

ANGELA DELLA BELLA

STATI UNITI DI AMERICA;
LA TRASFORMAZIONE DEL *PROBATION*
E DELLE ALTRE MISURE SOSPENSIVE
NELL'ERA DEL “*PUNISHMENT*
IMPERATIVE”



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

Isbn 9788828826347

Estratto al volume:

LE MISURE SOSPENSIVO-PROBATORIE
ITINERARI VERSO UNA RIFORMA

a cura di
EMILIO DOLCINI e ANGELA DELLA BELLA

2020

STATI UNITI D'AMERICA: LA TRASFORMAZIONE DEL *PROBATION* E DELLE ALTRE MISURE SOSPENSIVE NELL'ERA DEL "*PUNISHMENT IMPERATIVE*"

di ANGELA DELLA BELLA

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Individuazione delle misure sospensive nel sistema penale degli Stati Uniti. — 3. La *diversion*. — 4. Il *probation*: le origini. — 4.1 La collocazione del *probation* nelle varie fasi processuali. — 4.2 Il fenomeno del *mass probation*. — 4.3 La trasformazione del *probation* nell'era del "*punishment imperative*": prescrizioni e durata. — 4.3.1 (segue): revoca e ruolo del *probation officer*. — 4.4 Il "*pay only*" *probation* e le derive della privatizzazione. — 5. Il *parole*. — 6. Riflessioni conclusive.

1. Premessa.

Nel tentativo di sistematizzare le misure "sospensivo-probatorie" (1) presenti negli ordinamenti statunitensi ci si scontra con alcune difficoltà che si possono attribuire ad un duplice ordine di cause: la frammentarietà del sistema ed un fattore di tipo culturale.

L'estrema frammentarietà del sistema penale statunitense è conseguenza della sua natura complessa: esso è infatti costituito, come noto, da 52 ordinamenti (di cui 51 statali ed uno federale), ognuno con una particolare struttura interna, con proprie leggi, organi e prassi giurisprudenziali.

(1) Riprendendo quanto indicato nei contributi di apertura del volume, si precisa che con l'espressione 'misure sospensive' ci si intende riferire ad un insieme eterogeneo di misure, collocate in diversi momenti della vicenda penale, che attribuiscono al giudice il potere di sospendere il processo ovvero l'applicazione o l'esecuzione della pena e di sottoporre l'autore del reato ad una prova che può avere un duplice esito: positivo, con conseguente estinzione della pena (o addirittura del reato); negativo, con conseguente riviviscenza della pena sospesa. Rientrano in questa categoria la sospensione del procedimento con messa alla prova, la sospensione condizionale della pena e le misure, variamente denominate, che si collocano nella fase dell'esecuzione. (Cfr. E. DOLCINI, *Prolegomeni a una proposta di riforma delle misure sospensivo probatorie*, in questo volume, p. 9).

La seconda difficoltà è di natura culturale. Chiunque si accosti al sistema penale statunitense avverte che negli operatori giuridici, negli studiosi e nelle stesse fonti del diritto prevale un approccio alla materia di tipo empirico, più che sistematico-definitorio. Per tale ragione, tengo ad avvertire il lettore che l'operazione che ho provato ad effettuare nel paragrafo che segue, 'collocando' le diverse misure sospensive nelle varie fasi del procedimento penale, porta inevitabilmente con sé una certa dose di semplificazione.

2. Individuazione delle misure sospensive nel sistema penale degli Stati Uniti.

Nella fase che precede il giudizio, si colloca un ampio ventaglio di misure che possono ricondursi sotto l'etichetta di "*pre-trial diversion*" e che sono nella sostanza dirette alla rinuncia dell'esercizio dell'azione penale.

In questa fase troviamo anche il *probation*, laddove esso sia utilizzato come forma di *diversion* o come misura cautelare in luogo della custodia in carcere (c.d. "*pre-trial probation*").

Nella fase del giudizio, troviamo il *probation* nella sua forma tradizionale, ossia come misura applicata a seguito della sospensione di una condanna (*suspended sentence*). Sempre in questa fase, si colloca il *probation* laddove sia configurato (così ad esempio nel sistema federale) come una pena autonoma: anche in questo caso, residua però un legame con la pena detentiva, potendo il *probation* essere revocato e sostituito con la detenzione, in caso di violazione delle prescrizioni a cui il condannato è sottoposto nel periodo di prova.

Nella fase post-giudizio, infine, si colloca il *parole*, che consiste — pur nella diversità delle forme in cui si presenta nella prassi — in una liberazione sotto condizione, che segue una fase di esecuzione della pena detentiva in forma intramuraria.

In alcuni ordinamenti, però, nella fase post giudizio si trova anche il *probation*, laddove venga configurato come una misura sospensiva dell'esecuzione della pena detentiva.

Date le caratteristiche del sistema, e le già accennate difficoltà di classificazione, mi è sembrato più opportuno impostare la trattazione sulle singole misure (ossia *diversion*, *probation* e *parole*), essendo evidente che la variabilità delle forme che esse assumono nei vari ordinamenti statali e nell'ordinamento federale, rende assai ardua una trattazione 'per fasi processuali' (2).

(2) Per completezza si segnala che, a livello federale, le *Corporate sentencing guidelines*

3. La *diversion*.

Con il termine *diversion*, nella sua accezione tradizionale, si fa riferimento ad una procedura di natura amministrativa indirizzata al recupero dell'autore di reato tramite un'attività di assistenza psicologica, medica o sociale che si pone come alternativa al processo (3).

Obiettivo delle misure di *diversion* è sostanzialmente quello di evitare lo stigma e l'etichettamento legato all'ingresso nel circuito della giustizia penale, laddove sia possibile garantire la risocializzazione del soggetto attraverso strategie di intervento alternative.

La *diversion* comporta la sottoposizione del soggetto a prescrizioni, che consistono generalmente in test antidroga, restituzioni, lavoro di pubblica utilità e sottoposizione ad attività trattamentali (4). Laddove l'attività di supervisione sull'osservanza delle prescrizioni sia affidata ai Dipartimenti di *probation*, si parla talvolta — per riferirsi a tali strumenti di *diversion* — di “*pre-trial probation*” (vd. *infra*, par. 4). L'osservanza delle prescrizioni comporta la rinuncia all'esercizio dell'azione penale da parte del *prosecutor* e, al contrario, la violazione delle stesse comporta l'avvio del procedimento penale.

Nonostante l'estrema varietà dei programmi esistenti, di regola la *diversion* si applica su richiesta dell'interessato al quale non è richiesta un'ammissione di colpevolezza, essendo in genere sufficiente a fondare la richiesta una ricostruzione dei fatti operata dal soggetto (*stipulations of facts*), eventualmente corredata da dichiarazioni di testimoni.

L'ammissione ai programmi di *diversion*, che rimane comunque discrezionale, è subordinata a stringenti requisiti, quali l'assenza di precedenti, il carattere bagatellare del fatto, l'assenza di dipendenza da sostanze stupefacenti, l'assenza di disagi di tipo psichico, il consenso della vittima e degli

prevedono il c.d. *organizational* (o *corporate*) *probation*, ossia una misura applicabile alle persone giuridiche che abbiano concorso alla commissione di reati. Come per le persone fisiche, anche nei confronti delle persone giuridiche il giudice può sospendere la condanna (si pensi ad esempio ad una condanna a pena pecuniaria) e sottoporre la stessa ad una serie di prescrizioni da osservare nel periodo di prova (ad esempio, l'obbligo di implementare o modificare il sistema di prevenzione degli infortuni). In tema cfr. G.S. GREEN, *Organizational Probation Under the Federal Sentencing Guidelines*, in *Federal Probation* 1998, vol. 62, n. 2; S. GRUNER, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, Law Journal Press, 2005.

(3) Sulle origini e le prime applicazioni dei programmi di *diversion* cfr. *Pretrial Diversion from the Criminal Justice Process*, 83, *Yale Law Journal* 827 (1974).

(4) Per una panoramica sulle misure di *diversion* attualmente adottate nei vari ordinamenti degli Stati Uniti, cfr. NATIONAL ASSOCIATION OF PRETRIAL SERVICES AGENCIES, *Pretrial Diversion in the 21st Century: a National Survey of Pretrial Diversion Programs and Practices*, 2009.

agenti di polizia che hanno operato l'arresto (5). Generalmente l'accertamento dei presupposti per accedere ai programmi di *diversion* è affidato agli uffici dei *prosecutor* (le nostre Procure) e solo in rari casi ad un giudice.

Nella prassi, le statistiche ci dicono che i programmi di *diversion* sono essenzialmente destinati ad autori di reato primari. Quanto alle tipologie di reato, si tratta in gran parte di reati contro il patrimonio e di criminalità dei colletti bianchi (6).

Nonostante la scarsità di ricerche empiriche, tali programmi sembrerebbero dare buona prova di sé, concludendosi con esito positivo nell'85% dei casi circa (7).

Le statistiche evidenziano però, negli ultimi decenni, un vistoso calo nell'utilizzo di questi programmi, sia a livello delle giurisdizioni statali, sia nel sistema federale.

Con riferimento a tale ultimo sistema, uno studio recente (8) rileva che negli ultimi quindici anni l'utilizzo dei programmi di *diversion* è calato del 34% (passando da circa 2000 casi nel 2001 a 638 casi nel 2015) (9). A tale calo è corrisposto un aumento del numero di soggetti in custodia cautelare, che è cresciuto nell'arco di 10 anni dal 53% al 57% del totale dei soggetti in attesa di giudizio.

Può essere interessante osservare che nella prassi, a fianco dei programmi di *diversion* tradizionali — come si è detto, sempre meno utilizzati (10) — si stanno diffondendo nuovi strumenti che si qualificano come “alternativi al

(5) NATIONAL ASSOCIATION OF PRETRIAL SERVICES AGENCIES, *Pretrial Diversion in the 21st Century*, cit.

(6) Secondo una ricerca avente ad oggetto l'applicazione del *Federal Diversion* nel Distretto del Missouri, circa l'88% dei destinatari delle misure sarebbero 'colletti bianchi'. Cfr. ZLATIĆ ET AL., *Pretrial Diversion: the Overlooked Pretrial Services Evidence-Based Practice*, in *Federal Probation* 2010, 28.

(7) NATIONAL ASSOCIATION OF PRETRIAL SERVICES AGENCIES, *Pretrial Diversion in the 21st Century*, cit.

(8) C.S. SCOTT-HAYWARD, *Rethinking Federal Diversion: the Rise of Specialized Criminal Courts*, in *Berkeley Journal of Criminal Law*, 2017, vol. 22.2, p. 47 ss.

(9) Una delle cause della diminuzione nell'utilizzo delle misure di *diversion* sembrerebbe essere l'elevata spesa connessa all'attuazione dei programmi, di regola addossata sugli stessi destinatari. In un articolo pubblicato sul tema sul *New York Times* si osserva che “*in many places, only people with money could afford a second chance*”. Cfr. S. DEWAN, A. LEHRN, *After a Crime, the Price of a Second Chance*, N.Y. Times, 12 dicembre 2016.

(10) In questo senso, cfr. il recente intervento del Presidente della Criminal Law Committee of the Judicial Conference of the United States il quale ha affermato che la “*pretrial diversion is a potentially underutilized program in the federal criminal justice system*” (cit. in C.S. SCOTT-HAYWARD, *Rethinking Federal Diversion*, cit., nt. 99).

processo". Tra questi occorre citare, in particolare, le *specialized courts* (o *problem solving courts*), diffuse soprattutto nel sistema federale.

Le *specialized courts* sono organi giudiziari specializzati nella trattazione di determinate categorie di soggetti (come ad esempio autori di reato con problemi di tossicodipendenza, veterani di guerra o minori) o di specifiche figure di reato (ad esempio violenze domestiche). Obiettivo di tali giurisdizioni specializzate, che si occupano peraltro di un numero molto contenuto di casi, è delineare un trattamento sanzionatorio altamente individualizzato che miri ad affrontare le cause che hanno generato la condotta di reato. L'esito positivo del trattamento può comportare, a seconda dei casi, una riduzione dei capi di imputazione o l'applicazione di una sanzione non detentiva. Nonostante le *specialized courts* vengano spesso considerate all'interno dei programmi di *diversion*, la dottrina osserva come esse ne differiscano profondamente, non costituendo una reale alternativa al processo: l'autore del reato viene infatti coinvolto in un procedimento penale, seppur 'speciale', con tutte le conseguenze che ne derivano sul piano della stigmatizzazione sociale (11).

Il fenomeno delle *specialized courts* è in rapida crescita: se ne contano, infatti, più di 3000 sul territorio degli Stati Uniti e senz'altro rappresentano, oggi, la principale forma di alternativa al processo nella fase precedente al giudizio (12).

4. Il *probation*: le origini.

Il *probation*, nella sua configurazione originaria, è 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 la supervisione di un agente di *probation* (*probation officer*). Caratteristica saliente del *probation* è l'imposizione di obblighi comportamentali nei confronti dei condannati: il giudice infatti, nel momento in cui applica la misura, fissa delle prescrizioni (*probation conditions*) che il soggetto

(11) A differenza dei programmi di *diversion*, l'accesso alle *Specialized Courts* è subordinato ad una ammissione di colpevolezza e la richiesta è valutata da un giudice. Cfr. C.S. SCOTT-HAYWARD, *Rethinking Federal Diversion*, cit., p. 58.

(12) S. STRONG et al., US Dep't Of Justice Statistics, *Census of Problem-Solving Courts*, 2012, 2016.

ha l'obbligo di rispettare. Da qui il duplice compito dell'agente di *probation* che, da una parte, deve controllare l'osservanza dei precetti imposti riferendo all'autorità giudiziaria sulle eventuali violazioni, dall'altra deve affiancare chi sta scontando la misura con una funzione di sostegno. In caso di inosservanza delle prescrizioni, il giudice può revocare la misura e pronunciare la sentenza di condanna a pena detentiva. L'esito positivo della prova comporta invece la rinuncia alla condanna da parte del giudice.

Sebbene gli Americani rivendichino l'origine del *probation* nella sua forma attuale, è in realtà innegabile che la misura ha le sue radici nella pratica della *common law* inglese del XII-XIII sec. ed in particolare in alcuni istituti quali la *recognizance*, il *judicial reprieve* ed il *benefit of clergy*, strumenti 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 (13).

Al di là delle radici storiche, però, le matrici ideologiche dell'odierno *probation* devono essere rinvenute all'interno di quel vasto dibattito dottrinale di critica agli effetti desocializzanti delle pene detentive brevi, che si andava diffondendo sia nell'area di *civil law*, sia in quella di *common law* nel corso del XIX secolo. La riconosciuta incapacità della pena detentiva di realizzare un'efficace funzione risocializzativa aveva infatti indotto la dottrina ad interrogarsi sull'opportunità di allargare il ventaglio delle opzioni sanzionatorie e di ricorrere a misure 'alternative' alla detenzione.

Le origini del *probation* rivelano chiaramente il legame di questo istituto con una finalità della pena orientata verso la riabilitazione del condannato: l'autorità statale rinuncia all'indefettibilità della pena in funzione di un trattamento flessibile e individualizzato, finalizzato appunto al 'recupero' dell'autore di reato.

Nel ripercorrere le origini del *probation*, i manuali di diritto penale e le monografie americane rievocano immancabilmente la figura di John Augustus, un calzolaio di Boston del XIX sec., unanimemente riconosciuto come il 'padre del *probation*' (14). Secondo questa ricostruzione storiografica, il

(13) Cfr. ALLEN, CARLSON, PARKS, *The Development of Probation*, in CARTER, GLASER, WILKINS, *Probation, Parole and Community Corrections*, 1984, p. 3 ss.

(14) Fra gli altri, cfr. ABADINSKY, *Probation and Parole Theory and Practice*, 1994, p. 27; ALLEN, CARLSON, PARKS, *The Development*, cit., p. 6; BUNZEL, *The Probation Officer*, cit., p. 938; CLEAR, COLE, *American Corrections*, 1994, p. 174; LIPCHITZ, *Back to the Future: An Historical View of Intensive Probation Supervision*, in *Federal Probation*, 1986, vol. 50 n. 2, p. 78;

probation ha una data e un luogo di nascita ben precisi, che si possono rivivere attraverso le parole del suo stesso ideatore: “quella mattina...” — correva l’anno 1841 — “...incontrai in tribunale un uomo accusato di essere un alcolizzato. Egli mi disse che, se gli fosse stata evitata la detenzione, non avrebbe mai più toccato alcun tipo di bevanda alcolica: decisi quindi di pagare la cauzione per ottenere la libertà provvisoria di quell’uomo, ritenendo che non fossero ancora venute meno tutte le speranze di recuperarlo”. Sotto la tutela di Augustus l’uomo si rivelò “...un sobrio ed industrioso cittadino” (15). Da quel giorno Augustus — il primo *probation officer* della storia — cominciò a frequentare il tribunale alla ricerca di candidati per quello che egli stesso chiamò ‘*probation*’ (letteralmente: prova) (16). Al di là dell’alone mitico che circonda la figura del ‘padre del *probation*’, bisogna riconoscere che il sistema utilizzato dai giudici del tribunale di Boston conteneva già, *in nuce*, tutti gli elementi essenziali del moderno *probation*: la sospensione condizionata della pronuncia di una condanna a pena detentiva, l’imposizione di regole di condotta la cui inosservanza poteva determinare la revoca della sospensione, l’affidamento del soggetto ad una persona che si assumeva il compito di guidarlo e di controllarlo durante il periodo di prova. Anche il criterio di selezione dei destinatari, fondato su di una prognosi di rieducabilità del condannato effettuata sulla base di un’accurata indagine delle caratteristiche personali, familiari e sociali del reo — criterio che lo portava a rapportarsi quasi esclusivamente con delinquenti primari ed autori di reati di lieve gravità — rimase per lungo tempo alla base del moderno *probation* (17).

PETERSILIA, *Probation in the United States*, in *Crime and Delinquency*, 1997, p. 49; SUTHERLAND, CRESSEY, *Criminologia*, 1996, p. 716 ss

(15) JOHN AUGUSTUS, *A report of the Labors of Jhon Augustus for the Last Ten Years in Aid of the Unfortunate*, 1852, in ABADINSKY, *Probation and Parole*, cit., p. 27.

(16) Cfr. BUNZEL, *The Probation Officer*, cit., p. 938, ove si legge anche che Augustus, fra il 1841 e il 1859, anno della sua morte, si occupò — quasi sempre con successo — di circa 2000 casi.

(17) Salvo alcuni casi isolati, per lungo tempo il *probation* non ebbe riconoscimento normativo, ma si diffuse nella prassi, non senza alcune resistenze in una parte della dottrina e della stessa giurisprudenza. Riconosciuto infatti che la *common law* permetteva al giudice una temporanea sospensione nell’imposizione o nell’esecuzione di una condanna, non era però pacifico che da ciò derivasse al giudice il potere di sospendere la condanna a tempo indeterminato e addirittura di rinunciarvi laddove la prova, cui era condizionata la sospensione, avesse avuto esito positivo. Dopo diverse pronunce delle Corti statali, sulla questione prese finalmente posizione la Corte Suprema che, in una famosa sentenza del 1916 (caso Killits), negò che i giudici potessero fondare sulla *common law* il potere di sospendere le sentenze a tempo indefinito, affermando che fosse necessario per fondarlo un atto legislativo. Veniva così affer-

Il *probation* cominciò ad essere ‘normato’, diffondendosi dapprima nel sistema della giustizia minorile (18) e da lì poi nel sistema della giustizia per gli adulti: nel 1954, il *probation* era presente, a livello normativo, in ogni ordinamento statale (19).

4.1. La collocazione del *probation* nelle varie fasi processuali.

Come già anticipato, non è possibile individuare un'unica collocazione del *probation* all'interno delle fasi del procedimento penale, stante la molteplicità delle forme nelle quali esso si manifesta a livello federale, statale e locale.

Nella maggior parte degli ordinamenti esso si colloca nella fase del giudizio, configurandosi come un provvedimento applicato dal giudice a seguito della sospensione della condanna ad una pena detentiva.

Non sempre però il *probation* implica la sospensione della condanna, potendosi configurare — questo è ad esempio il caso dell'ordinamento federale — come una vera e propria pena. Nonostante la considerazione del *probation* come pena, anche nel sistema federale la misura è condizionata, essendo il *probationer* sottoposto ad un periodo di prova e potendo essere applicata la pena detentiva in caso di revoca.

In altri casi, il *probation* è collocato in fase esecutiva, come modalità alternativa dell'esecuzione della pena detentiva.

Esistono poi ordinamenti nei quali il *probation* è oggetto di una *split sentence*, ossia una condanna che prevede l'alternanza di periodi di espiazione della pena in senso intramurario e periodi di supervisione in libertà (20).

Si è già accennato, infine, al fatto che in alcuni ordinamenti il *probation* è utilizzato anche nella fase ante-giudizio come misura di *diversion* o come misura alternativa alla custodia cautelare in carcere: si parla in questo caso, come si è detto, di “*pretrial probation*” (21).

mato il principio che la discrezionalità del giudice nel concedere o nel rifiutare il *probation* dovesse essere esercitata entro i limiti legislativamente stabiliti, Cfr. ALLEN, CARLSON, PARKS, *The Development*, cit., p. 5.

(18) Cfr. ABADINSKY, *Probation and Parole*, cit., p. 41 ss.; DUFFEE, FITCH, *An introduction to Corrections: A Policy and Systems Approach*, 1976, p. 192; PLATT, *The Child Savers: the Invention of Delinquency*, 1969.

(19) Quanto all'ordinamento federale, il *probation* vi fece ingresso soltanto nel 1925. Cfr. LIPCHITZ, *Back to the Future*, cit., p. 80; SUTHERLAND, *Criminologia*, cit., p. 717.

(20) Così ad esempio nello Stato della Florida (cfr. Chapter 948.012 Florida Statute).

(21) Il *Pretrial Probation* è previsto ad esempio nell'ordinamento del Massachusetts (cfr. General Laws Chapter 276 Section 87) e nell'ordinamento federale.

A tale varietà di forme, si aggiunge poi un'estrema eterogeneità dei procedimenti applicativi e degli organi competenti a gestire l'esecuzione della misura. A livello federale, il sistema di esecuzione del *probation* è decentrato ed è gestito dai singoli distretti federali locali (94 distribuiti su tutto il territorio degli Stati Uniti). A livello statale, vi sono ordinamenti in cui la esecuzione del *probation* è accentrata ed altri in cui è affidata alle amministrazioni locali (le contee).

Come si dirà più avanti, un ulteriore elemento di complessità in questo panorama già così variegato è rappresentato dal fatto che in alcuni casi l'amministrazione del *probation* è privatizzata.

4.2. Il fenomeno del *mass probation*.

A partire dalla metà degli anni '70 il preteso fallimento dell'ideologia riabilitativa (22) ed il progressivo orientarsi delle politiche criminali verso un paradigma di controllo hanno comportato un profondo mutamento nella natura del *probation*: da strumento di riabilitazione individuale, tale misura si è di fatto trasformata in una forma di controllo di massa al di fuori del carcere (23).

Se nel decennio passato, l'attenzione sia a livello politico, sia a livello della dottrina, era concentrata sul tema della *mass incarceration*, ossia della crescita inarrestabile della popolazione carceraria dagli anni '80 ai giorni nostri, oggi si sta diffondendo la consapevolezza che nello stesso periodo si è verificato nel sistema penale un fenomeno ancora più macroscopico, ossia la crescita assolutamente incontrollata del numero di soggetti sottoposti a supervisione al di fuori del carcere: il c.d. *mass probation* (24).

(22) Questa era la posizione cui era arrivata una parte della dottrina che — sulla base di indagini empiriche sull'effettiva efficacia del *probation* rispetto agli obiettivi di riduzione della recidiva — aveva condensato le proprie conclusioni nello slogan, assai *tranchant*, secondo cui “*nothing works*”. Sul punto cfr. MARTINSON, *What Works? Questions and answers about prison reform*, 1974 ed ancora: LIPTON, MARTINSON, WILKS, *The Effectiveness of Correctional Treatment: a Survey of Treatment Evaluation Studies*, 1975. Sul tema, cfr. E. DOLCINI, *La “rieducazione del condannato” tra mito e realtà*, in MARINUCCI, DOLCINI (a cura di), *Studi di diritto penale*, Giuffrè, 1991, 135 ss.

(23) In questo senso, già nel 2001, si era espresso David Garland. Cfr. sul punto GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford University Press, 2001 (trad. it. *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, il Saggiatore, Roma 2004).

(24) L'uso dell'espressione “*mass probation*”, che richiama evidentemente l'espressione “*mass incarceration*”, coniata da Garland, si deve a M. Phelps, presumibilmente la studiosa

Il fenomeno è oggetto di crescente attenzione nella letteratura statunitense, all'interno delle riflessioni sull' "*American Exceptionalism in Crime and Punishment*" (25). Con tale espressione (talmente in voga da essere stata ridotta — secondo le curiose abitudini dei nostri colleghi d'oltreoceano — nel più agile acronimo di AECP) ci si riferisce alla specificità del sistema di giustizia penale degli Stati Uniti, rispetto alla totalità dei sistemi di giustizia penale degli Stati occidentali, sotto il profilo dell'estrema severità dell'apparato sanzionatorio penale (e paradossalmente anche, nello stesso tempo, degli elevati tassi di criminalità).

Se, tradizionalmente, l'*eccezionalità* del sistema sanzionatorio statunitense era rinvenuta nell'utilizzo della pena di morte e nell'elevatissimo tasso di incarcerazione (26), oggi in dottrina sta facendosi strada la consapevolezza che altrettanto *eccezionale*, rispetto agli ordinamenti penali degli altri Stati occidentali, è l'utilizzo di misure sospensive della pena detentiva, caratterizzate dalla supervisione in libertà dei soggetti che vi sono sottoposti.

Da questo punto di vista, si osserva che, accanto alla c.d. *mass incarceration*, il sistema della giustizia penale americana è interessato a partire dagli anni '90 da un processo forse ancora più macroscopico, benché sottovalutato, di *mass probation*. La rilevanza del fenomeno risulta di tutta evidenza alla luce dei dati statistici, che rivelano come dal 1980 al 2010 (anno nel quale la crescita sembrerebbe essersi arrestata) la popolazione in *probation* è quadruplicata, passando da 1 a quasi 4 milioni di soggetti.

Ad oggi sono ben 6,6 milioni i soggetti sottoposti a "supervisione penale" (*correctional supervision*), in libertà o all'interno di un istituto (27). Ciò significa — ed il dato è raccapricciante — che un abitante ogni 38 è sottoposto a una qualche forma di controllo penale.

più autorevole oggi in materia di probation. Cfr. M. PHELPS, *Mass probation: Toward a more robust theory of state variation*, in *Punishment & Society* Vol 19, Issue 1, 2017.

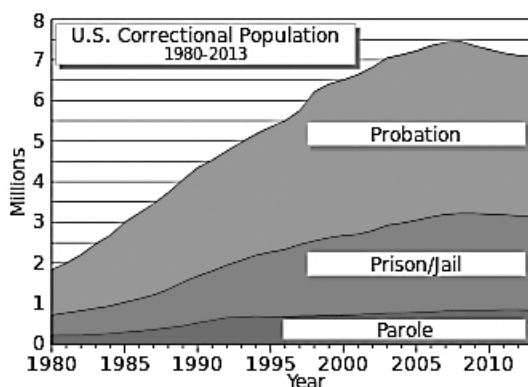
(25) Cfr. il volume *American Exceptionalism in Crime and Punishment*, K. REITZ (a cura di), Oxford University Press, 2018.

(26) Cfr. per tutti M. TONRY, *Why Are U.S. Incarceration Rates So High?*, in *Crime & Delinquency*, 1999, p. 419 ss.

(27) Cfr. *Bureau of Justice Statistics*, Department of Justice, *Correctional populations* 2016, aprile 2018. Da questa stessa fonte sono tratti anche i grafici nella pagina seguente.



Di questi: 3,6 milioni sono in *probation* e circa 900.000 in *parole*. I restanti 2 milioni sono detenuti nelle *prisons* (circa 1,5 milioni) e nelle *jail* (circa 750.000) (28).



Tali dati dimostrano che si è concretizzato il rischio paventato dalla dottrina sin dai primi anni '80: che cioè, all'interno di un paradigma culturale e politico orientato al controllo, il *probation* sarebbe stato utilizzato non come strumento alternativo alla pena detentiva, bensì come strumento di ampliamento della rete del controllo (c.d. *net widening*), nei confronti di soggetti

(28) Il confronto con i dati relativi agli ordinamenti dei Paesi europei — che si ricavano dalle statistiche SPACE — è abbastanza impressionante: alla stessa data, in tutta Europa, i soggetti sottoposti a misure appartenenti alla famiglia del *probation* erano circa 2 milioni.

che precedentemente non sarebbero stati sottoposti ad alcuna supervisione (29).

La conclusione sembra avvalorata anche dall'analisi della fisionomia dei destinatari di *probation* che sono per il 40% autori di *misdemeanours*, ossia fattispecie bagatellari (30). Un fatto questo che è ampiamente criticato dalla dottrina, secondo cui per gli autori di tale tipologia di reati sarebbe più adeguata l'applicazione della pena pecuniaria o di una misura sospensiva del procedimento o della pena detentiva senza supervisione (*conditional discharge*) (31).

Quanto alla tipologia di reati, i *probationers* risultano per lo più autori di reati contro il patrimonio (27%) e di reati connessi allo spaccio di stupefacenti (25%); solo nel 18% dei casi, si tratta di autori di reati contro la persona (32).

Che l'espansione del *probation* sia avvenuta a carico di soggetti che, in precedenza, non erano soggetti ad alcun tipo di supervisione è conclusione che sembra ora avvalorata anche da recenti evidenze empiriche. Mi riferisco in particolare agli studi condotti da Michelle Phelps — probabilmente oggi la massima esperta di *probation* negli Stati Uniti — la quale ha cercato di verificare tale ipotesi attraverso un'analisi molto accurata dei dati statistici relativi all'utilizzo del *probation* nei vari ordinamenti statali (33).

Nelle sue ricerche, l'Autrice ha 'incrociato' i dati relativi all'andamento della popolazione carceraria con quelli relativi alla popolazione dei *probationers* in tutte le giurisdizioni statali nel periodo del 'boom del *probation*', ossia dal 1980 al 2010 (anno in cui la crescita si è fermata).

In estrema sintesi, le ricerche hanno evidenziato che, fino alla prima metà degli anni '80, l'aumento del *probation* era associato — quasi ovunque — ad una diminuzione nell'uso della pena detentiva: un dato da leggere nel senso

(29) Sul punto cfr. M. TONRY, *Criminal Punishment*, in *Criminal Justice Reform*, 2017, p. 193 ss.

(30) Bureau of Justice Statistics, Department of Justice, *Probation and Parole in the United States*, 2016, aprile 2018.

(31) Cfr. *Statement on the Future of Community Corrections*, 2017, in <https://www.bks.harvard.edu/centers/>

(32) Cfr. E. RHINE, F. TAXMAN, *American Exceptionalism in Community Supervision*, in K. REITZ (a cura di), *American Exceptionalism in Crime and Punishment*, Oxford University Press, 2018, p. 369.

(33) M. PHELPS, *The Paradox of Probation. Community Supervision in the Age of Mass Incarceration*, in *Law&Policy*, 2013, n. 1-2, p. 51 ss. ID., *Mass probation: Toward a more robust theory of state variation*, cit.; e, da ultimo, ID., *Mass Probation from Micro to Macro: Tracing the Expansion and Consequences of Community Supervision*, in *Annual Review of Criminology*, 2020, p. 261 ss.

che, in questo primo periodo, il *probation* ha effettivamente svolto una funzione di alternativa alla pena detentiva.

A partire dalla fine degli anni '80, invece, la crescita della popolazione in *probation* non ha contrastato la crescita della popolazione carceraria, che anzi è andata decisamente aumentando: confermando così l'ipotesi che, in questa fase, il *probation* sia stato utilizzato come strumento per ampliare l'area del controllo penale e non per distogliere soggetti dal carcere.

La considerazione della percentuale assai elevata di revoche del *probation* (in alcuni ordinamenti fino all'80%), seguite dall'incarcerazione dei destinatari, ha portato la studiosa ad affermare — come ribadiremo anche più avanti — che l'uso incontrollato del *probation*, lungi dal rappresentare una soluzione al sovraffollamento carcerario, ne è stato una delle sue principali cause.

Osservazioni molto interessanti si ricavano poi dal confronto dei dati tra le varie giurisdizioni statali. In particolare, l'Autrice — studiando la fisionomia del *probation* negli Stati ove il fenomeno del *net widening* si è manifestato con particolare evidenza — ha individuato i fattori chiave di questo effetto perverso: la scelta dei destinatari; la tipologia delle prescrizioni; la revoca automatica in caso di violazione delle prescrizioni applicate con la misura.

4.3. La trasformazione del *probation* nell'era del “*punishment imperative*”: prescrizioni e durata.

Oltre al profilo quantitativo, in questi decenni è mutata la stessa fisionomia del *probation*. In un clima politico in cui l'unico atteggiamento che ‘paga’ è quello del rigore contro il crimine anche il *probation* — da strumento di sostegno per dare una *chance* a chi ha ‘inciampato’ — si è trasformato in uno strumento di controllo dell'autore di reato al di fuori del carcere: come è stato efficacemente scritto, il *probation* è diventato un “*punishment without wall*” (34).

Ciò risulta evidente esaminando il contenuto della misura: il numero e l'afflittività delle prescrizioni sono cresciuti a dismisura in questi decenni. Studi empirici hanno rilevato che, in media, il *probationer* è sottoposto a tre-

(34) Cfr. E. RHINE, F. TAXMAN, *American Exceptionalism in Community Supervision*, cit., p. 374. Occorre poi evidenziare che vale per il fenomeno del *mass probation* la conclusione cui si era già pervenuti studiando il fenomeno della *mass incarceration*, ossia che l'estensione dell'area del ‘controllo penale’ è avvenuto in modo del tutto indipendente dall'andamento della criminalità. Cfr. M. PHELPS, *The Paradox of Probation: Community Supervision in the Age of Mass Incarceration*, in *Law & Policy*, 2013, p. 51 ss.

dici prescrizioni, ma che esistono casi in cui il numero di prescrizioni supera la trentina (35).

Dal punto di vista qualitativo si tratta di prescrizioni molto invasive, che interferiscono pesantemente sulla quotidianità del soggetto che vi è sottoposto. Deve considerarsi poi anche che, per effetto della mancanza di risorse, si è venuta perdendo la possibilità di personalizzare i programmi di trattamento: le prescrizioni sono quindi standardizzate, applicate cioè senza considerazione delle caratteristiche individuali della persona. Il vertiginoso aumento dei soggetti sottoposti a supervisione non è stato infatti supportato da un corrispondente finanziamento dei dipartimenti di *probation*; si consideri a questo proposito che solo il 12% delle risorse destinate all'esecuzione penale è devoluto ai dipartimenti di *probation* (36), con la conseguenza che il carico medio per ogni singolo *probation officer* supera attualmente i cento soggetti (37).

Il fine della supervisione si è dunque spostato dal piano degli interventi riabilitativi a quello del controllo, come si ricava dalla tipologia delle prescrizioni imposte, che in genere consistono in: sottoposizione periodica (anche random) a test antidroga, limitazioni della libertà di circolazione, spesso associate a forme di controllo elettronico, contatti periodici con i *probation officers* (sempre più spesso negli uffici, anziché nelle abitazioni). La mancanza di risorse ha inciso soprattutto sui contenuti trattamentali della misura, che si è di fatto ridotto nella proposta di partecipazione a corsi collettivi di dubbia efficacia: *cognitive behavioral therapy, therapeutic communities, contingency management, drug-treatment*.

L'enfasi sul controllo è particolarmente spiccata nei programmi di "*intensive supervision probation*", introdotti negli anni '90 per gli autori di *felonies* o per i soggetti considerati più pericolosi (38).

L'afflittività della misura deriva poi anche dalle spese non indifferenti che il *probationer* è chiamato a sostenere per finanziare la propria supervisione (ciò che avviene in 44 giurisdizioni statali): si tratta delle spese per i test antidroga o per il funzionamento degli strumenti di controllo elettronico

(35) E. RHINE, F. TAXMAN, *American Exceptionalism in Community Supervision*, cit., p. 382.

(36) Cfr. E. RHINE, F. TAXMAN, *American Exceptionalism in Community Supervision*, in *Exceptionalism in Crime and Punishment*, cit., p. 401 (nt. 1).

(37) E. RHINE, F. TAXMAN, *American Exceptionalism in Community Supervision*, cit., p. 383.

(38) In tema sia consentito rinviare a A. DELLA BELLA, *Il ruolo dell'affidamento in prova nella crisi di certezza e di effettività della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1492 ss.

o anche per la frequenza alle attività trattamentali. È la regola e non l'eccezione che le spese connesse all'esecuzione del *probation* siano nell'ordine delle migliaia di dollari.

Come si è osservato in dottrina, il *probationer* viene di fatto 'tassato', per un servizio che lo Stato svolge nei suoi confronti: una situazione cui si è pervenuti senza alcuna riflessione sulla compatibilità di questa impostazione con gli obiettivi di reinserimento sociale che dovrebbero essere propri del *probation* (39). È del resto immediatamente intuitivo che l'imposizione di obblighi di carattere pecuniario su soggetti che molto spesso si trovano in difficoltà economica può rappresentare un ostacolo insormontabile al processo di risocializzazione. Il problema, come si dirà, sta assumendo dimensioni drammatiche nelle ipotesi, non infrequenti, in cui la gestione del *probation* è privatizzata (cfr. *infra* par. 4.6).

La trasformazione del contenuto del *probation* pone diversi interrogativi. Ai dubbi sull'effettiva coerenza di un *probation* così concepito con le finalità di risocializzazione, si aggiungono quelli sulla sua eccessiva afflittività e sul carattere pesantemente invasivo delle prescrizioni (40). Una chiara spia del problema si rinviene del resto nella prassi, ove sempre più di frequente accade che soggetti che avrebbero i requisiti per accedere al *probation* lo rifiutino, preferendo espiare la pena all'interno del carcere. Tale scelta sembrerebbe discendere, da un lato, dalla percezione del carattere estremamente invasivo del controllo cui si sarebbe sottoposti, dall'altro dalla consapevolezza dell'elevata probabilità della revoca della misura, con conseguente esecuzione della pena in forma intramuraria (41).

L'afflittività del *probation* è ulteriormente aggravata dalla durata della supervisione. Come si è evidenziato in dottrina, il fenomeno del '*mass probation*', infatti, non si è tradotto solo nella smisurata crescita dei soggetti sottoposti alla misura, ma anche in un deciso incremento dei tempi di durata della supervisione. A questo proposito si consideri che, in molte giurisdizioni statali, il *probation* può durare sino a dieci anni. Esistono poi Stati in cui il ter-

(39) E. RHINE, F. TAXMAN, *American Exceptionalism in Community Supervision*, cit., p. 384.

(40) Per una decisa denuncia del carattere gravemente invasivo delle prescrizioni di *probation*, spesso tali da risultare in contrasto con i diritti fondamentali della persona, cfr. A. HORWITZ, *Coercion, Pop-Psychology, and Judicial Moralizing: Some Proposals for Curbing Judicial Abuse of Probation Conditions* in *Washington and Lee Law Review*, 2000, p. 75 ss.

(41) Emblematiche in questo senso le 'raccomandazioni' che si trovano sui siti internet degli studi legali. Cfr. ad es. "Three Advantages to Being Sentenced to Jail Instead of Probation for DWT", in <https://www.bg.org/> O ancora: "Jail or Probation - Which should you choose?", in <https://www.lawfirms.com/>

mine di durata è ancora maggiore: in Alaska ad esempio i *sex offenders* possono essere sottoposti a *probation* per 25 anni. In alcuni ordinamenti infine, si pensi ad esempio all'Arizona, alla Georgia ma anche al civilissimo Stato di New York, il *probation* può essere a tempo indeterminato (si parla in questi casi di “*probation without termination*” oppure di “*lifetime terms of supervision*”) (42).

4.3.1. (segue): revoca e ruolo del probation officer.

Nonostante l'estrema eterogeneità di presupposti e contenuti, gli studi della dottrina mettono in evidenza che nella stragrande maggioranza degli ordinamenti (in quello federale e nella quasi totalità di quelli statali) la violazione di una sola prescrizione può comportare la revoca del *probation* e la conseguente incarcerazione del destinatario. Spesso dunque le “*technical violations*” sono equiparate, quanto alla gravità delle conseguenze, alla commissione di un nuovo reato. Come si è già accennato, la conclusione a cui la dottrina odierna è pervenuta è pertanto che, paradossalmente, l'ampliamento nell'utilizzo del *probation* — pensato originariamente come strumento per combattere il sovraffollamento carcerario — abbia nei fatti rappresentato una delle principali cause dell'aumento della popolazione carceraria. Secondo alcune stime, infatti, circa un quarto della popolazione carceraria sarebbe costituita da soggetti che hanno fatto ingresso in carcere, a causa della revoca di un provvedimento di *probation* (43).

L'aumento del numero dei *probationers*, il deciso spostamento del contenuto del *probation* dal piano del sostegno alla persona a quello del controllo e l'enfasi sulla violazione delle prescrizioni ha determinato anche una sostanziale trasformazione nel ruolo del *probation officer*: se in origine, quando era prevalente l'attività di sostegno alla persona, la sua caratterizzazione era essenzialmente quella di un assistente sociale, oggi il suo ruolo è invece quello di un ‘controllore’, a cui si chiede di vigilare sull'osservanza delle prescri-

(42) Quanto alla durata del *probation*, dalle statistiche di cui si dispone sembrerebbe desumersi che la supervisione dura in media intorno ai 22 mesi. Il dato parrebbe in realtà sottostimato, essendo contemplati anche i casi assai frequenti di revoca (che possono intervenire, ed anzi di regola intervengono, nei primi tempi della supervisione). Cfr. E. RHINE, F. TAXMAN, *American Exceptionalism in Community Supervision*, cit., p. 384, che osservano anche come la durata del periodo di sospensione in Europa sia di gran lunga inferiore.

(43) Cfr. in particolare M. PHELPS, *Mass Probation from Micro to Macro: Tracing the Expansion and Consequences of Community Supervision*, in *Annual Review of Criminology*, 2020, p. 262 ss., che osserva come questa percentuale raggiunga il 45% se si considerano anche i soggetti sottoposti a *parole*.

zioni. Come è stato efficacemente scritto le nuove *parole d'ordine* dei *probation officers* sono diventate: *watching, catching and sanctioning* (44).

L'enfasi che, attualmente, viene posta sull'adempimento degli obblighi di tipo finanziario ha comportato poi un'ulteriore modifica del ruolo del *probation officer*: alla funzione di controllo ora si è infatti aggiunta quella di 'riscossore' delle entrate. Ciò genera effetti perversi nei casi in cui, come accade di frequente, la retribuzione del *probation officer* venga a dipendere, più o meno direttamente, dall'entità delle somme che sono state riscosse: ciò che in alcuni casi si traduce nel prolungamento del periodo di supervisione al solo fine di garantire l'adempimento dei pagamenti dovuti (prassi nota con l'espressione di "*stay to pay*") (45).

4.4. Il "*pay only*" *probation* e le derive della privatizzazione.

In molti ordinamenti il *probation* viene utilizzato nei confronti di soggetti che sono condannati alla sola pena pecuniaria, con l'unico scopo di garantire l'adempimento della prestazione, attraverso la rateizzazione della somma e l'affidamento dell'attività di riscossione ad un soggetto terzo. In questi casi dunque l'unica prescrizione cui è sottoposto il *probationer* è il pagamento mensile di una somma di denaro (c.d. *pay only probation*).

Quasi sempre l'esecuzione di tale forma di *probation* è affidata ad enti privati, il cui compito è esclusivamente quello di assicurare il pagamento della somma dovuta. Il fenomeno merita una breve digressione, se non altro per avere consapevolezza delle derive cui la privatizzazione può giungere.

Ciò che rende particolarmente allettante per le amministrazioni locali, prive di risorse, il servizio offerto dalle "*probation companies*" — che proliferano essenzialmente negli Stati del Sud — è che esso è gratuito: tali enti, infatti, ricavano i loro introiti dagli stessi *probationers*, ai quali viene richiesta la corresponsione di un contributo mensile (che varia dai 35 ai 100 dollari al mese), per tutto il periodo necessario per estinguere la pena pecuniaria a titolo di pagamento delle spese, secondo un modello di "*offender-funded*" *pro-*

(44) Cfr. E. RHINE, F. TAXMAN, *American Exceptionalism in Community Supervision*, cit., p. 398. Gli Autori rilevano come alla trasformazione del ruolo dei *probation officers* abbia contribuito anche la sostanziale mancanza di formazione, dovuta alla gravosa carenza di risorse dei dipartimenti deputati all'esecuzione delle misure. Nella prassi, spesso, i *probation officers* sono soggetti non formati adeguatamente e impreparati a svolgere il delicato ruolo a cui sono chiamati.

(45) Cfr. E. RHINE, F. TAXMAN, *American Exceptionalism in Community Supervision*, cit., p. 384.

bation. Nella maggior parte dei casi, i destinatari del “*pay only probation*” sono autori di reati bagatellari (per lo più reati in materia di circolazione stradale o piccoli reati contro il patrimonio).

Come emerge da un documentato rapporto sul tema, il fenomeno è molto diffuso (46): le *probation companies* operano infatti in più di dodici Stati, gestendo l'esecuzione di centinaia di migliaia di soggetti. In Georgia, uno degli Stati nei quali il fenomeno è più diffuso, solo nel 2012 sono stati affidati alle *probation companies* più di 250.000 *probationers*. Sempre in questo Stato nel 2012 le *probation companies* hanno consentito di versare nelle casse pubbliche 98,6 milioni di dollari. Se questi dati sono resi pubblici, le *companies* invece non dichiarano i loro guadagni, che pure derivano dalle tasche dei *probationers* (47).

Come è stato osservato, i contributi addossati ai *probationers* a titolo di spese costituiscono sostanzialmente una ‘tassa sulla povertà’, che colpisce gli ‘utenti’ in modo inversamente proporzionale alla loro capacità di essere solventi: le spese mensili infatti sono fisse, non essendo proporzionate ai redditi o al patrimonio del *probationer*, ed aumentano con il prolungarsi del tempo di supervisione, con la conseguenza che quanto più il soggetto è in difficoltà economiche, quanto maggiori saranno i debiti che si andranno accumulando. Non è infrequente che un soggetto sia sottoposto al “*pay only probation*” per svariati anni, con la conseguenza che alle somme da pagare a titolo di pena pecuniaria, si aggiungano debiti nell'ordine delle migliaia di dollari nei confronti delle *probation companies*.

Siccome poi il pagamento delle somme dovute viene considerata come una prescrizione di *probation*, l'inadempimento può comportare la revoca del *probation* e l'incarcerazione del soggetto. Dalle statistiche relative all'esecuzione del “*pay only probation*”, si è calcolato che nella sola Georgia siano stati almeno 25.000 i soggetti rientrati in carcere nell'arco di un anno per effetto di questo meccanismo (48). Se è vero che una importante sentenza della

(46) HUMAN RIGHTS WATCH, *Profiting from Probation. America's Offender-funded Probation Industry*, 2014.

(47) Cfr. HUMAN RIGHTS WATCH, *Profiting from Probation*, cit.

(48) Secondo quanto si legge nel report citato (HUMAN RIGHTS WATCH, *Profiting from Probation*, cit.), nella prassi accade anche che, per ottenere il pagamento almeno parziale delle somme dovute, la *probation company* — a seguito dell'incarcerazione del soggetto ma prima dell'udienza di revoca — negozi con lo stesso *probationer* e con i suoi familiari il pagamento di una somma, per ottenere la rimessione in libertà. Per evitare che le spese derivanti da queste *shock incarceration* ricadano sulle casse pubbliche, le *probation companies* prendono in locazione, a proprie spese, delle celle all'interno degli istituti penitenziari, ove collocare temporaneamente i propri clienti. Così ad esempio, nella cittadina di Griffin, in Georgia, è stato stipu-

Corte Suprema degli Stati Uniti, *Bearden v. Georgia* del 1983 (49), ha sancito l'illegittimità della revoca del *probation*, qualora l'inadempimento del soggetto sia dovuto al suo stato di insolvenza, occorre però anche sapere che, di regola, i giudici affidano alle stesse *probation companies* — nonostante l'evidente conflitto di interessi — il compito di verificare la solvibilità del condannato.

5. Il *parole*.

Con tale espressione nel mondo anglosassone ci si riferisce ad un provvedimento di natura discrezionale, adottato in genere da un organo amministrativo, per mezzo del quale il condannato che sta espiando la pena detentiva in forma intramuraria viene rilasciato prima del fine pena in considerazione della condotta serbata e della prognosi positiva. Il condannato (c.d. *parolee*) viene rilasciato sotto condizione, essendo sottoposto per un certo periodo di tempo (di regola determinato ma in alcuni ordinamenti anche indeterminato) all'osservanza di determinate prescrizioni. L'esito positivo della prova determina l'estinzione della pena; l'esito negativo invece determina la revoca della misura e il reingresso in carcere (50).

Il *parole* si colloca dunque nella fase successiva al giudizio e corrisponde, nella sostanza, alla nostra liberazione condizionale.

Sin dalle sue origini la misura — che si è andata diffondendo negli Stati Uniti a partire dalla prima metà del XIX secolo — è stata improntata all'idea dell'individualizzazione del trattamento e della progressività del reinserimento sociale (51). Nella prima fase della sua esistenza, il *parole* si inquadrava all'interno di uno schema di pene indeterminate: il giudice fissava cioè un termine massimo di durata della pena detentiva e prima di questo termine, in qualsiasi momento, l'organo amministrativo competente (il *parole board*), poteva ordinare la liberazione sotto condizione.

lato un accordo tra l'amministrazione locale e la probation company, tale per cui questa ultima si impegna a pagare 2500 euro al mese per poter utilizzare 72 posti della locale *jail*.

(49) U.S. Supreme Court, *U.S. Bearden v. Georgia*, 461 U.S. 660 (1983).

(50) Sull'istituto cfr., tra i tanti, ABADINSKY, *Probation and Parole Theory and Practice*, 1994; CARTER, GLASER, WILKINS, *Probation, Parole and Community Corrections*, 1984; CLEAR, COLE, *American Corrections*, 1994.

(51) Storicamente la misura nasce nel Regno Unito all'inizio del XIX secolo ed è successivamente 'importata' negli Stati Uniti: il primo Stato americano ad adottare in via legislativa il *parole* fu il Massachusetts nel 1846. Esso si diffuse rapidamente nelle giurisdizioni dei vari ordinamenti statali e, nel 1910, fu introdotto anche in quello federale.

Se fino agli anni '70 questo fu il modello di *parole* assolutamente prevalente nei vari ordinamenti degli Stati Uniti, successivamente — con il tramonto dell'ideologia riabilitativa ed il sorgere delle idee del *just desert*, ispirate a canoni neo-retributivi — il sistema delle pene indeterminate venne messo sotto accusa e la discrezionalità degli organi giudiziari e degli organi amministrativi preposti all'esecuzione delle pene fu drasticamente ridotta: in molti ordinamenti si introdusse il sistema delle *guidelines*, con la previsione di minimi di pena detentiva obbligatori. In questo nuovo contesto il ruolo del *parole system* fu ampiamente ridimensionato se non addirittura, in qualche ordinamento, eliminato in radice.

Di regola, oggi, l'applicazione della misura non è più rimessa alla valutazione discrezionale dei *parole boards*, ma è stabilita al momento della condanna: è il giudice cioè che, nella fase del *sentencing*, determina a priori la durata dell'esecuzione intramuraria e della successiva esecuzione in *parole*.

Peraltro, anche negli ordinamenti nei quali il *parole board* ha conservato uno spazio di discrezionalità, il tipo di giudizio ad esso demandato è mutato: alla valutazione individuale, basata sulle caratteristiche soggettive del detenuto, si è sostituita una valutazione effettuata in astratto sulla base del tipo di reato e dei precedenti.

Quanto poi alla fisionomia, il *parole* — non diversamente da quanto accaduto in relazione al *probation* — ha conosciuto un significativo cambiamento. Se tale misura, infatti, nasceva come strumento orientato a scopi risocializzativi, ora è invece strumento di controllo del condannato in libertà: il numero delle prescrizioni è cresciuto e la tipologia è mutata (nella maggior parte dei casi il *parolee* è sottoposto a frequenti *drug-test*, stringenti limitazioni della libertà di circolazione, spesso associate a forme di controllo elettronico, obblighi di presentazione agli uffici dei *probation officers*).

Come per il *probation*, anche nel caso del *parole*, il deciso spostamento del 'baricentro' della misura dal piano del sostegno alla persona a quello del controllo ha determinato un aumento delle revocche e della re-incarcerazione dei condannati. Secondo le statistiche del *Bureau of Justice Statistics* relative al 2014, a livello di giurisdizioni statali, il 27,5% dei detenuti è costituita da *parolees* rientrati in carcere a seguito della revoca della misura (52).

(52) Il dato è peraltro inferiore rispetto a quello di qualche anno fa, cominciandosi fortunatamente a farsi sentire gli effetti delle politiche di decarcerizzazione messe in atto per contenere il sovraffollamento carcerario. Paradigmatico il caso della California, ove nel 2011 la percentuale di revoca del *parole* era del 66% e dove la popolazione detenuta era costituita per il 35% da *parolees* rientrati in carcere a seguito appunto della revoca. Cfr. D. VAN ZYL SMIT, A. CORDA, *American Exceptionalism in Parole*, cit., p. 423.

La disaffezione per il *parole* si è manifestata, in modo evidente, anche in relazione alla pena perpetua: a partire dagli anni '90, infatti, vari Stati hanno introdotto l'ergastolo senza liberazione (c.d. *Life Without Parole Sentence*). Ora tale possibilità è prevista in tutti gli ordinamenti, compreso quello federale, con l'unica eccezione dell'Alaska (53) e gli 'ergastolani senza speranza' — il cui numero è triplicato negli ultimi trenta anni — sono oggi 53.200 (54).

6. Riflessioni conclusive.

Lo studio dell'esperienza degli Stati Uniti può essere di qualche utilità ai fini di una riflessione sulla razionalizzazione del sistema delle misure sospensive nel nostro ordinamento.

La lezione principale che mi sembra possa trarsi dalla vicenda del *mass probation* è che l'incremento dell'utilizzo di misure sospensive non garantisce di per sé la riduzione del terreno occupato dalla pena detentiva.

Tuttavia, solo una reale volontà politica di perseguire finalità di risocializzazione può fermare l'attuale torsione dei fini delle misure di *probation* verso il diverso obiettivo dell'ampliamento del controllo penale. Consapevole di ciò, la dottrina si è interrogata su quali dovrebbero essere le riforme da introdurre, una volta che ci fosse un mutamento nelle politiche criminali (55).

Una prima conclusione cui sembra essere giunti è la necessità di ripristinare strumenti di *diversion* nella fase ante-giudizio da affidare ai *prosecutor*: dovrebbe trattarsi di misure i cui contenuti siano ispirati al paradigma della giustizia riparativa e che conducano, in caso di esito positivo, alla rinuncia dell'esercizio dell'azione penale (56).

Quanto più propriamente al *probation*, lo snodo essenziale riguarda l'individuazione dei destinatari: a questo proposito, la dottrina concorda sul fatto che il *probation* dovrebbe essere destinato di regola ad autori di *felo-*

(53) Cfr. <https://deathpenaltyinfo.org/>

(54) D. VAN ZYL SMIT, A. CORDA, *American Exceptionalism in Parole Release and Supervision: a European Perspective*, in *American Exceptionalism*, cit., p. 441. L'ergastolo senza speranza è stato dichiarato incostituzionale dalla Corte Suprema solo con riferimento a condannati minorenni (nei casi *Graham v. Florida*, 2010; *Miller v. Alabama*, 2012).

(55) TONRY, *Criminal Punishment*, in *Criminal Justice Reform*, 2017, p. 193 ss.

(56) Cfr. Ancora TONRY, *Criminal Punishment*, in *Criminal Justice Reform*, 2017, p. 193 ss.

nies, dovendosi invece prevedere per gli autori di *misdeemeanours* forme di sospensione 'secche', ossia prive di contenuto (57).

Quanto appunto al contenuto, si ribadisce che, se l'obiettivo è quello della risocializzazione, la supervisione dovrà essere necessariamente incentrata su interventi di tipo riparativo e riabilitativo. Per contenere l'afflittività si osserva che anche il tempo della supervisione dovrebbe essere ridotto, individuando in uno o due anni il limite massimo di durata della misura.

Altro profilo centrale è poi quello della revoca: la dottrina è concorde nel ritenere che la causa principale dell'elevato tasso di incarcerazione dei *probationers* è rappresentata dalla sua automaticità: essa infatti sopravviene come conseguenza di qualsiasi violazione, anche lieve, delle prescrizioni. Occorrerebbe invece restituire discrezionalità ai giudici ed introdurre un sistema di sanzioni graduate per i casi di inosservanza delle prescrizioni.

Considerazioni analoghe, sul piano del contenuto e dei meccanismi di revoca, riguardano anche la misura del *parole* (58).

In alcuni recenti contributi, la dottrina si interroga sui criteri da utilizzare per misurare l'esito positivo o negativo del periodo di prova. In particolare, tali studi mettono in discussione ciò che, negli Stati Uniti, sembra invece assodato, cioè che la violazione degli obblighi imposti sia necessariamente il sintomo del fallimento della misura (59).

Il punto di partenza del ragionamento è rappresentato dalla constatazione che l'accertamento di una violazione non dipende solamente dal comportamento individuale, essendo legato ad una serie di variabili del tutto sganciate dal grado di risocializzazione del soggetto. Tra tali variabili assumerebbe un ruolo preminente il livello del *law enforcement*: in questo senso si osserva che le violazioni dovrebbero essere considerate, più propriamente, come la spia del livello di sorveglianza che si attua in un certo contesto (legato al territorio, alla tipologia di reati, alle caratteristiche personologiche di certe categorie di autori).

(57) Cfr. M. PHELPS, *The Paradox of Probation*, cit., p. 52 ss.

(58) Sugli interventi in materia di *parole*, cfr. in particolare D. VAN ZYL SMIT, A. CORDA, *American Exceptionalism in Parole*, cit., p. 423 ss. Nell'ottica di fare del *parole* uno strumento di riduzione del terreno occupato dalla pena detentiva, gli Autori suggeriscono innanzitutto di ridurre la durata della supervisione; di attribuire alla valutazione discrezionale di un giudice — e non come oggi ad un'autorità amministrativa — la decisione sulla revoca; di prevedere un sistema di sanzioni graduate e progressive in caso di violazioni delle prescrizioni, che non implicino in prima battuta la reincarcerazione del condannato.

(59) J.A. BUTTS, V. SCHIRALDI, *Recidivism Reconsidered: Preserving the Community Justice Mission of Community*, Harvard Kennedy School (Papers from the Executive Session on Community Corrections), marzo 2018.

All'esito di tali riflessioni si osserva che se si volesse 'misurare' l'esito delle misure di *probation* con un criterio più coerente con l'obiettivo della ri-socializzazione si potrebbe utilizzare la "*criminal desistance*", da intendersi come l'insieme di segnali che indicano un percorso di reintegrazione sociale in atto: si pensi, ad esempio, alla ripresa dei contatti familiari, alla ricerca del posto di lavoro o di una sistemazione abitativa. È innegabile, infatti, che la ri-socializzazione sia un percorso complesso, a volte non lineare, caratterizzato da passi in avanti ma anche da 'passi all'indietro'. Considerare il percorso del soggetto sottoposto a supervisione nella sua globalità dovrebbe portare il *probation officer* a ragionare in un'ottica di più ampio respiro, non limitata al mero controllo sull'esatto adempimento delle prescrizioni.

Tali considerazioni possono rappresentare interessanti spunti di riflessione anche per il nostro ordinamento: non certo nel senso che la violazione di una prescrizione o la commissione di un reato non debba essere presa in considerazione, ma nel senso però che il suo significato debba essere relativizzato e valutato all'interno di un'osservazione più complessiva dell'evoluzione della personalità, in considerazione del fatto che alla fine "*what you measure is what you get*" (60).

(60) J.A. BUTTS, V. SCHIRALDI, cit.