

EMILIO DOLCINI

PROLEGOMENI A UNA PROPOSTA
DI RIFORMA DELLE MISURE
SOSPENSIVO-PROBATORIE.
IL CONTRIBUTO DELLA COMPARAZIONE
E DI UN'ESPERIENZA SUL CAMPO

 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

PROLEGOMENI A UNA PROPOSTA DI RIFORMA DELLE MISURE SOSPENSIVO-PROBATORIE

IL CONTRIBUTO DELLA COMPARAZIONE
E DI UN'ESPERIENZA SUL CAMPO

di EMILIO DOLCINI

SOMMARIO: *Sezione I.* — 1. Pene principali e misure alternative alla detenzione: in anni recenti molte proposte, pochi interventi di riforma. — 2. Nuove cause di esclusione della punibilità. — 3. Le misure sospensivo-probatorie quale oggetto della nostra ricerca. — 4. Metodo e obiettivi. — 5. Interrogativi. — *Sezione II.* — 6. Dal seminario del 5 maggio 2019: il quadro comparatistico. — 7. Francia e Belgio. — 8. Inghilterra e Galles. — 9. Germania. — 10. Spagna. — 11. Portogallo. — 12. Svezia e Finlandia. — 13. Cile, Argentina e Perù. — 14. Stati Uniti d'America. — 15. Una conclusione interlocutoria.

SEZIONE I

1. Pene principali e misure alternative alla detenzione: in anni recenti molte proposte, pochi interventi di riforma.

La dottrina italiana auspica da tempo una revisione del catalogo delle pene principali (1): tale esigenza muove soprattutto dai cattivi risultati prodotti dalla pena detentiva, che tuttora, ostinatamente, si colloca al centro del

(1) Cfr., fra molti, M. CATENACCI, *Tipologie sanzionatorie: comminatorie edittali e misure alternative: lo stato dell'arte*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1159 ss.; E. DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 863 ss.; L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, ivi, 2002, p. 76 ss.; ID., *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, ivi, 2013, p. 1306 ss.; G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, ivi, 2000, p. 174 ss.; F. PALAZZO, *Riforma penitenziaria o riforma penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1334 ss.; ID., *Quale futuro per le pene alternative?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 539 ss.; C.E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, ivi, 1992, p. p. 545 ss.; M. PELISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 261 ss.

sistema sanzionatorio (2). Quei cattivi risultati sono sotto gli occhi di tutti, anche di chi non vuol vedere, mentre è lontana dall'essere acquisita da tutti la consapevolezza che "l'esistenza stessa del carcere come luogo di reclusione di esseri umani costituisce, o dovrebbe costituire, per la nostra società, un costante assillo etico..., una situazione che può essere tollerata solo in quanto eccezionale" (3).

Il legislatore non è stato però sensibile al richiamo della dottrina, limitandosi, in anni recenti, a dare qualche segnale di attenzione, più o meno forte, che non è mai approdato, d'altra parte, a esiti significativi.

1.1. Nel 2014, a compimento di un processo avviato da un d.d.l. Severino (4), la l. 28 aprile 2014, n. 67 aveva previsto una delega al Governo per l'introduzione di *nuove pene principali* (reclusione domiciliare e arresto domiciliare), destinate a sottrarre terreno alla pena detentiva (fino a 3 anni, con sostituzione obbligatoria; tra 3 e 5 anni, con sostituzione affidata alla discrezionalità del giudice) (5). Per le contravvenzioni si prevedeva soltanto l'arresto domiciliare (6).

Proponendo la pena domiciliare come pena principale, e dunque mettendo sotto tiro l'inossidabile quintetto dell'art. 17 c.p., la l. 67/2014 si collocava sulla linea di una serie di Progetti di riforma del codice penale: i Progetti Grosso (2001), Nordio (2004) e Pisapia (2007) (7). Una proposta analoga era venuta nel 2013 dalla Commissione Palazzo (8), che, tra l'altro, an-

(2) Per tutti, cfr. F. PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in AA.VV., *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di E. Dolcini*, 2018, p. 521 ss.

(3) Così, di recente, G. ZUFFA, *Essere persona in carcere: per un'etica del conflitto*, in *Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, Relazione al Parlamento 2020*, in *Sist. pen.*, 30 giugno 2020, p. 82.

(4) D.d.l. 29 febbraio 2012, presentato dal Ministro della Giustizia Severino, recante "Delega al Governo in materia di depenalizzazione, sospensione del procedimento con messa alla prova, pene detentive non carcerarie, nonché sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili", AC 5019, in *Dir. pen. cont.*, 22 marzo 2012.

(5) Cfr. F. PALAZZO, *Le deleghe sostanziali: qualcosa si è mosso, tra timidezze e imperfezioni*, in C. CONTI, A. MARANDOLA, G. VARRASO, *Le nuove norme sulla giustizia penale*, 2014, p. 151 ss.

(6) La pena dell'arresto, che la delega voleva eliminare dal catalogo delle pene principali, lasciando spazio soltanto all'arresto domiciliare, era peraltro destinata a tornare in vita allorché non risultasse disponibile un domicilio idoneo ad assicurare la custodia del condannato o la condotta del condannato risultasse incompatibile con la prosecuzione dell'esecuzione della pena domiciliare (l. n. 67/2014, art. 1, lett. f). Cfr. F. PALAZZO, *Le deleghe sostanziali*, cit., p. 152.

(7) Il testo dei Progetti e le relazioni che li accompagnavano possono essere consultati in www.ristretti.it.

(8) La Commissione, istituita il 10 giugno 2013 dal Ministro della Giustizia Cancellieri

dando nella direzione indicata dal principio della pena detentiva come *extrema ratio* (9), portava il minimo della reclusione a 2 anni (mentre nella delega della l. 67/2014 rimaneva a 15 gg.) (10).

A dispetto di un ampio consenso manifestato da accademia, magistratura e avvocatura, la delega non è stata però esercitata: le forze politiche, già allora, avevano temuto una perdita di consensi (11). A dire il vero, alcuni settori della stessa dottrina penalistica esprimevano qualche perplessità, denunciando soprattutto il carattere in concreto diseguale della pena domiciliare e il rapporto problematico di questa pena con la finalità rieducativa, fino a paventare che il domicilio potesse divenire “luogo di deformazione dei rapporti personali” (12).

1.2. Un nuovo, importante intervento sul sistema sanzionatorio, limitato però all’ambito penitenziario, era prefigurato — ancora nella forma della delega al Governo — dalla l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. legge Orlando) (13), a monte della quale stava l’imponente lavoro degli Stati generali dell’esecuzione penale (14): interessati erano i *contenuti della pena detentiva* e le *misure alterna-*

con il compito di elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale, ha prodotto uno “*Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale (dicembre 2013)*”, reperibile in www.giustizia.it.

(9) Cfr. R. BARTOLI, *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, fasc. 3/2016, p. 4 ss.; E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 7 ss. e p. 25; F. PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, cit., p. 530.

(10) A proposito di questa significativa divergenza tra i due testi, cfr. M. PELISSERO, *La detenzione domiciliare: i vantaggi in chiave deflattiva e il problema dell’offerta trattamentale*, in A. BERNARDI, M. VENTUROLI (a cura di), *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena e di esecuzione nell’esperienza comparata*, 2018, p. 259.

(11) Cfr. D. BRUNELLI, *Qualche riflessione sulla pena al domicilio all’indomani del mancato esercizio della delega*, in A. BERNARDI, M. VENTUROLI (a cura di), *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa*, cit., p. 265 ss.; A. DELLA BELLA, *Un viaggio tra le misure sospensive: i nodi da sciogliere in attesa della promessa riforma del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 378; M. PELISSERO, *La detenzione domiciliare: i vantaggi in chiave deflattiva e il problema dell’offerta trattamentale*, cit., p. 249.

(12) Così M. PELISSERO, *La detenzione domiciliare: i vantaggi in chiave deflattiva e il problema dell’offerta trattamentale*, cit., p. 251. Nello stesso senso, cfr. M. VENTUROLI, *Verso il riconoscimento di nuove pene principali non carcerarie: la pena domiciliare tra deflazione penitenziaria e umanizzazione del sistema penale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1674.

(13) Cfr. *Riforma dell’ordinamento penitenziario: la proposta della Commissione Giostra, lo schema del decreto legislativo approvato dal governo e i pareri delle commissioni parlamentari*, in *Dir. pen. cont.*, 9 febbraio 2018. Per una panoramica dei contenuti della riforma, e per una valutazione di insieme, cfr. E. DOLCINI, *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in *Dir. pen. cont.*, 22 febbraio 2018.

(14) Il documento finale degli Stati generali dell’esecuzione penale è consultabile in www.giustizia.it. Per un’analisi, cfr. F. FIORENTIN, *Le conclusioni degli Stati generali per la riforma dell’esecuzione penale in Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 6 giugno 2016. V. inoltre G. GIOSTRA,

tive alla detenzione. Sotto quest'ultimo profilo, pareva nuovamente prospettarsi un'attenuazione del carattere 'carcerocentrico' del sistema sanzionatorio penale: il ridimensionamento del ruolo del carcere veniva perseguito, questa volta, senza incidere sul catalogo delle pene principali, bensì — secondo una linea già ampiamente percorsa in passato, a partire dalla riforma penitenziaria del 1975 — attraverso interventi sulle misure alternative alla detenzione, e dunque lasciando sullo sfondo la pena detentiva, che rimaneva oggetto della comminatoria edittale e alla quale poteva farsi ritorno in caso di revoca della misura. Nel contempo, la legge Orlando si proponeva di rimodellare alcuni aspetti della vita penitenziaria, tra l'altro sul versante della libertà di movimento, nelle ore diurne, all'interno della sezione dell'istituto penitenziario.

Il cammino della riforma non è però andato oltre alcuni Schemi di decreto legislativo approvati dal Governo Gentiloni il 15 gennaio 2018, finiti poi su un binario morto per la fine della legislatura (15).

Della riforma penitenziaria tratteggiata dalla legge Orlando poco è rimasto nei dd.lgs. Bonafede del 2 ottobre 2018, n. 121, 123 e 124 (16), dei quali preme qui sottolineare soprattutto la "scelta di mancata attuazione della delega nella parte complessivamente volta alla facilitazione dell'accesso alle misure alternative e alla eliminazione di automatismi preclusivi" (così si legge nella Relazione illustrativa che accompagna il d.lgs. n. 123).

In definitiva, un'altra occasione perduta.

2. Nuove cause di esclusione della punibilità.

In questo arco di tempo, immutato sia il catalogo delle pene principali, sia, sostanzialmente, le condizioni per l'accesso alle misure alternative, si è invece evoluta la categoria della *punibilità* (17).

P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, ivi, 15 luglio 2017, nonché G. GIOSTRA, *Che fine hanno fatto gli Stati generali?*, ivi, 20 aprile 2017.

(15) Cfr. F. DELLA CASA, *L'urgenza della riforma penitenziaria: un malinconico anacronismo nell'era della riscoperta centralità del carcere*, in *Dir. pen. cont.*, 25 giugno 2018.

(16) Cfr. L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in *Dir. pen. cont.*, 16 novembre 2018; A. DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, ivi, 7 novembre 2018; M. RUARO, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le principali novità dei decreti attuativi in materia di semplificazione dei procedimenti e di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria*, ivi, 9 novembre 2018. Inoltre, può vedersi E. DOLCINI, *La pena ai tempi del diritto penale illiberale*, ivi, 22 maggio 2019, p. 3 s.

(17) Sui contenuti e sulla collocazione sistematica di tale categoria, cfr. soprattutto G.

Nel 2014, con la l. 67/2014, è stata introdotta, tra le cause di estinzione del reato, la *sospensione del procedimento con messa alla prova* ex art. 168-bis c.p. (18); nel 2015, in attuazione di una delega contenuta nella l. 67/2014, è stata introdotta l'*esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto* ex art. 131-bis c.p. (19), classificabile tra le cause oggettive di esclusione della punibilità; nel 2017, con la l. 103/2017, è stata introdotta l'*estinzione del reato per condotte riparatorie* ex art. 162-ter c.p. (20)

COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, 2017; G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, 2016; A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, 1998. Nella manualistica, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, pt. gen., IX ed., 2020, p. 469 ss.

(18) Cfr., fra gli altri, O. BINIK, R. CORNELLI, M. DOVA, A. ZAMBURLINI, *La messa alla prova per adulti nel territorio di Milano. Analisi dell'applicazione di una misura innovativa nel panorama sanzionatorio italiano*, in *Rass. it. crim.*, 2018, p. 16 ss.; R. BARTOLI, *Sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 661 ss.; ID., *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2015; V. BOVE, *Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della l. 67/14*, ivi, 25 giugno 2014; ID., *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità?*, ivi, 22 dicembre 2015; C. CONTI, *La messa alla prova tra le due Corti: aporie o nuovi paradigmi?*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 666 ss.; A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, ivi, 2014, p. 676 ss.; M. MIEDICO, *Sospensione del processo e messa alla prova anche per i maggiorenni*, in *Dir. pen. cont.*, 14 aprile 2014; F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1300 ss.

(19) Cfr., fra gli altri, R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 659 ss.; R. BORSARI, *La codificazione della tenuità del fatto tra (in)offensività e non punibilità*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 15 marzo 2016; F. CAPRIOLI, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, fasc. 2, p. 82 ss.; M. CHIAVARIO, *L'espansione dell'istituto della "tenuità del fatto": frammenti di riflessione su alcuni aspetti chiaroscurali*, in S. QUATTROCOLO (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, 2015, p. 239 ss.; C.F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 517 ss.; A. GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.*, in AA.VV., *I nuovi epiloghi*, cit., p. 35 ss.; S. LARIZZA, *La particolare tenuità del fatto: aspetti sostanziali*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Ronco*, 2017, p. 397 ss.; ID., *La particolare tenuità del fatto al vaglio della Corte costituzionale: prime indicazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 638 ss.

(20) Cfr., fra gli altri, G. AMARELLI, *La nuova causa estintiva per condotte riparatorie ex art. 162-ter c.p.*, in *Studium iuris*, 2017, p. 1419 ss.; R. BARTOLI, *Luci, ombre e penombre della riforma Orlando*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2225 ss.; F. CAPOROTUNDO, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie: luci ed ombre dell'art. 162-ter c.p.*, in *Arch. pen.*, 2018, fasc. 1, *www.archiviopenale.it*, 22 gennaio 2018; ID., *L'estinzione del reato per condotte riparatorie alla luce dei più recenti orientamenti della giurisprudenza ordinaria e di quella onoraria*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 2555 ss.; C. GRANDI, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, in LP, *www.laegislazionepenale.eu*, 13 novembre 2017; C. PERINI, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162-ter c.p.: deflazione senza "Restorative Justice"*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1274 ss.; M. RIVERDITI, *Condotte riparatorie e estinzione del reato (art. 162-ter c.p.): un primo sguardo d'insieme*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2227 ss.

Inoltre, in attuazione di ulteriori deleghe contenute nella l. 67/2014, sono stati emanati i dd.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 e n. 8, che hanno trasformato alcuni reati in illeciti civili (tra gli altri, ingiuria, falsità in scrittura privata e danneggiamento semplice) e altri reati in illeciti amministrativi (tra gli altri, atti osceni e omesso versamento di ritenute previdenziali sotto i 10.000 euro), secondo la collaudata strada della depenalizzazione (21): la portata di questi interventi è stata peraltro molto limitata.

Tratti comuni a tali interventi: deflazione processuale, rinuncia alla pena. Il quadro complessivo appare peraltro schizofrenico: mentre si susseguivano riforme che innalzavano le pene per i reati connotati da un elevato allarme sociale e mentre, in generale, la legislazione penale assumeva connotati sempre più marcatamente repressivi, secondo i dettami del c.d. populismo penale (22), attraverso nuove cause di non punibilità il legislatore andava alla “disperata ricerca di decongestionare il nostro sistema sia giudiziario sia penitenziario, spesso sotto le mentite spoglie dell’esigenza rieducativa” (23).

3. Le misure sospensivo-probatorie quale oggetto della nostra ricerca.

Questo lo sfondo sul quale si colloca la nostra indagine: un sistema sanzionatorio le cui linee fondamentali sono rimaste sostanzialmente immutate anche negli anni più recenti, nonostante molteplici, evidenti criticità, che riguardano sia i connotati delle classiche pene principali, detentive e pecuniarie, sia l’esigenza di ripensare la stessa tipologia di sanzioni delineata nell’art. 17 c.p. Le novità più significative, in relazione alle pene principali dell’art. 17 c.p., sono venute non dal legislatore, bensì dalle Corti, nazionali (24) e sovranazio-

(21) Cfr., fra gli altri, A. GARGANI, *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 557 ss.; G.L. GATTA, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *Dir. pen. cont.*, 24 gennaio 2016; R. GUERRINI, *Il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7. I nuovi illeciti civili tipizzati e le relative sanzioni*, in AA.VV., *Le recenti riforme in materia penale*, a cura di G.M. Baccari, C. Bonzano, K. La Regina e E.M. Mancuso, 2017, p. 1 ss., p. 31 ss.; F. PALAZZO, *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 285 ss.; M. RIVERDITI, *L’illecito civile punitivo ex d. legisl. n. 7 del 2016: una prima ricostruzione*, in *Studium iuris*, 2016, p. 667 ss.; N. SELVAGGI, *La depenalizzazione e le altre politiche deflattive nelle più recenti iniziative di riforma (con particolare riferimento alle novità introdotte dalla l. 28 aprile 2014, n. 67)*, in *Arch. pen.*, 2014, p. 417 ss.

(22) V. per tutti M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, 2019.

(23) Così F. PALAZZO, F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, 2018, p. 56.

(24) Ci riferiamo, in particolare, a Corte cost. 11 luglio 2018, n. 149, nonché, anche per

nali (25), e riguardano la pena dell'ergastolo, della quale sembra finalmente prospettarsi, quanto meno, un ridimensionamento del ruolo nel sistema sanzionatorio: è difficile invece pensare, se non in una prospettiva di lungo periodo, alla sua soppressione.

le sue indirette ricadute sull'ergastolo ostativo, a Corte cost. 4 dicembre 2019, n. 253. A proposito di Corte cost. 149/2018, v. fra gli altri E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. cont.*, 18 luglio 2018; F. FIORENTIN, *La Consulta svela le contraddizioni del "doppio binario penitenziario" e delle preclusioni incompatibili con il principio di rieducazione del condannato*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 1657 ss.; D. GALLIANI, *Eguaglianza e rieducazione fanno il trattamento penitenziario, il resto è incostituzionale*, in *Quaderni cost.*, 2018, n. 4, p. 911 ss.; A. GALLUCCIO, *Ergastolo e preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari: dalla Corte costituzionale un richiamo alla centralità del finalismo rieducativo della pena*, in *Quest. Giustizia*, 16 luglio 2018; M. PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1359 ss.; A. PUGIOTTO, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 1646 ss.; F. SIRACUSANO, *Dalla Corte costituzionale un colpo "ben assestato" agli automatismi incompatibili con il finalismo rieducativo della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1787 ss. A commento di Corte cost. 253/2019, v. fra gli altri, S. BERNARDI, *Sull'incompatibilità con la Costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia: in margine a Corte cost. sentenza del 23 ottobre 2019 (dep. 4 dicembre 2019), n. 253*, in *Osservatorio AIC*, 2020, n. 2; M. CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, ivi, 2020, n. 1; D. GALLIANI, R. MAGI, *Permesso premio e regime ostativo. La Corte costituzionale si è espressa, ora la parola passa ai giudici*, in *Quaderni cost.*, 2020, n. 1, p. 134 ss.; A. MENGhini, *La Consulta apre una breccia nell'art. 4-bis o.p.*, in *Osservatorio AIC*, 2020, n. 2; A. PUGIOTTO, *Procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 1; A. RICCI, *Riflessioni sull'interesse del condannato per delitto ostativo e non collaborante all'accertamento di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione con la giustizia ex art. 4-bis, comma 1-bis, o.p. a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 253 del 2019*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 2020, n. 2.

(25) Di grande rilievo, nella giurisprudenza europea, Corte Edu, Sez. I, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia*, definitiva dal 7 ottobre 2019. A commento, cfr. E. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 925 ss.; F. FIORENTIN, *La Corte di Strasburgo conferma: la pena perpetua non riducibile è sempre contraria alla Convenzione europea*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 3056 ss.; D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in *Osservatorio AIC*, 4/2019, p. 191 ss.; M. PELISSERO, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, in *www.sidiblog.org*, 2019, nonché V. MANCA, *Le declinazioni della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti nel dialogo tra le Corti: da Viola c. Italia all'attesa della Corte costituzionale*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 2; A. MARTINO, *L'ergastolo "ostativo" alla prova della Corte EDU. Brevi osservazioni sulla sentenza Viola c. Italia*, in *www.diritticomparati.it*; M.S. MORI, V. ALBERTA, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n. 2) in materia di ergastolo ostativo*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 14 giugno 2019; S. SANTINI, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una*

Va subito segnalato che la nostra ricerca è parte di un più ampio progetto promosso dall'Associazione italiana dei professori di diritto penale. Il progetto comprende, fra l'altro, un'indagine, affidata alla direzione del prof. Palazzo, sulle 'pene alternative', sulle pene cioè non privative della libertà personale (26). Tra i due settori della ricerca potrebbe realizzarsi un intreccio, nella misura in cui dal gruppo di ricerca Palazzo venisse la proposta di ampliare il catalogo delle pene principali, eventualmente annoverando in quel catalogo una o più tra quelle che sono attualmente misure sospensivo-probatorie.

Il compito affidato al nostro gruppo riguarda invece interventi di riforma che potrebbero dare un contributo di razionalità al sistema su un particolare versante, la cui definizione rappresenta il primo passaggio problematico dell'indagine.

L'oggetto di questo studio potrebbe essere individuato con la formula *probation*. Con questa formula, di matrice nordamericana (27), intendiamo istituti attraverso i quali l'autorità statale rinuncia parzialmente all'indefettibilità della pena in funzione di un possibile recupero del reo, istituti caratterizzati da tre elementi: sospensione del processo di criminalizzazione-punizione (che può realizzarsi in stadi diversi della dinamica processuale); imposizione al reo di oneri più tenui rispetto alla sanzione sospesa, finalizzati al reinserimento sociale; affiancamento al reo di persone o enti, in funzione di sostegno durante la prova (28). Il secondo elemento (la presenza di prescrizioni finalizzate al reinserimento sociale), e soprattutto il terzo (interventi di sostegno) mettono però fuori gioco, quanto meno, la sospensione condizionale della pena come attualmente configurata nel nostro ordinamento.

Potremmo allora rifarci al binomio — caratteristico dell'area franco-belga — *sursis simple/sursis avec mise à l'épreuve* (29), dal quale esulano però sia

concreta "via di scampo": dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana, in *Dir. pen. cont.*, 1° luglio 2019.

(26) La complessità dei problemi definitivi e classificatori prospettati dalle 'pene alternative' (evidentemente, alternative al carcere) è ben evidenziata da A. BERNARDI, *Linee evolutive delle misure alternative nel panorama europeo*, in A. BERNARDI, M. VENTUROLI (a cura di), *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa*, cit., p. 11 s.

(27) Nella vastissima letteratura statunitense sul *probation*, v. per tutti H. ABADINSKY, *Probation and Parole. Correction in the Community*, 2017; R.M. CARTER, D. GLASER, L.T. WILKINS, *Probation, Parole and Community Corrections*, 3° ed., 1984; A. CORDA, M. PHELPS, *American Exceptionalism in Probation Supervision*, in AA.VV., *American Exceptionalism in Crime and Punishment*, 2017; J. PETERSILIA, *Probation in the United States, in Crime and Delinquency*, 1997, p. 49 ss.

(28) Cfr. E. FASSONE, *Probation e affidamento in prova*, voce in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, 1986, p. 784.

(29) Cfr. per tutti, nella manualistica, R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, 2000, t. I, p. 1010 ss.; per l'ordi-

misure che intervengano nella fase anteriore alla pronuncia della sentenza di primo grado (come, per la Francia, l'archiviazione condizionata — *classement sous condition*), sia misure che intervengano dopo la formazione del giudicato, nel corso dell'esecuzione della pena (liberazione condizionale — *libération conditionnelle* —, introdotta in Francia nel 1885, pochi anni prima del *sursis simple*, che compare in quell'ordinamento nel 1891).

Propongo, dunque, di fare riferimento a una più vasta categoria di *misure sospensivo-probatorie* (30), con contenuti variabili, alcune collocate nella fase che precede la sentenza di primo grado, altre nella fase compresa tra la sentenza di primo grado e la condanna definitiva, altre nella fase che segue alla formazione del giudicato: suggerisco di designare le tre fasi, rispettivamente, come *fase predecisoria*, *fase decisoria* e *fase esecutiva*.

Misure sospensivo-probatorie sono presenti nell'ordinamento italiano in relazione a ciascuna fase del procedimento.

Mi limito a richiamare i modelli fondamentali, trascurando le varianti minori. Quanto alla fase predecisoria, la *sospensione del procedimento con messa alla prova* (artt. 168-bis ss. c.p.); quanto alla fase decisoria, la *sospensione condizionale della pena* (artt. 163 ss. c.p.); quanto alla fase esecutiva, come forme di sospensione condizionata dell'esecuzione dell'intera pena o di una parte di essa, l'*affidamento in prova al servizio sociale* (art. 47 ord. penit.) e la *liberazione condizionale* (artt. 176 s. c.p.).

Nella storia del nostro ordinamento questo mosaico si compone attraverso tappe così datate: a) 1889, allorché il codice Zanardelli introduce la liberazione condizionale (31); b) 1904, allorché la l. 26 giugno 1904, n. 267 in-

namento belga, F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 2014, p. 656 ss. V. inoltre, fra molti, P. COUV RAT, *Un anniversaire oublié: le centenaire du sursis*, in *Rev. sc. crim. dr. pén. comp.*, 1991, p. 799 ss.; L. RIENEAU, *Le sursis simple est bien complexe: l'article baroque en droit pénal*, ivi, 1992, p. 59 ss.; A. VITU, *Sursis simple ou probatoire et point de départ du délai d'épreuve*, ivi, 1985, p. 286 ss. Nella letteratura italiana, anche per un'attenta ricognizione sulla prassi, cfr. M. VENTUROLI, *Le sorti alterne del principio di individualizzazione della pena nell'attuale sistema sanzionatorio francese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1550 ss. In relazione alla più recente evoluzione delle misure sospensivo-probatorie nell'ordinamento francese, cfr. S. FUCINI, *Loi de réforme de la justice: principales dispositions pénales*, in www.dalloz-actualité.fr.

(30) Si tratta di una terminologia in parte mutuata dallo "Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale (dicembre 2013)", cit., punto 9 della Relazione.

(31) Cfr., fra gli altri, P.M. CORSO, *Liberazione condizionale e processo*, 1979; G. DELITALA, *Pena relativamente indeterminata e liberazione condizionale*, in AA.VV., *Studi Zanzucchi*, 1927, ora in *Raccolta degli scritti. Diritto penale*, 1976, vol. II, p. 557 ss.; G. GRASSO, *Nuove prospettive in tema di riduzioni di pena e di liberazione condizionale*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, 1994, p. 435 ss.; S. LARIZZA, *Liberazione*

introduce la condanna condizionale, che verrà poi trasfusa nel codice di procedura penale del 1913, e infine — come sospensione condizionale della pena (32) — nel codice penale Rocco del 1930; c) 1975, allorché la l. 26 luglio 1975, n. 354 introduce l'affidamento in prova al servizio sociale (33), la cui disciplina verrà poi significativamente modificata soprattutto ad opera della l. 10 ottobre 1986, n. 663 (c.d. legge Gozzini) e della l. 27 maggio 1998, n. 165 (c.d. legge Simeone); d) 2014, allorché la l. 28 aprile 2014, n. 67 introduce la sospensione del procedimento con messa alla prova (34).

4. Metodo e obiettivi.

Chiarito quale sarà l'oggetto della nostra indagine, vengo al metodo e agli obiettivi della ricerca.

Il *metodo* è sintetizzabile, in primo luogo, nella formula della *comparazione giuridica* (35). Ci proponiamo di analizzare alcuni ordinamenti stranieri, europei e extraeuropei, per cogliere i tratti essenziali delle misure sospensivo-probatorie presenti in quegli ordinamenti. Fermeremo l'attenzione sia sulla disci-

condizionale: verso l'abbandono della concezione premiale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 604 ss.; F. RAMACCI, *Riduzioni di pena, liberazione anticipata e liberazione condizionale*, in V. GREVI (a cura di), *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, 1982, p. 115 ss.; G. VASSALLI, *La riforma della liberazione condizionale*, in *Rass. st. penit.*, 1951, p. 1024 ss.

(32) Cfr., fra gli altri, B. ASSUMMA, *La sospensione condizionale della pena*, 1984; A. BARTULLI, *La sospensione condizionale della pena*, 1971; F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Certezza o flessibilità della pena? Verso la riforma della sospensione condizionale*, 2007; D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale della pena. Problemi e prospettive*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Atti del XIII Convegno De Nicola, 2002, p. 115 ss.; L. VERGINE, *Sospensione condizionale della pena*, in *Dig. pen.*, vol. XIII, 1997, p. 443 ss.

(33) Cfr., fra gli altri, A. DELLA BELLA, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 377 ss.; E. FASSONE, *Affidamento in prova al servizio sociale e riforma penitenziaria: un bilancio fra luci ed ombre*, in V. GREVI (a cura di), *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, cit., p. 25 ss.; V. GREVI, *Scelte di politica penitenziaria e ideologie del trattamento nella l. 10 ottobre 1986, n. 663*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario dopo la riforma*, 1988, p. 3 ss.; A. PRESUTTI, *Affidamento in prova al servizio sociale e affidamento con finalità terapeutiche*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit., p. 273 ss.; L. RISICATO, *Le alternative alla detenzione: profili critici e prospettive di riforma. Introduzione*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1517 ss.; M. BORTOLATO, *Le misure alternative tra prassi applicative ed esigenze di riforma*, ivi, p. 1522 ss.

(34) Cfr., fra gli altri, R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 659 ss.; A. MARANDOLA, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, ivi, 2014, p. 674 ss.; F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1300 ss.

(35) Sul ruolo della comparazione giuridica nell'evoluzione delle alternative al carcere in Europa, cfr. A. BERNARDI, *Linee evolutive delle misure alternative nel panorama europeo*, cit., p. 9 ss.

plina normativa, sia — per quanto possibile — sulla prassi. Cercheremo di far luce sull'impatto complessivo delle misure sul sistema sanzionatorio, anche in relazione al ruolo della pena detentiva e ai problemi che la caratterizzano.

In secondo luogo, nell'intento di osservare da vicino la *realità applicativa* degli istituti presenti nel nostro ordinamento, se del caso evidenziandone aspetti critici, ci avvarremo del contributo di alcuni valenti magistrati e avvocati milanesi, che uniranno la loro voce a quella di studiosi accademici, in larga misura giovani o giovanissimi, che hanno aderito con entusiasmo all'invito a collaborare a questa ricerca. Contiamo inoltre sul contributo di chi affronta in prima persona, dal Ministero della Giustizia, i delicati problemi organizzativi inerenti alle misure in esame, all'interno di un più vasto quadro di misure e sanzioni di comunità (36).

Quanto agli *obiettivi*, in ciascun ordinamento straniero, e nella prassi italiana oggetto di osservazione ravvicinata, cercheremo spunti per una riforma del nostro ordinamento: spunti che possano risultare utili al legislatore italiano in vista di una revisione e di un miglior coordinamento delle misure sospensivo-probatorie.

5. Interrogativi.

Al fine di stimolare la riflessione comune, propongo sin d'ora alcuni interrogativi suggeriti dall'ordinamento italiano.

A proposito della *sospensione del procedimento con messa alla prova*:

a) va chiarito *ex lege* se l'applicazione della misura presupponga un sommario accertamento di responsabilità?

b) è ragionevole che chi ha fallito la prova possa approdare a una condanna a pena sospesa o all'affidamento in prova? Sarebbe opportuna una preclusione assoluta o è preferibile che sia il giudice a negare, eventualmente, questo esito?

A proposito della *sospensione condizionale della pena*:

(36) Secondo quanto si legge dalla Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa R(2017)3, "il termine 'misure e sanzioni di comunità' significa sanzioni e misure che mantengono gli imputati o gli autori di reato nella comunità ed implicano alcune restrizioni alla loro libertà attraverso l'imposizione di condizioni e/o obblighi. Il termine designa ogni sanzione imposta da un'autorità giudiziaria o amministrativa, ed ogni misura adottata prima o in luogo di una decisione su una sanzione, e le modalità di attuazione di una pena di reclusione fuori dal carcere" (*rm.coe.int*). In Italia la struttura di riferimento in questa materia è la Direzione generale esecuzione penale esterna e di messa alla prova, nell'ambito del Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità del Ministero della Giustizia.

a) va mantenuta la scelta di consentire l'applicazione dell'istituto in caso di condanna a pena pecuniaria?

b) le pene accessorie devono rimanere nell'orbita della sospensione condizionale?

c) è accettabile che la prassi della sospensione condizionale non venga monitorata dal Ministero della Giustizia?

A proposito dell'*affidamento in prova al servizio sociale*:

a) l'affidamento in prova deve essere concepito, e disciplinato dalla legge, prevalentemente come strumento di reinserimento sociale o come strumento di deflazione penitenziaria?

b) il ruolo della misura nel sistema può prescindere dall'investimento di risorse, umane e strutturali?

c) l'affidamento in prova oggi viene disposto a notevole distanza di tempo dalla condanna e per lo più dallo stato di libertà: la misura andrebbe dunque trasformata in pena principale, applicabile dal giudice di cognizione? O comunque è auspicabile che la sua applicazione sia affidata a quest'ultimo giudice?

A proposito, infine, della *liberazione condizionale*, mi richiamo alla riforma penitenziaria Orlando (37), della quale sottolineo tre aspetti (38), non presi in considerazione nei decreti legislativi Bonafede: a) la riforma inquadrava la liberazione condizionale tra le misure alternative alla detenzione (art. 19 co. 1), trasferendone la disciplina agli artt. 54-*bis* e 54-*ter* ord. penit.; b) attribuiva la revoca dell'istituto alla discrezionalità del giudice (art. 19 co. 2); c) per il condannato all'ergastolo prevedeva la possibilità di accedere alla liberazione condizionale, non solo alle condizioni attualmente previste all'art. 176 co. 3 c.p., ma anche allorché il condannato avesse sperimentato in modo positivo e costante, per cinque anni consecutivi, il regime di semilibertà (art. 19 co. 1 n. 4), al quale poteva a sua volta essere ammesso dopo aver fruito con successo di permessi-premio per cinque anni. Dunque: dopo dieci anni potevano essere concessi permessi-premio, dopo altri cinque anni la semilibertà, dopo altri cinque anni la liberazione condizionale.

Ciascuno di questi punti merita un'attenta considerazione, che traduco nei seguenti quesiti:

a) la liberazione condizionale dovrebbe collocarsi tra le misure alternative?

(37) Cfr. *Schema di d.lgs. recante "Riforma dell'ordinamento penitenziario in attuazione della delega di cui all'art. 1, co. 82, 83 e 85, lettere A, B, C, D, E, F, H, I, L, M, O, R, S, T e U della legge 23 giugno 2017, n. 103"*, in *Dir. pen. cont.*, 22 febbraio 2018. Sulla riforma Orlando e sulla riforma Bonafede, cfr. *supra*, 1.2.

(38) Cfr. E. DOLCINI, *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in *Dir. pen. cont.*, 22 febbraio 2018.

b) va riformulato l'art. 177 co. 1 c.p., nella parte in cui attribuisce carattere obbligatorio alla revoca dell'istituto (39)?

c) dovrebbero ampliarsi le condizioni attualmente previste per l'accesso alla liberazione condizionale da parte del condannato all'ergastolo?

SEZIONE II

6. Dal seminario del 5 maggio 2019: il quadro comparatistico.

L'analisi di diritto comparato è stata svolta da un gruppo di ricerca costituito da unità delle Università di Ferrara, di Trento, di Firenze, dell'Insubria, di Sassari, di Milano Bocconi e di Milano Statale: dal seminario tenutosi nell'Università Statale di Milano il 5 marzo 2019 è emerso un vasto quadro delle misure sospensivo-probatorie presenti in svariati ordinamenti europei ed extraeuropei, un quadro destinato ad essere ulteriormente arricchito e precisato nella seconda fase della nostra ricerca. Mi sembra utile proporre, ora, un breve riepilogo di quelle analisi (40), così da saldare idealmente la prima e la seconda fase della ricerca. Al riepilogo aggiungerò qualche dato ulteriore e alcune osservazioni personali.

7. Francia e Belgio.

Muovo dall'area franco-belga, oggetto di una relazione presentata da Alessandro Bernardi e Marco Venturoli.

(39) Così si legge nell'art. 177 co. 1 c.p.: "La liberazione condizionale è revocata, se la persona liberata commette un delitto o una contravvenzione della stessa indole, ovvero trasgredisce agli obblighi inerenti alla libertà vigilata, disposta a termini dell'art. 230 n. 2". Questa disposizione è stata peraltro dichiarata costituzionalmente illegittima per contrasto con l'art. 27 co. 3 Cost. "nella parte in cui prevede la revoca della liberazione condizionale nel caso di condanna per qualsiasi delitto o contravvenzione della stessa indole, anziché stabilire che la liberazione condizionale è revocata se la condotta del soggetto, in relazione alla condanna subita, appare incompatibile con il mantenimento del beneficio" (Corte cost. 23 dicembre 1998, n. 418).

(40) L'esposizione che segue non sarà di regola corredata da note bibliografiche, ad eccezione del richiamo a fonti diverse dai contributi di diritto straniero e comparato forniti dalle diverse unità che partecipano a questa ricerca.

7.1. In *Francia* le misure sospensivo-probatorie sono presenti in molteplici varianti nelle diverse fasi del procedimento, con un'area applicativa complessivamente molto ampia.

Già il carattere discrezionale dell'azione penale fa spazio a una forma di rinuncia condizionata all'esercizio dell'azione penale (*classement sous condition*) (art. 41-1 c.p.p.), di competenza del pubblico ministero, che trova larga applicazione nella prassi.

Nella fase decisoria, coesistono diverse forme di *sursis*, connotate o no da interventi di sostegno e controllo da parte di agenti di *probation*, applicabili di regola quando la condanna abbia ad oggetto una pena detentiva fino a cinque anni (41) (ovvero, fra l'altro, una pena pecuniaria o una pena interdittiva) (art. 132-31 c.p.): 'sospensione semplice' (*sursis simple*) (artt. 132-29 ss. c.p.), 'sospensione con messa alla prova' (*sursis avec mise à l'épreuve*) (artt. 132-40 ss. c.p.) e 'sospensione con obbligo di svolgere un lavoro di pubblica utilità' (*sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général*) (artt. 132-54 ss. c.p.). Inoltre è presente un'autonoma sanzione prescrittiva (*contrainte pénale*) (artt. 713-42 ss. c.p.p.) (42), i cui contenuti ricalcano quelli del *sursis avec mise à l'épreuve* e che può essere sostituita all'*emprisonnement* fino a dieci anni.

Questo quadro è destinato però a mutare profondamente il 24 marzo 2020, quando entrerà in vigore una riforma introdotta dalla l. 23 marzo 2019, n. 222, per effetto della quale le misure della sospensione con prova, della sospensione con obbligo di svolgere un lavoro di pubblica utilità e della *contrainte pénale* cederanno il passo a un'unica misura, il *sursis probatoire* (artt. 132-40 ss., nuovo testo, c.p.), assoggettato agli stessi limiti di pena concreta previsti oggi per la sospensione con prova (art. 132-41, n.t., c.p.): tra gli obiettivi della riforma, quello di superare i problemi di coordinamento posti dalla pluralità di misure che oggi si affollano nella fase decisoria.

Analoghi a quelli del *sursis probatoire*, infine, anche i contenuti della 'liberazione condizionale' (*libération conditionnelle*) (artt. 729 ss. c.p.p.), che ha un'area applicativa più ampia di quella che le è assegnata nel nostro ordinamento (la pena residua, fra l'altro, può raggiungere quindici anni).

(41) Nei confronti del recidivo, il limite per l'applicabilità del *sursis avec mise à l'épreuve* e del *sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général* sale a 10 anni (art. 132-41 co. 1 e art. 132-56 c.p.).

(42) Così si è espressa a proposito della *contrainte pénale*, all'indomani della sua introduzione, un'autorevole dottrina francese: "Una pena inutile e i cui effetti rischiano di essere controproducenti, in quanto rischia di mobilitare i 'servizi penitenziari di inserimento e di *probation*' (SPIP) a detrimento di altre pene e misure di comunità per le quali tali strutture già soffrono di una insufficienza di mezzi". Così P. PONCELA, *Les peines extensibles de la loi 15 aout 2014*, in *Rev. sc. crim. dr. pén. comp.*, 2014, p. 611 s.

Se si considera poi che l'ordinamento francese conosce una vasta gamma di pene non detentive (43) (oltre alle misure sospensivo-probatorie di cui ho fatto cenno), che il giudice gode di margini di discrezionalità particolarmente ampi e che il ruolo solo sussidiario dell'*emprisonnement sans sursis* è espressamente enunciato nel codice penale (art. 132-19 co. 2 c.p.) (44), parrebbe delinearsi in quell'ordinamento un quadro esemplare per chi creda (anche) nelle potenzialità deflative delle misure di cui ci stiamo occupando.

Questa aspettativa, avvalorata fra l'altro dalla rilevante dimensione prasseologica del *sursis*, si ridimensiona però a fronte di tassi di carcerazione e di affollamento delle carceri superiori a quelli italiani (45): al 31 gennaio 2018, il tasso di carcerazione in Francia era pari a 103,5 su 100.000 abitanti (96 in Italia), mentre il tasso di affollamento era pari a 116,3% (Italia: 115%). Una situazione insoddisfacente, alla quale la riforma che entrerà in vigore a marzo 2020 si propone di porre rimedio.

7.2. Il panorama delle misure sospensivo-probatorie in *Belgio* presenta molte analogie con quello relativo alla Francia, al di là della comune opzione per il principio di opportunità dell'azione penale.

Gli aspetti più interessanti del modello belga riguardano la fase decisoria, caratterizzata da un complesso sistema di misure sospensivo-probatorie, la cui area applicativa è individuata dalla legge in funzione dell'entità della pena concreta e dei precedenti del soggetto: la 'sospensione della pronuncia della condanna' (*suspension du prononcé de la condamnation*) (artt. 3 ss. l. 29 giugno 1964, *Loi concernant la suspension, le sursis et la probation*), la 'sospensione semplice' (*sursis simple*) (artt. 8 ss. l. 29 giugno 1964), la 'sospensione con prova' (*sursis probatoire*) (artt. 8 ss. l. 29 giugno 1964) e il '*probation* autonomo' (*probation autonome*) (art. 37-octies c.p.) (46). Le prime tre misure

(43) Per un quadro del sistema sanzionatorio penale francese, cfr. P. PONCELA, *Droit de la peine*, 2001, p. 119 ss. Nella letteratura italiana, cfr. F. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, 3° ed., 2013, p. 148 ss. La politica sanzionatoria del legislatore francese trova espressione emblematica nell'art. 131-6 c.p., che contiene un elenco di ben quindici pene correzionali (applicabili, cioè, all'autore di un delitto) a contenuto privativo o restrittivo di diritti.

(44) "In materia correzionale, la pena dell'*emprisonnement* senza sospensione può essere applicata soltanto come *ultima ratio*, se la gravità del reato e la personalità del suo autore rendono questa pena necessaria e ogni altra sanzione è manifestamente inadeguata".

(45) Cfr. *Council of Europe Annual Penal Statistics, Space I 2018*, tav. 3, p. 28 e tav. 16, p. 65, in *www.coe.int*.

(46) La sospensione della pronuncia della condanna è riservata a soggetti che non abbiano riportato una precedente condanna superiore a sei mesi; la sospensione semplice e la sospensione con prova, rispettivamente, a chi non abbia riportato una precedente condanna su-

possono essere disposte a condizione che la pena concreta non superi i cinque anni; la *probation autonome* soggiace invece a un limite di pena astratta, fissato in vent'anni di reclusione, con alcune esclusioni per titoli di reato. Qualora la misura (sospensione della pronuncia della condanna, *sursis probatoire*, *probation autonome*) abbia un contenuto prescrittivo, il condannato viene affidato ad un 'assistente di giustizia', che agisce sotto la supervisione di una commissione di *probation* (artt. 9 ss. l. 29 giugno 1964).

Va sottolineato che tra le pene 'sospensibili' la legislazione belga annovera, accanto all'*emprisonnement*, anche la pena pecuniaria; sono invece esclusi il lavoro di pubblica utilità, la sorveglianza elettronica e la confisca.

Quanto alla prassi, in assenza di dati relativi alla *probation autonome*, in vigore dal 2016, ciascuna delle altre misure sospensivo-probatorie previste per la fase decisoria trova applicazioni significative, sia pure con un andamento non lineare nel tempo: risultano ampiamente applicate sia la sospensione della pronuncia della condanna, sia il *sursis*, in entrambe le forme, con un incremento, negli ultimi vent'anni, del *sursis probatoire* a scapito del *sursis simple*.

Anche nella fase dell'esecuzione la legislazione belga contempla misure sospensivo-probatorie, con alcuni aspetti peculiari. Per pene detentive fino a tre anni coesistono due istituti — 'liberazione provvisoria' (*libération provisoire*) e 'liberazione condizionale' (*libération conditionnelle*) (artt. 25 ss. l. 17 maggio 2006, *Loi relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine*) — la cui applicazione è rimessa al direttore dell'istituto penitenziario, che può disporre l'una o l'altra in momenti diversi dell'esecuzione della pena detentiva (soltanto per la liberazione condizionale si richiede che sia stato scontato almeno un terzo della pena). Quest'ultima condizione è prevista, per la liberazione condizionale, anche quando la pena detentiva abbia un ammontare superiore a tre anni, nel qual caso competente è l'autorità giudiziaria (più precisamente, il Tribunale dell'applicazione delle pene); quando si tratti di pena detentiva perpetua, lo stesso giudice può disporre la misura dopo un minimo di dieci anni. Nella prassi, la liberazione provvisoria ha un ruolo molto più rilevante di quello della liberazione condizionale.

Anche in Belgio, come in Francia, l'ampio spettro di misure sospensivo-probatorie non esclude che sia il tasso di carcerazione, sia la densità carceraria

periore a un anno o superiore a tre anni; il *probation* come pena autonoma è applicabile indipendentemente dai precedenti del soggetto.

ria siano piuttosto elevati, collocandosi a livelli prossimi a quelli francesi: nel 2016 (47) in Belgio il tasso di carcerazione era pari a 102,7 su 100.000 abitanti; il tasso di affollamento delle carceri era pari a 119,4% (superiore di due punti e mezzo rispetto a quello registrato nello stesso anno in Francia).

8. Inghilterra e Galles.

Luci ed ombre anche nell'esperienza di Inghilterra e Galles, della quale hanno riferito Melissa Miedico e Antonia Menghini. Anche in questo ordinamento sono presenti diverse misure sospensivo-probatorie, supportate da una struttura (*National probation service*) senz'altro adeguata: tra le misure, spicca, anche nella prassi, il *community order* con *rehabilitation activity requirement*, autonoma sanzione non detentiva, che comporta un programma di trattamento e interventi di controllo/sostegno nei confronti del condannato.

Le *luci*: come in Francia, anche in Inghilterra il principio di sussidiarietà della pena detentiva è enunciato per legge (48); secondo una consolidata tradizione, una relevantissima quota di condanne (nel 2017, il 75%) ha per oggetto la sola pena pecuniaria; la recidiva viene attentamente monitorata in relazione sia ai condannati a pena detentiva, sia ai condannati a misure di comunità; il numero di persone sottoposte a prova risulta in crescita: così, quanto meno, fino al 2015.

Le *ombre*: a partire dal 2015 si registrano alcuni segnali di crisi del *probation* (applicazioni meno frequenti, parziale privatizzazione della gestione della misura); il tasso di carcerazione, nel 2018, è pari — addirittura — a 142,4 (su 100.000 abitanti), ben al di sopra sia della mediana europea (97,42), sia del valore — come si è detto, pari a 115 — relativo all'Italia (peraltro, l'Inghilterra non conosce problemi di sovraffollamento carcerario, con una densità pari a 97,2%) (49).

(47) Nel Rapporto *Space I 2018* non compaiono dati relativi al Belgio. Nel 2016 in Francia il tasso di carcerazione era pari a 102,6 su 100.000 abitanti, mentre la densità carceraria era pari a 116,9.

(48) “La corte non può applicare una pena detentiva se non in quanto ritenga che il reato... sia così grave che né una sola pena pecuniaria né una *community sentence* sarebbero sufficienti nel caso concreto” (*Criminal Justice Act 2003*, Sez. 152.2, in *www.legislation.gov.uk*).

(49) Cfr. *Council of Europe Annual Penal Statistics, Space I 2018*, tav. 3, p. 28 e tav. 16, p. 65, in *www.coe.int*.

9. Germania.

Quanto alla Germania, della quale hanno riferito Roberto Bartoli, Davide Bianchi e Andrea Galante, sottolinea in primo luogo che l'ordinamento tedesco — non diversamente da quello del Regno Unito — attribuisce ampio spazio alla pena pecuniaria, che viene utilizzata nelle comminatorie edittali, in alternativa alla pena detentiva, anche per reati di media gravità e che, nell'applicazione giurisprudenziale, conquista terreno a spese della pena detentiva per effetto della previsione del par. 47 c.p., che impone al giudice di applicare una pena detentiva inferiore a sei mesi solo “in casi eccezionali” (la rubrica della disposizione ora citata recita “*Kurze Freiheitsstrafe nur in Ausnahmefällen*”).

Misure riconducibili alla famiglia del *probation* sono presenti nell'ordinamento tedesco in ciascuna delle tre fasi del procedimento.

Nella fase predecisoria, il codice di procedura penale tedesco prevede l'astensione dal perseguimento con obblighi e prescrizioni' (*Absehen von der Verfolgung unter Auflagen und Weisungen*) (par. 153 a c.p.p.), che — quando si tratti di un delitto — può essere provvisoriamente disposta dal pubblico ministero, con il consenso del giudice e dell'incolpato, a condizione che gli obblighi e le prescrizioni (eventualmente comprensivi di un percorso di mediazione tra autore e vittima) appaiano idonei a soddisfare l'interesse pubblico al perseguimento penale e non vi si opponga la gravità della colpevolezza. L'istituto presenta caratteri che lo avvicinano, nel nostro ordinamento, per un verso alla sospensione del procedimento con messa alla prova *ex art. 168-bis* c.p. (tra l'altro, la misura può essere disposta anche dopo l'esercizio dell'azione penale, comportando, in questo caso, la sospensione del procedimento), per altro verso alla tenuità del fatto *ex art. 131-bis* c.p. L'adempimento degli obblighi e delle prescrizioni comporta che il fatto non possa essere più essere perseguito come delitto.

Nella fase decisoria il codice penale tedesco contempla la ‘sospensione della pena con prova’ (*Strafaussetzung zur Bewährung*) (parr. 56 ss. c.p.), assimilabile, nel nostro ordinamento, in parte alla sospensione condizionale della pena e in parte all'affidamento in prova. Tra gli aspetti salienti: l'applicabilità alla sola pena detentiva — per la pena pecuniaria esiste una misura sospensiva, l'ammonizione con riserva di pena' (*Verwarnung mit Strafvorbehalt*) (parr. 59 ss. c.p.), di scarsissima rilevanza nella prassi —; un limite di pena unico, fissato in due anni; l'ampiezza dei poteri discrezionali attribuiti al giudice in ordine all'applicazione della misura, alla definizione dei suoi contenuti, alla durata e alla revoca; l'assenza di preclusioni soggettive (legate a pre-

cedenti condanne o a precedenti applicazioni dello stesso istituto); la possibilità di revoca — entro l'anno — della remissione della pena, remissione che consegue all'esito positivo della prova.

La razionalità dell'assetto normativo di questa misura trova conferma nella prassi. La sospensione della pena con prova è applicata largamente (intorno al 75% dei casi in cui potrebbe trovare applicazione); è sistematicamente dotata di contenuti (riparatori, specialpreventivi e di aiuto/controllo affidato ad un 'assistente alla prova'), connotati da un alto grado di effettività; ha esito largamente positivo (nel 2010 per il 70% dei casi).

Nella fase esecutiva, infine, è presente una misura sospensivo-probatoria, designata come 'sospensione del residuo di pena' (*Aussetzung des Strafrestes*) (parr. 57 ss. c.p.), assimilabile alla nostra liberazione condizionale: la misura riguarda sia i condannati a pena detentiva temporanea (con presupposti diversi a seconda che il condannato si trovi in carcere per la prima volta o abbia già sperimentato in precedenza la pena detentiva), sia i condannati alla pena detentiva perpetua (che vi possono essere ammessi dopo che abbiano scontato almeno quindici anni di pena). Quanto ai contenuti, alla revoca e agli effetti della prova, valgono le stesse regole dettate per la sospensione della pena con prova. Anche sotto questo profilo, il sistema tedesco si segnala per coerenza interna.

Gli ampi spazi attribuiti nell'ordinamento tedesco sia alla pena pecuniaria, sia al *probation* contribuiscono a far sì che la Germania sia immune da problemi di sovraffollamento carcerario. Dalle rilevazioni del Consiglio d'Europa risulta infatti che nel 2018 il tasso di affollamento delle carceri tedesche era pari all'87,4% (mentre il tasso di carcerazione era di 77,5 su 100.000 abitanti) (50).

10. Spagna.

La Spagna, la cui esperienza è stata illustrata da Luciana Goisis, non valorizza particolarmente le misure sospensivo-probatorie, che, in quell'ordinamento, si riducono a due: la 'sospensione dell'esecuzione della pena detentiva' (*suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*) (artt. 80 ss. c.p.) e la 'liberazione condizionale' (*libertad condicional*) (artt. 90 ss. c.p.).

(50) Cfr. *Council of Europe Annual Penal Statistics, Space I 2018*, tav. 3, p. 28 e tav. 16, p. 65, in *www.coe.int*.

La sospensione dell'esecuzione della pena detentiva (applicabile anche alla detenzione domiciliare, ma non — evidentemente — alla pena pecuniaria, né alle pene accessorie, ed eventualmente corredata da prescrizioni, di contenuto interdittivo o riabilitativo, che possono comprendere percorsi di mediazione) è stata a lungo sottoposta a limiti stringenti, ampliati solo da ultimo: i limiti ordinari di pena concreta sono stati riportati a due anni nel 1995, dopo che per oltre sessant'anni erano fissati a un anno; in caso di cumulo di pene detentive è ammessa l'applicazione della sospensione condizionale purché ciascuna pena non superi i due anni; la revoca della misura non consegue più in forma automatica alla commissione di un nuovo reato durante il periodo di sospensione, ma è subordinata a una valutazione discrezionale del giudice, il quale ritenga smentita la prognosi formulata al momento della concessione della misura.

Questa revisione dei limiti di applicabilità della misura non ha peraltro prodotto risultati importanti nella prassi: la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva continua a trovare un'applicazione relativamente modesta, a differenza di quanto accade nella grande maggioranza degli altri ordinamenti, europei ed extraeuropei.

Anche la liberazione condizionale è sottoposta a condizioni restrittive, a confronto con quelle previste nel nostro ordinamento: in primo luogo, il condannato deve avere scontato almeno tre quarti della pena. Posto che la liberazione condizionale, pur corredata da prescrizioni, è concepita come forma di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, e non come modalità esecutiva della stessa pena, la revoca comporta l'esecuzione della pena detentiva per tutto l'ammontare che residuava al momento della liberazione condizionale.

Se si considera poi che le condanne a pena pecuniaria occupano, nella prassi sanzionatoria spagnola, un ruolo minoritario, non dissimile da quello rivestito in Italia (tra il 20 e il 30% del totale) (51), non sorprende che, a dispetto di tassi di criminalità tra i più bassi in Europa, il tasso di carcerazione in Spagna sia decisamente elevato: nel 2018, 126,7 per 100.000 abitanti (52).

Tutto ciò premesso, ci si potrebbe attendere che le carceri spagnole siano sovraffollate. Non è così: nel 2018, il tasso di affollamento delle carceri in Spagna era pari al 71, 8% (53), un valore tra i più bassi in Europa. Tra i fattori che hanno propiziato questo risultato, spicca un cospicuo incremento, in

(51) Cfr. E. DOLCINI, *Superare il primato del carcere: il possibile contributo della pena pecuniaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 409 ss.

(52) Cfr. *Council of Europe Annual Penal Statistics, Space I 2018*, cit., tav. 3, p. 28.

(53) Cfr. *Council of Europe Annual Penal Statistics, Space I 2018*, cit., tav. 16, p. 65.

anni recenti, della capienza degli stabilimenti penitenziari, passata da 55.421 unità nel 2009 a 82.405 nel 2018 (54): inoltre, si segnala una generale diminuzione dell'entità delle pene detentive (55), in astratto e in concreto (tra l'altro, il codice penale, all'art. 36 co. 2, fissa in tre mesi il minimo della pena detentiva, che anzi, prima della riforma del 2003, ammontava a sei mesi), nonché una significativa riduzione dei tassi di criminalità (56).

Si deve dunque registrare un sostanziale successo nella lotta al sovraffollamento carcerario (57) in un Paese che non ha puntato né sulla pena pecuniaria, né sul *probation*.

11. Portogallo.

Il Portogallo, del quale hanno riferito Antonia Menghini e Luciana Goisis, si segnala per un quadro di misure sospensivo-probatorie coordinato e coerente, che si compone di tre elementi — la 'sospensione provvisoria del processo' (*suspensão provisória do processo*) (artt. 281 e 282 c.p.p.), la 'sospensione dell'esecuzione della pena detentiva' (*suspensão da execução da pena de prisão*) (artt. 50 ss. c.p.) e la 'libertà condizionale' (*liberdade condicional*) (artt. 61 ss. c.p.) — collocati rispettivamente nella fase predecisoria, in quella decisoria e in quella esecutiva. Ciascuna delle tre misure può essere 'vuota', oppure corredata da prescrizioni, o, ancora, corredata dall'affidamento del soggetto ai servizi sociali.

Nella prassi, i numeri più rilevanti riguardano la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva (della quale fruivano, a fine 2017, un numero di condannati superiore rispetto a quello dei detenuti); peraltro, anche la sospensione provvisoria del processo e la libertà condizionale trovano applicazioni quantitativamente significative. Quanto ai tassi di successo, i dati disponibili, relativi alla sola sospensione del processo, attestano un 70% di esiti favorevoli.

(54) *Ibidem*.

(55) Cfr. C. RODRÍGUEZ YAGÜE, *Sobrepoblación penitenciaria y estrategias de intervención: el caso español*, in A. BERNARDI, M. VENTUROLI (a cura di), *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa*, cit., p. 297 ss., in particolare p. 333.

(56) Cfr. C. RODRÍGUEZ YAGÜE, *Sobrepoblación penitenciaria*, cit., p. 356 s.

(57) Ne dà atto, pur mettendo in guardia contro ogni tentazione di autocompiacimento, C. RODRÍGUEZ YAGÜE, *Sobrepoblación penitenciaria*, cit., p. 357 s., la quale segnala che il tasso di affollamento era sceso, negli istituti penitenziari dipendenti da Ministero dell'Interno, da 153% nel 2009 a 82,3% nel 2015.

Le aspettative suscitate da questo quadro di insieme urtano però contro i dati relativi al tasso di carcerazione della popolazione portoghese, che al 1° gennaio 2018 era di 130,6 su 100.000 abitanti (58): sensibilmente superiore, dunque, alla mediana europea. Anche il problema del sovraffollamento non risulta del tutto risolto in Portogallo: dopo aver raggiunto, nel 2008 una punta del 120%, l'affollamento delle carceri si attestava all'inizio del 2018 al 105,6% (59).

12. Svezia e Finlandia.

Svezia e Finlandia, delle quali hanno riferito Francesca Anghileri e Fiorenza Facchini, si caratterizzano per l'ampio spazio attribuito alla pena pecuniaria (ovviamente strutturata per tassi) e per una seria attuazione del principio della pena detentiva come *ultima ratio* (per la Svezia, cap. 30 sez. 4 c.p.): in questo contesto, l'uno e l'altro ordinamento prevedono misure di comunità, e in particolare misure sospensivo-probatorie.

L'ordinamento svedese contempla nella fase decisoria la 'sospensione condizionale della condanna' (*conditional sentence — villkorlig dom*) (cap. 27 c.p.) e il *probation* (*skyddstillsyn*) (cap. 28 c.p.): quest'ultima misura comporta un programma di trattamento che può essere sottoposto alla supervisione del 'Servizio svedese per il carcere e il *probation*' (*probation with supervision*) (cap. 28 sez. 5 c.p.) e assume connotati peculiari quando si rivolge a tossicodipendenti o alcooldipendenti (*contract treatment — kontraktsvård*); nella fase esecutiva, il codice penale svedese prevede la 'liberazione condizionale' (*conditional release — villkorligfrigivning*) (cap. 26 c.p.), in alternativa alla quale può essere disposto — per gli ultimi sei mesi di esecuzione della pena — il 'monitoraggio elettronico' (*electronic monitoring — intensivövervakning med elektronisk kontroll*).

In Finlandia nella fase decisoria sono previsti: per pene detentive fino a due anni, la 'sospensione condizionale' (*conditional imprisonment — ehdollinen vankeus*) (cap. 2b sez. 1 c.p.); per pene detentive fino a 6 mesi, il 'controllo elettronico' (*monitoring sentence — valvontarangaistus*). Per la fase esecutiva, è prevista la 'liberazione condizionale' (*conditional release — ehdonlainen vapau*), che — per pene detentive lunghe — può essere preceduta dalla 'libertà vigilata con supervisione' (*probationary liberty under supervision*

(58) Cfr. *Council of Europe Annual Penal Statistics, Space I 2018*, cit., tav. 3, p. 28.

(59) Cfr. *Council of Europe Annual Penal Statistics, Space I 2018*, cit., tav. 16, p. 65.

— *valvottu koevapaus*); la liberazione condizionale di regola non comporta supervisione, prevista invece quando il destinatario sia minore di ventun anni.

A uno sguardo di insieme, mi sembra di poter affermare che i due ordinamenti prevedono per le misure sospensivo-probatorie limiti di applicabilità relativamente ristretti; e anche la supervisione da parte delle agenzie di *probation* non rappresenta la regola per le misure in questione.

Nondimeno, sia la Svezia, sia la Finlandia presentano tassi di carcerazione particolarmente contenuti (inferiori a 60 per 100.000 abitanti: in Finlandia, addirittura 51,1) (60). In Svezia, nel 2018 la popolazione penitenziaria non raggiungeva 6.000 unità (contro 10.000 sottoposti a misure di comunità) (61), mentre il tasso di affollamento carcerario era 92,9. In Finlandia nel 2018 il numero dei detenuti e quello di chi si trovava sottoposto a una misura di comunità erano invece molto vicini tra loro (inferiori entrambi a 3.000 unità) (62); un rapporto che si riflette, in Finlandia, in un affollamento delle carceri (96,3%) (63) superiore rispetto alla Svezia, ma in ogni caso inferiore a 100.

13. Cile, Argentina e Perù.

Vengo ora alla finestra aperta da Gabriele Fornasari e Emanuele Corn — con la collaborazione di José Luis Guzmán Dalbora (Universidad de Valparaíso), Ezequiel Malarino (Universidad de San Andrés, Buenos Aires) e Diego Collantes (Pontificia Universidad Católica de Perú, Lima) — su tre paesi latino-americani: Cile, Argentina e Perù.

In relazione alla fase predecisoria, gli ordinamenti cileno e argentino prevedono, ciascuno, una misura sospensivo-probatoria, designata nel codice di procedura penale del Cile come ‘sospensione condizionale del procedimento’ (*suspensión condicional del procedimiento*) (artt. 237 ss. c.p.p.), nel codice penale argentino come ‘sospensione del giudizio con prova’ (*suspensión del juicio a prueba*) (artt. 76 ss. c.p.), sottoposta a un limite di pena astratta di tre anni; la misura comporta obblighi e prescrizioni, da osservarsi per un periodo compreso tra uno e tre anni.

(60) Cfr. *Council of Europe Annual Penal Statistics, Space I 2018*, cit., tav. 3, p. 28.

(61) *Ibidem*.

(62) *Ibidem*.

(63) Cfr. *Council of Europe Annual Penal Statistics, Space I 2018*, cit., tav. 16, p. 65.

Nella fase decisoria, in Cile sono previste tre distinte misure sospensivo-probatorie, denominate rispettivamente ‘remissione condizionale’ (*remisión condicional*), ‘libertà vigilata’ (*libertad vigilada*) e ‘libertà vigilata intensiva’ (*libertad vigilada intensiva*) (art. 1 l. 14 maggio 1983, n. 18-216) con aree applicative individuate in funzione dell’entità della pena inflitta e con contenuti più rilevanti — ancorché ispirati quasi esclusivamente a una logica di polizia — al crescere dell’entità della pena stessa: il che ha consentito al legislatore cileno di coinvolgere nella *libertad vigilada intensiva* pene detentive comprese fra tre e cinque anni (sia pure con eccezioni per materie o per singole figure di reato).

In Argentina il limite generale per la ‘condanna condizionale’ (*condena condicional*) (artt. 26 ss. c.p.) — equivalente della nostra sospensione condizionale della pena, della quale riproduce la denominazione originaria nell’ordinamento italiano — è stabilito in tre anni (deve trattarsi della pena della *prisión*, pena detentiva per reati di gravità medio-bassa); tra le prescrizioni, sono previste anche attività di formazione, trattamenti medici o psicologici e lavoro non remunerato a favore dello Stato; la durata della prova è compresa tra due e quattro anni.

In Perù la ‘sospensione dell’esecuzione della pena’ (*suspensión de la ejecución de la pena*) (artt. 57 ss. c.p.) può applicarsi per pene fino a quattro anni (con esclusioni per titoli di reato); è previsto un catalogo di prescrizioni analogo a quello di cui si è detto per l’Argentina; la durata della sospensione è compresa fra uno e tre anni; in alternativa alla revoca, è prevista la possibilità di una proroga del periodo di prova.

Un aspetto significativo della normativa cilena riguarda i requisiti soggettivi per l’accesso alla *remisión condicional*: si prevede che il soggetto possa aver riportato precedenti condanne a pena detentiva, ma si dà rilievo all’arco di tempo intercorso tra la fine dell’esecuzione di tale pena e la commissione del nuovo reato.

L’ordinamento cileno, quello argentino e quello peruviano sono accomunati dalla scelta di escludere la pena pecuniaria dall’area applicativa delle misure riconducibili alla matrice della sospensione condizionale della pena: si tratta di una scelta in linea, fra l’altro, con quella del codice penale spagnolo. Oltre alle pene detentive, il codice penale argentino consente la sospensione delle pene interdittive, mentre la legislazione cilena consente di sospendere le pene limitative della libertà personale.

Segnalo infine due ulteriori aspetti — due carenze, questa volta — che accomunano Cile e Argentina in relazione alle misure sospensive.

Non esiste nei due Paesi un servizio sociale: sul rispetto delle prescrizioni imposte al condannato vigila la stessa autorità — nel caso del Cile, la Gen-

darmeria — che presiede all'esecuzione delle pene detentive. A proposito dell'Argentina, Ezequiel Malarino scrive invece: “*Prácticamente no existen controles*”. Ne consegue una limitata portata risocializzante delle misure, che operano soprattutto come antidoto ai rischi di desocializzazione in carcere. E questo è vero anche per il Perù.

Inoltre, non esistono rilevazioni statistiche ufficiali relative alle misure sospendivo-probatorie, la cui dimensione prasseologica è variamente stimata da parte della dottrina, che comunque attesta un'applicazione quasi automatica delle misure assimilabili alla sospensione condizionale della pena.

Un (isolato) dato statistico relativo al 2016 mostra che in Perù i tassi di recidiva fra coloro che hanno alle spalle una condanna a pena sospesa sono decisamente bassi: tra le persone detenute nei penitenziari peruviani nel 2016, solo il 16 per cento erano state precedentemente condannate ad una pena sospesa.

Quanto ai tassi di carcerazione, sono estremamente alti nei tre Paesi: a fine 2015, in Argentina 160, in Perù 242, in Cile 247 ogni 100.000 abitanti. Una situazione, che per Argentina e Perù, si è ulteriormente aggravata negli anni successivi (64): in Argentina a fine 2016 il tasso di carcerazione era salito a 186; in Perù, a giugno 2018, a 270. Solo in Cile si registra una flessione del tasso, sceso a fine agosto 2018 a 233 per 100.000 abitanti: un tasso che rimane comunque elevatissimo.

14. Stati Uniti d'America.

Un'esperienza particolarmente interessante, illustrata nell'ambito di questa ricerca da Angela Della Bella, è quella degli Stati Uniti d'America: e non solo perché si tratta del Paese che rivendica il merito di aver dato i natali al *probation*.

In effetti, gli USA manifestano tuttora una spiccata predilezione per questo istituto, presente in ciascuna fase del procedimento: come forma di *diversion* (*pre-trial probation*); come misura sospensiva della pronuncia della condanna o come pena autonoma, commutabile in pena detentiva in caso di insuccesso della prova (in questa seconda forma il *probation* è presente, tra l'altro, nell'ordinamento federale); nell'ambito del *parole* (è il servizio di *probation* che vigila sull'osservanza delle prescrizioni da parte del condannato a pena detentiva rimesso in libertà sotto condizione).

(64) Cfr. *World Prison Population List*, 12th. ed., 2019, p. 8, in www.prisonstudies.org.

Al di là delle previsioni normative, è però soprattutto la prassi ad avvalorare l'ipotesi degli Stati Uniti come 'terra promessa del *probation*': i dati più recenti di cui disponiamo segnalano 3.600.000 persone sottoposte a *probation* e 900.000 sottoposte a *parole* (i detenuti in esecuzione di una pena detentiva sono 2.000.000).

Se però andiamo oltre i numeri, e guardiamo alla fisionomia reale assunta dal *probation*, proprio a seguito del fortissimo incremento delle sue applicazioni nella prassi verificatosi a partire dagli anni ottanta del secolo scorso, ci rendiamo conto che l'esperienza americana, più che additarci un modello da seguire, segnala piuttosto rischi dai quali deve guardarsi ogni legislatore che intenda valorizzare le misure sospensivo-probatorie a scapito della pena detentiva.

Da sempre le misure sospensivo-probatorie sono oggetto di un interrogativo di fondo, che riguarda la primaria funzione dell'istituto: strumento di positivo reinserimento sociale o strumento di deflazione penitenziaria?

L'esperienza degli USA mostra il rischio che nessuno dei due obiettivi venga conseguito, soprattutto a fronte di una larghissima applicazione dell'istituto, come quella che ha indotto la dottrina americana a parlare di *mass probation*. In un tale quadro, normativo e prasseologico, il *probation* standardizza al massimo i suoi contenuti e li orienta quasi esclusivamente al controllo del condannato (il *probation* diventa una forma di "*punishment without wall*"): la componente di sostegno si riduce a poco o nulla. Per altro verso, a fronte di una gamma sempre più ampia di prescrizioni dai contenuti sempre più invasivi, aumentano a dismisura, nei fatti, le ipotesi di revoca, per lo più connotate da un rigido automatismo, anche in presenza di una sola violazione.

Accade così che il *probation*, anziché contrastare la crescita della popolazione carceraria, produca l'effetto opposto: sia causa cioè di un incremento del numero dei detenuti (che a fine 2016 era pari a 2.121.600, il valore più elevato nel mondo: mentre il tasso di carcerazione era 655 per 100.000 abitanti, anche questo un primato mondiale!) (65). A tacere di altre distorsioni evidenziate dal *mass probation* negli USA: dalla privatizzazione della gestione della misura all'accollo dei relativi costi economici, spesso assai rilevanti, al suo destinatario. Un'involuzione dell'istituto che, negli USA, produce non di rado un esito paradossale: quello per cui lo stesso soggetto che avrebbe i requisiti per accedere al *probation* non ne faccia richiesta, preferendo scontare la pena in carcere.

(65) Cfr. *World Prison Population List*, cit., p. 6.

In estrema sintesi, mi sembra questa l'indicazione più significativa ricavabile dall'esperienza americana: spazi molto ampi attribuiti al *probation* comportano il rischio di fallire ogni obiettivo di una razionale politica sanzionatoria.

15. Una conclusione interlocutoria

Nel cammino verso un sistema sanzionatorio penale rispettoso della dignità della persona e utile alla prevenzione della recidiva (o che, almeno, non configga con tale obiettivo) le misure sospensivo-probatorie — accanto ad altri strumenti — sono in grado di fornire un contributo importante: si tratta però di un percorso complesso, nel quale ogni passo deve essere attentamente meditato *ex ante* e altrettanto attentamente monitorato *ex post*, senza dogmatismi né certezze preconfezionate.