

TEMI ED ATTUALITÀ PENALISTICHE

COLLANA DIRETTA DA

FRANCO COPPI GAETANO INSOLERA ALESSIO LANZI VINCENZO MAIELLO

Pasquale Troncone

LA SOSPENSIONE
DEL PROCEDIMENTO
CON MESSA ALLA PROVA

Nuove esperienze di scenari sanzionatori
senza pena



Giuridica Editrice



Volumi già pubblicati nella stessa collana:

1. V. Manes, *Il giudice nel labirinto*
2. R. Borgogno, *Segreto professionale e riservatezza*
3. R. Acquaroli, *La ricchezza illecita tra tassazione e confisca*
4. P. Sorbello, *L'abusivismo nel diritto penale dell'intermediazione finanziaria*
5. S. Turchetti, *Cronaca giudiziaria e responsabilità penale del giornalista*
6. A. Cadoppi, *Prostituzione e diritto penale*
7. C. Cassani, *Tutela penale della famiglia*
8. I. Merenda, *I reati a concorso necessario tra coautoria e partecipazione*
9. A. Cadoppi, *Cassazione e Legalità penale*

© Copyright – DIKE Giuridica Editrice, S.r.l. Roma

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservate per tutti i Paesi.

Progetto grafico della copertina

Chiara Damiani

Realizzazione editoriale

Studio Editoriale Cafagna, Barletta

Finito di stampare nel mese di novembre 2016

La sospensione del procedimento con messa alla prova

*Nuove esperienze
di scenari sanzionatori senza pena*

Pasquale Troncone



Giuridica Editrice
Roma

A mia madre

INDICE

Premesse per transitare da una vicenda performativa a un modello ordinante

- I) Per un nuovo ma problematico percorso processuale di sanzione non punitiva. Una tipica forma di metonimia penale 1
- II) Il concetto di materia penale interamente e apoditticamente assorbito dal diritto processuale. Rinegoziare il principio di legalità..... 7

La sospensione del procedimento con messa alla prova

- 1. Le fonti alla ricerca di nuovi corollari dommatici e una moderna ricollocazione del tema punitivo per favorire un “diritto penale inclusivo” 13
- 2. Verso un nuovo terreno di elezione della pena tra riposizionamento tematico e prassi applicativa 22
- 3. Il binomio punitivo tradizionale: dal concetto di “trattamento” del condannato all’effettiva “espiazione” della pena. La Corte Costituzionale come “fonte supplente” 29
- 4. L’inutile ossessione della pena carceraria. I propositi di superamento della logica panottica e le prassi degenerative 37
- 5. La necessità di coniugare la ragionevolezza del legislatore e la discrezionalità del giudice nei nuovi assetti punitivi 42
- 6. La duplice importanza dell’offerta rieducativa: integrazione sociale del condannato e riparazione della vittima 46
- 7. Gli esiti del “fiore all’occhiello” della riforma penitenziaria 55
 - a) La scoperta della maggiore efficacia punitiva dell’affidamento in prova al servizio sociale..... 55

b) Un nuovo fronte tematico nel settore del diritto punitivo: andragogia come risorsa trattamentale del probation system	62
8. La messa alla prova quale esercizio di un potere sanzionatorio atipico. Una forma di rinuncia sopravvenuta al potere punitivo dello Stato	65
8.1. La mutazione genetica del paradigma normativo punitivo	70
8.2. Il principio di intangibilità del giudicato messo in crisi dalla sopravvenuta illegalità della pena	75
8.3. Il dilagare improvvido delle formule di non punibilità. La “prova” superata come ipotesi di estinzione processuale della punibilità	77
9. Il probation processuale nella forma della messa alla prova dell’incolpato. Effetti del pragmatismo punitivo	81
10. Un nuovo percorso educativo o soltanto un espediente processuale deflattivo? Il rischio delle prassi prevaricatrici	85
11. La consanguineità normativa con due preesistenti istituti diversivi della penalità	93
11.1. La sospensione condizionale della pena	96
11.2. L’applicazione di sanzioni sostitutive su richiesta dell’imputato	98
11.3. La sospensione del processo e l’ammissione ai lavori di pubblica utilità per i soggetti tossicodipendenti	100
12. La sospensione del processo con la messa alla prova: un nuovo rito differenziato	103
13. Un primo bilancio della messa alla prova e una possibile prospettiva strategica per un moderno scenario sanzionatorio. Il burocratismo penale	112
 BIBLIOGRAFIA.....	 119
Dottrina	119
Fonti istituzionali	136
Giurisprudenza	136
Convegni e altre fonti	137

Padrone, lascialo ancora quest'anno, finché gli avrò zappato attorno e avrò messo il concime. Vedremo se porterà frutti per l'avvenire; se no, lo taglierai

(Vangelo di Luca 13, 6-9)



*PREMESSE PER TRANSITARE DA UNA VICENDA
PERFORMATIVA A UN MODELLO ORDINANTE*

I) Per un nuovo ma problematico percorso processuale di sanzione non punitiva. Una tipica forma di *metonimia* penale

La situazione umanamente intollerabile in cui vivono i detenuti nelle strutture del complesso carcerario italiano¹ e anche la notevole dimensione del carico giudiziario dei tribunali hanno imposto una decisiva accelerazione verso nuovi e più efficaci percorsi sanzionatori, in cui la punizione possa rappresentare l'*extrema ratio* in un nuovo scenario processuale nel quale il tentativo è di aprire il sistema penale a immediate occasioni di recupero sociale, anche attraverso la conciliazione con la vittima del reato che in questo modo acquista una sua, da sempre trascurata, centralità².

Così come la punizione deve essere pronta e tempestiva, allo stesso modo si sperimenta il recupero sociale senza condanna dell'incolpato, un'esperien-

¹ Il complesso sistema delle carceri italiane vive da molti decenni situazioni di inadeguatezza strutturale che soltanto vicende legislative occasionali ed estemporanee hanno evitato una congestione funzionale, come coglie analiticamente NEPPI MODONA G., *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia. I documenti*, Einaudi, Torino, 1973, pag. 1986, soprattutto nel paragrafo "Immobilismo e conservazione delle strutture carcerarie nell'ultimo ventennio". GARGANI A., *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2011, pag. 73. Per una impietosa analisi del sistema carcerario italiano e la comparazione con gli ordinamenti stranieri, si veda MANCONI L. – TORRENTE G., *La pena e i diritti. Il carcere nella crisi italiana*, Carocci Editore, Roma, 2015.

² La posizione della vittima del reato e di "vittima vulnerabile" ha guadagnato un vero e proprio *status* nel nostro sistema processuale penale per effetto della Direttiva n. 2012/29/UE in tema di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato recepita con il D.Lgs. 15 dicembre 2015 n. 212, pubblicato sulla G.U. n. 3 del 5 gennaio 2016; si veda il AA.Vv., *Commento alle nuove norme in materia di tutela della vittima del reato*, a cura di Spagnolo P., Belluta H., Bonini V., in www.lalegislazionepenale.eu, 5 luglio 2016. Per una prima ampia trattazione del tema, si rinvia a MANNOZZI G., *La giustizia senza spada*, Giuffrè, Milano, 2003. PALIERO C.E., *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Atti del Convegno Urbino 23-24 settembre 2005, Giuffrè, Milano, 2007, pag. 111.

za educativa di prova, pronta e tempestiva, che azzeri le ragioni del conflitto esaltando l'obiettivo della conciliazione delle parti.

Si tratta di un'impostazione punitiva nuova e singolare, per certi versi anodina, che sembra capovolgere i termini storici della questione penale nella consapevolezza che ormai la pena intramuraria non garantisce più una portata dissuasiva, soprattutto se il suo carattere afflittivo viene, di fatto, svilito con provvedimenti premiali o diversivi che ne depotenziano gli effetti punitivi e eludono lo spettro della limitazione della libertà personale, unico rimedio punitivo arcaico riconosciuto come centrale, anche se – forse – all'inizio del suo tramonto, dal nostro sistema penale³. Nella trattazione di questo nuovo scenario punitivo si svelerà che il contenuto della prova ripercorre i tratti tipici della pena, come una sorta di *metonimia* dove, pur mutando la denominazione formale, il contenuto rimane quello tradizionale.

Se la cornice di un simile intervento riformatore è in concreto costituita dall'altissimo numero dei residenti il carcere e a causa di essi la permanente lesione del principio di umanità della pena, che si è stabilizzato come un carattere di tipo fisiologico nella nostra esperienza penitenziaria, si comprendono ancora una volta le ragioni che spingono a esplorare esperienze punitive differenziate che possano comunque ancora garantire l'equazione illecito-punizione, seppure in una forma e con una portata effettiva diversa⁴. Sarebbe auspicabile un'occasione di punizione che spinga verso un percorso riconciliativo con la vittima e che orienti l'intero sistema punitivo verso un itinerario pedagogico che unisca colpevole e vittima, rieducando il primo e smorzando gli accenti vendicativi nella seconda, ma che allo stesso tempo non dia l'avvio a un "cantiere abolizionista".

L'individuazione di un nuovo possibile itinerario punitivo, se è così, deve essere reindirizzato verso obiettivi che siano in sintonia con i propositi di individualizzazione del recupero sociale del colpevole attraverso la gestione del conflitto, la cui risoluzione può rappresentare contestualmente il risultato

³ In STATI GENERALI DELL'ESECUZIONE PENALE, Indetti dal Ministero della Giustizia con d.m. 8 maggio 2015, *Documento finale 18 aprile 2016*, pag. 11-12: "In questa sede ci si deve limitare a denunciare il rischio di un sistema penale che ha perso la sua connotazione di sussidiarietà rispetto ad altri meccanismi di regolazione dei conflitti e di ricomposizione sociale e che sempre più assume la veste di un intervento punitivo-simbolico, spesso dettato dall'urgenza di risposte emotive a problemi che potrebbero essere altrimenti affrontati. Un sistema con tali caratteristiche tende a scaricare sull'ultimo suo tratto, quello della esecuzione delle pene, le inefficienze e le incongruenze sia di una legislazione ipertrofica in materia penale, sia di un armamentario sanzionatorio incentrato sulla pena detentiva, sia di un processo di cognizione i cui tempi di svolgimento inducono ad un eccessivo ricorso alla custodia cautelare".

⁴ Sul carcere, tra le "Voci di dentro", interessante la personale esperienza di studioso riferita da ALEO S., *Dal carcere. Autoriflessione sulla pena*, Pacini Editore, Pisa, 2016.

di un pieno ripristino della legalità sostanziale per l'ordinamento e la riparazione per la vittima del danno sociale derivante dal reato⁵.

In questo particolare momento storico per il sistema penale italiano s'intersecano due distinte esigenze, tra loro non contraddittorie ma potentemente innovative: l'una proveniente dalle istanze intrinseche di evoluzione dell'ordinamento penale italiano che guarda a una diversa aspettativa di punizione⁶; l'altra di provenienza sovranazionale – nello specifico europea – che, nel proporre (e talvolta imporre) un diverso modo di considerare la penalità, tenta di far convergere tutti gli ordinamenti nazionali verso un assetto di coerenza e di armonizzazione delle discipline regolative (vedremo che gli interventi normativi faranno leva esclusivamente sul diritto processuale piuttosto che su quello sostanziale)⁷.

Occorre prendere atto, prima di ogni altra considerazione, che attualmente la pena nella sua insuperabile ed esclusiva visione carcerocentrica⁸, quella più allarmante nell'immaginario punitivo, si presenta come: non pronta e tempestiva; non efficace, perchè non certa nella sua esecuzione; non dissuasiva contro la potenzialità recidivante; fortemente sospettata di essere di fatto contraria al senso di umanità; essa stessa paradossale fonte di risarcibilità; non conciliativa e non riparatrice. Del resto la legge 11 agosto 2014, n. 117 che pone a carico dello Stato italiano l'obbligo di risarcire i detenuti che hanno vissuto in una cella con requisiti difformi dai parametri stabiliti in sede europea ha certificato ancora una volta lo stato d'irreversibile *impasse* in cui versano le strutture carcerarie nazionali⁹.

⁵ Dalla sterminata letteratura sulla pena ci piace ricordare l'insegnamento di Aldo che coglie il senso del ripristino della legalità con il bisogno di umanizzare la pena, allontanandola dall'angusto ambito retributivo e attribuendone una prospettiva di recupero del reo e di umanizzazione delle forme di espiazione, in MORO A., *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, raccolte e curate da F. Tritto, Cacucci Editore, Bari, 2005, pag. 125.

⁶ MOCCIA S., *Riflessioni intorno al sistema sanzionatorio e propositi di riforma*, in www.lalegislazionepenale.eu, 9 settembre 2016.

⁷ A consolidare il sistema ordinamentale comune, per stabilire coerenza e omogeneità normativa, si pone l'ulteriore tassello introdotto recentemente con il D.Lgs. 15 febbraio 2016, n. 38 “Attuazione della decisione quadro 2008/947/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive”, pubblicato in GU 14 marzo 2016.

⁸ FORTI G. (intervista a), *Sulle riforme necessarie del sistema penale italiano: superare la centralità della risposta carceraria*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁹ Va preso atto che la stessa legge italiana nel prevedere un “risarcimento” riconosce indirettamente la sussistenza di un illecito, come viene specificato dalla rubrica della stessa legge: “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 26 giugno 2014, n. 92, recante disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonchè di modifiche al

L'espiazione intramuraria vissuta in condizioni contrarie al senso di umanità e l'impossibilità di trovare rimedi, misure diverse, differimenti dell'esecuzione, per evitare rilievi di illegittimità della pena anche da parte delle Istituzioni sovranazionali, spinge verso un deciso mutamento di orizzonte operativo.

Orbene, il lento scivolamento verso una nuova prospettiva sanzionatoria cade sotto la lente del penalista, chiamato a ragionare in termini di dogmatica e di garanzie dello statuto penale costituzionale, dunque, dei principi di carattere generale della materia penale stratificati nel corso di decenni e congegnati in una logica sistematica tutta da rivedere e rielaborare¹⁰. L'archetipo concettuale

codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all'ordinamento penitenziario, anche minorile", pubblicata in *G.U. Serie Generale n. 192 del 20 agosto 2014*. Sulle premesse di questa legge è stata posta la questione di risarcibilità, oltre che della riduzione della pena, nei confronti dei detenuti condannati alla pena dell'ergastolo (si legga ergastolo ostativo) al giudice di sorveglianza, il quale ha sollevato questione di legittimità costituzionale. La Corte, eludendo in realtà la questione relativa alla riduzione di pena, atteso che l'ergastolo non essendo temporaneo non può essere ridotto, e in questo modo evitando di considerare la natura dell'ergastolo come pena inumana e non rilevando alcuna violazione delle norme in materia di diritti fondamentali, ha stabilito che l'ergastolano possa essere soltanto risarcito ma nei suoi confronti non possa operare alcuna riduzione della pena, cfr. CORTE COST., sentenza n. 204 del 21 luglio 2016, in *www.cortecostituzionale.it*.

¹⁰ Di fronte a mutamenti epocali come quelli che si registrano nella legislazione contemporanea una riflessione sul ruolo del giurista è d'obbligo e non può non prendere avvio dalla riqualificazione delle relazioni virtuose chiamate a presidiare i nuovi scenari su cui si sviluppa la moderna legislazione penale, come sostiene RICCIO G., *Garantismo e dintorni. A proposito della crisi della giustizia*, Giapeto Editore, Napoli, 2015, pag. 27: "La situazione intellettuale coinvolge il giurista nel tema politico; sentimento, per taluni aspetti, ancora offuscato dal clima illuministico che sembra aver escluso quel soggetto dagli ambiti di intervento dei poteri pubblici, ove, viceversa, si combinano (= dovrebbero combinarsi) indissolubilmente principe (= potere) e accademia (= giurista), per unificare il luogo della decisione e la sede della riflessione, della preparazione, della ricerca e delle critica, attraverso cui il giurista, a monte, condivide la formazione delle leggi e, valle, cura la loro corretta interpretazione". Il giurista "ortodosso" è infatti disorientato dai nuovi canoni normativi che discendono dai formanti giurisprudenziali (si pensi alla sentenza Contrada,...), senza più ritrovare la tavola dei principi che regolano la legislazione che ha perso il monopolio della fonte normativa. Su altro versante e in chiave fortemente critica sul ruolo dei giuristi, la cui funzione esclusivamente autoreferenziale impedisce un dialogo orientato al confronto e alla crescita delle idee, si veda ALEO S., *Dei giuristi e dintorni*, Cedam, Padova, 2014, in particolare da pag. 379. Occorre dunque ripristinare un dialogo costante e serrato prima che intervenga la decisione legislativa, per restituire al legislatore il ruolo guida del settore normativo e anche di credibilità nei confronti della giurisdizione, unico canone in grado di ripristinare il primato della legge. Le coordinate identificative dello statuto costituzionale del diritto penale, consolidato dai margini della certezza e dalle garanzie della stretta legalità, sono chiaramente illustrate da STAIANO S., *Per orbite ellittiche. Modello garantista, valore della certezza, diritto penale*, in *www.aic.it*, pag. 12. Il malessere del giuridico è forse molto più profondo e colpisce i caratteri costitu-

traduce la pena in “castigo”, “sofferenza”, “penitenza”, che finisce per comprendere istanze di tipo normativo e implicazioni di tipo morale-emendativo, attraverso un passaggio di dolorosa espiazione determinato dalla violazione della norma penale che impone il ripristino della legalità.

Il primo carattere che sicuramente cede il passo a questo nuovo scenario punitivo di tipo riparatorio-deflattivo è quello retributivo, premessa irrinunciabile un tempo per un’accettabile esperienza afflittiva (personale del reo) soddisfacente (sociale). Eppure emergono importanti interrogativi che meritano una risposta: la privazione della libertà personale ha ancora un senso se inserita in un contesto normativo dove esistono rimedi sospensivi ed elusivi della esecuzione in carcere? Misure interdittive o prescrizioni inabilitative personali temporanee non sono forse più funzionali ai propositi di effettiva espiazione? La misura ablativa della confisca patrimoniale non si è rivelata negli ultimi anni più efficacemente afflittiva per il reo¹¹? Ipotesi di sospensione della pena e benefici penitenziari non hanno favorito il depotenziamento del carattere punitivo della pena come a noi nota dal catalogo del 1930?¹²

Le istanze di riforma del sistema penale e della legislazione penale che provengono dalle sedi europee hanno ormai decretato una decisa accelerazione all’intento riformatore¹³. Si tratta, è vero, di innesti normativi e istituti processuali non sempre convergenti con la filosofia di fondo del sistema penale italiano, ma il raggiunto limite di disordine concettuale e la labirintica trama del percorso esecutivo della pena (una per tutte la sedimentazione prasseologica del processo bifasico¹⁴), volge nel senso di una seria rivisita-

tivi del diritto, come l’imperatività e la coattività, come sostiene CATANIA A., *La metamorfosi del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2008.

¹¹ JESCHECK H., *La pena pecuniaria, moderno mezzo di politica criminale ed i problemi ad essa connessi*, in *L’ind.pen.*, 1977, pag. 365.

¹² PALAZZO F., *Esecuzione progressiva e “benefici” penitenziari: che cosa conservare*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, in ricordo di Adolfo Beria di Argentine, Giuffrè, Milano, 2002, pag. 369 ove si mette in luce che nel *probation* si annida il rischio della rinuncia a punire. ONIDA V., *Carcere: la scommessa della rieducazione*, intervista riportata in *Aggiornamenti sociali*, 2012, pag. 142: “Forse ancora non si è trovato il modo di sostituire largamente ed efficacemente le pene carcerarie con altre forme di pena, ma è indubbio che si dovrebbe lavorare in questa direzione, pere un sistema sanzionatorio adeguato a molti se non a tutti i tipi di reati. Le difficoltà, a questo proposito, discendono, oltre da un atteggiamento culturale, dal fatto che attuare tali forme di pena richiede strumenti e risorse, soprattutto organizzative, di cui il nostro Stato dispone scarsamente”. Un progetto di lavoro per l’edificazione di un sistema ordinante è suggerito da EUSEBI L., *Senza politica criminale non può darsi diritto penale. L’essere e il dover essere della risposta ai reati nel pensiero di Massimo Pavarini*, in *Criminalia*, 2015, pag. 477.

¹³ Un ampio quadro evolutivo sul ricorso alle misure alternative come recepimento di istanze sovranazionali è tracciato da BERNARDI A., *L’evoluzione in Europa delle alternative alla pena detentiva tra comparazione e impulsi sovranazionali*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2016, pag. 51.

¹⁴ Sul tema il CONVEGNO “*Il sistema dei controlli ed il giudice della pena nella bozza di*

zione dell'impianto normativo nazionale che inevitabilmente deve aprirsi a soluzioni di funzionalità, unico rimedio per risolvere la situazione di stallo e di disorientamento normativo¹⁵.

La ricerca di una radicale e soddisfacente soluzione legislativa deve però trovarsi in piena sintonia con la prospettiva costituzionale e con i principi consolidati del nostro sistema, in modo da evitare interventi tesi a soddisfare la sola finalità deflattiva e, in definitiva, confondere la flessibilità punitiva con la elusione della penalità¹⁶.

L'attuale crisi dello stato sociale impone anche di sviluppare una riflessione ulteriore sulla tenuta dello stato di diritto dove l'istinto alla conservazione degli assetti deve fare i conti con la patologica radicalizzazione della burocrazia decisionale, aprendo il tema a un nuovo e diverso orizzonte culturale¹⁷.

riforma del processo penale" elaborata dalla Commissione Riccio, organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza, dal Dipartimento di discipline giuridiche ed economiche italiane, europee e comparate, nonché dalla Scuola di specializzazione per le professioni legali della Seconda Università degli Studi di Napoli, S. Maria Capua Vetere 30 novembre 2007, relatori – tra gli altri – il Prof. Giuseppe Riccio e uno dei componenti Cons. Giovanni Canzio.

¹⁵ Sul punto fortemente critico è l'intervento di RICCIO G., *Garantismo e dintorni cit.*, pag. 23: "Ma il compito più importante è (=dovrebbe essere) quello di dissuadere il legislatore dal persistere sulla strada di poco sistematici tentativi di "tamponamento" dei settori critici del diritto e del processo con iniziative disorganiche se non, addirittura, contraddittorie (di cui si dirà)".

¹⁶ Su questo concreto rischio mette opportunamente in guardia CAVALIERE A., *Luci ed ombre nel sistema sanzionatorio dello schema di legge delega 2007*, in *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, Esi, Napoli, 2009, pag. 651, il quale, rispetto alla proposta formulata in sede di Commissione di riforma del codice penale di inserire la messa alla prova per gli adulti, rilevava come l'assenza di una rielaborazione di un moderno catalogo delle pene e la mancata messa a punto degli altri istituti sospensivi della pena "rischia di assecondare una nonchalance indulgenzialistica".

¹⁷ Il tema tocca alla radice il principio di democrazia e in questo la funzione di un diritto penale effettivo, non compulsivo, fuori da schemi sclerotizzati, come sostenuto da ALEO S., *Il diritto flessibile. Considerazioni su alcune caratteristiche e tendenze del sistema penale nella società attuale, con riferimento particolare alla materia della criminalità organizzata*, in *Rass. penit. e criminol.*, 2004, n. 2, pag 1: "Le funzioni di segno positivo, e propositivo, o propulsivo, dello Stato sociale non sono formalizzabili al pari, nella stessa misura, di quelle di segno negativo, e prevalentemente inibitorio, dello Stato liberale. Si pensi alla funzione di rieducazione del reo, ma anche al diritto minorile, al diritto di famiglia. La legge definisce, e attribuisce direttamente all'operatore, la funzione di realizzare, in concreto, e stabilisce il procedimento. Le leggi sono sempre più rivolte direttamente agli operatori e sempre meno direttamente ai cittadini. La norma penale svolge dunque funzioni ulteriori rispetto a a quelle di definizione e sanzione della fattispecie, rispetto a cui valeva in modo esaustivo il modello dell'astrattezza e generalità. Al diritto vengono attribuiti molti più compiti e compiti molto più complessi rispetto al modello dello Stato regolatore dei rapporti e dei conflitti fra gli individui". Tema ripreso in chiave metodologica in ALEO S., *Causalità, complessità e funzione penale. Per un'analisi funzionalistica dei problemi della responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2009.

II) Il concetto di materia penale interamente e apoditticamente assorbito dal diritto processuale. Rinegoziare il principio di legalità

Una necessaria e ulteriore premessa di metodo va posta per definire i confini della “materia penale” oggetto della Convenzione EDU e il duplice e paritario livello tra diritto penale sostanziale e diritto processuale¹⁸. Talvolta, l’incoerente approccio della giurisprudenza europea rispetto ai temi della materia penale nazionale dipende essenzialmente dal fatto che i termini di valutazione dei due ordinamenti sono dissimili, poiché sono declinati in maniera diversa i principi che regolano il processo e quelli che regolano la materia dei delitti e delle pene¹⁹.

Questa, per noi italiani, diversione metodologica determina direzioni opzionali che non sono sempre in linea con i consolidati del nostro sistema penale, anche se appare innegabile che l’opera di armonizzazione delle fonti nazionali avviene per “direzioni dinamiche”, quali appunto quelle tipiche del diritto processuale²⁰.

La giurisprudenza convenzionale europea si rivolge al giudice interno, esigendo di conformarsi alle decisioni in forza dei principi comuni della Convenzione e non al legislatore nazionale, il cui intervento potrebbe, per la sovranità che gode, non aderire esattamente all’indicazione sovranazionale, provocando eterogeneità di determinazioni²¹.

¹⁸ La fonte di riferimento resta ancora una volta la decisione giurisprudenziale contenuta in *Corte.eur.dir.uomo, Grande camera, sent. 23 novembre 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi*, in *www.echr.coe.int*, per cui contano tre criteri: a) la qualificazione data dal sistema giuridico dello Stato convenuto all’illecito contestato; b) la natura sostanziale dell’illecito commesso vale a dire se si è di fronte ad una condotta in violazione di una norma che protegge il funzionamento di una determinata formazione sociale o se è invece preposta alla tutela *erga omnes* di beni giuridici della collettività; c) il grado di severità della pena che rischia la persona interessata poichè in una società di diritto appartengono alla sfera «penale» le privazioni della libertà personale suscettibili di essere imposte quali punizioni, eccezione fatta per quelle la cui natura, durata o modalità di esecuzione non possano causare un apprezzabile danno”.

¹⁹ VIGANÒ F., *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. it.dir. e proc.pen.*, 2007, pag. 42. Per le questioni più ampie che attengono alle fonti e al superamento della codificazione e di quella nazionale la bibliografia è ampia a partire da DALMAS-MARTY M., *Dal codice penale ai diritti dell’uomo (Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l’homme – Paris 1986)*, Giuffrè, Milano, 1992; SOTIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano, 2007.

²⁰ Sulla questione del prevalente interesse per la materia processuale si veda GIUNCHEDI F., *La tutela dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU: La Corte europea dei diritti dell’uomo come giudice di quarta istanza?*, in *Arch.pen.*, Fasc. 1, 2013, pag. 6.

²¹ MANES V., *La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) penale interno*, a cura di V. Manes e V. Zagrebelsky, in *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011. La so-

Il divenire delle decisioni assunte sempre in chiave di diritto processuale ha offuscato in questo modo il tema delle garanzie del diritto sostanziale, al punto che, ad esempio, il principio di retroattività favorevole riconosciuto anche dall'art. 7 della Convenzione EDU è stato aggirato favorendo l'applicazione retroattiva della pena dell'ergastolo facendo leva sul fatto che la norma che introduceva un nuovo regime di prescrizione del reato era di carattere processuale e non sostanziale, per cui finiva per prevalere il principio di imprescrittibilità del reato (nel caso specifico di strage aggravata, di cui si dirà più innanzi).

Peraltro, la svolta sulle fonti si è avuta attraverso il ricorso alle "Decisioni quadro" che sono fondate sul mutuo riconoscimento e che assolvono essenzialmente a finalità di armonizzazione dei sistemi giudiziari. Basta pensare alle decisioni quadro: sul mandato di arresto europeo (2002/584/GAI); quella in tema di confisca di beni, strumenti e proventi di reato (2005/212/GAI); quelle sull'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie (2005/214/GAI) e delle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, per la loro esecuzione nell'Unione europea (2008/909//GAI); quella sul mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali (2008/978/GAI); quella di applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare (2009/829/GAI).

E seppure con grande ritardo, il nostro ordinamento ha recepito le decisioni quadro con appositi decreti legislativi: con il d.lgs. 34/2016 "La costituzione di squadre investigative comuni"; d.lgs. 35/2016 "L'esecuzione dei provvedimenti di blocco dei beni e di sequestro probatorio"; d.lgs. 36/2016 "Il riconoscimento alle misure alternative alla detenzione cautelare"; d.lgs. 37/2016 "Il riconoscimento alle sanzioni pecuniarie"; d.lgs. 38/2016 "Il riconoscimento delle sentenze di condanna con pena sospesa"; d.lgs. 31/2016 "Il rafforzamento dei diritti processuali nel mutuo riconoscimento delle decisioni *in absentia*"; d.lgs. 29/2016 "La prevenzione e la risoluzione dei conflitti di giurisdizione in materia penale"; si tratta di determinazioni normative in materia giudiziaria e quindi di natura esclusivamente processuale, anche se la radice, e con essa i principi e le regole di governo della legalità, sono di evidente matrice sostanziale.

vraesposizione del ruolo del giudice, che finisce per assumere un ruolo politico sganciandosi dal vincolo subordinante della legalità, e con esso del processo penale che invade gli spazi della determinazione dei divieti e delle sanzioni è lucidamente trattato da DONINI M., *Il diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico quale "tipo di autore"*, Stem Mucchi Editore, Modena, 2014, in particolare il paragrafo: "Un pluralismo trasferito nel processo penale e fonte di conflitti giuridici".

Ed infatti, i veri punti di tensione con il nostro ordinamento si sono registrati nei casi in cui la norma processuale interferisca con la norma di natura sostanziale, prevaricando i principi di garanzia del diritto penale, come nel caso della confisca la cui natura giuridica, pur stante la plurima valenza dei fini, è stata rimodellata da misura di sicurezza a vera e propria sanzione penale. Da qui la facile elusione del rigido statuto di garanzia della legalità penale sostanziale a favore di un sistema di garanzie più flessibile e più governabile, tipico della materia processuale²². In questo ampio quadro informativo non va trascurato anche il superamento del principio di intangibilità del giudicato un tempo amministrato in maniera rigorosissima e stringente dal comma 3 dell'art. 630 c.p.p. (anche su ciò, più avanti).

Il giurista contemporaneo avverte, dunque, una vera e propria crisi culturale di effettività dei principi di garanzia, di governo della materia penale e di debolezza di coattività della norma, che origina dai diversi termini in cui oggi si pone il tema del giuridico che vede al centro il giudice e non più il legislatore²³. La nuova stagione del garantismo si apre con lo sguardo rivolto

²² Il versante di questa nuova stagione del “giuridico” che irrompe sul terreno dei consolidati assetti delle garanzie del nostro sistema costituzionale, è al centro della riflessione di RICCIO G., *L'editoriale*, in *Diritto e Giustizia Minorile – Rivista trimestrale*, Fasc. 1, 2015, pag. 8: “Questa filosofia la dice lunga sulla cura della legalità nei diversi settori di questo Paese; e la dice lunga, in particolare, se si pensa alle forme con cui questo stato democratico e costituzionale intende risolvere il più che centenario problema, ora con leggi che “camuffano” la deflazione processuale alimentando il ricorso alla prescrizione, ora con farse giudiziarie di tono clemenziale per il “recupero” del condannato anche se questo ha ricoperto per vent’anni incarichi istituzionali di più alto prestigio, ora con nuove forme di “messa alla prova” per adulti, che modifica alla radice natura e funzione della “misura” comunque utile per “aggirare” i moniti europei e per evitare tristi destini di “malcapitati” concorrenti”.

²³ Sul tema della fonte di legittimazione della fonte si veda PADOVANI T., *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014. RICCIO G., *Garantismo e dintorni cit.*, pag. 27. Si veda anche la complessa panoramica fornita da SALCUNI G., *L'interpretazione conforme al diritto europeo e la legittimazione democratica del giudice*, in www.la legislazione penale.eu, 2016. Il disagio della diversa legittimazione della fonte del diritto, che nel diritto penale assume connotazioni preoccupanti come *vulnus* ai diritti fondamentali di garanzia, è anche avvertita in altri settori dell'ordinamento, in particolare nel settore processuale civile. Seppure in assenza delle stringenti regole di garanzia dell'ordinamento penale, suona come un allarme da cogliere la riflessione di VERDE G., *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Esi, Napoli, 2012, pag. 95-98: “Da noi – non dimentichiamolo – **l'esclusione della giurisprudenza dal novero delle fonti del diritto è figlia della separazione dei poteri** (il grassetto è nostro), avvertito come baluardo a difesa degli ordinamenti democratici, là dove nella cultura degli ordinamenti di common law il problema si pone in modo affatto diverso”. E ancora in maniera più penetrante: “Si osserva che quest'ultima – n.d.r. la CEDU – intervenendo sul principio di legalità fissato dall'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ha stabilito il vincolo dell'interpretazione conforme a somiglianza dello *stare decisis* degli ordinamenti anglosassoni. La Corte perviene a questo risultato perché per essa è legge sia il diritto scritto che quello non scritto. La Corte equipara, così, il concetto di diritto a quello di legge”.

a un diritto che si allontana dal tradizionale (e forse dogmatico) assetto che si preoccupa di governare i principi di garanzia attraverso la regola di condotta e la sua sanzione, per aprirsi a prospettive tipiche di altri assetti ordinamentali dove al centro è posto il rapporto “giudice – persona da giudicare” e i suoi diritti processuali²⁴. Con l’evidente traslazione del baricentro normativo per cui conta in maniera sovrastante il rispetto delle garanzie della persona sul rispetto della legge come strumento “potenziato” di garanzia²⁵.

L’assenza di una guida sicura costituita dal principio di legalità sancito da una norma di fonte alta porta a uno squilibrio di tutte le altre fonti subor-

E poi, infine, come una naturale conseguenza: “Nella già ricordata giurisprudenza della S.C. (e in altre recenti pronunce della S.C.) si scorge una, a mio avviso, preoccupante tendenza a riconoscersi il potere di “fare diritto” – che è cosa ben diversa dal concorrere a formare il “dritto vivente”.....”. Il ruolo della legalità normativa è diventata anche oggetto di una riflessione che supera i confini continentali e gli steccati ordinamentali, spingendo a riflettere sui fondamenti della democrazia contemporanea e sul ruolo sempre più pervasivo del giudice, soprattutto delle Alti Corti, come analizzato da BORK R.H., *Il giudice sovrano. Coercing virtue* (2002), Liberilibri, Macerata, 2004, pag. 211: “Uno dei principi basilari delle civiltà occidentali è la *rule of law*, cardine dei sistemi democratici, di un’economia sana e delle libertà individuali. Affinchè tale principio sia realmente efficace, è necessario che la legge sia ritenuta in possesso di una forza e un peso morale suoi propri, indipendenti dai conflitti politici e culturali del momento. In altre parole, il rispetto della *rule of law* può garantire il principio di legalità, dal quale dipendono la stabilità, la sicurezza e la capacità del popolo di governarsi. Date queste premesse, è triste constatare che la supremazia della legge viene più spesso confusa con, se non soverbita, da quella dei giudici”. La complessa questione della centralità della giurisdizione a dispetto della legge nazionale è oggetto di analisi anche nel diritto amministrativo, cfr. CASSESE S., *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Il Mulino, Bologna, 2008, pag. 34: “Nel modello che si è sviluppato di recente, invece, gli Stati sono subordinati a giudici non statali”.

²⁴ Il caso del c.d. “concorso esterno” all’associazione mafiosa rappresenta il paradigma di questa nuova stagione di “legalità giurisprudenziale” che pone nuova materia di indagine e di rinnovata riflessione al giurista, sul tema DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 giugno 2015. DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 giugno 2016, pag. 20 e seg. Per tutte le altre questioni e i profili problematici si rinvia all’ampia e puntuale trattazione di MAIELLO V., *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Giappichelli, Torino, 2014, pag. 99. Sotto altro profilo, tenendo anche conto della responsabilità di illecito interpretativo che si pone in capo allo Stato, è puntuale la ricostruzione di DONINI M., *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv.it.dir.e proc.pen.*, 2016, pag. 346, che sottolinea “Il difetto di tassatività come violazione di un diritto-dovere, non come “scusante” per il singolo”.

²⁵ DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell’interpretazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 novembre 2012. PULITANÒ D., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo ermeneutica e riserva di legge*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 luglio 2015. PALAZZO F., *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir.pen. e proc.*, 2015, pag. 1061. MAIELLO V., *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir.pen. e proc.*, 2015, pag. 1008.

dinate e alla necessità di ricorrere a quell’Autorità che nei rapporti di forza appare la più potenziata da un “diritto in azione”²⁶. A questo punto è evidente che il diritto penale si è spostato dal terreno della “regola del diritto” a quello della “regola del giudizio” e in questo nuovo quadro la politica giudiziaria finisce per indirizzare (in forma eterogenea) anche la politica criminale²⁷. Non a caso la mancanza di regole normative fondamentali di legittimazione (una Costituzione europea) della legge sovranazionale che garantiscano il primato della legalità apre un inedito scenario sulla centralità che assume l’interpretazione-legge delle Alte Corti europee, del tutto sconosciuto allo schema culturale delle fonti del nostro diritto e, per questo, dal profilo ambivalente e disorientante²⁸.

In definitiva, anche l’istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova (e si badi all’importanza della sottolineatura del profilo processuale) non sfugge all’ambivalenza del doppio livello degli ordinamenti, ove occorre verificare il particolare contenuto di valore dell’istituto e il cui profilo punitivo va attentamente indagato.

²⁶ Sul tema delle fonti atipiche e sulla comparazione della legalità giurisprudenziale si rinvia a CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 2014. Ritorna sulla legalità e sull’opera propositiva della giurisprudenza europea, seppure attraverso il filtro culturale dell’opera di Cesare Beccaria, CADOPPI A., *Perché il cittadino possa “...esattamente calcolare gl’inconvenienti di un misfatto. Attualità e limiti del pensiero di Beccaria in tema di legalità*, in *Ind.pen.*, 2015, pag. 590.

²⁷ ESPOSITO A., *Il diritto penale flessibile: quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Giappichelli, Torino, 2008.

²⁸ MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profilo delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Ed. Dike, Roma, 2012, in particolare da pag. 22. EUSEBI L., *Nemmeno la Corte di Giustizia dell’Unione Europea può erigere il giudice a legislatore. Note in merito alla sentenza Taricco*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 dicembre 2015. Sul punto, nell’intravedere una strategia di lungo respiro e su vasta scala, di nuovo BORK R.H., *Il giudice sovrano cit.*, pag. 214: “Siamo di fronte allo sviluppo di una sorta di *common law* costituzionale internazionale. Internazionale perché i giudici nazionali hanno cominciato a ispirarsi alle decisioni di quelli stranieri e per la rapida e recente proliferazione di tribunali internazionali chiamati ad applicare trattati, convenzioni e tutto quanto decidono di nominare diritto internazionale consuetudinario. Costituzionale perché le corti sottolineano che le loro decisioni controllano il potere legislativo e questo obbedisce”.



*LA SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO
CON MESSA ALLA PROVA*

SOMMARIO: **1.** Le fonti alla ricerca di nuovi corollari dommatici e una moderna ricollocazione del tema punitivo per favorire un “diritto penale inclusivo” – **2.** Verso un nuovo terreno di elezione della pena tra riposizionamento tematico e prassi applicativa – **3.** Il binomio punitivo tradizionale: dal concetto di “trattamento” del condannato all’effettiva ”espiazione” della pena. La Corte Costituzionale come ”fonte supplente” – **4.** L’inutile ossessione della pena carceraria. I propositi di superamento della logica panottica e le prassi degenerative – **5.** La necessità di coniugare la ragionevolezza del legislatore e la discrezionalità del giudice nei nuovi assetti punitivi – **6.** La duplice importanza dell’offerta rieducativa: integrazione sociale del condannato e riparazione della vittima – **7.** Gli esiti del “fiore all’occhiello” della riforma penitenziaria: **a)** l’inattesa maggiore efficacia punitiva dell’affidamento in prova al servizio sociale; **b)** un nuovo fronte tematico nel settore del diritto punitivo: andragogia come risorsa trattamentale del *probation system* – **8.** La messa alla prova quale esercizio di un potere sanzionatorio atipico. Una forma di rinuncia sopravvenuta al potere punitivo dello Stato – **8.1.** La mutazione genetica del paradigma normativo punitivo – **8.2.** Il principio di intangibilità del giudicato messo in crisi dalla illegalità della pena – **8.3.** Il dilagare improvvido delle formule di non punibilità. La “prova” superata come ipotesi di estinzione processuale della punibilità – **9.** Il *probation* processuale nella forma della messa alla prova dell’incolpato. Effetti del pragmatismo punitivo – **10.** Un nuovo percorso educativo o soltanto un espediente processuale deflattivo? Il rischio delle prassi prevaricatrici – **11.** La consanguineità normativa con tre preesistenti istituti diversivi della penalità – **11.1.** La sospensione condizionale della pena – **11.2.** L’applicazione di sanzioni sostitutive su richiesta dell’imputato – **11.3.** La sospensione del processo e l’ammissione ai lavori di pubblica utilità per i soggetti tossicodipendenti – **12.** La sospensione del processo con la messa alla prova: un nuovo rito differenziato – **13.** Un primo bilancio della messa alla prova e una possibile prospettiva strategica per un moderno scenario sanzionatorio. Il burocratismo penale.

1. Le fonti alla ricerca di nuovi corollari dommatici e una moderna ricollocazione del tema punitivo per favorire un “diritto penale inclusivo”

Alla luce dei nuovi orientamenti legislativi, essenzialmente di matrice europea, s’impone una riflessione sull’attuale situazione del sistema penale italiano che persevera nella sua linea costitutiva – e guai se così non fosse –

dell'accertamento della penale responsabilità degli imputati ma che si arrende sul terreno dell'effettiva esecuzione della pena¹.

Appaiono pertanto assolutamente fondate le preoccupate riflessioni espresse da più parti sullo stato di ineffettività della sanzione penale e sulla progressiva disgregazione del sistema sanzionatorio senza, tuttavia, che si favorisca un concreto ricorso a rimedi capaci di fornire una risposta incisiva, efficace, operativa e sistematica al bisogno di pena che si leva nella società contemporanea². Ciononostante, in questo vuoto di concrete iniziative non mancano forti segnali in controtendenza: da un lato la pena, soprattutto quella carceraria, ha perso la sua effettività; dall'altro aumenta il bisogno di pena, come semplice induzione di fobia della pena, considerato unico rimedio agli allarmanti fenomeni di dissesto sociale dove il principio di *extrema ratio* è stato surrogato da quello di avamposto del controllo sociale³.

¹ FIANDACA G. – DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003, pag. 15. Del resto la relazione tra illecito e sanzione, come si vedrà anche più avanti, giustifica reciprocamente l'esistenza delle due componenti, come sottolinea DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 95: "Non è infatti possibile neppure "descrivere" e "comprendere" il diritto penale esistente, quello della realtà effettuale dell'ordinamento, se non si tengono distinti i momenti della funzionalizzazione degli illeciti, da un lato, e delle rispettive sanzioni, dall'altro, essendoci un rapporto indissolubile di interrelazione reciproca fra quelle due dimensioni". Sul fondamento del rimprovero appaiono particolarmente significative le osservazioni di VON HIRSCH A., *L'esistenza della istituzione della pena: rimprovero e prevenzione come elementi di una giustificazione*, in *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, a cura di Luigi Stortoni e Luigi Foffani, Giuffrè, Milano, 2004, in particolare pag. 138. AA. VV., *Quale pena. Problemi e riflessioni sull'esercizio della punizione legale in Italia (1992-2004)*, Unicopli, Milano, 2004. La necessità della punizione inflitta certa e ineludibile, sia pure per ristabilire la giustizia violata e placare l'ira divina, era già chiara in Carpzov, cfr. MOCCIA S., *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Editoriale Scientifica Srl, Napoli, 1979, pag. 26.

² DOLCINI E., *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 1107, dove l'epilogo del saggio reca un titolo che non ammette alcuna replica: "Un sistema privo di credibilità".

³ Il dibattito sulla pena, occorre precisarlo per uscire dalle spire di un possibile equivoco, si intreccia talvolta con il dibattito sul senso moderno da assegnare al concetto di giustizia. Sembra quasi che nel dibattito culturale svolto negli ultimi anni vi sia una strisciante confusione tra i due concetti. Si tratta evidentemente di due versanti certamente diversi: il senso della giustizia, sul piano etico e sul piano giuridico, non sempre coincide con il desiderio di punizione. Anzi, talvolta, l'esercizio della clemenza che annulla la punizione può rappresentare nel suo significato più profondo il ristabilimento della giustizia. Sulla complessa tematica si veda MARTINI C.M. – ZAGREBELSKY G., *La domanda di giustizia*, Einaudi, Torino, 2003. Gli effetti di disgregazione sociale e di ribellismo atipico – si veda terrorismo-, che hanno dato luogo alla moderna etichettatura di sicurezza al concetto tradizionale di pubblico ordine e di tranquilla convivenza sociale si presenta a partire dalla fine degli anni '90 comune a tutti gli ordinamenti penali moderni, cfr. WACQUANT L., *Parola d'ordine tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale*, Feltrinelli, Milano, 2000. Per l'indagine sugli "scopi

Chiusa la strada al ricorso generalizzato e periodico a misure di clemenza⁴ il sistema penale italiano lamenta ancora oggi l'assenza di un moderno catalogo di sanzioni penali accortamente conformato al principio costituzionale di rieducazione del condannato. Il vecchio arsenale delle pene stabilito dal codice Rocco, opportunamente connotate da un vistoso potenziale general-preventivo⁵, limita in realtà la propria efficacia deterrente all'ambito della minaccia edittale di pena, senza alcuna severa ricaduta sul terreno della sua concreta applicazione. In questa affermazione è probabilmente insita la ragione per cui si è avviato un lento ma progressivo processo di degenerazione del sistema sanzionatorio in Italia⁶.

Non bisogna, infatti, trascurare che l'entrata in vigore della Carta costituzionale repubblicana, attraverso il fondamentale paradigma stabilito all'art. 27 Cost., ha determinato il capovolgimento del sistema culturale di approc-

latenti della pena" e sistema sociale, si rinvia a BARATTA A., *Sistema penale ed emarginazione sociale*, in *La questione criminale*, 1976, pag. 237 e ss. SANTORO E., *Le politiche penali nell'era della globalizzazione*, in *Rass.penit. e crimin.*, Roma, n. 3, 2002, pag. 75 e ss. AA.VV., *Rapporto sulla criminalità in Italia*, a cura di Marzio Barbagli ed in particolare SELMINI R., *Le politiche di sicurezza: origini, sviluppo, prospettive*, Il Mulino, Bologna, 2003, pag. 611 e ss. Per un'analisi puntuale dei guasti prodotti sul sistema delle pene nel corso del tempo, in ragione di modifiche che nell'intento di ammorbidire gli effetti criminogeni del carcere hanno enfatizzato "l'inutilità della sanzione detentiva breve", si veda MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Esi, Napoli, 1995, in particolare da pag. 139 e ss.

⁴ Sul tema dei periodici provvedimenti di clemenza e sul significato normativo delle prassi di clemenza, si veda MAIELLO V., *Clemenza e sistema penale. Amnistia e indulto dall'indulgentia principis all'idea dello scopo*, Esi, Napoli, 2007.

⁵ ROCCO A., Sul disegno di legge "Delega al Governo del Re della facoltà di emendare il Codice penale, il Codice di procedura penale, le leggi sull'ordinamento giudiziario e di apportare nuove modificazioni e aggiunte al Codice civile", ora in *Discorsi parlamentari*, Il Mulino, Bologna, 2005, pag. 262 e ss.

⁶ Lucidamente il tema della concreta inflizione della pena, seppure in presenza di molteplici ipotesi elusive stabilite dal diritto sostanziale e dal diritto processuale penale, è posto al centro della riflessione di DI MARTINO A., *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Giuffrè, Milano, 1998, in particolare pag. 57 e ss. In realtà l'Autore traccia un modello di intervento normativo che finisce di agire in maniera determinante sulla categoria della "punibilità", al punto che tutti gli strumenti del trattamento penitenziario – si vedano le molteplici forme delle misure alternative alla detenzione – non possono non rientrare nel novero complessivo delle ipotesi rilevanti. E del resto anche gli istituti elusivi della responsabilità penale, come la messa alla prova o la particolare tenuità del fatto, finiranno per assumere le medesime caratteristiche operative. La riflessione sulla mutabilità delle tipologie sanzionatorie è anche al centro del lavoro di VIGONI D., *La metamorfosi della pena nella dinamica dell'ordinamento*, Giuffrè, Milano, 2011. Molto interessante è notare come il diritto penale sostanziale, almeno nella diffusa manualistica, non tratta in maniera sinergica il tema della pena e delle misure alternative alla detenzione carceraria, limitandosi a enunciare genericamente che nella fase dell'esecuzione la pena può assumere caratteri e contenuti diversi. Resta indicativo ed esauriente, dunque, su questo versante ALEO S., *Il sistema penale*, Giuffrè, Milano, 2008, da pag. 419.

cio alla pena e alla sua finalità⁷. Ragioni di tipo emotivo, inoltre, non hanno trovato un legislatore pronto a fornire risposte tempestive e adeguate che, invece di mirare ad una riduzione complessiva del generale carico sanzionatorio codicistico attraverso la mitigazione delle pene (iniziativa avviata con l'abolizione della pena di morte che ha segnalato in prima istanza lo squilibrio "in alto" della scala delle sanzioni), hanno spinto a ricorrere ad istituti estranei alla tradizione giuridica italiana con rimedi che hanno finito per aggirarne il sistema e non cogliere quella fondamentale occasione per rifondare il sistema⁸. Tutto ciò ha conferito ai diversi rimedi il sapore di pratiche deflattive e addirittura indulgenziali (come si vedrà più avanti con le misure alternative alla detenzione⁹) generando discredito sul principio di effettività della sanzione penale¹⁰. A ciò si aggiunga che i lunghi tempi in cui si snoda il percorso processuale di inflizione della pena, appesantiti anche da interventi normativi di tipo sospensivo introdotti negli ultimi anni con leggi del settore penitenziario funzionali a logiche con finalità defatiganti¹¹, hanno poi depotenziato anche il carattere pedagogico-rieducativo (o meglio andragogico-rieducativo, come si vedrà sempre più avanti) della sanzione penale, per sconfinare nella generalizzata convinzione di sostanziale impunità per i colpevoli¹².

⁷ Per tutti si veda FIANDACA G., *Commento all'art. 27, comma 3° Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Giuseppe Branca e Alessandro Pizzorusso, Zanichelli, Bologna, 1991, pag. 222 e ss.

⁸ Come sempre lucida su questi aspetti la disamina svolta da DOLCINI E., *Il castigo sia moderato, ma certo*, in *Il sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, in ricordo di Adolfo Beria di Argentine, Giuffrè, Milano, 2002, pag. 34 e ss.

⁹ Il rischio di registrare il "fallimento punitivo" delle misure alternative era già presente in BRICOLA F., *Le misure alternative alla pena nel quadro di una "nuova" politica criminale*, in *Riv.it.dir.e proc.pen.*, 1977, pag. 62: "Esistono in linea tendenziale possibilità di riforma della disciplina dell'affidamento in prova rivolte a sottrarre l'istituto alla spirale dell'indulgenza".

¹⁰ Il percorso è lo smarrimento delle ragioni della punizione e con esso il dissolvimento del sistema penale, per cui occorre sempre aver cura di conservare la radice giustificante, enucleata dal rapporto: violazione della legge penale-lesione di beni fondamentali-sanzione; ove la sanzione acquista funzione di tutela del sistema, su tali aspetti è utile CORDERO F., *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Ed. Laterza, Roma-Bari, 1986, pag. 91 e ss.

¹¹ GROSSO C.F., *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in *Cass.pen.*, 2001, pag. 3585: "Non è accettabile in concreto, a causa della casualità che caratterizza comunque la loro applicazione e la loro esecuzione in conseguenza dell'eccessivo potere discrezionale concesso ai giudici nella commisurazione della pena (di regola i giudici tendono ad applicare i minimi edittali di pena, ma non mancano sentenze di segno diverso), nonché del disordinato sovrapporsi di leggi che hanno introdotto istituti processuali e penitenziari che prevedono sconti e sostituzioni della detenzione con pene alternative al di fuori da qualsiasi serio progetto politico-criminale, e vanificano spesso, di fatto, la stessa efficacia del sistema previsto".

¹² CATELANI G., *Le novità della legge Simeone in tema di condanna a pena detentiva e misure alternative. Uno sguardo d'insieme: più pregi o difetti?*, in *Dir.pen.e proc.*, 1998, pag. 811

L'aspetto di sostanziale impunità – soprattutto per i reati meno gravi che paradossalmente destano maggiore allarme sociale per la loro diffusività – rimane certamente quello più controverso di tutta la teorica della pena nella storia dell'Italia repubblicana¹³, tenuto conto del fatto che, in particolare negli ultimi anni, si pongono in aperta contraddizione propositi di riduzione della pena carceraria da un lato e dall'opposto iniziative legislative meramente simboliche dove emergono i tratti negativi della prevenzione generale¹⁴ – in termini di inutile intimidazione – e della prevenzione speciale – come pura neutralizzazione – tesa a favorire un differenziato percorso sia giudiziario che penitenziario¹⁵. L'introduzione del delitto di atti persecutori e del c.d. omicidio stradale offrono in maniera evidente il segno di un intervento penale dove la misura sproporzionata della pena è utile a sedare gli istinti vendicativi e tranquillizzare un'opinione pubblica permanentemente inquieta, ma nasconde anche l'esigenza di assicurare una punizione effettiva ed esemplare che altrimenti non verrebbe garantita.

Se a tutto ciò si aggiunge l'introduzione dell'istituto della *messa alla prova* anche per gli adulti e la *particolare tenuità del fatto* come evidenti pro-

e ss. ROMANO G., PULVIRENTI A., *La "riforma Simeone" tra questioni interpretative e intenti di razionalizzazione*, in *Giust.pen.*, 1999, II, 545. Per una importante messa a punto da parte dei Tribunali di Sorveglianza italiani, si veda il ricco corredo informativo contenuto in QUADERNI DEL CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Lo stato attuale del sistema sanzionatorio*, n. 140, 2002, in www.csm.it. DOLCINI E., *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neo-retributive: ovvero della lungimiranza del costituente*, originariamente in *Rass.penit. e crimin.*, 1999, ora aggiornato in CANTARELLA E., *Il ritorno della vendetta. Pena di morte: giustizia o assassinio?*, Bur, Milano, 2007, pag. 165.

¹³ Al fine di esaminare con doverosa cura le radici storiche della legislazione penale italiana, si rinvia a SBRICCOLI M., *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in A. SCHIAVONE (a cura di) *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990.

¹⁴ Per completezza di informazione va aggiunto che il tema della prevenzione generale non coincide affatto con la comminatoria di pene esemplari e intimidative, anzi queste sono estranee a una corretta teoria general-preventiva, per il fatto che il giudice deve tener conto degli strumenti normativi che piegano la misura della pena alla proporzionalità e alla colpevolezza ovvero quando dal legislatore viene inasprita la risposta sanzionatoria per fatti che destano particolare allarme sociale, secondo MILITELLO V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Giuffrè, Milano, 1982, pag. 184.

¹⁵ Ancora MOCCIA S., *La perenne emergenza cit.*, pag. 131 e ss. Con la legislazione degli ultimi tre anni sono state modificate o introdotte norme il cui impatto reale è ancora tutto da scoprire, ma che appaiono nella loro articolazione precettiva non perfettamente aderenti al canone di effettività, come i reati di false comunicazioni sociali, i reati in materia ambientale, e così via. Ne va dedotto che oltre ad essere aumentato il catalogo degli illeciti penali si è irrobustita anche la risposta del sistema penale, naturalmente carceraria, che ha posto in liquidazione il principio di *extrema ratio*.

positi di alleggerimento contingente del carico giudiziario¹⁶ – con efficacia estintiva del reato-, si pone il problema non dell'effettività della pena, ma dell'effettività dell'intero sistema penale, se non si offre una compiuta opera di adattamento sistematico-concettuale all'intero tema punitivo.

Sul piano teorico è opportuno segnalare il rischio che la pena in questo modo rimane definitivamente confinata all'area della sola minaccia, anticipando in essa e in maniera surrettizia la fase della comminatoria e dell'espiazione; la rieducazione lascia il campo all'educazione dell'imputato che non assumerà mai la qualifica di condannato; ma in verità **un crimine senza la pena** suggerisce importanti riflessioni sulla necessità di mantenere in vita una fattispecie incriminatrice e sulle stesse esigenze politico-criminali poste a fondamento di quell'illecito in termini di *extrema ratio*¹⁷. E dove l'ordinamento italiano non è riuscito nell'opera di "sfortimento" delle ipotesi di reato che vanno ben oltre il canone di *extrema ratio*, ci potrebbe riuscire l'iniziativa di fonte europea ad assegnare sanzioni extrapenali a fatti di natura penale.

Un dubbio si affaccia all'attenzione del diritto penale contemporaneo, soprattutto di matrice costituzionale, quello per cui la rieducazione sembra non apparire più centrale al progetto del sistema penale di una democrazia, ma una sorta di residuo culturale che va superato per alleggerire il sistema penitenziario e rendere più efficace il processo.

Senza tralasciare che il rispetto del carattere di tassatività del precetto e della conseguente pena, che congiuntamente confermano il fondamento normativo del principio di legalità, fonte costitutiva e di legittimazione in una

¹⁶ L'adozione della "messa alla prova" per gli imputati adulti veniva già proposta con il ddl approvato in Consiglio dei Ministri il 5 aprile 2007 sotto il titolo "*Disposizioni per l'accelerazione e la razionalizzazione del processo penale, nonché in materia di prescrizione dei reati, recidiva e criteri di ragguglio tra pene detentive e pene pecuniarie*".

¹⁷ In questo modo, pur senza aver ancora coltivato il terreno della rieducazione, l'ordinamento giuridico presta il suo fianco più debole, come già aveva osservato a suo tempo BETTIOL G., *Sulla rieducazione del condannato*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1958, pag. 641; ed in maniera ancora più incisiva in BETTIOL G., *Il mito della rieducazione*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1963, pag. 712. NUVOLONE P., *Il problema della rieducazione del condannato*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*. Atti del II Convegno di diritto penale (Bressanone 1963) a cura della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, Cedam, Padova, 1964, pag. 347 e ss. PAGLIARO A., *Aspetti giuridici della prevenzione*, in *Ind.pen.*, 1976, pag. 7 e ss. DOLCINI E., *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1979, pag. 469 e ss. Sugli auspicabili propositi per il recupero di una pena che guardi in maniera efficace alla prevenzione speciale, si veda PAVARINI M., *La pena "utile", la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo*, in *Rass.penit. e crimin.*, fasc. 1, 1983. Sempre in ordine al tema della disapplicazione della sanzione penale, di converso appare allo stesso modo paradossale una scelta di politica criminale che fondi sull'abolizione della pena, cfr. ROSS A., *Colpa, responsabilità e pena*, Giuffrè, Milano, 1972, pag. 197 e ss.

democrazia parlamentare moderna, impone l'indissolubilità del legame finalistico tra previsione dell'illegalità attraverso il precetto e previsione della punibilità attraverso la sanzione. Pertanto: obbligo di tassatività, sia delle due componenti della norma penale, sia del legame che le rende giuridicamente significative, secondo quanto espressamente previsto dalla prescrizione del *vincolo di discrezionalità* stabilito con l'art. 132 del codice penale: “*Nei limiti fissati dalla legge, il giudice applica la pena discrezionalmente; esso deve indicare i motivi che giustificano l'uso di tal potere discrezionale*”¹⁸.

A ben vedere il sistema costituzionale fondato sulla rieducazione del condannato difficilmente sarebbe chiamato a svolgere efficacemente il suo ruolo punitivo se venisse reciso il nesso di correlazione tra precetto e sanzione, per spianare la strada all'interrogativo, anch'esso paradossale: **si potrà ancora ritenere sussistente un illecito penale in mancanza di una pena ipostatizzata soltanto in astratto?**

Per non vanificare i propositi di stabilità del sistema penale e al tempo stesso garantire l'effettività alla sanzione è opportuno invece coltivare iniziative di recupero del concetto di punire, orientate però in termini di prevenzione speciale, dove il **bisogno di carcere** venga sostituito dal **bisogno di pena** e dove il carcere permanga come presidio istituzionalmente irrinunciabile, perchè assolutamente inevitabile, solo per categorie di reati di significativa gravità e lesività sociale¹⁹. Per tutte le altre ipotesi, invece, deve essere consentito allo stesso condannato di esercitare il diritto costituzionale di rieducazione e determinarsi verso il suo recupero sociale raccogliendo

¹⁸ BETTIOL G., *Pena retributiva e poteri discrezionali del giudice*, in *Riv.it.dir. e proc. pen.*, 1941. BRICOLA F., *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della sanzione criminale (natura e profili costituzionali)*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1997, pag. 466 e ss. SATURNINO R., *Discrezionalità (dir. penale)*, in *Enc.giur. Treccani*, Roma, 1989.

¹⁹ È opportuno precisare che il concetto di “bisogno di pena” viene in questo caso utilizzato con significato e finalità che investono le esigenze punitive dell'ordinamento penale e non in chiave politico-criminale come linee guida di intervento legislativo in materia penale per la costruzione di un sistema punitivo, come auspicato da ZIPF H., *Politica criminale*, Giuffrè, Milano, 1989. A tale proposito si rinvia per la trattazione del tema a ROMANO M., “*Meritevolezza di pena*”, “*bisogno di pena*” e *teoria del reato*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1992, pag. 39 e ss. dove sono da intendere come: “*criteri di interpretazione, di verifica o di correzione dei sistemi penali positivi*”. FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari-Roma, 1990. RONCO M., *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Giappichelli, Torino, 1996. Recentemente *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, a cura di GIOVANNANGELO DE FRANCESCO e EMMA VENAFRO, Giappichelli, Torino, 2002. Per una esauriente disamina di tentativi di razionalizzazione del sistema, considerando anche la ricadute di natura processuale, PADOVANI T., *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione. La questione delle pene sostitutive tra efficacia della sanzione ed efficienza dei meccanismi processuali*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Giuffrè, Milano, 2002, pag. 73 e ss.

l'offerta rieducativa, con percorsi progettuali di tipo reintegrativo, calibrati e individualizzanti. A tale proposito Emilio Dolcini utilizza la definizione di "diritto penale mite", espressione particolarmente adatta a designare l'orizzonte normativo entro il quale dovrebbero iscriversi le nuove scelte di politica-criminale, tenendo nel debito conto il fatto che *"un sistema penale imperniato sull'idea rieducativa non è affatto votato a sanzioni prive di afflittività"*²⁰. Ne sarebbe, in questo modo, salvaguardata la necessità, la tempestività, l'efficacia della punizione e ne gioverebbe il sistema sociale per avere lanciato segnali di tipo pedagogico-conformativo con fondate finalità di prevenzione del crimine.

Una tale impostazione, non solo giuridica ma culturale, deve tuttavia anche fugare il dubbio di incentivare una nuova forma di retribuzione, il cui fondamento deve essere recuperato soltanto come garanzia di contenimento della punizione in termini di proporzione della pena e di adeguato corrispettivo come inevitabile conseguenza del reato²¹. A tale proposito ritornano ancora una volta attuali le considerazioni di Franco Bricola: *"la funzione della pena nello Stato di diritto si caratterizza in senso retributivo; nel passaggio dallo Stato di diritto allo Stato sociale, la pena tende ad assumere una funzione risocializzante; la crisi dello Stato sociale può portare al riemergere della funzione retributiva"*²². D'altra parte secondo una lettura sociologica della prassi applicativa: *"le politiche penali delle società dell'Europa occidentale sono nel complesso divenute più dure, più avvolgenti, più apertamente indirizzate alla difesa sociale a scapito del reinserimento"*²³. E si vedrà che con la giurisprudenza della Corte Costituzionale riemergeranno questi stessi temi, anche se il concetto viene assorbito da una più ampia qualificazione in un quadro di valori che pone al centro il personalismo costituzionale della pena a cui si riconosce una dimensione polifunzionale²⁴. In ultimo, è sempre opportuno risalire al paradigma costituzionale che forma il

²⁰ DOLCINI E., *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive cit.*, pag. 170.

²¹ Sulla funzione di garanzia assicurata dalla concezione retributiva della pena è necessario tornare a ROXIN C., *Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza*, in *Riv. it.dir.pen.*, 1980, n.2.

²² BRICOLA F., *Crisi del Welfare State e sistema punitivo*, in *Pol. del dir.*, 1982, pag. 1429.

²³ Ed infatti, in questo stesso senso sono orientate le osservazioni di WACQUANT L., *Parola d'ordine tolleranza zero cit.*, pag. 87.

²⁴ Il paradigma costituzionale italiano apre la strada al superamento delle teorie pure della pena e la centralità che acquista il ruolo della persona umana tende verso una riqualificazione del significato teorico della sanzione penale, come viene sottolineato in PATALANO V., *Il diritto penale tra "essere" e "valore". A proposito di un recente contributo alla teoria della pena*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1996, pag. 777 e ss. Sulla giurisprudenza costituzionale, si veda pure FIANDACA G. – DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale cit.*, pag. 40 e ss.

sostrato di valore delle scelte del legislatore a livello di fonte ordinaria con la seconda proposizione dell'art. 2 della Carta fondamentale. In questo caso, infatti, non è possibile prescindere dai “*doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*” che devono rappresentare un imperativo categorico indispensabile per assicurare al condannato un trattamento tale che lo abiliti ad esercitare un suo legittimo diritto sancito a livello costituzionale, quello di accedere al percorso rieducativo, assicurato dai rimedi penali messi in campo dal legislatore della materia penitenziaria.

Del resto, infatti, la centralità acquisita negli ultimi anni dai *lavori di pubblica utilità* come ipotesi di “sanzione sociale”, allo stesso tempo con finalità retributiva e soprattutto general-preventiva, pone in evidenza il profilo di rilevanza di una punizione che si apre a scopi di vantaggio per la generalità dei consociati, proponendosi di generare fiducia nella comunità cui appartiene il soggetto punito e disincentivando propositi di reato o di recidiva da parte di questi²⁵. Una sorta di “scudo sociale” che si interpone in termini educativi tra i motivi a delinquere e la dissuasione sociale fondata sulla solidità della maturata fiducia personale²⁶.

Appare dunque evidente che le tematiche poste al centro della riflessione sulla pena e delle sue modalità di attuazione, impongono un esame attento delle diverse implicazioni teoriche ed empiriche in cui la prassi rischia di prendere il sopravvento, anche in vista di una radicale rivisitazione dell'intera materia.

²⁵ NUVOLONE P., *Pena (dir.pen.)*, in *Enc. del dir.*, Giuffrè, Milano, XXXII, 1982, pag. 14: “Limitativo della libertà è anche il servizio lavorativo a vantaggio della comunità, che viene in alcuni Paesi collegato a misure del genere *probation*, ma che potrebbe essere anche in certi casi sostitutivo della pena detentiva”.

²⁶ A fini di completezza informativa occorre aggiungere che i lavori di pubblica utilità come unica misura punitiva possibile associata al *probation* era oggetto di serie critiche da parte di Franco Bricola soprattutto per tutta la fascia di reati di natura economica i cui autori, colletti bianchi, riuscivano a monetizzare la pena, dando uno sfondo di tipo classista alla scelta punitiva. Si sosteneva, infatti, in BRICOLA F., *Le misure alternative alla pena cit.*, pag. 67: “Al fine di spezzare il carattere unilaterale e classista degli istituti di *probation* occorrerebbe pensare a nuove forme di “prova” applicabili agli autori delle forme di criminalità economica”.

2. Verso un nuovo terreno di elezione della pena tra riposizionamento tematico e prassi applicativa

Ormai da molti anni il dibattito culturale sulla pena ha scelto come terreno privilegiato sul quale confrontarsi quello costituito dalla fase della esecuzione della pena irrogata con la sentenza di condanna all'esito del giudizio di cognizione²⁷.

Questo inconsapevole scivolamento verso la ricerca di una pena applicata in concreto, con meri auspici di efficacia, ha sviato il dibattito dal contesto normativo di elezione della sanzione penale: il momento della valutazione e dell'affermazione della penale responsabilità per il fatto illecito commesso²⁸. Ci si muove, dunque, su di un tracciato analitico radicalmente diverso da quello tradizionale, tale da avere indotto nella prassi una situazione di scol-

²⁷ Il tema della dissociazione tra teoria e prassi trova il suo più significativo riscontro sul terreno delle conseguenze sanzionatorie nell'ordinamento penale, come attentamente delineato da HASSEMER W., *Perchè punire è necessario. Difesa del diritto penale*, Il Mulino Bologna, 2009, pag. 67: "...relazione tra teoria e prassi nel diritto penale, un tema, questo, che interessa tutti coloro che si chiedono se nella prassi si verifichi quanto viene immaginato dalla teoria, se nella teoria non si producano molti concetti di valore puramente teorico che nella prassi non hanno alcun rilievo".

²⁸ La dissociazione temporale in cui si articola sul piano processuale il tema della pena è probabilmente da ricondurre a una precisa impostazione teorica, resa ancor più stridente con i paradigmi costituzionali posti in evidenza dalla CORTE COST., sentenza n. 364 del 24 marzo 1988, in www.cortecostituzionale.it, secondo cui, come nota opportunamente MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, ESI, Napoli, 1992, pag. 21: "... tutta la problematica delle sanzioni diveniva oggetto di una disciplina opposta a dommatica e sistematica, e di sott'ordinato livello scientifico; ciò alla lunga finiva con il comportare discrasie sul piano teoretico e disfunzioni sul piano pratico". Va soltanto segnalato che il dibattito in realtà si spinge ben oltre il riconoscimento dell'essenza e allo scopo della pena nella prassi giurisprudenziale, lasciando spazio a questioni di fondo di carattere ben più significative ed in particolare sul rapporto tra teoria della commisurazione e teoria della pena. Sul complesso tema è determinante il riferimento a MONACO L., *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Jovene, Napoli, 1984. In riferimento poi al significato ordinamentale, normativo e valoriale che costituisce il fondamento giuridico del concetto di responsabilità penale nell'ordinamento italiano, è decisivo il rinvio a RICCIO G., *Responsabilità penale*, in *Enc.giur. Treccani*, Roma, 1991. In una dimensione dinamica del concetto di responsabilità penale, invece, appare di determinate chiarezza la definizione fornita da SANTAMARIA D., *Il fondamento etico della responsabilità penale*, Discorso pronunciato nell'Aula Magna dell'Università di Siena in occasione dell'inaugurazione dell'Anno Accademico 1962-1963, ora contenuto in *Scritti di diritto penale*, a cura di M. La Monica, Kluwer Ipsoa, Milano, 1996, pag. 405: "La responsabilità penale è il debito che noi poniamo a carico del reo nel momento in cui valutiamo la sua condotta e stabiliamo di sottoporlo ad una pena, ma la entità di questo debito, la sua misura, il modo in cui deve essere scontato dipendono da una concezione che indica il livello di civiltà e di cultura in cui essa si forma".

lamento tra la fase della comminatoria, previa commisurazione, della pena e la fase successiva – e molto spesso eventuale – della sua esecuzione.

Una tale diversa prospettiva di valutazione non è soltanto un modo diverso di affrontare il cuore del problema del giusto castigo da infliggere all'autore di un reato²⁹, ma la ricollocazione del tema della efficacia rieducativa della pena in un diverso orizzonte rispetto a quello ove trova la sua naturale allocazione, vale a dire la fase dell'accertamento della responsabilità per il fatto-reato commesso e la sanzione adeguata da comminare, secondo una precisa individuazione della misura della pena proporzionata – attraverso gli indici di accreditamento stabiliti all'art. 133 del codice penale-, che sia tale da mirare alla finalità costituzionale di rieducazione del condannato³⁰.

Questo nuovo orizzonte tematico non è soltanto l'esito di sollecitazioni culturali e di suggerimenti dettati dalla prassi che hanno finito per allontanare la pena dal suo terreno naturale di elezione ma è anche il frutto dell'elaborazione concettuale di taluni “sociologismi penali”³¹. Un ruolo determinante sulla tematica della pena appartiene, infatti, alla dottrina contemporanea della “sicurezza sociale”³², caratterizzata dal suo sostrato di valori cui non sono

²⁹ In tale affermazione si concentrano tutta la tradizione e tutti i limiti della concezione retribuzionista della pena, pur nella consapevolezza che le istanze neo-retribuzioniste non possono essere del tutto eluse quando si tratti di rinvenire il fondamento dello “scopo” autentico della sanzione penale. Sul punto si presenta quantomai opportuno un rinvio a VASSALLI G., *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1961, pag. 311. Per un approccio diverso al tema punitivo è significativo l'intervento di VAN DE KERCHOVE M., *Sens et non-sens de la peine: entre mythe et mystification*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2009.

³⁰ STILE A.M., *La commisurazione della pena nel contesto attuale del sistema sanzionatorio*, in *Studi Vassalli*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1992. STILE A.M., *Prospettive di riforma della commisurazione della pena*, in *Verso un nuovo codice penale. Itinerari-Problemi-Prospettive*, Giuffrè, Milano, 1993, pag. 317. TUMMINELLO L., *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena tra legalità ed equità*, Giuffrè, Milano, 2010.

³¹ La letteratura sulla sociologia della pena trova come uno degli elementi generatori l'opera di DURKHEIM E., *La divisione del lavoro sociale*, Comunità, Milano, 1996. Particolarmente significativa è la produzione di GARLAND D., *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale*. Il Saggiatore, Milano, 1999. Per le interazioni tra reato e carcere si veda anche VIANELLO F., *Reazione istituzionale, carcere e identità deviante*, in *Sociologia della devianza e della criminalità*, a cura di A. Sbraccia e F. Vianello, Editori Laterza, Roma-Bari, 2010, pag. 121. Per uno spunto di analisi sul complesso rapporto tra l'istituzione carceraria e le scelte della legge, rimane comunque un riferimento importante la lettura di SBRICCOLI M., *La storia, il diritto, la prigionia. Appunti per una discussione sull'opera di Michel Foucault*, in *La questione criminale*, III, 1977, pag. 407.

³² Come già detto sopra il tema della sicurezza, o meglio del crescente senso di insicurezza dei cittadini, è ampiamente trattato: PADOVAN D.-VIANELLO F., *Criminalità e paura: la costruzione sociale dell'insicurezza*, in *Dei delitti e delle pene*, 1999, pag. 247 e ss.; DE GIORGI A., *Zero Tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, Derive Approdi, Roma, 2000; PA-

estranei profili di forte e indotta emotività che hanno finito per favorire analisi empiriche tali da privare la pena del suo autentico terreno di coltura, vale a dire il valore del bene giuridico racchiuso nella fattispecie incriminatrice di cui è posto a difesa dalle scelte del legislatore.

Il nuovo percorso culturale avviato negli Stati Uniti con la c.d. “*legge dei tre colpi*” (*three strikes and you’re out*, frase mutuata dalle regole del gioco del baseball secondo cui “tre colpi e sei fuori”), posta alla base del concetto di sicurezza sociale, ha in realtà contaminato progressivamente tutte le legislazioni nazionali del continente europeo, trasponendo nella normativa penale italiana una serie di concrete disarmonie³³.

Appare dunque quanto mai opportuno la discesa in campo della Corte Costituzionale che ha inteso ribadire negli ultimi mesi il ruolo tipico della sanzione penale che deve riaffermarsi come risposta qualificata al reato nella sua tipica espressione offensiva, come scelta di politica criminale, e non soltanto come forma di argine al crimine e, dunque, come scelta di politica sociale: “*la sanzione criminale rappresenta non già la risposta alla mera dissobedienza o infedeltà alla legge, in quanto sintomatica di inclinazioni antisociali del soggetto; quanto piuttosto la reazione alla commissione di*

VARINI M. (a cura di), *L'amministrazione locale della paura. Ricerche tematiche sulle politiche di sicurezza urbana in Italia*, Carocci, Roma, 2006. PAVARINI M., *Sicurezza dalla criminalità e governo democratico della città*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 1019. L'indagine sociologica spinge il confine della punizione penale ben oltre i limiti e i compiti di un sistema penale moderno a vocazione special-preventiva e reintegrativa. Talvolta i canoni di “severità e certezza della pena” consentono di accreditare scelte inopportune o quantomeno poco meditate, come riportato da BARBAGLI M.-GATTI U., *Prevenire la criminalità*, Il Mulino, Bologna, 2005, pag. 86: “*Si può ricordare a tal proposito che nel 1968, a Philadelphia, a seguito di un terribile episodio di violenza carnale che scosse l'opinione pubblica, fu varata una legge che aumentava la pena per tale reato, in certi casi fino all'ergastolo, ma ciò non fece diminuire la frequenza con cui questo delitto veniva commesso*”. L'episodio è l'esemplificazione del fatto che le scelte di natura penale in materia di sicurezza sono prepotentemente caratterizzate da sollecitazioni di tipo emotivo che, da un lato, generano iniziative normative prive di sistematicità; dall'altro si rivelano sotto il profilo deterrente assolutamente inefficaci. Per tutte le possibili implicazioni che il ricorso al concetto di sicurezza comporta sul piano delle garanzie istituzionali, si veda SOFSKY W., *Rischio e sicurezza*, Einaudi, Torino, 2005. PEPINO L., *La città insicura e l'impossibile supplenza giudiziaria*, in *Quest.giust.*, 1999, 5, pag. 791 e ss. BAUMAN Z., *Fiducia e paura nella città*, Bruno Mondadori, Milano, 2005. Ci sia consentito citare TRONCONE P., *Il ruolo degli Enti locali nelle politiche penali della sicurezza*, in *Microcriminalità e politica degli Enti locali*, a cura di VINCENZO PATALANO, Giappichelli, Torino, 2006, pag. 161 e ss. Occorre collocare il tema della sicurezza del cittadino in un panorama dove stabilire corretti equilibri tra opposte esigenze e concorrenti diritti e valori. In realtà il tema della sicurezza risente della grave assenza di seri investimenti in misure di politica sociale che, negli ultimi anni, ha visto incrementare l'indice di marginalità piuttosto che governare i rimedi in opere di risanamento sociale.

³³ DELLA BELLA A., *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv.it.dir.e proc.pen.*, 2007, pag. 832 e ss.

*fatti offensivi di interessi che il legislatore, interprete della coscienza sociale, reputa oggettivamente meritevoli di essere salvaguardati da determinate forme di aggressione col presidio della pena*³⁴.

In aperta antitesi con tali assunti non sono invece mancati interventi, che non si esita a definire in controtendenza rispetto ai canoni di legalità, della Suprema Corte di Cassazione che, seguita anche da certa giurisprudenza pretorile, ha talvolta giustificato aumenti di pena per la necessità di “porre un argine all’impressionante ripetersi di rapine e furti”³⁵ ma soprattutto ha posto l’accento su aspetti di contesto ambientale prescindendo da puntuali valutazioni sul fatto-reato e sulla colpevolezza del suo autore³⁶.

La traslazione del tema della pena dall’ambito del “diritto penale del fatto” a quello molto più generico di matrice sociologica dei rimedi per affrontare i fenomeni criminali ha finito per travisare in parte la funzione in concreto della sanzione penale. La pena non deve essere soltanto considerata una delle possibili forme di contenimento del crimine, ma prima di ogni altra cosa la risposta ordinamentale, di tipo riabilitativo, al reato colpevolmente commesso, una risposta che tenga conto delle circostanze di fatto in cui sono maturate le condizioni per la violazione dell’interesse giuridico protetto e l’atteggiamento colpevole dell’autore dell’illecito nel momento in cui lo ha commesso. A tale proposito afferma opportunamente Luciano Eusebi che appare del tutto improprio: “l’aver conferito in termini del tutto preminenti al diritto penale il compito di prevenire la criminalità”³⁷. Un compito, infatti, che appartiene a tutto l’apparato di polizia di uno Stato che deve contrastare con attività di natura preventiva la criminalità, impedendo la commissione di reati e lasciando alla giurisdizione la funzione di verificare la sussistenza e la responsabilità personale per l’illecito penale commesso.

La discussione sulla *sedes materiae* ha, peraltro, spostato l’attenzione della finalità della pena sugli strumenti concreti di realizzazione del disegno

³⁴ CORTE COST. sent. n. 394 dell’8 novembre 2006, pag. 13, in www.cortecostituzionale.it.

³⁵ CASS. Sent. 9 aprile 1951, in *Giust.pen.*, 1951, II, 986.

³⁶ Non appaia fuor di luogo a questo punto il richiamo a considerazioni di tipo teorico che rappresentano l’archetipo della “diseducazione-disadattamento sociale”; della violenza familiare e sociale che nasce dall’arretratezza e dall’incapacità di fare fronte a condizioni di arretratezza. Il tema infatti è quello diffuso, soprattutto nella letteratura sociologica nord-americana, attraverso l’indagine condotta nel Mezzogiorno d’Italia ed in particolare nel paese di Montegrano da BANFIELD E.C., *La basi morali di una società arretrata*, Il Mulino, Bologna, riedito nel 2006. Affermava Banfield, a pag. 101: “In una società di familisti amorali, nessuno perseguirà l’interesse del gruppo o della comunità, a meno che ciò non torni a suo vantaggio personale. In altre parole, la speranza di vantaggi materiali a breve scadenza è il solo motivo d’interesse per le cose pubbliche”.

³⁷ Ed infatti, appaiono, a nostro sommo avviso, particolarmente appropriate le perplesse riflessioni svolte da EUSEBI L., *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2006, pag. 1158.

rieducativo, lasciando un ampio margine all'indagine sull'effettività in concreto della punizione, abbandonando prima di ogni altra cosa – e per fortuna – la teorica e poi la retorica sull'efficacia prognostica della pena.

Naturalmente l'aspirazione centrale di un sistema penale dal volto costituzionale che si rispetti resta la rieducazione del condannato, connotata da proficue finalità di integrazione sociale³⁸ e per essa l'individuazione del percorso riabilitativo dove al **bisogno di carcere** si sostituisca il **bisogno di pena**, la più adeguata, individualizzante ed efficace possibile, ma la più ineludibile e per questo indifferibile, che sia tale da garantire una punizione pronta ed effettiva³⁹.

In questa ricerca affannosa di nuove coordinate di orientamento un ruolo decisivo deve essere riconosciuto alla Corte Costituzionale che ha tentato di razionalizzare il tema della finalità della pena, tracciando un percorso argomentativo – per vero – non sempre coerente, nello sforzo di conciliare le concezioni tradizionali della pena – connotazioni che non trovano ancora tramonto – con lo statuto costituzionale che incentra tutto ed esclusivamente sulla finalità prescrittiva formale della rieducazione.

La Corte, abbandonando la vetero impostazione codicistica del 1930 che rimarcava il carattere marcatamente morale-emendativo della pena⁴⁰, non esita oggi a ribadire la concezione polifunzionale, soprattutto nella fase della comminatoria edittale, attraverso decisioni che mettono in luce profili concettuali dai tratti particolarmente significativi⁴¹. Tra le altre, si segnalano per il rigore delle argomentazioni e per la consapevole vocazione prescrittiva, peraltro con evidenti ricadute concrete degli effetti ca-

³⁸ BARATTA A., *La teoria della prevenzione-integrazione. Una nuova "fondazione" della pena all'interno della teoria sistemica*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, pag. 5 e ss.

³⁹ Aspirazione originaria di un sistema penale moderno e dal volto umano che tenga conto dei diritti fondamentali della persona autore del reato ma anche delle sue vittime. Principi la cui radice è già presente in BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del settecento. A cura di Franco Venturi, Einaudi, Torino, 1965. GIUNTA F., *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1998, pag. 414 e ss. LUDERSSEN K., *Il declino del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2005, pag. 65 e ss.

⁴⁰ CORTE COST. sent. n. 67 dell'8 maggio 1963: "... l'emenda del condannato, che questo (l'art. 27 Cost.) pone quale una delle finalità della pena, è affidata piuttosto ai modi della sua esecuzione...". PETROCELLI B., *La pena come emenda del reo*, in *Studi in memoria di A. Rocco*, Giuffrè, Milano, 1952.

⁴¹ La concezione polifunzionale è ormai generalmente condivisa dalla dottrina penalistica. Tra i tanti riferimenti in letteratura PAGLIARO A., *Pluridimensionalità della pena*, in *Sul problema della rieducazione del condannato cit.*, pag. 325 e ss.; FIANDACA G. – DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale cit.*, pag. 40 e ss.; PULITANÒ D., *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2005, pag. 601 e ss.; PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2013, pag. 42 e ss.

ratteristici della punizione penale, le sentenze: n. 12 del 4 febbraio 1966; n. 179 del 6 dicembre 1973; n. 264 del 7 novembre 1974; n. 313 del 26 giugno 1990⁴².

Questo nuovo orizzonte fondativo, delineativo di nuova dimensione del concetto di sanzione penale, ha fatto in modo, dunque, che i cultori del dibattito penalistico classico si siano trovati a dovere fare i conti in un ambito disciplinare e normativo del tutto diverso, non più il settore ordinamentale del diritto penale ma quello nuovo e in parte ancora insondato del diritto penitenziario⁴³ regolato da una legge di sistema, quella istitutiva della disciplina dell'Ordinamento penitenziario⁴⁴, e da una serie di disposizioni satellite che hanno finito per ridisegnare la fase di attuazione della sanzione penale⁴⁵.

Occorre tuttavia tracciare le premesse storico-giuridiche che hanno valorizzato la fase dell'esecuzione punitiva come si presenta oggi e valorizzare quale equivoco tiene ancora in vita il corollario che la materia penitenziaria è "altra" rispetto al diritto penale sostanziale e non la sua naturale e conseguente appendice⁴⁶. Si tratta certamente di un pregiudizio privo di qualsiasi fondamento, sia normativo che concettuale, perché il dovere da parte dello Stato di mettere in campo tutte le possibili iniziative sanzionatorie per proporre una credibile ed efficace offerta rieducativa appartiene – come si vedrà più avanti – sia alla fase della elaborazione del precetto che assume

⁴² I testi completi sono tutti rintracciabili sul sito www.cortecostituzionale.it.

⁴³ Precursore in questo nuovo campo di indagine fu il NOVELLI G., *L'autonomia del diritto penitenziario*, in *Riv.penit.*, 1933, pag. 5. Per quanto concerne le premesse storiche della prima legge di sistema che ha fondato la materia normativa dell'ordinamento penitenziario, si veda NEPPI MODONA G., *Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria*, in *Quest.crim.*, 1976, pag. 319.

⁴⁴ COPPETTA M.G., *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. del dir.*, Agg. IV, Giuffrè, Milano, 2000, pag. 873 e ss. MINERVA F., *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, pag. 1 e ss.

⁴⁵ FIANDACA G., *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Esi, Napoli, 2006, pag. 138. Sul punto addirittura si aggiungerà che il diritto penale classico è stato privato di una sua parte significativa, quella che attualmente va sotto il nome di diritto penitenziario: "A volte, interi settori normativi tradizionalmente propri della "parte generale" trasmano in testi particolari, soggetti a logiche non sempre armonizzabili con quella delle superstiti disposizioni del codice: è il caso delle misure alternative alla detenzione contenute nell'ordinamento penitenziario", in FIORE C., *Diritto penale*, vol. II, Utet, Torino, 1997, pag. 209.

⁴⁶ Problematica già nota negli stessi termini alla letteratura penalistica a partire da BETTIOL G., *Su sacertà e devianza nel diritto penale*, in *Ind.pen.*, 1976, pag. 210: "Questa sembra l'ora del diritto penitenziario. Lo comprova la ricchezza di letteratura che sta nascendo sui temi che questo diritto sta ponendo...". BRICOLA F., *L'affidamento in prova al servizio sociale: "fiore all'occhiello" della riforma penitenziaria*, in *Riv.it.dir.e proc.pen.*, 1997, pag. 1105 e ss.

la figura di fatto punibile, sia alla fase della inflizione della sanzione, la cui quantificazione in concreto risulta commisurata dagli aspetti circostanziali di gravità del fatto storico⁴⁷.

⁴⁷ Osserva PATALANO V., in *Presentazione* a TRONCONE P., *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, Torino, 2006, pag. XII: “Le misure alternative non devono intendersi come gli strumenti normativi di elusione della pena detentiva, ma i mezzi più efficaci per confermarne, sotto una diversa veste, i criteri di afflittività e di proporzione rispetto al reato commesso”. Per quanto concerne il dibattito sull’ambito di operatività degli strumenti rieducativi, si veda FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2001, pag. 650 e ss.

3. Il binomio punitivo tradizionale: dal concetto di “trattamento” del condannato all’effettiva “espiazione” della pena. La Corte Costituzionale come “fonte supplente”

La legislazione in materia **penal-penitenziaria** non si è mai distinta per iniziative organiche e interventi sistematici ma ha sviluppato i suoi percorsi istitutivi in termini progressivi, spesso favoriti anche dalle decisioni della Corte Costituzionale che in questo ambito disciplinare ha guadagnato un ruolo di vera e propria fonte del diritto⁴⁸. Ed infatti, pur nel rispetto assoluto della riserva di legge, la Corte non ha limitato i suoi interventi alla valutazione delle norme “*per la loro proposizione assertiva, ma per il fatto di non includerne qualche altra*”⁴⁹, introducendo casi ed ipotesi che, pur iscrivendosi nella medesima logica seguita dal legislatore, erano stati immotivatamente trascurati in sede di produzione normativa.

Ed è proprio da riconoscere al merito della Corte un considerevole numero di pronunce che hanno calibrato sia il significato di tutto l’apparato legislativo costituito dalle misure trattamentali e dai benefici penitenziari – erronea qualificazione di esperienze afflittive-; sia il ruolo giurisdizionale della Magistratura di Sorveglianza⁵⁰. In realtà i canoni di riferimento li ha di fatto imposti la prassi, per cui mentre le misure trattamentali sono ormai da considerare vere e proprie forme di espiazione della pena, il Tribunale di Sorveglianza è diventato il “giudice della pena”⁵¹.

⁴⁸ PALIERO C.E., *L’esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Esi, Napoli, 2006, pag. 147.

⁴⁹ FASSONE E., *Riduzione di pena ed ergastolo: un contributo all’individuazione della “pena costituzionale”*, nota a CORTE COST., sentenza n. 274 del 21 settembre 1983, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1984, pag. 829. In tale lavoro nella nota 124 sono compiutamente indicati i casi in cui la Corte Costituzionale ha, non solo parzialmente riformulato la norma, ma ha aggiunto ipotesi che non erano espressamente oggetto della previsione.

⁵⁰ In buona sostanza la prassi ha stravolto sia la natura della misura punitiva sia il ruolo del giudice della punizione, come avverte PALAZZO F., *Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1997, pag. 711, il quale segnala uno “scollamento tra i quadri sanzionatori editali, cui deve necessariamente guardare il giudice della cognizione, e lo strumentario degli istituti “alternativi” posti nelle mani del giudice dell’esecuzione”. PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1992, pag. 419 e ss. Per i profili della giurisdizione, si veda DELLA CASA F., *La magistratura di sorveglianza*, Giappichelli, Torino, 1998. AA.VV., “*La magistratura di sorveglianza*”, in *Quaderni del CSM*, n. 80, Roma, 1995, in www.csm.it. MARGARA A., *La riforma penitenziaria a venti anni dal 26 luglio 1975. La magistratura di sorveglianza*, in *Dir.pen. e proc.*, n. 7, 1995, pag. 881.

⁵¹ Il potenziamento dei compiti e del ruolo della Magistratura di Sorveglianza si affacciava all’attenzione del legislatore e della dottrina alla fine degli anni ’70, cfr. BRICOLA F., *L’affida-*

Il vero punto di partenza di questo nuovo indirizzo culturale ma anche di politica criminale viene in effetti sancito con una storica sentenza della Consulta n. 26 del 1999, ove il Giudice delle leggi, ripercorrendo l'itinerario della propria giurisprudenza in materia, formula due affermazioni destinate a rappresentare le pietre angolari di tutto il nuovo sistema dell'esecuzione⁵². Afferma, infatti, la sentenza: “*L'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti. I diritti inviolabili dell'uomo, il riconoscimento e la garanzia dei quali l'art. 2 della Costituzione pone tra i principi fondamentali dell'ordine giuridico, trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti a una restrizione della libertà personale i limiti a essa inerenti, connessi alle finalità che sono proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione. La restrizione della libertà personale secondo la Costituzione vigente non comporta dunque affatto una capitis deminutio di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione (sentenza n. 114 del 1979)*”.

mento in prova al servizio sociale cit., pag. 1113. MOSCONI G. – PAVARINI M., *Discrezionalità e sentencing penitenziario. La flessibilità della pena in fase esecutiva nell'attività dei Tribunali di sorveglianza*, in *Dei delitti e delle pene*, 1993, pag. 149 e ss.

⁵² CORTE COST., sentenza n. 26 dell'11 febbraio 1999, con nota di F. DELLA CASA, *Un importante passo verso la tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Dir.pen. e proc.*, 1999, pag. 850 e ss. VALENTI G., *Tutela dei diritti soggettivi fondamentali e garanzia giurisdizionale nell'esecuzione della pena detentiva*, in *Rass.st.penit.*, 1973, pag. 591 e ss. Con tali affermazioni la Corte Costituzionale ribadisce principi già espressi in precedenti decisioni, tracciando un percorso coerente in tema di diritti della persona detenuta: “*Questa Corte ha già avuto occasione di affermare che, dal principio accolto nell'art. 27, terzo comma, della Costituzione, secondo cui “le pene non possono essere contrarie al senso di umanità”, discende direttamente quale ulteriore principio di civiltà che a colui che subisce una condanna a pena detentiva “sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive e garantita quella parte di personalità umana che la pena non intacca.”*, in CORTE COST., sentenza n. 349 del 24 giugno 1993, in www.cortecostituzionale.it. Anche a livello europeo non sono mancati interventi decisivi che affermano in misura incontrovertibile il rispetto dei diritti fondamentali della persona detenuta al pari di qualsiasi altra persona umana. Due sono le decisioni di riferimento emesse dalla Corte di Strasburgo, entrambi rese in data 15 novembre 1996: sentenza DOMENICHINI (pubblicata in *Riv.int.dir.uomo*, 1997, pag. 119 e ss.); sentenza CALOGERO DIANA (pubblicata in *Cass.pen.*, 1997, pag. 2281). Entrambe le sentenze hanno sancito il diritto del detenuto, non solo a mantenere rapporti epistolari, quanto a vedersi assicurato il diritto alla inviolabilità della corrispondenza. Da ultimo, sul tema dei diritti fondamentali del detenuto sottoposto al regime dell'art. 41-bis O.P. e sul diritto a potere accedere a programmi irradiati da reti televisive, si rinvia a CORTE COST., sentenza n. 135 del 3 giugno 2013, in www.cortecostituzionale.it.

In primo luogo la persona detenuta è soggetto di diritto, senza alcuna *deminutio capitis* rispetto al cittadino libero⁵³; in secondo luogo sia le misure penitenziarie che la Magistratura di Sorveglianza non sono caratterizzate da natura amministrativa, quasi fosse una promanazione per successione del vecchio Ufficio di Sorveglianza, ma si connotano di una sicura e indiscutibile matrice giurisdizionale⁵⁴. È da questo preciso punto che si snoda il dibattito che induce a riflettere sulle ragioni della pena nella fase della sua effettiva esecuzione, obliterando tutte le altre opzioni che finivano per rendere la pena comminata all'esito del giudizio di accertamento della responsabilità un fatto giuridico diverso da quello oggetto di punizione nella fase del esecutiva del trattamento penitenziario della persona condannata⁵⁵. Dunque, una vera e propria prassi degenerativa dell'intero sistema che rischiava di perdere anche il suo naturale carattere di afflittività della sanzione personale se non fosse stata corretta dal riconoscimento successivo di vera e propria pena.

Con il mutamento di orizzonte concettuale anche questo pregiudizio perde la sua consistenza, perché non esiste "soggetto da trattare", come oggetto di scelte gestionali tipiche di una cultura aziendalistica, ma persone umane chiamate a scontare la pena stabilita come intangibile da un provvedimento giudiziale che ne ha verificato al di là di ogni ragionevole dubbio la colpevole responsabilità penale per il reato commesso⁵⁶.

⁵³ A tale proposito giova ricordare che, sempre in chiave solidaristica e per il carattere di inviolabilità dei diritti fondamentali che caratterizza il nostro sistema costituzionale, è stato ritenuto che anche lo straniero privo del permesso di soggiorno, e dunque clandestino, può essere destinatario di misure alternative alla detenzione, come sancito dalla CASS. SEZ. UN., Sent. n. 14500 del 27 aprile 2006, in *www.penale.it*. In dottrina sul tema RENOLDI C., *L'affidamento in prova al servizio sociale è incompatibile con la condizione di clandestinità dello straniero che si trova irregolarmente in Italia?*, in *Dir.imm. e citt.*, 2004, pag. 87 e ss.

⁵⁴ Cfr. PIERRO G., *Diacronia della fase di esecuzione della pena e nascita del moderno processo penitenziario*, in *Quaderni di Scienze penalistiche*, I Farella, Napoli, 2005, pag. 76.

⁵⁵ La stratificazione giurisprudenziale fondata sulle pronunce della Corte costituzionale e poi avallata dagli interventi della Suprema Corte di Cassazione orienta ormai in maniera coerente il lavoro dei Tribunali di Sorveglianza che affermano in maniera incontrovertibile che: "Innanzitutto va ricordato che, "le misure alternative alla detenzione...hanno natura di vere e proprie sanzioni penali" (cfr. Cass. Sez. I, 5.2.1998 n. 210389)...". E ancora: "*Come sottolineato dalla Corte di Cassazione nella citata sentenza del 1998, colui che viene affidato in prova al servizio sociale, ma ciò vale anche nel caso di applicazione di detenzione domiciliare, è ancora persona socialmente pericolosa, altrimenti non potrebbe essere eseguita una pena nei confronti di persona che si fosse del tutto rieducata (cfr. art. 27 Cost), e ciò stante il profilo rieducativo della pena che costituisce la ratio preminente delle misure alternative alla detenzione*". Il testo è ripreso dall'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Milano sulla concessione dell'affidamento in prova richiesta da Silvio Berlusconi del 10 aprile 2014.

⁵⁶ Il concetto di "trattamento", secondo il profilo più deterioro del suo significato, richiama inevitabilmente alla memoria l'ampia ricerca di FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire. Nascita*

Vi è tuttavia un'altra importante implicazione espressa dall'art. 2 Cost. che spesso viene trascurata. In realtà la norma stabilisce una duplice dimensione di valore entro la quale si afferma la personalità dell'uomo, una di tipo individuale e l'altra di tipo comunitario o sociale, dice il testo: "*sia come singolo sia nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità*". Ebbene, per quanto concerne quest'ultima, avendo assunto in premessa che i diritti della persona detenuta sono i medesimi della persona libera, è necessario considerare che il cittadino detenuto svolge la sua personalità all'interno di una comunità umana di piccole dimensioni, quella che risiede all'interno del carcere, nella quale l'istituzione che l'amministra è chiamata a garantire il rispetto dei suoi diritti come cittadino-detenuto. Anzi, il precetto costituzionale predispone come uno specifico diritto l'attuazione di un trattamento personale che renda appetibile al condannato quel necessario percorso rieducativo verso una piena riabilitazione umana e sociale.

Un tale profilo, che emerge da un'esegesi moderna della disposizione precettiva costituzionale, sembra effettivamente imporsi come assolutamente nuova nel panorama dei diritti della persona umana. Ed infatti, il sistema collettivo di vita carceraria ben può profilarsi, a nostro parere, come una comunità "necessitata", del tutto simile a molti altri contesti umani, in cui i singoli vivono una proficua esperienza di vita associata⁵⁷. Da tale premessa concettuale non può non scaturirne l'ovvia conclusione che la comunità carceraria è tenuta a garantire al suo interno gli stessi obiettivi che si propongono per il cittadino libero, ossia la crescita della personalità umana sia individuale che come segmento del più complesso panorama umano che costituisce la comunità necessitata. Con l'ovvia puntualizzazione che l'offerta rieducativa può anche non essere liberamente e incondizionatamente accolta dalla persona condannata.

della prigione, Einaudi, Torino, 1976 ed ancora in tempi più recenti FOUCAULT M., *Poteri e strategie. L'assoggettamento dei corpi e l'elemento sfuggente*, a cura di Pierre Dalla Vigna, Mimesis, Milano, ristampa del 2005. Sugli aspetti deteriori della detenzione "totale", senza alcun recupero, può rivestire sicuro interesse la lettura di LONNI A., *Stampa e problema carcerario nell'età giolittiana*, in *Riv.di storia contemp.*, IV, 1976, in particolare: "*La mancanza di contatti col mondo eterno è infatti il più valido strumento per garantire una completa emarginazione ed è sintomatico che essa venga graduata e ulteriormente accentuata in relazione alle esigenze interne degli stabilimenti, con sistema della punizioni, al fine di adattare il detenuto ad un'innaturale sistema di vita*". NEPPI MODONA G., *Istituzioni penitenziarie e società civile*, in *La costruzione sociale della devianza*, a cura di Ciacci M. e Gualandi V., Il Mulino, Bologna, 1977, pag. 277 e ss. EUSEBI L., *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in *Scritti per Federico Stella*, Jovene, Napoli, 2007, pag. 163.

⁵⁷ Tra i diversi riferimenti in dottrina, sembra sufficiente la citazione di BARBERA A., *Commento all'art. 2 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Giuseppe Branca, Zanichelli, Bologna, 1975, pag. 113.

Per quanto poi concerne la valutazione di congruità delle varie fasi processuali e dei diversi ambiti giurisdizionali in cui si snoda il percorso sanzionatorio, occorre considerare quale effettiva dimensione ontologica e qualificativa assume la pena. Se fino all'introduzione della legge n. 354/1975 la disposizione attualmente contenuta nell'art. 650 del codice di rito penale, che stabilisce la nozione di "*Titolo esecutivo*", rappresentava lo spartiacque tra il procedimento penale di irrogazione della sanzione e il procedimento amministrativo di applicazione della pena, con la conseguenza che la pena poteva essere destinata a trasformarsi in un fatto giuridico diverso da quello sancito dal legislatore, oggi occorre invece affermare l'esistenza del criterio che si può definire di "continuità punitiva", evocato anche dalla Corte Costituzionale, e dunque l'insussistenza di una "sequenza infranta", per cui la pena "alternativa" è essa stessa, sotto diversa veste, una **sanzione di tipo e genere penale**.

Questo corollario costituisce il momento di autentica qualificazione della pena, il momento della sua concreta espiazione e, dunque, il terreno in cui germinano le istanze rieducative di stampo costituzionale che passano attraverso il principio di giustiziabilità dei diritti. Tutto questo è reso possibile dal fatto che anche nella materia penitenziaria si è recuperato il significato della pena che **non perde connotazione sostanziale nel trasferimento dal giudizio di cognizione a quello di esecuzione**. Anche perché deve essere definitivamente abbandonato un preconcetto fondato su affermazioni giuridiche evidentemente inconsistenti, secondo cui il titolo esecutivo subirebbe una trasformazione della sua natura giuridica nel passaggio da una fase all'altra. In realtà, secondo il criterio di continuità dettato dalla Consulta, il titolo esecutivo si presta soltanto a una **diversa modalità di attuazione**, ma il condannato è tenuto a scontare come vera e propria pena la sanzione comminata in sede di accertamento della sua responsabilità.

Le cautele costituzionali costituite dall'umanizzazione e dalla rieducazione rappresentano lo steccato di un percorso obbligato da cui il Giudice della pena non potrà mai discostarsi, anzi più che verso attività trattamentali l'auspicio special-preventivo orienterà verso la scelta della misura più adeguata da scontare. Questo vuol dire che la pena irrogata non viene sostituita con una **misura** alternativa di tipo amministrativo ad effetto sostanzialmente elusivo, ma con una vera e propria **pena** alternativa la cui finalità è orientata a realizzare in maniera più efficace la rieducazione e la risocializzazione del condannato, piuttosto che garantirgli la permanenza in carcere, anche breve, con effetti spesso desocializzanti⁵⁸.

⁵⁸ Per una ricognizione di carattere generale, si veda RICCI A. – SALIERNO G., *Il carcere in Italia. Inchiesta sui carcerati, i carcerieri e l'ideologia carceraria*, Einaudi, Torino, 1971.

È naturale che tutto ciò impone uno studio scientifico attento della personalità del condannato, una scelta della misura che tenga conto in termini prognostici della sua adeguatezza al caso concreto, un'efficace intervento dei servizi sociali che possa garantire un controllo e la promozione di un percorso che culmini con la dichiarazione di estinzione della pena. Ma solo in quel momento si estinguerà la pena irrogata e non nel momento nel quale il Tribunale di Sorveglianza stabilisce l'espiazione in forma diversa della sanzione sentenziata⁵⁹.

La Corte Costituzionale sulla questione, pur ribadendo che i propositi rieducativi sono destinati ad essere attuati in fase di esecuzione⁶⁰, pone con forza due problemi in materia di pena. Il primo concerne la finalità che nel nostro sistema contemporaneo deve essere assegnata alla sanzione penale, attingendo integralmente e senza alcuna discriminazione alle tradizionali concezioni in materia e prospettando una finalità, come già si è detto, **poli-funzionale della pena**⁶¹.

Tuttavia è lo stesso Giudice delle leggi a porre riparo a una prassi distorta, di autentica divaricazione logica tra il momento della comminatoria e quello dell'espiazione, precisando con la sentenza n. 313 del 1990, che il finalismo rieducativo veniva prima ritenuto collocabile esclusivamente nella fase del trattamento penitenziario: *“A tale risultato si era pervenuto valutando separatamente il valore del momento umanitario rispetto a quello rieducativo, e deducendo dall'imposizione del principio di umanizzazione la conferma del carattere afflittivo e retributivo della pena. Per tal modo si negava esclusività ed absolutezza al principio rieducativo, che – come dimostrerebbe l'espressione testuale – doveva essere inteso esclusivamente quale “tendenza” del trattamento”*⁶².

SCLAFANI F., *Problematiche delle pene detentive di “brevissima” durata e riflessi criminologici*, in *Giust.pen.*, 1977, I, 225. MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 490. Per una puntuale informazione sul comportamento e sullo stile di vita carceraria è utile il riferimento alla Giornata di Studi, *Carcere: salviamo gli affetti. L'affettività e le relazioni familiari nella vita delle persone detenute*, Padova, 2002, in www.ristretti.it.

⁵⁹ GIOSTRA G., *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, Giuffrè, Milano, 1983.

⁶⁰ Tale assunto lo si ricava dalla ricca vena giurisprudenziale prodotta dalla Consulta che copre un arco temporale di oltre venti anni, a partire dal 1966 fino al 1988.

⁶¹ Per un'ampia disamina del concetto di pena nella sua più ampia accezione teorica, si veda MANTOVANI F., *La “perenne crisi” e la “perenne vitalità” della pena. E la “crisi di solitudine” del diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 1171 e ss.

⁶² CORTE COST., sentenza n. 313 del 26 giugno 1990, in www.cortecostituzionale.it.

In buona sostanza, la Corte Costituzionale riequilibra il rapporto tra la gravità del fatto-reato commesso e la conseguenza sanzionatoria, pur sottolineando la necessità di riaffermare che il canone funzionale di rieducazione della pena sia utile a imporre una misura della sanzione in concreto quanto più individualizzante e reintegrativa possibile.

La Consulta, inoltre, non trascura di dettare i criteri di verifica delle iniziative trattamentali orientate verso finalità rieducative, imponendo agli organi competenti di intervenire per verificare l'adeguatezza del percorso riabilitativo e il rispetto degli impegni assunti dal condannato: *“Sulla base del precetto costituzionale sorge, di conseguenza, il diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo; tale diritto deve trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale”*⁶³.

La produzione giurisprudenziale successiva consente alla Corte Costituzionale di riconoscere, infine, anche il carattere di “flessibilità” alla pena, in modo da garantire alla dinamica sanzionatoria il più alto *standard* di efficacia possibile.

Questo nuovo assetto che nasce da una moderna rilettura dello statuto penale costituzionale fornito dalla Corte diventa utile anche per comprendere il nuovo ruolo programmatico che spetta alle fonti legislative ordinarie che governano la materia della pena e che si aprono a larghe prospettive di *probation*.

A ben vedere, infatti, queste nuove indicazioni metodologiche non riguardano soltanto la fase dell'applicazione giudiziaria ma finiscono per incidere sulla fase legislativa di prescrizione del precetto della norma penale (ma sul tema si tornerà più avanti). Si tratta di un vero e proprio raccordo funzionale che viene esemplificato nel concetto di **flessibilità** con la sentenza n. 306 del 1993, laddove si afferma la necessità di una *“certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo”*, in quanto *“non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione”*. Ed ancora in termini prescrittivi: *“Il legislatore*

⁶³ CORTE COST., sentenza n. 204 del 4 luglio 1974, in www.cortecostituzionale.it. Sulla valorizzazione del tema della rieducazione come garanzia costituzionale di recupero del condannato e soprattutto sulla individuazione dei presupposti e dei criteri per rendere concreto ed attuale il trattamento rieducativo, si veda FASSONE E., *Riduzione di pena ed ergastolo cit.*, pag. 799 e ss. La pronuncia della Consulta si pone come un sicuro punto di orientamento in materia di esecuzione della pena, in quanto propone *“una costante verifica del processo di rieducazione”*, come segmento attuativo di una *“politica penitenziaria”*.

*può cioè – nei limiti della ragionevolezza – far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l’una sull’altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata”*⁶⁴.

Questo nuovo modo di intendere in maniera integrata tutto il percorso punitivo, dalla sua genesi legislativa alla concreta esecuzione della pena, viene successivamente coonestato dalla sentenza n. 257 del 2006, con una significativa caratterizzazione che mira a contestualizzare storicamente l’adozione della pena, dove non mancano anche accenti di sapore sociologico: *“Le differenti contingenze, storicamente mutevoli, che condizionano la dinamica dei fenomeni delinquenziali, comportano logicamente la variabilità delle corrispondenti scelte di politica criminale che il legislatore è chiamato a compiere: così da dar vita ad un sistema normativamente “flessibile””*⁶⁵.

⁶⁴ CORTE COST., sentenza n. 306 del 11 giugno 1993, in www.cortecostituzionale.it. Nel corso dello scrutinio di legittimità la Consulta esamina un altro aspetto legato al profilo di flessibilità del percorso di individualizzazione e rieducativo della pena, allorché passa a considerare il valore del provvedimento di revoca di benefici precedentemente concessi. Ebbene, pur non discriminando il carattere di censura della revoca, lo valorizza comunque in termini di proporzione della sanzione penale e di risocializzazione del condannato, imponendo che si valuti il comportamento di quest’ultimo in occasione della violazione delle prescrizioni imposte: *“In materia di benefici penitenziari, questa Corte ha inoltre stabilito il principio che l’effetto della revoca di essi deve essere proporzionato (oltre che al quantum di afflittività che da essi è derivato) alla gravità oggettiva e soggettiva del comportamento che ha determinato la revoca: principio che consegue a quelli di proporzionalità e individualizzazione della pena, cui l’esecuzione deve essere improntata, i quali a loro volta discendono dagli artt. 27, primo e terzo comma, e 3 della Costituzione”*.

⁶⁵ CORTE COST., sentenza n. 257 del 4 luglio 1974, in www.cortecostituzionale.it.

4. L'inutile ossessione della pena carceraria. I propositi di superamento della logica panottica e le prassi degenerative

Il paradosso giuridico di cui si avverte traccia in questo disarmonico panorama consolidato dalla prassi è che il giudice penale della cognizione e dell'accertamento del fatto ha perduto il suo ruolo centrale di uso del catalogo sanzionatorio, avendo subito una sorta di “*espropriazione forzata*” di tutta l'opera di punibilità a vantaggio di un ambito giurisdizionale, quello di Sorveglianza, che originariamente aveva ricevuto dal legislatore soltanto un potere di vigilanza sull'applicazione della pena, ma non quello di modificarla per specie e quantità⁶⁶. Questa traslazione di valore, che non si esita a definire – come già detto – una vera e propria prassi degenerativa, ha, peraltro, indotto l'erroneo convincimento che il sistema penale dell'esecuzione favorisca pratiche disapplicative in chiave indulgenziale, ricorrendo a misure alternative non della pena, come sarebbe naturale, ma dell'impegno di punizione⁶⁷.

Sono tutte ragioni che impongono all'opera giurisprudenziale, avallata appunto dagli interventi della Consulta, precise riflessioni sul ruolo della giurisdizione penale nel suo complesso, anche partendo da una situazione di fatto la cui rilevanza non può essere in alcun modo trascurata: **la pena non può essere monopolio del giudice della cognizione ma un fatto giuridico la cui adeguatezza alla gravità del reato commesso viene concretamente riqualificata nel corso dell'intero procedimento di applicazione della pena fino alla sua estinzione**. Solo in questo modo si può evitare quella deprecabile soluzione di continuità tra la fase della comminatoria e quella dell'esecuzione della pena per non vanificare il lavoro svolto in sede di cognizione laddove s'individua la giusta sanzione da irrogare. E solo in questo modo può trovare forma e sostanza il significato profondo della finalità rieducativa, dove per rieducazione si deve soltanto intendere educare il condannato secondo principi diversi, quelli che qualificano l'ordinamento,

⁶⁶ Per i profili di diritto comparato relativi al sistema dell'esecuzione della pena, soprattutto al livello europeo, si veda VINCIGUERRA S., *L'identità proteiforme della pena detentiva. Appunti per la comparazione fra ordinamenti penali europei*, in *Il sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena cit.*, pag. 167 e ss.

⁶⁷ BRICOLA F., *L'affidamento in prova al servizio sociale cit.*, pag. 1138. Non può mancare il riferimento alla premessa storica di talune scelte alternative al carcere, per cui si rinvia a PADOVANI T., *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Giuffrè, Milano, 1981. D'altra parte, in maniera articolata e precisa i dubbi sulla efficienza del “sistema alternativo” nella prassi sono esposti da DELLA CASA F., *Misure alternative ed effettività della pena: una ricognizione della situazione odierna e delle prospettive di riforma*, in *Il sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, in particolare pag. 87 e ss. FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale cit.*, pag. 411 e ss.

attraverso uno strumentario operativo che passa attraverso i diversi gradi delle modalità trattamentali, ma dove la pena come castigo e punizione non perda il suo valore assoluto.

Una possibile soluzione al *deficit* rilevato nella prassi potrebbe essere la predisposizione da parte del legislatore di un nuovo catalogo sanzionatorio, con pene destinate a essere eseguite così come pronunciate in sentenza. Ed invece, in mancanza di una riforma spetta oggi al giudice della cognizione il compito di porre le opportune premesse al successivo percorso di esecuzione della pena, devoluto per competenza al giudice della concreta applicazione della punizione sentenziata⁶⁸.

Occorrerebbe, in definitiva, parlare di un “diritto penale dell’esecuzione” non di un diritto penitenziario come diritto del carcere, un ampio ambito disciplinare che guarda alla pena, non alla struttura carceraria e ai suoi surrogati. Questo perché la pena non può più essere considerata sinonimo di carcere⁶⁹, secondo una irragionevole logica panottica, potendo talvolta coincidere con esigenze di segregazione personale, altre volte esigere forme di punizione, connotate dal carattere di afflittività, ma senza privazione della libertà personale⁷⁰.

A questo disegno di risistemazione concettuale e di esigenza ordinamentale non sono estranee, a nostro avviso, le forti sollecitazioni della giurisprudenza costituzionale che, ancora una volta, si propone come fonte del diritto in un ambito nel quale sembrano sfuggite al legislatore le redini del sistema, intento da tempo a rincorrere iniziative evocative di alto profilo, quali il varo di un nuovo codice di diritto penale sostanziale, ma schiacciato da ricorrenti emergenze funzionali di sovraffollamento carcerario con risposte di tipo deflattivo.

In realtà oggi il giurista si trova a fare i conti con una prassi che sembra avere determinato di fatto l’instaurazione di un **processo penale bifasico** fondato sull’elemento separatore del titolo esecutivo. La stessa dinamica

⁶⁸ CAPRIOLI F., *Processo penale e commisurazione della pena*, in *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, a cura di Massimo Pavarini, Monduzzi, Bologna, 2006, pag. 141.

⁶⁹ Assoluta adesione a DOLCINI E., *La “questione penitenziaria”, nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Riv.it.dir.e proc.pen.*, 2015, pag. 1663: “In una prospettiva di lotta all’abuso del carcere – di lotta, cioè, al ricorso al carcere oltre i limiti della stretta necessità – le misure alternative hanno sostanzialmente mantenuto le promesse”

⁷⁰ Il superamento dell’idea del *panopticon* benthamiano segue in buona sostanza l’evoluzione del concetto di finalità di pena e, dunque, l’arretramento dello scopo retributivo e intimidativo della sanzione penale a favore di una decisa prospettiva di reintegrazione sociale. Sulla materia sono particolarmente interessanti i profili di diritto comparato tracciati da TURRINI VITA R., *Brevi note sul sistema delle sanzioni non detentive in alcuni paesi europei*, in *Rass.penit. e crimin.*, Roma, nn. 2-3, 1999, pag. 277 e ss.

sanzionatoria, infatti, avvalorata dal filone giurisprudenziale della Consulta, che articola le vicende della punibilità tra una fase di accertamento della responsabilità del reato e della comminatoria e una fase di effettiva espiazione della pena, delinea un modello processuale concretamente diverso da quello della nostra tradizione legislativa⁷¹.

La sedimentazione normativa e gli arricchimenti giurisprudenziali hanno di fatto favorito l'istituzione di una giurisdizione della pena impropria in capo al Tribunale di Sorveglianza⁷², giurisdizione fiorita sulle ceneri dell'Ufficio di Sorveglianza con competenze amministrative⁷³. Per cui, allo stato, esiste un giudice del merito che commina la pena e un giudice che – solo se invocato – la pone in esecuzione con le varie possibili forme, con il risultato che l'ampio ventaglio delle misure alternative e trattamenti tipici dell'ottica rieducativa porta a modificare il tipo e la quantità di pena in concreto⁷⁴. Si è affermato, dunque, un processo di divaricazione in cui si presentano due fasi, quella dell'irrogazione e quella dell'esecuzione, distinte tuttavia per la diversità della forma di sanzione penale e per la competenza giurisdizionale.

Questo eccentrico modello di processo bifasico che, non dissimile da quello nord-americano, lascia intravedere una netta scissione tra il momento dell'accertamento ossia dell'affermazione della responsabilità penale e il momento della pronuncia sulla sanzione. Ne sono anche conferma gli elementi del complesso quadro di correlazioni che si va formando nel quale sembrano prendere posto gli strumenti attuativi del *probation*, quali in particolare l'"*affidamento in prova al servizio sociale*" (definita opportunamen-

⁷¹ MAIELLO V., *Note minime sui rapporti tra pena e Costituzione*, in *Quaderni di scienze penalistiche*, I Farella, Napoli, 2005, pag. 120 e ss. Se si vuole anche con la legge istitutiva della competenza penale del Giudice di Pace, relativa ai "lavori di pubblica utilità", è chiaro il percorso bifasico del procedimento. In un primo momento il giudice si pronuncia sulla responsabilità, per poi individuare successivamente, sempre che vi sia il consenso del condannato, le modalità esecutive per procedere alla concreta espiazione della pena. Sul tema si veda ancora MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale cit.*, pag. 481.

⁷² GREVI V., *Magistratura di sorveglianza e misure alternative alla detenzione nell'ordinamento penitenziario: profili processuali*, in *Il carcere "riformato"*, a cura di Franco Bricola, Il Mulino, Bologna, 1977, pag. 263.

⁷³ Come opportunamente precisa BRICOLA F., *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, Giuffrè, Milano, pag. 501, la scelta di un sistema di esecuzione, di natura amministrativa o giurisdizionale, non è un "residuo storico" – come nel caso italiano – ma attualmente è una scelta operata a monte dagli ordinamenti giuridici. Le moderne correnti di "difesa sociale" optano per il sistema amministrativo di esecuzione muovendo da suggestioni di "tipo afficientistico".

⁷⁴ MONTEVERDE L., *Tribunale della pena, processo bifasico e giusto processo*, in *Rass.penit. e crimin.*, Roma, nn. 1-2, 2002, pag. 153 e ss.

te *probation penitenziaria*) e la “*messa alla prova*” dell’imputato (definita *probation processuale*)⁷⁵. Anzi il periodo che intercorre tra la pronuncia sulla responsabilità e l’applicazione della pena è l’unico spazio temporale entro il quale l’imputato ha la possibilità di esercitare il suo diritto a richiedere l’ammissione a un istituto di prova, periodo quanto mai opportuno perchè impedisce il ritardo della pronuncia giudiziale. Secondo il nostro sistema processuale, invece, l’innesto indiscriminato del *probation* comporterà, come vedremo, una serie di spunti asistematici che finiranno per pregiudicare i tempi del processo e non per favorirli. Ecco la ragione per cui l’accesso alla prova deve richiedere un opportuno adattamento.

Naturalmente, in termini propositivi per una rivisitazione del sistema punitivo nel suo complesso, se si ritiene del tutto normativamente improprio un processo bifasico in Italia, tutta la fase dell’applicazione della pena come si presenta attualmente nella prassi deve scomparire a vantaggio di una esecuzione che segue immediatamente alla comminatoria, tenendo comunque presente che: “*la giurisdizione cognitiva dovrebbe rimanere saldamente imperniata sul fatto e la giurisdizione rieducativa dovrebbe rimanere saldamente imperniata sulla persona*”⁷⁶. Avendo assunto in premessa la rilevanza di tali esigenze, nessuno scollamento si dovrà più registrare tra il momento dell’accertamento della responsabilità penale e il momento della effettiva espiazione. E tutto ciò potrà essere assicurato soltanto se si rivisita il catalogo sanzionatorio e si elaborano nuove figure di pena, differenziate e concretamente attuabili, che consentano al giudice di selezionare quella più adeguata ed efficace al caso che tratta, pur limitando aspetti di ipertrofia e spazi di eccessivo intervento di carattere discrezionale che comprometterebbero il principio di tassatività e di uguaglianza.

Questa soluzione sarebbe, peraltro, in sintonia con il dettato della sentenza n. 313 del 1990 della Corte costituzionale, laddove è riconosciuto particolare rilievo al profilo ontologico della pena, individuato essenzialmente nella finalità rieducativa: “*una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l’accompagnano da quando nasce, all’astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue*”⁷⁷.

Non può essere sottaciuto, peraltro, un ulteriore profilo che ha reso l’ossessione carceraria una semplice ossessione formale, una vera e propria “*fobia di galera*”, priva di qualsiasi concretezza. La causa è da riconoscere nelle

⁷⁵ NUVOLONE P., “*Probation*” e istituti analoghi nel diritto penale comparato, in *Trent’anni di studio e procedura penale*, Cedam, Padova, 1969. TARTAGLIONE G., *La sospensione condizionale con «probation»*, in *Riv.pen.*, 1971.

⁷⁶ CAPRIOLI F., *Processo penale e commisurazione della pena cit.*, pag. 145.

⁷⁷ CORTE COST., sentenza n. 313 del 26 giugno 1990, in www.cortecostituzionale.it.

esigenze di decongestione penitenziaria che sono state alla base dei periodici provvedimenti di clemenza adottati prima della riforma costituzionale dell'art. 77 Cost.⁷⁸.

In fondo il depotenziamento dell'immagine figurativa dell'afflizione carceraria è il sintomo di un ordinamento che ha ceduto alla "cancellazione delle colpe", piuttosto che aver dato vita ad un sistema punitivo efficace che non avesse ricadute di sovraffollamento, e che ha finito per compromettere anche il complesso sistema delle misure alternative⁷⁹. Per cui la "faccia feroce" del sistema penale italiano talvolta resta sulla carta a causa dei provvedimenti di clemenza, a volte crea ostacoli alla rieducazione come per l'inasprimento del regime della recidiva, a volte ancora si stabilizza creando ipotesi di asistematicità, com'è accaduto con l'art. 41-*bis* O.P. Tuttavia, il disegno complessivo che si ricava è caratterizzato dalla mancanza di punti di riferimento sicuri e l'assenza di scelte normative coerenti destinate a mantenere ciò che promettono⁸⁰.

⁷⁸ DURIGATO L., *Deflazione carceraria e adozione di misure alternative: opportunità e aporie di un difficile rapporto*, in *Ind.pen.*, 2002, pag. 1029.

⁷⁹ DOLCINI E., *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1999, pag. 857 e ss.

⁸⁰ RE L., *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

5. La necessità di coniugare la ragionevolezza del legislatore e la discrezionalità del giudice nei nuovi assetti punitivi

Il secondo aspetto, per qualche verso più incisivo e condizionante dell'intera questione della pena, è l'ipostatizzazione del principio di *ragionevolezza* messo al centro dell'opera di verifica della Corte costituzionale come parametro tipico della legalità penale⁸¹. Questo principio ha il vantaggio di retrodatare la sostenibilità e la fondatezza della finalità punitiva al momento della scelta legislativa e non confinarla esclusivamente alla fase della sua esecuzione. Con esso s'intende esprimere la necessità di individuare un collegamento funzionale e successivamente un controllo di proporzione tra gravità dell'illecito e misura della sanzione⁸².

Lo scopo è di coniugare in maniera razionale e verificabile le istanze di finalità della pena con le esigenze politico-criminali del momento edificativo della fattispecie⁸³. Del resto la Corte Costituzionale ne ha enunciato un preciso programma prescrittivo quando ha affermato che in sede legislativa occorre verificare le ragioni della scelta di una sanzione orientandola verso l'opzione di carattere giudiziario, affidando poi al giudice il compito di affinare e dosare la misura della penalità⁸⁴. Si tratta evidentemente di una scelta

⁸¹ È appena il caso di sottolineare che il criterio o principio di ragionevolezza coinvolge molteplici aspetti qualificanti della fonte normativa. Se la Corte Costituzionale mostra una qualche cautela in materia penale, nel considerare la norma alla stregua del parametro della ragionevolezza, tale riserva non si registra in altri rami dell'ordinamento laddove la Corte sottopone al vaglio le disposizioni sospette di incostituzionalità attraverso le diverse accezioni della ragionevolezza. Per tutte le altre implicazioni, cfr. DI GIOVINE O., *Il sindacato di ragionevolezza della Corte in un caso facile*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2007, pag. 115 e ss. PIZZORUSSO A., *Le norme sulla misura delle pene e il controllo della ragionevolezza*, in *Giur.it.*, 1971, IV, 192. Per quanto riguarda lo specifico settore delle leggi penali, si veda PALAZZO F., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1998, pag. 350 e ss. INSOLERA G., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2006, I, pag. 264. MANES V., *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2007, in particolare da pag. 745.

⁸² Tra i vari possibili riferimenti bibliografici, si veda LATAGLIATA A.R., *Principio di eguaglianza davanti alla legge ed equiparazione di condotte "diverse" sotto un unico titolo di reato*, in *Giur.mer.*, 1971, II, pag. 94. PONGILUPPI C., *Le cornici editali al banco di prova di un sistema sanzionatorio differenziato*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2007, pag. 968 e ss.

⁸³ PALAZZO F., *Scienza penale e produzione legislativa cit.*, pag. 712. LICCI G., *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Giuffrè, Milano, 1989.

⁸⁴ I prodromi del principio di ragionevolezza si colgono, con una precisa visione di quanto il principio elaborato riuscirà a guidare la successiva legislazione, a partire da CORTE COST., n. 62 del 19 marzo 1986, in www.cortecostituzionale.it: "La configurazione delle fattispecie criminose e la valutazione della congruenza fra reati e conseguenze penali appartengono alla politica legislativa e, pertanto, all'incensurabile discrezionalità del legislatore ordinario, con l'unico

prima ancora che di politica criminale anche questa volta di tipo culturale, in particolare di giustizia distributiva, allorché l'azione legislativa si traduce nella “*modulazione delle strategie politico-criminali*”, adattando il modello punitivo alla complessità e alla varietà dei fenomeni criminosi⁸⁵.

Appare del tutto naturale che il sistema di *probation* oblitererà questo compito sistematico, in quanto la scelta di sostituire la pena con la prova, fornirà una risposta distonica rispetto alla premessa di valore punitivo che appartiene alla fondazione della norma penale.

Occorre peraltro riconoscere che il dibattito sulla pena attualmente ruota intorno a criteri più economici che giuridici o di statistica criminologica, di *efficienza* del sistema e di *risultati* degli interventi punitivi che alleggeriscano la pressione sulle strutture giurisdizionali e penitenziarie. Allo stesso modo e in una prospettiva francamente solidaristica occorrerebbe pensare alla pena come “risorsa” di risanamento sociale piuttosto che come occasione di emarginazione sociale. Da qui la necessità di abbandonare tattiche di neutralizzazione del condannato per favorire strategie di rieducazione e di inclusione sociale. Ma dal momento che il sistema punitivo è bloccato, la pena viene appesantita da interventi che la rendono sempre più antieconomica e inefficace, come nel caso della recidiva che spezza il legame di proporzione tra il fatto e la sanzione, finendo per conferire il potere di irrogarla direttamente al legislatore e non più al giudice del fatto⁸⁶. In questo modo il giudice, che sia della cognizione o dell'esecuzione, perde il controllo sulla quantità e sulla qualità della sanzione penale, travolto anch'egli dagli automatismi degli aumenti fissi e dei divieti di concessione dei benefici⁸⁷. Né può essere trascurato che la divaricazione apparirà sempre più ampia tra il giudizio sul fatto e il giudizio prognostico di rieducazione sulla persona.

limite della manifesta irragionevolezza”. DI GIOVINE O., *Sul cd. principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale. A proposito del rifiuto totale di prestare il servizio militare*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1995, pag. 159 e ss.

⁸⁵ PALAZZO F.C., *Bene giuridico tipi di sanzioni*, in *Ind.pen.*, 1992, pag. 217 e ss. INSOLERA G., *I controlli di ragionevolezza sul sistema penale. Note a margine alla sentenza n. 361/1998 della Corte Costituzionale*, in *Critica del diritto*, 1999, n. 1, pag. 16 e ss. La sentenza è CORTE COST., n. 361 del 19 maggio 1998, in www.costecostituzionale.it.

⁸⁶ DOLCINI E., *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2007, pag. 515 e ss. LEO G., *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, voce per “*Il libro dell'anno Treccani 2014*”, in www.penalecontemporaneo.it, 7 gennaio 2014. Sulle questioni di carattere generale che attengono l'uso del principio di ragionevolezza, seppure orientate a ricostruire un modello italiano di clemenza, non sfuggono le osservazioni svolte da MAIELLO V., *Clemenza e sistema penale cit.*, pag. 301 e ss.

⁸⁷ Si veda il caso del recidivo reiterato per cui non è possibile ottenere la sospensione dell'esecuzione per una pena contenuta nei tre anni, a seguito della modifica normativa del comma 9 dell'art. 656 c.p.p. sempre ad opera della legge n. 251 del 5 dicembre 2005.

Ma *ragionevolezza* vuole esprimere anche la necessità che il legislatore intervenga con scelte punitive in campo penale soltanto quando qualsiasi altro rimedio repressivo di diversa natura si potrebbe rivelare insufficiente ad esercitare la necessaria tutela legale. In questo senso le scelte di politica criminale, non solo devono essere vagliate sotto il profilo della necessità in fase di predisposizione della norma, ma devono ricevere un riscontro anche sul piano operativo, nell'intento di verificare quale efficacia quelle misure penali hanno prodotto. Sotto altro profilo ponendosi la *ragionevolezza* come strumento di controllo sulla proporzione tra illecito e sanzione, nel senso che il vantaggio che la pena intende conseguire a favore della società non può essere superiore al pregiudizio per i diritti individuali della persona, si impone che il criterio di proporzione: *“equivale a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni; ed il terzo principio, di sussidiarietà del diritto penale (quest'ultimo considerato come extrema ratio) secondo il quale è legittimo ricorrere alla sanzione penale soltanto allorché gli altri rami dell'ordinamento non offrano adeguata tutela ai beni che s'intendono garantire”*⁸⁸.

Occorrerebbe forse rimeditare il ruolo delle cc.dd. *“pene fisse”* che dalla Corte Costituzionale sono state in un primo momento ritenute pienamente legittime⁸⁹, per poi ripiegare verso esplicite perplessità, pur non pervenendo a soluzioni abrogative⁹⁰. Effettivamente il problema, o meglio il dubbio, esiste ed è reso ancor più fondato dal fatto che il principio di *ragionevolezza* a monte e l'opera giurisdizionale di individuazione di una pena a valle, che nasca tra la proporzione tra gravità del fatto e colpevolezza, vengono a cedere rispetto ad una ingiustificata esigenza da parte dell'ordinamento di ricorrere a pene fisse secondo un'evidente strategia di tipo general-preventivo nei suoi aspetti negativi. In altri termini, anche per tali ipotesi è determinante porsi il problema se il mezzo adoperato è adeguato al fine che in premessa la scelta legislativa si pone.

Occorre infine chiedersi se il principio di proporzione risulta rispettato in presenza di statistiche negli ultimi anni rese note in Italia dal Ministero della Giustizia, laddove si segnala che la popolazione carceraria è strutturalmente rappresentata in maniera sempre più consistente da fasce di mar-

⁸⁸ CORTE COST., sentenza n. 409 del 6 luglio 1989, in www.cortecostituzionale.it.

⁸⁹ CORTE COST., sentenza n. 67 del 15 maggio 1963, in www.cortecostituzionale.it.

⁹⁰ CORTE COST., sentenza n. 50 del 2 aprile 1980, in www.cortecostituzionale.it.

ginalità sociale⁹¹. Le strutture detentive e paradetentive amministrative, come i Centri di Permanenza Temporanea, accolgono persone che l'ordinamento marginalizza con la recidiva o persone che la comunità allontana perché manca un senso di accoglienza e di recupero sociale, prima ancora che giuridico.

Un primo passo verso il risanamento della marginalità penitenziaria si è registrato con la sentenza della Corte costituzionale che ha dichiarato illegittima la scelta legislativa che equiparava droghe leggere con droghe pesanti, ridimensionando la pena e scarcerando tutti coloro che per il tipo di stupefacente usato dalla bassa capacità del principio attivo venivano confinati nei penitenziari con scarsa possibilità di recupero effettivo⁹².

⁹¹ I dati riferiti dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria si trovano pubblicati su www.giustizia.it. Si veda anche MELOSSI D., *Stato, controllo sociale, devianza*, Bruno Mondadori, Milano, 2002, pag. 255 e ss. WACQUANT L., *Parola d'ordine tolleranza zero cit.*, pag. 102: "A tal proposito, è possibile anche avanzare l'ipotesi secondo cui lo scivolamento verso una gestione giudiziaria e carceraria della povertà è tanto più probabile e accentuato, quanto maggiormente la politica economica e sociale condotta dal governo si ispira alle teorie neoliberali improntate alla "privatizzazione" dei rapporti sociali e le garanzie dello stato sociale sono più deboli". Si veda ancora per un'indagine sociologica sulle ragioni ma soprattutto sulle categorie di soggetti che finiscono in carcere, BAUMAN Z., *Vite di scarto*, Ed. Laterza, Bari-Roma, 2005. L'Autore ritorna al tema della marginalità sociale e del suo sconfinamento nelle carceri dopo avere esaminato che la paura nelle città è stata generata negli ultimi anni dalla massiccia presenza di persone straniere migranti, si veda in BAUMAN Z., *La società dell'incertezza*, Il Mulino, Bologna, 1999.

⁹² CORTE COST., sentenza n. 42 del 12 febbraio 2014, in www.cortecostituzionale.it.

6. La duplice importanza dell'offerta rieducativa: integrazione sociale del condannato e riparazione della vittima

Con il trascorrere dei secoli sembra definitivamente superato l'assioma secondo cui il diritto penale svolge una funzione esclusivamente punitiva e non riparatrice. Come già si è visto, l'art. 27 della nostra Carta fondamentale non offre alcun margine a soluzioni esegetiche che non siano nel senso del pieno recupero del condannato. Tuttavia, affinché la rieducazione non sia un mito ma una strategia di recupero sociale della persona umana condannata per un reato occorre, dunque, riconoscere adeguato rilievo allo spirito costituzionale dei diritti di libertà individuali, peraltro inalienabili e inviolabili.

Fugare il dubbio che la rieducazione sia un obbligo dell'ordinamento e non una scelta consapevole e impegnativa del condannato consente anche di comprendere che in una società democratica fondata sulla rappresentanza parlamentare ciascun cittadino ha il diritto di scegliere il percorso di vita che ritiene, pur tenendo presente il rispetto della legge e le sue conseguenze. Se l'istanza rieducativa della pena fosse intesa come un percorso obbligato e come unica opzione offerta al condannato si negherebbe in radice la vocazione democratica dello Stato. La libera scelta di un progetto di rieducazione, dunque, conferma il carattere puramente discrezionale per il condannato che intende liberamente aderirvi, negando qualsiasi tentazione di rieducazione forzata, tipica delle esperienze di stampo autoritario.

In fondo la disponibilità del condannato deve essere verificata già al momento della sua presenza all'interno dell'istituto carcerario per la necessaria individualizzazione del trattamento che si deve fondare appunto sulla "collaborazione del detenuto" secondo il binomio *prevenzione-consenso*⁹³. Da tanto consegue che la pena, inserendosi nel tessuto dei diritti di libertà del cittadino, non può non possedere un carattere di tipo polifunzionale, tanto da garantire, appunto, il proposito di umanizzazione dell'afflizione penale anche per coloro che hanno rifiutato di intraprendere un percorso riabilitativo e di integrazione sociale.

Lo stato attuale della legislazione penale e penitenziaria, se si volesse utilizzare la seconda come espressione satellite, pur nella consapevolezza che si tratta di un settore del diritto penale, manca ancora di misure e di percorsi appropriati per specifiche categorie di condannati. Non esiste, ad

⁹³ BRICOLA F., *L'affidamento in prova al servizio sociale cit.*, pag. 1124. EUSEBI L., *Appunti critici su un dogma cit.*, pag. 1174: "Non è tuttavia necessaria grande esperienza psico-pedagogica per constatare che le scelte comportamentali solide, cioè quelle di cui necessita una prevenzione stabile, sono quelle compiute per convinzione, cioè aderendo in modo spontaneo ad appelli motivazionali persuasivi".

esempio, nessuna misura che garantisca al condannato per delitti contro la Pubblica Amministrazione, i cc.dd. *colletti bianchi*, di espiare in forme diverse la sanzione del carcere⁹⁴. Questa anomalia creava, un tempo in maniera più marcata, un sorta di irrazionale applicazione del sistema legislativo in materia penitenziaria, nel garantire a coloro che commettono reati connotati da particolare allarme sociale le misure alternative alla detenzione e negarle a coloro che risultano *super-integrati* ma nei cui confronti si nutre il convincimento di non poter somministrare incentivi di valore ordinamentale oltre quelli di cui già sono portatori⁹⁵. Eppure quante occasioni vi sono per utilizzare a favore della collettività l'opera di chi riscuote consenso sociale perché esprime anche dopo il giudizio di condanna "*capacità seduttive*", di chi ha goduto di alte posizioni sociali sviando nel proprio interesse il settore sottoposto al suo governo! Ciononostante, la colpevole inerzia di legiferare sul punto, finisce o per penalizzare questa categoria di condannati o per favorirli con misure inadeguate e particolarmente vantaggiose. Anche in questo

⁹⁴ La definizione, com'è noto, risale agli studi di SUTHERLAND E.H., *Il crimine dei colletti bianchi*, Giuffrè, Milano, 1987. MARANDOLA A., *Affidamento in prova (ordinario) al servizio sociale*, in *Enc. Treccani*, Roma 2005, pag. 6. COTTINO A., "*Disonesto ma non criminale*". *La giustizia e i privilegi dei potenti*, Carocci, Roma, 2005. GREEN S.P., *I crimi dei colletti bianchi. Mentire e rubare tra diritto e morale*, Università Bocconi Editore, Milano, 2008, dove, attraverso una disamina dei fatti in cui si trovano coinvolti i colletti bianchi, non è sempre facilmente qualificabile la condotta come penalmente illecita o sommamente immorale. Da qui gli incerti confini della colpevolezza dell'autore e la non sempre facile riconduzione alla pena e alle misure sanzionatorie esecutive più adeguate per prevenire rischi di recidiva. Per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali risulta utile la lettura delle varie ordinanze del Tribunale di Sorveglianza di Milano riportate da DEL NEVO A., *Misure alternative alla detenzione e "colletti bianchi"*, in *Quest.giust.*, n. 2, 1998, pag. 469 e ss.; TIRELLI M., "*Colletti bianchi" e affidamento in prova: verso una nuova concezione?*", in *Quest.giust.*, n. 1, 2000, pag. 187 e ss.; PIRONTI F., *Misure alternative e "colletti bianchi": Il Tribunale di Sorveglianza di Milano insiste*, in *Quest.giust.*, n. 4, 2000, pag. 794 e ss. CASTALDO M., *La rieducazione tra realtà penitenziaria e misure alternative*, Jovene, Napoli, 2001. Soltanto negli ultimi anni l'evoluzione della giurisprudenza di sorveglianza ha reso maggiormente flessibile tutte le misure alternative, adattandole a soggetti che posseggono un alto profilo sociale e istituzionale. È sufficiente mettere a confronto la motivazione con cui venne negato l'affidamento in prova al servizio sociale al dott. Diego Curtò, ex Presidente del Tribunale di Milano, condannato per corruzione; e la decisione con cui è stata concessa (si veda sopra) al dott. Silvio Berlusconi. Per il primo Cass., 28 febbraio 2001, n. 8651, Curtò, in *Riv. pen.*, 2001, pag. 942 e ss., con nota di A. BANA, *Condizione psicologica-criminogena e persistenza degli impulsi devianti ai fini dell'applicazione della misura alternativa alla detenzione. Una soluzione solo in parte condivisibile*.

⁹⁵ LA GRECA G., "*Colletti bianchi" e benefici penitenziari*, in *Foro it.*, 1998, II, 34 e ss. BANA A., *Ordinamento penitenziario e sviluppi delle misure alternative alla detenzione: il problema dell'affidamento in prova per i "colletti bianchi"*, in *Foro amb.*, 2000, pag. 403 e ss. COMUCCI P., *Il tema di affidamento in prova, "colletti bianchi" e obbligo di risarcimento del danno*, in *Foro amb.*, 2001, pag. 278 e ss.

caso si riscontra che il bisogno di carcere sopravanza il bisogno di pena. Valga per tutti l'esempio rappresentato dalla pena dei "lavori di pubblica utilità", espressione quanto mai opportuna per delineare il profilo di una sanzione che aspira a svolgere un ruolo riparatore, oltre che afflittivo, per il condannato⁹⁶.

Questo genere di sanzione penale, ma in realtà tutte le altre connotate da vocazione "sociale"⁹⁷, esprimono nella massima portata l'effetto prodotto da un fatto illecito lesivo di un bene giuridico tutelato e commesso con colpevolezza dal suo autore. Una tale categoria di sanzione potrebbe assurgere a linea guida di una legislazione punitiva che intende assicurare l'effettività dell'espiazione e la riparazione sociale, oltre che proporre un concreto itinerario di recupero comunitario⁹⁸. La volontaria disponibilità del condannato a subire la pena si potrebbe risolvere, dunque, nell'accettazione di quell'"offerta rieducativa", premessa indispensabile per un serio percorso di integrazione sociale, orientato a mantenere come caratteristica tipica l'esigenza di solidarietà costituzionale ed il bisogno di ripristino di una pacifica convivenza sociale. Su tale fondamento normativo trova la sua autentica immagine la radice culturale del concetto di rieducazione che secondo la Corte costituzionale: *"lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena (...) e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue.*

⁹⁶ MORRONE A., *Nuove sanzioni alternative alla detenzione: il lavoro a favore della collettività*, in *Dir.pen e proc.*, 2000, pag. 1033 e ss.

⁹⁷ Occorre precisare che questa sanzione, come ipotesi tipica di pena per le contravvenzioni, era già nota al codice penale Zanardelli del 1889, che con l'art. 22 stabiliva: *"La legge determina i casi nei quali l'arresto può essere scontato in una casa di lavoro, o anche prestazione d'opera in lavori di pubblica utilità. Se il condannato non si presenti per scontare la pena, ovvero rifiuti di prestare l'opera propria, l'arresto è scontato nei modi ordinari"*.

⁹⁸ È opportuno a questo proposito fare una distinzione con un istituto che nella nostra legislazione non è sanzionatorio ma che sostituisce un tributo locale non pagato con l'attività di lavoro svolto a favore della Comunità di appartenenza, quale esatto equivalente della misura economica del tributo non corrisposto. Si tratta del c.d. "baratto amministrativo" previsto all'art. 24 *"Misure di agevolazione della partecipazione delle comunità locali in materia di tutela e valorizzazione del territorio"* del decreto legge "Sblocca Italia" n. 133 del 12 settembre 2014, convertito con la Legge n. 164 dell'11 novembre 2014. Ebbene, questa misura costituita proprio da lavori di pubblica utilità serve come deterrente all'evasione dei tributi locali e si presenta con tutte le caratteristiche dei lavori di pubblica utilità utilizzati dal legislatore come tipo di pena. Naturalmente, pur assumendo un contenuto dinamico comune, la differenza è insita nella natura giuridica dei due istituti: da un lato la natura di sanzione o pena (a seconda dell'uso) comminata o amministrata dalla giurisdizione penale; dall'altra lo svolgimento di attività gratuite che sostituiscono l'equivalente economico che, comunque, dovrebbe essere versato a favore della Comunità locale. Una misura sostitutiva, dunque, del tributo non corrisposto senza alcun accento di censura morale o di sanzione giuridica.

Ciò che il verbo “tendere” vuole significare è soltanto la presa d’atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quelle finalità e l’adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione”⁹⁹.

I rimedi vanno ricercati in primo luogo nella necessità di una seria rivisitazione dei contenuti di un percorso rieducativo, anche attingendo alla consolidata esperienza maturata dagli Uffici Locali per l’Esecuzione Penale Esterna, al fine di elaborare un modello negoziale che divenga l’oggetto centrale dell’offerta rieducativa¹⁰⁰. L’esercizio di un libero diritto alla rieducazione impone una soluzione in termini contrattuali dell’impegno di recupero del condannato, per evitare che la pena extra-muraria si trasformi in un inopportuno quanto illegale beneficio. Allo stesso tempo il vincolo negoziale consentirebbe all’ordinamento di controllare il puntuale adempimento degli impegni assunti dal contraente condannato e, dunque, intervenire per adeguare progressivamente l’offerta rieducativa come proposito per individualizzare sempre di più la pena da espiare, cosicché: *“Il fulcro della pronuncia è la codificazione del “patto penitenziario” come elemento coesistente alla pena”¹⁰¹.*

Se si intende assolvere al dovere di punire con misure che soddisfano il bisogno di pena, si finisce per rilevare che il bisogno di carcere diviene un’inutile premessa¹⁰². Ma tutto questo è in aperta controtendenza con i progetti di fuga dalla sanzione penale, attraverso la dichiarazione di estinzione del reato che si intende raggiungere ad esempio con la recente introduzione dell’istituto della “messa alla prova” (ma più avanti si vedrà che il legislatore già in passato aveva avanzato ipotesi – per veri meri tentativi-, in cui riconoscere l’estinzione del reato sopravvenuta al giudizio).

⁹⁹ CORTE COST., sent. n. 313 del 26 giugno 1990, in *Foro it.*, 1990, I, 2386, con nota di G. FIANDACA. Sia pure nel contesto specifico del dibattito sull’opportunità della pena capitale è sempre opportuno il rinvio a SANTAMARIA D., *Pena di morte ed ergastolo*, Intervento al Congresso Internazionale di Studi Giuridici tenutosi nel settembre del 1956 presso l’Università di Perugia, ora contenuto in *Scritti di diritto penale*, a cura di M. La Monica, Kluwer Ipsoa, Milano, 1996, pag. 419. La Consulta, anche in occasione di una decisione sulla costituzionalità del c.d. indultino, ribadisce il tradizionale impianto concettuale, confermando il fondamento rieducativo di tutta la materia penitenziaria, in CORTE COST., sent. n. 255 del 21 giugno 2006, in *Guida al dir.*, 2006, pag. 63 e ss.

¹⁰⁰ BREDI R., *Il servizio sociale nelle misure alternative*, in *Rass.pen.e crimin.*, Roma 2001, 2, pag. 222 e ss.

¹⁰¹ Sul carattere negoziale del percorso di recupero ritornano rilevanti le considerazioni di FASSONE E., *Riduzione di pena ed ergastolo cit.*, pag. 801.

¹⁰² PAVARINI M., *Misure alternative alla detenzione dal 1986 ad oggi. Risultati ed incongruenze del sistema sanzionatorio nell’attuale contesto normativo*, in *Rass.penit. e crimin.*, Roma, nn. 1-2, 2003, pag. 207 e ss.

Una volta tracciato l'impianto teorico che conferisce legittimazione prima allo scopo e poi alla finalità della pena, occorre svolgere qualche riflessione sugli strumenti attuativi che si rendono necessari per ridisegnare il quadro istituzionale entro il quale si muove in concreto la dinamica del recupero sociale del condannato.

Il fallimento del sistema del *welfare state* registrato alla fine del secondo millennio, nella persistenza di una crisi economica che ne ha fortemente ridimensionata l'area di intervento, e con esso il depotenziamento in particolare dell'apparato del *welfare* penale impongono una seria e nuova assunzione di responsabilità da parte dell'ordinamento giuridico italiano¹⁰³. Peraltro, l'apertura normativa verso forme di *probation*, seppure adattate al modello processuale italiano, attendono interventi di *welfare* per realizzare razionalmente la composizione tra **funzione di controllo** e **funzione di assistenza** con finalità di reintegrazione sociale¹⁰⁴. Anche in

¹⁰³ Sulla nascita e sullo sviluppo del sistema di welfare in termini generali, si veda FLORA P.-HEINDENHEIMER A.J., *Lo sviluppo del welfare state in Europa e in America*, Il Mulino, Bologna, 1983; GIROTTI F., *Welfare State: Storia, modelli e critiche*, Carocci, Roma, 1998. La problematica dello Stato assistenziale e le implicazioni del fallimento del *welfare* nel settore delle politiche penali sono state significativamente analizzate nel sistema nord-americano. Si tratta senza alcun dubbio di un monito importante anche per la ricerca nel sistema italiano di nuove forme di espiazione extra-murarie, come esposto da GARLAND D., *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Il Saggiatore, Milano, 2004, in particolare da pag. 94 e ss. Sulla rilevanza del sistema organizzativo del *welfare* in materia penale, si veda ancora PADOVANI T., *L'utopia punitiva cit.*, e, in termini fortemente critici, BRICOLA F., *Crisi del welfare state e sistema punitivo cit.*, pag. 1429: "il Welfare State, laddove è stato realizzato, si è tradotto in servizi assistenziali appositi per i destinatari di misure alternative o per i devianti in genere, ovvero ha soltanto per talune categorie di servizi (sanitari), allargato la cerchia dei destinatari?". In fondo negli Stati Uniti l'esperienza è stata analoga, le leggi di mercato sono entrate in collisione con le complesse strutture della burocrazia statale producendo il collasso del sistema, in GARLAND D., *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale*, Il Saggiatore, Milano, 1999, pag. 183: "Invece di aiutare gli individui e di potenziare i diritti sociali di cittadinanza, il sistema si mostrava rigido e burocratico, e tutelava le prerogative degli amministratori e dei burocrati". Molto interessanti a tale riguardo appaiono le osservazioni di WACQUANT L., *Parola d'ordine tolleranza zero cit.*, pag. 58 che pone lo stato sociale con lo stato penale in un rapporto di inversa proporzionalità: "all'atrofia deliberata dello stato sociale corrisponde l'ipertrofia dello stato penale". Da ultimo si vedano le considerazioni di STELLA F., *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, Bologna, 2006, pag. 135 e ss.

¹⁰⁴ BRICOLA F., *L'affidamento in prova al servizio sociale cit.*, pag. 1137. Peraltro, il grande Maestro metteva in guardia circa l'organizzazione dei servizi che costituiscono il complessivo sistema di *welfare*: "L'inadeguatezza nel nostro paese dei servizi assistenziali e la centralizzazione del servizio sociale (posto alle dipendenze dell'amministrazione)", pag. 1138. Sui contenuti della misura NUVOLONE P., *Pena cit.*, pag. 14: "Anche le altre misure alternative sono riduttive della libertà personale, e presuppongono necessariamente un giudizio di colpevolezza: esse sono in genere collegate a un concetto di «prova»; ma prova è sottoposizione a controllo, è vigilanza, sia pure in un quadro di assistenza, e quindi è, in ultima analisi, una pena, anche se non detentiva". Tra i classici studi sulla materia che delineano una significativa apertura verso

questi aspetti deve trovare riscontro la vocazione del sistema costituzionale italiano orientato a confermare l'assetto di uno Stato sociale di diritto, nello sforzo di conciliare i caratteri dello Stato di diritto con la propensione allo Stato sociale.

L'indagine sulla finalità della pena e sulle modalità di espiazione non può considerarsi esaurita se manca la riflessione sul ruolo della vittima¹⁰⁵ e sugli aspetti riparatori del percorso sanzionatorio¹⁰⁶. Gli studi sulla vittimologia sono fino a questo momento risultati decisivi per inquadrare esattamente il tema, ma soprattutto per depurare la pena dagli aspetti vendicativi che apparivano determinanti in un quadro arcaico di punizione ordinamentale¹⁰⁷.

forme di controllo con finalità riabilitativa, si veda FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire*, Einaudi, Torino, 1975; RUSCHE G. – KIRCHHEIMER O., *Pena e struttura sociale*, Il Mulino, Bologna, 1978; GARLAND D., *Pena e società moderna cit.*, pag. 312 e ss. MELOSSI D., *Stato, controllo sociale, devianza cit.*, pag. 220.

¹⁰⁵ GARLAND D., *La cultura del controllo cit.*, pag. 70: "Negli ultimi tre decenni, la vittima è tornata al centro dell'attenzione delle politiche della giustizia penale". In una dimensione che vada oltre la semplice riconciliazione per incidere sulle conseguenze penali del conflitto, si rinvia a FIANDACA G. – VISCONTI C., *Punire Mediare Riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Giappichelli, Torino, 2009. Sul piano delle iniziative internazionali, per una strategia politica che tenga conto del ruolo della vittima e della necessità della conciliazione, si segnala FLOR R. – MATTEVI E., *Giustizia riparativa e mediazione in materie penali in Europa*, in www.penalecontemporaneo.it. Sulla problematicità del tema e sulla cautela che occorre per traslare dalla sfera del dolore privato alla dimensione giuridica che miri alla composizione giurisdizionale del conflitto nonché alla radice giuridica e storica della categoria delle "vittime del reato", si veda PUGIOTTO A., *Cortocircuiti da evitare. Dimensione costituzionale della pena e dolore privato delle vittime*, in *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, a cura di F. Corleone, e A. Pugiotto, Ediesse, Roma, 2012, pag. 157.

¹⁰⁶ ROXIN C., *La posizione della vittima nel sistema penale*, in *Ind.pen.*, 1, 1989, pag. 12 e ss.

¹⁰⁷ La storia della vendetta come motivazione giuridica per fondare le ragioni della punibilità ne ha da sempre caratterizzato la relazione che, pur avendo attraversato tutta la vicenda millenaria dell'uomo, è giunta al punto in cui si tenta di sciogliere il nodo tra vendetta privata e punizione pubblica attraverso l'interposizione dello Stato che fa da garante alla soluzione del conflitto. Per l'ampio snodarsi di questa storia si rinvia a PROSPERI A., *Delitto e perdono. La pena di morte nell'orizzonte mentale dell'Europa cristiana. XIV-XVIII secolo*, Einaudi, Torino, 2013, in particolare da pag. 5. Negli Stati Uniti d'America il tema dell'interesse della vittima alla punizione del colpevole è stato sempre centrale nell'attenzione del sistema penale, cfr. ROXIN C., *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv.it.dir. e proc. pen.*, 1987, pag. 9 e ss. FLETCHER G.P., *Grammatica del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2004, pag. 47 e ss. LUDERSSEN K., *Il declino del diritto penale cit.*, pag. 31 e ss. PERSICO M.I., *Profili attuali della vittimologia in diritto penale*, in *Quaderni di scienze penalistiche*, I Farella, Napoli, 2005, pag. 469 e ss. Il tema della pena di morte oggetto della c.d. "eccezione americana", ci permettiamo di segnalare, è trattato in TRONCONE P., *Il diritto dello Stato di punire con la morte. Un caso di contaminazione politica della scienza della legislazione pe-*

Una corretta “offerta rieducativa” non può prescindere da un “patto penitenziario” che veda coinvolti anche gli interessi della vittima nei cui confronti assumere un preciso impegno riparatorio¹⁰⁸. È chiaro che il quadro di riferimento tradizionale resta quello del *probation* penitenziario ossia il percorso di riabilitazione personale e sociale del condannato all’indomani dell’applicazione del titolo esecutivo attraverso l’espiazione in forma diversa della pena comminata¹⁰⁹. Altro discorso meriterebbe invece la soluzione riparatoria quando ad affacciarsi al nuovo orizzonte legislativo, come è accaduto negli ultimi mesi, è l’ipotesi di *probation* processuale che anticipa il giudizio di responsabilità ma impedisce l’applicazione della pena all’esito dell’applicazione dell’istituto della “messa alla prova” con effetti estintivi del reato¹¹⁰. Certamente in questo caso il ruolo della vittima potrebbe acquistare un’importanza speciale, in quanto potrebbe costituire uno dei presupposti per non procedere al giudizio di responsabilità¹¹¹, senza tuttavia che l’integrale risarcimento dei danni debba essere considerata una condizione ineludibile per accedere al *probation*¹¹². Anzi il ruolo processuale della vittima finisce per acquisire una dimensione di tipo sostanziale, dal momento che il pieno ripristino dei suoi diritti lesi dal reato partecipano alla costituzione del presupposto per concretizzare la sopravvenuta rinuncia punitiva da parte dello Stato.

Un primo profilo problematico coinvolge il significato della mediazione e della riparazione che potrebbe finire per enfatizzare lo scopo di vendetta perseguito dalla vittima e con esso affidare alla determinazione di terzi,

nale”, Aracne, Roma, 2012. Non mancano i riflessi sulla teoria della pena e sull’incertezza della individuazione delle finalità della punizione nel pensiero di STELLA F., *La giustizia e le ingiustizie cit.*, pag. 179 e ss.

¹⁰⁸ RAMACCI F., *Reo e vittima*, in *Ind.pen.*, 2001, 1, pag. 574 e ss. BOUCHARD M. – MIEROLO G., *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Bruno Mondadori, Milano, 2005.

¹⁰⁹ FASSONE E., “*Probation*” e affidamento in prova, in *Enc. del dir.*, Giuffrè, Milano, 1986, pag. 783 e ss.

¹¹⁰ È il caso di ricordare che l’istituto della “messa alla prova” viene introdotto per la prima volta con l’art. 28 del DPR 22 settembre 1998, n. 448. La norma sancisce che, quando si ritiene di “dover valutare la personalità del minorenne all’esito della prova”, il giudice con ordinanza può sospendere il processo, affidando “il minorenne ai servizi minorili dell’amministrazione della giustizia” per le “opportune attività di osservazione, trattamento, e sostegno”. Il successivo art. 29 stabilisce, infine, che all’esito della prova positiva il giudice “dichiara con sentenza estinto il reato”.

¹¹¹ COSÌ G., *Giustizia senza giudizio. Limiti del diritto e tecniche di mediazione*, in F. Molinari e A. Amoroso, *Criminalità minorile e mediazione, riflessioni pluridisciplinari, esperienze di mediazione e ricerche criminologiche sui minori*, Franco Angeli, Milano, 1998, pag. 189 e ss.

¹¹² Cass. Sez. V, Sentenza n. 4610 del 3 febbraio 2016, in www.cassazione.it.

rispetto alla relazione punitiva reo-Stato, l'esito del giudizio penale¹¹³. Probabilmente un opportuno effetto di attenuazione si potrebbe ottenere non lasciando al proprio destino il colpevole e la vittima, ma inserendo questo rapporto conflittuale nel complessivo sistema di *welfare* dove lo Stato progetta di coltivare le proprie finalità assistenziali¹¹⁴. Del resto le statistiche relative ai procedimenti penali pendenti innanzi agli Uffici del Giudice di Pace segnalano l'alto livello statistico dei conflitti interindividuali per i quali, la lentezza dei meccanismi processuali e il ritardato intervento della punizione potrebbero finire per disincentivare i meccanismi di mediazione e di riparazione¹¹⁵. Quindi, l'auspicio volge nel senso di istituire uffici di mediazione, presidi di tutela e di assistenza alle vittime, incentivo processuale dei percorsi di conciliazione¹¹⁶.

Altra questione è il valore autentico di un istituto processuale così impegnativo che determina il venire meno dell'esercizio del diritto punitivo dello Stato. Se la finalità della "messa alla prova" nel procedimento a carico dei minori è rivolta unicamente alla tutela delle esigenze pedagogiche di un soggetto dalla personalità non ancora definita¹¹⁷, occorre una ragione ri-fondativa per traslare quel medesimo istituto nel processo a carico degli adulti senza pensare che si tratti di uno strumento puramente deflattivo¹¹⁸.

¹¹³ Pur con le dovute cautele in termini di proporzioni, risulta sintomatica l'affermazione dell'esigenza di vendetta in relazione al tema della pena di morte, sul punto CANTARELLA E., *Il ritorno della vendetta cit.*, pag. 110. ALEO S., *Dal carcere cit.*, da pag. 11.

¹¹⁴ SCORDAMAGLIA V., *Pena, rieducazione, perdono*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Esi, Napoli, 2010, pag. 976. BELLANTONI G., *La riparazione alle vittime del reato tra istanze "risarcitorie" e politica "assistenziale"*, in *Ind.pen.*, 3, 1985, pag. 535 e ss. MANNOZZI G., *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci cit.*, pag. 1129 e ss.

¹¹⁵ MOCCIA S., *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, in *Quaderni di scienze penalistiche*, I Farella, Napoli, 2005, pag. 35 e ss.

¹¹⁶ PAVARINI M., *Dalla pena perduta alla pena ritrovata? Riflessioni su una "recherche"*, in *Rass.pen. e crimin.*, Roma, nn. 1-3, 2001, pag. 113 e ss.

¹¹⁷ SPIRITO D., *Principi e istituti del diritto penale nel nuovo processo a carico di minorenni*, in *Giust.pen.*, 1990, III, c. 139. GHIARA A., *La "messa alla prova" nella legge processuale minorile*, in *Giust.pen.*, 1991, III, 82. EUSEBI L., *Dibattito sulle teorie della pena e "mediazione"*, in (a cura di) PICOTTI L., *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1998, pag. 73 e ss. Importante è anche la pronuncia del Giudice delle leggi, cfr. CORTE COST., sentenza n. 412 del 27 settembre 1990, in www.cortecostituzionale.it.

¹¹⁸ Suscita a tale proposito particolare interesse una sorta di monitoraggio effettuato sul territorio europeo circa le iniziative di "depenalizzazione", "decarcerizzazione" e "decriminalizzazione", tutte volte verso finalità puramente deflative. Sul tema si rinvia all'indagine condotta dal MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Le misure alternative alla detenzione nel contesto dei sistemi giuridici europei*, in *Quaderni giust.*, 1984, n. 37. Tuttavia, si è ben consapevoli del fatto che la discussione è radicata sul nuovo indirizzo di valori che prende avvio dai "Principi di Base sull'impiego di Programmi di Giustizia Riparativa in materia penale" dettati con l'art. 6 a Vienna nel 2000 e dall'art. 14 della Raccomandazione R (99) 19 varata dal "Comitato dei

Fin quando le riforme annunciate e divenute oggetto della legislazione non saranno concretamente attuate si proporrà come arduo qualsiasi bilancio che non sia una mera e sperabile previsione.

In realtà il nostro sistema delle leggi penali ha già recepito il rimedio della riparazione come ipotesi estintiva del reato e lo ha fatto con la legge istitutiva del “*Giudice di Pace in materia penale*” varata con il D. Lgs. n. 274 del 20 agosto 2000. Al primo comma dell’art. 35 “*Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*”, infatti, viene stabilito che: “*Il giudice di pace, sentite le parti e l’eventuale persona offesa, dichiara con sentenza estinto il reato, enunciandone la causa nel dispositivo, quando l’imputato dimostra di aver proceduto, prima dell’udienza di comparizione, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante restituzioni o risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato*”. Tuttavia, questo sistema non sembra in concreto avere ancora trovato una sistematica attuazione, per l’assoluta carenza di strutture e la mancanza dei necessari finanziamenti per predisporre l’organico degli Uffici territoriali e, all’interno di essi, il personale qualificato. E si deve trattare di personale particolarmente qualificato anche per evitare la strumentalità di talune scelte che, gestite e verificate in maniera professionalmente inadeguata, potrebbero dare vita a pratiche elusive da parte degli imputati.

Ministri del Consiglio d’Europa”. DEL TUFO V., *Profili critici della vittimo-dommatica*, Jovene, Napoli, 1990. DEL TUFO V., *Linee di politica criminale europea e internazionale a protezione della vittima*, in *Quest.giust.*, 4, 2003, pag. 705 e ss.

7. Gli esiti del “fiore all’occhiello” della riforma penitenziaria

a) La scoperta della maggiore efficacia punitiva dell’affidamento in prova al servizio sociale

A distanza di molti anni dalla sua entrata in vigore la misura dell’affidamento in prova al servizio sociale¹¹⁹, l’unica vera misura alternativa alla detenzione, è stata sottoposta a severa verifica di efficacia¹²⁰. Occorre dire che ha superato egregiamente la prova di utilità punitiva, dal momento che la sua costante applicazione ha fatto registrare numeri bassissimi in termini di recidiva, prova del fatto che la misura extra-muraria garantisce un’efficacia preventiva maggiore di quella carceraria.

Sulla base delle attente rilevazioni compiute dagli uffici del Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria prima dell’entrata in vigore della legge di indulto, si rileva, infatti, che l’*“indagine, sempre condotta dall’ufficio sta-*

¹¹⁹ La misura è stata introdotta nell’ordinamento italiano su sollecitazione del Consiglio d’Europa del 1973 ed in riferimento alle *“Regole minime per il trattamento dei detenuti”* varate dalle Nazioni Unite nel 1955, come riportato in GREVI V., *Esecuzione penitenziaria e rieducazione del condannato nelle regole minime per il trattamento dei detenuti*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1974, pag. 537 e ss. Nella sua forma originaria e per tutte le perplessità in ragione delle quali venne ampliato lo spettro di intervento della misura, si veda, FLORA G., *I destinatari dell’affidamento in prova*, in *Riv.it.dir.e proc.pen.*, 1977, pag. 690 e ss. In tale lavoro già emergevano le esigenze deflative che sarebbero state alla base del consenso raggiunto sull’opportunità della misura alternativa, più che l’efficacia rieducativa dell’istituto, Id., pag. 698: *“L’affidamento in prova costituisce oggi l’unica “vera” misura sostitutiva della pena detentiva nel nostro sistema penale e l’unico strumento, assieme alla sospensione condizionale e al perdono giudiziale, di cui dispone l’autorità giudiziaria per non aggravare quel sovraffollamento carcerario che ha ormai assunto dimensioni drammatiche”*. BARTOLI R., *L’affidamento in prova al servizio sociale tra istanze risocializzative e scopi di garanzia*, in *Riv.it.dir. e proc. pen.*, 2002, pag. 1238. L’affidamento in prova, alla luce delle statistiche ministeriali, *“riceve da tempo un’applicazione ampia e tendenzialmente in crescita”*, come documentato da DOLCINI E., *La rieducazione del condannato: un’irrinunciabile utopia? Riflessioni sul carcere, ricordando Vittorio Grevi*, in www.penalecontemporaneo.it, pag. 10. AA.VV., *Sovraffollamento carcerario, e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, a cura di Caprioli F. e Scomparin L., Giappichelli, Torino, 2015.

¹²⁰ GUAZZALOCA B. – PAVARINI M., *L’affidamento in prova al servizio sociale. L’esecuzione delle misure alternative alla pena privativa della libertà*, in *Giur.sist. di dir.pen.*, diretta da F. Bricola e V. Zagrebelsky, Utet, Torino, 1995, pag. 59 e ss. VOCCA O., *Il carcere. Linee di politica criminale*, Liguori Editore, Napoli, 2003, pag. 221 e ss. Ci sia consentito citare TRONCONE P., *Manuale di diritto penitenziario (parte curata da U. Nazzaro)*, Giappichelli, Torino, 2006, pag. 69 e ss. MARANDOLA A., *Affidamento in prova cit.*, pag. 1 e ss. Per l’ipotesi specifica dei *“casi particolari”*, appare interessante il riferimento a SCLAFANI F. – TUCCILLO G. – VOCCA O., *Prima esperienza applicativa dell’affidamento in prova in casi particolari nel tribunale di sorveglianza di Napoli. Profili di politica criminale e legislativa*, in *Arch. pen.*, 1988, pag. 29 e ss.

tistico del Dap sui detenuti italiani presenti in carcere alla data del 19 aprile 2006 aveva per oggetto le carcerazioni precedenti motivate da una sentenza di condanna irrevocabile. Su 27.585 detenuti circa il 48% risulta avere sofferto precedenti carcerazioni per condanne passate in giudicato. Nella ricerca sugli affidati in prova al servizio sociale il concetto di recidiva è più ampio perché non è limitato all'esecuzione penale, sia infra che extra-murale, ma vengono considerate tutte le condanne iscritte al Casellario giudiziale. Nonostante ciò la percentuale di recidivi che provengono da una misura alternativa, che in base alle modalità di rilevazione ci si aspetterebbe più ampia, è notevolmente inferiore: non si arriva a 2 casi su 10¹²¹. Ma in realtà anche precedenti rilevamenti avevano messo in luce il frequente e decisivo ricorso all'affidamento in prova, con l'alto livello di risultati positivi, come veniva già segnalato dalla Circolare DAP 28 marzo 1996 del Ministero di Grazia e Giustizia. Si giunge infine al dato significativo registrato alla data del 31 ottobre 2011 quando risultavano in affidamento al servizio sociale ben 9.500 detenuti.

L'assunto sulla maggior efficacia delle misure alternative al carcere, rapportato all'equazione tradizionale reato-carcere, può apparire francamente paradossale, ma le indagini condotte sul campo pongono in evidenza che **l'unica forma di pena efficace** è quella che non prevede la permanenza intra-muraria, anzi quella che va oltre il carcere¹²².

Ancora una volta soccorre l'intervento della Corte Costituzionale che fornisce una definizione "normativa" alla natura giuridica dell'affidamento in prova, preso atto della generica enunciazione esposta dal legislatore. La Consulta con la sentenza n. 185 del 1985 affermava che: *"Le suesposte argomentazioni non possono non essere condivise. Infatti, il periodo trascorso in affidamento (nell'ambito della durata complessiva, che è e rimane unica, della pena inflitta) comporta per il condannato l'osservanza di prescrizioni restrittive della sua libertà e insieme la soggezione, pur se in un quadro di assistenza, ai costanti controlli del servizio sociale nonché alla vigilanza del*

¹²¹ I dati sono puntualmente riportati da www.ildue.it. MARCHESELLI A., *L'efficacia rieducativa delle misure alternative alla detenzione*, in *Giust.pen.*, 2003, 540 e ss. Per quanto poi riguarda il fenomeno del recidivismo in ipotesi di indulto, si rinvia a JOCTEAU G.-TORRENTE G., *Indulto e recidiva. Uno studio dopo sei mesi dall'applicazione del provvedimento*, in www.giustizia.it.

¹²² Consapevolezza dell'efficacia della misura punitiva extra-muraria acquisita anche attraverso studi comparativi con l'esperienza di altri ordinamenti penali che spingono a sostenere: *"... un cambio di mentalità che ci faccia dimenticare l'equazione reato-carcere alla quale quale sempre siamo stati allevati e ci induca ad affinare gli strumenti sanzionatori alternativi che in altri Paesi hanno fornito risultati soddisfacenti..."*, così BERNARDI A., *Il progetto di ricerca "prison overcrowding and alternatives to detention": contesto e linee programmatiche*, in *Riv.it.dir.e proc.pen.*, 2014, pag. 1741.

*magistrato di sorveglianza, cui il servizio sociale è tenuto a fornire periodicamente dettagliate notizie. Se ne deve, allora, dedurre che l'affidamento in prova al servizio sociale costituisce non una misura alternativa alla pena, ma una pena essa stessa, alternativa alla detenzione o, se si vuole, una modalità di esecuzione della pena, nel senso che viene sostituito a quello un istituto, il trattamento fuori dell'istituto, perché ritenuto più idoneo, sulla base dell'osservazione, al raggiungimento delle finalità, di prevenzione e di emenda, proprie della pena*¹²³.

E la Corte ribadisce con forza il carattere di “pena” dell'affidamento con una successiva decisione n. 343 del 1987: *“Al riguardo, questa Corte non può che ribadire quanto già affermato nelle richiamate decisioni nn. 185 e 312 del 1985 circa il carattere sanzionatorio delle prescrizioni inerenti all'affidamento in prova. Trattasi, invero, di norme di condotta che investono l'intera attività del reo e comportano significative limitazioni all'esercizio di una serie di diritti costituzionalmente garantiti: sicchè, qualunque sia la nozione di pena che si ritenga di accogliere, non è dubbio che esse rientrino a pieno titolo tra quelle restrizioni della libertà personale la cui imposizione l'art. 13 Cost. circonda di particolari cautele*¹²⁴.

Questa è la ragione per cui sin dai primi progetti di riforma del codice penale l'affidamento in prova al servizio sociale è entrato a far parte a pieno titolo di un nuovo catalogo sanzionatorio, come nel caso del “progetto Pisapia” che nella bozza di legge delega lo integra a pieno titolo tra le pene di un possibile futuro ventaglio di sanzioni penali¹²⁵.

Da qui una deduzione di carattere logico che pone interrogativi agli operatori del settore ma soprattutto al legislatore riformatore della materia penale: il carcere è ancora necessario per punire nella società contemporanea coloro che si rendono responsabili della violazione della legge penale? O se si vuole in termini di risposta ordinamentale: è sempre necessaria la pena carceraria come *“reazione alla commissione di fatti offensivi di interessi che il legislatore, interprete della coscienza sociale, reputa oggettivamente meritevoli di essere salvaguardati da determinate forme di aggressione col presidio della pena*¹²⁶.

Il primo problema che si pone alla scelta di misure che appaiono per contenuto punitivo e dinamica funzionale diverse dalla pena detentiva irrogata

¹²³ CORTE COST., sentenza n. 185 del 12 giugno 1985, in www.cortecostituzionale.it.

¹²⁴ CORTE COST., sentenza n. 343 del 15 ottobre 1987, in www.cortecostituzionale.it.

¹²⁵ La bozza di riforma della parte generale del codice penale elaborata dalla Commissione ministeriale presieduta da Giuliano Pisapia è riportata in www.associazioneantigone.it.

¹²⁶ Ancora una volta si ritiene opportuno citare in termini normativi di tipo prescrittivo la CORTE COST. sent. n. 394 dell'8 novembre 2006, pag. 13, *cit.*

in fase di comminatoria edittale è quello di valutare la possibile e sospetta violazione del principio di tassatività per aver fatto ricorso a una forma di punizione diversa da quella formalmente stabilita dal titolo esecutivo¹²⁷. In effetti, la pena applicata non è la stessa pena inflitta in sentenza, anche se due ordini di considerazioni particolarmente fondate militano a favore del fatto che in questo modo non vengono lesi i principi cardine del sistema penale, ragionando in considerazione del contenuto e della finalità della scelta alternativa.

In primo luogo nella prospettiva politico-criminale coltivata dal legislatore è fondamentale che vi sia una punizione per l'illecito penale commesso e che questa punizione possa essere quanto più tempestiva nella sua esecuzione e proporzionata in termini di afflittività (scopo che si può raggiungere solo facendo leva sulle prescrizioni limitative).

In secondo luogo il canone costituzionale di rieducazione impone che il legislatore possa ricorrere a qualsiasi mezzo per assicurare l'esito di recupero sociale del condannato, sempre che la pena sia ispirata al senso di umanità. Orbene, sarebbe violato il principio di tassatività se il giudice dell'esecuzione facesse ricorso a misure, ritenute arbitrariamente, penali ma non previste dall'ordinamento legislativo di settore. E ancora di più se la scelta della misura alternativa, nella specie l'affidamento in prova al servizio sociale, non fosse adeguatamente motivata dal Tribunale di Sorveglianza allo stesso modo in cui il giudice della comminatoria edittale motiva, alla luce dell'art. 133 del codice penale, la scelta della pena e della sua misura adeguata alla responsabilità dell'imputato¹²⁸. Diversamente ne sarebbe vulnerato il principio di legalità anche sotto il profilo della violazione dei canoni di discrezionalità che rappresentano, tuttavia, l'esercizio di un'attività *giuridicamente vincolata*¹²⁹. In definitiva, si tratterebbe

¹²⁷ Sebbene non bisogna mai deflettere dai fondamentali principi di governo della materia penale, il timore di introdurre misure prive di tassatività è fugato dal corrispettivo obbligo di disporre un esauriente prospetto di prescrizioni che l'affidato sarà tenuto a rispettare, pena la revoca della misura. Sul punto BRICOLA F., *L'affidamento in prova al servizio sociale cit.*, pag. 1133.

¹²⁸ Per tutte le implicazioni relative all'esercizio del potere discrezionale del giudice e ai criteri di commisurazione della pena, si veda DOLCINI E., *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1991, pag. 55 e ss. Sui problemi attuali che pone il tradizionale tema della commisurazione della pena e l'uso dei poteri discrezionali del giudice rispetto allo stratificarsi del profilo di garanzia imposto dal principio di colpevolezza, si veda CARUSO G., *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Cedam, Padova, 2009, da pag. 238.

¹²⁹ NUVOLONE P., *Il ruolo del giudice nell'applicazione della pena*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Studi II, 1969. BRICOLA F., *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della sanzione criminale cit.*, pag. 468. SATURNINO R., *Discrezionalità (dir. penale)*, in *Enc.giur. Treccani*, Roma, 1989.

di una decisione oggettivamente illegittima perché assunta in violazione della prescrizione normativa riportata all'art. 132 del codice penale. Non vi è spazio in questo caso per scelte di tipo equitativo che appartengono a tradizioni legislative di ordinamenti giuridici diversi dal nostro. Si coglie invece in questo modo la conferma che lo sforzo per ricercare misure penali diverse, svincola il sistema dai rigidi canoni retributivi per aprirlo a soluzioni governate da esigenze di rieducazione, nel senso che la scelta di misure espiative diverse da quelle pronunciate in sede di cognizione offre alla fase dell'esecuzione una migliore ricalibratura nello sforzo di individualizzare la pena da scontare¹³⁰.

Questo, del resto, rappresenta il dilemma tra l'ipotesi della pena da porre in esecuzione e l'ipotesi della "*messa alla prova con estinzione del reato*", nel senso che nel primo caso vi è l'accertamento della responsabilità penale che tiene conto della pena adeguata al reato commesso e della personalità del reo; nel secondo caso s'impedisce il giudizio sul fatto e si centra l'attenzione soltanto sulla personalità dell'imputato.

Bisogna riconoscere, alla luce dei rilevamenti statistici, che sebbene non si ravvisa la necessità del carcere, si rende indispensabile il "*bisogno di pena*", una pena che rappresenti un'autentica risposta dell'ordinamento, la più efficace, pronta e individualizzante possibile.

Questo dato annulla, prima di ogni altra cosa, un preconcetto, secondo cui con l'affidamento in prova l'ordinamento introduceva surrettiziamente un percorso indulgenziale, utile allo stesso tempo ad eludere la pena e necessario per una politica di deflazione carceraria¹³¹.

Il **patto rieducativo** deve rappresentare la garanzia del condannato a scontare una pena in forma diversa nel rispetto delle prescrizioni e al tempo stesso l'impegno dell'ordinamento penale¹³² a mettere in campo tutte le

¹³⁰ Sulla questione, oggetto di dibattito anche in altri sistemi penali, si veda sotto il capitolo "*Sulla sostituzione graduale della pena detentiva*" in LURDERSSEN K., *Il declino del diritto penale*, a cura di Luciano Eusebi, Giuffrè, Milano, 2005, pag. 69: "*Dopo avere a sua volta comportato la conclusione di una lunga fase caratterizzata dalla pena di morte e dalle pene corporali – conclusione riconducibile all'esperienza, e all'acquisita consapevolezza morale, dell'inefficacia e dell'inumanità di tali pene-, il ricorso alla detenzione si vede contrapposte, oggi, le medesime obiezioni*".

¹³¹ BOScareLLI M., *Affidamento in prova al servizio sociale: di male in peggio*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1990, pag. 1126 e ss.

¹³² Appare opportuno rammentare che sono state formulate ipotesi di allargamento del tema della "prova" del condannato, all'interno dell'alveo della misura alternativa. Tra le proposte innovative va ricordata l'idea di una particolare ipotesi di "sospensione condizionale della pena" inserita nel quadro finalistico dell'affidamento in prova come forma di "intimidazione speciale". L'auspicio sarebbe di alimentare il senso istituzionale di rieducazione del condannato e allo stesso tempo garantire le esigenze di deflazione del sistema carcerario. Su tali temi PALAZZO F., *Esecuzione progressiva e "benefici" penitenziari cit.*, pag. 158 e ss.

opportune tecniche per esercitare il doveroso controllo sul soggetto affidato¹³³. Solo con queste premesse si convalida il concetto che il reo può esercitare il diritto a scontare in forma diversa la sua pena, aprendo un nuovo percorso di vita fatto di rispetto dei valori della convivenza sociale, evitando che possa essere ammesso a intraprendere un percorso elusivo della penalità con strumentali finalità di indulgenza¹³⁴. E che il recupero sociale sia l'obiettivo che l'ordinamento deve perseguire diventa centrale per la misura dell'affidamento in prova, come viene definitivamente sancito dalle Sezioni Unite della Suprema Corte in una decisione destinata a contare in maniera decisiva nella sua futura applicazione: *“In tema di affidamento in prova al servizio sociale, ai fini della valutazione dell'esito della prova, è possibile prendere in considerazione anche comportamenti posti in essere dal condannato dopo che sia cessata l'esecuzione della misura alternativa, ma prima che sia formulato il giudizio sul relativo esito, giacchè essi, quantunque di per sé inidonei a giustificare la revoca, possono, tuttavia, costituire indici sintomatici, per qualità e gravità, del mancato conseguimento di quell'obiettivo di recupero sociale del condannato, cui la misura stessa è preordinata”*¹³⁵.

La preoccupazione, dunque, non è rivolta soltanto al rispetto delle prescrizioni imposte durante il periodo di prova, ma il giudizio deve essere esteso al comportamento della persona nel suo complesso che guardi in modo particolare anche al suo reinserimento sociale¹³⁶.

¹³³ TIRELLI M., *Affidamento in prova al servizio sociale e iniziative del Magistrato di sorveglianza sulle prescrizioni*, in *Foro amb.*, 2003, pag. 100 e ss.

¹³⁴ Il ruolo del servizio sociale, nella specie l'U.E.P.E., con l'impiego di personale tecnicamente preparato e pienamente consapevole del ruolo professionale da svolgere, diventa in questa prospettiva determinante per l'acquisizione della consapevolezza del sistema di regole da parte del condannato. Ritorna, a tale proposito, utile il riferimento alla dimensione psicologica del concetto di “ordine” elaborata da FREUD S., *Il disagio della civiltà*, Boringhieri, Torino, 1978: *“ordine è una specie di coazione a ripetere, che decide, grazie ad una norma stabilita una volta per tutte, quando, dove e come una cosa debba essere fatta, in modo da evitare esitazione e indugio in tutti i casi simili tra loro”*. Solo in questo modo si coglie l'importanza di quanto sostenuto dal Bricola quando affermava la necessità di coltivare una “politica dei valori” come strumento di programmazione per uscire da una generalizzata crisi istituzionale e sociale, in BRICOLA F., *Crisi del welfare state e sistema punitivo cit.*, pag. 1431.

¹³⁵ CASS. SEZ. UN., Sent. n. 743 del 27 febbraio 2002, in *Cass.pen.*, 2002, pag. 2303 e ss.

¹³⁶ A questo riguardo occorre anche precisare, sulla base di una ricognizione della disciplina normativa in vigore e dei progetti di legge relativi alla riforma penitenziaria degli anni '70, che è mancato un raccordo funzionale tra il Tribunale di Sorveglianza e l'apparato dei servizi sociali sul territorio. Questa omessa previsione dei raccordi funzionali ha nel corso del tempo mostrato il limite della riforma legislativa, laddove il parallelo svolgimento delle attività giurisdizionali, da un lato, e delle attività di controllo e aiuto, dall'altro, non ha favorito una perfetta sincronia tra istituzioni entrambe volte, per finalità distinte, verso un unico obiettivo. Opportunamente sul punto TONINI P., *I rapporti fra i centri di servizio sociale e l'autorità giudiziaria*, in *Riv.it.dir.*

Tenuto conto dei risultati concreti e del ricorso frequente e sistematico, la misura alternativa dell'affidamento al servizio sociale – non più come prova – potrebbe essere adottata in una futura legislazione penale come pena principale “*irrogata e qualificata nel suo contenuto prescrittivo dal giudice della cognizione*”, soluzione che è divenuta effettivamente oggetto delle ultime proposte di riforma del codice penale¹³⁷.

La relazione della Commissione presieduta dal Prof. Carlo Federico Grosso per la riforma del codice penale, istituita con D.M. del 1° ottobre 1998, conteneva un'affermazione di principio che forniva la premessa culturale di apertura verso un diverso catalogo sanzionatorio in materia penale: “*Nei confronti dei reati di minore gravità, o con riferimento ai quali ragioni di politica criminale sconsigliano comunque la utilizzazione della sanzione carceraria, la Commissione propone la configurazione di un complesso articolato di pene principali diverse dal carcere previste direttamente dalle singole norme incriminatrici con riferimento a ciascun reato, ed applicate dal giudice di cognizione con la sentenza di condanna*”¹³⁸.

Due osservazioni si impongono. La prima riguarda l'importanza dello sforzo di ricercare modalità di punizione diverse dal carcere ma probabilmente più efficaci e tempestive. La seconda concerne la necessità di far rientrare la dinamica sanzionatoria interamente nella fase della comminatoria, evitando una successiva messa a punto della pena e ponendo fine alla prassi del sistema processuale bifasico¹³⁹.

Seguendo l'itinerario già tracciato dal progetto della Commissione presieduta dal Prof. Carlo Federico Grosso, la nuova Commissione ministeriale, istituita con D.M. del 23 novembre 2001 e presieduta dal Dott. Carlo Nordio

e proc.pen., 1978, pag. 994: “*il tema non aveva riscosso l'attenzione dei vari disegni di legge, sia progressisti, sia conservatori, che si sono succeduti nel tempo dal 1968*”; fino al punto che, pag. 1005: “*Il sistema di collegamento fra giudice e servizio sociale, prescelto dal legislatore italiano, è di difficile classificazione*”.

¹³⁷ RONCO M., *Una proposta per la riacquisizione di senso della pena riabilitativa*, in *Silète poenologi in munere alieno! cit.*, pag. 55.

¹³⁸ *Per un nuovo codice penale II – Relazione della Commissione Grosso (1999)*, a cura di CARLO FEDERICO GROSSO, Cedam, Padova, 2000, pag. 53. EUSEBI L., *Una pena in “crisi”. Una crisi dell'esecuzione penale e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1992.

¹³⁹ Tra gli aspetti di perplessità dell'attuale sistema processuale che la prassi applicativa ha creato per la competenza del Tribunale di Sorveglianza non può essere sottaciuta l'assoluta inapplicabilità della disciplina stabilita dall'art. 111 della Carta costituzionale laddove è sancito il principio costituzionale del “giusto processo” e di “terzietà” del giudice. Non sembra, infatti, che il modello processuale di esecuzione sia armonizzato a principi fondamentali del “contraddittorio”. Sul punto, DELLA CASA F., *I riflessi del “nuovo” art. 111 Cost. sul procedimento di sorveglianza*, in *Rass.penit. e crimin.*, Roma, nn. 1-2, 2002, pag. 153 e ss.

ha sancito il principio guida in materia di sanzioni, stabilendo che: “L’ampia applicazione di pene principali diverse dalla pene detentive in carcere dovrebbe produrre una sensibile diminuzione del numero dei detenuti a seguito di condanna, anche tenendo conto del fatto che attualmente il numero delle condanne per vari motivi non eseguite è elevatissimo”¹⁴⁰. Tra il catalogo delle pene interdittive e le pene prescrittive compaiono a titolo di pene principali misure attualmente inserite nell’Ordinamento penitenziario, come la “detenzione domiciliare” e soprattutto “l’affidamento al servizio sociale con prescrizioni”, ma non manca “il lavoro di pubblica utilità” prevista attualmente come pena principale, si è già visto, nella legge istitutiva della giurisdizione del Giudice di Pace in materia penale¹⁴¹.

b) Un nuovo fronte tematico nel settore del diritto punitivo: andragogia come risorsa trattamentale del probation system

L’evoluzione normativa della materia penitenziaria realizzata attraverso la previsione di misure esplicative della pena diverse dal carcere ha stimolato l’evoluzione delle strutture istituzionali chiamate ad assicurare il trattamento penitenziario e soprattutto ha contribuito alla formazione professionale degli operatori di quelle stesse strutture, con sedi intramurarie ed esterne, del servizio sociale¹⁴². In questo modo si riafferma la necessità di un progetto strategico che deve mirare all’integrazione sociale della persona umana: “da ottenersi tramite la realizzazione di un programma di (re)inserimento basato sul training sociale, sull’emancipazione individuale, che passa attraverso la realizzazione di forme efficaci di sostegno socio-culturale”¹⁴³.

¹⁴⁰ Il documento è pubblicato in *Cass.pen.*, 2005, pag. 244 e ss.

¹⁴¹ Probabilmente non è stato riconosciuto il giusto rilievo al profilo di effettività delle diverse tipologie sanzionatorie del Giudice di Pace che, invece, sembrano mostrare il giusto volto di una giustizia penale votata alla concreta ed irrettrabile applicazione della sanzione sentenziata, soprattutto con l’arretramento dei propositi transattivi sulla responsabilità penale evocati dalla riparazione da parte dell’autore nei confronti della vittima del reato. Si veda PADOVANI T., *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione. La questione delle pene sostitutive tra efficacia della sanzione ed efficienza dei meccanismi processuali*, in *Il sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena cit.*, pag. 79 e ss.

¹⁴² EUSEBI L., *Tra crisi dell’esecuzione penale e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio: il ruolo del servizio sociale*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1993, pag. 493 e ss. DAGA L., *Trattamento penitenziario*, in *Enc.del dir.*, Giuffrè, Milano, 1992, pag. 1304 e ss. BREDI R., *Il servizio sociale nelle misure alternative*, in *Rass.penit. e crimin.*, Roma, nn. 1-2, 2002, pag. 1 e ss. Resta come punto di riferimento su tutta la materia del servizio sociale e sulla maturazione dell’esperienza in ambito penitenziario BREDI R.-COPPOLA C.-SABATTINI A., *Il servizio sociale nel sistema penitenziario*, Giappichelli, Torino, 1999. PATERNITI C., *Rieducazione del condannato ed attività del servizio sociale*, in *Riv.polizia*, 1987. LIVERANI P., *L’assistenza sociale e i suoi principi legislativi*, Giuffrè, Milano, 1987.

¹⁴³ MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore cit.*, pag. 104.

In questo ambito torna quantomai opportuno l'insegnamento della Corte Costituzionale che ancora una volta rimarca la necessità di aprire il tracciato rieducativo secondo un indirizzo di adeguamento progressivo dell'istituto punitivo: *“Per l’attuazione di tali principi, ed in funzione della risocializzazione del reo, è necessario assicurare progressività trattamentale e flessibilità della pena e, conseguentemente, un potere discrezionale al magistrato di sorveglianza nella concessione dei benefici penitenziari”*¹⁴⁴.

La modifica introdotta all'art. 72 della Legge sull'Ordinamento Penitenziario e la riformulazione strutturale e funzionale degli Uffici Locali di Esecuzione Penale Esterna indirizza l'intervento verso forme trattamentali non più ancorate ai criteri di applicazione amministrativa della pena, ma verso indirizzi di tipo rieducativo-reintegrativo¹⁴⁵. Sembra pertanto superato il concetto di pedagogia penitenziaria, mentre nell'ottica di recupero sociale di soggetti maggiorenni appare necessario imporre un trattamento riabilitativo che tenga conto dell'**andragogia penitenziaria**, ossia di quella parte della scienza educativa che guarda esclusivamente al mondo degli adulti¹⁴⁶. Occorre, dunque, offrire nuovi e moderni contributi al percorso rieducativo proprio in vista di nuovi orizzonti legislativi, quali quelli proposti con la *“messa alla prova”* per gli imputati adulti, che richiedono interventi di tipo diversificato e in tempi diversi. Si può rivelare particolarmente significativo

¹⁴⁴ Si rivela particolarmente incisiva sul tema il principio espresso dalla già citata sentenza della CORTE COST., sent. n. 255 del 21 giugno 2006 cit., pag. 68 e la nota di MARCHESELLI A., *Importante riaffermazione di principi per il futuro dell'esecuzione penale*, ivi, pag. 69 e seg.

¹⁴⁵ PALMIERI V.M.-PAOLELLA A., *Lo studio della personalità del delinquente ai fini della scelta del tipo di trattamento*, in *Rass.studi penit.*, fasc. 2, 1966. Seppure elaborato sul precedente impianto dell'art. 72 O.P. rimane utile GIUFFRIDA M.P., *I centri di servizio sociale dell'amministrazione penitenziaria, Operatori e competenze nel contesto dell'esecuzione della pena*, Laurus Robuffo, Roma, 1999.

¹⁴⁶ DI GENNARO G.-BUONOMO M.-BREDA R., *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, Milano, 1987, pag. 34: *“Il sistema della legge costruisce, mediante tali strumenti, l'ossatura di un programma articolato la cui finalità non è quella di imporre al soggetto di conformarsi ad un modello determinato, bensì di aiutarlo ad autodeterminarsi ad agire e ad operare nel quadro delle scelte plurime che si offrono nello spazio del “possibile giuridico”, i cui confini sono segnati dalle demarcazioni fra lecito e illecito”*. STORNIUOLO I., *Problematiche di pedagogia penitenziaria*, Laurus Robuffo, Firenze, 1980. SARTARELLI G., *Pedagogia penitenziaria e della devianza*, Carocci Faber, Roma, 2004. BRUNETTI C., *Pedagogia penitenziaria*, Esi, Napoli, 2005. La concreta esigenza di assumere iniziative rieducative nei confronti di condannati adulti induce a modificare l'orizzonte operativo, in DEMETRIO D., *L'educazione della vita adulta*, Carocci, Roma, 1995. Oltre i profili di natura giuridica occorre considerare il percorso di recupero anche attraverso sollecitazioni che non possono essere estranee alla sfera etica, cfr. MARTINI C.M., *Etica e punizione*, in *Rass.penit. e crimin.*, Roma, nn. 1-3, 2001, pag. 143 e ss.

su questo tema l'insegnamento di Malcom Knowles¹⁴⁷, il quale, seppure non ritiene inconciliabili i contenuti di valore tra il modello pedagogico e quello andragogico, tuttavia segnala la necessità che nei confronti degli adulti siano tenuti presenti due elementi che diventano essenziali per lo sviluppo di un programma educativo – o nel nostro caso rieducativo – individualizzato: l'età e l'esperienza del soggetto.

La novità rappresentata dall'uso delle tecniche dell'andragogia penitenziaria è insita nel fatto che l'operatore sociale, in relazione all'esperienza di cui è portatore il condannato, dovrà fare leva sull'esperienza umana dello stesso, favorendo l'accrescimento del livello di responsabilità individuale. Mettere in campo queste risorse deve poter contribuire a maturare la consapevolezza dell'erroneo percorso di vita fino a quel momento vissuto e l'introspezione di un modello comportamentale in sintonia con i principi di rispetto di sé, di rispetto degli altri e di solidarietà sociale che sono il fondamento della vita associata sanciti dalla Carta costituzionale. Il modello andragogico, in buona sostanza, dovrà assumere il compito di conciliare la complessa finalità della pena con il modo d'essere del condannato per traghettarlo all'interno di un contesto di valori entro il quale ritrovare le ragioni di riconoscimento dell'erroneo e pregresso percorso di vita per aprirsi al percorso alternativo propostogli dall'ordinamento.

La tecnica del modello andragogico diventa ancora più interessante e impegnativa nel caso del *probation* processuale, dove la dimensione della prova da superare per guadagnare l'estinzione del reato mette in luce la necessità di fare leva sulle risorse personali del soggetto incolpato e consente di sviluppare un progetto educativo molto più adeguato. In altre parole, l'impegno alla partecipazione del soggetto diventa per l'assistente sociale una formidabile occasione per depotenziare le sollecitazioni criminogene, negoziando sulla base di un obiettivo che è molto più significativo e gratificante di quello del *probation* penitenziario: non essere destinatario di alcuna condanna per un fatto di reato, evitando lo stigma (anche sanzionatorio) della recidiva.

¹⁴⁷ KNOWLES M., *La formazione dell'adulto come autobiografia*, Raffaello Cortina, Milano, 1996 e ancora KNOWLES M., *Quando l'adulto impara. Pedagogia e andragogia*, Franco Angeli, Milano, 1997.

8. La messa alla prova quale esercizio di un potere sanzionatorio atipico. Una forma di rinuncia sopravvenuta al potere punitivo dello Stato

La tradizione della scienza penale che ha contribuito alla formalizzazione del diritto penale e alla stratificazione dei suoi principi indirizzandoli verso percorsi di garanzia della persona, subisce oggi i colpi dei nuovi valori della società post-industriale che ha radicalmente rovesciato i termini del tema giuridico e il problema della giustizia penale.

Sono mutati i termini di riferimento concettuale di un senso di giustizia fondato su un sistema di valori le cui tracce oggi si perdono in orizzonti di efficientismo e in propositi di rapida risoluzione dei conflitti sociali e delle crisi di sistema. Lo scenario sociale si è arricchito inoltre di una nuova dimensione ordinamentale, quella del mondo immateriale di una Rete che gestisce dati informatici ma tali da creare nuove relazioni tra gli uomini, nuovi fonti di regolazione dei rapporti e istanze per nuovi percorsi giuridici la cui formalizzazione diventa sempre più ardua e complessa¹⁴⁸. Tutto dettato da urgenza di regolazione e tempestività di tutela, esigenze non sempre presenti all'agenda del legislatore.

La novità rappresentata dalla gestione dei diritti nella Rete, soprattutto di quelli fondamentali della persona, si presenta con tale caratura di rilievo da imporre la rifondazione anche di un nuovo modello di democrazia partecipata che attraversi tutto il consolidato versante degli equilibri costituzionali. Questo è l'ultimo esempio degli effetti espansivi del controllo penale (il fenomeno del pan-penalismo) che conduce inevitabilmente a fenomeni di ipertrofia della penalità e, dunque, al moltiplicarsi delle pene e soprattutto di quelle carcerarie che appaiono (solo) al legislatore penale degli ultimi anni le più dissuasive, con l'irrefrenabile ricorso alla "supplenza giudiziaria"¹⁴⁹.

Oggi, peraltro, il tema penale rischia di non essere più di esclusiva competenza dello Stato ma si inserisce in un tessuto normativo molto più ampio, tra livelli normativi di molteplici fonti di produzione, ordinamentali e giurisprudenziali¹⁵⁰ – per non parlare di quelle regionali che attraverso la

¹⁴⁸ Si ricordi a tale proposito il formale impegno dello Stato italiano assunto con la sottoscrizione della "Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica" sottoscritta a Budapest il 23 novembre 2001, costituita per la gran parte da obblighi di incriminazione e di penalizzazione.

¹⁴⁹ SBRICCOLI M., *Giustizia criminale*, in M. FIORAVANTI (a cura di) *Lo stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pag. 202. PEPINO L., *La città insicura e l'impossibile supplenza giudiziaria*, in *Quest.giust.*, 1999, 5, pag. 791.

¹⁵⁰ Occorrerebbe un'opera sicuramente ciclopica di armonizzazione, come indica BORSARI R., *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Padova, Cedam, 2007, pag. 1.

riforma dell'art. 117 Cost. potrebbero ricevere legittimazione legislativa seppure indiretta-, che esprimono una sovranità convenzionale cui lo Stato che vi partecipa corre il rischio di non poter più far valere l'esclusività del suo ordinamento, cercando di porre rimedio alle "invasioni precettive" soltanto elevando la barriera dei "controlimiti", proprio in relazione all'obbligo di protezione costituzionale dei diritti fondamentali della persona¹⁵¹.

Le influenze che giungono dall'esterno contribuiscono molto spesso anche alla maturazione di principi e concetti che già si erano mossi nella stessa direzione all'interno del nostro ordinamento. La saldatura tra questi scenari convergenti interroga il giurista fino a spingerlo a rileggere pagine di scienza giuridica che si ritenevano immutabili fondamenti di una consolidata costruzione dommatica. Il diritto penale più di ogni altro settore avverte come prevaricazioni le novità che però l'ordinamento non può rifiutare di recepire, come sta accadendo con le decisioni della Corte EDU. Tuttavia, seppure apparentemente più spinte, talune scelte di valore intervengono a consolidare opzioni avanzate che il nostro panorama valoriale e normativo aveva già sottoposto a iniziative di naturale evoluzione.

Un diritto penale costituzionalmente orientato aveva già da tempo fatta propria l'opera di consolidamento di tutto il panorama dei diritti fondamentali della persona che il costituente aveva enunciato in forma programmatica e che poi l'evoluzione dell'ordinamento avrebbe favorito a stabilizzare e arricchire¹⁵².

Negli ultimi tempi la fase dell'esecuzione della pena, in particolare carceraria, ha denotato invece un'intollerabile compromissione dei diritti fondamentali, in particolare della dignità della persona¹⁵³, ma soprattutto di tutto il versante dei principi di tutela dell'uomo, tra cui il principio di solidarietà che non è solo un impegno dello Stato ma per la Costituzione italiana addirittura

¹⁵¹ Infatti, l'applicazione del diritto dell'Unione Europea, in particolare la sua interpretazione conforme, che si eleva come limite alla norma nazionale incontra dei "controlimiti" nell'ipotesi in cui sia rilevato il contrasto tra i principi fondamentali dell'assetto costituzionale e la tutela dei diritti umani, con la puntualizzazione che tale contrasto è sindacabile esclusivamente dalla Corte costituzionale, come stabiliscono la Sentenza n. 129 del 23 marzo 2006; l'Ordinanza n. 454 del 13 dicembre 2006; la Sentenza n. 284 del 4 luglio 2007; la Sentenza n. 238 del 22 ottobre 2014.

¹⁵² Il personalismo costituzionale è la premessa ordinamentale profondamente radicata nella nostra Carta fondamentale. Sul punto appare significativa e si impone come vero punto di convergenza con la Convenzione EDU il dibattito svoltosi nella Sottocommissione di cui facevano parte, e si erano fatti promotori di spinte determinanti sul tema della centralità della persona umana, Aldo Moro, Giorgio La Pira e Giuseppe Dossetti, si veda in DE SIERVO U., *Il contributo alla Costituente*, in *Cultura e politica nell'esperienza di Aldo Moro*, a cura di Pasquale Scaramozzino, Giuffrè, Milano, 1982, pag. 89 e ss.

¹⁵³ A tale proposito si parla di "nocciolo duro della dignità", in STATI GENERALI DELL'ESECUZIONE PENALE *cit.*, pag. 16.

un obbligo qualificato dall'intervento statale chiamato a rimuovere situazioni che non consentano il rispetto della dignità¹⁵⁴.

La verità è che la crisi della pena detentiva, posta accanto alla simbolicità della punizione nel caso di condanna a pena non eseguita, ha ancora di più tracciato un solco profondo nel campo del rispetto del principio di eguaglianza¹⁵⁵. Tutto il nostro sistema è entrato in collisione con gli impegni convenzionali a livello europeo per il rispetto dei diritti della persona e d'altro lato si è registrato un irrecuperabile ritardo rispetto a sollecitazioni normative che imponevano scelte conciliative di giustizia riparativa tra autore e vittima¹⁵⁶. Si presenta dunque pressante l'esigenza, soprattutto da parte delle Istituzioni europee, di una rivisitazione dell'intero sistema punitivo che possa spingere a valorizzare una forma nella sostanza sanzionatoria ma senza la necessità di passare per il percorso processuale di accertamento della responsabilità per il fatto colpevole e la conseguenza punitiva segregativa.

Appare dunque evidente che immaginare una sanzione senza il vincolo in premessa della condanna vuol dire rivedere tutto l'assetto formalizzato del moderno diritto penale di estrazione illuministica ma anche rivisitare il contenuto e i limiti del dettato costituzionale, solo per comprendere se c'è una razionale collocazione di un tema che può essere riletto e orientato in

¹⁵⁴ NUVOLONE P., *Il rispetto della persona umana nell'esecuzione della pena*, in *Iustitia*, 1956, pag. 143. EUSEBI L., *Dibattiti sulle teorie della pena e «mediazione»*, in *Riv.it.dir. e proc. pen.*, 1997, pag. 822. Per una precisa lettura delle vicende attuali della penalità di stampo costituzionale, si rinvia a PUGIOTTO A., *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁵⁵ Si tratta, infatti, di costi intollerabili, come sostiene SCORDAMAGLIA V., *La tensione rieducativa della pena*, in *Giust.pen.*, 2016, I, 125: "La fuga dalla pena detentiva – a causa persino paradossale di enormi, quanto mai consistenti e non prevedibili momenti degenerativi della società civile: perciò degli *elevati costi*: personali, sociali, economici e, in genere, organizzativi; che si sono resi talora addirittura *insostenibili* – è d'altro lato una realtà quanto mai problematica: per lo scarto notevole, inquietante, che si è venuto a determinare: tra "pena inflitta" e "pena espiata", o "da espiare". Una realtà che, nell'intaccare la *certezza del diritto*, ha negato la *dignità stessa* della pena:".

¹⁵⁶ "Anche sulla scorta di indicazioni sovranazionali, è opportuno che ai programmi e servizi di giustizia riparativa si possa ricorrere in ogni stato e grado del procedimento. In particolare, l'introduzione di suoi percorsi all'interno dell'ordinamento nazionale è prevista dalla Direttiva 2012/29/UE del Parlamento e del Consiglio del 25 ottobre 2012, "che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI. Tale direttiva impone l'abbandono di una visione esclusivamente reo-centrica a favore di una nuova concezione del processo, intesa quale sede di bilanciamento degli interessi di diversi attori processuali, tra i quali uno dei principali va individuato proprio nella vittima", in STATI GENERALI DELL'ESECUZIONE PENALE *cit.*, pag. 14.

maniera nuova¹⁵⁷. Il rischio di acquisizioni acritiche secondo scelte di efficientismo di conio sovranazionale si traduce, spesso, nel sospetto di illegittimità costituzionale delle norme che introducono istituti estranei alla nostra tradizione giuridica.

La situazione impone invece di guardare oltre, alla ricerca di un fondamento concettuale che dia vita a un nuovo scenario in cui lo Stato, di fronte alla insormontabile difficoltà di mantenere, secondo uno spirito di conservazione un assetto del tutto inefficace e inadeguato, riveda i presupposti del suo potere punitivo. Si tratta certamente di materia costituzionale, perché le diverse opzioni coinvolgono i principi del patto fondamentale, non per annullarne gli effetti o stravolgerne le coordinate di legalità, ma per rendere più adeguata la risposta sanzionatoria con un ampio spettro di intervento e non limitarla alla punizione che segue la condanna. Una sanzione, con vocazione rieducativa, anticipata rispetto al giudizio, riparativa e conciliativa, capace di estinguere il reato da cui genera, per effetto della rinuncia dello Stato a punire, quando l'incolpato assicuri attraverso un patto e un impegno vigilato, a raggiungere lo stesso fine dell'esecuzione della pena.

Non sembra fuor d'opera sottolineare che il problema era già presente al legislatore e poi alla legalità costituzionale con l'introduzione della messa alla prova dei minori. Anche in quel caso non vi è condanna e si scioglie il vincolo tra accertamento della responsabilità penale e conseguenza della pena, per cui una sanzione che non sia pena e che raccolga comunque la sfida educativa o rieducativa già è entrata a far parte del quadro formalizzato di un diritto penale evoluto. Soltanto per l'adulto restava in vita un'esigenza carcerocentrica, sclerotizzata da prassi indulgenziali.

Lo scenario tuttavia muta radicalmente quando sopraggiungono forme di illegale applicazione della pena carceraria, non più il soggetto minore e vulnerabile che deve fuoriuscire dal circuito processuale, ma un maggiorenne che seguendo il percorso processuale ordinario e l'esecuzione della pena diventa egli stesso ostaggio di un sistema che non può offrire più nulla di risocializzante avvinto com'è da un vortice di inumanità¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Il modello formalizzato classico del diritto penale, nell'ambito del diritto punitivo, è cristallizzato da NUVOLONE P., *Pena cit.*, pag. 3: "Il diritto penale in senso stretto si distingue dal diritto punitivo unicamente sul piano dell'ordinamento positivo. Da questo punto di vista, le note distintive sono le seguenti: a) la pena in senso stretto è la sanzione di un fatto-reato; b) l'applicazione della pena in senso stretto consegue all'accertamento giurisdizionale di un fatto di reato; c) la condanna ad una pena in senso stretto produce i cosiddetti «effetti penali»: e, cioè, è la premessa di determinate situazioni giuridiche qualificanti la persona dal punto di vista dell'applicazione della legge penale (recidiva, capacità a delinquere, iscrizione nel casellario, misura della pena, ecc.); d) la pena si traduce, generalmente, nella creazione di uno status di condannato, fortemente afflittivo della personalità umana".

¹⁵⁸ Su questo specifico aspetto ridondano puntualmente le parole di BETTIOL G., *Diritto*

Ecco perché a questo punto si pone come immanente questa nuova esigenza anche per gli adulti e si impone di esaminare il filtro normativo delle disposizioni fondamentali per individuare possibili spazi di attuazione a sanzioni che non siano pene in senso classico e che evitino l'esecuzione intramuraria.

La base normativa di partenza non può che essere il terzo comma dell'art. 27 Cost. arricchito con la lettura dei principi degli artt. 2 e 3 Cost., in modo che, solo chiarendone il significato attraverso una interpretazione evolutiva, si può riuscire a cogliere se è tollerabile, secondo una lettura costituzionalmente orientata, la messa alla prova anche per gli adulti, se dunque si disveli uno spazio di intervento maggiore di quello che abitualmente viene riconosciuto alla norma costituzionale.

Il nuovo orizzonte è chiamato quindi a rovesciare il paradigma *pena=punizione* come reazione per un fatto illecito antecedentemente commesso che richiede la riparazione della lesione inferta all'ordinamento delle leggi e ai valori di cui sono titolari i singoli; per aprirsi a *sanzione=espiazione* anticipata per cui l'incolpato offra dimostrazione di affidabilità e riparazione della vittima, vivendo un'esperienza prescrittiva con contenuto di tipo rieducativo¹⁵⁹. Tutto ciò anche per evitare quel *plus* di afflittività che derivi da situazioni di sovraffollamento carcerario, per aprirsi con stabilità sistemica, anche a nuovi e moderni scenari sanzionatori, per la concretizzazione di un "diritto penale inclusivo"¹⁶⁰.

penale, Cedam, Padova, 1982, pag. 737: "La pena deve "umanizzarsi", nel senso che la pena non deve negare il carattere morale dell'uomo e nel senso che la pena, nel momento della sua esecuzione, non deve far soffrire il condannato più di quanto sia strettamente necessario ai fini della retribuzione, affinché non sia leso nei suoi confronti quel principio di giustizia che sta alla base della pena stessa.....Qui la rieducazione non va intesa come una finalità propria della pena retributiva, ma come una conseguenza che può dalla stessa derivare in quanto è una pena "umana"".

¹⁵⁹ Secondo SBRICCOLI M., *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessione su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in M. BELLABARBA, G. SCHWERHOF, A. ZORZI, *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2001, pag. 357 non è un caso che l'interposizione dell'intervento statale tra fatto illecito e autore per favorirne la conciliazione è andato ben oltre le vicende che vedevano contrapposti privati, fino ad imporre un criterio di giustizia anche nei casi dove il conflitto non era tra soggetti, ma tra soggetto e ordinamento. In questo modo è dato parlare di "giustizia" nel primo caso e di "repressione" nel secondo, con la conseguenza di impedire il superamento dell'idea di vendetta. Interessante a tale proposito la radice giuridica della differenza tra crimini e delitti dell'esperienza romana. Sullo stesso tema BARTOLI R., *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv.dir. e proc.pen.*, 2016, pag. 96.

¹⁶⁰ PALAZZO F., *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir.pen. proc.*, 2013, pag. 102.

8.1. La mutazione genetica del paradigma normativo punitivo

La prima proposizione da sottoporre a esame: “*L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*”. Il tema della sanzione senza condanna non sembra entrare in collisione con il dettato della norma, se solo si tiene conto del fatto che il concetto di “colpevole” – qualifica che andrebbe corretta in quella di “responsabile” – genera soltanto da un procedimento di accertamento, in quanto nemmeno la confessione come prova legale può nel nostro sistema fondare la responsabilità¹⁶¹. Ed infatti, con un tipo di *probation* (processuale) che anticipi il giudizio e la successiva dichiarazione di estinzione del reato la persona incolpata non sarà considerata mai colpevole e non vi sarà mai condanna definitiva. Prima dell'entrata in vigore dell'art. 111 Cost., avvenuto con la legge costituzionale n. 2 del 1999, la Carta fondamentale non conosceva la doppia qualifica di indagato e imputato. A ben vedere l'attuale art. 111 Cost. ha introdotto un'altra qualificazione processuale della persona nei confronti della quale pende un procedimento penale, quella di “accusato”, per cui lo *status* provvisorio di soggetto attinto da un'accusa si concilia perfettamente con la qualificazione di “incolpato” che abbiamo utilizzato fin dal principio di questo lavoro¹⁶². In tale modo si vuole intendere che la persona è accusata da un punto di vista processuale e a suo carico esistono elementi per ritenere che il fatto addebitato sia anche colpevole ossia non vi sono ragioni per escludere a priori la responsabilità penale, come nel caso di un soggetto incapace di intendere e volere.

A questo punto deve essere rilevato che una tale esegesi sistematica assume una fondata razionalità costituzionale solo se si pone in rapporto di funzionalità osmotica con la disposizione che segue nel comma successiva

¹⁶¹ Principio definitivamente acquisito dalla giurisprudenza di legittimità e ribadito proprio nella fase dell'esecuzione della pena nella forma dell'affidamento in prova al servizio sociale, in Cass. Sez. I, Sentenza n. 18870 del 5 maggio 2016, in *www.cassazione.it*: “Ai fini dell'affidamento in prova al servizio sociale, non configura una ragione ostativa la mancata ammissione degli addebiti; occorre invece valutare se il condannato abbia accettato la sentenza e la sanzione inflittagli, in quanto ciò che assume rilievo è l'evoluzione della personalità successivamente al fatto nella prospettiva di un ottimale reinserimento sociale”.

¹⁶² Appare interessante richiamare a proposito la discussione che si sviluppò alla Costituente allorché si trattò di qualificare la persona destinataria del precetto e del rimprovero penale, come viene ricordato dalla CORTE COST., sentenza n. 364/1988 *cit.*: “Né va dimenticato che, nella seduta successiva (19 settembre 1946) della stessa prima sottocommissione, allorché si trattò di sostituire il termine “colpevole” con quello di “reo”, dapprima si suggerì d'usare la parola “condannato” ma, successivamente, di fronte alla contestazione sull'inusualità del termine “condannato” fuori dalla sede processuale, si tornò, per un momento, alla parola “colpevole”, dichiarandosi espressamente: “Questa parola è più chiara, specialmente quando si parla di rieducazione del colpevole, perché il termine di rieducazione presuppone una colpa”.

dell'art. 27 Cost. Si tratta di un'espressione normativa compiuta in sé e si presenta come certamente la più importante di tutta la trama del paradigma penalistico: "*Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*".

Questa proposizione che perde il carattere di programma e assume tutto il vigore protettivo di un dettato precettivo deve a sua volta essere scissa in due diversi alvei. Vi è una incisiva prescrizione negativa seguita da sei parole che compendiano il cammino dell'intera umanità sul terreno della pena, dove allo stesso tempo il costituente affida la finalità della punizione in un quadro di valori capovolti rispetto al passato e la funzione secondo un indirizzo sanzionatorio di pena con lo scopo di integrazione sociale e immunizzazione etica. Il declinare la funzione secondo una prescrizione in positivo lega il principio di umanità della punizione in forma afflittiva al principio di dignità della persona che passa attraverso il solco della solidarietà con cui l'ordinamento "deve" imporre la punizione attraverso la giurisdizione e applicarla in concreto¹⁶³. Il legame tra la forma di espiazione e la finalità della pena è talmente decisivo sul piano della legittimità dell'intervento dell'ordinamento che già la Corte costituzionale con la sentenza n. 12 del 4 febbraio 1966 ne prescriveva il vincolo: "*senza negare la esistenza e la legittimità della pena là dove essa non contenga, o contenga minimamente, le condizioni idonee a realizzare tale finalità*"; e poi ancora con la sentenza n. 279 del 9 ottobre 2013: "*un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato*"¹⁶⁴.

Una tale affermazione di principio si risolve, dunque, nel fatto che se la fase della concreta esecuzione della pena non avvenisse con le garanzie di rispetto del senso di umanità, pur rimanendo impregiudicato l'obbligo del condannato a rispettare il titolo esecutivo che ne impone la sottoposizione a pena, lo Stato deve sospendere gli effetti dell'esecuzione per non cadere nella violazione della prescrizione costituzionale.

Il vero problema non è la sospensione dell'esecuzione della pena per casi che possono essere affrontati singolarmente, ma è l'esecuzione della pena

¹⁶³ Tornano di grande attualità (al centenario della nascita) le riflessioni di Aldo Moro sulla pena che, dopo avere partecipato ai lavori della Costituente in cui si stabiliva il "principio di legalità della pena", nel suo insegnamento universitario sottolineava l'importanza della natura prescrittiva del principio di umanità, come limite all'arbitrio del giudice e delle istituzioni chiamate a sottoporre il condannato all'esecuzione, in MORO A., *Lezioni di istituzioni di diritto e procedura penale tenute alla Facoltà di Scienze politiche dell'Università degli studi di Roma – A.A. 1975-1976*, raccolte e curate da Francesco Tritto, presentazione di Giuliano Vassalli, Bari, Cacucci, 2005, pag. 142.

¹⁶⁴ Principio interamente condiviso, recepito e divenuto piattaforma di analisi negli STATI GENERALI DELL'ESECUZIONE PENALE *cit.*, pag. 9.

carceraria applicata violando il senso di umanità elevato a sistema, a causa dell'impossibilità da parte delle strutture carcerarie di farvi fronte assicurando un trattamento conforme allo spirito e alla lettera della legge¹⁶⁵. Se così non fosse l'intero apparato esecutivo piuttosto che indirizzare verso la rieducazione e la risocializzazione, il che implica anche la caduta verticale del rischio di recidiva, si troverebbe a delineare un perverso percorso di desocializzazione del condannato, uno stimolo criminogeno più che dissuasivo.

Il sistema carcerario italiano era giunto a un punto di non ritorno sulla via del rispetto dei principi fondamentali della persona, tanto da renderlo irrimediabilmente illegale alla luce del punto di convergenza normativo dei nostri valori costituzionali con quelli della Convenzione EDU che all'art. 3 prescrive: "*Nessuno può essere sottoposto a tortura nè a pene o trattamenti inumani o degradanti*".

Quando ciò avviene e quando, come è accaduto con la sentenza della Corte EDU dell'8 gennaio 2013, Torreggiani, viene rilevata la violazione di una norma convenzionale di natura sovranazionale per la lesione del diritto del detenuto a spiare la sua pena secondo parametri che la Convenzione EDU prescrive in materia di pena intramuraria, allora il paradigma costituzionale impone una decisa svolta interpretativa nel senso di ammettere la finalità rieducativa secondo una realtà sanzionatoria che garantisca l'afflittività della misura e garantisca che questa venga spiata o applicata secondo il senso di umanità che diversamente non sarebbe possibile rispettare¹⁶⁶. A questo punto il nuovo scenario che l'interprete si trova a dover governare con la *probation* ritorna negli stessi termini della questione punitiva: tempestività dell'intervento sanzionatorio, sanzione commisurata alla personalità e al fatto, sanzione certa, esecuzione sicura, finalità della sanzione altrettanto orientata alla rieducazione. Tuttavia ciò che viene a mancare è il legame tra l'affermazione della responsabilità e l'esecuzione della pena¹⁶⁷, perché la sanzione (prova) anticipa il giudizio e impedisce

¹⁶⁵ Lo stato di carenza delle piante organiche degli operatori all'interno delle carceri e con esso l'oggettiva impossibilità di garantire le condizioni minime per l'opera di rieducazione del condannato è a tal punto allarmante che anche la Magistratura di sorveglianza sta formalizzando decise prese di posizione verso l'inversione di rotta, come viene convincentemente sostenuto in UFFICIO DI SORVEGLIANZA DI BOLOGNA, 23 marzo 2016, con nota di commento di BUZZELLI S., *Dare un seguito al lavoro degli Stati generali sull'esecuzione penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 maggio 2016.

¹⁶⁶ PUGIOTTO A., *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza. Statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario* (nota a Corte cost., sent. n. 279/2013), in www.penalecontemporaneo.it, 9 marzo 2014.

¹⁶⁷ Il corretto criterio di garanzia costituzionale dell'addebito soggettivo passa necessariamente per il concetto di relazione che propone il rapporto tra fatto (accertamento del) e sanzione

che la futura pena possa essere vissuta in maniera difforme al senso di umanità. Non vi è dubbio che la prescrizione costituzionale indica espressamente come categoria quella del condannato, ma è altrettanto indubbio che se quel soggetto fosse condannato a pena detentiva la sua esecuzione colliderebbe con la premessa maggiore della prescrizione costituzionale, con il senso di umanità, che determinerebbe la piena violazione del principio di legittimità costituzionale.

Peraltro, affidarsi al canone di afflittività e non facendolo scadere nell'umanità della sanzione offre lo spunto al legislatore di assicurare la certezza dell'applicazione della pena, evitando di affidarsi a istituti giuridici con effetti indulgenziali e prassi elusive del contenuto della condanna. Il reato per la società impone come conseguenza, secondo quanto sosteneva Kant, che sopraggiunga il diritto di essere puniti, nella stessa misura o in altra che sia individualizzante, ma che comunque vi sia una reazione sicura e pronta da parte dell'ordinamento.

Questa è la ragione per cui il sistema di *probation* processuale potrebbe, alle condizioni date, risultare perfettamente in linea con il dettato costituzionale, semplicemente anticipando la sanzione (che si potrà definire prova) e implementando un nuova esperienza in grado di regolarizzare il processo di riconduzione al rispetto del canone costituzionale permanentemente violato¹⁶⁸. Dunque, un nuovo sistema sanzionatorio, non punitivo nel senso di conseguente all'accertamento della violazione della norma penale, ma comunque in grado di assicurare il percorso di rieducazione che rappresenta il vincolo irrinunciabile per un sistema penale costituzionalmente orientato¹⁶⁹.

(criminale) (conseguenza), come afferma ALESSANDRI A., *Commentario alla Costituzione – Art. 27, 1° comma*, in estratto dal volume *Rapporti civili*, Tomo IV, Zanichelli, Bologna, 1989, pag. 2.

¹⁶⁸ A ben vedere, a nostro avviso, si pone sullo stesso piano come un cuneo tra l'affermazione della responsabilità penale e la conseguente sanzione, vera e propria espressione del nesso retributivo, anche la prospettiva del diritto penale di tipo conciliativo-riparativo che, allo stesso modo, spezza il nesso fatto-punizione. Ci pare di cogliere questa nuova prospettiva in EUSEBI L., *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 1120.

¹⁶⁹ Del resto in dottrina si è in passato sostenuto che il complessivo sistema di *probation* (all'epoca solo penitenziario) partecipa concretamente all'attuazione del finalismo rieducativo costituzionale, così in NUVOLONE P., *Pena cit.*, pag. 11: "Si tratta di un'introduzione della probation (v.), o libertà in prova, nel nostro sistema penale; peraltro, non della classica probation di tipo anglosassone, in quanto si inserisce nella fase di esecuzione e non nella fase di cognizione. È un istituto che tende ad attuare il principio costituzionale del finalismo rieducativo della pena; e che – come tale, oltre che per i presupposti – è profondamente diverso dalla liberazione condizionale". Anche nella sociologia criminale la pena, vista come la conseguenza della violazione del principio sostanziale di giustizia, acquista una valenza che va ben oltre l'idea retributiva e la sofferenza del colpevole, si veda RUGGIERO V., *Il delitto, la legge, la pena. La contro-idea*

Questa ipotesi di vera e propria diversione sanzionatoria, poiché di questo si tratta, riceve in realtà una perfetta copertura costituzionale per la rilettura sistematica dei valori congiunti di umanità e solidarietà dell'art. 2 Cost. Un diritto penale formalizzato e moderno, costituzionalmente orientato alla centralità della persona umana e che al tempo stesso intende riconoscere autenticità alla pena e al suo contenuto afflittivo *“postula l’offerta di chances riabilitative.....secondo un progetto individualizzato di risocializzazione. Il tempo della pena non deve mai essere una sorta di time out esistenziale, ma un tempo di opportunità per un ritrovamento di sé e di un proprio ruolo sociale”*¹⁷⁰.

Sul piano metodologico, secondo l’insegnamento della Corte costituzionale, l’indirizzo rieducativo della penalità uscirebbe anche dalle secche in cui la prassi degenerativa l’ha confinato, atteso che: *“se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniquale volta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto”*¹⁷¹. E ancora la Corte efficacemente indica la via per soluzioni alternative alla condanna e al carcere nella futura legislazione di lungo periodo, tenendo anche conto dell’estrema urgenza posta dalla sentenza Torreggiani che concedeva all’Italia il termine del 27 maggio 2014: *“Fermo rimanendo che non spetta a questa Corte individuare gli indirizzi di politica criminale idonei a superare il problema strutturale e sistemico del sovraffollamento carcerario, non ci si può esimere dal ricordare le indicazioni offerte al riguardo dalla citata sentenza Torreggiani, laddove richiama le raccomandazioni del Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa, che invitano al più ampio ricorso possibile alle misure alternative alla detenzione e al riorientamento della politica penale verso il minimo ricorso alla carcerazione, oltre che a una forte riduzione della custodia cautelare in carcere. È da considerare però che un intervento combinato sui sistemi penale, processuale e dell’ordinamento penitenziario richiede del tempo mentre l’attuale situazione non può protrarsi*

abolizionista, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 2011, pag. 90: *“...la pena come azione umana dovrebbe contribuire a diffondere il bene e a scongiurare il male e, come nell’analisi utilitarista classica, mirare all’incremento della felicità e alla riduzione del dolore. Il più ovvio bene sociale, nel nostro contesto, è la prevenzione dell’attività criminale, che include la riduzione del danno da questa causata e della paura, realistica o percepita, con essa associata. Un bene connesso al precedente consiste nella soddisfazione per le vittime, inclusa la riparazione del danno subito e la rassicurazione per tutta la società che, conseguentemente, il malessere provocato declinerà”*.

¹⁷⁰ In STATI GENERALI DELL’ESECUZIONE PENALE *cit.*, pag. 10.

¹⁷¹ CORTE COST., Sentenza n. 313 del 2 luglio 1990 *cit.*, pag. 6.

*ulteriormente e fa apparire necessaria la sollecita introduzione di misure specificamente mirate a farla cessare*¹⁷².

Appare dunque naturale che la proposizione del terzo comma dell'art. 27 Cost. debba essere riletta secondo nuovi contenuti operativi che appaiano compatibili con le scelte del costituente ma allo stesso tempo innovativi rispetto alla tradizione consolidata. Si troverà, infatti, che la Carta non parla di "pena" individuandone possibili forme, possibili varianti e attribuendone specifici caratteri di tipizzazione. Si parla, infatti, di "pene" in senso generale, indicandone l'ordine categoriale al plurale, tuttavia rinviando l'argomento descrittivo alla legislazione ordinaria, limitandosi soltanto a vincolare la finalità e la funzione sanzionatoria alla regola del principio di umanità, obbligo teleologico chiamato a governare l'intero percorso di espiazione rieducativa.

A questo punto, se per la categoria delle pene tipiche il codice penale ha subito delle importanti integrazioni agli artt. 17 e 18 c.p. e altrettante integrazioni per le pene accessorie dell'art. 19 c.p., risulterà molto significativo il delinearsi di un nuovo catalogo di sanzioni che non siano pene, ma che garantiscano un trattamento rieducativo in linea con l'astratta ipotesi di reato ascritta, di cui non vi è stata ancora accertamento della sua fondatezza, ma di cui non sono state rinvenute ragioni per ritenere l'ipotesi di incolpazione infondata.

8.2. Il principio di intangibilità del giudicato messo in crisi dalla sopravvenuta illegalità della pena

Sul versante processuale la penetrazione delle nuove iniziative precettive provenienti dalle istanze convenzionali di matrice europea ha messo in crisi definitivamente un principio di diritto da sempre designato a baluardo della legalità, della certezza della responsabilità penale e della conseguente pena proveniente dal titolo esecutivo: il principio di intangibilità del giudicato.

A ben vedere la rivisitazione della penalità passa anche attraverso la sindacabilità del titolo esecutivo, poiché si scardina l'endiadi condanna-pena e anche la relazione pena-condannato. Il titolo esecutivo è diventato talvolta portatore di una pena espiata in maniera illegale, il cui rimedio non poteva non essere la rivisitazione del concetto di giudicato: *"Proprio l'adozione di una prospettiva orientata ai diritti della persona ha condotto la Corte di*

¹⁷² CORTE COST., Sentenza n. 279 del 9 ottobre 2013. GIOSTRA G., *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2013, pag. 57. QUADERNI DEL CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Relazione della Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza*, 2013, n. 160.

cassazione a riflettere da un angolo visuale più ampio sul tema diffusamente definito come “cedevolezza del giudicato”¹⁷³.

In effetti, l’attuale sviluppo che si registra in materia processuale ha compromesso definitivamente quello che si conosceva con il c.d. “mito del giudicato”¹⁷⁴ e che avvalorava la stabilità di un sistema normativo puramente descrittivo e precettivo che non lasciava alcuno spazio al ripensamento della pena sancita in sentenza¹⁷⁵. Il fondamento del concetto di cosa giudicata non è logico o derivante da principi normativi superiori, ma è essenzialmente di tipo politico, culturale, con il quale si intende assicurare certezza giuridica, uguaglianza tra i cittadini, soprattutto quando al centro dell’attenzione vi è il giudizio di responsabilità penale colpevole e la conseguenza sanzionatoria¹⁷⁶.

La rivisitazione del concetto di giudicato emerge in particolare quando s’intende riconoscere la supremazia dei diritti fondamentali della persona oggetto di fonte normativa europea, prodotto della più innovativa applicazione delle norme convenzionali della CEDU. Il rispetto della fonte sovraordinata, portatrice di un diritto intangibile che informa di sé anche i rapporti tra gli ordinamenti interni dei paesi europei e diventa immanente con l’intervento di quello che passa come “*il dialogo tra le Corti*”, conduce alla rivisitazione anche di giudizi suggellati dalla sentenza passata in cosa giudicata.

Con l’abrogazione del discrimine tra droghe leggere e droghe pesanti (di cui sopra si è citata la sentenza della Corte costituzionale) la giurisprudenza europea ha posto il problema del caso di condanna a una pena che, successivamente alla riformulazione normativa della fattispecie del reato, è divenuta nella sua misura illegale, spingendo alla possibile rideterminazione proprio della pena in esecuzione. Tutto questo è potuto accadere semplicemente perchè il giudicato ha ceduto nella sua monolitica espressione rispetto al principio superiore della tutela della persona, i cui diritti sarebbero stati irrimediabilmente compromessi, cosicchè la illegalità della pena scardina l’intangibilità del giudicato¹⁷⁷.

¹⁷³ CANZIO G., *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 aprile 2016.

¹⁷⁴ UBERTIS G., *Diritti umani e mito del giudicato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 luglio 2012.

¹⁷⁵ Nella vastissima letteratura sul tema del giudicato che soltanto per *incidens* si tratta in questo lavoro, appare utile citare soltanto LEONE G., *Il mito del giudicato*, in *Riv.dir. e proc. pen.*, 1956, pag. 167.

¹⁷⁶ Per i riflessi di carattere sovranazionale che hanno messo in crisi l’intangibilità del giudicato, si veda RICCARDI G., *Giudicato penale e “incostituzionalità” della pena. Limiti e poteri della rideterminazione della pena in executivis in materia di stupefacenti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 gennaio 2015.

¹⁷⁷ MAZZACUVA F., *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della*

Orbene, se in passato l'intangibilità del giudicato teneva in piedi il binomio punitivo responsabilità-pena, questo assetto oggi non è più confermato per effetto di interventi normativi e giurisprudenziali cui il nostro ordinamento ha riconosciuto valenza gerarchica superiore (salvo il rimedio dei controlimiti). Ma tutto questo vuol dire anche che il valore centrale non è più la sovranità dell'ordinamento giuridico, ma della persona umana, che si afferma centrale per la nostra Costituzione e si posiziona come referente primario nella Convenzione EDU¹⁷⁸. Naturalmente la disciplina normativa e le decisioni della Corte EDU penetrano senza alcun filtro nel nostro sistema e prima di tutto conferiscono nuovo slancio alle norme costituzionali ri-orientandole come sta accadendo proprio con l'art. 27 Cost.

L'impegno di rieducazione della persona finisce per superare il limite del giudicato e della condanna quando la pena si presenta illegale nella misura e anche quando si presenta illegittima nelle forme di espiazione, per cui al legislatore viene assegnato un compito inedito, quello di elaborare percorsi sanzionatori che impediscano l'illegalità nella concreta attuazione del titolo esecutivo.

8.3. Il dilagare improvvido delle formule di non punibilità. La "prova" superata come ipotesi di estinzione processuale della punibilità

Le ipotesi di non punibilità sono entrate progressivamente a far parte del nostro sistema penale pur in assenza di una coerente sistematica e un'adeguata elaborazione concettuale sulla comune natura giuridica. In realtà sono poi proliferate in ragione di una serie di esigenze funzionali del diritto penale ipertrofico che via via il legislatore ha tentato di soddisfare¹⁷⁹.

Sul piano della stretta offensività le cause di non punibilità sopravvenute che maturano con il compimento di una condotta contraria a quella illecita hanno come oggetto di riferimento vicende organizzative dei diversi settori legislativi dove sono inserite¹⁸⁰.

pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 ottobre 2013, nota a Corte eur. dir. uomo, sent. 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, ric. n. 42750/09.

¹⁷⁸ Le complesse vicende della legalità della pena e di come si sono formati gli indirizzi giurisprudenziali di rivisitazione e di riformulazione di una pena illegale irrogata in una sentenza irrevocabile, sono puntualmente analizzati nel corso del 2015 dalla *Rassegna della giurisprudenza di legittimità* ad opera dell'Ufficio Massimario della SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE da pag. 272 del documento pubblicato nel gennaio 2016.

¹⁷⁹ PISANI M., *Diritto premiale e sistema penale: rapporti e intersezioni*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, 1983, pag. 18.

¹⁸⁰ La letteratura sul tema è ricchissima di interventi tra i quali segnaliamo per la completezza della ricognizione AMARELLI G., *Prospettive evolutive della 'non punibilità' tra tecniche da*

Su questo tema s'intrecciano ragioni di politica legislativa di natura deflattiva e di carattere premiale che hanno prevaricato una politica criminale che avesse garantito razionalità funzionale e coerenza dogmatica alle ipotesi che invece avrebbero potuto giocare un ruolo importante in chiave general preventiva. L'improvvida introduzione di cause di non punibilità proposte con incerta collocazione tra il diritto penale sostanziale e il diritto processuale, ha favorito l'irrobustimento numerico dell'elenco di ipotesi che tuttavia non trovano sintonia con i principi propri della legalità formale e, peraltro, appaiono del tutto sganciate da una nozione di carattere generale che avrebbe potuto e dovuto in qualche misura regolarne gli effetti.

Il rinvio implicito che non vi è mai stato, infatti, è alle condizioni obiettive di punibilità dell'art. 44 c.p., in larga misura superate nella sua naturale operatività da previsioni normative sopravvenute che ne hanno confuso l'originario disegno costitutivo (da estrinseche a intrinseche), rovesciando la finalità non punitiva in chiave di offensività, in finalità premiale in chiave di opportunismo deflattivo.

La sospensione del procedimento con messa alla prova come ipotesi di non punibilità sopravvenuta al reato sembra ancora una volta replicare il modello confuso di rinuncia a punire senza evocare con precisa determinazione a quale delle diverse categorie di non punibilità si iscrive.

Sul tema, e per quanto è stato in precedenza da noi sostenuto, ci pare di valore assiologico l'affermazione di Massimo Donini: "Radicalizzando il significato repressivo di queste premesse, *non ci può essere "distacco" tra reato e punibilità*: se esso c'è, ed è inevitabile che si verifichi in presenza del moltiplicarsi di ipotesi di non punibilità, questo rappresenta *una patologia*"¹⁸¹.

La dottrina ha svolto con acribia l'indagine sulla vasta tematica cui non mancano ancora margini di incertezza circa il numero delle ipotesi da inserirvi e dove, ancora una volta, talune ipotesi risultano sfuggire a un sicuro inquadramento. Non è questo il luogo nel quale approfondire i profili problematici del tema che si interpone tra la "punibilità" e la "non punibilità" in relazione alla teoria del reato¹⁸². La questione che trae spunto dalla introiezione del modello di *probation* processuale è legata però a quell'indistinto territorio normativo (e in fondo dogmatico) nel quale si

abbandonare e tecniche da valorizzare, in *Quaderni di scienze penalistiche*, I Farella, Napoli, 2005, pag. 1.

¹⁸¹ DONINI M., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, Padova, 2003, pag. 378.

¹⁸² Quanto mai opportuno a questo proposito è il rinvio a STORTONI L., *Premesse ad uno studio sulla "punibilità"*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1985, pag. 397.

confrontano gli argomenti comuni al diritto penale sostanziale e a quello processuale, quindi oltre la teoria del reato, tradizionalmente legata alle condizioni obiettive di punibilità.

In primo luogo va detto che con la messa alla prova esiste una causa di non punibilità di tipo generalizzato, per qualsiasi ipotesi di reato, solo che abbia come pena edittale quella prevista dalla norma incriminatrice e non una singola causa per una specifica ipotesi di illecito, il cui scopo (che si condivi o meno) ha un chiaro carattere di premialità, nell'intento di rimuovere situazioni che recherebbero ulteriore offesa agli interessi che si intendono salvaguardare in quell'ambito¹⁸³. La natura giuridica ambigua di talune cause di non punibilità offre la possibilità di allocarle nell'ambito delle *tecniche di degradazione giudiziali*, viste come casi di "distacco" tra reato e punibilità. Va precisato che tutte le ipotesi che hanno come fine la non punibilità non sono facilmente individuabili secondo un preciso criterio selettivo, gli istituti hanno una fisiologia eterogenea, l'unico tratto che li connota è il fatto che l'ordinamento riconosce al colpevole di avere contribuito a ripristinare situazioni compromesse¹⁸⁴. Tuttavia, la condotta controfattuale successiva è tale da rendere superflua la punizione, sempre che ci si trovi in un ambito normativo dove il legislatore ha esplicitamente predisposto il meccanismo premiale, avendo a monte operato questa scelta rispetto ai valori in campo che vi ricorrono.

Il *probation* processuale si pone invece su di un versante completamente diverso, dove le ipotesi di reato estinguibili sono tra loro eterogenee e dove le esigenze o gli impegni di riparazione non sono omologabili e la cui individuazione passa semplicemente per la misura della pena.

Il profilo che connota la messa alla prova e che costituisce la vera differenza con tutte le altre analoghe o assimilabili cause di non punibilità è che la prova assume connotati sanzionatori (*cripto-pena*), come già evidenziato sopra, che le altre ipotesi estintive non posseggono. La dimostrazione della radicale differenza è insita nella stessa legge che disciplina il *probation* processuale e che contiene una clausola di *fungibilità equivalente* tra il giorno espiato come prova e quello espiato come pena.

¹⁸³ AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Giappichelli, Torino, 2006. AMARELLI G., *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza del lavoro*, Jovene, Napoli, 2008.

¹⁸⁴ Pur comportando l'esito di non applicazione della pena, viene sottolineato che anche queste ipotesi estintive partecipano alla finalità punitiva, cosicché il premio o la condotta che ripara vanno ritenuti componenti della punizione a effetto dissuasivo, si veda sul tema PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1987, pag. 411.

La decisa divaricazione concettuale e normativa tra la messa alla prova come causa sopravvenuta di non punibilità e le altre numerose e diverse tra loro, finisce per confermare ancora una volta che la scelta legislativa si pone in aperta antitesi con il sistema penale italiano fondato sul legame *reato-punibilità* e dove non si intravedono scelte che possano essere giustificate da generalizzate esigenze premiali o a queste assimilabili¹⁸⁵. L'unico dato identificativo rilevante dell'istituto della messa alla prova, come ipotesi di non punibilità processuale, è rappresentato da un profilo sanzionatorio puntualmente programmato dalla giurisdizione che le altre cause di punibilità non posseggono, la cui esperienza dinamica tuttavia non può essere qualificata come pena.

¹⁸⁵ DONINI M., *Le tecniche di degradazione cit.*, pag. 401, dove l'Autore sostiene il senso di inopportunità della messa alla prova così come appare nel nostro sistema penale: "Le ipotesi di *messa alla prova*, già sperimentate nel processo dei minori come *probation processuale*, e nel regime penitenziario con l'affidamento in prova al servizio sociale, attendono una nuova strutturazione generale nell'ambito di una riforma dell'istituto della sospensione condizionale della pena come *vera sanzione*".

9. Il *probation* processuale nella forma della messa alla prova dell'incolpato. Effetti del pragmatismo punitivo

La legge n. 67 del 28 aprile 2014 ha introdotto nel nostro sistema penale l'istituto della messa alla prova degli adulti, completando in questo modo il recepimento dell'assetto globale del sistema di *probation* tipico dei paesi anglosassoni nei quali vige il doppio regime del c.d. *probation* processuale e *probation* penitenziario, già sollecitato dalla Risoluzione 9 marzo 1976, n. 10 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa¹⁸⁶.

L'istituto della messa alla prova per gli (indagati e) imputati adulti rappresenta un'assoluta novità nel quadro degli interventi legislativi in materia penale degli ultimi anni, salutata con favore per quei propositi di efficienza che dovrebbero favorire la funzionalità del comparto della giustizia penale, allo stesso modo in cui ha contribuito a migliorare quella del sistema processuale a carico dei minori l'istituto della messa alla prova introdotta con l'art. 28 del DPR n. 448 del 22 settembre 1988¹⁸⁷.

In entrambi i casi il ruolo assegnato all'istituto è quello diversivo rispetto alla pena, un espediente di matrice processuale – anche se gli effetti rilevanti sono di diritto sostanziale – per impedire l'affermazione della responsabilità

¹⁸⁶ A livello sovranazionale la scelta del nuovo istituto non è nuovo nella storia delle sollecitazioni europee ad adottare soluzioni diversive dell'esecuzione penale. Ne attesta il precedente NUVOLONE P., *Pena cit.*, pag. 13: “Sulla base della Risoluzione 9 marzo 1976, n. 10 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, le misure alternative alle pene detentive possono classificarsi nelle seguenti categorie: a) misure sospensive o condonatorie; b) misure di libertà in prova; c) misure totalmente sostitutive di carattere patrimoniale o personale; d) misure parzialmente sostitutive. Nella prima categoria rientrano misure tradizionali come il *sursis*, il perdono giudiziale, il non promovimento dell'azione penale nei confronti dei minori, o per reati considerati socialmente irrilevanti (nei Paesi dove vige il principio di opportunità); nella seconda la *probation* sia in fase di cognizione sia in fase di esecuzione; nella terza, le sanzioni pecuniarie nei confronti delle persone fisiche e delle persone giuridiche, la confisca, le interdizioni temporanee o permanenti di carattere professionale o dell'esercizio di taluni diritti; nella quarta la semilibertà, gli arresti domiciliari, ecc.”. A partire dal secondo Governo Prodi si avverte l'esigenza di razionalizzare il processo penale che inizia a presentare dimensioni numeriche inadeguate per la tutela dei diritti fondamentali della persona e ad allarmare le Istituzioni europee. La prima proposta organica è contenuta nel d.d.l. Mastella n. 2664 del 2007, ma limitata ai reati che non superassero i due anni di pena edittale, per proseguire con il d.d.l. n. 3291 del 2010 proposto dal Governo Berlusconi, con il d.d.l. n. 5019 del 2012 del Governo Monti e dal Governo Letta con il d.d.l. 5019-*bis* del 2013.

¹⁸⁷ L'intento è chiaramente dichiarato nei lavori parlamentari, si veda “*XVII legislatura. Raccolta di documentazione per l'esame parlamentare dell'Atto Senato n. 925, recante delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*”, in Documentazione di base del Senato della Repubblica, n. 37, luglio 2013.

penale della persona incolpata e l'estinzione dell'ipotesi di reato originariamente contestata.

Le ragioni di novità sono molteplici, anche se non tutte sembrano utili a fornire una sufficiente risposta sistematica nell'ambito della materia penale che, vivendo soprattutto negli ultimi decenni del doppio binario tra esigenze di natura sostanziale e processuale, accentuano il carattere di assoluta originalità per la linea di politica criminale adottata.

Alla base di tutti questi interventi emerge la necessità di individuare le nuove coordinate di sviluppo della legislazione penale che non guarda più solo e soltanto all'assetto delle fonti nazionali di stampo parlamentare o, eccezionalmente, ai criteri direttivi guida che talvolta la Corte Costituzionale ha prescritto in alcune importanti pronunce, ma oggi lo sguardo si allarga alla efficacia delle fonti sovranazionali vincolanti, di carattere pattizio, come la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e, ancora di più, giurisprudenziale, come le sentenze (provvedimento) della Corte di Strasburgo, per effetto del dettato dell'art. 117 della nostra Costituzione.

La complessità che risulta dall'insieme del quadro di produzione normativa (ma non unicamente legislativa) deve spingere l'interprete ben oltre la cornice interpretativa della singola legge italiana, per guardare alle altre fonti vincolanti che, ormai frequentemente, implementano nel nostro sistema istituti giuridici e prescrizioni normative estranee alla nostra tradizione culturale e al sistema delle nostre fonti del diritto.

Un tipico prodotto di questo divenire legislativo è proprio l'introduzione della messa alla prova degli adulti ossia l'istituto anglosassone del *Probation*, molto noto e diffuso oltreoceano¹⁸⁸, nota anche ai sistemi giuridici di alcuni paesi europei, ma in parte estranea alla tradizione italiana, se non per l'esperienza dell'affidamento in prova al servizio sociale dell'art. 47 della legge n. 354/1975 istitutiva dell'ordinamento penitenziario.

Il sistema di *probation* trova nella sua tradizionale articolazione due distinte soluzioni che si caratterizzano per la specifica fisiologia della diversa fase processuale entro la quale possono trovare applicazione. Esiste, infatti, il *probation* penitenziario, del tutto simile al meccanismo progettato e attuato nell'ambito dell'esecuzione della pena in stato di libertà del soggetto condannato, affidata al controllo del servizio sociale penitenziario; e il *probation* processuale che trova la sua ragione operativa nella soluzione di mettere alla prova l'imputato prima del processo di accertamento della responsabilità e della condanna. Quest'ultima forma di *probation* nei paesi

¹⁸⁸ DELLA BELLA A., *Il probation intensivo nell'esperienza degli Stati Uniti, Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, in ricordo di Adolfo Beria di Argentine, Giuffrè, Milano, 2002.

anglosassoni è affidata esclusivamente all'opera delle forze di polizia, una vera e propria misura amministrativa legata a esigenze di ordine pubblico, che segna una netta demarcazione con gli interventi processuali garantiti dalla giurisdizione e i percorsi di prova seppure sottoposti soltanto al giudizio di congruità preliminare e successivamente di verifica consuntiva del giudice¹⁸⁹.

Il sistema di *probation* si presenta a ben vedere come un assetto sistematico improntato a un carattere di razionale efficienza e completezza operativa sul duplice versante sia preventivo sia repressivo, opera utile per ottenere una concreta e convincente prova della resipiscenza del soggetto autore di reato che spinge verso una rapida fuoriuscita dal circuito giudiziario e che, senza alcun dubbio, contribuisce anche a moderare gli eccessi quantitativi dei procedimenti penali pendenti da definire. Una razionale risposta a esigenze declinate in chiave funzionalistica, tipica, peraltro, di un processo accusatorio puro nel quale l'imputato rappresenta l'interlocutore immediato della pubblica accusa e con essa negozia il suo destino processuale. L'esito positivo della prova determinerà la dichiarazione di estinzione del reato, l'imputato andrà indenne da condanna e il circuito processuale si gioverà della definizione anticipata del giudizio.

Va tuttavia rilevato che l'intera articolazione processuale dei sistemi anglosassoni si armonizza perfettamente con la filosofia di fondo degli istituti di *probation*, resi ausiliari a esigenze perfettamente in linea con le intenzioni legislative che si risolvono nel fornire indicazione al responsabile di un percorso di uscita dalle maglie processuali. Ma tutto questo è possibile perchè, soprattutto il sistema penale degli Stati Uniti d'America, è imperniato sulla struttura bifasica del processo penale: una prima fase nella quale si stabilisce la responsabilità dell'imputato per l'illecito penale commesso; una seconda fase nella quale si commisura e si commina la pena. Proprio il discrimine della dichiarazione di colpa stabilisce la diversa applicazione del *probation* processuale dal *probation* penitenziario, dunque fase pre-applicazione della pena e fase dell'esecuzione della pena irrogata.

Il sistema processuale penale italiano, seppure piegato, sia pure di fatto, a una duplice fase del giudizio (dichiarazione di responsabilità con irrogazione della pena da parte del giudice della cognizione/esecuzione della pena detentiva anche in forma diversa da parte del Tribunale di Sorveglianza), resta saldamente ancorato al modello strutturale della fase unica, per cui mentre il *probation* penitenziario si risolve coerentemente nella fase esecutiva; il

¹⁸⁹ PIVA A., *Il probation a livello sovrastatale*, in STATI GENERALI DELL'ESECUZIONE PENALE cit., in Tavolo XIV – Esecuzione penale: esperienze comparative e regole internazionali.

probation processuale impone la sospensione del processo prima dell'affermazione di colpa.

La descrizione del diverso assetto funzionale non è di poco conto, poiché i principi di governo della materia punitiva consacrati nella Carta costituzionale soprattutto all'art. 27 Cost., stabiliscono una decisa rifrazione tra la fase pre-condanna (penalmente irrilevante sul piano della pena) e fase che si apre con il titolo esecutivo che dà luogo alla condanna. Cosicché l'impegno alla rieducazione del condannato che lo Stato impone a sé stesso come la via privilegiata della esecuzione della pena può trovare sede soltanto nella fase esecutiva.

In realtà non sono mancati appunti di perplessità sulla conformità del nuovo istituto al dettato costituzionale del II comma dell'art. 27 Cost. e sul principio della presunzione di innocenza del tutto eluso dal nuovo meccanismo sanzionatorio, poiché la prova, cui si deve riconoscere una natura afflittiva in quanto limitativa della libertà personale, si innesca sulla "non innocenza o non colpevolezza" del soggetto che invece condurrebbe all'archiviazione o alla sentenza di "non luogo a procedere"¹⁹⁰. Per cui l'astratta collisione con i principi dettati dall'art. 13 e poi dall'art. 27 della Costituzione effettivamente trovano un ragionevole fondamento¹⁹¹.

A fugare il dubbio di una formale violazione costituzionale, ma che in realtà coinvolge anche aspetti sostanziali quali quelli di una sottoposizione a prova illegale e dunque inumana, soccorre il rilievo che l'incolpato si sottopone a prova liberamente, senza alcuna previa dichiarazione di colpevolezza. La libera scelta di dimostrare il suo impegno di affidabilità e di fedeltà a un accordo processuale e il successivo di adattare il suo percorso di vita a scelte di reinserimento e di integrazione sociale, salverebbero la misura da contrasti con il divieto di una responsabilità non ancora provata. Una ragionevole forzatura di tutto l'assetto dell'ordinamento penale italiano che si giustifica alla luce di un pragmatismo punitivo chiamato a conciliare gli effetti della deriva dell'intero sistema con la necessità di riaffermare i canoni di giustizia sostanziale.

¹⁹⁰ FERRUA P., *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, in AA. VV., *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, Giappichelli, Torino, 2015, pag. 187. SCAPARONE M., *Procedura penale*, 4a ed., vol. II, Giappichelli, Torino, 2015, pag. 196. UBERTIS G., *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *Arch.pen.*, 2015, pag. 1. Forse il problema si porrà in maniera più stringente con la concreta applicazione della Direttiva (UE) 2016/343 "Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea in data 11 marzo 2016, n. L. 65.

¹⁹¹ BARTOLI R., *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 12 maggio 2016, pag. 17.

10. Un nuovo percorso educativo o soltanto un espediente processuale deflattivo? Il rischio delle prassi prevaricatrici

La legge n. 67 del 28 aprile 2014 si muove esattamente nel solco della proposta ampia e sistematica sollecitata dalla Raccomandazione R(2010)1 del Comitato dei Ministri europei agli Stati membri sulle “*Regole del Consiglio d’Europa in materia di probation*” e ancor prima dalla Raccomandazione R(1992)16 raccoglie la sfida di un nuovo progetto di penalità non più fondato sulla necessità della condanna e del carcere, consentendolo per quei fatti di reato che si caratterizzano per un modesto allarme sociale¹⁹². La nuova legge, infatti, limita la portata applicativa a fattispecie di reato che in astratto sono punite con la pena detentiva edittale non superiore ai quattro anni.

In tutta evidenza ci troviamo di fronte a un progetto dal carattere fortemente innovativo per il nostro ordinamento che sembra, a una prima lettura, non trovare alcun ancoraggio al dettato dell’art. 27 della Costituzione che, viceversa, conferisce centralità al meritevole rimprovero solo in presenza di una sentenza penale di condanna a seguito di accertamento della responsabilità per la legge penale violata (il binomio espressivo-descrittivo della punizione). Da qui la necessità, come affermazione della superiore legalità, di transitare dalla vicenda puramente performativa, e a tratti disorganica e oscura, verso una situazione di tipo ordinante, con cui i giuristi e la prassi si assumono l’onere di funzionalizzare le nuove scelte legislative all’assetto sistematico preesistente.

Pertanto, il ricorso al *probation* processuale sposta i termini della questione penale su di un piano diverso da quello dell’accertamento giudiziario, connotandolo, a nostro parere e imprevedibilmente, anche di un valore marcatamente educativo. La Raccomandazione europea, infatti, fornisce come indicazione la seguente chiave di lettura: “*I servizi di probation hanno lo scopo di ridurre la perpetrazione di ulteriori reati instaurando rapporti positivi con gli autori di reato, al fine di assicurarne la presa in carico (anche con un controllo, se necessario), di guidarli e assisterli per favorire la riuscita del loro reinserimento sociale. In tal modo, la probation contribuisce alla sicurezza collettiva ed alla buona amministrazione della giustizia*”.

La messa alla prova per gli adulti intende, dunque, chiudere il cerchio della punibilità senza punizione carceraria ma con l’offerta di una possibilità, per la quale il soggetto incolpato s’impegna a dimostrare che l’illecito

¹⁹² PONTIS F., *Sospensione del procedimento con messa alla prova dell’imputato*, in *Punibilità e pene (II)*, contenuto nel *Trattato breve di diritto penale. Parte generale*, a cura di Giovanni Cocco e Enrico Mario Ambrosetti, Cedam, Padova, 2015, pag. 380.

commesso era solo frutto di una vicenda, seppure colpevole, episodica e occasionale, mentre la sua successiva e sincera determinazione è di recuperare l'aspettativa di fiducia sociale.

Il capoverso dell'art. art. 168-bis c.p. (*Sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato*) stabilisce l'obiettivo e il contenuto di valore della prova: "La messa alla prova comporta la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato. Comporta altresì l'affidamento dell'imputato al servizio sociale, per lo svolgimento di un programma che può implicare, tra l'altro, attività di volontariato di rilievo sociale, ovvero l'osservanza di prescrizioni relative ai rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali".

Appare del tutto evidente che in questo secondo caso, non solo l'impianto normativo dei principi di riferimento è diverso, ma si presenta diversa anche la prospettiva che il legislatore le assegna, non più rieducazione, ma – il che non si allontana molto dal significato culturale della prima – autodeterminazione della persona a dimostrare rispetto delle regole e impegno a non reiterare la condotta illecita tenuta. Il contenuto di valore non dovrà essere rinvenuto più soltanto nella forma tradizionale della pena detentiva, la cui applicazione viene evitata, ma il suo fondamento sistematico va ricercato nel principio di solidarietà costituzionale sancito all'art. 2 che orienta la scelta dell'ordinamento verso il pieno recupero sociale della persona incolpata che in questo modo s'impegna a porre fine al conflitto che ha generato.

L'indirizzo educativo sollecitato dalla raccomandazione appare tuttavia fortemente e ingiustificatamente ridimensionato da una contestuale e pressante istanza che il legislatore avverte nel momento in cui ricorre all'istituto della messa alla prova: l'adozione di uno strumento deflattivo stabile da elevare a regime che contrasti il cronico stato di eccessivo carico processuale e carcerario¹⁹³. Si ha una precisa idea di come il legislatore abbia perseguito questo dichiarato proposito rileggendo i testi dei lavori parlamentari e anche semplicemente analizzando la disciplina del contesto normativo e sistematico disciplinato con la legge n. 67/2014. L'intero provvedimento, in parte pro-

¹⁹³ Si intende dissentire dalla finalità unicamente deflattiva dell'istituto, ma la giurisprudenza è sempre più radicata su questa esigenza, ponendo in secondo piano le ragioni che privilegiano il versante punitivo reintegrativo della messa alla prova, si veda (con i richiami a precedenti specifici) Cass., Sez. IV, Sent. n. 32787 del 27 luglio 2015, in www.altalex.it: "Giovane ribadire come l'esigenza di garantire l'effettività alla funzione deflattiva perseguita con la probation rappresenti un momento di assoluta pregnanza della novella".

grammatico (la depenalizzazione), in parte prescrittivo (la messa alla prova), va nel senso di adottare un progetto stabile e a lungo termine che identifichi e poi qualifichi i presidi normativi su cui far leva per realizzare un piano deflattivo strutturale¹⁹⁴.

Occorre tuttavia considerare che questo movente legislativo rischia, come si è visto, di minare alla base il tema educativo che, anche su sollecitazioni di matrice sovranazionale, sembra farsi faticosamente, anche se auspicabilmente, strada nel nuovo istituto di *probation* processuale.

Seppure l'*intentio* del legislatore nasca per fini di pura funzionalità strutturale e per garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona attraverso il canone dell'umanità della pena, occorre cogliere l'occasione per conformare nel senso più aderente allo spirito costituzionale l'istituto della messa alla prova e pur prendendo atto che la distanza che la divide dallo statuto rieducativo post-condanna è assoluto e insuperabile, perché costituito da un evanescente ricorso al principio di responsabilità penale della persona (che non sarà mai acclarata), deve essere valorizzato al meglio l'occasione di concretizzare i propositi special-preventivi della pena in chiave di individualizzazione della dissuasione e di tipo general-preventivi positivi di educazione al rispetto dei valori fondanti il nostro ordinamento¹⁹⁵. Piuttosto che immaginare una "finzione trattamentale" imposta da esigenze di deflazione penitenziaria, occorre invertire la rotta puntando sulla valorizzazione della

¹⁹⁴ PALAZZO F., *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2014, pag. 1694. AA.VV., *Sistema sanzionatorio e processo penale: lavori in corso*, a cura di Palazzo F. – Spangher G., in *Giur.ital.*, 2015.

¹⁹⁵ Va pienamente condivisa l'opinione di BARTOLI R., *La novità della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 dicembre 2015, pag. 2: "si deve osservare che il modello specialpreventivo, proprio perché caratterizzato da contenuti particolarmente afflittivi nella sostanza assimilabili a quelli di una pena, ma trovando applicazione in una fase anticipata rispetto alla condanna, prescinde da un accertamento della responsabilità del soggetto, con la conseguenza che l'imputato andrà incontro a un trattamento sanzionatorio senza che tuttavia possa esser considerato autenticamente responsabile per il fatto commesso". Converte su tali aspetti anche BOVE V., *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora le criticità?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 dicembre 2015, pag. 3. Su questo versante viene risolta, negandone l'ammissibilità, anche la questione della c.d. "messa alla prova parziale", allorché esista una contestazione per una molteplicità di reati e soltanto il meno grave venga indicato come oggetto della prova. La Suprema Corte ha risolto il caso privilegiando la prova "totale" proprio in forza dell'obiettivo costituzionale della rieducazione della persona, ritenendo senza alcun fondamento un possibile principio di rieducazione parziale, in Cass. Sez. II, Sent. n. 563 del 12 marzo 2015: "...non appare pensabile che taluno possa essere possa essere "risocializzato" solo per alcuno dei fatti in contestazione e nel contempo continui a rispondere di ben più gravi connessi fatti-reato per i quali l'accesso all'istituto de qua non è consentito" e nota di DELLA TORRE J., *Cassazione nega l'ammissibilità della messa alla prova 'parziale' in nome della rieducazione 'totale' del richiedente*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 maggio 2015.

dimensione trattamentale come viene resa nota dalla legge n. 354/1975, verso una piena opera di recupero della funzione personalistica-rieducativa.

Su questo terreno trova una corretta e opportuna giustificazione il ricorso da parte della legge n. 67/2014 all'opera degli Uffici per l'Esecuzione Penale Esterna sul territorio nazionale, quegli stessi Uffici che la legge n. 354/1975 chiama a operare per la realizzazione dell'opera di trattamento nella prospettiva del *probation* penitenziario. L'affidamento del compito di prova agli stessi uffici, evidentemente, vuole mettere in evidenza il fatto che la prova non si può tradurre in un semplice controllo sul rispetto di un complesso di prescrizioni formali, ma in una formidabile occasione di tipo educativo e dissuasivo che realizzi un affidabile risultato prognostico di astensione dalla consumazione di ulteriori reati¹⁹⁶.

A ben vedere, e il riferimento normativo è sfuggito a non pochi commentatori, la messa alla prova deve essere ritenuta una effettiva ipotesi di occasione educativa che impegna in questo senso le istituzioni coinvolte (la Giurisdizione, l'UEPE e l'ambito in cui si svolgeranno i lavori di pubblica utilità) perché l'implicito obbligo impositivo è contenuto nell'art. 657-*bis* c.p.p. (*Computo del periodo di messa alla prova dell'imputato in caso di revoca*): *"In caso di revoca o di esito negativo della messa alla prova, il pubblico ministero, nel determinare la pena da eseguire, detrae un periodo corrispondente a quello della prova eseguita. Ai fini della detrazione, tre giorni di prova sono equiparati a un giorno di reclusione o di arresto, ovvero a 250 euro di multa o di ammenda"*.

Questa previsione prescrittiva si pone nella sostanza in aperta antitesi con le dichiarate intenzioni deflative, poiché detta un percorso di prova che non può assumere connotati meramente formali, ma deve essere costituito da un programma di vero e proprio recupero sociale con finalità di reinserimento, il cui contenuto di valore di particolare evidenza deve essere ritrovato nel profilo di afflittività del contenuto della prova¹⁹⁷. Solo a queste condizioni può scattare quella presunzione legale dell'art. 657-*bis* c.p.p. che consente la formulazione di un giudizio simile a quello di "fungibilità della pena", da

¹⁹⁶ BARTOLI L., *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Cass.pen.*, 2015, pag. 1755. Sulla necessità che un nuovo ordine sanzionatorio sia sempre arricchito da "contenuti trattamentali o socialmente positivi, aperti alla partecipazione costruttiva del condannato" è auspicato da MONGILLO V., *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Critica del dir.*, 2009, pag. 203.

¹⁹⁷ A tale proposito viene problematicamente posto il tema dell'"appetibilità" della misura in considerazione del carattere concretamente afflittivo della messa alla prova, diversamente dalla sospensione condizionale della pena che appare un beneficio certamente più conveniente, così VIGANÒ F., *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2013, pag. 1301.

esprimere sull'intero periodo di durata della prova, seppure in misura ridotta a quella del singolo giorno di pena detentiva o di equivalente pena pecuniaria. Rapporto di proporzione differenziato, reso comprensibile dal fatto che un giorno di pena è connotato da un preciso disvalore che, nascendo dal titolo esecutivo rubricato all'art. 650 c.p.p., sancisce in maniera incontrovertibile la responsabilità penale del condannato¹⁹⁸. Cui si affianca l'ulteriore carattere che accompagna l'istituto, vale a dire il carattere di premialità che incentiva l'accesso alla misura anche attraverso la riduzione e i vantaggi di una pena scontata in maniera seppure afflittiva per le prescrizioni imposte, con una rapida prospettiva di fuoriuscita dal circuito penale¹⁹⁹.

Ciò che conta per l'intero impianto ideologico del nuovo sistema è che rimane fermo il concetto che la messa alla prova va considerata una misura penale, non amministrativa, il cui connotato di afflittività è stabilito dalla legge e tutto ciò che attiene al contenuto del programma di prova deve essere necessariamente vagliato dall'UEPE e poi dal giudice nella stessa ottica in cui s'inquadra la pena in esecuzione. L'unica oggettiva divergenza strutturale è che la legge ha inteso costituire due vere e proprie barriere punitive, connotate allo stesso tempo con carattere dissuasivo: prima della condanna attraverso l'offerta di una *chances* educativa con aspettative di risocializzazione; dopo la sentenza di condanna con l'offerta rieducativa e i propositi di reinserimento sociale.

Secondo queste nuove coordinate normative il complessivo sistema anglosassone del *probation* (ma non del *parole* che non impone prova dinamica) entra a pieno titolo nel settore penale dell'ordinamento italiano. Da lato l'affidamento in prova al servizio sociale come ipotesi di *probation* penitenziario continuerà sui binari che il tempo e l'esperienza ha standardizzato nell'ambito della legge di settore n. 354/1975; mentre dall'altro, il *probation* processuale o giudiziale inizia la sua sperimentazione su di un versante del tutto inedito e per certi versi profondamente innovativo²⁰⁰. Infatti, nell'e-

¹⁹⁸ Sul tema VIGANÒ F., *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento cit.*, pag. 1302, va detto che la prestazione del lavoro di pubblica utilità non retribuito nel caso di fallimento della prova potrebbe sollevare perplessità per l'indebito di natura civilistica costituito dalla mancata corresponsione del relativo compenso. Secondo noi, invece, il meccanismo della fungibilità e comunque il riconoscimento in termini di pena della prestazione eseguita dovrebbe ampiamente giustificare l'attività di lavoro prestata che mai potrebbe assumere la natura di un indebitato.

¹⁹⁹ Sottolinea con particolare accento questo aspetto BARTOLI R., *La novità della sospensione del procedimento con messa alla prova cit.*, pag. 3.

²⁰⁰ Le questioni di costituzionalità proposte dall'entrata in vigore della legge offrono lo spunto per riflettere sull'assoluta novità del tema che deve trovare sicuri ancoraggi normativo con istituti collaterali e soprattutto una convincente posizione sistematica all'interno del versante punitivo, sulle complesse questioni si rinvia a DELLA TORRE J., *I dubbi sulla legittimità*

sperienza dell'ordinamento italiano gli istituti per condizionare l'efficacia e l'applicazione della pena scattano, normalmente, tutti al momento della consolidata irrevocabilità della sentenza di condanna che afferma, appunto, la responsabilità penale dell'imputato.

Un punto controverso riguarda il mancato coordinamento sistematico in cui, a nostro parere, è incorso il legislatore quando non ha previsto l'applicazione dell'aggravante di cui al n. 11-*quater* dell'art. 61 c.p. anche all'ipotesi di messa alla prova così come dichiaratamente applicabile al caso dell'affidamento in prova. Stabilisce la norma che la pena è aumentata quando abbia: “*il colpevole commesso un delitto non colposo durante il periodo in cui era ammesso ad una misura alternativa alla detenzione in carcere*”. Se non si tratta di un errore non si comprende quale sia la differenza sul piano sostanziale tra la prova che sia prestata prima o dopo il giudizio. Limitare il campo di applicazione di un maggiore giudizio di disvalore del fatto al solo *probation* penitenziario vorrebbe dire trattare in maniera diseguale due vicende che in realtà sono identiche, e per questo violare il principio di uguaglianza tra due soggetti che si trovano nella stessa condizione giuridica anche se con uno *status* diverso. Se, come sembra, vi sia stata un vuoto dettato da errore nella formulazione della proposta normativa e allora va posto riparo, perché il principio ispiratore del *probation* processuale è il medesimo di quello penitenziario, anzi nel primo caso la violazione dell'impegno di prova è ancora più censurabile sul piano educativo.

Si pone a questo proposito una questione particolarmente sentita circa l'appetibilità del nuovo *probation* rispetto al già consolidato istituto della sospensione condizionale della pena (art. 163 c.p.) – si tratterà più avanti – che finisce per dividerne gli effetti. Il tema viene considerato in dottrina come un primo nodo da sciogliere per la prassi cui è diretto l'invito a incentivare la messa alla prova come soluzione deflattiva²⁰¹.

Sul filo dell'interrogativo posto, ci si interroga sul tema dei soggetti recidivi che potrebbero richiedere l'ammissione alla prova. La legge non lo esclude, anzi ammette la possibilità che i recidivi, secondo la dichiarazione dell'art. 99 c.p., possano essere ammessi alla prova. Questa forma di apertura, tuttavia, non può essere interpretata in maniera indiscriminata senza un preventivo vaglio imposto proprio dall'aspirazione special-preventiva dell'istituto, per considerare se nel caso specifico esaminato dal giudice si

costituzionale del probation processuale: molteplici le ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale, in www.penalecontemporaneo.it, 11 febbraio 2016, pag. 2. Ancora in una prospettiva di aperta e condivisibile censura MARTELLA F., *Messa alla prova 'per adulti': la questione della (assenza di) disciplina intertemporale*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 aprile 2015.

²⁰¹ VIGANÒ F., *Sulla proposta legislativa cit.*, pag. 1307.

possa concedere la messa alla prova e non passare per il percorso punitivo tradizionale.

In effetti, l'apertura normativa non può non essere temperata da una scelta di carattere discrezionale che, alla fine, venga anche a ridimensionare la spinta deflattiva dell'istituto a favore di un recupero dell'imputato attraverso l'opera di individualizzazione della sanzione penale. Non può essere considerata dunque vincolante l'indicazione legislativa, mentre appare del tutto coerente con il profilo rieducativo che il giudice valuti in concreto la personalità dell'imputato per ritenerlo meritevole di un percorso di prova aggravato da prescrizioni significative oppure appaia più adeguato l'itinerario punitivo che imponga la previa affermazione della penale responsabilità per poi giungere, eventualmente, alla sospensione condizionale della pena (se possibile).

Si è già detto che la legislazione italiana annovera un caso – solo analogo – che passa sotto la stessa denominazione, la messa alla prova per i minorenni introdotta con l'art. 28 del codice di rito dei minori della legge n. 448/1988, ma si tratta, per contenuto, finalità, modalità operative, profili dommatici, di una vicenda processuale e sostanziale completamente diversa da quella degli adulti, salvo per l'oggetto del nuovo procedimento differenziato che sposta l'asse di interesse, e con esso il contenuto di valore, dal “fatto commesso” alla “personalità” del suo autore, esattamente come avviene per la messa alla prova dei minori²⁰².

In primo luogo al centro dell'interesse del legislatore vi è il minore e la necessità di evitare l'evento traumatico del processo, progettando un percorso di penalità pedagogica vissuto secondo un tracciato parallelo e destinato alla immunità sanzionatoria. Da qui la previsione che il minore può essere ammesso alla prova per tutte le ipotesi di reato a prescindere dalla loro gravità, proprio per garantire il risultato di pieno recupero sociale.

Vi è inoltre in quella degli adulti una evidente finalità di tipo riparatorio-conciliativo in cui la volontà della vittima viene assunto a presupposto di ammissibilità della misura, vicenda che non può riguardare, se non incidentalmente, il processo minorile²⁰³. Vincolo che non sussiste anche per il fatto che alla persona offesa non è consentita la costituzione di parte civile

²⁰² CIAMPI S., *Sospensione del processo penale con messa alla prova e paradigmi costituzionali: riflessioni de iure condito e spunti de iure condendo*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2009, pag. 1990. CESARI C., *La sospensione del processo con messa alla prova: sulla falsariga dell'esperienza minorile, nasce il probation processuale per gli imputati adulti*, in *Legisl. pen.*, 2014, 4, pag. 510.

²⁰³ Sul tema collaterale, ma allo stesso tempo emergente, MUZZICA R., *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, in *Proc.pen. e giust.*, n. 3, 2015, pag. 158.

nel processo a carico dei minori. Infine, deve essere segnalato il fatto che l'adulto può formulare richiesta di accedervi sin dalla fase delle indagini preliminari, mentre il minore può accedervi soltanto con la richiesta di rinvio a giudizio, a conferma che per il minore vale la maggiore garanzia di fondatezza o sostenibilità – anche se non ancora provata – dell'ipotesi di accusa. Anche per questa ragione la fase processuale ove intervenire è solo quella immediatamente precedente al dibattimento, innanzi al GUP chiamato a vagliare il programma che individua il percorso educativo destinato a quel determinato soggetto.

In ultimo, ma non ultimo quale criterio differenziale, è la possibilità che al minore venga concessa più volte la messa alla prova senza alcun limite, poiché l'obiettivo è di evitare il processo; mentre al maggiorenne viene offerta una solta volta questa possibilità, poiché l'obiettivo deve essere riconosciuto di natura sanzionatoria (non punitiva) e teso alla rieducazione.

Per quanto concerne invece il profilo su cui si appunta l'attenzione del legislatore, benchè la responsabilità penale di orientamento costituzionale è fondata unicamente sul fatto commesso e in alcun modo sulle caratteristiche personali e categoriali del suo autore, nel caso della messa alla prova si registra una sostituzione dell'obiettivo. Dal momento che l'istituto è volto ad anticipare il giudizio sul fatto, compito della giurisdizione è di valutare la personalità del soggetto e con essa l'intento di rimuovere le cause devianti che hanno dato luogo all'ipotesi del fatto contestatogli²⁰⁴.

²⁰⁴ D'AIUTO M., *Messa alla prova da giudizio sul fatto a giudizio sull'imputato*, in *Proc. pen. giust.*, n. 6, 2015, pag. 103.

11. La consanguineità normativa con due preesistenti istituti diversivi della penalità

Si è già detto che da alcuni anni il legislatore ha battuto piste alternative non solo al carcere ma alla penalità conseguente alla condanna, creando le condizioni normative per assicurare il radicarsi di misure con carattere afflittivo che fossero in grado di garantire gli stessi esiti della pena in esecuzione, seppure anticipando la loro operatività nella fase del giudizio di merito.

Talvolta la scelta ha riguardato la sostituzione della sanzione comminata dal Giudice, altre volte si è addirittura anticipata la fase della condanna, pur avendo svolto il giudizio ordinario. Nel primo caso l'esecuzione della sanzione ha tenuto conto dello schema classico *affermazione della responsabilità penale-condanna-esecuzione*; nel secondo caso una scelta di tipo special-preventivo ha spinto verso la soluzione *accertamento della responsabilità-esecuzione della misura*. Naturalmente i termini di *affermazione e accertamento* devono essere colti nella loro effettiva dimensione processuale e sostanziale, vale a dire l'esistenza o meno del presupposto della condanna. In questo modo il titolo esecutivo non sempre coincide con la nozione sancita all'art. 650 c.p.p. come requisito terminale di un percorso processuale pieno ed esaurito, ma l'ordine di esecuzione viene anche a radicarsi all'interno del procedimento non ancora esaurito con effetti premiali e anticipatori del giudizio.

Per quanto concerne invece il tema della natura giuridica della messa alla prova, misura che non scaturisce da un procedimento di condanna, occorre naturalmente inquadrare esattamente in cosa consiste la vicenda esecutiva cui sarà sottoposto l'imputato. Prima di ogni altra cosa quella vicenda punitiva è inserita in una legge penale, per cui la fonte qualifica la misura come misura penale²⁰⁵; peraltro la conseguenza applicativa della misura genera la limitazione della libertà personale dell'imputato, proprio attraverso il rispetto di prescrizioni che sono dettate dal Giudice.

La misura che il legislatore ha individuato per questa nuova forma di penalizzazione è il lavoro di pubblica utilità che nella legislazione penale

²⁰⁵ Sulla questione ormai pacifica si veda Corte eur. dir. uomo, 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, in Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme 1977, Série A, 36: "§ 82: «[...] It is first necessary to know whether the provision(s) defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both concurrently»; § 82: «[...] The very nature of the offence is a factor of greater import»; § 82: «[...] The degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring. In a society subscribing to the rule of law, there belong to the "criminal" sphere deprivations of liberty liable to be imposed as a punishment, except those which by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental».

talvolta sostituisce la pena tipica e diventa esso stesso pena per il condannato, altre volte anticipando il giudizio di condanna viene applicato con le medesime caratteristiche afflittive della prima specie. Dunque, una misura duttile e fungibile che condivide con la pena i medesimi caratteri costitutivi e le medesime finalità individualizzanti e rieducative, tanto da poter essere definita una pena anticipata²⁰⁶. Peraltro, il tratto special-preventivo di questa pena è particolarmente qualificante per una moderna penalità, poiché si pone verso la collettività come un contributo a favore, mostrando il volto di una pena che ha carattere sociale e tale da reinstaurare un rapporto di fiducia interrotto dal reato²⁰⁷.

Il lavoro di pubblica utilità era già noto al Codice Zanardelli del 1889 nel caso di insolvibilità del condannato a pena pecuniaria, ma oggi presenta caratteri del tutto nuovi, prima di tutto con il superamento della riserva che ne impediva il frequente ricorso stabilita all'art. 23 della Carta costituzionale²⁰⁸. Molte sono le ipotesi di lavori di pubblica utilità entrate a far parte della legislazione penale e spesso tra loro si presentano con connotazioni del tutto diverse, pur mantenendo fermo il canone di penalità e di afflittività: da pena

²⁰⁶ Sul punto appare particolarmente incisivo l'apparato motivazionale che correda la decisione del giudice di legittimità che riconduce nell'alveo rieducativo il nuovo istituto, in Cass. Sez. II, Sent. n. 14112, dell'8 aprile 2015, in www.cassazione.it: *“Non va dimenticato che seppure sia indubbio che lo spirito della disciplina della messa alla prova riconosce agli imputati la possibilità di procedere ad una “risocializzazione” e comunque di accedere ad procedimento di “rieducazione” in conformità al disposto dell’articolo 27 Cost., comma 3, il sistema normativo non prevede un diritto assoluto per l’imputato di accedere a tale procedura condizionato alla sola richiesta dell’imputato stesso ma prevede pur sempre l’esercizio di un potere valutativo del Giudice che deve inserirsi nel più ampio quadro della situazione personale dell’imputato nonchè della situazione processuale nella quale verrebbe ad operare l’istituto della sospensione (parziale) del processo. Infatti la concessione del beneficio della sospensione del processo con messa alla prova presuppone un giudizio prognostico positivo sulla rieducazione del soggetto interessato, per la cui formulazione non può prescindere dal tipo di reato commesso, dalle modalità di attuazione dello stesso e dai motivi a delinquere, al fine di valutare se il fatto contestato debba considerarsi un episodio del tutto occasionale e non, invece, rivelatore di un sistema di vita, che faccia escludere un giudizio positivo sull’evoluzione della personalità dell’imputato verso modelli socialmente adeguati”*. E ancora *“Ciò perchè l’esigenza di rieducazione del condannato così come indicata nell’articolo 27 della Carta Costituzionale, comma 3, rappresenta un beneficio non solo per l’imputato ma per la collettività e l’essenza dell’istituto in esame non può certo ricollegarsi al solo fatto materiale di consentire all’imputato di vedere estinto il reato del quale è chiamato a rispondere, ma ha radici ben più profonde (e nobili), che tendono all’eradicazione completa delle tendenze di condotta anti-giuridica del soggetto e che contrastano con l’idea di un individuo semi-risocializzato”*.

²⁰⁷ Sul tema ci sia consenti citare TRONCONE P., *Il lavoro di pubblica utilità. Effettività e integrazione sociale della pena*, in *Riv.pen.*, 2008, pag. 791.

²⁰⁸ La norma fondamentale stabilisce, infatti: *“Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge”*.

sostitutiva a misura che anticipa la pena; da sanzione accessoria a misura riparatoria.

La prima ipotesi, del tutto simile a quella stabilita nel Codice Zanardelli, era prevista come misura nella quale convertire le pene pecuniarie non eseguite per insolvibilità del condannato, secondo quanto prevede l'art. 102 e seguenti della prima legge detta di "depenalizzazione" n. 689 del 1981.

I lavori di pubblica utilità costituiscono invece pena principale irrogata, in alternativa alle altre pene tipiche e su richiesta dell'imputato, dal giudice di pace, secondo quanto dispongono gli artt. 54 e seguenti del D.Lgs. n. 274 del 2000.

Si presentano, invece, come sanzione sostitutiva della pena dell'arresto e dell'ammenda – dunque per i soli reati contravvenzionali – per i reati di cui agli artt. 186 e 187 C.d.S., così riformati dalla l. n. 120 del 2010. Molto interessante l'applicazione che ne ha fatto la giurisprudenza consentendone lo svolgimento anche prima che sia intervenuta l'irrevocabilità della sentenza di condanna²⁰⁹.

Sono stati introdotti come sanzione accessoria in caso di condanna per uno dei reati previsti dall'art. 3 della l. 13 ottobre 1975, n. 654 o per uno dei reati previsti dalla l. 9 ottobre 1967, n. 962.

Il lavoro di pubblica utilità viene previsto come sanzione amministrativa accessoria che il giudice può applicare, in aggiunta alle pene classiche, in caso di condanna per un delitto colposo commesso con violazione delle norme del codice della strada, a norma dell'art. 224-*bis* C.d.S. introdotto con la l. 21 febbraio 2006, n. 102.

Assume poi la natura di condotta riparatoria, anche se a richiederla sia un soggetto che abbia già usufruito del beneficio, nel caso sia subordinata alla sospensione condizionale della pena, come prevede l'art. 165 c.p. novellato dall'art. 2 della l. 11 giugno 2004, n. 145.

Il quadro appare particolarmente variegato per il fatto che i lavori di pubblica utilità non sono utilizzati dal legislatore secondo una natura giuridica caratterizzata da omogeneità, ma la ragione per cui vi si ricorre è riposta nel fatto che in qualunque caso soddisfano il requisito di afflittività e socialità della sanzione, dove la rappresentazione pubblica della

²⁰⁹ Cass. Sez. IV, sent. n. 3067 del 10 dicembre 2015-22 gennaio 2016, in *www.cassazione.it*: "Vale, perciò, rilevare che il lavoro di pubblica utilità, indicato nelle norme citate, può essere svolto anche prima del passaggio in giudicato della condanna alla stregua del dettato normativo richiamato e secondo cui, in riferimento all'eventuale revoca della sostituzione in caso di violazione degli obblighi connessi, è prevista la competenza del "giudice che procede" oltre che del "giudice dell'esecuzione". Mediante un procedimento di ermeneutica letterale e teleologica va ritenuto che la possibilità di revocare la sostituzione per decisione del "giudice che procede" presuppone, in vero, che la sentenza non sia ancora passata in giudicato".

punizione assume il carattere prevalente rispetto alla canonica endiadi condanna-punizione.

11.1. La sospensione condizionale della pena

Va opportunamente rilevato, del resto, che anche la sospensione condizionale della pena (art. 163 c.p.) è certamente un'ipotesi di "messa alla prova" cui viene sottoposto però il condannato, senza alcuna specifica richiesta di esserne ammesso presentando un programma di recupero sociale, per poi sostenere una prova dinamica. La sospensione condizionale non è legata a una prova e viene concessa, infatti, anche d'ufficio, quando il giudice, sulla base degli indici di identificazione della gravità del fatto e della personalità del soggetto dell'art. 133 c.p., formula una prognosi favorevole, nel senso che l'imputato si asterrà dal commettere altri reati.

Tra la sospensione condizionale della pena e la sospensione del processo con messa alla prova vi sono effettivamente delle importanti sintonie, prima fra tutte la collocazione topografica della nuova disciplina all'art. 168-bis c.p., inserita immediatamente dopo quella che regola la sospensione condizionale. Anche la sospensione condizionale porta all'estinzione del reato come stabilisce l'art. 167 c.p.: *"Se, nei termini stabiliti, il condannato non commette un delitto, ovvero una contravvenzione della stessa indole, e adempie gli obblighi impostigli, il reato è estinto. In tal caso non ha luogo l'esecuzione delle pene"*.

In dottrina è stato dibattuto ampiamente il tema concernente la natura giuridica della sospensione condizionale, se fosse una radicale causa estintiva del reato²¹⁰, ovvero, come sostenuto da altra dottrina, si dovesse escludere perché la sospensione condizionale non estende la sua efficacia agli altri effetti penali della condanna come ad esempio le sanzioni accessorie²¹¹.

Entrambi gli istituti vedono al centro il presupposto oggettivo della misura della pena, dove per la messa alla prova conta la pena edittale stabilita per l'ipotesi di reato contestato, mentre per la sospensione condizionale è decisiva la misura della pena irrogata in concreto.

Esiste un altro interessante punto di contatto tra le due ipotesi estintive oggetto della legge n. 145 dell'11 giugno 2004 che con il comma 2 ha previsto la possibilità di subordinare il beneficio della sospensione condizionale della pena alla prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività per un tempo determinato, in presenza dell'impossibilità per l'imputato di adempiere altri obblighi²¹².

²¹⁰ DEAN F., *Sospensione condizionale della pena*, in *Nov.dig.it.*, Utet, Torino, 1970.

²¹¹ ASSUMMA B., *La sospensione condizionale della pena*, Jovene, Napoli, 1984, pag. 220.

²¹² Cass. pen., Sez. I, 29 dicembre 2005, n. 47291, in *www.cassazione.it*.

Occorre inoltre sottolineare che anche la sospensione condizionale della pena si pone in un'ottica di risocializzazione, seppure non sempre in presenza di una specifica prova dinamica, caratterizzandosi soltanto in un diverso modello di vita assunto dal condannato che, in questo modo, fornisce la certezza che si è astenuto nei cinque anni successivi alla condanna dal commettere altri reati. L'istituto della messa alla prova si presenta, invece, canonizzato in un particolare percorso di verifica, previamente concordato con un patto processuale, un *crono-programma* che impegna la persona nella prestazione di attività che fornisca la ragionevole certezza del superamento del conflitto.

Resta comunque fermo il fatto che mentre la sospensione condizionale della pena si iscrive nel paradigma punitivo classico fondato sul binomio accertamento della responsabilità-condanna, la messa alla prova è frutto di un espediente normativo per eludere il peso temporale di un percorso giudiziale. L'esigenza deflattiva ha in questo modo vinto qualsiasi possibile proposito alternativo, quale poteva essere l'ampliamento della base del bacino dei soggetti condannati per l'applicazione della sospensione condizionale della pena con il semplice aumento della pena massima da sospendere, ad esempio, com'è stato da più parti proposto, di tre anni di reclusione²¹³. Né il legislatore si è preoccupato di insistere sull'itinerario che la legge n. 145/2004 aveva aperto nell'auspicio di un incremento del ventaglio applicativo della prova dinamica per guadagnare l'estinzione della pena.

Su questo terreno, infatti, appaiono particolarmente interessanti le proposte di un uso più ampio del *probation* che, tuttavia, venga reso operativo soltanto dopo l'accertamento del fatto e il rispetto della sequenza costituzionale: affermazione della *responsabilità penale-pena-trattamento rieducativo*²¹⁴. Naturalmente questa scelta così radicale si pone in netta antitesi con il

²¹³ Soluzione proposta da DONINI M. (intervista a), *Certezza della pena e certezza del diritto. Una riforma chirurgica, per dissolvere il non sistema*, in www.penalecontemporaneo.it, n. 1/2012, pag. 225: “Decisiva, nel quadro tracciato, **un'estensione della sospensione condizionale della pena** (per es. fino a tre anni di pena detentiva)”. Non mancano in proposito accenti critici per un uso distorto di cui si è fatto della sospensione condizionale della pena, si veda PALAZZO F., *Corso di diritto penale cit.*, pag. 599: “Ed in vero, la giurisprudenza ha fatto un'applicazione generalizzata ed indiscriminata della sospensione, disancorandone la concessione dall'accertamento personologico sulla capacità a delinquere e dalla prognosi di non recidività. Con la conseguenza che la sospensione è diventata un “beneficio” – come significativamente si dice – di concessione sostanzialmente automatica sol che esistano i presupposti di carattere oggettivo”.

²¹⁴ PALAZZO F. – BARTOLI R., *Appunti generali sulla riforma del sistema sanzionatorio con riferimento alla tipologia sanzionatoria e alla sospensione condizionale della pena*, in ID., *Certezza o flessibilità della pena? Verso la riforma della sospensione condizionale della pena*, Giappichelli, Torino, 2007, pag. 141. Del resto la passata esperienza legislativa segnala che con l'introduzione delle misure alternative al carcere, in particolare la pena pecuniaria, si tentava

probation processuale, non solo per quanto riguarda il modello procedimentale di intervento, ma soprattutto per il contenuto di valore, poichè radica un sistema fondato sulla responsabilità del fatto e sulla punizione, salvaguardando il principio di *extrema ratio* e destinando il carcere soltanto a ipotesi estreme. Ma, a ben vedere, sposta anche di nuovo il baricentro punitivo: dall'autore al fatto.

I due istituti di *probation* cui affidare le sorti di una moderna rieducazione non carcerocentrica potrebbero essere la liberazione condizionale e l'ampliamento della sospensione condizionale della pena.

Nel primo caso si potrebbe diversificare una liberazione condizionale discrezionale e una obbligatoria una volta scontata la metà della pena inflitta.

11.2. L'applicazione di sanzioni sostitutive su richiesta dell'imputato

Talvolta la radice strutturale di taluni istituti processuali si ritrova analizzando la storia della legislazione penale e dal loro esame si ricava l'impressione che quello stesso istituto e la sua disciplina, in qualche modo, fa da antesignano a taluno attualmente vigente.

Il caso della sospensione del processo con messa alla prova da questo punto di vista è certamente emblematico, poiché richiama alla memoria la prima ipotesi che è passata impropriamente sotto il nome di patteggiamento (quello stesso dell'art. 444 c.p.p.), nel quale tuttavia i punti di contatto con la disciplina della messa alla prova sono ben più numerosi e significativi. L'art. 77 della legge 24 novembre 1981 n. 689, detta di depenalizzazione, prevedeva l'ipotesi in cui il giudice nel corso dell'istruttoria dibattimentale quando riteneva che la pena detentiva prevista per il reato per cui procedeva era di breve durata e poteva essere sostituita con la sanzione sostitutiva della libertà controllata o con la pena pecuniaria, procedeva in tal senso e con la medesima sentenza dichiarava estinto il reato²¹⁵. Il giudice in questo modo

di offrire una soluzione coerente con sequenza punitiva, si veda DOLCINI E. – PALIERO C.E., *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Giuffrè, Milano, 1989. BARTOLI R., *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta cit.*, pag. 9 e ss.

²¹⁵ L'art. 77 della legge n. 689/81 stabiliva: "Nel corso dell'istruzione e fino a quando non sono compiute per la prima volta le formalità di apertura del dibattimento, il giudice, quando ritiene, in seguito all'esame degli atti e agli accertamenti eventualmente disposti, che sussistono elementi per applicare per il reato per cui procede la sanzione sostitutiva della libertà controllata o della pena pecuniaria può disporre con sentenza, su richiesta dell'imputato e con il parere favorevole del pubblico ministero, l'applicazione della sanzione sostitutiva, con esclusione di ogni pena accessoria e misura di sicurezza, ad eccezione della confisca nei casi previsti dal secondo comma dell'art. 240 del codice penale. In tal caso, con la stessa sentenza, dichiara estinto il reato per intervenuta applicazione della sanzione sostitutiva su richiesta dell'imputato. Nella determinazione e nell'applicazione della sanzione sostitutiva si osservano le disposizioni della

accoglieva la richiesta da parte dell'imputato con il consenso del pubblico ministero, applicando, ove possibile, soltanto la confisca obbligatoria (anche questo caso controverso stante una sentenza di condanna che dava luogo alla confisca ma con estinzione del reato!).

Questa ipotesi risolutiva del processo, come appare evidente, ha una struttura di tipo negoziale, richiesta dell'imputato e consenso del pubblico ministero, il cui oggetto è la pena, una sorta di patteggiamento sulla pena. Ed infatti, con l'entrata in vigore del codice di procedura penale l'istituto fu abrogato espressamente dall'art. 234 disp.att. del d.lgs. 28 luglio 1989 n. 271, proprio perchè appariva del tutto analogo all'applicazione della pena su richiesta delle parti introdotta dal codice di rito²¹⁶.

Se il caso riveste interesse di tipo storico ordinamentale, l'interesse maggiore risiede invece nel fatto che all'applicazione di una pena esecutiva segue contestualmente in sentenza la dichiarazione del giudice di estinzione del reato. Con un conseguente elemento di perplessità, dettato dal fatto che non sembra si intraveda un preciso obiettivo di tipo rieducativo. La pena applicata, infatti, andava espiata senza alcun controllo e senza alcuna valutazione circa gli esiti educativi e prognostici sul pericolo di recidiva.

A ben vedere il modello disciplinare sul piano operativo è del tutto analogo a quello della messa alla prova, con l'unica differenza che, mentre l'esito della prova condiziona la sussistenza dell'interesse dello Stato a punire, nell'ipotesi della semplice sostituzione della pena detentiva breve viene incondizionatamente meno l'interesse a mantenere in vita l'azione penale e il reato. Per cui vi è l'applicazione di una pena, dunque, una sentenza di condanna, secondo il meccanismo dicotomico accertamento del fatto-responsabilità dell'imputato, ma tuttavia viene dichiarato estinto il reato²¹⁷.

sezione I di questo capo. La sentenza produce i soli effetti espressamente previsti nella presente sezione. Contro la sentenza è ammesso soltanto ricorso per cassazione”.

²¹⁶ Una delle ultime decisioni del giudice di legittimità ne consentì l'applicazione anche nel caso di un reato punito con pena congiunta, detentiva e pecuniaria, allargandone in questo modo lo spettro operativo, in Cass. Sez. I, sent. 4 febbraio 1986, in *Foro it.*, 1986, col. 588. Per quanto concerne il nuovo assetto dei procedimenti speciali, si veda in RICCIO G., *Procedimenti speciali*, in *Prolegomeni a un commentario breve al Nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso G. e Grevi V., Cedam, Padova, 1990, pag. 346.

²¹⁷ Sotto il vigore dell'art. 77 erano fiorite le più diverse ipotesi per inquadrarne la natura giuridica, fino a ritenere che fosse una sentenza di archiviazione condizionata o addirittura di proscioglimento, in AMODIO E., *Il processo penale nella parabola dell'emergenza*, in *Cass.pen.*, 1983, 2120 e GIOSTRA G., *Formalità e garanzie nell'applicazione delle nuove sanzioni sostitutive*, in *Pol. del dir.*, 1982, pag. 281. In riferimento all'art. 77 legge n. 689/81, lo stesso NUVOLONE P., *Pena cit.*, pag. 16, commentava perplesso: “È una sentenza

Si tratta in tutta evidenza di un istituto sensibilmente diverso dal patteggiamento ex art. 444 c.p.p. dove non viene dichiarato estinto il reato e la sentenza è equiparata a quella di condanna, apparato applicativo del tutto diverso dalla sospensione del processo con messa alla prova, il cui punto di contatto resta il sopravvenuto venir meno dell'interesse dello Stato a punire²¹⁸.

11.3. La sospensione del processo e l'ammissione ai lavori di pubblica utilità per i soggetti tossicodipendenti

Il caso più interessante dell'esperienza sanzionatoria dei lavori di pubblica utilità e che certamente anticipa finalità e natura giuridica della messa alla prova, è quello originariamente previsto dall'abrogato comma 5-*bis* dell'art. 73 del D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, introdotto dall'art. 4-*bis* del d.l. n. 272 del 2005 convertito nella l. n. 49 del 2006 (sui giochi invernali di Torino).

Questa disposizione è stata oggetto di un intervento abrogativo da parte della sentenza della Corte Costituzionale, la n. 32 del 2 febbraio 2014, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 77, c. II della Costituzione che regola la procedura di conversione dei decreti-legge, degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies* ter del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, come convertito con modificazioni dall'art. 1 della legge 21 febbraio 2006, n. 49, così rimuovendo le modifiche apportate con le norme dichiarate illegittime agli articoli 73, 13 e 14 del D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, sulla disciplina sanzionatoria dei delitti concernenti gli stupefacenti.

La norma prevedeva come pena sostitutiva per i reati in tema di sostanze stupefacenti, in caso di integrazione della circostanza attenuante del fatto di lieve entità e di commissione da parte di soggetti tossicodipendenti o assuntori di stupefacenti o psicotrope che non possono godere della sospensione condizionale della pena, l'applicazione dei lavori di pubblica utilità direttamente nella fase di cognizione, anticipando in questo modo la fase dell'esecuzione in carcere.

Questo tipo di diversione normativa non aveva naturalmente effetti estintivi del reato ma rappresentava una prima ipotesi e significativa di un sistema penale che guarda alla deflazione con anticipazione degli effetti

singolare, perché dichiara estinto il reato e applica, nello stesso tempo, una pena". La giurisprudenza, d'altro canto, nella sua parte maggioritaria era ferma nel ritenere che si trattasse di una sentenza di condanna, in Cass. Sez. VI, 25 marzo 1983, in *Cass.pen.*, 1985, pag. 2284, con nota di Viconte.

²¹⁸ Dello stesso avviso in AA.VV., *Leggi penali complementari*, a cura di Tullio Padovani, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 181.

punitivi, attraverso una forma di sanzione che abbia una chiara vocazione sociale²¹⁹.

In questo specifico contesto i lavori di pubblica utilità, utilizzati sia pure come uno strumento punitivo, ma sostitutivo di una pena derivante dall'accertamento della responsabilità penale e da un titolo di condanna, non solo seguivano un percorso privilegiato ricevendo applicazione da parte del giudice che aveva pronunciato la condanna e non dal Tribunale di Sorveglianza, ma veniva per la prima volta stabilito un itinerario affittivo presso un Ente convenzionato affidato al controllo dell'Ufficio per l'Esecuzione Penale Esterna.

Naturalmente la sostituzione dei lavori di pubblica utilità non doveva essere considerata una facile via di fuga dalla pena intramuraria o una soluzione in pura funzione deflattiva, ma il giudice aveva il compito di parametrare

²¹⁹ Occorre aggiungere e precisare che il comma 5-bis dell'art. 73 è stato ripristinato con l'art. 1, comma 24-ter, lett. b), d.l. 20 marzo 2014, n. 36, convertito, con modificazioni, dalla l. 16 maggio 2014, n. 79, peraltro aggiornandolo con il comma 5-ter, a sua volta inserito dall'art. 3, co. 1, d.l. 1 luglio 2013 n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 94, che costituisce un'opportuna appendice dell'originario obiettivo che si poneva il legislatore: "5-bis. *Nell'ipotesi di cui al comma 5, limitatamente ai reati di cui al presente articolo commessi da persona tossicodipendente o da assuntore di sostanze stupefacenti o psicotrope, il giudice, con la sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, su richiesta dell'imputato e sentito il pubblico ministero, qualora non debba concedersi il beneficio della sospensione condizionale della pena, può applicare, anziché le pene detentive e pecuniarie, quella del lavoro di pubblica utilità di cui all'articolo 54 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, secondo le modalità ivi previste. Con la sentenza il giudice incarica l'ufficio locale di esecuzione penale esterna di verificare l'effettivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità. L'ufficio riferisce periodicamente al giudice. In deroga a quanto disposto dal citato articolo 54 del decreto legislativo n. 274 del 2000, il lavoro di pubblica utilità ha una durata corrispondente a quella della sanzione detentiva irrogata. Esso può essere disposto anche nelle strutture private autorizzate ai sensi dell'articolo 116, previo consenso delle stesse. In caso di violazione degli obblighi connessi allo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, in deroga a quanto previsto dal citato articolo 54 del decreto legislativo n. 274 del 2000, su richiesta del pubblico ministero o d'ufficio, il giudice che procede, o quello dell'esecuzione, con le formalità di cui all'articolo 666 del codice di procedura penale, tenuto conto dell'entità dei motivi e delle circostanze della violazione, dispone la revoca della pena con conseguente ripristino di quella sostituita. Avverso tale provvedimento di revoca è ammesso ricorso per cassazione, che non ha effetto sospensivo. Il lavoro di pubblica utilità può sostituire la pena per non più di due volte". La novità rilevante è invece costituita dal comma: "5-ter. *La disposizione di cui al comma 5-bis si applica anche nell'ipotesi di reato diverso da quelli di cui al comma 5, commesso, per una sola volta, da persona tossicodipendente o da assuntore abituale di sostanze stupefacenti o psicotrope e in relazione alla propria condizione di dipendenza o di assuntore abituale, per il quale il giudice infligga una pena non superiore ad un anno di detenzione, salvo che si tratti di reato previsto dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale o di reato contro la persona".**

la richiesta dell'imputato ai canoni degli artt. 132 e 133 c.p., attraverso i quali individuava, ai sensi dell'art. 27 Cost., il fondamento rieducativo della nuova vicenda punitiva. La disposizione, infatti, non stabiliva un automatismo né aveva carattere impositivo, ma lasciava aperta al giudice una valutazione, come espressamente stabilito dall'espressione "*il giudice può applicare*".

12. La sospensione del processo con la messa alla prova: un nuovo rito differenziato

La legge 28 aprile 2014, n. 67 ha introdotto l'istituto della messa alla prova con il Titolo quinto-*bis* nel codice di procedura penale, a partire dall'art. 464-*bis* per finire all'art. 464-*novies*²²⁰. La collocazione topografica nel codice di rito che pone la nuova disciplina immediatamente dopo il procedimento per decreto, a confermare l'ipotesi che la sospensione del procedimento con messa alla prova costituisce un vero e proprio nuovo rito differenziato o speciale²²¹, al pari dei cinque precedenti, chiamato anch'esso a svolgere un ruolo incidentale sul percorso processuale ordinario, attraverso l'intervento di diversi soggetti istituzionali, come il Servizio sociale dell'UEPE e gli Enti pubblici²²².

Un primo rilievo attiene alla strategia di tecnica legislativa che il Parlamento italiano ha messo in campo negli ultimi anni quando ha inteso introdurre istituti o modifiche legislative che si traducevano in soluzioni di favore per l'imputato: ha sempre affidato la nuova disciplina normativa a norme processuali e non di diritto sostanziale. Ed infatti, l'entrata in vigore della disciplina sulla messa alla prova per gli adulti ha suscitato dubbi sulla natura retroattiva della legge più favorevole per i processi che avevano già superato il limite di fase dell'apertura del dibattimento. Pertanto, trattandosi di norma processuale si sottrae al regime disciplinare dell'art. 2 del codice penale che impone di applicare in via retroattiva la norma più favorevole, limitando la sua applicabilità *ex nunc*, solo dal momento della sua entrata in vigore, secondo la regola processuale del *tempus regit actum*²²³.

²²⁰ PICCIRILLO R., *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in PICCIRILLO R. – SILVESTRI P., *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*, in www.cortedicassazione.it. CAPRIOLI F., *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass.pen.*, 2012, pag. 7.

²²¹ Corte cost., Sent. n. 201 del 6 luglio 2016, in www.cortecostituzionale.it.

²²² MARANDOLA A., *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, pag. 674. NAPPI A., *La sospensione del processo con messa alla prova. Un rito affidato all'impegno degli interpreti*, in www.lalegislazionepenale.eu, 13 novembre 2015. PULITO L., *Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale*, in *Proc.pen. e giust.*, 1, 2015, pag. 97. SANNA A., *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. pen.*, 2015, pag. 1262.

²²³ Sulla questione dell'applicabilità del nuovo istituto ai procedimenti pendenti si veda PECORELLA G., *L'assenza di una norma transitoria e i limiti della applicabilità della sospensione de processo per la messa alla prova nei procedimenti in corso*, in *Cass.pen.*, 2014, pag.

Il caso è comune a tanti altri esempi di modifica normativa registrati negli ultimi anni, com'è avvenuto per la riforma del regime della prescrizione del reato che ne ha impedito una generalizzata applicazione a tutti i procedimenti in corso, evitando la regressione di fase²²⁴. Questo contribuisce anche a non vanificare gli effetti di un'azione estintiva della prescrizione che si sarebbe avuta nel caso di una vera e propria nuova celebrazione di quei processi che erano invece avviati a fasi avanzate o addirittura conclusive²²⁵.

La sentenza della Corte costituzionale n. 240 del 7 ottobre 2015 ha sciolto definitivamente il dubbio confermandone l'ambivalente natura della messa alla prova e ponendo in evidenza la intrinseca natura processuale, seppure con ricadute di carattere sostanziale, dichiarando che l'istituto può essere applicato soltanto nel limite della fase processuale indicata dalla stessa legge e in cui si trova il procedimento, escludendone l'applicabilità a tutti i processi pendenti che abbiano superato tale fase: *“ha effetti sostanziali, perché dà luogo all'estinzione del reato, ma è connotato da un'intrinseca dimensione processuale, in quanto consiste in un nuovo procedimento speciale, alternativo al giudizio, nel corso del quale il giudice decide con ordinanza sulla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova”*²²⁶.

3264; MARTELLA F., *Messa alla prova “per adulti”: la questione della (assenza di) disciplina intertemporale*, nota a Cass., sez. Penale Feriale, 31 luglio 2014, n. 35717, in www.penalecontemporaneo.it.

²²⁴ Si pensi anche alla Legge Carotti che consentiva la sostituzione della pena dell'ergastolo con la pena di anni trenta nel caso di ammissione al rito abbreviato che il legislatore ritenne, attraverso la sola modifica del rito, di consentirne l'applicazione soltanto per i procedimenti in corso. Si trattava tuttavia di una modifica che incideva sul regime sanzionatorio e per questo avrebbe dovuto rispondere al principio sostanziale della retroattività della legge più favorevole e non a quello processuale del *tempus regit actum*. Stabiliva, infatti, l'art. 442 c.p.p. riformato dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479 (in G.U.-Serie generale n. 296 del 18 dicembre 1999) che: *“Alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione di anni trenta”*.

²²⁵ Problema già ampiamente noto alla dottrina e sottolineato dal Giudice delle leggi in GAMBARDILLA M., *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, nota a Corte cost., sent. n. 394 dell'8 novembre 2006, in *Cass. pen.*, 2007, 2, pag. 467.

²²⁶ Corte cost., Sent. n. 240 del 7 ottobre 2015, in www.cortecostituzionale.it: *“Il giudice rimettente però non considera che la preclusione di cui lamenta gli effetti è conseguenza non della mancanza di retroattività della norma penale ma del normale regime temporale della norma processuale, rispetto alla quale il riferimento all'art. 7 della CEDU risulta fuori luogo. Il principio di retroattività si riferisce al rapporto tra un fatto e una norma sopravvenuta, di cui viene in questione l'applicabilità, e nel caso in oggetto, a ben vedere, l'applicabilità e dunque la retroattività della sospensione del procedimento con messa alla prova non è esclusa, dato che la nuova normativa si applica anche ai reati commessi prima della sua entrata in vigore. L'art. 464-bis cod. proc. pen., nella parte impugnata, riguarda esclusivamente il processo ed è espressione del principio “tempus regit actum”. Il principio potrebbe essere derogato da una diversa disciplina transitoria, ma la mancanza di questa non è certo censurabile in forza dell'art. 7 della CEDU”*.

Non se ne può non dedurre che l'espedito legislativo di affidarsi alla natura processuale della norma sopravanza il diritto sostanziale e con esso finisce per eludere i presidi di garanzia della disciplina consacrata dal principio della retroattività favorevole, soltanto perchè non applicabile al caso di specie. Anche se di diverso avviso appare la Cassazione a SS.UU. con la sentenza n. 36272 del 31 marzo 2016 che in maniera inequivoca, tanto da porre seri problemi sulla natura giuridica della messa alla prova e dei suoi effetti, asserisce: "Ma di essa va riconosciuta, soprattutto, la natura sostanziale".

Una questione analoga e che si pone nel solco delle modifiche normative sospette di violare lo statuto delle garanzie investe la modifica introdotta all'art. 157 c.p. in materia di prescrizione e in particolare per quei reati di tale gravità da essere considerati dalla legge imprescrittibili. Il tema sulla natura, sostanziale o processuale delle norme che modificano il regime della prescrizione, viene ritenuto dalla Corte EDU di natura processuale e, dunque, subordinato al principio del *tempus regit actum*, come stabilisce la sentenza Coeme ed altri c/ Belgio del 22 giugno 2000, per cui il delitto di strage aggravato deve essere ritenuto imprescrittibile, seppure la modifica legislativa con la legge n. 251 del 5 dicembre 2005 sia intervenuta dopo la commissione del fatto²²⁷. Appare evidente che lo statuto delle garanzie costituzionali, dettato dall'art. 25 Cost. e art. 7, I comma, Convenzione EDU, e i consolidati meccanismi introduttivi della legge che ne garantivano e ne chiarivano la natura giuridica, comincia a subire tensioni tali da perdere coerenza e con essa integrità dei principi di tutela.

L'art. 464-bis, comma 1, c.p.p. dispone che "nei casi previsti dall'articolo 168-bis c.p. l'imputato può formulare richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova" introducendo una fase eventuale legata alla possibilità che l'indagato o l'imputato possano con il loro positivo comportamento determinare l'estinzione del processo principale²²⁸. Pertanto, si pone

²²⁷ CASS. SEZ. UN., Sent. n. 19756 del 12 maggio 2016, in www.penalecontemporaneo.it; tema ripreso in materia di strage, e dunque, di delitto imprescrittibile da Cass. Pen. Sez. II, Sent. n. 15107 dell'11 febbraio 2016, in www.cassazione.it.

²²⁸ L'art. 168-bis stabilisce la "Sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato": "Nei procedimenti per reati puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, nonché per i delitti indicati dal comma 2 dell'articolo 550 del codice di procedura penale, l'imputato può chiedere la sospensione del processo con messa alla prova. La messa alla prova comporta la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato. Comporta altresì l'affidamento dell'imputato al servizio sociale, per lo svolgimento di un programma che può implicare, tra l'altro, attività di volontariato di rilievo sociale, ovvero l'osservanza di prescrizioni relative ai rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali. La concessione della messa alla

come **incidentale** poichè interviene nel corso di un procedimento penale ordinario interrompendone la sequenza naturale prescritta dal codice di rito; si appalesa come **eventuale** perché dipende dalla pena edittale del reato contestato e poi dalla volontà della persona di sottoporsi a un periodo di prova o di verifica di affidabilità.

Il primo ed essenziale presupposto che condiziona la concessione del percorso di prova è costituito dal fatto che il giudice provvederà ad ammettere al procedimento di prova se non deve prima procedere al proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p. (I comma dell'art. 464-*quater* c.p.p.), anche se il compendio indiziario di cui dispone potrebbe essere ancora esiguo per riconoscere fondamento alla proposizione di accusa. Questa è la ragione per cui se non potrà prosciogliere la legge impone al PM di procedere anche durante lo svolgimento della prova a completare la raccolta di elementi di indiziari e probatori di qualunque segno si dovessero appalesare.

La natura processuale della messa alla prova degli adulti viene confermata anche dalla disciplina di dettaglio che il legislatore vi dedica, approfondendo ancora di più il solco con la messa alla prova dei minori e facendo rilevare che il complesso meccanismo progettato per sancire poi l'estinzione dell'ipotesi di reato contestata non può essere soltanto una serie di retorici adempimenti, ma una sequenza di scelte ponderate che spettano a più organismi istituzionali. Del resto questa prospettiva s'iscrive a buona ragione nel segno di una valorizzazione rieducativa dell'istituto, per far cadere il sospetto o il pregiudizio che si tratti semplicemente di un espediente deflattivo privo di contenuti educativi e risocializzativi. Anzi, la presenza dell'UEPE porta conferma alla tesi che spetta alla prassi, recuperando una consolidata tradizione normativa sul *probation* penitenziario, declinare nel modo più adeguato i bisogni di penalità che avverte l'ordinamento giuridico contemporaneo, e la messa alla prova costituisce un ulteriore tassello di quel complesso ordine sanzionatorio da cui trarre le opportune occasioni per rieducare al di là del congegno punitivo classico condanna-sanzione. Per cui, la messa alla prova dei minori è cosa diversa, è l'occasione offerta per fuoriuscire dal processo

prova è inoltre subordinata alla prestazione di lavoro di pubblica utilità. Il lavoro di pubblica utilità consiste in una prestazione non retribuita, affidata tenendo conto anche delle specifiche professionalità ed attitudini lavorative dell'imputato, di durata non inferiore a dieci giorni, anche non continuativi, in favore della collettività, da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni, le aziende sanitarie o presso enti o organizzazioni, anche internazionali, che operano in Italia, di assistenza sociale, sanitaria e di volontariato. La prestazione è svolta con modalità che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute dell'imputato e la sua durata giornaliera non può superare le otto ore. La sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato non può essere concessa più di una volta. La sospensione del procedimento con messa alla prova non si applica nei casi previsti dagli articoli 102, 103, 104, 105 e 108".

e dalla pena; mentre la messa alla prova degli adulti è l'occasione per creare le condizioni processuali utili a garantire un percorso di risocializzazione e dissuasione, una scelta indirizzata verso un indirizzo special preventivo e caratterizzata da un percorso di sanzione sociale garantita dai lavori di pubblica utilità.

Dunque, il nuovo rito differenziato serve a garantire anche il valore dell'utilità della prova e per la specificazione che il legislatore ne ha fornito, dimostra l'importanza dell'impegno che assume l'incolpato, non una semplice dimostrazione di buona volontà: *“L'istituto in esame si configura come una peculiare forma di definizione alternativa del procedimento, attraverso la previsione di un ulteriore rito speciale, che sicuramente persegue un obiettivo di deflazione ma che trova la sua ratio nell'esigenza di configurare anche un sistema che vuole porsi come mezzo di tutela sostanziale dei beni giuridici lesi, più che come astratto ed indefettibile meccanismo retributivo conseguente alla commissione del reato”*²²⁹.

Sulla natura processuale che il legislatore ha inteso conferirne, va letto anche il disposto dell'art. 464-*sexies* c.p.p. che impone, nel periodo di sospensione della prova, l'“*acquisizione di prove non rinviabili*” e “*quelle che possono condurre al proscioglimento dell'imputato*”, a voler sottolineare che la ricerca delle circostanze che possono servire a far cadere l'ipotesi di accusa non si ferma, così come accade nel corso del procedimento ordinario.

Ulteriore conferma che si tratta di un procedimento speciale è offerta dall'art. 3, comma 1, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n. 313, dopo la lettera i) è inserita la seguente: “*i-bis) l'ordinanza che ai sensi dell'articolo 464-quarter del codice di procedura penale dispone la sospensione del procedimento con messa alla prova*”, come ad esempio accade con l'applicazione della pena su richiesta delle parti dell'art. 444 c.p.p.

L'innesto della nuova procedura incidentale ha comportato anche l'integrazione di nuove disposizioni tra le norme di attuazione e di coordinamento che accompagnano il codice di procedura penale per mezzo del Capo X-bis con l'art. 141-*bis* e il 141-*ter*.

Il procedimento viene dettagliatamente descritto dalle norme e, diversamente dal *probation* penitenziario, non lascia spazio al compimento di atti atipici, previsti dalla prassi o imposti dalla mancanza di previsioni, ma ogni passaggio è adeguatamente indicato in modo che il potere discrezionale possa essere esercitato soltanto sui contenuti di congruità della prova. In questo

²²⁹ Cass. Sez. II, Sent. n. 18265 del 4 maggio 2015, in www.cassazione.it.

modo sia la giurisdizione che l'amministrazione penitenziaria ha un protocollo di intervento preciso da seguire e istruzioni meticolose da osservare.

La procedura è instaurata su istanza dell'indagato, se la proposta viene avanzata nella fase delle indagini preliminari o su richiesta dell'imputato quando sia stata esercitata l'azione penale e sia intervenuto il rinvio a giudizio, ma in entrambi i casi il soggetto avrà curato preventivamente una specifica serie di adempimenti presupposti presso l'UEPE competente per territorio.

La legge, infatti, prevede che l'istante prenda preliminarmente contatto con l'ufficio dell'UEPE e concordi con gli assistenti sociali ivi preposti un progetto, costituito dalla descrizione di un percorso educativo individualizzato detto anche programma di trattamento come viene definito dall'art. 464-*quater*, comma 3, c.p.p.

Questo primo *step* della procedura incidentale rappresenta sicuramente la prima controversa ragione di perplessità circa la natura di questa nuova ipotesi di sospensione del processo e finisce per pesare sulla congruità tra la richiesta e la risposta che la giurisdizione si attende dal soggetto sottoposto a prova.

Viene, infatti, in rilievo che l'UEPE è chiamato direttamente in causa dall'indagato o imputato a convenire un programma di prova sulla base di informazioni processuali (non atti) fornite dal soggetto stesso, fidandosi di quelle informazioni ricevute senza alcuna preventiva valutazione delle condizioni di vita e del profilo personale dell'interessato, anzi con il rischio che il richiedente prospetti al funzionario dell'UEPE una situazione processuale non perfettamente rispondente a quella effettiva – anche se in perfetta buona fede –, ma che in questo modo possa falsare già in origine la premessa del giudizio che si esprimerà all'esito, compromettendo tutto il percorso di prova²³⁰. Né del resto può essere presa in considerazione la circostanza che l'incolpato non abbia riconosciuto la propria responsabilità per il fatto addebitatogli, poichè la confessione non è indice presupposto né privilegiato per l'ammissione alla prova: *“Come si rileva dalla giurisprudenza sulla messa alla prova nel processo minorile, la mancata confessione è un dato neutro, la cui mancanza non è incompatibile con la concessione della misura; ritenere necessaria l'ammissione, anche parziale, dell'addebito significa snaturare la finalità rieducativa cui tendono le nuove norme, in contrasto con la presunzione di non colpevolezza e con il diritto di difesa”*²³¹.

²³⁰ SALVADORI A – ARATA R., *La scommessa “culturale” della sospensione con messa alla prova alla verifica delle aule di Tribunale*, in www.questionegiustizia.it, 2015, n. 4, pag. 13, ove si rileva la preoccupazione che moltissimi programmi di trattamento saranno predisposti al “buio”.

²³¹ Cass. Sez. V, Sent. n. 24011 del 23 febbraio 2015, in www.cassazione.it.

Il punto di autentica controversia è che viene a mancare in questa ipotesi di *probation* quel necessario supporto tecnico costituito dal profilo socio-psicologico della persona, come prerequisito di adeguatezza del progetto di prova alla personalità del richiedente che, invece, ad esempio, nella fase di esecuzione della pena – anche se oggi in non molti casi per la verità – è profilato dallo “*Studio scientifico della personalità*”. Va da sé che l’individualizzazione del programma di prova potrebbe non essere esattamente adeguato e calibrato sulle aspettative poste in premessa e frustrare, in questo modo, l’esito positivo del procedimento.

L’esito favorevole, infatti, dovrebbe tradursi in una vera e propria occasione rieducativa che il nuovo istituto offre al soggetto incolpato di un reato per superare la barriera di un semplice impegno di fedeltà a un impegno assunto, ma privo di utilità nella prospettiva di risocializzazione dell’imputato. Anche da questo assetto interpretativo passa, infatti, la valorizzazione di un procedimento incidentale che, diversamente da come si prospettava il legislatore, rimarrebbe confinato ai margini degli obiettivi di recupero sociale di una persona su cui gravano sicuri indizi di colpevolezza di un reato, per ridursi soltanto a strumento flessibile di un’aritmetica deflazione processuale.

Un utilitarismo processuale, dunque, che semplifica, ma senza raggiungerlo, il proposito di recupero del colpevole, ma che rischia di trasformarlo in una vuota e retorica esperienza di mera sorveglianza.

La definizione che ne è stata data di “sanzione complessa” contribuisce a fare emergere un altro degli aspetti promozionali della messa alla prova nella direzione dei propositi di giustizia riparativa, dove la prova possa assolvere anche all’impegno di ricostituire una relazione risarcitoria nell’interesse della persona offesa del reato²³². L’art. 464-*quinquies* c.p.p. stabilisce infatti che: “1. *Nell’ordinanza che dispone la sospensione del procedimento con messa alla prova, il giudice stabilisce il termine entro il quale le prescrizioni e gli obblighi relativi alle condotte riparatorie o risarcitorie imposti devono essere adempiuti; tale termine può essere prorogato, su istanza dell’imputato, non più di una volta e solo per gravi motivi. Il giudice può altresì, con il consenso della persona offesa, autorizzare il pagamento rateale delle somme eventualmente dovute a titolo di risarcimento del danno*”. Questa previsione recepisce per intero l’auspicio secondo cui il *probation* deve es-

²³² EUSEBI L., *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un’evoluzione necessaria*, in G. Mannozi – G. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, Bologna, 2015, pag. 102. BOVE V., *Messa alla prova a poco più di una anno: quali, ancora, le criticità?*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 dicembre 2015, pag. 5.

sere caratterizzato da finalità di giustizia riparativa e di ripristino dei valori di convivenza civile.

La procedura di messa alla prova viene dal legislatore completata con la previsione di utilizzare un tipico rimedio processuale, il ricorso per cassazione, con cui impugnare l'ordinanza di non accoglimento dell'istanza di messa alla prova o anche l'ordinanza di revoca della prova originariamente concessa; inoltre, con l'introduzione di una opportuna appendice regolamentare che, ancora una volta pone su di un piano di condivisibile interesse lo sforzo di completamento di un percorso educativo. L'art. 8 della legge n. 64/2014 stabilisce, infatti, che a cura del Ministro della Giustizia sarà emanato un regolamento, a oggi puntualmente adottato²³³, che definisce il contenuto operativo dei lavori di pubblica utilità che il provando è chiamato ad adempiere, vale a dire lo svolgimento a titolo gratuito di una prestazione a favore della collettività che abbia una durata non inferiore ai dieci giorni, e stabilisce il contenuto prescrittivo della Convenzione stipulata con gli Enti pubblici che intendono avvalersi dell'attività di lavoro gratuita²³⁴.

Pur mantenendo il carattere diversivo del procedimento incidentale, la messa alla prova è conosciuta in altri ambiti ordinamentali con contenuti di valore della prova ed esiti completamente diversi. Il codice penale argentino, ad esempio, prevede all'art. 76-*bis* la "Sospensione del giudizio con messa alla prova" fin dal 1994 con la legge n. 24316 e si tratta di una misura che conserva una natura esclusivamente processuale²³⁵. Il successivo art. 76-*ter* c.p. prevede infatti che il tempo di durata della prova da uno a tre anni viene stabilito dal Tribunale che fissa delle prescrizioni ai sensi dell'art. 27-*bis*, tuttavia, senza alcuna verifica della portata rieducativa delle prescrizioni. Si tratta di osservare delle semplici regole di comportamento che designano una condotta di vita regolare nel quotidiano da parte dell'imputato.

Il dato più significativo di questa disciplina è la sua natura eminentemente processuale che non assume alcuna incidenza sul profilo sostanziale del reato né ne comporta la dichiarazione di estinzione al termine del periodo di prova. Diversamente dal nostro sistema improntato all'obbligo dell'azione penale nel sistema penale argentino il IV comma dell'art. 76-*ter* stabilisce che "l'azione penale si estinguerà" se le prescrizioni saranno state osservate

²³³ Il Regolamento è stato adottato con D.M. 8.6.2015 ed è entrato in vigore il 3 luglio 2015.

²³⁴ AMATO G., *L'impegno è servizi sociali e lavori di pubblica utilità*, in *Guida Dir.*, n. 21, 2014, pag. 87. BOVE V., *Analisi delle linee guida e dei protocolli adottati in tema di messa alla prova per gli adulti*, in www.scuolamagistratura.it.

²³⁵ IL CODICE PENALE DELLA NAZIONE ARGENTINA, a cura di G. Fornasari, E. Corn, E. Fronza, A. Menghini, Cedam, Padova, 2008.

oppure il procedimento principale compirà il suo corso. Regole che alla fine intendono soltanto impedire la recidiva.

Probabilmente questo tipo di schema operativo del *probation* processuale si adatta in maniera più coerente ai principi generali della materia penale nei sistemi oltreoceano, dove al centro si pone l'esercizio dell'azione penale e la sua prosecuzione. Diversamente dal nostro ove l'obbligo dell'azione penale impedisce di intervenire sul processo, infatti il processo si chiude per l'estinzione del reato, e dove la punizione deve assumere sempre e comunque un tratto di valore di tipo special preventivo e rieducativo, secondo lo schema costituzionale da cui non è possibile discostarsi.

13. Un primo bilancio della messa alla prova e una possibile prospettiva strategica per un moderno scenario sanzionatorio. Il burocratismo penale

Con l'introduzione del *probation* processuale il legislatore italiano ha allineato in maniera speculare il percorso *pre* e *post* condanna esaltando il modello di anticipazione della rieducazione e offrendo una *chances* all'incolpato che potrà guadagnare l'estinzione del reato. Dunque, da un lato l'estinzione del reato e dall'altro l'estinzione della pena, entrambi con finalità di integrazione sociale ed entrambi i tipi di *probation* utilizzati per sventare prassi deteriori desocializzanti o, peggio ancora, violatrici del canone di umanità della pena.

Si tratta di due percorsi speculari perché in entrambi i casi, seppure in provvedimenti legislativi diversi, il legislatore ha strutturato il percorso procedimentale negli stessi termini, utilizzando i medesimi meccanismi applicativi e facendo ricorso allo stesso presidio di progetto e controllo, l'Ufficio per l'Esecuzione Penale Esterna che svolge un compito fondamentale per l'opera di individualizzazione delle misure e di rieducazione della persona.

I due istituti mostrano ormai, dopo gli ultimi aggiornamenti normativi, una perfetta assimilazione anche per i possibili contenuti di mediazione e di conciliazione tra autore e vittima del reato. Mentre, infatti, nella messa alla prova può essere ritenuto un canone consustanziale al percorso reintegrativo, nella fase dell'esecuzione della pena il legislatore offre la possibilità alla giurisdizione di sorveglianza di avviare un percorso di riparazione del danno derivante da reato con la vittima. Tutto questo è reso possibile con l'introduzione del comma 4-ter dell'art. 21 della legge n. 354/1975 che per il "*Lavoro all'esterno*" stabilisce un'opzione specifica: "*I detenuti e gli internati di norma possono essere assegnati a prestare la propria attività a titolo volontario e gratuito, tenendo conto anche delle loro specifiche professionalità e attitudini lavorative, nell'esecuzione di progetti di pubblica utilità in favore della collettività da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni, le comunità montane, le unioni di comuni, le aziende sanitarie locali o presso enti o organizzazioni, anche internazionali, di assistenza sociale, sanitaria e di volontariato. I detenuti e gli internati possono essere inoltre assegnati a prestare la propria attività a titolo volontario e gratuito a sostegno delle famiglie delle vittime dei reati da loro commessi*". Tutto questo in continuità con il n. 7 dell'art. 47 O.P. per l'affidamento in prova: "*Nel verbale deve anche stabilirsi che l'affidato si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato ed adempia puntualmente agli obblighi di assistenza familiare*".

Così come allo stesso modo viene sancito per la messa alla prova con l'art. 168-bis c.p.: “*La messa alla prova comporta la prestazione di condotte volte all’eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato*”.

L’allineamento, pressochè totale, è stato ottenuto anche attraverso il nuovo limite di pena che riguarda l’affidamento in prova, definito “*allargato*”, per aver elevato da tre a quattro anni di pena residua o comunque da scontare il limite di concedibilità, proprio come è previsto con la messa alla prova, anche se in questo caso si tratta di pena edittale e non di quella applicata in concreto dal titolo esecutivo.

Dai dati diffusi dal Ministero della Giustizia sembra che la messa alla prova degli adulti abbia in buona misura corrisposto alle aspettative del legislatore²³⁶. Le statistiche sembrano delineare anche una sorta di parallelo numerico tra il *probation* penitenziario (anche se i dati sono spalmati su di un arco temporale più ampio) e il *probation* processuale.

Alla data del 31 dicembre 2015 risultavano pendenti presso tutti gli Uffici per l’esecuzione penale esterna n. 9445 istanze di ammissione alla messa alla prova e n. 6557 ammissioni già concesse; mentre al 31 luglio 2016 le istanze erano già diventate n. 10937, mentre le ammissioni sono state n. 9029.

Il *trend* dimostra un importante incremento sia dell’affidamento in prova al servizio sociale che della messa alla prova che aumentano in maniera proporzionale. È pur vero che allo stato non è dato conoscere l’utilità rieducativa della misura, apprendendo al momento soltanto l’utilità deflattiva. Ma la questione di questa nuova strategia legislativa, sempre che si mantenga e valorizzi la tendenziale finalità rieducativa della misura, potrebbe aprire lo sguardo sul complessivo sistema della giustizia penale, fino a giungere alla consapevolezza che, se adeguatamente sorretta da intenzioni e strutture, il meccanismo ideato possa diventare un parallelo sistema processuale per l’accelerazione dei procedimenti penali.

L’apertura del sistema a un’esperienza sanzionatoria che si vorrebbe “diversamente afflittiva” e non punitiva lascia intravedere i contenuti di una soluzione dotata in realtà di un forte potenziale afflittivo e limitativo della libertà personale. Essa può anche essere definita e declinata nei contenuti in maniera diversa, si parla di “sanzione complessa” o di “cripto-pena” “*a contenuto riparativi, risarcitorio, riparatorio*”, ma ciò che conta è il fatto che l’istituto sembra preludere, in maniera molto concreta e convincente, all’ampliamento del ventaglio delle soluzioni processuali con portata diversiva e,

²³⁶ I dati sono rinvenibili sul sito istituzionale www.giustizia.it.

in definitiva, alla stabilizzazione del *probation* nel sistema penale italiano²³⁷. Opera di vera e propria *ibridazione* normativa resa necessaria, nei propositi legislativi, per il ripristino della legalità costituzionale compromessa da un assetto della fase esecutiva che, di fatto, violava il principio di umanità della pena sancito ormai da fonti prescrittive internazionali e da fonti pattizie continentali.

Sul piano sovranazionale esiste una fonte informativa molto precisa sul fronte sanzionatorio, rappresentata dal rapporto *Space II-2014* del Consiglio d'Europa ove si segnala che, soprattutto negli ultimi anni, si è registrato un deciso incremento nell'utilizzazione del *probation* e delle altre misure non detentive (occorre anche ricordare che il precedente rapporto *Space II-2013* riferiva di un incremento percentuale del + 13,6% rispetto al 2011 e + 29,6% rispetto al 2010), a sottolineare la caduta verticale e generalizzata dell'esperienza sanzionatoria inframuraria²³⁸.

Dall'analisi di questi dati si deduce che le pesanti iniziative legislative securitarie in Europa²³⁹ trovano un duro momento di confronto con un quadro complessivo costituito dalle misure non inframurarie e conciliative decisamente in controtendenza e che evidenziano un notevole abbattimento delle quote di recidiva²⁴⁰.

Il vero problema torna a essere quello della centralità del modello che uniforma fonti normative sovranazionali e decisioni delle giurisdizioni europee, orientato a una forma di efficientismo tipica della burocrazia piuttosto che di *policy* in materia penale e penitenziaria. Le iniziative sanzionatorie non possono prendere slancio da percentuali di efficienza che il sistema eu-

²³⁷ SPANGHER G., *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Giappichelli, Torino, 2015.

²³⁸ Il Rapporto *Space II* nasce per testare l'utilità di misure in libertà diverse dalle pene e negli ultimi 3 anni ha concentrato la sua attenzione sulle sollecitazioni pervenute dal CONSIGLIO D'EUROPA attraverso il paragrafo 15 della Raccomandazione Rec n. R (99) 22 sulle modalità operative per combattere il sovraffollamento carcerario e l'inflazione della popolazione carceraria.

²³⁹ Un quadro molto completo dei dati a livello continentale e internazionale è fornito da ALEO S., *Istituzioni di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2016.

²⁴⁰ Con le numerose iniziative legislative tese a ridurre la popolazione carceraria effettivamente da qualche anno si registra un dato in controtendenza alle teorie segregazioniste degli anni '90 dello scorso secolo. Sono state determinanti certamente le scelte politiche e talvolta ideologiche in tal senso, resta tuttavia da rilevare che ulteriori iniziative deflattive devono essere considerate con attenzione per non minare la stabilità e la credibilità del sistema. L'incremento dell'area del controllo penale attraverso misure che non depotenziano la risposta edittale sono preferibili a fughe in avanti oltre il processo e la pena che aprono a sensazioni di impunità. L'ampio quadro della situazione carceraria che registra decise oscillazioni verso il basso è tracciato in TORRENTE G., *La popolazione detenuta in Italia tra sforzi riduzionisti e nuove tentazioni populiste*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 ottobre 2016.

ropeo deve raggiungere, ma da iniziative di governo della materia penale che deve conservare l'*extrema ratio* rispetto alla politica sociale e a forme di reinserimento del condannato, proprio al fine di evitare ulteriori e futuri costi di gestione.

Non mancano tuttavia prese di posizione che sollevano dubbi, e a ragione, circa il peso sanzionatorio del nuovo istituto della messa alla prova: “*Inoltre, si deve considerare che la messa alla prova risulterebbe del tutto diseconomica, rispetto alla maggior parte delle pene del sistema sanzionatorio non carcerario, presentando alla fin fine un contenuto assai più afflittivo, mentre rispetto al sistema potenzialmente carcerario, si verrebbe a creare una sostanziale sovrapposizione che finisce per fare della messa alla prova una sorta di chance ulteriore destinata a minare l’effettività del sistema, con l’ulteriore problema di notevole dispendio di risorse che invece è più opportuno concentrare per aprire il più possibile il carcere. Ecco allora che all’interno di un sistema riformato nei termini che abbiamo tracciato, la previsione della messa alla prova non avrebbe molto senso*”²⁴¹.

In definitiva il recepimento della messa alla prova imposto da sollecitazioni europee è il completamento di un percorso, quello di *probation*, di cui quello detto penitenziario è divenuto patrimonio consolidato nel nostro sistema, tenuto conto che di fronte alla legge non resta altro da fare che garantirne la cornice più adeguata per farlo divenire una componente sistemica, esigenza forzata dal carattere di inumanità con cui la pena veniva applicata nelle carceri italiane, in assenza di scelte strategiche di lungo periodo chiamate a garantire strutture adeguate nel numero e nelle forme di ospitalità.

Non bisogna tuttavia rinunciare a nutrire forti perplessità per avere svuotato di contenuto punitivo la sanzione, salvo l’ipocrita recupero opzionale delle prescrizioni limitative, e per aver compromesso la validità formale e sostanziale del dittico costituzionale *condanna – pena*, al punto che seri interrogativi si pongono sulla tenuta di un sistema complessivo che rischia di perdere peso e credibilità repressiva. Secondo noi l’ibridazione sanzionatoria introdotta con il *probation* processuale potrebbe spingere negativamente fino alla sterilizzazione del sistema penale, alla sua sostanziale ineffettività proprio per la categoria di reati di modesta e media gravità maggiormente diffusa, per cui l’unico rimedio potrebbe essere quello che ci deriva dal diritto positivo dei principi sovraordinati ossia il recupero del canone costituzionale di punibilità.

Soluzioni sono state autorevolmente prospettate in quest’ottica. Il versante della conciliazione, di cui si è già detto, potrebbe essere uno dei rimedi

²⁴¹ BARTOLI R., *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta cit.*, pag. 17.

credibili per depotenziare le cause del sovraffollamento carcerario, con il limite dato dalle diverse tipologie di reati, distinti in quelli perseguibili a querela da quelli perseguibili d'ufficio, e la maggior parte dei quali non hanno vittima e comunque risulta difficile una strategia conciliativa (si pensi ai delitti artificiali contro la fedeltà fiscale, a quelli di natura economica a vittima diffusa, e così via). Una sperimentazione in tal senso si è già tentata con la legge istitutiva del Giudice di Pace in materia penale ove l'iniziativa conciliativa viene anteposta alla celebrazione del processo, ma che ha raccolto ben pochi frutti, considerata la mancanza di qualsiasi ufficio di mediazione che avesse svolto una efficace attività di supporto all'opera del giudice. Il Giudice di Pace si è trovato a svolgere un ruolo improprio, dove talvolta è valsa soltanto l'autorevolezza della persona e la sua capacità di persuasione per raggiungere lo scopo riparatorio e conciliativo. La cessazione del conflitto è un obiettivo il cui raggiungimento deve essere affidato a operatori esperti.

Resta comunque fermo l'auspicio di ricostituire il perimetro punitivo che impone certezza della responsabilità e affidabile rieducazione del suo autore, ripristinando l'accertamento giudiziale e sterilizzando in questo modo tutti i percorsi elusivi della condanna.

Le proposte che si affacciano all'attenzione del legislatore sono in linea con la modernità e con il protocollo penale sancito dall'esperienza giuridica, atteso che una mancata e decisiva opera di depenalizzazione finisce per confermare l'originaria opzione punitiva.

D'altro lato il superamento della retribuzione, in chiave di politica criminale complessiva, può costituire certamente il punto di partenza per superare la canonizzazione di un assetto punitivo che non riesce ad aprirsi alla risocializzazione e al modello preventivo²⁴². Un modello di tipo preventivo che esponga in maniera chiara il fine dissuasivo e non si limiti alla formale e simbolica intimidazione che venga poi vanificata dal blocco funzionale delle istituzioni penali²⁴³.

Il nuovo tema, suggerito anche dal preminente ruolo assegnato all'Ufficio per l'Esecuzione Penale Esterna, è quello di una "concertazione punitiva", non solo legata alle formule di limitazione della libertà personale, ma aperta alla formazione di credibili e capaci presidi "rieducativi" o, se si vuole, Agenzie che non si limitino al controllo, ma che abbiano la capacità professionale e la dotazione di adeguate strutture per incentivare i percorsi dissua-

²⁴² Una forma di pendolare ritorno della retribuzione mai superata come ampiamente trattato da EUSEBI L., *La "nuova" retribuzione. L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1983, pag. 914.

²⁴³ MOCCIA S., *Riflessioni intorno al sistema sanzionatorio e propositi di riforma cit.*, pag. 4.

sivi e per progettare itinerari risocializzativi. Anche la protezione civile o il servizio agli immigrati potrebbero essere validi punti di approdo.

Il *probation* processuale come delineato nella legislazione italiana, stante la medesima carenza di mezzi, di strutture e di personale qualificato che ha afflitto il *probation* penitenziario, presenta due insormontabili difetti, l'uno di rilievo sistematico, l'altro messo in luce dalla prassi.

Del primo si è detto sull'eluso vincolo dell'art. 27 Cost.; il secondo è il frutto di un disegno tecnico tradito dalla concreta applicazione per la mancanza dei necessari mezzi che lo rendano rapido ed effettivo.

Il giudizio per la concessione, la durata della prova e la pronuncia di estinzione del reato a seguito del superamento della prova ha una durata temporale intollerabile per essere considerata una misura deflattiva. L'auspicata celerità che si intendeva ottenere attraverso la flessibile adattabilità dello strumento processuale si è rivelata illusoria e si è trasformata ancora una volta in "aspettativa di sanzione" del tutto disattesa.

Un effettivo recupero degli istituti punitivi, quali la sospensione condizionale della pena con limite più alto e misure extra-murarie, pone in premessa il soddisfacimento di due precise condizioni: a) un potere discrezionale conferito al giudice attraverso l'elaborazione di un più ampio e specifico catalogo di indici di gravità del reato ricostituendo il contenuto dell'art. 133 c.p.; b) l'individuazione di nuove misure penali con prescrizioni variabili, distinguendo quelle extra-murarie e immediatamente risocializzative come i lavori di pubblica utilità, da quelle intramurarie (si pensi al modello della semidetenzione), con prescrizioni orarie, sempre con lavori o attività di pubblica utilità; c) una totale ristrutturazione di un sistema di *welfare* penale che potenzi strutture e ruoli professionali, con dotazioni economiche, mirate alla realizzazione di progetti di risocializzazione del condannato anche attraverso la stipula di convenzioni con Enti istituzionali e privati per il compimento del lavoro; d) una ripartizione funzionale all'interno dell'organizzazione carceraria con l'istituzione di "residenze penali" o di strutture in grado di accogliere e destinare al lavoro, con un *team* di servizio sociale interno che continui a curare la redazione di uno studio scientifico della personalità utile alla individualizzazione della pena in esecuzione; e) l'attribuzione al giudice dell'esecuzione del potere di rimodulare la pena riducendola o riassegnando la pena già scontata in caso di violazione delle prescrizioni, ma sempre in ragione di decisioni fondate sugli indici di orientamento dell'art. 133 c.p., rimodulandola e piegandola alle esigenze di risocializzazione.

Un auspicabile progetto che ripristini pene e condanne dovrà porre al centro della riflessione il ruolo e la permanenza del Tribunale di sorveglianza. Una decisiva riforma processuale dovrebbe debellare il fenomeno, tutto

della prassi italiana, del processo bifasico. Occorrerebbe assegnare tutta la fase dell'esecuzione della pena al giudice di cognizione in veste di giudice dell'esecuzione, competente per la pena di cui sopra si è detto, e conservare alla giurisdizione di sorveglianza solo i reati particolarmente gravi le cui pene sono sensibilmente elevate, oltre all'ergastolo non ostativo.

Solo in questo modo si ripristina il modello prescrittivo costituzionale dove l'esigenza primaria è la risocializzazione del condannato e il percorso penale rimette al centro il principio di responsabilità penale e colpevole e il soggetto ritorna ad assumere lo *status* di condannato.

BIBLIOGRAFIA

Dottrina

- AA.VV., “*La magistratura di sorveglianza*”, in *Quaderni del CSM*, n. 80, Roma, 1995, in www.csm.it.
- AA.VV., *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, a cura di GIOVANNANGELO DE FRANCESCO e EMMA VENAFRO, Giappichelli, Torino, 2002.
- AA.VV., *Rapporto sulla criminalità in Italia*, a cura di Marzio Barbagli ed in particolare SELMINI R., *Le politiche di sicurezza: origini, sviluppo, prospettive*, Il Mulino, Bologna, 2003.
- AA.VV., *Leggi penali complementari*, a cura di Tullio Padovani, Giuffrè, Milano, 2003.
- AA.VV., *Quale pena. Problemi e riflessioni sull’esercizio della punizione legale in Italia (1992-2004)*, Unicopli, Milano, 2004.
- AA.VV., *Sovraffollamento carcerario, e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, a cura di Caprioli F. e Scomparin L., Giappichelli, Torino, 2015.
- AA.VV., *Sistema sanzionatorio e processo penale: lavori in corso*, a cura di Palazzo F. – Spangher G., in *Giur.ital.*, 2015.
- AA.VV., *Commento alle nuove norme in materia di tutela della vittima del reato*, a cura di Spagnolo P., Belluta H, Bonini V., in www.lalegislazionepenale.eu, 5 luglio 2016.
- ALEO S., *Il diritto flessibile. Considerazioni su alcune caratteristiche e tendenze del sistema penale nella società attuale, con riferimento particolare alla materia della criminalità organizzata*, in *Rass.penit.e criminol.*, 2004.
- ALEO S., *Il sistema penale*, Giuffrè, Milano, 2008.
- ALEO S., *Causalità, complessità e funzione penale. Per un’analisi funzionalistica dei problemi della responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2009.
- ALEO S., *Dei giuristi e dintorni*, Cedam, Padova, 2014.
- ALEO S., *Dal carcere. Autoriflessione sulla pena*, Pacini Editore, Pisa, 2016.
- ALEO S., *Istituzioni di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2016.
- ALESSANDRI A., *Commentario alla Costituzione – Art. 27, 1° comma*, in estratto dal volume *Rapporti civili*, Tomo IV, Zanichelli, Bologna, 1989.

- AMARELLI G., *Prospettive evolutive della 'non punibilità' tra tecniche da abbandonare e tecniche da valorizzare*, in *Quaderni di scienze penalistiche*, I Farel-la, Napoli, 2005.
- AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Giappichelli, Torino, 2006.
- AMARELLI G., *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza del lavoro*, Jovene, Napoli, 2008.
- AMATO G., *L'impegno è servizi sociali e lavori di pubblica utilità*, in *Guida Dir.*, n. 21, 2014.
- AMODIO E., *Il processo penale nella parabola dell'emergenza*, in *Cass.pen.*, 1983.
- ASSUMMA B., *La sospensione condizionale della pena*, Jovene, Napoli, 1984.
- BANA A., *Ordinamento penitenziario e sviluppi delle misure alternative alla detenzione: il problema dell'affidamento in prova per i "colletti bianchi"*, in *Foro amb.*, 2000.
- BANA A., *Condizione psicologica-criminogena e persistenza degli impulsi devianti ai fini dell'applicazione della misura alternativa alla detenzione. Una soluzione solo in parte condivisibile*, nota a Cass., 28 febbraio 2001, n. 8651, Curtò, in *Riv. pen.*, 2001.
- BANFIELD E.C., *La basi morali di una società arretrata*, Il Mulino, Bologna, riedito nel 2006.
- BARATTA A., *Sistema penale ed emarginazione sociale*, in *La questione criminale*, 1976.
- BARATTA A., *La teoria della prevenzione-integrazione. Una nuova "fondazione" della pena all'interno della teoria sistemica*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984.
- BARBAGLI M.-GATTI U., *Prevenire la criminalità*, Il Mulino, Bologna, 2005.
- BARBERA A., *Commento all'art. 2 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Giuseppe Branca, Zanichelli, Bologna, 1975.
- BARTOLI R., *L'affidamento in prova al servizio sociale tra istanze risocializzative e scopi di garanzia*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2002.
- BARTOLI L., *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Cass.pen.*, 2015.
- BARTOLI R., *La novità della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 dicembre 2015.
- BARTOLI R., *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv.dir. e proc.pen.*, 2016.
- BARTOLI R., *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, in *www.pena-lecontemporaneo.it*, 12 maggio 2016.
- BAUMAN Z., *La società dell'incertezza*, Il Mulino, Bologna, 1999.
- BAUMAN Z., *Vite di scarto*, Ed. Laterza, Bari-Roma, 2005.
- BAUMAN Z., *Fiducia e paura nella città*, Bruno Mondadori, Milano, 2005.
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del settecento. A cura di Franco Venturi, Einaudi, Torino, 1965.

- BELLANTONI G., *La riparazione alle vittime del reato tra istanze "risarcitorie" e politica "assistenziale"*, in *Ind.pen.*, 3, 1985.
- BERNARDI A., *Il progetto di ricerca "prison overcrowding and alternatives to detention": contesto e linee programmatiche*, in *Riv.it.dir.e proc.pen.*, 2014.
- BERNARDI A., *L'evoluzione in Europa delle alternative alla pena detentiva tra comparazione e impulsi sovranazionali*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2016.
- BETTIOL G., *Pena retributiva e poteri discrezionali del giudice*, in *Riv.it.dir. e proc. pen.*, 1941.
- BETTIOL G., *Sulla rieducazione del condannato*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1958.
- BETTIOL G., *Il mito della rieducazione*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1963.
- BETTIOL G., *Su sacertà e devianza nel diritto penale*, in *Ind.pen.*, 1976.
- BETTIOL G., *Diritto penale*, Cedam, Padova, 1982.
- BORK R.H., *Il giudice sovrano. Coercing virtue* (2002), Liberilibri, Macerata, 2004.
- BORSARI R., *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Padova, Cedam, 2007.
- BOSCARELLI M., *Affidamento in prova al servizio sociale: di male in peggio*, in *Riv. it.dir. e proc.pen.*, 1990.
- BOUCHARD M. – MIEROLO G., *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Bruno Mondadori, Milano, 2005.
- BOVE V., *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora le criticità?*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 dicembre 2015.
- BOVE V., *Analisi delle linee guida e dei protocolli adottati in tema di messa alla prova per gli adulti*, in www.scuolamagistratura.it.
- BREDA R., *Il servizio sociale nelle misure alternative*, in *Rass.pen.e crimin.*, Roma 2001.
- BREDA R.-COPPOLA C.-SABATTINI A., *Il servizio sociale nel sistema penitenziario*, Giappichelli, Torino, 1999.
- BRICOLA F., *Le misure alternative alla pena nel quadro di una "nuova" politica criminale*, in *Riv.it.dir.e proc.pen.*, 1977.
- BRICOLA F., *Crisi del Welfare State e sistema punitivo*, in *Pol. del dir.*, 1982.
- BRICOLA F., *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della sanzione criminale (natura e profili costituzionali)*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1997.
- BRICOLA F., *L'affidamento in prova al servizio sociale: "fiore all'occhiello" della riforma penitenziaria*, in *Riv.it.dir.e proc.pen.*, 1997.
- BRICOLA F., *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1997.
- BRUNETTI C., *Pedagogia penitenziaria*, Esi, Napoli, 2005.
- CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 2014.
- CADOPPI A., *Perchè il cittadino possa "...esattamente calcolare gl'inconvenienti*

- di un misfatto. Attualità e limiti del pensiero di Beccaria in tema di legalità*, in *Ind.pen.*, 2015.
- CANZIO G., *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, in *www.penalecontemporaneo.it*.
- CAPRIOLI F., *Processo penale e commisurazione della pena*, in *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, a cura di Massimo Pavarini, Monduzzi, Bologna, 2006.
- CAPRIOLI F., *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass.pen.*, 2012.
- CARUSO G., *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Cedam, Padova, 2009.
- CASSESE S., *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Il Mulino, Bologna, 2008.
- CASTALDO M., *La rieducazione tra realtà penitenziaria e misure alternative*, Jovene, Napoli, 2001.
- CATANIA A., *La metamorfosi del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2008.
- CATELANI G., *Le novità della legge Simeone in tema di condanna a pena detentiva e misure alternative. Uno sguardo d'insieme: più pregi o difetti?*, in *Dir.pen.e proc.*, 1998.
- CAVALIERE A., *Luci ed ombre nel sistema sanzionatorio dello schema di legge delega 2007*, in *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, Esi, Napoli, 2009.
- CESARI C., *La sospensione del processo con messa alla prova: sulla falsariga dell'esperienza minorile, nasce il probation processuale per gli imputati adulti*, in *Legisl. pen.*, 2014.
- CIAMPI S., *Sospensione del processo penale con messa alla prova e paradigmi costituzionali: riflessioni de iure condito e spunti de iure condendo*, in *Riv. it.dir. e proc.pen.*, 2009.
- COMUCCI P., *Il tema di affidamento in prova, "colletti bianchi" e obbligo di risarcimento del danno*, in *Foro amb.*, 2001.
- COPPETTA M.G., *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. del dir.*, Agg. IV, Giuffrè, Milano, 2000.
- CORDERO F., *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Ed. Laterza, Roma-Bari, 1986.
- COSÌ G., *Giustizia senza giudizio. Limiti del diritto e tecniche di mediazione*, in F. Molinari e A. Amoroso, *Criminalità minorile e mediazione, riflessioni pluridisciplinari, esperienze di mediazione e ricerche criminologiche sui minori*, Franco Angeli, Milano, 1998.
- COTTINO A., *"Disonesto ma non criminale". La giustizia e i privilegi dei potenti*, Carocci, Roma, 2005.
- DAGA L., *Trattamento penitenziario*, in *Enc.del dir.*, Giuffrè, Milano, 1992.
- D'AIUTO M., *Messa alla prova da giudizio sul fatto a giudizio sull'imputato*, in *Proc.pen.giust.*, n. 6, 2015.

- DEAN F., *Sospensione condizionale della pena*, in *Nov.dig.it.*, Utet, Torino, 1970.
- DE GIORGI A., *Zero Tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, Derive Approdi, Roma, 2000.
- DELLA BELLA A., *Il probation intensivo nell'esperienza degli Stati Uniti, Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, in ricordo di Adolfo Beria di Argentine, Giuffrè, Milano, 2002.
- DELLA BELLA A., *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv.it.dir.e proc.pen.*, 2007.
- DELLA CASA F., *La magistratura di sorveglianza*, Giappichelli, Torino, 1998.
- DELLA CASA F., *Un importante passo verso la tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, nota a CORTE COST., sentenza n. 26 dell'11 febbraio 1999, in *Dir.pen. e proc.*, 1999.
- DELLA CASA F., *Misure alternative ed effettività della pena: una ricognizione della situazione odierna e delle prospettive di riforma*, in *Il sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, in ricordo di Adolfo Beria di Argentine, Giuffrè, Milano, 2002.
- DELLA CASA F., *I riflessi del "nuovo" art. 111 Cost. sul procedimento di sorveglianza*, in *Rass.penit. e crimin.*, Roma, nn. 1-2, 2002.
- DELLA TORRE J., *Cassazione nega l'ammissibilità della messa alla prova 'parziale' in nome della rieducazione 'totale' del richiedente*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 maggio 2015.
- DELLA TORRE J., *I dubbi sulla legittimità costituzionale del probation processuale: molteplici le ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 febbraio 2016.
- DALMAS-MARTY M., *Dal codice penale ai diritti dell'uomo (Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme – Paris 1986)*, Giuffrè, Milano, 1992.
- DEL NEVO A., *Misure alternative alla detenzione e "colletti bianchi"*, in *Quest.giust.*, n. 2, 1998.
- DEL TUFO V., *Profili critici della vittimo-donnatica*, Jovene, Napoli, 1990.
- DEL TUFO V., *Linee di politica criminale europea e internazionale a protezione della vittima*, in *Quest.giust.*, 4, 2003.
- DEMETRIO D., *L'educazione della vita adulta*, Carocci, Roma, 1995.
- DE SIERVO U., *Il contributo alla Costituente*, in *Cultura e politica nell'esperienza di Aldo Moro*, a cura di Pasquale Scaramozzino, Giuffrè, Milano, 1982.
- DI GENNARO G.-BUONOMO M.-BREDA R., *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, Milano, 1987.
- DI GIOVINE O., *Sul cd. principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale. A proposito del rifiuto totale di prestare il servizio militare*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1995.
- DI GIOVINE O., *Il sindacato di ragionevolezza della Corte in un caso facile*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2007.
- DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal*

- primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 novembre 2012.
- DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 12 giugno 2015.
- DI MARTINO A., *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Giuffrè, Milano, 1998.
- DOLCINI E., *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, in *Riv.it.dir. e proc. pen.*, 1979.
- DOLCINI E., *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Riv.it.dir. e proc. pen.*, 1991.
- DOLCINI E., *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv.it.dir. e proc. pen.*, 1999.
- DOLCINI E., *Il castigo sia moderato, ma certo*, in *Il sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, in ricordo di Adolfo Beria di Argentine, Giuffrè, Milano, 2002.
- DOLCINI E., *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006.
- DOLCINI E., *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero della lungimiranza del costituente*, originariamente in *Rass.penit. e crimin.*, 1999, ora aggiornato in CANTARELLA E., *Il ritorno della vendetta. Pena di morte: giustizia o assassinio?*, Bur, Milano, 2007.
- DOLCINI E., *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv.it.dir. e proc. pen.*, 2007.
- DOLCINI E., *La rieducazione del condannato: un'irrinunciabile utopia? Riflessioni sul carcere, ricordando Vittorio Grevi*, in *www.penalecontemporaneo.it*.
- DOLCINI E., *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Riv.it.dir.e proc.pen.*, 2015.
- DOLCINI E. – PALIERO C.E., *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Giuffrè, Milano, 1989.
- DONINI M., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, Padova, 2003.
- DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004.
- DONINI M. (intervista a), *Certezza della pena e certezza del diritto. Una riforma chirurgica, per dissolvere il non sistema*, in *www.penalecontemporaneo.it*, n. 1/2012.
- DONINI M., *Il diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico quale "tipo di autore"*, Stem Mucchi Editore, Modena, 2014.
- DONINI M., *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv.it.dir.e proc.pen.*, 2016.

- DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 giugno 2016.
- DURKHEIM E., *La divisione del lavoro sociale*, Comunità, Milano, 1996.
- DURIGATO L., *Deflazione carceraria e adozione di misure alternative: opportunità e aporie di un difficile rapporto*, in *Ind.pen.*, 2002.
- ESPOSITO A., *Il diritto penale flessibile: quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Giappichelli, Torino, 2008.
- EUSEBI L., *La "nuova" retribuzione. L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1983.
- EUSEBI L., *Una pena in "crisi". Una crisi dell'esecuzione penale e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1992.
- EUSEBI L., *Tra crisi dell'esecuzione penale e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio: il ruolo del servizio sociale*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1993.
- EUSEBI L., *Dibattiti sulle teorie della pena e «mediazione»*, in *Riv.it.dir. e proc. pen.*, 1997.
- EUSEBI L., *Dibattito sulle teorie della pena e "mediazione"*, in (a cura di) PICOTTI L., *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, Padova, 1998.
- EUSEBI L., *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it.dir. e proc.pen.*, 2006.
- EUSEBI L., *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006.
- EUSEBI L., *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in *Scritti per Federico Stella*, Jovene, Napoli, 2007.
- EUSEBI L., *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessaria*, in G. Mannozi – G. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, Bologna, 2015.
- EUSEBI L., *Senza politica criminale non può darsi diritto penale. L'essere e il dover essere della risposta ai reati nel pensiero di Massimo Pavarini*, in *Criminalia*, 2015.
- EUSEBI L., *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore. Note in merito alla sentenza Taricco*, in *www.penalecontemporaneo.it*.
- FASSONE E., *Riduzione di pena ed ergastolo: un contributo all'individuazione della "pena costituzionale"*, nota a CORTE COST., sentenza n. 274 del 21 settembre 1983, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1984.
- FASSONE E., *"Probation" e affidamento in prova*, in *Enc. del dir.*, Giuffrè, Milano, 1986.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari-Roma, 1990.
- FERRUA P., *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, in AA. VV., *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, Giappichelli, Torino, 2015.

- FIANDACA G., *Commento all'art. 27, comma 3° Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Giuseppe Branca e Alessandro Pizzorusso, Zanichelli, Bologna, 1991.
- FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2001.
- FIANDACA G. – DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003.
- FIANDACA G., *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Esi, Napoli, 2006.
- FIANDACA G. – VISCONTI C., *Punire Mediare Riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Giappichelli, Torino, 2009.
- FIORE C., *Diritto penale*, vol. II, Utet, Torino, 1997.
- FLETCHER G.P., *Grammatica del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2004.
- FLOR R. – MATTEVI E., *Giustizia riparativa e mediazione in materie penali in Europa*, in www.penalecontemporaneo.it.
- FLORA G., *I destinatari dell'affidamento in prova*, in *Riv.it.dir.e proc.pen.*, 1977.
- FLORA P.-HEINDENHEIMER A.J., *Lo sviluppo del welfare state in Europa e in America*, Il Mulino, Bologna, 1983.
- FORTI G. (intervista a), *Sulle riforme necessarie del sistema penale italiano: superare la centralità della risposta carceraria*, in www.penalecontemporaneo.it.
- FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino, 1976.
- FOUCAULT M., *Poteri e strategie. L'assoggettamento dei corpi e l'elemento sfuggente*, a cura di Pierre Dalla Vigna, Mimesis, Milano, ristampa del 2005.
- FREUD S., *Il disagio della civiltà*, Boringhieri, Torino, 1978.
- GAMBARDELLA M., *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, nota a Corte cost., sent. n. 394 dell'8 novembre 2006, in *Cass.pen.*, 2007.
- GARGANI A., *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2011.
- GARLAND D., *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale*. Il Saggiatore, Milano, 1999.
- GARLAND D., *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Il Saggiatore, Milano, 2004.
- GHIARA A., *La "messa alla prova" nella legge processuale minorile*, in *Giust. pen.*, 1991.
- GIOSTRA G., *Formalità e garanzie nell'applicazione delle nuove sanzioni sostitutive*, in *Pol. del dir.*, 1982.
- GIOSTRA G., *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, Giuffrè, Milano, 1983.

- GIOSTRA G., *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2013.
- GIUFFRIDA M.P., *I centri di servizio sociale dell'amministrazione penitenziaria, Operatori e competenze nel contesto dell'esecuzione della pena*, Laurus Robuffo, Roma, 1999.
- GIUNCHEDI F., *La tutela dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU: La Corte europea dei diritti dell'uomo come giudice di quarta istanza?*, in *Arch.pen.*, Fasc. 1, 2013.
- GIROTTI F., *Welfare State: Storia, modelli e critiche*, Carocci, Roma, 1998.
- GIUNTA F., *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1998.
- GREEN S. P., *I crimini dei colletti bianchi. Mentire e rubare tra diritto e morale*, Università Bocconi Editore, Milano, 2008.
- GREVI V., *Esecuzione penitenziaria e rieducazione del condannato nelle regole minime per il trattamento dei detenuti*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1974.
- GREVI V., *Magistratura di sorveglianza e misure alternative alla detenzione nell'ordinamento penitenziario: profili processuali*, in *Il carcere "riformato"*, a cura di Franco Bricola, Il Mulino, Bologna, 1977.
- GROSSO C.F., *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in *Cass.pen.*, 2001.
- GUAZZALOCA B. – PAVARINI M., *L'affidamento in prova al servizio sociale. L'esecuzione delle misure alternative alla pena privativa della libertà*, in *Giur.sist. di dir.pen.*, diretta da F. Bricola e V. Zagrebelsky, Utet, Torino, 1995.
- HASSEMER W., *Perchè punire è necessario. Difesa del diritto penale*, Il Mulino Bologna, 2009.
- INSOLERA G., *I controlli di ragionevolezza sul sistema penale. Note a margine alla sentenza n. 361/1998 della Corte Costituzionale*, in *Critica del diritto*, 1999.
- INSOLERA G., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2006.
- KNOWLES M., *La formazione dell'adulto come autobiografia*, Raffaello Cortina, Milano, 1996.
- KNOWLES M., *Quando l'adulto impara. Pedagogia e andragogia*, Franco Angeli, Milano, 1997.
- JESCHECK H., *La pena pecuniaria, moderno mezzo di politica criminale ed i problemi ad essa connessi*, in *L'ind.pen.*, 1977.
- JOCTEAU G.-TORRENTE G., *Indulto e recidiva. Uno studio dopo sei mesi dall'applicazione del provvedimento*, in www.giustizia.it.
- LA GRECA G., *"Colletti bianchi" e benefici penitenziari*, in *Foro it.*, 1998.
- LATAGLIATA A.R., *Principio di eguaglianza davanti alla legge ed equiparazione di condotte "diverse" sotto un unico titolo di reato*, in *Giur.mer.*, 1971.
- LEO G., *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, voce per "Il libro dell'anno Treccani 2014", in www.penalecontemporaneo.it.

- LEONE G., *Il mito del giudicato*, in *Riv.dir. e proc. pen.*, 1956.
- LICCI G., *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Giuffrè, Milano, 1989.
- LIVERANI P., *L'assistenza sociale e i suoi principi legislativi*, Giuffrè, Milano, 1987.
- LONNI A., *Stampa e problema carcerario nell'età giolittiana*, in *Riv.di storia contemp.*, IV, 1976.
- LURDESSSEN K., *Il declino del diritto penale*, a cura di Luciano Eusebi, Giuffrè, Milano, 2005.
- MAIELLO V., *Note minime sui rapporti tra pena e Costituzione*, in *Quaderni di scienze penalistiche*, I Farella, Napoli, 2005.
- MAIELLO V., *Clemenza e sistema penale. Amnistia e indulto dall'indulgentia principis all'idea dello scopo*, Esi, Napoli, 2007.
- MAIELLO V., *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Giappichelli, Torino, 2014.
- MAIELLO V., *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir.pen.e proc.*, 2015.
- MANCONI L. – TORRENTE G., *La pena e i diritti. Il carcere nella crisi italiana*, Carocci Editore, Roma, 2015.
- MANES V., *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2007.
- MANES V., *La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, a cura di V. Manes e V. Zagrebelsky, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011.
- MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profilo delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Ed. Dike, Roma, 2012.
- MANNOZZI G., *La giustizia senza spada*, Giuffrè, Milano, 2003.
- MANNOZZI G., *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 2006.
- MANTOVANI F., *La "perenne crisi" e la "perenne vitalità" della pena. E la "crisi di solitudine" del diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006.
- MARANDOLA A., *Affidamento in prova (ordinario) al servizio sociale*, in *Enc. Treccani*, Roma 2005.
- MARANDOLA A., *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014.
- MARCHESELLI A., *L'efficacia rieducativa delle misure alternative alla detenzione*, in *Giust.pen.*, 2003.
- MARGARA A., *La riforma penitenziaria a venti anni dal 26 luglio 1975. La magistratura di sorveglianza*, in *Dir.pen. e proc.*, n. 7, 1995.
- MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2006.

- MARTELLA F., *Messa alla prova 'per adulti': la questione della (assenza di) disciplina intertemporale*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 aprile 2015.
- MARTINI C.M., *Etica e punizione*, in *Rass.penit. e crimin.*, Roma, nn. 1-3, 2001.
- MARTINI C.M. – ZAGREBELSKY G., *La domanda di giustizia*, Einaudi, Torino, 2003.
- MAZZACUVA F., *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 ottobre 2013, nota a Corte eur. dir. uomo, sent. 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, ric. n. 42750/09.
- MELOSSI D., *Stato, controllo sociale, devianza*, Bruno Mondadori, Milano, 2002.
- MILITELLO V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Giuffrè, Milano, 1982.
- MINERVA F., *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990.
- MOCCIA S., *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Editoriale Scientifica Srl, Napoli, 1979.
- MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, ESI, Napoli, 1992.
- MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Esi, Napoli, 1995.
- MOCCIA S., *Mediazione, funzioni della pena e principi del processo*, in *Quaderni di scienze penalistiche*, I Farella, Napoli, 2005.
- MOCCIA S., *Riflessioni intorno al sistema sanzionatorio e propositi di riforma*, in www.lalegislazionepenale.eu, 9 settembre 2016.
- MONACO L., *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Jovene, Napoli, 1984.
- MONGILLO V., *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Critica del dir.*, 2009.
- MONTEVERDE L., *Tribunale della pena, processo bifasico e giusto processo*, in *Rass.penit. e crimin.*, Roma, nn. 1-2, 2002.
- MORO A., *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, raccolte e curate da F. Tritto, Cacucci Editore, Bari, 2005.
- MORRONE A., *Nuove sanzioni alternative alla detenzione: il lavoro a favore della collettività*, in *Dir.pen e proc.*, 2000.
- MOSCONI G. – PAVARINI M., *Discrezionalità e sentencing penitenziario. La flessibilità della pena in fase esecutiva nell'attività dei Tribunali di sorveglianza*, in *Dei delitti e delle pene*, 1993.
- MUZZICA R., *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, in *Proc.pen. e giust.*, n. 3, 2015.
- NAPPI A., *La sospensione del processo con messa alla prova. Un rito affidato all'impegno degli interpreti*, in www.lalegislazionepenale.eu, 13 novembre 2015.
- NEPPI MODONA G., *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia. I documenti*, Einaudi, Torino, 1973.

- NEPPI MODONA G., *Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria*, in *Quest.crim.*, 1976.
- NOVELLI G., *L'autonomia del diritto penitenziario*, in *Riv.penit.*, 1933.
- NUVOLONE P., *Il rispetto della persona umana nell'esecuzione della pena*, in *Iustitia*, 1956.
- NUVOLONE P., *Il problema della rieducazione del condannato*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*. Atti del II Convegno di diritto penale (Bressanone 1963) a cura della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, Cedam, Padova, 1964.
- NUVOLONE P., "Probation" e istituti analoghi nel diritto penale comparato, in *Trent'anni di studio e procedura penale*, Cedam, Padova, 1969.
- NUVOLONE P., *Il ruolo del giudice nell'applicazione della pena*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Studi II, 1969.
- NUVOLONE P., *Pena (dir.pen.)*, in *Enc. del dir.*, Giuffrè, Milano, XXXII, 1982.
- ONIDA V., *Carcere: la scommessa della rieducazione*, intervista riportata in *Aggiornamenti sociali*, 2012.
- PADOVAN D.-VIANELLO F., *Criminalità e paura: la costruzione sociale dell'insicurezza*, in *Dei delitti e delle pene*, 1999.
- PADOVANI T., *L'utopia punitiva*, Giuffrè, Milano, 1981.
- PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1987.
- PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1992.
- PADOVANI T., *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione. La questione delle pene sostitutive tra efficacia della sanzione ed efficienza dei meccanismi processuali*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Giuffrè, Milano, 2002.
- PADOVANI T., *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014.
- PAGLIARO A., *Aspetti giuridici della prevenzione*, in *Ind.pen.*, 1976.
- PALAZZO F.C., *Bene giuridico tipi di sanzioni*, in *Ind.pen.*, 1992.
- PALAZZO F., *Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1997.
- PALAZZO F., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1998.
- PALAZZO F., *Esecuzione progressiva e "benefici" penitenziari: che cosa conservare*, in *Il sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, in ricordo di Adolfo Beria di Argentine, Giuffrè, Milano, 2002.
- PALAZZO F. – BARTOLI R., *Appunti generali sulla riforma del sistema sanzionatorio con riferimento alla tipologia sanzionatoria e alla sospensione condizionale della pena*, in ID., *Certezza o flessibilità della pena? Verso la riforma della sospensione condizionale della pena*, Giappichelli, Torino, 2007.

- PALAZZO F., *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen.proc.*, 2013.
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2013.
- PALAZZO F., *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2014.
- PALAZZO F., *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir.pen.e proc.*, 2015.
- PALIERO C.E., *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Esi, Napoli, 2006.
- PALIERO C.E., *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Atti del Convegno Urbino 23-24 settembre 2005, Giuffrè, Milano, 2007.
- PALMIERI V.M.-PAOLELLA A., *Lo studio della personalità del delinquente ai fini della scelta del tipo di trattamento*, in *Rass.studi penit.*, fasc. 2, 1966.
- PATALANO V., *Il diritto penale tra "essere" e "valore". A proposito di un recente contributo alla teoria della pena*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1996.
- PATALANO V., in *Presentazione* a TRONCONE P., *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, Torino, 2006.
- PATERNITI C., *Rieducazione del condannato ed attività del servizio sociale*, in *Riv. polizia*, 1987.
- PAVARINI M., *La pena "utile", la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo*, in *Rass. penit. e crimin.*, fasc. 1, 1983.
- PAVARINI M., *Dalla pena perduta alla pena ritrovata? Riflessioni su una "recherche"*, in *Rass.pen. e crimin.*, Roma, nn. 1-3, 2001.
- PAVARINI M., *Misure alternative alla detenzione dal 1986 ad oggi. Risultati ed incongruenze del sistema sanzionatorio nell'attuale contesto normativo*, in *Rass.penit. e crimin.*, Roma, nn. 1-2, 2003.
- PAVARINI M. (a cura di), *L'amministrazione locale della paura. Ricerche tematiche sulle politiche di sicurezza urbana in Italia*, Carocci, Roma, 2006.
- PAVARINI M., *Sicurezza dalla criminalità e governo democratico della città*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006.
- PECORELLA G., *L'assenza di una norma transitoria e i limiti della applicabilità della sospensione de processo per la messa alla prova nei procedimenti in corso*, in *Cass. pen.*, 2014.
- PEPINO L., *La città insicura e l'impossibile supplenza giudiziaria*, in *Quest.giust.*, 1999.
- PERSICO M.I., *Profili attuali della vittimologia in diritto penale*, in *Quaderni di scienze penalistiche*, I Farella, Napoli, 2005.
- PETROCELLI B., *La pena come emenda del reo*, in *Studi in memoria di A. Rocco*, Giuffrè, Milano, 1952.
- PICCIRILLO R., *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con*

- messa alla prova*, in PICCIRILLO R. – SILVESTRI P., *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*, in www.cortedicassazione.it.
- PIRONTI F., *Misure alternative e “colletti bianchi”*: Il Tribunale di Sorveglianza di Milano insiste, in *Quest. giust.*, n. 4, 2000.
- PIZZORUSSO A., *Le norme sulla misura delle pene e il controllo della ragionevolezza*, in *Giur.it.*, 1971.
- PIERRO G., *Diacronia della fase di esecuzione della pena e nascita del moderno processo penitenziario*, in *Quaderni di Scienze penalistiche*, I Farella, Napoli, 2005.
- PISANI M., *Diritto premiale e sistema penale: rapporti e intersezioni*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, 1983.
- PONGILUPPI C., *Le cornici edittali al banco di prova di un sistema sanzionatorio differenziato*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2007.
- PONTIS F., *Sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato*, in *Punibilità e pene (II)*, contenuto nel *Trattato breve di diritto penale. Parte generale*, a cura di Giovanni Cocco e Enrico Mario Ambrosetti, Cedam, Padova, 2015.
- PROSPERI A., *Delitto e perdono. La pena di morte nell'orizzonte mentale dell'Europa cristiana. XIV-XVIII secolo*, Einaudi, Torino, 2013.
- PUGIOTTO A., *Cortocircuiti da evitare. Dimensione costituzionale della pena e dolore privato delle vittime*, in *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, a cura di F. Corleone, e A. Pugiotto, Ediesse, Roma, 2012.
- PUGIOTTO A., *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in www.penalecontemporaneo.it.
- PUGIOTTO A., *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza. Statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario* (nota a Corte cost., sent. n. 279/2013), in www.penalecontemporaneo.it, 9 marzo 2014.
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2005.
- PULITANÒ D., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo ermeneutica e riserva di legge*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 luglio 2015.
- PULITO L., *Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale*, in *Proc.pen. e giust.*, 1, 2015.
- RAMACCI F., *Reo e vittima*, in *Ind.pen.*, 2001.
- RE L., *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Laterza, Roma-Bari, 2006.
- RENOLDI C., *L'affidamento in prova al servizio sociale è incompatibile con la condizione di clandestinità dello straniero che si trova irregolarmente in Italia?*, in *Dir. imm. e citt.*, 2004.
- RICCARDI G., *Giudicato penale e “incostituzionalità” della pena. Limiti e poteri della rideterminazione della pena in executivis in materia di stupefacenti*, in www.penalecontemporaneo.it.

- RICCI A. – SALIERNO G., *Il carcere in Italia. Inchiesta sui carcerati, i carcerieri e l'ideologia carceraria*, Einaudi, Torino, 1971.
- RICCIO G., *Procedimenti speciali*, in *Prolegomeni a un commentario breve al Nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso G. e Grevi V., Cedam, Padova, 1990.
- RICCIO G., *Responsabilità penale*, in *Enc.giur. Treccani*, Roma, 1991.
- RICCIO G., *L'editoriale*, in *Diritto e Giustizia Minorile – Rivista trimestrale*, Fasc. 1, 2015.
- RICCIO G., *Garantismo e dintorni. A proposito della crisi della giustizia*, Giapeto Editore, Napoli, 2015.
- ROCCO A., Sul disegno di legge “*Delega al Governo del Re della facoltà di emendare il Codice penale, il Codice di procedura penale, le leggi sull'ordinamento giudiziario e di apportare nuove modificazioni e aggiunte al Codice civile*”, ora in *Discorsi parlamentari*, Il Mulino, Bologna, 2005.
- ROXIN C., *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1987.
- ROXIN C., *La posizione della vittima nel sistema penale*, in *Ind.pen.*, 1, 1989.
- ROSS A., *Colpa, responsabilità e pena*, Giuffrè, Milano, 1972.
- ROMANO M., “*Meritevolezza di pena*”, “*bisogno di pena*” e *teoria del reato*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1992.
- ROMANO G., PULVIRENTI A., *La “riforma Simeone” tra questioni interpretative e intenti di razionalizzazione*, in *Giust.pen.*, 1999.
- RONCO M., *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Giappichelli, Torino, 1996.
- ROXIN C., *Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza*, in *Riv.it.dir.pen.*, 1980.
- RUGGIERO V., *Il delitto, la legge, la pena. La contro-idea abolizionista*, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 2011.
- RUSCHE G. – KIRCHHEIMER O., *Pena e struttura sociale*, Il Mulino, Bologna, 1978.
- SALCUNI G., *L'interpretazione conforme al diritto europeo e la legittimazione democratica del giudice*, in www.lalegislazionepenale.eu, 2016.
- SALVADORI A – ARATA R., *La scommessa “culturale” della sospensione con messa alla prova alla verifica delle aule di Tribunale*, in www.questionegiustizia.it, n. 4, 2015.
- SANNA A., *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. pen.*, 2015.
- SANTAMARIA D., *Pena di morte ed ergastolo*, Intervento al Congresso Internazionale di Studi Giuridici tenutosi nel settembre del 1956 presso l'Università di Perugia, ora contenuto in *Scritti di diritto penale*, a cura di M. La Monica, Kluwer Ipsoa, Milano, 1996.
- SANTAMARIA D., *Il fondamento etico della responsabilità penale*, Discorso pronunciato nell'Aula Magna dell'Università di Siena in occasione dell'inaugura-

- razione dell'Anno Accademico 1962-1963, ora contenuto in *Scritti di diritto penale*, a cura di M. La Monica, Kluwer Ipsoa, Milano, 1996.
- SANTORO E., *Le politiche penali nell'era della globalizzazione*, in *Rass.penit. e crimin.*, Roma, n. 3, 2002.
- SARTARELLI G., *Pedagogia penitenziaria e della devianza*, Carocci Faber, Roma, 2004.
- SATURNINO R., *Discrezionalità (dir. penale)*, in *Enc.giur. Treccani*, Roma, 1989.
- SBRICCOLI M., *La storia, il diritto, la prigione. Appunti per una discussione sull'opera di Michel Foucault*, in *La questione criminale*, III, 1977.
- SBRICCOLI M., *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in A. SCHIAVONE (a cura di) *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990.
- SBRICCOLI M., *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessione su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in M. BELLABARBA, G. SCHWERHOF, A. ZORZI, *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2001.
- SBRICCOLI M., *Giustizia criminale*, in M. FIORAVANTI (a cura di) *Lo stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007.
- SCAPARONE M., *Procedura penale*, 4a ed, vol. II, Giappichelli, Torino, 2015.
- SCLAFANI F., *Problematiche delle pene detentive di "brevissima" durata e riflessi criminologici*, in *Giust.pen.*, 1977.
- SCLAFANI F. – TUCCILLO G. – VOCCA O., *Prima esperienza applicativa dell'affidamento in prova in casi particolari nel tribunale di sorveglianza di Napoli. Profili di politica criminale e legislativa*, in *Arch.pen.*, 1988.
- SCORDAMAGLIA V., *Pena, rieducazione, perdono*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Esi, Napoli, 2010.
- SCORDAMAGLIA V., *La tensione rieducativa della pena*, in *Giust.pen.*, 2016.
- SOFSKY W., *Rischio e sicurezza*, Einaudi, Torino, 2005.
- SOTIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano, 2007.
- SPANGHER G., *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Giappichelli, Torino, 2015.
- SPIRITO D., *Principi e istituti del diritto penale nel nuovo processo a carico di minorenni*, in *Giust.pen.*, 1990.
- STAIANO S., *Per orbite ellittiche. Modello garantista, valore della certezza, diritto penale*, in www.aic.it.
- STELLA F., *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, Bologna, 2006.
- STILE A.M., *La commisurazione della pena nel contesto attuale del sistema sanzionatorio*, in *Studi Vassalli*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1992.
- STILE A.M., *Prospettive di riforma della commisurazione della pena*, in *Verso un nuovo codice penale. Itinerari-Problemi-Prospettive*, Giuffrè, Milano, 1993.
- STORNIUOLO I., *Problematiche di pedagogia penitenziaria*, Laurus Robuffo, Firenze, 1980.

- STORTONI L., *Premesse ad uno studio sulla "punibilità"*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1985.
- SUTHERLAND E.H., *Il crimine dei colletti bianchi*, Giuffrè, Milano, 1987.
- TARTAGLIONE G., *La sospensione condizionale con «probation»*, in *Riv.pen.*, 1971.
- TIRELLI M., "Colletti bianchi" e affidamento in prova: verso una nuova concezione?, in *Quest. giust.*, n. 1, 2000.
- TIRELLI M., *Affidamento in prova al servizio sociale e iniziative del Magistrato di sorveglianza sulle prescrizioni*, in *Foro amb.*, 2003.
- TONINI P., *I rapporti fra i centri di servizio sociale e l'autorità giudiziaria*, in *Riv. it.dir. e proc.pen.*, 1978.
- Per un nuovo codice penale II – Relazione della Commissione Grosso (1999)*, a cura di CARLO FEDERICO GROSSO, Cedam, Padova, 2000.
- TORRENTE G., *La popolazione detenuta in Italia tra sforzi riduzionisti e nuove tentazioni populiste*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 ottobre 2016.
- TRONCONE P., *Manuale di diritto penitenziario (parte curata da U. Nazzaro)*, Giappichelli, Torino, 2006.
- TRONCONE P., *Il ruolo degli Enti locali nelle politiche penali della sicurezza, in Microcriminalità e politica degli Enti locali*, a cura di VINCENZO PATALANO, Giappichelli, Torino, 2006.
- TRONCONE P., *Il lavoro di pubblica utilità. Effettività e integrazione sociale della pena*, in *Riv.pen.*, 2008.
- TRONCONE P., *Il diritto dello Stato di punire con la morte. Un caso di contaminazione politica della scienza della legislazione penale*", Aracne, Roma, 2012.
- TUMMINELLO L., *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena tra legalità ed equità*, Giuffrè, Milano, 2010.
- TURRINI VITA R., *Brevi note sul sistema delle sanzioni non detentive in alcuni paesi europei*, in *Rass.penit. e crimin.*, Roma, nn. 2-3, 1999.
- UBERTIS G., *Diritti umani e mito del giudicato*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 luglio 2012.
- UBERTIS G., *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *Arch.pen.*, 2015.
- VALENTI G., *Tutela dei diritti soggettivi fondamentali e garanzia giurisdizionale nell'esecuzione della pena detentiva*, in *Rass. st. penit.*, 1973.
- VAN DE KERCHOVE M., *Sens et non-sens de la peine: entre mythe et mystification*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2009.
- VASSALLI G., *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 1961.
- VERDE G., *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Esi, Napoli, 2012.
- VIANELLO F., *Reazione istituzionale, carcere e identità deviante*, in *Sociologia della devianza e della criminalità*, a cura di A. Sbraccia e F. Vianello, Editori Laterza, Roma-Bari, 2010.
- VIGANÒ F., *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2007.

- VIGANÒ F., *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv.it.dir. e proc.pen.*, 2013.
- VIGONI D., *La metamorfosi della pena nella dinamica dell'ordinamento*, Giuffrè, Milano, 2011.
- VINCIGUERRA S., *L'identità proteiforme della pena detentiva. Appunti per la comparazione fra ordinamenti penali europei*, in *Il sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, in ricordo di Adolfo Beria di Argentine, Giuffrè, Milano, 2002.
- VOCICA O., *Il carcere. Linee di politica criminale*, Liguori Editore, Napoli, 2003.
- VON HIRSCH A., *L'esistenza della istituzione della pena: rimprovero e prevenzione come elementi di una giustificazione*, in *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, a cura di Luigi Stortoni e Luigi Foffani, Giuffrè, Milano, 2004.
- WACQUANT L., *Parola d'ordine tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale*, Feltrinelli, Milano, 2000.
- ZIPF H., *Politica criminale*, Giuffrè, Milano, 1989.

Fonti istituzionali

- MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Le misure alternative alla detenzione nel contesto dei sistemi giuridici europei*, in *Quaderni giust.*, 1984.
- “XVII legislatura. Raccolta di documentazione per l'esame parlamentare dell'Atto Senato n. 925, recante delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili”, in Documentazione di base del Senato della Repubblica, n. 37, luglio 2013.
- QUADERNI DEL CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Lo stato attuale del sistema sanzionatorio*, n. 140, 2002.
- QUADERNI DEL CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Relazione della Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza*, 2013.
- IL CODICE PENALE DELLA NAZIONE ARGENTINA, a cura di G. Fornasari, E. Corn, E. Fronza, A. Menghini, Cedam, Padova, 2008.
- Per un nuovo codice penale II*, a cura di Carlo Federico Grosso, Cedam, Padova, 2000.

Giurisprudenza

- Corte eur. dir. uomo, 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1977, Série A, 36.
- Corte Cost., sentenza n. 67 del 15 maggio 1963, in www.cortecostituzionale.it.
- Corte Cost., sentenza n. 204 del 4 luglio 1974, in www.cortecostituzionale.it.

- Corte Cost., sentenza n. 257 del 4 luglio 1974, in www.cortecostituzionale.it.
- Corte Cost., sentenza n. 50 del 2 aprile 1980, in www.cortecostituzionale.it.
- Corte Cost., sentenza n. 185 del 12 giugno 1985, in www.cortecostituzionale.it.
- Corte Cost., sentenza n. 62 del 19 marzo 1986, in www.cortecostituzionale.it.
- Corte Cost., sentenza n. 343 del 15 ottobre 1987, in www.cortecostituzionale.it.
- Corte Cost., sentenza n. 364 del 24 marzo 1988, in www.cortecostituzionale.it.
- Corte Cost., sentenza n. 409 del 6 luglio 1989, in www.cortecostituzionale.it.
- Corte Cost., sentenza n. 313 del 26 giugno 1990, in *Foro it.*, 1990, I, 2386, con nota di G. Fiandaca.
- Corte Cost., sentenza n. 412 del 27 settembre 1990, in www.cortecostituzionale.it.
- Corte Cost., sentenza n. 306 del 11 giugno 1993, in www.cortecostituzionale.it.
- Corte Cost., sentenza n. 349 del 24 giugno 1993, in www.cortecostituzionale.it.
- Corte Cost., sentenza n. 26 dell'11 febbraio 1999, in *Dir.pen. e proc.*, 1999.
- Corte Cost., sentenza n. 255 del 21 giugno 2006, in *Guida al dir.*, 2006.
- Corte Cost. sentenza n. 394 dell'8 novembre 2006, pag. 13, in www.cortecostituzionale.it.
- Corte Cost., sentenza n. 135 del 3 giugno 2013, in www.cortecostituzionale.it.
- Corte Cost., sentenza n. 204 del 21 luglio 2016, in www.cortecostituzionale.it.
- Corte cost., Sent. n. 240 del 7 ottobre 2015, in www.cortecostituzionale.it.
- Corte cost., Sent. n. 201 del 6 luglio 2016, in www.cortecostituzionale.it.
- Cass. Sez. Un., sentenza n. 743 del 27 febbraio 2002, in *Cass.pen.*, 2002.
- Cass. Sez.un., sentenza n. 36272 del 31 marzo 2016, in www.cassazione.it.
- Cass. Sez Un., sentenza n. 14500 del 27 aprile 2006, in www.penale.it.
- Cass. Sez Un., Sent. n. 19756 del 12 maggio 2016, in www.penalecontemporaneo.it.
- Cass. Sentenza del 9 aprile 1951, in *Giust.pen.*, 1951.
- Cass. Sez. VI, 25 marzo 1983, in *Cass.pen.*, 1985.
- Cass. Sez. I, sent. 4 febbraio 1986, in *Foro it.*, 1986.
- Cass. pen., Sez. I, 29 dicembre 2005, n. 47291, in www.cassazione.it.
- Cass. Sez. II, Sent. n. 563 del 12 marzo 2015.
- Cass. Sez. II, Sent. n. 14112, dell'8 aprile 2015, in www.cortedicassazione.it.
- Cass., Sez. IV, Sent. n. 32787 del 27 luglio 2015, in www.altalex.it.
- Cass. Sez. IV, sent. n. 3067 del 10 dicembre 2015-22 gennaio 2016, in www.cassazione.it.
- Cass. Sez. V, Sent. n. 24011 del 23 febbraio 2015, in www.cassazione.it.
- Cass. Sez. II, Sent. n. 18265 del 4 maggio 2015 in www.cassazione.it.
- Cass. Sez. V, Sentenza n. 4610 del 3 febbraio 2016, in www.cassazione.it.
- Cass. Pen. Sez. II, Sent. n. 15107 dell'11 febbraio 2016, in www.cassazione.it.
- Cass. Sez. I, Sentenza n. 18870 del 5 maggio 2016, in www.cassazione.it.

Convegni e altre fonti

CONVEGNO “*Il sistema dei controlli ed il giudice della pena nella bozza di riforma del processo penale*” elaborata dalla Commissione Riccio, organizzato dalla

Facoltà di giurisprudenza, dal Dipartimento di discipline giuridiche ed economiche italiane, europee e comparate, nonché dalla Scuola di specializzazione per le professioni legali della Seconda Università degli Studi di Napoli, S. Maria Capua Vetere 30 novembre 2007, relatori – tra gli altri – il Prof. Giuseppe Riccio e uno dei componenti Cons. Giovanni Canzio.

CONSIGLIO D'EUROPA, Rapporto *Space II*.





Con l'introduzione della sospensione del procedimento con messa alla prova si compie il percorso normativo di recepimento del sistema di *probation* nella nostra legislazione penale (*probation* processuale) accanto all'affidamento in prova al servizio sociale già prevista come misura alternativa alla detenzione (*probation* penitenziario). Restano tuttavia dubbi irrisolti circa la strategia adottata dal legislatore italiano di ricorrere a una nuova forma di penalità sulla base di sollecitazioni sovranazionali di stampo deflattivo e controversi profili in ordine alla compatibilità del *probation* processuale con i principi fondamentali in materia penale dettati dalla nostra Carta costituzionale. Il tema affrontato in questo volume intende contribuire alla riflessione sull'attuale significato che assume la sanzione nel nostro sistema penale, anche alla luce di interventi normativi e giurisprudenziali di fonte europea, nonché sui possibili auspici di soluzioni più aderenti a un diritto penale moderno.

Pasquale Troncone, Ricercatore confermato e Professore aggregato insegna Diritto penale dell'economia e Diritto penitenziario presso l'Università degli Studi Federico II di Napoli. È stato responsabile scientifico di Corsi di perfezionamento e aggiornamento in diritto penale, componente del Consiglio di Dottorato di ricerca presso l'Università Federico II di Napoli e componente di gruppi di ricerca per i PRIN ministeriali.

Tra i suoi lavori monografici: *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale di diritto allo Stato democratico di diritto*, Napoli, 2001; *Controllo penale e teoria del doppio Stato*, Napoli, 2006; *Il delitto di trattamento illecito dei dati personali*, Torino, 2011; *Il diritto statale di punire con la morte. Un caso di contaminazione politica della scienza della legislazione penale*, Roma, 2012.

€ 22,00

