

CAPITOLO I

Le misure sospensivo probatorie: inquadramento dogmatico

Sommario: 1.1. La rinuncia parziale o totale dell'autorità statale all'irrogazione della pena: fase processuale e fase esecutiva – 1.1.1. Il probation come terzo pilastro del sistema sanzionatorio – 1.1.2. Verso una progressiva perdita di centralità della posizione del giudice penale della cognizione – 1.1.3. Le misure sospensivo-probatorie – 1.1.4. La declinazione del probation nel sistema italiano – 1.1.5. La progressiva marginalizzazione della pena carceraria – 1.2. Profili storici – 1.3. L'assetto attuale in fase esecutiva – 1.3.1. Le misure della fase esecutiva

1.1. La rinuncia parziale o totale dell'autorità statale all'irrogazione della pena: fase processuale e fase esecutiva

«L'esistenza stessa del carcere come luogo di reclusione di esseri umani costituisce, o dovrebbe costituire, per la nostra società, un costante assillo etico, una situazione che può essere tollerata solo in quanto eccezionale; dal punto di vista della nostra Costituzione può sembrare ovvio, non lo è se si considerano le ricorrenti invocazioni alla durezza della pena carceraria, presentata in chiave simbolica di 'risarcimento morale' della vittima che oscurano, se non addirittura negano, l'orientamento della pena al reinserimento sociale del condannato.

Perciò è utile ricordare l'etica della pena, come riflessa nella nostra Costituzione: una pena proporzionata e limitata, non il contrario; un arco di pene di cui il carcere dovrebbe rappresentare la extrema ratio, per rispettare l'eccezionalità dello stato di privazione della libertà. E non sfugga l'importanza di sottolineare lo status di 'persone' di coloro cui, con la reclusione, è stato tolto un tassello dell'«essere persona»: è un modo per rimarcare la contraddizione fra

i diritti della persona e il carcere; ed è un implicito invito a esercitare il conflitto»¹.

Dal momento in cui si comincia a nutrire un sentimento di sfiducia nei confronti dell'efficacia risocializzatrice della pena detentiva, l'obiettivo primario della moderna politica del diritto penale si concretizza nella ricerca di alternative al carcere.

È già da una lettura attenta dell'art. 27 della nostra Costituzione che emerge con chiarezza come la norma parli di “pene” e non di “carcere”, dato, questo, che non può – e non deve – essere sottovalutato.

Questa concezione della pena necessita però di consolidamento nella cultura e nella percezione sociale: c'è ancora un lungo cammino da compiere verso il graduale abbandono dell'idea della pena come puro castigo, al fine di dare piena attuazione ai principi costituzionali e promuovere lo sviluppo di un approccio culturale che collochi in posizione prioritaria la riparazione dell'offesa nonché la riconciliazione tra autori e vittime.

Nella realtà il carcere non solo non è l'unica misura, ma non è neanche la principale: l'universo sanzionatorio è una realtà molteplice e multiforme, ed è questo uno dei motivi per cui bisogna investire sulle alternative che l'ordinamento è in grado di offrirci, mirando al rispetto dei principi costituzionali.

Il dibattito incentrato sulla ricerca di sanzioni “alternative” alla detenzione si è fatto sempre più forte negli ultimi anni, catalizzato, soprattutto, dai risultati prodotti dalla pena detentiva che, ancora oggi ostinatamente, mantiene la sua centralità nel sistema sanzionatorio.

I primi tentativi di espiazione della pena all'esterno del carcere si ebbero nel XIX secolo in America e nel Regno Unito, secondo modelli che si sarebbero evoluti nelle moderne forme del *probation* e del *parole*.

¹G. Zuffa, *Essere persona in carcere: per un'etica del conflitto*, Camera dei Deputati – Senato della Repubblica XVIII Legislatura-Disegni di legge e relazione - doc.CXV n.3, p.82 consultabile in:http://documenti.camera.it/_dati/leg18/lavori/documentiparlamentari/IndiceETesti/115/003_RS/00000006.pdf

Con il *parole* ci si riferisce ad un provvedimento di natura discrezionale, consistente in un meccanismo di sospensione del processo, o della fase esecutiva della pena, per mezzo della quale, il detenuto, viene rilasciato prima del fine pena, in considerazione della condotta tenuta nel corso dell'esecuzione della stessa, non ancora totalmente espiata, e della prognosi positiva, così da riavvicinare progressivamente il condannato al contesto sociale da cui era stato separato.

Legato ad un periodo di prova nel corso del quale il soggetto sottoposto deve rispettare determinate prescrizioni di differente contenuto variamente modulate, il *parole* si colloca nella fase successiva al giudizio, e corrisponde, nella sostanza, alla nostra liberazione condizionale.

Diversa appare, invece, la configurazione del *probation*, di cui sebbene l'ordinamento statunitense ne rivendichi l'origine nella sua forma attuale, è in realtà innegabile che la misura abbia radici nella pratica del *common law* inglese, e, nello specifico, in alcuni istituti quali la *recognizance*, il *judicial reprieve* ed il *benefit of cleri*, attraverso i quali i giudici, nel tentativo di svincolarsi dalla meccanica applicazione dei principi eccessivamente rigorosi che si erano andati consolidando nel corpo della *common law*, conquistarono progressivi spazi di discrezionalità, che consentirono loro di adeguare la risposta sanzionatoria alle caratteristiche personali del *reo*.

Il *probation*, nella sua configurazione originaria, opera attraverso la sospensione della pronuncia di una condanna a pena detentiva: un periodo di prova – come il termine suggerisce – durante il quale l'imputato, di cui sia stata accertata la responsabilità penale ma a cui non sia stata ancora inflitta una condanna, è lasciato libero sotto costante supervisione.

Tre gli elementi che caratterizzano le seguenti misure, è opportuno soffermarsi sulla sospensione del processo di criminalizzazione-punizione (che può realizzarsi in stadi diversi della dinamica processuale); l'imposizione al *reo* di oneri più tenui

rispetto alla sanzione sospesa, finalizzati al reinserimento sociale; infine, l'affiancamento al *reo* di persone o enti, in funzione di sostegno durante la prova². L'imposizione di obblighi comportamentali nei confronti dei condannati derivanti dal *probation* consiste nel fatto che il giudice, nel momento in cui applica la misura, fissa delle prescrizioni che il soggetto ha l'obbligo di rispettare. L'esito positivo del periodo di prova comporta la rinuncia alla condanna da parte del giudice; nel caso contrario, di esito negativo per inosservanza delle prescrizioni, il giudice può revocare la misura e pronunciare sentenza di condanna a pena detentiva.

1.1.1. Il *probation* come terzo pilastro del sistema sanzionatorio

Il principio del carcere come *extrema ratio*, valore cardine dell'Europa comune, dovrebbe condurre a una politica criminale fondata su misure non detentive, nonché su meccanismi che conducano ad un graduale reinserimento sociale prima dell'espiazione della pena.

La sua *ratio* trova giustificazione nella profonda insoddisfazione condivisa tanto a livello istituzionale, quanto sociale, per gli esiti della giustizia penale attuale: la risposta sanzionatoria è inefficace rispetto all'effetto desiderato di riduzione della recidiva; la logica punitiva del "raddoppio del male", a sua volta, non solo è eticamente discutibile, ma anche inefficace sulla ricomposizione dei conflitti.

È opinione comune, infatti, che sia illusorio pensare che la riparazione del danno provocato dal reato possa essere effettuata in virtù di un rapporto meccanicistico di causa-effetto fondato sull'irrogazione di una risposta sanzionatoria di natura detentiva e di durata variamente modulabile in relazione alla gravità del reato e a

² Cfr. E. Fassone, *Probation e affidamento in prova*, voce in Enc. Dir., Giuffrè, Milano, vol XXXV, 1986, p.784

una pluralità di indici commisurativi previsti dal codice penale, quale reazione dell'ordinamento all'accertata commissione di un illecito.

L'inadeguatezza della pena ai suoi scopi più nobili – rieducazione e reinserimento – deriva oggi, come ben noto, dalla mancanza di risorse, da condizioni di sovraffollamento, da difetti intrinseci delle misure alternative, dallo stigma che accompagna l'ex detenuto su cui grava sempre l'ombra della possibile recidiva e da violazioni quasi quotidiane di diritti fondamentali che si consumano nei luoghi di reclusione.

A un sistema normativo che incentri il recupero sociale dei condannati sulla progressione nel trattamento e sulla centralità delle misure alternative rispetto al carcere, non può non corrispondere, infatti, sul versante amministrativo e organizzativo, un'adeguata dotazione di personale incaricato di valutare il comportamento delle persone sottoposte a esecuzione penale e di fornire un efficace sostegno ai percorsi di graduale reinserimento nella comunità esterna, oltre a una rivisitazione delle proporzioni quantitative fra personale addetto alla sorveglianza e quello operante nel settore della rieducazione. È quindi doveroso che, alla progressiva presa di centralità delle misure alternative alla detenzione, venga accompagnato, quale indispensabile corredo per garantirne l'effettività, un intervento urgente per ovviare alle attuali vacanze di personale che interessano gli organici dell'area giuridico-pedagogica, degli U.E.P.E. e degli Uffici di Sorveglianza, già oggi in grave difficoltà³.

L'idea di fondo è, infatti, che il *probation* costituisca una *chance* offerta al *reo* per evitare la misura detentiva; ma, qualora egli dimostri di non capitalizzare la fiducia che l'ordinamento ripone in lui, accettandone, al contempo, i connessi rischi insiti nella scelta di offrirgli la misura – quantificabili in termini di credibilità del sistema giudiziario e della sicurezza collettiva – allora non potranno che aprirsi le porte del carcere.

³Commissione per la Riforma dell'Ordinamento Penitenziario nel suo complesso, (introduzione), in rivista Diritto Penale Contemporaneo, consultabile in <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/6045-propostariformaopcommgiostra.pdf>, p.9

Nei sistemi in cui la pena carceraria costituisce *l'extrema ratio*, il *probation* – tanto processuale, quanto penitenziario – diviene nella sostanza una sorta di “terzo pilastro”⁴ del sistema sanzionatorio, destinato ad acquisire autonomia dalla stessa pena detentiva/carceraria.

Trovando collocazione tra la pena alternativa non carceraria e la sanzione detentiva, diversamente dalla pena pecuniaria (che è alternativa al carcere in astratto e sul piano edittale), il *probation* è alternativa al carcere in concreto.

All'interno di sistemi penali carcerocentrici aperti come il sistema italiano, questa misura trova terreno fertile ed è destinata ad assumere una posizione sempre più rilevante, pur se inevitabilmente ancora oggi etichettata come servente e strumentale rispetto alla pena carceraria.

Diversamente, all'interno di sistema penali carcerocentrici chiusi, marcatamente general preventivi e retributivi, non v'è alcuno spazio per le misure sospensivo-probatorie, mancando, alla base, la *conditio sine qua non* della posizione di assoluta centralità del *reo* considerato con il suo valore inconfutabile di essere umano, essendo la prevenzione speciale ridotta a “trattamento” intramurario, in pieno contrasto con tutte le acquisizioni moderne secondo cui la rieducazione non è in grado di esplicare i suoi effetti in un ambito come quello carcerario, strutturalmente desacralizzante.

Come in tutti gli ambiti dell'agire umano e dell'intervento dello Stato come dispensatore del bene collettivo, anche in ambito penitenziario, tra la teoria e la pratica, tra l'utopia e la realtà, persiste uno iato, che a volte diventa frattura. La teoria, nel nostro caso, è il risultato scientifico, quantificabile e dimostrabile, che invoca la riduzione della pena carceraria, poiché risulta empiricamente dimostrato che il carcere non diminuisce ma incrementa il tasso di recidiva.

La realtà dei fatti mostra come ancora oggi, il legislatore, a prescindere dal colore politico che lo tinge, non intenda rinunciare alla centralità del carcere, e

⁴ R. Bartoli, D. Bianchi, *Ortofoto degli istituti di probation tedeschi per progettare una riforma del sistema sanzionatorio italiano*, in *Le misure sospensivo-probatorie, itinerari verso una riforma*, E. Dolcini, A. Della Bella (a cura di), Giuffrè, Milano, 2020, p.121

nell'immaginario collettivo la pena viene ancora interamente identificata con la detenzione.

È plausibile ritenere che sia questo iato, questa terra di nessuno, che il legislatore e il sistema giudiziario devono percorrere con coraggio e sinergia, per implementare un nuovo paradigma punitivo quale punto di arrivo di un percorso non irto di ostacoli, e di cui i meccanismi del *probation* e del *parole* ne sono i pilastri.

Tra i due istituti, è il *probation* a svolgere una reale funzione rieducativa, avendo come punto di riferimento il *reo*, e quindi garantendo una maggiore discrezionalità e adattabilità al singolo caso concreto, abbandonando l'idea delle misure alternative quali meri strumenti atti a ridurre la tensione detentiva mediante l'uscita dal carcere.

Esso infatti, a differenza delle pene edittali, entra in gioco quando l'ordinamento può guardare negli occhi il *reo* permettendo così di modulare il contenuto della risposta sanzionatoria rispetto alle esigenze concrete, e garantendo al tempo stesso gli scopi special preventivi dell'azione penale.

Diversamente dal carcere, il programma risocializzante può essere svolto in libertà, evitando così di produrre quegli effetti desocializzanti che sono propri della pena carceraria e che sono incompatibili con qualsiasi funzione rieducativa della pena.

Non solo, ma proprio perché il *probation* acquista autonomia sanzionatoria, essa non può mai ridursi ad una formula vuota, dovendo piuttosto la disciplina caratterizzarsi per una pluralità di contenuti plasmati tenendo conto della personalità del soggetto.

Il sistema di *probation* trova quindi nella sua tradizionale articolazione due distinte soluzioni che si caratterizzano per la specifica fisiologia della diversa fase processuale entro la quale possono trovare applicazione.

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, fa riferimento a forme

affidamento in prova applicabili dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna ad opera di un giudice diverso da quello di cognizione; 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.

1.1.2. Verso una progressiva perdita di centralità della posizione del giudice penale della cognizione

Lo scenario attuale è caratterizzato da un paradosso giuridico in virtù del quale il giudice penale della cognizione e dell'accertamento del fatto va perdendo 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 quantità.

Questa traslazione di valore, che delinea 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 punizione⁵. Sono tutte ragioni che impongono all'opera giurisprudenziale, avallata 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 riqualficata nel corso dell'intero

⁵F. Bricola, *L'affidamento in prova al servizio sociale: "fiore all'occhiello" della riforma penitenziaria*, in *Questione Criminale*, Bologna, Il Mulino, 1976, p. 1138

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, al fine di non vanificare il lavoro svolto in sede di cognizione laddove s'individua la giusta sanzione da irrogare, dando così forma e sostanza al significato profondo della finalità rieducativa⁶.

Una possibile soluzione al *deficit* rilevato nella prassi potrebbe essere la predisposizione da parte del legislatore di un nuovo catalogo sanzionatorio, con pene destinate ad 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 sentenziata⁷, con il risultato che l'ampio ventaglio delle misure alternative e trattamentali, tipiche dell'ottica rieducativa, è in grado di modificare il tipo e la quantità di pena in concreto.

Occorrerebbe 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 surrogati⁸.

È interessante rilevare come la sedimentazione normativa e i contributi della giurisprudenza hanno, di fatto, favorito l'istituzione di una giurisdizione della pena impropria in capo al Tribunale di Sorveglianza, nata sulle ceneri dell'Ufficio di Sorveglianza con competenze amministrative.

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 tipologia sanzionatoria e per la competenza giurisdizionale.

⁶P. Troncone, *La Sospensione del Procedimento con Messa alla Prova, Nuove esperienze di scenari sanzionatori senza pena*, Dike Giuridica, Roma, 2016 p. 38

⁷ F. Caprioli, *Processo penale e commisurazione della pena*, in *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica*, a cura di M. Pavarini, Monduzzi, Bologna, 2006, p. 141

⁸E. Dolcini, *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 2015, p. 1663

Questo eccentrico modello di processo in certa misura bifasico, lascia intravedere una netta scissione tra il momento dell'accertamento (ossia dell'affermazione della responsabilità penale), il momento della pronuncia sulla sanzione, e la fase in cui la stessa trova esecuzione. 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 opportunamente *probation* penitenziaria) e la "messa alla prova" dell'imputato (definita *probation* processuale)⁹. 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 una serie di spunti asistematici che finiranno per pregiudicare i tempi del processo e non per favorirli. Ecco la ragione per cui l'accesso alle misure *de qua* richiederebbe un opportuno adattamento.

A questa richiesta di ridefinizione del sistema, non sono estranee 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.

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.

⁹P. Nuvolone "Probation" e istituti analoghi nel diritto penale comparato, in *Trent'anni di studio e procedura penale*, Cedam, Padova, 1969, p.43 e ss.; G. Tartaglione, *La sospensione condizionale con «probation»*, in *Riv.pen.*, 1971, p.32 ss

1.1.3. Le misure sospensivo-probatorie

Rispetto all'obiettivo finale di un nuovo paradigma punitivo rispettoso della dignità della persona e utile alla prevenzione della recidiva, le misure sospensivo-probatorie – accanto ad altri strumenti – sono innegabilmente in grado di fornire un contributo prezioso anche se, è importante ribadire, si tratta di un percorso complesso, nel quale ogni passo deve essere ponderato, meditato e mediato *ex ante*, e altrettanto attentamente monitorato *ex post*¹⁰.

Una definizione, questa, con la quale ci si riferisce ad un insieme eterogeneo di misure, collocate in diversi momenti della vicenda processuale, che attribuiscono al giudice il potere di sospendere il procedimento, l'applicazione o l'esecuzione della pena detentiva, e sottoporre l'autore del reato ad un periodo di prova, che può avere evidentemente un esito positivo (con conseguente estinzione del reato o della pena a seconda di dove è collocato tale meccanismo sospensivo) o esito negativo con conseguente ripresa del procedimento o della pena sospesa.

La logica entro la quale la maggior parte di questi meccanismi si colloca è, almeno originariamente, quella del *probation*: misure che postulano l'attribuzione al giudice di un potere discrezionale che è finalizzato a ritagliare la risposta sanzionatoria sulla personalità dell'autore. L'individualizzazione risulta essere fondamentale nell'obiettivo di perseguire finalità di prevenzione speciale, vuoi nella forma dell'intimidazione (pensiamo alla sospensione condizionale vuota), vuoi invece nella forma della risocializzazione (come nel caso dell'affidamento in prova o alla messa in prova).

Caratterizzate dalla variabilità di contenuti, nell'ordinamento italiano sono previste misure sospensivo-probatorie per ciascuna delle tre fasi in cui si articola il procedimento: nella fase “predecisoria”, antecedente alla pronuncia della sentenza di primo grado, altre nella fase “decisoria” compresa tra la sentenza di

¹⁰ E. Dolcini, *Prolegomeni a una proposta di riforma delle misure sospensivo-probatorie*, in *Le misure sospensivo-probatorie, Itinerari verso una riforma*, *op.cit.*, p.27