie dall'inflizione certa di una pena-castigo proporzionata al demerito. Un simile punto di vista, però, pare viziato da astrattezza: soprattutto rispetto alla pena più significativa, è agevole replicare «a questi paladini della dignità del condannato», «se siano entrati almeno una volta in un carcere o se conoscano le reali condizioni di dignità che il sistema carcerario offre ai suoi clienti»²⁰⁵.

Non si intende, però, eludere l'obiezione relativa al volto (potenzialmente) illiberale della rieducazione o quella – sollevata pure da settori della sinistra critica o abolizionista – dell'asserita illegittimità delle ingerenze manipolatrici



nella sfera personale del condannato, cui condurrebbe la filosofia paternalistica del trattamento. A ben vedere, intorno a tali legittime preoccupazioni aleggia da sempre «il fantasma dell'oppressione totalitaria»; ma tale pericolo non è certo appannaggio esclusivo della finalità risocializzativa, giacché «contro le ricorrenti tentazioni dell'uomo di opprimere, in nome d'uno o d'altro motivo, i propri simili, nessun baluardo può essere validamente opposto in nome di giuridiche teorie; e per contro ogni fondamento teorico è buono per giustificare la prepotenza e l'arbitrio»²⁰⁶.

Va, quindi, ribadito che la scelta di campo per la rieducazione deve necessariamente alimentarsi dei principi personalistico e solidaristico che fondano il nostro ordinamento giuridico²⁰⁷. In questo contesto, la rieducazione del condannato, al di là della sua razionalità strumentale, assume il volto di essenziale garanzia individuale²⁰⁸. Su tali basi, com'è noto, la rieducazione non può significare ravvedimento «morale», purificazione o emenda interiore del reo²⁰⁹, ma semplice acquisizione della capacità di comportarsi nel rispetto dei valori sanciti dall'ordinamento²¹⁰. Il rispetto della libertà morale del condannato presuppone, inoltre, il suo consenso al programma trattamentale (implicito anche nell'utilizzo, nell'art. 27, comma 3 Cost., del termine «tendere»²¹¹) ed il ripudio di qualsiasi tecnica psicologicamente coartante ('lavaggi del cervello', somministrazione forzata di psicofarmaci, ecc.), che si porrebbe in insanabile contrasto con la libertà di sviluppare e, quindi, anche conservare la propria personalità (art. 2 Cost.), la dignità umana (art. 3) e il senso di umanità (art. 27, comma 3). La libertà del consenso, peraltro, è un fattore cruciale per la stessa riuscita del trattamento²¹², e a tal fine andrebbero promosse anche tutte le condizioni per una adesione realmente spontanea del reo, tra cui modelli di intervento il più possibile comunicativi e privi di eccessive rigidità burocratiche.

Last but not least, non vanno dimenticati i classici principi di garanzia del diritto penale dello Stato liberale di diritto, i quali impongono interventi risocializzativi delimitati dalle esigenze di certezza, (relativa) determinatezza (art. 25, comma 2, Cost.) e proporzionalità della pena (art. 3 Cost.).

A queste condizioni, dovrebbe riconoscersi che «si rispetta particolarmente l'individuo nella sua dignità e nella sua libertà proprio allorquando, in situazioni nelle quali egli non sappia aiutarsi da se stesso, gli si offra la percorribilità di un programma riabilitativo»²¹³. Il potenziamento dei servizi emancipanti offerti al reo, la valorizzazione del ruolo degli specialisti, la disarticolazione del carcere in più tipologie sanzionatorie, l'offerta di programmi e servizi interni ed esterni all'istituzione penale, il miglioramento dell'abitabilità delle strutture



e l'assicurazione di un minimo di assistenza sanitaria: sono tutti possibili strumenti di contrasto alla desocializzazione del reo e, ove possibile, di promozione della sua riabilitazione.

Nel medesimo ordine di idee, non dovrebbe suscitare riserve neppure la messa a disposizione del reo di strumenti psico-cognitivi di riadattamento (*supra* § 5). È noto che un significativo settore della letteratura penalistica scorge un imprescindibile nesso tra il rispetto della dignità/libertà dell'uomo e il carattere 'antipedagogico' (o assenza di un «fine positivo») della «terapia sociale emancipante» da offrire al condannato²¹⁴. Tuttavia, anche le modalità di trattamento in questione, all'infuori di qualsiasi prospettiva patologizzante o illegittima introiezione coattiva di valori, paiono in grado di armonizzarsi con i principi essenziali di una democrazia solidaristica, fondata sul rispetto dei diritti fondamentali della persona, sulla promozione di una libertà eguale e di un pluralismo giuridicamente presidiato. I modelli di trattamento di tipo cognitivo-comportamentale, infatti, non aspirano ad incidere sulla coscienza interiore del reo per migliorarne le qualità etico-morali, ma solo sul suo comportamento esteriore. Così intesi, non contengono alcuna inaccettabile componente di coercizione statale. D'altro canto, come già accennato, una presa di coscienza delle proprie responsabilità da parte del condannato è un presupposto per il buon esito di qualsiasi programma rieducativo, che punta proprio al recupero di un atteggiamento di rispetto per i beni essenziali per la convivenza in libertà.

Neppure può negarsi allo Stato il «diritto di richiamo ai valori ingiustamente colpiti» (che anzi rappresenta il «minimo irrinunciabile d'ogni compito rieducativo» e al contempo la prosecuzione dell'opera di prevenzione generale²¹⁵); a ritenere il contrario si dovrebbe, per coerenza logica, tacciare d'illegittima coazione la stessa pretesa statale all'osservanza delle disposizioni incriminatrici. Del pari, non può dirsi estraneo ai compiti del *sozialer Rechtsstaat* l'impegno a promuovere nel destinatario della pena tanto la consapevolezza dell'importanza del bene offeso, quanto le capacità utili al suo reinserimento sociale.

In ogni caso, anche quando forme più strutturate di trattamento non risultino praticabili od efficaci, non restano a contendersi il campo la pura e semplice retribuzione ovvero la neutralizzazione carceraria. A ritenere diversamente, la rieducazione – com'è stato giustamente rilevato rispetto a certe prospettive trattamentali dominate dalla logica costi-benefici²¹⁶ – resterebbe prigioniera della stessa ottica securitaria di *management* del rischio, che in teoria dovrebbe contrastare. Il reo verrebbe arbitrariamente svilito a mero oggetto da



«trattare», e quando «non trattabile», o non disposto ad intraprendere il percorso riabilitativo, da segregare ed emarginare.

Inoltre, affidare le sorti del paradigma rieducativo alle sole potenzialità del trattamento psico-cognitivo significherebbe aderire ad un modello unilaterale di spiegazione del comportamento criminale, che tutto riduca a questione di apprendimento sociale. L'analisi della criminogenesi, difatti, in molti casi mostra situazioni di disadattamento ed emarginazione sociale, rispetto alle quali, più che modificare atteggiamenti giuridici, pare necessario prospettare reali opportunità di vita diversa (anche con interventi di sostegno *post poenam*²¹⁷) e, ancora più a monte, una politica sociale che aggredisca tali fattori criminogeni di natura sovraindividuale. Le tecniche di trattamento psico-terapeutico, pertanto, sono solo un'importante risorsa all'interno di un composito ventaglio di opportunità rieducative, il cui obiettivo massimo, ma eventuale, è il completo riadattamento del reo alle esigenze di una determinata società, e quello minimo, ed imprescindibile, è il carattere non degradante dell'esecuzione punitiva.

9. GLI ANTIDOTI AL 'DIRITTO PENALE DELLE PAURE'. LA RAZIONALIZZAZIONE DE LEGE FERENDA DEL SISTEMA SANZIONATORIO PENALE

Compiuta la diagnosi, la terapia suggerita in questa sede non potrà che essere parziale, limitandosi a prospettare solo alcuni spunti di riflessione su come uscire dall'*impasse* derivante dall'attuale professione di fede collettiva nelle capacità quasi taumaturgiche della funzione punitiva statale, cui, però, fa da contraltare la sua endemica crisi di efficacia.

Muovendo dalla necessaria adesione al paradigma preventivo²¹⁸, cominciamo con il rilevare che un recupero dell'ideale inclusivo della rieducazione, unitamente agli aspetti positivi della prevenzione generale, passa necessariamente per il compimento dell'infinita progettazione di un nuovo codice penale²¹⁹ (e al suo interno per la rifondazione del sistema sanzionatorio²²⁰), ed altresì per un miglioramento dell'efficienza degli apparati giudiziari e penitenziari. Tra le tante direttive ipotizzabili al riguardo, qui possiamo tratteggiare solo le seguenti.

A) *Pene più miti ma al contempo più certe (nell'an, nel quantum, e nel quomodo)*²²¹.

Una maggiore moderazione punitiva favorisce senz'altro la funzione risocializzativa, assicurando quantomeno pene più umane e meno desocializzanti.



Il timore d'inevitabili cedimenti sul versante generalpreventivo risulta, peraltro, infondato, poiché per questo scopo conta, più che la severità, la certezza della pena e quindi l'efficienza degli apparati investigativi e giudiziari. Tale assunto trae origine, com'è noto, dalla grande intuizione di Beccaria, secondo cui «la certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza dell'impunità»²²².

Sennonché, sul piano empirico, esso non trova adeguata spiegazione nella geometrica eleganza della *'Economic Analysis of Law'*, giacché, secondo il modello economico classico, ad una perdita di deterrenza sul terreno dell'*enforcement* potrà sempre sopperirsi con un inasprimento della minaccia edittale per quel tanto che basti²²³. In ogni caso, il postulato beccariano sembra ricevere una solida fondazione sperimentale nei più recenti sviluppi della psicologia cognitiva, ed in particolare nei celebri studi in tema di «euristiche ed errori»²²⁴. Al loro interno v'è anche l'elaborazione di un modello di scelta rischiosa (c.d. *prospect theory*), che nasce dalla constatazione del diverso atteggiamento umano di fronte ad eventi incerti, a seconda che si tratti, in particolare, di eventi positivi (guadagni) ovvero di eventi negativi (perdite). Mentre rispetto ai primi gli individui mostrano, tendenzialmente, avversione al rischio, nei riguardi degli esiti negativi (e tali potrebbero essere ritenute anche le risposte punitive ad un fatto illecito) tendono ad assumere un atteggiamento opposto, di propensione al rischio (*risk-seeking*)²²⁵. Proiettando queste risultanze nel campo del diritto penale – e muovendo dalla duplice premessa secondo cui, nelle condizioni del mondo reale, sarebbe utopico aspirare ad una certezza assoluta della pena e conta, più che la sua oggettiva consistenza, la percezione soggettiva della probabilità di applicazione²²⁶ – sembra trovare riscontri l'assioma dell'efficacia relativamente maggiore di una pena di più probabile applicazione, rispetto ad un'altra astrattamente più severa, ma di meno frequente irrogazione²²⁷.

Oggi, invece, il nostro diritto penale è feroce in astratto, ma gravemente ineffettivo e selettivo nella prassi: ciò fa perdere credibilità al sistema, minando l'obiettivo di uno stabile consenso intorno alle norme e generando, all'opposto, sconcerto e talvolta reazioni impulsive, le quali fomentano a loro volta sempre nuove spirali giustizialiste²²⁸. Occorre, quindi, recuperare una maggiore effettività della pena, in particolare con scelte ordinamentali in grado di contenere l'effetto pervasivo della prescrizione²²⁹, l'irragionevole divaricazione tra la fase della cognizione e quella dell'esecuzione della pena²³⁰ ed ogni forma di sterile indulgenzialismo²³¹ (di certo, meno evidente rispetto a soggetti social-



mente più deboli), come quello che si riflette nella pressoché automatica concessione della sospensione condizionale, quando applicabile.

Nondimeno, il giusto richiamo ad una maggiore effettività del sistema penale non deve scadere nell'invocazione, sostanzialmente retribuzionista²³², di una ferrea indefettibilità della sanzione legale: di una pena, cioè, attenta, in sede di comminatoria astratta, solo alla gravità del reato e del tutto indifferente, nel suo *iter* esecutivo, alla condotta del condannato e alla sua vita futura. È fuor di dubbio, infatti, che «nella prospettiva della rieducazione sociale è palesemente illogica una predeterminazione intangibile nel *quantum* o immodificabile [...]»²³³.

B) *Extrema ratio della pena carceraria in un quadro di sussidiarietà del diritto penale.*

La valorizzazione del principio rieducativo, nel contesto della riforma del sistema sanzionatorio, va ben oltre l'annosa questione dell'abolizione dell'ergastolo (già mitigato, nel nostro ordinamento, dalla possibilità di concedere la liberazione condizionale ed altri benefici penitenziari), giacché richiede un più generale ridimensionamento della reclusione.

Nella sua dimensione storica, la pena carceraria è un prodotto dei tempi moderni e del processo di umana civilizzazione; finanche espressiva – secondo Durkheim – di una delle due leggi dell'evoluzione penale (c.d. 'legge delle variazioni qualitative': «Le pene privative della libertà [...] tendono a diventare sempre più il tipo normale di repressione»²³⁴). In effetti, rispetto agli inutili tormenti delle pene corporali, ben poteva guardarsi all'«imprigionamento» come «la pena per eccellenza nelle società incivilite»²³⁵.

Tuttavia, il riconoscimento, tra la fine del XIX secolo e gli albori del XX, dei gravi nodi problematici dell'istituzione carceraria e dell'assoluta inefficacia delle pene detentive di breve durata, com'è noto, spinse – specie all'interno del c.d. 'positivismo penale' – alla ricerca di validi sostitutivi²³⁶.

Trascorso più di un secolo da questi primi fermenti riformatori, la grande questione della riforma del sistema sanzionatorio resta quella della sostituzione graduale della pena carceraria²³⁷. Nonostante l'impossibilità della sua secca abolizione, essa «ha ormai alle spalle il suo momento migliore e cederà sempre di più il passo»²³⁸. Visti i suoi pesanti inconvenienti, ciò rappresenterebbe anche il miglior viatico per una più soddisfacente attuazione della finalità rieducativa²³⁹ e una netta inversione nelle tendenze politico-criminali oggi dominanti.

Una consequenziale riforma del sistema penale dovrebbe, così, informarsi, sul piano dei *precetti*, al parametro della più ampia depenalizzazione possibile, anche mediante un ricorso razionale a «tecniche di graduazione legislativa» (es. soglie di punibilità)²⁴⁰, e, sul piano delle *pene legali*, a quello



della limitazione del carcere a *extrema ratio* delle politiche penali²⁴¹ (in ogni caso assicurando la totale eliminazione della detenzione di breve durata). Quest'ultima direttrice può essere realizzata sia attraverso un'accorta e innovativa modulazione di tecniche di «degradazione giudiziale» della risposta penale²⁴², sia, soprattutto, con una ragionevole diversificazione dell'arsenale delle pene principali.

Alla prima prospettiva può ricondursi la previsione di clausole di esiguità o irrilevanza penale del fatto²⁴³, di oblazioni discrezionali e «contrattate», di cause di non punibilità sopravvenute²⁴⁴, di figure di astensione dall'applicazione della pena con ammonizione, di tecniche sospensive variamente configurate anche nei contenuti, di istituti di *restorative justice*²⁴⁵ (forme di riparazione del danno in funzione estintiva, mediazione e altro ancora).

Un'opportuna differenziazione dell'apparato sanzionatorio, attenta anche agli aspetti criminologici delle singole fattispecie, richiede, invece, l'introduzione, per ipotesi di reato di lieve-media gravità, di nuove pene principali diverse dalla reclusione²⁴⁶, il più possibile praticabili, efficaci²⁴⁷ ed aperte al reinserimento del condannato e alla riparazione del danno arrecato alla vittima. L'obiettivo della rieducazione, in particolare, impone che le nuove tipologie sanzionatorie siano quanto meno depurate da connotazioni desocializzanti; ma alla sua causa di certo gioverebbe ancor più la generalizzata possibilità di arricchirle – secondo quanto suggerisca la valutazione giudiziale delle esigenze del reo – di contenuti trattamentali o socialmente positivi, aperti alla partecipazione costruttiva del condannato.

Lo spazio per tecniche punitive intermedie tra la detenzione carceraria e la semplice sottoposizione a sorveglianza del condannato in ambiente libero (secondo il paradigma classico della *probation* o dell'affidamento in prova), è piuttosto ampio, come rivela l'indagine comparata. Occorre fare attenzione, però, alle diverse possibili inclinazioni di un processo di diversificazione sanzionatoria, giacché esso, come dimostra la recente esperienza di vari Paesi di *common law*, può esprimere anche un orientamento diverso dalla più intensa attuazione del fine di integrazione sociale²⁴⁸. Ove, infatti, le sanzioni punitive intermedie divenissero nella prassi uno strumento alternativo alle meno restrittive forme di *probation* o di sospensione della pena già presenti nell'ordinamento (anziché alla più costosa ed afflittiva pena carceraria), l'effetto concreto non sarebbe certo uno sfoltimento della popolazione detenuta, ma – al contrario – un'estensione della rete del controllo penale (fenomeno designato dagli anglosassoni come «*net-widening*»²⁴⁹), anche ad autori di reati di lieve entità o basso rischio di recidiva²⁵⁰.



NOTE

Per evitare tale rischio, le pene diverse dalla reclusione andrebbero tendenzialmente configurate come sanzioni realmente *principali* e del tutto autonome rispetto al carcere²⁵¹, previste *in via esclusiva* (specie per ipotesi di reato di lieve e, talvolta, di media entità)²⁵² o quanto meno in un contesto di diffusa *alternatività* edittale²⁵³. Si eviterebbe, così, anche l'effetto distonico – insito nella loro configurazione come meri 'sostitutivi giudiziari' – di automatici ritorni alla pena carceraria, in presenza di violazioni, più o meno significative, delle prescrizioni collegate alla misura extramuraria²⁵⁴. Inoltre, l'esclusiva minaccia editale di pene non carcerarie per reati di minore gravità è ciò che meglio previene l'effetto c.d. di 'biforcazione'²⁵⁵, vale a dire la tendenza a riservare, nella prassi applicativa, le sanzioni meno incisive ai soggetti meno svantaggiati dal punto di vista socio-economico.

La diversificazione delle pene legali non deve, poi, far perdere di vista l'obiettivo fondamentale della riconduzione a sistema, e quindi a razionalità e ordine concettuale, di una disciplina corrosa negli ultimi decenni da un'«irresponsabile frantumazione»²⁵⁶; ed è certamente controproducente l'introduzione di un arsenale sanzionatorio pletorico e ridondante. 'Risistemazione' complessiva dell'apparato sanzionatorio penale significa anche coordinamento tra le nuove sanzioni e gli altri istituti di deflazione della pena già presenti o da introdurre nel sistema²⁵⁷, tra istituti codicistici e diritto penitenziario, e, infine, tra diritto penale sostanziale e diritto processuale penale (le cui esigenze deflative si traducono, spesso, con i riti alternativi, nel totale asservimento del diritto penale sostanziale, e delle sue tipiche *rationes essendi*, a quelle del processo).

Occorre quindi concentrare le sempre limitate risorse disponibili su poche alternative al carcere, dotate di sufficiente efficacia generalpreventiva e che, dal punto di vista specialpreventivo, siano – oltre che non desocializzanti – idonee a recepire, se del caso, programmi trattamentali e socialmente costruttivi. In quest'ottica, particolare attenzione ci sembra meritino alcune tipologie sanzionatorie, che per ragioni di economia del presente lavoro possiamo solo menzionare: a) il lavoro di pubblica utilità (già oggi contemplato in varie forme, ma non come istituto generale, nell'ordinamento italiano)²⁵⁸; b) la pena pecuniaria a tassi giornalieri²⁵⁹, che insieme alla confisca (del prezzo e del profitto del reato) e alle sanzioni interdittive temporanee²⁶⁰, rappresenta un valido strumento di contrasto, in particolar modo, della c.d. criminalità economica; c) la detenzione domiciliare (eventualmente controllata elettronicamente); d) la 'messa alla prova' riempita di contenuti positivi (prestazioni in favore della vittima o della collettività, prescrizioni risarcitorie, trattamento, ecc.)²⁶¹, eventualmente riconfigurando in questi termini l'istituto della sospensione condizionale²⁶².



Si tratta di sanzioni che, ove correttamente coneguate, potrebbero consentire di ottenere risultati ben più lusinghieri della pena carceraria tradizionale, in termini di prevenzione, generale e speciale, positiva. Si doterebbe, in ogni caso, il sistema penale di un più ampio e flessibile ventaglio di pene, meglio adattabili «alle caratteristiche individuali dell'autore, alla sua condizione sociale e agli interessi della vittima – interessi prioritari per il ristabilimento della pace sociale»²⁶³.

C) *Un modello processuale coerente con la finalità rieducativa.*

Anche una giustizia penale più rapida risulta più confacente alla finalità rieducativa, sia per le indirette ripercussioni sulla durata della custodia cautelare, sia perché decisioni applicate a notevole distanza temporale dal reato colpiscono spesso una persona assai diversa da quella che lo commise, cosicché solo la retribuzione e la prevenzione generale potrebbero credibilmente fondarle.

D'altra parte, un sistema che miri a vincolare la discrezionalità del giudice della cognizione, in sede di commisurazione della pena, oltre che alla gravità del fatto, anche alla valutazione della personalità (attuale) del condannato e dell'idoneità allo scopo rieducativo della pena (nel futuro), richiede un modello processuale idoneo all'acquisizione delle conoscenze pertinenti. Al riguardo, non si è ancora sufficientemente meditato in dottrina sull'opportunità di un processo (eventualmente) 'bifasico'²⁶⁴ e sulle sue due possibili varianti: quella in cui il giudice della condanna, riconosciuta in prima battuta la responsabilità dell'imputato, possa rinviare ad altra udienza per decidere sulla pena più adatta alla rieducazione del condannato, sulla base delle cognizioni acquisite all'esito dell'osservazione e della diagnosi della personalità; ovvero quella della trasformazione del tribunale di sorveglianza in un vero e proprio «tribunale delle pene»²⁶⁵. Come coniugare simili soluzioni con la ragionevole durata del processo, è però un tema che ha appena cominciato a percorrere i primi passi nella discussione scientifica.

10. (SEGUE) IL MODELLO 'INTEGRATO' E 'MULTIAGENZIALE' DI CONTROLLO SOCIALE

L'affievolirsi delle spinte postmoderne a concepire il diritto penale come strumento esclusivo o preminente di contrasto dei fenomeni criminali e a ridurre tutta la politica criminale a semplice politica penale, sarà un processo lento e irto di ostacoli.

Nel lungo termine, però, aumentano le probabilità che la risposta securi-



taria al senso di incertezza collettiva entri in un circolo vizioso: quello per cui, enfaticamente i conflitti sociali senza intaccarne le ragioni sostanziali, anziché placare l'ansia sociale, si finisce per generare ancora più insicurezza, conflittualità, sfiducia nelle istituzioni²⁶⁶. Quando un simile cortocircuito comincia ad essere percepito, aumentano le opportunità di una visione meno angusta della politica criminale²⁶⁷, e segnatamente per politiche sociali e strategie di prevenzione c.d. primaria²⁶⁸, che puntino a neutralizzare, non i rei, ma i fattori di tipo culturale e socio-economico che possono svolgere un ruolo significativo nell'eziogenesi della criminalità. Le politiche criminali di incapacitazione del recidivo o dei rei ritenuti più pericolosi, non risolvono affatto la questione della sua propensione a delinquere, ma la spostano semplicemente avanti nel tempo, peraltro acuendo le iniquità sociali, giacché ad essere estromessi dal consesso sociale sono in massima parte soggetti marginali²⁶⁹. Invece, il diritto penale dovrebbe essere «soltanto l'*extrema ratio* della politica sociale, e non solo per evidenti ragioni di difesa della libertà, ma anche perché [...] è del tutto inadatto a risolvere *in radice* la gran parte dei problemi, che è pur chiamato ad affrontare»²⁷⁰. Perché il principio della pena come *ultima ratio* di tutela non resti mera declamazione teorica occorre analizzare le cause sottostanti alla criminalità, per contrastarle attraverso l'elaborazione di strategie extrapenali ed extragiuridiche di efficace governo dei conflitti sociali²⁷¹. L'idea di una genesi socio-strutturale della criminalità, oggi liquidata dalle nuove mode penologiche o più banalmente populistiche con l'etichetta dispregiativa di 'sociologismo buonista', è tuttora capace di spiegare una fetta significativa della devianza, quella in cui si riflettono gli squilibri, la frantumazione, le iniquità e le tendenze anomiche di una struttura sociale criminogena²⁷², o anche solo gli scempi ambientali e urbanistici di tante periferie o *banlieues* metropolitane. In tal caso, l'unico reale argine al diffondersi di comportamenti devianti è l'elaborazione di interventi di politica sociale (delle istituzioni e della società civile) che intervengano su tali distorsioni, in perfetta consonanza con la duplice ispirazione liberale e sociale della nostra Legge fondamentale.

Oltre alla 'prevenzione sociale'²⁷³, di qualche utilità, soprattutto per placare l'ansia collettiva, possono risultare anche misure preventive meno 'strutturali': una più mirata sorveglianza del territorio (presenza delle forze dell'ordine), una più efficace 'gestione' dell'immigrazione, strategie di riduzione dei vantaggi attesi dal crimine, e altre misure di 'intervento sul contesto' finalizzate alla riduzione delle opportunità del crimine (c.d. «prevenzione situazionale»²⁷⁴). Ma, se non calata in una visione più ampia ed organica dei problemi da affrontare, anche tale forma di prevenzione resta una strategia



‘tecnocratica’, di mero controllo ‘negativo’, che interviene sui sintomi e non sulle cause²⁷⁵.

La vera sfida, allora, resta quella di convertire il modello del ‘diritto alla sicurezza’ (per i soli soggetti già integrati) in quello della ‘sicurezza dei diritti’²⁷⁶ (di tutti), che di certo non potrà mai essere appagata con sterili rigorismi punitivi o in una prospettiva di mera difesa negativa dalle manifestazioni di devianza. La protezione dei diritti, a partire da quelli fondamentali della persona, si ottiene *in primis* proprio con politiche di inclusione e cooperazione sociale, e attraverso un modello integrato e multiagenziale d’intervento, aperto al sapere interdisciplinare e alla partecipazione democratica di tutti gli attori coinvolti.

In definitiva, solo così la sicurezza potrà divenire l’esito «di un ordine sociale teso alla giustizia»²⁷⁷, anziché lo specchio deforme delle nostre inesauribili paure.

NOTE

¹ VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione* (1982), ora in *Scritti giuridici*, I, tomo II, Milano, 1997, 1717. Più di recente v. DOLCINI, *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero della lungimiranza del costituente*, in *Rass. penit. crimin.*, 2005, 69 ss., secondo cui «è tempo di ritornare al tema della rieducazione del condannato, per domandarsi se tale principio sia in grado di opporre un freno alle molteplici tendenze degenerative che percorrono oggi la legislazione penale» (p. 79).

² GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nella società contemporanea*, trad. it., Milano, 2007, 67.

³ ROXIN, *Conclusioni*, in STORTONI e FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L’analisi critica della scuola di Francoforte*, Milano, 2004, 451; ID., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 4^a ed., München, 2006, 76; e, nella dottrina italiana, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 83. Sull’essere il principio costituzionale della rieducazione «un corollario del più esteso principio di solidarietà (art. 2 Cost.)», v. STILE, *La commisurazione della pena, nel contesto attuale del sistema sanzionatorio*, in BASSIOUNI, LATAGLIATA e STILE, *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, I, Milano, 1992, 301, 304 s.

⁴ Su questa ambivalenza del diritto penale cfr. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, Milano, 2004, 54 ss., 62. Sul progressivo esaurirsi delle prospettive di inclusione sociale nella congiuntura politica della postmodernità, PAVARINI, *Silète poenologi in munere alieno*, in ID. (a cura di), *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Bologna, 2006, 20.

⁵ In generale, sul punto, v. MATTEI e SARTORI, *Conflitto Continuo. A un anno da Enron negli Stati Uniti e in Europa*, in *Pol. dir.*, 2003, 177.

⁶ Sull’importanza di un siffatto vaglio preventivo, DE FRANCESCO G., *Variazioni penali-stiche alla luce dell’esperienza comparata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 239.



NOTE

⁷ Sul ruolo della comparazione ai fini dell'implementazione della politica criminale v. NUVOLONE, *Il diritto penale comparato quale mezzo di ricerca nell'ambito della politica criminale* (1980), in *Id.*, *Il diritto penale degli anni settanta*, Padova, 1982, 171 ss; CADOPPI, *Cento anni di diritto penale comparato in Italia*, in *Ind. pen.*, 2001, 1351 s.

⁸ Restano fondamentali, al riguardo, MONACO, *Prospettive dell'idea dello «scopo» nella teoria della pena*, Napoli, 1984, 3 ss. e *passim*; PULITANÒ, voce *Politica criminale*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 79 s.; FORTI, *Tra criminologia e diritto penale. Brevi note su «cifre nere» e funzione generalpreventiva della pena*, in MARINUCCI e DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 59.

⁹ MARINUCCI, *Profili di una riforma del diritto penale*, in AA.Vv., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano, 1987, 20. Che questo non sia affatto lo stato attuale delle politiche criminali dei Paesi occidentali è rilevato da DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 46.

¹⁰ Il fondamento costituzionale delle direttrici di politica criminale di matrice liberal-democratica e solidaristica è limpidamente tematizzato da MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un diritto penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1006 ss.

¹¹ L'efficace espressione è di BAUMAN, *Paura liquida*, trad. it., Bari, 2008, 28 e *passim*.

¹² BAUMAN [nota 11], 4.

¹³ COSÌ CASTEL, *L'insicurezza sociale. Che significa essere protetti?*, trad. it., Torino 2004, 3. V., altresì, CERETTI e CORNELLI, *Quando la sicurezza cortocircuita la democrazia*, in O. MAZZA - VIGANÒ (a cura di), *Il «pacchetto sicurezza» 2009*, Torino, 2009, 3 ss., cui si rinvia anche per le statistiche italiane sulla criminalità e la percezione di sicurezza dei cittadini.

¹⁴ BAUMAN [nota 11], 162.

¹⁵ Sul tema classico della relazione tra politica e paura in Hobbes, v. ZOLO, *Il principato democratico: per una teoria realistica della democrazia*, 2ª ed., Milano, 1996, spec. 63 ss., 76 ss. Un'esauriente ricostruzione storica dell'evoluzione della paura come idea politica è stata compiuta recentemente da ROBIN, *Paura. La politica del dominio*, trad. it., Milano, 2005, *passim*.

¹⁶ Su questi «due volti della paura» nella riflessione politica hobbesiana v. FISICHELLA, *Alla ricerca della sovranità. Sicurezza e libertà in Thomas Hobbes*, Bari, 2008, 65 ss.

¹⁷ Emergenze per lo più «false», nota giustamente FLICK, *Dei diritti e delle paure*, in MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Napoli, 2009, 65.

¹⁸ La questione è lucidamente trattata con riferimento alla realtà nord-americana, ma con considerazioni in gran parte valide anche per le democrazie europee, da SIMON, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e alla democrazia in America*, Milano, 2008, 17 ss. e *passim*.

¹⁹ Cfr. GARLAND [nota 2], 73.

²⁰ Per un primo quadro di insieme di tali dinamiche in Europa e negli Usa, v. ALBRECHT P.-A., *Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik*, in *StV*, 1994, 265 ss.; BAUMAN, *Social Issues of Law and Order*, in *Brit. J. Crimin.* 40, 2000, 205 ss.; GARLAND [nota 2]; MUCCHIELLI, *La frénésie sécuritaire: Retour à l'ordre et nouveau contrôle social*, Parigi, 2008; VIANELLO e PADOVAN, *Criminalità e paura: la costruzione sociale dell'insicurezza*, in *Dei Delitti e delle Pene*, n. 1-2/1999, 247 ss.; WACQUANT, *Parola d'ordine: tolleranza zero*, trad. it., Milano, 2000, *passim*.

²¹ DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3558.

²² Esaustivamente, sul tema, FORTI e BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine*, Milano, 2005, *passim*.



²³ Sulla distorta rappresentazione della 'criminalità di strada' nei mass media, che ne stereotipizzano «come caratteristici i tratti, viceversa, eccezionali», prescindendo anche dal contesto ambientale ed individuale, cfr. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 495; nonché PADOVANI, *Informazione e giustizia penale: dolenti note*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 689 s.

²⁴ V. il volume collettaneo a cura di COTESTA, *La crisi dello Stato sociale in Italia: opinioni a confronto*, Bari, 1983.

²⁵ BAUMAN [nota 11], 120 ss., 168 ss.

²⁶ BAUMAN [nota 11], 84 ss.

²⁷ BAUMAN [nota 11], 185.

²⁸ Cfr. SALAS, *Il populismo penale*, in *Quest. giust.*, n. 2/2006, 389 ss.

²⁹ Usa quest'ultima locuzione SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid, 2001, 146 nt. 349.

³⁰ Cfr. HASSEMER, *Sicurezza mediante il diritto penale*, in *Crit. dir.*, 2008, 15 ss.

³¹ Per una chiara distinzione tra *politiche di sicurezza*, volte a «tutelare la percezione di insicurezza dei cittadini» e *politiche di prevenzione*, «dirette ad evitare che vengano commessi effettivamente dei reati e anche a tutelare i cittadini dall'eventualità reale di rimanere vittime di un crimine», v. PATALANO (a cura di), *Microcriminalità e politica degli enti locali*, Torino, 2006, 27.

³² MAZZA e VIGANÒ, *Introduzione*, in *Id.* [nota 13], XV.

³³ Come rileva PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 548-550, la pretesa di sicurezza, senza specificazioni, non è idonea «a definire il contenuto di un autonomo, specifico diritto che intenda presentarsi come giustiziabile». Per l'A., inoltre, «il modello di sicurezza, che può candidarsi come oggetto di un diritto», deve contemperare ragionevolmente «il volto securitario» con quello «liberale».

³⁴ Per un'articolata confutazione di qualsiasi concezione della sicurezza – sia in senso oggettivo che soggettivo – come bene giuridico in sé, v., da ultimo, CAVALIERE, *Può la 'sicurezza' costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in HASSEMER, KEMPF e MOCCIA (a cura di), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München, 2009, 118 ss.

³⁵ Per tale categorizzazione cfr., specialmente, MOCCIA [nota 3], 96 ss., 109 ss., che propugna una teoria normativa della pena come 'integrazione sociale' (concetto di genere comprensivo degli scopi positivi della prevenzione).

³⁶ Sulla riscoperta della *inocuización* di determinati gruppi di delinquenti attraverso il diritto penale, v. SILVA SÁNCHEZ, *El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos*, in ARROYO ZAPATERO e BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE (a cura di), *Homenaje al Prof. Barbero Santos*, La Mancha, 2001, 689 ss. Si recupera in questo modo l'idea della neutralizzazione dei criminali c.d. 'incorreggibili', risalente allo scientismo positivista sorto a cavallo tra '800 e '900. Contro il riemergere di queste suggestioni, soprattutto nelle attuali teorizzazioni del 'diritto penale del nemico', v. CAVALIERE, *Diritto penale «del nemico» e «di lotta»: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in *Crit. dir.*, 2006, 295 ss., spec. 300 ss., il quale rimarca il contrasto con l'art. 27, comma 3, Cost. «dell'accoglimento settoriale di prospettive di neutralizzazione» (p. 308). Sulla possibilità di enucleare un «diritto penale di lotta», diverso dal diritto penale ordinario ma anche dal 'diritto penale del nemico' in senso



stretto, v. però DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. pen.*, 2006, 735 ss.; ID., *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non può limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione crim.*, n. 2/2007, 55 ss.

³⁷ Sulle vecchie e nuove strategie di neutralizzazione degli autori pericolosi v. il recente studio di PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, *passim*, il quale dà conto anche del ritorno in auge delle misure di sicurezza a carico di soggetti imputabili negli ordinamenti tedesco, francese e svizzero (pp. 215 ss.). La proposta dell'A. per il nostro ordinamento, dove da tempo le misure di sicurezza costituiscono un ramo secco, è di limitarne l'uso ai soggetti non imputabili in funzione essenzialmente terapeutica e di riconvertire nella disciplina della pena le esigenze di difesa sociale dagli autori pericolosi, da armonizzare, però, «sia con il principio di colpevolezza, sia con la prospettiva costituzionale della rieducazione» (p. XVII, 385 ss.).

³⁸ Sulle questioni etico-giuridiche sollevate dalla sorveglianza televisiva in spazi pubblici v. VON HIRSCH, *The Ethics of Public Television Surveillance*, in ID., GARLAND e WAKEFIELD (a cura di), *Ethical and Social Perspectives on Situational Crime Prevention*, London, 2000, 59 ss.

³⁹ Cfr. VASSALLI, in MOCCIA [nota 17], 32 s., secondo cui «il diritto penale del nemico è per sua natura anche un diritto dell'emergenza o "emergenziale", ma ne è solo un ramo spurio e condannabile senza altre analisi; [...] una parte estrema, marginale, intollerabile in un diritto ispirato a regole di civiltà e in particolare al dovere di protezione dei diritti umani più elementari». Sul tema v., per un variegato quadro di posizioni, l'antologia di saggi a cura di DONINI e PAPA, *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, nonché GAMBERINI e ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, Bologna, 2007.

⁴⁰ Che questa sia un tratto tipico del 'diritto penale del nemico' è sottolineato da DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. Giust.*, 2009, 131, il quale per questa ragione inquadra nella categoria *de qua* il vigente diritto penale dell'immigrazione. Sull'attuale inclinazione della legislazione e della prassi italiane verso un 'diritto penale del tipo di autore' v. anche FLORA, *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 559 ss.

⁴¹ Sulle tendenze discriminatorie delle politiche securitarie, cfr. PULITANÒ [nota 33], 556 s.

⁴² Per un recente confronto di opinioni nella dottrina italiana, v. PAVARINI (a cura di) [nota 4].

⁴³ Cfr. il celebrato saggio di ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe* (1966), riprodotto in ID., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin, 1973, 1 ss.

⁴⁴ NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, 10^a ed., Neuwied-Kriftel, 2002, 36.

⁴⁵ Così quasi testualmente NUVOLONE, voce *Pena (in generale)*, in *Enc. dir.*, XXXII, 1982, 817.

⁴⁶ Appaiono ancora attuali le riflessioni di MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale* (1974), ora in MARINUCCI e DOLCINI, *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, spec. 50 ss.

⁴⁷ Il principio è certamente annoverabile tra quelli avente carattere normativo cogente: cfr. MOCCIA [nota 3], 98.

⁴⁸ Per un esaustivo *excursus* al riguardo v. FIANDACA, *Commento all'art. 27 comma 3*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BRANCA e PIZZORUSSO, *Rapporti civili*, Bologna, 1991, 228 ss.



⁴⁹ Cfr., ad es., Corte Cost., sentt. 4 febbraio 1966 n. 12, in *Giur. cost.*, 1966, I, 143 («la rieducazione del condannato, pur nella importanza che assume in virtù del precetto costituzionale, rimane sempre inserita nel trattamento penale vero e proprio») e 19 dicembre 1973, n. 179, ivi, 1973, 2392 («la finalità di rieducazione va temperata con il carattere afflittivo ed intimidatorio della pena»).

⁵⁰ Per un'ineguagliata formulazione della teoria polifunzionale classica, v. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena* (1961), ora in *Id.*, *Scritti* [nota 1], 1361 ss. L'impostazione sincretista è rinvenibile anche in più recenti sentenze del giudice delle leggi, dove si sottolinea l'impossibilità «di stabilire, *ex ante*, un punto di equilibrio dogmaticamente "cristallizzato" tra le diverse funzioni»: v. Corte cost., 21 giugno 2006 n. 257, in *www.cortecostituzionale.it*. Sulla giurisprudenza costituzionale in tema di scopi normativi della pena, la trattazione più recente è di FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 131 ss.

⁵¹ La costruzione è opera soprattutto dell'ingegno di ROXIN [nota 43].

⁵² V. VASSALLI [nota 1], *passim*, 1717; MARINUCCI [nota 46], 66, 70 ss.; MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale: l'Alternativ-Entwurf e l'esempio della Repubblica Federale Tedesca*, Napoli, 1984, *passim*. Sul ruolo del paradigma rieducativo per una ridefinizione in chiave costituzionale dell'illecito punibile, cfr. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, spec. 15, 17, 22, 53 ss., 82 ss.; FIORELLA, *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1982, 772 s. In altre impostazioni la risocializzazione da fine generale della pena si riduce a limite o modello di imposizione della pena in concreto: EUSEBI, *Può nascere dalla crisi della pena una politica criminale?*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1994, 96, secondo cui «non si punisce (tanto, o soltanto) per risocializzare [...], ma se si punisce, si deve punire in modo risocializzativo»; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3^a ed., Milano, 2004, 16 s., il quale concepisce sia la risocializzazione che la retribuzione quali meri «criteri modali [...] dell'attività punitiva statale», unicamente proiettata alla prevenzione generale. Diversamente, nel modello ipotizzato da RONCO, *Una proposta per la riacquisizione di senso della pena riabilitativa*, in PAVARINI (a cura di) [nota 4], 54 ss., la retribuzione è il «fondamento della pena», mentre la rieducazione «ne costituisce il contenuto ideologico».

⁵³ Come rimarca HASSEMER, *Darf der strafende Staat Verurteilte bessern wollen? Resozialisierung im Rahmen positiver Generalprävention*, in PRITTWITZ et al. (a cura di), *Festschrift für Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, 229, un sistema custodiale puro, senza alcun sostegno al condannato per un futuro migliore, sarebbe oggi una «barbarie».

⁵⁴ Non si nega che la neutralizzazione del reo sia un effetto empiricamente connesso all'esecuzione delle pene detentive e – in forma di 'incapacitazione giuridica' – di quelle interdittive; ma essa non dovrebbe mai assurgere al rango di scopo legittimante la pena. Invece, proprio tale "slittamento di piani" ha costituito negli ultimi anni un *trend* inarrestabile.

⁵⁵ Corte cost., 3 luglio 1990, n. 313, in *Foro it.*, 1990, I, 2386 (sulle cui varieguate letture dottrinali v. FIANDACA [nota 50], 139 s.). Conf., di recente, *Id.*, 30 aprile 2008, n. 129, in *Giur. cost.*, 2008, 3, 2679, con nota di G. MANTOVANI.

⁵⁶ Un'impostazione di questo tipo è sostenuta, con accenti diversi, nella dottrina tedesca da NAUCKE [nota 44], spec. 49-56 e, nella dottrina italiana, da DONINI [nota 4], 95 s., 269 ss. (il quale indaga anche i nessi tra funzioni della pena e cornici edittali) e FIANDACA e DI



CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, 16-18, secondo i quali il significato della pena può variare a seconda dei tipi di sanzione, di reato, di autore e di operatori giuridici. Invece, SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2^a ed., Tübingen, 1975, 52 ss., propone una differenziazione tra il significato generale della pena per la società (conferma della vigenza della norma con un effetto generalpreventivo di tipo socio-pedagogico) e quello che essa assume in rapporto ai singoli soggetti che intervengono nella dinamica punitiva: legislatore (difendere la società mediante la prevenzione di fatti intollerabili per la convivenza), organi inquirenti (accertare i fatti e individuare i colpevoli), giudici (puntare alla pena giusta, considerando altresì le esigenze di prevenzione speciale), organi dell'esecuzione (rendere proficua la permanenza in carcere del reo e favorire il suo reinserimento sociale), condannato (eventuale riconciliazione con la società attraverso l'accettazione della pena) e la stessa collettività (riconciliarsi con il condannato, recuperandolo a sé dopo l'esecuzione della pena).

⁵⁷ Questa, in estrema approssimazione, è, nel pensiero penalistico tedesco, la posizione di NAUCKE [nota 44], che comunque reputa la retribuzione fondamento *prevalente* della pena (legittimazione dell'infrazione e delimitazione del suo ammontare) rispetto ai reati dolosi commessi con violenza (es. omicidio, violenza sessuale, rapina: p. 50 s.) ed *esclusivo* in relazione ai grandi crimini di stato (es. genocidio, crimini contro l'umanità) o terroristici (p. 53 ss.). Nei reati dolosi non violenti contro la salute e il patrimonio a fondare la pena sarebbero, invece, solo gli scopi di prevenzione generale positiva e di risocializzazione (p. 51 s.).

⁵⁸ Analogamente, FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 5^a ed., Bologna, 2007, 694.

⁵⁹ Cfr. in tal senso, ad es., CANESTRARI, CORNACCHIA e DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2008, 65; MOCCIA [nota 3], 97, 104.

⁶⁰ Cfr. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2004, 4 e 33.

⁶¹ Coglie la carenza di misure e percorsi appropriati per i 'colletti bianchi' nella vigente legislazione penitenziaria, TRONCONE, *Nullum crimen sine poena. Una riflessione su «pena minacciata, pena irrogata e pena in esecuzione»*, in *Quad. Sc. Penal.*, n. 3/2008, 171 s.

⁶² Sulla *rehabilitation* dei *white collar offenders*, v. FRIEDRICH, *Trusted Criminals. White Collar Crime in Contemporary Society*, 3^a ed., Belmont, 2007, 318.

⁶³ Cfr. NAUCKE [nota 44], 52 s., il quale con riferimento a tali tipologie di reati ravvisa l'unico fine della pena nella prevenzione generale positiva.

⁶⁴ Lo ha riconosciuto implicitamente anche la Corte costituzionale nella storica sent. n. 364/1988, quando, nel sancire il nesso tra funzione rieducativa della pena e principio di colpevolezza, ha evidenziato che «non avrebbe senso la "rieducazione" di chi, non essendo almeno "in colpa" (rispetto al fatto) non ha, certo, "bisogno" di essere "rieducato"».

⁶⁵ VASSALLI [nota 1], 1700. Corollario di tale assunto è che il mancato recupero del reo non possa impedire la cessazione dell'esecuzione della pena proporzionata alla gravità del reato (salvi gli spazi concessi alle misure di sicurezza). Invece, nell'impostazione dei positivisti italiani, fu proprio l'orientamento estremo alla prevenzione speciale (*correzione* del reo 'recuperabile' ovvero *eliminazione* del reo pericoloso o 'incorreggibile') a condurre al principio dell'indeterminatezza della condanna: v., ad es., GAROFALO, *Influenza sul diritto penale degli studi di antropologia e sociologia criminale*, in *La sc. posit. nella giur. pen.*, 1893, 773 ss.

⁶⁶ Ovviamente, restano ferme, rispetto ai c.d. delinquenti per convinzione, la proibizione di trattamenti disumani e, rispetto ai casi di irripetibilità o assoluta occasionalità della



situazione che ha generato il reato, l'opportunità di ricorrere a forme di *diversion* non desocializzanti.

⁶⁷ Come giustamente notato da PELISSERO [nota 37], 387, «la difesa sociale non può [...] mai annullare la funzione di rieducazione, che è parte del genoma costituzionale della sanzione penale».

⁶⁸ Per una recente disamina della giurisprudenza costituzionale in tema di esecuzione della pena, v. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in VASSALLI (a cura di) [nota 50], 147 ss.

⁶⁹ Così, Corte cost., sent. 7 agosto 1993, n. 306, in *Giur. cost.*, 1993, 2467, la quale, tuttavia ha escluso il contrasto con l'art. 27, comma 3, Cost., delle restrizioni dei benefici penitenziari ai detenuti appartenenti alla criminalità organizzata (art. 4-bis), censurando solo l'art. 15, comma 2, d.l. n. 306/1992, conv. in l. n. 356/1992, nella parte in cui ammetteva la revoca delle misure alternative alla detenzione per i condannati a determinati delitti non collaboranti, anche quando non fossero stati accertati collegamenti attuali con la criminalità organizzata. V. anche l'art. 31, comma 3, della *Conv. Onu contro la delinquenza organizzata transnazionale* dell'8 gennaio 2001: «gli Stati Parte procureranno di promuovere la reintegrazione sociale delle persone condannate per delitti compresi nella presente Convenzione».

⁷⁰ Rispettivamente, Corte cost., sent. 4 luglio 2006, n. 257, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1231 ss., con osservazioni critiche di PENNISI e ID., sent. 16 marzo 2007, n. 79, in *Giur. cost.*, 2007, 767 ss., con nota di CESARI.

⁷¹ Corte cost., sent. 16 marzo 2007, n. 78, in *Giur. cost.*, 2007, 745 ss, con nota di DELLA CASA.

⁷² Cfr. MOCCIA [nota 3], 108; EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e «mediazione»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 822, 836.

⁷³ Cfr. BARATTA, *Vecchie e nuove strategie nella legittimazione del diritto penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 257. Sui nessi tra crisi dello «Stato assistenziale» e fallimenti del *welfare* nel settore delle politiche penali è ora determinante il riferimento a GARLAND [nota 2], 104 ss., 157 ss. V., però, BRICOLA, *Crisi del Welfare State e sistema punitivo* (1982), ora in *Scritti di diritto penale*, I/2, Milano, 1997, 1427 ss., per un'opinione tendente a sminuire tale rapporto di influenza.

⁷⁴ Tra le più recenti riflessioni v. MACKENZIE, *Sentencing and Corrections in the 21st Century: Setting the Stage for the Future*, 2001, 7 ss., reperibile su www.ncjrs.org; GARLAND [nota 2], spec. 66 s., 128 ss. Un'equilibrata replica alle critiche rivolte alla rieducazione, sia sul piano della legittimazione che della praticabilità, in MIR PUIG, *¿Qué queda en pie de la resocialización?* (1989), in ID., *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994, 141 ss.

⁷⁵ KITTRIE, *The Right to Be Different: Deviance and Enforced Therapy*, Baltimore, 1971, *passim*; VON HIRSCH, *Doing Justice. The Choice of Punishments*, New York, 1976, spec. 27-32; e, in relazione ai Paesi scandinavi, ANTTILA, *Ideology of Crime Control in Scandinavia: Current Trends*, in *Selected Issues in Criminal Justice*, Helsinki, 1985, 66 ss.

⁷⁶ V. il rapporto-denuncia dell'AMERICAN FRIENDS SERVICE COMMITTEE, *Struggle for Justice: A Report on Crime and Punishment in America*, New York, 1971.

⁷⁷ Come rilevato da VASSALLI [nota 1], 1681 s., 1693, la salvaguardia della libertà interiore del condannato fu alla base del rifiuto del «mito della rieducazione» e della riaffermazione della retribuzione in Bettiol.



NOTE

⁷⁸ Sul neoclassicismo penale cfr. CHRISTIE, *Die versteckte Botschaft des Neo-Klassizismus*, in *Kriminologisches Journal* 15, 1983, 14 ss. Sulle ragioni del suo minor impatto nei Paesi continentali v. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, 36.

⁷⁹ In generale, sulla crisi del c.d. «indeterminate sentencing system» negli Usa, v. MANNOZZI, *Razionalità e 'giustizia' nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, Padova, 1996, 88 ss., 107 ss.

⁸⁰ Tra i fondatori di questo nuovo indirizzo v., nella dottrina statunitense, sia pure con qualche diversità, VON HIRSCH [nota 75], spec. 35 s., 45 ss., 66 ss.; FOGEL, *We Are the Living Proof: The Justice Model for Corrections*, Cincinnati, 1975, spec. 179 ss.; MORRIS, *The Future of Imprisonment*, Chicago, 1977, 28 ss., 73 ss.; più di recente, SIMONS, *On Equality, Bias Crimes, and Just Deserts*, in *J. Crim. L. & Crimin.* 91, 2000, 237 ss.

⁸¹ Cfr., sul punto, NAUCKE, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, Stuttgart, 1985, 38, nt. 35, il quale considera pure il 'neoclassicismo' un'opzione orientata al perseguimento di fini.

⁸² Così ROXIN [nota 3] (2006), 79, nt. 32.

⁸³ Utili precisazioni, al riguardo, in DE VERO [nota 60], 24.

⁸⁴ ROXIN [nota 3] (2006), 80 s.

⁸⁵ Ciò soprattutto a partire dalla fine degli anni '70: cfr. ROXIN, *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, in *Festschrift für Paul Bockelmann*, 1979, 279 ss., 305 s., dove il concetto di 'prevenzione integratrice' è per la prima volta compiutamente formulato; ID., *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 17.

⁸⁶ Cfr. MOCCIA [nota 3], 61 ss., 96 ss., 109 ss.; EUSEBI, *La pena «in crisi». Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990, 47 ss.; MAIELLO, *Note minime sui rapporti tra pena e Costituzione*, in *Quad. Sc. Penal.*, n. 1/2005, 112-116; ID., *Clemenza e sistema penale. Amnistia e indulto dall'indulgentia principis all'idea dello scopo*, Napoli, 2007, spec. 377 ss. Sulla prevenzione attuata attraverso il consenso spontaneo intorno ai precetti normativi, altresì, MAZZUCATO, *Consenso alle norme e prevenzione dei reati. Studi sul sistema sanzionatorio penale*, Roma, 2005, spec. 68 ss., 80 ss.

⁸⁷ Resta fondamentale, sul punto, EUSEBI, *La «nuova» retribuzione* (1983), riprodotto in MARINUCCI e DOLCINI (a cura di) [nota 8], 93 ss., spec. 106 ss. Nella dottrina tedesca, per una serrata critica alle rinascenti teorie retribuzioniste della pena (Wolff e Köhler, Jakobs) v., soprattutto, SCHÜNEMANN, *Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur – Gedanken zu Immanuel Kant und Heinrich von Kleist*, in PRITTWITZ [nota 53], 327, 329 ss.

⁸⁸ Cfr., in particolare, le posizioni di Haffke e Streng, circa le quali si rimanda ad EUSEBI [nota 86], 108 ss.

⁸⁹ Entrambe le influenze sono state riconosciute da JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Berlin-New York, 1993, 6 ss. e 17 («in Hegel la teoria assoluta della pena riceve una configurazione la cui differenza con la prevenzione generale positiva qui sostenuta è esigua»).

⁹⁰ Soprattutto questo profilo sembra giustificare la tesi di chi vede nella prevenzione generalpositiva di Jakobs una teoria retributiva mascherata: v. KORIATH, *Zum Streit um die positive Generalprävention - Eine Skizze*, in RADTKE et al. (a cura di), *Muss Strafe sein?*, Baden-Baden, 2004, 59.

⁹¹ La teoria di Jakobs ha avuto un non trascurabile seguito, oltre che nel Paese d'ori-



gine, in Spagna e in numerosi Paesi dell'America latina, ma ha anche attirato aspre critiche. Per una celebre confutazione della giusfilosofia jakobsiana, per il suo carattere 'tecnocratico' e i risvolti autoritari celati sotto un manto di apparente neutralità ideologica, v. BARATTA, *Integrazione-prevenzione. Una «nuova» fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 5 ss. Ulteriori fondati rilievi, nella dottrina interna, in DE VERO [nota 60], 26 s.; MAIELLO [nota 86] (2005), 112 s.; CAVALIERE [nota 36], 296-305.

⁹² Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günther Jakobs*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2006, 111 ss.

⁹³ Oltre al lavoro programmatico *Schuld und Prävention* (1976), v. di JAKOBS., *Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern*, in *ZStW*, 1989, 516 ss., nonché il citato manuale, spec. p. 13 s., laddove l'A. precisa che la funzione generalpreventiva positiva si estrinseca nell'esercitare i cittadini al riconoscimento della norma, che includerebbe tre aspetti: esercitare alla fiducia nella norma, esercitare alla fedeltà al diritto ed esercitare all'accettazione delle conseguenze.

⁹⁴ JAKOBS, *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und «alteuropäischem» Prinzipiendenken*, in *ZStW*, 1995, 844 s.; ID., *Zur gegenwärtigen Straftheorie*, in KODALLE (a cura di), *Strafe muss sein! Muss Strafe Sein?*, Würzburg, 1998, 31 ss.; ID., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid, 2003, 47 ss.

⁹⁵ Cfr. JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn, 2004, spec. 26 ss. e 31 (nt. 147), in cui l'A. tenta di recuperare un vincolo con la realtà, provando per la prima volta a spiegare perché la riaffermazione controfattuale della vigenza della norma violata («significato della pena») debba avvenire proprio attraverso l'inflizione del dolore procurato dalla pena (anziché, ad es., con risposte meramente simboliche al reato). In quest'ordine di idee Jakobs ha riscoperto un fine realmente preventivo-generale della pena, nel senso che l'inflizione di un male in risposta al reato assicurerebbe la c.d. 'sicurezza cognitiva della vigenza della norma', impedendo che i consociati inizino a dubitare della realtà dell'ordinamento giuridico e così scongiurando un incremento della probabilità di ulteriori violazioni (*ivi*, spec. 29 s.). In questo contesto, la misura del dolore inflitto (commisurazione della pena) dipenderebbe da quanto sia indispensabile per assicurare la fedeltà al diritto dei consociati che assistono al processo punitivo.

⁹⁶ JAKOBS [nota 89], 26, e 28 s. Similmente Jakobs accetta anche l'intimidazione, sebbene concependola come effetto secondario, e non missione della pena: *ivi*, 14.

⁹⁷ JAKOBS, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart*, in ESER e HASSEMER (a cura di), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, 53 («Feinde sind aktuell Unpersonen»).

⁹⁸ Cfr. JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRRS*, n. 3/2004, 88 ss.

⁹⁹ V., per tutti, LEMERT (a cura di), *Human Deviance, Social Problems and Social Control*, New York, 1972.

¹⁰⁰ Cfr., ad es., PLATT, *L'invenzione della delinquenza: la definizione sociale della delinquenza minorile* (1969), trad. it., Firenze, 1975, spec. 67.

¹⁰¹ BARATTA, *Sistema penale ed emarginazione sociale. Per la critica dell'ideologia del trattamento*, in *La quest. crim.*, 1976, 237 ss. Spunti simili in MELOSSI e PAVARINI, *Carcere e fabbrica*, 2ª ed., Bologna, 1979, *passim*; MUÑOZ CONDE, *La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito* (1979), in MIR PUIG (a cura di), *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, Bogotá, 1982, 131 ss.



NOTE

¹⁰² Cfr. MATHIESEN, *Perché il carcere?* (1987), trad. it., Torino, 1996, 56 ss.; HULSMAN, *Pene perdute. Il sistema penale messo in discussione* (1982), trad. it., Torino, 2001, 67 ss.

¹⁰³ BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, 1982, 168. Successivamente, v. dello stesso A. la ridefinizione del concetto di risocializzazione in termini di diritti riconosciuti al condannato (istruzione, addestramento professionale, ecc.): *Reintegrazione sociale. Ridefinizione del concetto ed elementi di operazionalizzazione*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1994, 140. Analogamente MATHIESEN [nota 102], 207.

¹⁰⁴ Sovviene in proposito il celebre saggio di FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), trad. it., Torino, 1976, *passim*.

¹⁰⁵ V., anche per ulteriori riferimenti, BARATTA [nota 103], 169. Sull'idea di rieducazione della società, v. anche FIANDACA e MUSCO [nota 58], 706 s., nt. 50, con ulteriori indicazioni bibliografiche.

¹⁰⁶ BARATTA, *Prefazione* a MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2^a ed., Napoli, 1997, XX.

¹⁰⁷ Cfr. HASSEMER, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, in *ZStW*, 1992, 382.

¹⁰⁸ Il *felony* appartiene alla categoria dei reati più gravi, e come tale si distingue dai reati minori (*misdemeanour*).

¹⁰⁹ Per un'eshaustiva ricostruzione delle scelte operate in materia dai diversi Stati federali, v. CLARK, AUSTIN e HENRY, «*Three Strikes and You're Out*»: *A Review of State Legislation*, Washington, D.C., 1997. In lingua italiana v. GRANDE, *Il terzo strike: la prigione in America*, Palermo, 2007.

¹¹⁰ Cfr. ZIMRING, HAWKINS e KAMIN, *Punishment and Democracy: Three Strikes and You're Out in California*, New York, 2001, nonché, nella dottrina interna, la dettagliata indagine di DELLA BELLA, *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 832 ss.

¹¹¹ Emblematici i casi *Lockyer v. Andrade*, 123 S. Ct., 2003, 1166 e *Ewing v. California*, 123 S. Ct., 2003, 1179: il condannato subì, nel primo caso, due pene di 25 anni di reclusione per aver rubato in due diverse occasioni *videotapes* del valore di 150 dollari; nel secondo caso, 25 anni di reclusione per il furto di tre mazze da golf del valore di 399 dollari ciascuna: cfr. RUBIN, *Just Say No to Retribution*, in *Buffalo Crim. Law Rev.* 7, 2003, 19.

¹¹² Per un severo bilancio v. MACKENZIE e SHAW, *The Impact of Shock Incarceration on Technical Violations and New Criminal Activities*, in *Just. Quarterly* 10, 1993, 463 ss. Giustificate obiezioni anche in DOLCINI e PALIERO, *Il Carcere ha alternative?*, Milano, 1989, 10 ss.

¹¹³ V. WILSON e KELLING, *Broken Windows: The Police and Neighborhood Safety*, in *Atlantic Monthly*, n. 3/1982, 29 ss.

¹¹⁴ Va precisato che, essendo il sistema penale americano di tipo federale, il quadro dei modelli di *sentencing* e *correction* è piuttosto sfaccettato. Vari Stati sono rimasti fedeli alla commisurazione indeterminata della pena e annoverano anche forme di liberazione anticipata; la maggior parte, però, oltre ad aver soppresso l'istituto del *parole release*, ha fissato *standards* rigorosi e *guidelines* dettagliate per orientare la commisurazione giudiziale: cfr. TONRY, *Reconsidering Indeterminate and Structured Sentencing*, in *Sentencing and Corrections Issues for the 21st Century*, Washington, D.C., n. 2/1999.

¹¹⁵ Cfr. ALBRECHT H.-J., *Imprisonment and Alternatives to Prisons: Changes and Prospects in a Comparative Perspective*, in GARCÍA RAMÍREZ (a cura di), *Derecho penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, vol. III, México, 2005, 4 ss. Secondo



le statistiche rese pubbliche dalla Commissione europea, il numero dei detenuti nell'UE, per pene definitive o in attesa di giudizio, è stato in media di 607.000 unità tra il 2005 e il 2007 (con un rapporto di 123 ogni 100.000 abitanti, comunque ben inferiore alle vette nordamericane): cfr. STAT/09/91 del 19 giugno 2009.

¹¹⁶ Da ultimo v. in questa direzione la legge francese sulla «*détention de sûreté*» (l. 25 febbraio 2008 n. 174), nonché la progressiva estensione della «custodia di sicurezza» (*Sicherungsverwahrung*) in Germania: cfr. PELISSERO [nota 37], 236 ss., 283 ss.

¹¹⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ [nota 29], 146.

¹¹⁸ Un esame critico in MOCCIA (a cura di), *La riforma continua. Il riformismo giuridico nell'era progressista. Tentativo di bilancio*, Napoli, 2002.

¹¹⁹ Sulle assonanze con le leggi nordamericane 'tre colpi e sei fuori' delle innovazioni in tema di recidiva, v. PAVARINI, *The spaghetti incapacitation. La nuova disciplina della recidiva*, in INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, 15 ss.; CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: «tre colpi e sei fuori»?», in SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Milano, 2006, 53 ss.*

¹²⁰ La legge «ex Cirielli» ha attirato una selva di critiche in dottrina: v., per tutti, GIUNTA, *Il flou della nuova prescrizione nel cappio della ritrovata recidiva. A proposito della «Cirielli» divenuta «ex»*, in *Crit. dir.*, 2005, 178 ss.; PADOVANI, *La nuova disciplina sulla prescrizione dei reati*, in *Guida dir.*, 2006, Dossier, 1, 32 ss.; MARINUCCI, *Certezza d'impunità per i reati gravi e «mano dura» per i tossicodipendenti in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 170 ss., secondo cui con questa riforma «la finalità "rieducativa" della pena, imposta dalla Costituzione, si trasforma [...] in finalità "vessatoria"»; MELCHIONDA, *ivi*, 175 ss.; DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 515 ss.

¹²¹ Per un'analisi esaustiva v., per tutti, O. MAZZA e VIGANÒ, *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Torino, 2008; LORUSSO (a cura di), *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Padova, 2008.

¹²² Per una disamina analitica v. MAZZA - VIGANÒ [nota 13].

¹²³ Cfr. PULITANÒ [nota 33], 557.

¹²⁴ Cfr. DONINI [nota 40], 121, 126. Similmente, MASERA, «*Terra bruciata*» attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in MAZZA e VIGANÒ [nota 13], 48 s.

¹²⁵ Lo sottolineano MARINUCCI e DOLCINI, *Introduzione a CORBETTA, DELLA BELLA e GATTA (a cura di), Sistema penale e «sicurezza pubblica»: le riforme del 2009*, Milano, 2009, XXV.

¹²⁶ Cfr. GATTA, *Il reato di clandestinità e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1324. Sulle violazioni di diritti fondamentali dell'uomo già implicate nei casi di espulsione dello straniero di cui alla l. n. 189/2002, v. le acute considerazioni di MAIELLO, *Il «diritto tradito» nella disciplina penalistica dei casi di espulsione dello straniero contenuta nella legge n. 189/02*, in *Crit. dir.*, 2004, 38 ss.

¹²⁷ L'espressione 'correction', nel lessico anglo-americano, fa riferimento «alla miriade di politiche, programmazioni, servizi, organizzazioni, e strutture disegnati per gli individui accusati e condannati per un reato»: così CAPUTO, *Intermediate Sanctions in Corrections*, Denton, 2004, 3 s.

¹²⁸ Il dato è evidenziato da DOLCINI, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 500.

¹²⁹ MARTINSON, *What Works?, Questions and Answers about Prison Reform*, in *Public Inte-*



NOTE

rest 35, 1974, 22 ss. (cit. a p. 25). L'articolo anticipava di un anno gli esiti di una vasta rassegna della letteratura in materia di riabilitazione del condannato: LIPTON, MARTINSON e WILKS, *The Effectiveness of Correctional Treatment: A Survey of Correctional Treatment Evaluations*, New York, 1975. Tesi affini sono state riproposte, di recente, da FAREBEE, *Rethinking Rehabilitation: Why Can't We Reform Our Criminals*, Whashington, D.C., 2005.

¹³⁰ MARTINSON [nota 129], 49.

¹³¹ Cfr. la ricostruzione storica di CULLEN, *The Twelve People Who Saved Rehabilitation: How the Science of Criminology Made a Difference*, in *Criminology* 43, 2005, 1 ss. Dello stesso A. v. anche *It's Time to Reaffirm Rehabilitation*, in *Criminology and Public Policy* 5(4), 2006, 665 ss.

¹³² Tra le più significative carenze, l'impreparazione degli operatori penitenziari e la modalità della psicoterapia di gruppo e del *group counseling*, realizzati in una struttura custodialistica del tutto inalterata.

¹³³ Tra i primi, PALMER T., *Martinson Revisited*, in *Journal of Research in Crime and Delinquency* 12, 1975, 133 ss.; GENDREAU - ROSS, *Effective Correctional Treatment: Bibliotherapy for Cynics*, in *Crime & Delinquency* 25, 1979, 463 ss. In seguito, v. ad es. THORNTON, *Treatment Effects on Recidivism: A Reappraisal of the 'Nothing Works' Doctrine*, in GURK, THORNTON e WILLIAMS (a cura di), *Applying Psychology to Imprisonment: Theory and Practice*, London, 1987, 181 ss. Sui risultati abbastanza confortanti dei programmi socio-terapeutici in Germania, v. JESCHECK, *La crisi della politica criminale: la prospettiva europea* (1979), in FERRACUTI (a cura di), *Trattato di criminologia e psichiatria forense*, I, Milano, 1987, 269 s.

¹³⁴ MARTINSON [nota 129], 49.

¹³⁵ MARTINSON, *New Findings, New Views: A Note of Caution Regarding Sentencing Reform*, in *Hofstra Law Review* 7, 1979, 243 ss. (passo cit. a p. 244).

¹³⁶ PALMER T. [nota 133], 150. Più di recente v. COPAS, *What Works?: Selectivity Models and Meta-Analysis*, in *Journal of the Royal Statistical Society. Series A (Statistics in Society)* 162, 1999, 95 ss.

¹³⁷ Ad esempio rei violenti, autori di reati sessuali e contro il patrimonio, tossicodipendenti, alcolisti, minori, ecc.

¹³⁸ L'uso delle meta-analisi nel campo del trattamento rieducativo mira a misurare statisticamente l'effetto medio sulla recidiva di uno specifico programma di trattamento, passando in rassegna un gran numero di studi empirici: cfr. CULLEN e GENDREAU, *Assessing Correctional Rehabilitation: Policy, Practice, and Prospect*, in HORNEY (a cura di), *Criminal Justice*, III, Washington, D.C., 2000, 125. Tra le principali meta-analisi sinora condotte, v. ANDREWS *et al.*, *Does Correctional Treatment Work? A Clinically-Relevant and Psychologically Informed Meta-Analysis*, in *Criminology* 28, 1990, 369 ss.; DOWDEN, CRAIG e ANDREWS, *What Works in Young Offender Treatment: A Meta-Analysis*, in *Forum on Correctional Research* 11, 1999, 21 ss.; LIPSEY, *Juvenile Delinquency Treatment: A Meta-Analytic Inquiry into the Variability of Effects*, in AA.Vv., *Meta-Analysis for Explanation: A Casebook*, New York, 1992, 83 ss.

¹³⁹ Oltre agli studi citati nella nota precedente, v., all'interno di una letteratura vastissima, ANDREWS, *An Overview of Treatment Effectiveness: Research and Clinical Principles*, Ottawa, 1994; GENDREAU, *The Principles of Effective Intervention With Offenders*, in HARLAND (a cura di), *Choosing Correctional Options That Work*, Thousand Oaks, 1996, 117 ss.; MCGUIRE, *Cognitive Behavioural Approaches. An introduction to Theory and Research*, London, 2000; WELSH e FARRINGTON, *Toward an Evidence-Based Approach to Preventing Crime*, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 578, 2001, 158 ss. Nella letteratura tedesca v. LÖ-



SEL, *Meta-analytische Beiträge zur wiederbelebten Diskussion des Behandlungsgedankens*, in STELLER et al. (a cura di), *Straftäterbehandlung*, Pfaffenweiler, 1994, 13 ss.; KURY, *Zum Stand der Behandlungsforschung – oder: Vom nothing works zum something works*, in *Festschrift für Böhm*, Berlin-New York, 1999, 251 ss.

¹⁴⁰ Un efficace compendio in MACKENZIE, *What Works in Corrections. Reducing the Criminal Activities of Offenders and Delinquents*, New York, 2006, 55 ss., 59 ss. Un riconoscimento ufficiale dei risultati di questo settore della ricerca si è avuto, a livello europeo, con la Raccom. R. (2000) 22 del 29 novembre 2000 «on improving the implementation of the European rules on community sanctions and measures», nn. 19-23.

¹⁴¹ Hanno rivelato un legame pressoché inesistente con il pericolo di recidiva, ad es., variabili cliniche come ansia, scarsa autostima e depressione.

¹⁴² Cfr., per tutti, MACKENZIE [nota 140], 61. Nella letteratura italiana, sull'impostazione cognitivista della psicoterapia, ed in particolare sulla «psicoterapia dei soggetti antisociali», v. GULOTTA e DEL CASTELLO, *Psicologia della psicoterapia*, Torino, 1998, 125-130.

¹⁴³ Si tratta della capacità di mettersi nei panni dell'altro, al fine di assumere un punto di vista diverso dal proprio.

¹⁴⁴ Cfr., per tutti, SWENSON, HENGGELER e SCHOENWALD, *Family-based treatments*, in HOLLIN (a cura di), *Handbook of Offender Assessment and Treatment*, Chichester, 2001, 205 ss.

¹⁴⁵ Cfr. MACKENZIE [nota 140], 62.

¹⁴⁶ Sulle forme di trattamento psicologico, individuale o di gruppo, v., in generale, SERRA, *Psicologia penitenziaria*, Milano, 1999, spec. 43 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., Padova, 2007, 703. Cenni sulle differenze tra pedagogia (di gruppo) e psicoterapia anche in DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979, 211 ss.

¹⁴⁷ Cfr., ad es., AOS, MILLER e DRAKE, *Evidence-based adult corrections programs: What works and what does not?*, Olympia, 2006.

¹⁴⁸ Cfr. GONIN, *Il corpo incarcerato* (1991), trad. it., Torino, 1994. Eloquenti anche i risultati della celebre meta-analisi di FAZEL e DANESH, *Serious Mental Disorders in 23.000 Prisoners: A Systematic Review of 62 surveys*, in *Lancet*, 2002, 545 ss.

¹⁴⁹ SYKES, *La società dei detenuti. Studio su un carcere di massima sicurezza* (1958), in SANTORO E. (a cura di), *Carcere e società liberale*, 2ª ed., Torino, 2004, 242.

¹⁵⁰ CLEMMER, *La comunità carceraria* (1941), in SANTORO [nota 149], 210 ss.

¹⁵¹ Così, già BERRINI, *La giustizia. Problemi giudiziari italiani*, Milano, 1921, 42.

¹⁵² Per alcuni recenti iniziative positive v., circa l'esperienza britannica, RAYNOR, *Community Penalties*, in MAGUIRE, MORGAN e REINER, *The Oxford Handbook of Criminology*, 3ª ed., New York, 2002, 1186, 1189 e, per la Francia, i risultati dell'attività condotta dallo psichiatra Balier e dalla sua équipe, riportati in BALIER, *Psychanalyse des comportements violents*, Paris, 1988.

¹⁵³ V. nella letteratura interna, VOLPINI, MANNELLO e DE LEO, *La valutazione del rischio di recidiva da parte degli autori di un reato: una proposta*, in *Rass. penit. e crim.*, 2008, 147 ss., i quali si soffermano anche sui principali strumenti di rilevazione del rischio di recidiva dei rei violenti.

¹⁵⁴ V., per tutti, BONTA, *Risk-Needs Assessment and Treatment*, in HARLAND (a cura di), *Choosing Correctional Options that Work*, Thousand Oaks, 1996, 18 ss., circa le tre 'generazioni' di sistemi di valutazione del rischio di recidiva. La validità scientifica di questo principio è comunque ancora controversa: v., ad es., ANTONOWICZ e ROSS, *Essential Components of Suc-*



cessful Rehabilitation Programmes for Offenders, in *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology* 38 (2), 1994, 97 ss.

¹⁵⁵ Cfr. BONTA, *Offender Rehabilitation: From Research to Practice*, Ottawa, 1997, 5; LATESSA e LOWENKAMP, *What Works in Reducing Recidivism?*, in *University of St. Thomas Law Journal* 3 (3), 2006, 522, nt. 2.

¹⁵⁶ Cfr., ampiamente, LOWENKAMP e LATESSA, *Investigating the Relationship between Program Integrity and Correctional Program Effectiveness*, in *Ohio Corrections Research Compendium*, II, Columbus, 2004, 208 ss.

¹⁵⁷ Cfr. LATESSA, CULLEN e GENDREAU, *Beyond Correctional Quackery - Professionalism and the Possibility of Effective Treatment*, in *Federal Probation* 66 (2), 2002, 43 ss.

¹⁵⁸ Cfr. anche WEIGEND, *Resozialisierung - die gute Seite der Strafe?*, in RADTKE et al. [nota 90], 183, il quale osserva che forse, dopo decenni di forti oscillazioni congiunturali, il punto più basso della delusione sulle potenzialità del trattamento rieducativo (dovuto ad aspettative eccessive) sia stato nuovamente superato.

¹⁵⁹ V. il *Rapporto sulla Popolazione Detenuta* del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (DAP), agg. al 20 settembre 2006.

¹⁶⁰ Sull'uso periodico ed irrazionale dei provvedimenti di clemenza nel nostro Paese, è fondamentale l'opera di MAIELLO [nota 86] (2007), 225 ss.

¹⁶¹ MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 160 ss.

¹⁶² Cfr. l. 'ex Cirielli' (*supra* § 4) e l. 21 febbraio 2006, n. 49, di conv. con mod. del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272.

¹⁶³ Il trend di crescita è stato impetuoso e non accenna ad arrestarsi: alla fine del 2007 potevano registrarsi 48.693 presenze, salite al 31 dicembre 2008 a 58.127 e a metà 2009 a 63.630. Sempre al 30 giugno 2009, il 37,1% dei detenuti era straniero. Dati pubblicati su www.giustizia.it.

¹⁶⁴ CANDIDI, *La «Babele delle carceri»*, in *Il Sole 24 ore*, 28 aprile 2008, dove si riportano i dati forniti dal sindacato di polizia penitenziaria Osapp. Per una lettura meno negativa, v. TORRENTE e SARZOTTI, *Indulto e recidiva. Uno studio dopo sei mesi dall'approvazione del provvedimento*, www.giustizia.it.

¹⁶⁵ Cfr., su questo dato di fatto, MOCCIA, *Considerazioni sul sistema sanzionatorio nel progetto preliminare di un nuovo codice penale*, in STILE (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, Napoli, 2003, 454; DOLCINI, *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 100.

¹⁶⁶ Cfr. DAP, *Tossicodipendenza - Statistiche sull'esecuzione negli istituti penitenziari*, in www.giustizia.it (agg. al 30 giugno 2006). Sulle nuove tendenze securitarie in tema di lotta all'immigrazione irregolare e alla tossicodipendenza v., rispettivamente, A. CAPUTO, *Immigrazione, diritto penale e sicurezza* e LO MONTE, *Tossicodipendenza: riduzione del danno o criminalizzazione*, in *Quest. Giust.*, 2004, 359 ss. e 380 ss.

¹⁶⁷ Cfr. i numeri forniti dal DAP al convegno del 1 marzo 2006 «La salute in carcere: parliamone senza censure».

¹⁶⁸ Cfr. l'audizione alla Camera del Capo del DAP, 18 luglio 2007, reperibile su www.camera.it.

¹⁶⁹ In argomento v. la chiara esposizione di DOLCINI [nota 146], 204 ss.



¹⁷⁰ Sull'esiguità del personale di area pedagogica cfr. ANASTASIA, *Proposte non mancano*, in *Dignitas*, n. 3/2003, 40.

¹⁷¹ Sul possibile ruolo del criminologo nel trattamento v. CIAPPI, *L'isola che non c'è. Riflessioni sul trattamento penitenziario e sul ruolo dell'esperto criminologo*, in *Rass. it. crimin.*, 1996, 421 ss., spec. 439 ss.

¹⁷² Sulle carenze di personale specializzato e il tradimento dell'osservazione scientifica della personalità quale base dell'opera rieducativa, sin dall'introduzione dell'ordin. penit., v. CANEPA e GATTI, *L'affidamento in prova al servizio sociale come alternativa alla detenzione: problemi criminologici*, in *Quad. crim. clin.*, n. 2/1977, 197 ss. Sullo stato e le contraddizioni attuali del sistema penitenziario v. TIRELLI, *Sicurezza penitenziaria e rieducazione: obiettivi tendenzialmente incompatibili?*, in DOLCINI e PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1260 ss.

¹⁷³ PALAZZO, *Esecuzione progressiva e «benefici» penitenziari: che cosa conservare*, in AA.Vv., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, 154.

¹⁷⁴ Cfr., GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 418; DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in DOLCINI e PALIERO [nota 172], 1099 ss., 1104.

¹⁷⁵ DOLCINI [nota 1], 80.

¹⁷⁶ Cfr. *Relazione sull'attività del comitato permanente per i problemi penitenziari*, cit., dove si raccomanda una più netta specificazione della professionalità e delle attribuzioni trattamentali dell'educatore penitenziario.

¹⁷⁷ La cronica insufficienza di supporto finanziario è alla base anche del sostanziale fallimento della riforma dell'assistenza sanitaria intramuraria (d.lg. 22 giugno 1999 n. 230) e della legge per l'aumento delle opportunità lavorative in carcere (l. 22 giugno 2000 n. 193).

¹⁷⁸ In Italia il bilancio preventivo dell'amministrazione penitenziaria per il 2007 era pari a 2.869 milioni di euro: DAP, *Bollettino penitenziario*, n. 12/2007.

¹⁷⁹ Cfr. ZEDLEWSKI, *Making Confinement Decisions*, Washington, D.C., 1987, *passim*.

¹⁸⁰ Tra i teorici della *selective incapacitation* v. GREENWOOD e ABRAHAMSE, *Selective Incapacitation*, Santa Monica, 1982.

¹⁸¹ Cfr. REICHMAN, *Managing Crime Risks: Toward an Insurance Based Model of Social Control*, in *Research in Law, Deviance and Social Control* 8, 1986, 151 ss.; FEELEY e SIMON, *The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Implications*, in *Criminology* 30, 1992, 449 ss.

¹⁸² Si pensi alla surrettizia trasfigurazione del diritto penale del fatto in un diritto penale della pericolosità individuale. Sui problemi di principio, anche in rapporto ad esigenze di precisione, che rendono inaccettabili da un punto di vista etico-giuridico e inaffidabili sul piano pratico entrambe le declinazioni della neutralizzazione, v. MATHIESEN [nota 102], 124 ss., 177 ss., 212 ss.

¹⁸³ Tra i sostenitori della neutralizzazione c.d. 'indifferenziata' o 'collettiva' cfr. soprattutto WILSON, *Thinking About Crime*, 1ª ed., New York 1975, 172 s., 199 ss.

¹⁸⁴ Cfr. WACQUANT, *Punire i poveri. Il nuovo governo dell'insicurezza sociale*, Roma, 2006, *passim*, spec. 117 ss., con ricco corredo di dati statistici.

¹⁸⁵ Tale numero sale a 699, se ai detenuti nelle prigioni statali e federali si aggiungono quelli nelle carceri locali (*local jail*), in cui sono reclusi i soggetti in attesa di giudizio e i con-



NOTE

dannati a pena detentiva pari o inferiore ad un anno. I dati riportati nel testo, fino al 2000, sono tratti da MACKENZIE [nota 140], 33 ss

¹⁸⁶ Cfr. SABOL, *Prisoners in 2006*, Washington, D.C., 2007, 4.

¹⁸⁷ BLUMSTEIN e BECK, *Population Growth in U.S. Prisons, 1980-1996*, in TORNBY e PETERSILIA (a cura di), *Prisons, in Crime and Justice: A Review of Research*, vol. 26, Chicago, 1999, 43, i quali si sono concentrati su sei reati che incidono per 3/4 sulla popolazione penitenziaria: omicidio, rapina, reati in materia di stupefacenti, furto con scasso, violenza sessuale, violenza aggravata.

¹⁸⁸ BONCZAR e GLAZE, *Probation and Parole in the United States*, Washington, D.C., 1998, NCJ 178234.

¹⁸⁹ 63.240 individui in carcere giudiziario (*jail*), quasi 1.300.000 in prigione (*prison*), 732.352 *on parole*, e più di 3.900.000 *on probation*: cfr. GLAZE, *Probation and Parole in the United States, 2001*, Washington, D.C., 2002.

¹⁹⁰ Cfr. l'inchiesta dell'ASSOCIATED PRESS, riportata su *www.peacereporter.net*, *Ma quanto mi costi*, 7 aprile 2008.

¹⁹¹ L'efficace espressione è di MOCCIA [nota 106], 220.

¹⁹² Invece, una qualche relazione inversa (ancorché spesso limitata) tra probabilità (reale e – soprattutto – attesa) della punizione e tasso dei reati, risulta dalla quasi totalità delle indagini empiriche sinora effettuate (v. § 9). Per un bilancio della ricerca in materia di deterrenza v. NAGIN, *Criminal Deterrence Research at the Outset of the Twenty-First Century*, in TORNBY (a cura di), *Crime and Justice: A Review of Research*, vol. 23, Chicago, 1998, 51 ss.; BANDINI *et al.*, *Criminologia, Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, 2^a ed., Milano, 2003, 346-358. V. anche EUSEBI [nota 86], 19 ss., sul maggiore impatto preventivo delle c.d. «variabili del controllo interno» (tra cui «la persuasione soggettiva della legittimità del divieto»). Forti riserve sulla metodologia normalmente seguita nelle misurazioni dell'effetto generalpreventivo sono, però, espresse da PAGLIARO, voce *Prevenzione generale e specifica (o speciale)* (2007), ora in *Id.*, *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, vol. III, I, Milano, 2009, 1075 ss., specie per la mancata considerazione di fattori come la prontezza della pena e il livello di pena avvertito come 'giusto' da una data collettività.

¹⁹³ Cfr. MACKENZIE [nota 74], 13, 21 ss. In generale, sulle ragioni strutturali della criminalità, v. PAVARINI, in AA.Vv., *Introduzione al sistema penale*, I, 2^a ed., Torino, 2000, 361, 371 ss.

¹⁹⁴ Cfr., per tutti, BLUMSTEIN, COHEN e NAGIN (a cura di), *Deterrence and Incapacitation: Estimating The Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates*, Washington, D.C., 1978; DEFINA e ARVANITES, *The Weak Effect of Imprisonment on Crime: 1971-1998*, in *Social Science Quarterly* 83(3), 2002, 635 ss.

¹⁹⁵ V., ad es., gli studi sul sistema carcerario di New York City nel periodo 1993-2003 riportati da LYNCH, *Big Prisons, Big Dreams: Crime and the Failure of America's Penal System*, 2007, 78 ss.

¹⁹⁶ Cfr. CHAN, *The Limits of Incapacitation As a Crime Control Strategy*, in *Crime and Justice* 25, 1995, 10.

¹⁹⁷ Cfr. BANDINI *et al.* [nota 192], 388 s.

¹⁹⁸ Cfr., da ultimo, LIPSEY e CULLEN, *The Effectiveness of Correctional Rehabilitation*, in *Annual Review of Law and Social Science* 3, 2007, 97 ss. Anche una recente ricerca italiana, condotta sui detenuti rimessi in libertà grazie all'ultimo indulto, conferma che il «rendere le



condizioni carcerarie più dure non facilita il reintegro sociale» ma anzi rende più probabile la recidiva all'uscita dal carcere: DRAGO, GALBIATI e VERTEVA, *Il «carcere duro» incrementa la recidiva*, in *Il Sole 24 Ore*, 7 aprile 2008. Invece, sulla maggiore efficacia risocializzativa, rispetto alla detenzione, della *probation* classica, v. BANDINI *et al.* [nota 192], 370 ss.

¹⁹⁹ Come la *probation* classica, la liberazione anticipata (*parole*), nonché i *residential community correctional programs*.

²⁰⁰ Cfr. MORRIS e TONRY, *Between Prison and Probation: Intermediate Punishments in a Rational Sentencing System*, New York, 1990; TONRY, *Intermediate Sanctions*, in ID., *The Handbook of Crime and Punishment*, New York, 1998, 683 ss.; STENDARDI, *La 'probation intensiva' e le 'intermediate sanctions' per i minorenni negli Stati Uniti*, in *Cass. pen.*, 2004, 3444 ss.

²⁰¹ Cfr. TONRY, *Stated and Latent Features of ISP*, in *Crime and Delinquency* 36, 1990, 174 ss.

²⁰² Sui sistemi di sorveglianza elettronica v. MCCARTHY (a cura di), *Intermediate Punishments: Intensive Supervision, Home Confinement, and Electronic Surveillance*, New York, 1987, *passim*; sul crescente interesse che ricevono in Europa, v. MAYER, HAVERKAMP e LÉVY (a cura di), *Will Electronic Monitoring Have a Future in Europe?: Contributions from a European Workshop*, Freiburg, 2002.

²⁰³ V., all'interno di una produzione scientifica ormai imponente, soprattutto, PETERSILIA e TURNER, *Intensive Probation and Parole*, in TONRY (a cura di), *Crime and Justice: A Review of Research*, vol. 17, Chicago 1993, 281 ss.; MACKENZIE, *Evidence-Based Corrections: Identifying What Works*, in *Crime & Delinquency* 46, 2000, 457 ss.; GENDREAU, GOGGIN, CULLEN e PAPA-ROZZI, *The Common-Sense Revolution and Correctional Policy*, in MCGUIRE (a cura di), *Offender Rehabilitation and Treatment: Effective Programmes and Policies to Reduce Re-Offending*, Chichester, 2002, 359 ss. Particolarmente inefficaci nel prevenire la recidiva si sono rivelati i *boot camps*, la cui idea cardine è che i rei necessitino di essere «demoliti» (non senza un massiccio ricorso a umiliazioni e minacce) per poi essere «ricostruiti»: cfr. MACKENZIE, WILSON e KIDER, *Effects of Correctional Boot Camps on Offending*, Manassas, 2008, spec. 13.

²⁰⁴ Ne è consapevole anche la migliore dottrina anglosassone: RAYNOR [nota 152], 1199; CORNWELL, *Doing Justice Better. The Politics of Restorative Justice*, Winchester 2007, 61.

²⁰⁵ Così BARATTA, *Reintegrazione* [nota 103], 137.

²⁰⁶ Così VASSALLI [nota 50] (1961), 1411. Analoghe considerazioni in PULITANÒ, *Diritto penale*, 2ª ed., Torino, 2007, 31: «Tutte le teorie della pena sono aperte sia a sviluppi di rigore, sia a sviluppi di mitigazione del rigore punitivo»; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2005, 30.

²⁰⁷ Sui limiti costituzionali della prevenzione speciale v. LÜDERSSEN, *Il declino del diritto penale*, Milano, 2005, 20 ss.

²⁰⁸ Cfr. EUSEBI, *Tra crisi dell'esecuzione penale e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio: il ruolo del servizio sociale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 499 s.; SILVA SÁNCHEZ [nota 78], 264.

²⁰⁹ Cfr., fra gli altri, DE FRANCESCO G., *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2008, 21.

²¹⁰ Particolarmente significative, sul punto, le osservazioni di DOLCINI [nota 128], spec. 471 ss. Sulla «riappropriazione» dei valori elementari della convivenza» come obiettivo fondamentale della rieducazione, anche FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2005, II, 176.

²¹¹ Cfr. Corte cost., 3 luglio 1990, n. 313 [nota 55], secondo cui il verbo «tendere» rap-



presenta solo «la presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione».

²¹² Cfr. MOCCIA [nota 52], 159 s.

²¹³ LÜDERSSEN [nota 207], 18.

²¹⁴ Cfr. HAFFKE, *Hat emanzipierende Sozialtherapie eine Chance? Eine Problemskizze*, in LÜDERSSEN e SACK (a cura di), *Seminar: Abweichendes Verhalten III. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, 2, Frankfurt a. M., 1977, 291 ss., spec. 299, 302, 304; CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt am Main, 1974, 158 ss., favorevole ad un modello di trattamento che si estrinsechi in forma di dialogo continuo tra il condannato e lo Stato, teso a creare alternative ai modelli criminosi di vita; più di recente v. ID., *Die Strafzwecke und ihre Funktion* (2001), ora in ID., *Dialogisches Recht*, Tübingen, 2005, 95 s.

²¹⁵ Cfr. VASSALLI [nota 1], 1698.

²¹⁶ Cfr. GARLAND [nota 2], 291.

²¹⁷ V., in tal senso, anche l'art. 46 ordin. penit.

²¹⁸ Come osserva LÜDERSSEN [nota 207], 13, «ormai si può discutere solo di pene che perseguono un fine razionale», giacché retribuzione ed espiazione appaiono «un atavismo nella società progredita».

²¹⁹ Non è questa la sede per esaminare *funditus* i più recenti progetti di riforma del codice penale. Sulle scelte afferenti al sistema sanzionatorio si rinvia, per il *Progetto Grosso*, a DOLCINI, *Riforma della parte generale del codice e rifondazione del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 823 ss.; per il *Progetto Nordio*, volendo, a MONGILLO, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: verso un codice di pene intermedie?*, in FIORE, MOCCIA e CAVALIERE (a cura di), *Quale riforma del codice penale? Osservazioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, Napoli, 2009, 321 ss.; e per il *Progetto Pisapia* a CAVALIERE, *Luci ed ombre nel sistema sanzionatorio dello Schema di legge delega 2007*, ivi, 635 ss.

²²⁰ Come osserva ZIPF, *Politica criminale*, Milano, 1989, 321, «il sistema sanzionatorio vigente e la relativa prassi applicativa rappresentano il maggiore strumento rivelatore della concezione politico-criminale che sta alla base dei diversi ordinamenti penali».

²²¹ Su tale priorità v., per tutti, ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in M. ROMANO e F. STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, 158; DOLCINI, *Il castigo sia moderato, ma certo*, in AA.VV. [nota 174], 31 ss.; PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 546 ss.; PISA, *Effettività della pena: una ipotesi*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 667 s.

²²² BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1762 (rist. a cura di Carnazzi, Milano, 1999, 114). Similmente CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, 4^a ed., Lucca, 1871, 417: «La forza morale oggettiva della pena sta più in ragione della sua *certezza*, che della sua *severità*».

²²³ In questo senso già i padri dell'utilitarismo moderno: BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789, spec. il cap. XV («*Proportion between Punishments and Offences*»). Nella più recente elaborazione v., per tutti, SHAVELL, *The Optimal Use of Non-monetary Sanctions as a Deterrent*, in *Amer. Econ. Rev.* 77, 1987, 586, che illustra la classica formula dell'approccio economicistico: un soggetto effettuerà un reato se $b > ps$, dove b è il beneficio tratto dal reato, p la probabilità di condanna e s l'entità della pena (nel modello adottato dall'A., quella irrogata giudizialmente).

²²⁴ Cfr. KAHNEMAN e TVERSKY, *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, in *Eco-*



nometrica 47, 1979, 263 ss.; KAHNEMAN, *Mappe di razionalità limitata: indagine sui giudizi e le scelte intuitivi*, in MOTTERLINI e PIATTELLI PALMARINI, *Critica della ragione economica*, Milano, 2005, 77 ss.

²²⁵ In particolare nel 'dominio positivo' (guadagni) gli individui sono tendenzialmente portati a preferire l'opzione certa rispetto ad un'altra incerta (ad es. in grande maggioranza opterebbero per un guadagno sicuro di 3.000 rispetto ad un guadagno di 4.000 con l'80% di probabilità di realizzarsi, il cui valore atteso è 3.200). Viceversa, nel 'dominio negativo', una perdita certa, ad es., di 3.000 tende a fare più impressione di una perdita di 4.000 con l'80% di probabilità di verificarsi. In entrambi i casi la tendenza a sottostimare risultati meramente probabili rispetto a quelli certi è denominata 'effetto certezza'.

²²⁶ Per questa ragione oggi la maggior parte della ricerca empirica si appunta sulla *perceptual deterrence*: cfr. PATERNOSTER, *The Deterrent Effect of Perceived Certainty and Severity of Punishment*, in *Just. Quarterly* 4, 1987, 173 ss.

²²⁷ Nella ricerca più specificamente criminologica, a supporto della tesi di Beccaria v., ad es., NAGIN e POGARSKY, *Integrating Celerity, Impulsivity, and Extralegal Sanction Threats into a Model of General Deterrence: Theory and Evidence*, in *Criminology* 39, 2001, 865 ss.

²²⁸ Cfr. DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 874 s.

²²⁹ Tale ruolo, invece, è stato reso ancora più devastante dalla citata l. 'ex Cirielli', che, eccettuate ipotesi limitate, ha ulteriormente abbreviato i tempi di prescrizione dei delitti: cfr. DOLCINI, *Le due anime della legge 'ex Cirielli'*, in *Il Corr. mer.*, 2006, 57 ss.

²³⁰ Sul crescente divario tra pena edittale, pena irrogata dal giudice e pena eseguita, cfr., per tutti, NEPPI MODONA, *Crisi della certezza della pena e riforma del sistema sanzionatorio*, in BORRÈ e PALOMBARINI (a cura di), *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Milano, 1998, 51 ss.

²³¹ Su questo rischio di degenerazione v. MANTOVANI [nota 146], 701, 770, 810.

²³² Che una maggiore certezza della pena nel momento applicativo e una minore flessibilità esecutiva siano «istanze [...] notoriamente care alle concezioni retributive della pena», è puntualmente evidenziato da GIUNTA, *Quale giustificazione per la pena? Le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi preventivi e disincanti scienziati*, in STORTONI e FOFFANI [nota 3], 197 s.

²³³ RAMACCI, *Corso di diritto penale*, 4ª ed., Torino, 2007, 114. Sulla necessità di una «certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo», v. anche Corte cost., 11 giugno 1993, n. 306 [nota 69], nonché ID., sent. 4 luglio 2006, n. 255, in *Cass. pen.*, 2006, 351.

²³⁴ DURKHEIM, *Due leggi dell'evoluzione penale* (1901), trad. it., in SANTORO [nota 149], 180.

²³⁵ ROSSI P., *Trattato di diritto penale*, trad. it., Torino, 1859, 447.

²³⁶ Cfr., PADOVANI, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, 1 ss., 41 ss.

²³⁷ Cfr., in argomento, LÜDERSEN [nota 207], 65 ss. A livello europeo, una solenne presa di posizione a favore delle alternative al carcere, anche per la maggiore capacità di servire alla rieducazione del reo, risale alla risoluzione (76) 10 del 9 marzo 1976 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa «on certain alternative penal measures to imprisonment». Più di recente v. la Raccom. R. (92) 16 del 19 ottobre 1992 «on the European rules on community sanctions and measures» e la Raccom. R. (2000) [nota 140].



NOTE

²³⁸ È l'autorevole profezia di ROXIN, *Ha un futuro il diritto penale*, in MOCCIA (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, II, Napoli, 2002, 543.

²³⁹ Sul punto, perspicuamente, MOCCIA [nota 52], 16, che rimarca come la scelta specialpreventiva «si attua sia attraverso una utilizzazione diversa della pena detentiva, sia attraverso la ricerca e la valorizzazione di efficaci sostitutivi della stessa».

²⁴⁰ DONINI [nota 4], 251 s.

²⁴¹ Su tale convinzione, da tempo radicata nella dottrina penalistica, v., per tutti, EUSEBI [nota 86], 95 ss., 115 ss.; FIANDACA [nota 48], 342 ss.; MOCCIA [nota 106], 218; GROSSO, *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in *Cass. pen.*, 2001, 3585 s.

²⁴² V. al riguardo, DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. pen.*, 2003, 75 ss.

²⁴³ Cfr., tra gli altri, FIORE S., *Osservazioni in tema di clausole di irrilevanza penale e trattamento della criminalità bagatellare*, in *Crit. dir.*, 1998, 274 ss.; BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro l'ipertrofia c.d. verticale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1473 ss. Come rilevato da DONINI, *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, 1999, 275, la valorizzazione del criterio di esiguità ai fini di una riduzione degli spazi applicativi della pena «è un obiettivo aderente alla piena realizzazione dei principi di offensività, proporzione e ultima ratio, nonché funzione rieducativa della pena».

²⁴⁴ In generale, sul tema della 'non punibilità', per tutti, DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998; DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, *Ind. pen.*, 2001, 1035 ss.; AMARELLI, *Prospettive evolutive della 'non punibilità' tra tecniche da abbandonare e tecniche da valorizzare*, in *Quad. Sc. Penal.*, n. 1/2005, 246 ss.; ID., *La trattazione e la ricerca della verità*, Torino, 2006, 192-203.

²⁴⁵ Sull'idea di una giustizia penale riparativa v. già DEL VECCHIO, *Sul fondamento della giustizia penale*, in ID., *La giustizia*, Roma, 1946, 181 ss., 187 ss., 202, secondo cui al *malum actionis* del delitto «devesi opporre come esigenza della giustizia non tanto un *malum passionis*, secondo l'antica formula, quanto un *bonum actionis*, ossia un'attività in senso contrario dell'autore del delitto medesimo, la quale ne annulli o ne riduca gli effetti, fino a che ciò sia possibile», con conseguenze positive anche sulla riabilitazione del reo.

²⁴⁶ Resta fondamentale al riguardo l'indagine comparativa di DOLCINI e PALIERO [nota 112].

²⁴⁷ Su queste esigenze pratiche v. PALIERO [nota 221].

²⁴⁸ La tendenza delle pene alternative al carcere, originariamente informate alla filosofia rieducativa, ad assumere contenuti più restrittivo-punitivi, è attualmente riscontrabile anche in Europa, come evidenziato da ALBRECHT H.-J. [nota 115], 27 ss.

²⁴⁹ Cfr. PALUMBO, CLIFFORD, SNYDER e JOY, *From Net-Widening to Intermediate Sanctions: The Transformation of Alternatives to Incarceration from Benevolence to Malevolence*, in BYRNE, LURIGIO e PETERSILIA (a cura di), *Smart Sentencing: The Emergence of Intermediate Sanctions*, Newbury Park, 1992, 229 ss.

²⁵⁰ Questo, ad es., è prevalentemente accaduto nell'ultimo decennio negli Usa (cfr. G. CAPUTO [nota 127], 188), ma anche in Europa (v. BISHOP, *Non-custodial alternatives in Europe*, Helsinki, 1988, *passim*).

²⁵¹ Per questo auspicio, v., ad es., sia pure con diverse sfumature, SCORDAMAGLIA, *Nuovo*



processo penale e politica criminale, in *Pol. dir.*, 1992, 434 ss.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 8ª ed., Bari, 2004, 409 ss.; EUSEBI [nota 86], spec. 120 ss.; FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in PEPINO (a cura di), *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, Milano, 1993, 46; PAVARINI [nota 193], 335 s., 352 s.

²⁵² Una tecnica affine è rappresentata dalla previsione di clausole generali di sostituzione obbligatoria – quindi sottratta alla discrezionalità del giudice – della pena detentiva, entro determinati limiti di durata.

²⁵³ Per quest'ultima opzione v. DONINI, *La riforma del codice penale tra politica e cultura giuridica*, in *Quest. Giust.*, 2004, 526 ss., che ritiene anche realistico prevedere il solo carcere come pena principale – «salve degradazioni possibili in sede esecutiva» – per la criminalità più grave o realizzata in un contesto organizzato o professionale.

²⁵⁴ Su questo pericolo EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, in STILE [nota 165], 549, 552.

²⁵⁵ Cfr. BANDINI *et al.* [nota 192], 373 s.

²⁵⁶ MOCCIA [nota 106], 201 ss. Il tema è stato ampiamente trattato in dottrina: per tutti, PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 419 ss.

²⁵⁷ Su questa esigenza v. PALAZZO, *Per un piano di salvataggio della giustizia penale, contro slogan ed illusioni*, in *Cass. pen.*, 2008, 459.

²⁵⁸ Sulla funzione riparatoria e rieducativa del lavoro a favore della collettività, v., nella dottrina spagnola, BRANDARIZ GARCÍA, *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, Valencia, 2002, 81 ss., 96 ss.

²⁵⁹ Tra le più aggiornate indagini in argomento, anche in prospettiva di riforma, v. MIE-DICO, *La pena pecuniaria. Disciplina, prassi e prospettive di riforma*, Milano, 2008 e GOISIS, *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Milano, 2009, spec. 373 ss.

²⁶⁰ Cfr. da ultimo l'investigazione monografica di MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, Torino, 2008.

²⁶¹ Degna di attenzione ci sembra al riguardo l'esperienza anglosassone dei 'day reporting centres', che il reo deve frequentare per un certo numero di ore giornalieri e che, rafforzando la componente del trattamento accanto alla supervisione, pare abbiano condotto a risultati significativi: cfr. McDEVITT e ROBYN, *Day Reporting Centers: An Innovative Concept in Intermediate Sanctions*, in BYRNE *et al.* [nota 249], 152 ss.; MORETTI, *Day Reporting Center: un'esperienza integrata di 'Community Service' e monitoraggio elettronico*, in *Rass. it. crim.*, 2001, 115 ss.

²⁶² Per l'attribuzione al giudice della cognizione della potestà di disporre l'affidamento in prova, già TARTAGLIONE, *La sospensione condizionale con «probation»* (1971), ora in *Gli scritti*, in *Rass. penit. e crim.*, 1990, 326 s. A favore della riqualificazione della misura come «vera e propria pena principale», RONCO e BERARDI, in RONCO (a cura di), *Persone e sanzioni. Presupposti soggettivi, previsione, comminazione ed esecuzione delle sanzioni penali*, Bologna, 2006, 311, e, come modalità della sospensione condizionale, MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in AA.Vv. [nota 173], 326. V., altresì, MOCCIA, *Prolegomeni ad una proposta di riforma del codice penale*, in *Crit. dir.*, 2006, 30, per la riconfigurazione della sospensione condizionale come «vera e propria sanzione»; nonché, sulle prospettive di riforma dell'istituto, PULITANÒ, *La sospensione condizionale della pena: problemi e prospettive*, in AA.Vv. [nota 173], 115 ss.



NOTE

²⁶³ Cfr. ROXIN, *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 10.

²⁶⁴ Cfr., in dottrina, MONACO [nota 8], spec. 179 ss.; COMUCCI, *Attualità del processo bifasico*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, II, Milano, 2000, 105 ss.; MAIELLO, [nota 86] (2005), 120-123; FIORE S., *La teoria generale del reato alla prova del processo: spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli, 2007, 191 ss.

²⁶⁵ Cfr. CAPRIOLI, *Processo penale e commisurazione della pena*, in PAVARINI (a cura di) [nota 4], 139 ss.

²⁶⁶ Cfr. MOSCONI, *La crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effetti sull'istituzione penitenziaria*, in CURI e PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, 2002, 360.

²⁶⁷ Diversamente, la mancata comprensione della sterilità dei «modelli escludenti» produce «una sorta di autoriproduzione» che può facilmente sfociare nel «terrore penale»: così ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Vecchie e nuove tendenze politico-criminali nella legislazione penale*, in *Crit. dir.*, 2006, 341.

²⁶⁸ Alle forme di prevenzione anteriore alla commissione dei reati, appartiene, secondo la più articolata impostazione criminologica, anche quella c.d. secondaria, volta a contenere le «tendenze» o predisposizioni alla devianza di specifici gruppi c.d. a rischio; diversamente dalla prevenzione c.d. terziaria, diretta a contenere la recidiva di autori di reati già commessi: BRANTINGHAM e FAUST, *A Conceptual Model of Crime Prevention*, in *Crime & Delinquency* 22, n. 3, 1976, 284 ss.; FORTI, *L'immane concretezza*, Milano, 2000, 107 s.

²⁶⁹ Cfr. PULITANÒ, *La cultura del controllo. Uno sguardo sulla storia recente del sistema penale italiano*, in CERETTI (a cura di), *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*, Milano, 2005, 109.

²⁷⁰ Fondamentale, al riguardo, MOCCIA [nota 106], 239.

²⁷¹ Ancora, MOCCIA [nota 106], 26 e 247 ss.

²⁷² V. le considerazioni sempre attuali di MARINUCCI [nota 46], 59 ss.

²⁷³ Cfr. BARBAGLI e GATTI, *Prevenire la criminalità*, Bologna, 2005, 39-57.

²⁷⁴ Per questa prospettiva criminologica v. FELSON e CLARKE, *Opportunity Makes the Thief. Practical Theory for Crime Prevention*, London, 1998.

²⁷⁵ Sulla scarsa attenzione per la rieducazione o le riforme sociali nelle teorie criminologiche incentrate sulla riduzione delle opportunità del crimine, cfr. LILLY, CULLEN e BALL, *Criminological Theory. Context and Consequences*, 4ª ed., Thousand Oaks, 2007, 272, 277.

²⁷⁶ Così magistralmente BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in ANASTASIA e PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, Milano, 2001, 19 ss. Per un'applicazione di tali principi alle politiche c.d. di 'sicurezza urbana', v. SESSA, *La «sicurezza urbana» come garanzia dell'esercizio di diritti fondamentali: un contributo alla razionalizzazione del «diritto punitivo municipale»*, in *Crit. dir.*, 2008, 47 ss.

²⁷⁷ Cfr. MOCCIA, *Legalità e flessibilità dell'intervento penale*, in *Crit. dir.*, 2002, 240.