

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 alterativi 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*