

ROBERTO BARTOLI - DAVIDE BIANCHI

ORTOFOTO DEGLI ISTITUTI DI *PROBATION*
TEDESCHI PER PROGETTARE
UNA RIFORMA DEL SISTEMA
SANZIONATORIO ITALIANO



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

ORTOFOTO DEGLI ISTITUTI DI *PROBATION* TEDESCHI PER PROGETTARE UNA RIFORMA DEL SISTEMA SANZIONATORIO ITALIANO (*)

di ROBERTO BARTOLI - DAVIDE BIANCHI

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. — *Sezione I. Le misure sospensivo-probatorie nel sistema sanzionatorio penale tedesco*: 1. Panoramica. — 2. Astensione dall'azione penale in base a condizioni e prescrizioni. La disciplina. — 2.1. Prassi. — 2.2. Considerazioni di carattere sistematico, funzionale e comparatistico. — 3. Ammonizione con riserva di pena. La disciplina. — 3.1. Prassi. — 3.2. Considerazioni di carattere sistematico, funzionale e comparatistico. — 4. Sospensione della pena. La disciplina. — 4.1. Prassi. — 4.2. Considerazioni di carattere sistematico, funzionale e comparatistico. — 5. Sospensione del residuo di pena. La disciplina. — 5.1. Prassi. — 5.2. Considerazioni di carattere sistematico, funzionale e comparatistico. — *Sezione II. Spunti per una riforma del sistema sanzionatorio penale italiano*: 1. Considerazioni a carattere generale sul sistema sanzionatorio penale tedesco. — 1.1. Il carcere come *extrema ratio*. — 1.2. La *probation* come "pena autonoma". — 1.3. Il contrasto alle pene detentive brevi. — 2. I nodi da sciogliere a carattere generale per la riforma del sistema sanzionatorio penale italiano. — 3. Spunti per la riforma delle misure sospensivo-probatorie nel sistema sanzionatorio penale italiano. — 3.1. La riforma delle misure sospensivo-probatorie nella fase predecisoria. — 3.2. La riforma delle misure sospensivo-probatorie nella fase decisoria. — 3.3. La riforma delle misure sospensivo-probatorie nella fase esecutiva.

1. Considerazioni introduttive.

Il professor Emilio Dolcini, coordinatore di uno dei quattro gruppi di ricerca istituiti dall'AIPDP per l'elaborazione di un progetto di riforma del sistema sanzionatorio penale italiano, ha chiesto a un gruppo di studiosi di esaminare alcuni sistemi sanzionatori europei al fine di individuare possibili

(*) Il paragrafo 1 e i paragrafi della Sezione II sono stati scritti da Roberto Bartoli; i paragrafi della Sezione I sono stati scritti dal dott. Davide Bianchi. Gli Autori ringraziano il dott. Andrea Galante per la collaborazione prestata nella raccolta delle fonti e dei dati statistici, nella ricostruzione della disciplina vigente in Germania e per il costante scambio di idee.

spunti di riforma, con particolare riguardo a tutti quegli istituti che nelle tre fasi predecisoria, decisoria ed esecutiva consistono strutturalmente in meccanismi sospensivi “riempiti” da risposte sanzionatorie di prova (ad esempio, nel sistema penale vigente in Italia, messa alla prova, sospensione condizionale della pena, sanzioni sostitutive, affidamento in prova al servizio sociale e liberazione condizionale).

Al dott. Davide Bianchi e a me è stato assegnato il compito di indagare il sistema sanzionatorio tedesco offrendo un duplice contributo: da un lato, descrivere la normativa d’oltralpe, dall’altro lato, compiere vere e proprie proposte concrete in vista di una eventuale riforma del sistema italiano.

Il nostro elaborato si articolerà pertanto in due parti. La prima sarà dedicata alla ricostruzione sistematica e analitica delle varie misure sospensivo-probatorie presenti nel sistema penale tedesco. Una descrizione prevalentemente conoscitiva, attenta anche alla prassi applicativa e ai dati statistici, intervallata, però, anche da “letture” di quanto descritto, da considerazioni, cioè, finalizzate a cogliere aspetti sostanziali di fondo in prospettiva soprattutto funzionale. Una parte, quindi, che già di per sé contiene importanti spunti di riflessione e suggerimenti per un’eventuale riforma del sistema penale italiano. Nella seconda parte, non solo si accentuerà il carattere valutativo sulla funzionalità degli istituti sospensivi e, più in generale, del sistema sanzionatorio tedeschi, ma verrà compiuta anche una comparazione molto più serrata tra la realtà tedesca e quella italiana, quest’ultima vista nella duplice prospettiva delle esigenze di riforma poste dal sistema vigente e delle possibili soluzioni prospettate e prospettabili.

SEZIONE I

LE MISURE SOSPENSIVO-PROBATORIE NEL SISTEMA SANZIONATORIO PENALE TEDESCO

1. **Panoramica.**

All’interno del sistema penale tedesco possono essere individuati quattro istituti sospensivi con un contenuto riconducibile alla *probation*.

Seguendo l’*iter* procedimentale e la scala — ascensionale — di gravità dei reati che possono essere oggetto di queste misure, ad un tempo, “alternative” (alla pena detentiva) e “probative” (della capacità di reinserimento sociale del soggetto), troviamo anzitutto un istituto attivabile sin dalla fase delle indagini preliminari all’azione penale, disciplinato al § 153a dello *Strafprozes-*

sordnung: la “astensione dall’azione penale in base a condizioni e prescrizioni” (*Absehen von der Verfolgung unter Auflagen und Weisungen*). In sede decisoria, invece, vi sono due distinti istituti sospensivi, dedicati, rispettivamente, alla pena pecuniaria e alla pena detentiva: il primo — come vedremo, marginale a livello applicativo — è regolamentato al titolo quinto dello *Strafgesetzbuch*, ai §§ 59 ss., e prende il nome di “ammonizione con riserva di pena” (*Verwarnung mit Strafvorbehalt*); il secondo — vero e proprio pilastro del sistema — è disciplinato al titolo quarto dello *Strafgesetzbuch*, ai §§ 56 ss., ed è rubricato come “sospensione della pena” (*Strafaussetzung*), dovendosi però subito evidenziare che il tratto qualificante di questo istituto sospensivo è dato dai consistenti e articolati contenuti di “messa alla prova” (*Bewährung*) che il codice penale tedesco affida alla discrezionalità giudiziale. Da ultimo, in fase esecutiva, spicca la “sospensione del residuo di pena” (*Aussetzung des Strafrestes*), anch’essa disciplinata al titolo quarto dello *Strafgesetzbuch*, ai §§ 57 ss., ed anch’essa contraddistinta da considerevoli contenuti di *probation*.

2. Astensione dall’azione penale in base a condizioni e prescrizioni. La disciplina.

Come accennato, quest’istituto può essere attivato fin dalla fase *ante iudicium* e di fatti vede l’azione protagonista del pubblico ministero, il quale — «Con il consenso del tribunale competente ad aprire la procedura principale e dell’imputato» — può sospendere il procedimento per sottoporre l’indagato a «condizioni» e «prescrizioni [...] se queste ultime sono tali da eliminare l’interesse pubblico all’azione penale e se la gravità del reato non è tale da impedirlo» (§ 153a, comma 1, *StPO*).

L’istituto è applicabile alle ipotesi di *Vergehen* (reati di regola puniti con pena detentiva inferiore all’anno o con pena pecuniaria) e richiede una duplice valutazione discrezionale all’Organo della Pubblica Accusa: da un lato, l’offensività concreta del fatto criminoso e il grado della sua appartenenza soggettiva non devono risultare tali da esigere l’esercizio dell’azione penale su un piano retributivo e anche generalpreventivo, di tenuta complessiva del sistema punitivo (esigenza quest’ultima che l’ordinamento tedesco considera in rapporto a quasi tutte le misure sospensivo-probatorie); dall’altro lato, sembrano affiorare esigenze di stampo specialpreventivo negativo, dovendosi comunque valutare che i contenuti della messa alla prova, in relazione al sin-

golo reo (*rectius* indagato), siano tali da scongiurare il pericolo di reiterazione del reato.

Quanto appunto ai contenuti, essi si presentano assai vari, andando dagli obblighi più classicamente riparativi sino alla partecipazione ad attività formative: risarcire il danno causato dal reato mediante la prestazione di un “servizio specifico”; pagare una somma di denaro ad un’istituzione con finalità sociali o alla Tesoreria dello Stato; prestare altri “servizi di beneficenza”; rispettare determinati “obblighi di mantenimento”; compiere seri sforzi per concordare un risarcimento con la persona offesa; partecipare a un corso di formazione sociale, ad un seminario di perfezionamento o ad un seminario sull’idoneità alla guida (§ 153a, comma 1, sotto-comma (1) 2, nn. 1-7).

Anche la durata del periodo di prova è definita discrezionalmente dal pubblico ministero, entro i limiti massimi fissati dalla legge, i quali ultimi (comunque non superiori all’anno) sono comminati non in riferimento alla gravità del reato bensì al tipo di “condizione” o “prescrizione” che può andare a costituire il contenuto della *probation*: se, ad esempio, il pubblico ministero sceglie di imporre all’inquisito la prestazione di “servizi di beneficenza”, il termine di legge è stabilito in sei mesi; se invece si opta per la prescrizione di un “corso di formazione sociale”, quest’ultimo non può superare l’anno (§ 153a, comma 1, sotto-comma 3).

Una forte discrezionalità in capo al pubblico ministero connota anche la fase dell’espletamento della *probation*, poiché nel corso di quest’ultima non solo le “condizioni” e “prescrizioni” possono essere revocate o prorogate ma, con il consenso dell’*offender*, possono anche essere mutate o integrate (§ 153a, comma 1, sotto-comma 4).

Qualora il periodo di prova si sia concluso positivamente, ossia le “condizioni” siano state adempiute e le “prescrizioni” rispettate, si consolida l’improcedibilità del reato; viceversa, si procede con l’esercizio dell’azione penale, non potendosi conteggiare il tempo trascorso “in prova” ai fini della prescrizione (la sottoposizione a *probation* configura una causa di sospensione del decorso dei termini prescrizionali, come espressamente sancito al § 153a, comma 3).

Da rilevare infine che, qualora ricorrano i presupposti di ammissibilità di cui al comma 1 del § 153a ma il pubblico ministero non abbia esperito la possibilità di messa alla prova e dunque si sia direttamente determinato per la promozione del rinvio a giudizio, è comunque data al giudice la facoltà di

(1) Si è scelta tale locuzione ‘impropria’ per tradurre il termine tecnico-giuridico tedesco *Satz*.

sospendere il procedimento e sottoporre a *probation* l'imputato, sempreché vi sia il consenso sia di quest'ultimo sia dell'Organo della Pubblica Accusa (§ 153a, comma 2).

2.1. Prassi.

I dati raccolti concernono i procedimenti estinti ai sensi del § 153a in rapporto al totale dei procedimenti penali avviati nell'anno di riferimento; segue ripartizione analitica a seconda dei contenuti della messa alla prova.

2013

circa il 4% del totale dei procedimenti (183.333 in termini assoluti).
pagamento di una somma a ente caritativo o allo Stato: 149.000 circa
sforzi riconciliativi: 12.000 circa
riparazione del danno da reato: 9.123
altri servizi di pubblica utilità: 4.500 circa
seminario di perfezionamento: 2.700 circa
obblighi di mantenimento: 547
corso di formazione sociale: 392

2018

3,4% del totale dei procedimenti (167.775 in termini assoluti).
pagamento di una somma a ente caritativo o allo Stato: 140.000 circa
sforzi riconciliativi: 10.542
riparazione del danno da reato: 7.000 circa
altri servizi di pubblica utilità: 3.000 circa
seminario di perfezionamento: 2.600 circa
obblighi di mantenimento: 247
corso di formazione sociale: 730

2.2. Considerazioni di carattere sistematico, funzionale e comparatistico.

L'istituto in esame si colloca non casualmente dopo quello della “astensione dall'azione penale per irrilevanza del fatto” (*Absehen von der Verfolgung bei Geringfügigkeit*) di cui al § 153 *StPO*, contemplando una fascia di ‘criminalità’ certamente ‘minore’ ma comunque dotata di una sua significatività e portatrice di un'esigenza, pur attenuata, di risocializzazione. Infatti, la risposta dell'ordinamento in questo caso non è “nulla” (come per le ipotesi di “irrilevanza”) ma, pur deviando dal binario processuale in senso proprio (il procedimento viene sospeso e l'esito auspicato è quello dell'improcedibilità), è “riempita” di contenuti congruenti con istanze — appunto attenuate ma presenti — sia di carattere retributivo e generalpreventivo (esemplare

l'obbligo di versare una somma allo Stato o ad un ente senza scopo di lucro) sia di carattere riabilitativo e specialpreventivo (si pensi all'obbligo di partecipare a un corso di formazione sociale); a siffatte istanze pare unirsi un'esigenza puramente deflattiva.

L'istituto tedesco non è dissimile dalla nostra sospensione del procedimento con messa alla prova (artt. 168-*bis* ss. c.p. e 464-*bis* ss. c.p.p.) ma, a differenza di questa, vede un ruolo di primissimo piano del pubblico ministero, che nella fase delle indagini preliminari è *dominus* dell'astensione dall'azione penale 'probativa', bastando il "consenso" del giudice e dell'indagato, e nella fase giudiziale esprime comunque un parere vincolante, essendo necessario il suo "consenso" per l'applicazione della sospensione da parte del Tribunale; quando invece nel sistema italiano il consenso del magistrato requirente è necessario solo se l'istanza di M.A.P. è formulata *ante iudicium* (art. 464-*ter* c.p.p.) e, soprattutto, l'ammissione alla *probation* e i contenuti di questa sono sempre definiti dall'organo giurisdizionale (art. 464-*quater* c.p.p.).

Altro tratto differenziale saliente risiede nel diverso 'peso' attribuito alla "gravità del reato": mentre l'istituto italiano la risolve nel requisito dell'astratto limite edittale di pena di cui all'art. 168-*bis*, comma 1, c.p., concentrando poi la valutazione del giudicante sulla idoneità del programma trattamentale e sulla prognosi di non recidivanza (art. 464-*quater*, comma 3, c.p.p.); l'istituto d'oltralpe valorizza quell'elemento, richiedendo una valutazione retrospettiva in concreto (§ 153a, comma 1, *StPO*) e, dunque, dando maggiore spazio ad esigenze di stampo retributivo ed anche generalpreventivo.

3. Ammonizione con riserva di pena. La disciplina.

L'ammonizione con rinuncia alla pena può essere invece assimilata alla nostra sospensione condizionale della pena, là dove applicata alle pene pecuniarie, tuttavia presenta caratteristiche che la rendono del tutto peculiare.

Accertata e dichiarata la responsabilità, commisurata la sanzione in misura non eccedente i 180 tassi giornalieri, il giudice può tuttavia riservarsi di condannare a tale pena, se ritiene che la "ammonizione" sia sufficiente a distogliere il reo dalla futura commissione di reati, se particolari circostanze del fatto e della personalità del suo autore fanno ritenere preferibile dispensarlo dalla sanzione e se, infine, la "difesa dell'ordinamento" non impone l'esecuzione della pena; possono restare escluse dalla "riserva" le sanzioni ablatorie (§ 59 *StGB*).

La condanna può rimanere sospesa per un periodo compreso tra uno e due anni ed anche in questo caso vi possono essere ricchi contenuti di *probation*, non dissimili da quelli previsti al § 153a *StPO* e comunque tali da non stravolgere lo stile di vita del condannato e da non risultare sproporzionati rispetto alla gravità del reato commesso (§ 59a).

Il giudice revoca la sospensione e dunque rende “effettiva” la condanna in tre ipotesi: qualora il condannato commetta un reato nel periodo di prova e dimostri con ciò che è rimasta delusa l’aspettativa posta a fondamento della “riserva”, qualora il condannato violi in modo grave e ripetuto le prescrizioni impostegli facendo temere che commetterà ulteriori reati oppure qualora non adempia agli obblighi di carattere riparativo (§ 59b, comma 1, che effettua un rinvio al § 56f).

Se invece il periodo di prova si conclude in senso positivo, il giudice pronuncia una sorta di declaratoria di non doversi procedere, assimilabile al riconoscimento di una causa d’estinzione del reato (§ 59b, comma 2).

3.1. Prassi.

Praticamente l’istituto non trova quasi mai applicazione. Nel 2014, è stato applicato solo nell’1,08% dei casi in cui poteva essere concesso.

3.2. Considerazioni di carattere sistematico, funzionale e comparatistico.

Nonostante i §§ 59 ss. *StGB* sviluppino un congegno di *probation* alquanto raffinato, l’istituto dell’ammonizione con riserva di pena ha una rilevanza marginale a livello applicativo. La ragione è probabilmente triplice: innanzitutto, una certa quota di casi astrattamente rientranti nel fuoco di quest’istituto vengono previamente ‘attratti’ dall’astensione dall’azione penale con prova di cui al § 153a *StPO* (che opera appunto in fasi anticipate del procedimento penale); inoltre, gli stessi requisiti posti dalla disposizione codicistica appaiono piuttosto stringenti, richiedendosi “circostanze speciali” per l’adozione della misura sospensivo-probatoria; infine e correlativamente, la tendenza generale del sistema tedesco è quella di eseguire le sanzioni patrimoniali, riservando la sospensione della pena in fase decisoria (e a maggior ragione in fase esecutiva) alle sanzioni detentive.

L’istituto in parola dunque si situa in una ristretta ‘piega’ del sistema, andando a ‘cogliere’ quelle ipotesi in cui né il pubblico ministero, in prima battuta, né il giudicante, prima dell’emissione della sentenza, hanno potuto (per

assenza dei requisiti oggettivi) o ritenuto opportuno (per scelta discrezionale) sospendere il procedimento ai sensi del § 153a *StPO* e, purtuttavia, una volta giunti all'affermazione della responsabilità e determinata la pena (pecuniaria), risulta che l'ammonizione con riserva di condanna soddisfi le peculiari esigenze retributive e preventive presentate dalla vicenda criminosa oggetto del giudizio. Un ridotto numero di casi, quindi, in cui la statuizione della responsabilità penale appare necessaria ma la condanna "effettiva" si rivela eccessiva, malgrado la natura patrimoniale della punizione.

Come detto e com'è evidente, consimile istituto presenta alcuni profili analoghi alla nostra sospensione condizionale delle pene pecuniarie ma se ne distacca in più elementi fondamentali: *in primis* per la possibilità di sostanzare la misura sospensiva con contenuti 'probativi' (come i tentativi di riconciliazione con la vittima del reato) ed anche sanzionatori (come il versamento di una somma a favore d'un ente d'utilità sociale) che sembrano avvicinarla alla sospensione del procedimento con messa alla prova e fors'anche all'oblazione; in secondo luogo per l'effetto giuridico del buon esito della prova, che è paragonabile ad una sentenza di non doversi procedere, ossia una pronuncia di proscioglimento e non di condanna, altro tratto in comune con i nostrani istituti di cui agli artt. 168-*bis* ss. e 162 s. c.p. Da questi ultimi istituti estintivi, però, l'ammonizione con riserva di pena si differenzia notevolmente perché si colloca non prima del giudizio ma al termine di quest'ultimo; peculiarità questa che risulta assai interessante e carica di potenziale in chiave riformatrice, dato che coniuga l'esigenza di evitare l'applicazione di misure di *probation* contenutisticamente 'incisive' in assenza di un accertamento della colpevolezza e l'esigenza di rendere 'appetibile' per il reo lo strumento prospettando la sospensione della stessa condanna (e non solo della punizione) e dunque un'estinzione del reato in senso proprio.

4. Sospensione della pena. La disciplina.

Sempre in fase decisoria si colloca un istituto di cui abbiamo già rilevato la centralità, sia perché di larga applicazione sia perché "matrice" degli altri due istituti sospensivo-probatori previsti nel codice penale tedesco (l'ammonizione con riserva di pena e la sospensione del residuo di pena): si tratta della "sospensione della pena" di cui ai §§ 56 ss. *StGB*.

Questo istituto si articola in tre diverse forme, che si differenziano per il *quantum* di pena irrogata, con conseguenze sulle valutazioni che il giudice deve compiere per la sua concessione:

i) In caso di condanna a pena detentiva inferiore a sei mesi, il giudice sospende condizionalmente l'esecuzione della pena se ci si può attendere che già la condanna possa servire da monito al condannato e che questi in futuro si asterrà dal commettere altri reati malgrado il mancato assoggettamento a sanzione. Al riguardo, «sono da prendere in considerazione la personalità del condannato, la sua vita anteatta, le circostanze del fatto, il suo comportamento dopo il fatto, le sue condizioni di vita e gli effetti che sono da attendersi su di lui dalla sospensione» (§ 56, commi 1 e 3).

ii) In caso di condanna a pena detentiva tra 6 mesi e un anno, il giudice sospende condizionalmente l'esecuzione della pena attraverso lo stesso identico giudizio visto *sub i*) (monito e prognosi), integrato però con la considerazione di esigenze schiettamente generalpreventive, dato che non si può disporre la sospensione se lo impedisce la “difesa dell'ordinamento” (§ 56, commi 1 e 3).

iii) In caso di condanna tra un anno e due anni, la valutazione del giudice si fa ancor più penetrante, poiché l'applicazione della sospensione della pena è subordinata alla sussistenza di “circostanze particolari”, legate al reato e alla personalità del reo, che possano fondare la prognosi di non recidivanza e ‘soddisfare’ le istanze di carattere retributivo e generalpreventivo; in tale ottica assumono particolare rilievo gli «sforzi compiuti dal condannato per riparare i danni causati dal reato» (§ 56, comma 2).

In estrema sintesi si può dire che, in presenza di pena detentiva fino a sei mesi, sospendere diviene quasi obbligatorio; con pena da uno a due anni, sospendere risulta se non eccezionale quantomeno ‘impegnativo’; con pena da sei mesi a un anno, sospendere è la regola. È comunque da rimarcare che già in fase di decisione sull'*an* della misura sospensivo-probatoria la discrezionalità del giudicante è notevole, non solo perché i criteri valutativi stabiliti dal codice sono molto ampi ma anche perché non vi sono automatismi che condizionano la prognosi di non recidivanza: non vi è un numero massimo di volte per cui la sospensione può esser concessa né vi sono categorie di autori presuntivamente esclusi.

Ma la discrezionalità è la “linfa vitale” di tutti gli snodi dell'istituto.

Infatti, il giudice ha larga facoltà di scelta anche in ordine ai tempi, modi e contenuti della *probation* che dà “sostanza” alla sospensione condizionale.

Quanto ai tempi, il giudice può fissare la durata del periodo di prova tra un minimo di due anni e un massimo di cinque anni e questa decorre dal momento in cui la sentenza di condanna diviene definitiva; *in itinere* il giudice può poi prolungare il termine finale fino al tetto di cinque anni oppure ridurlo fino al minimo di due anni (§ 56a).

Quanto ai modi e contenuti, i §§ 56b-56d offrono al giudicante la possibilità di scegliere all'interno di una significativa gamma di misure di sostegno e di controllo del soggetto, misure che possono essere combinate tra loro (possono essere cumulate misure di tipologia differente ed anzi la misura di cui al § 56d — aiuto alla prova — ha natura tipicamente complementare) e variamente modulate nel corso della messa alla prova, tanto che è espressamente prevista la facoltà di loro modifica, integrazione o esclusione da parte del giudice (§ 56e).

Il codice distingue tre forme-base di possibili contenuti:

— “Condizioni”. Queste — come abbiamo già visto per il § 153a *StPO* e per il § 59 *StGB* — sono orientate alla riparazione, consistendo nel risarcimento dei danni *ex crimine* (tenuto conto delle sostanze e delle possibilità del reo); nella corresponsione di una somma di denaro a favore di una istituzione di pubblica utilità o dell'Erario; nella realizzazione di altre prestazioni di pubblica utilità. Peraltro, se il condannato si offre di realizzare prestazioni adeguate, che servano alla riparazione dell'illecito commesso, di regola il giudice si astiene provvisoriamente dal fissare ulteriori e diversi obblighi riparatori (§ 56b).

— “Prescrizioni”. Queste sono finalizzate ad evitare che il soggetto commetta ulteriori reati, presentando una chiara funzionalità specialpreventiva, anche di tipo ‘interdittivo’, fatto salvo il limite di irragionevoli condizionamenti per il reo. Il giudice può infatti ordinare al condannato di: seguire “istruzioni” che si riferiscono alla dimora, all'educazione, al lavoro o al tempo libero o alla conduzione dei rapporti economici; presentarsi periodicamente davanti al giudice o ad altra autorità; non frequentare, non avere rapporti di affari, di educazione o di abitazione con determinate persone o con persone di un determinato gruppo, che possano dargli occasione o stimolo per ulteriori reati; non possedere, portare con sé o far custodire determinati oggetti che possano dargli occasione o stimolo per ulteriori reati; adempiere gli “obblighi di mantenimento” (§ 56c, commi 1 e 2). Inoltre, possono essere imposte altre due prescrizioni, ma soltanto con il consenso del condannato: sottoporsi ad un trattamento sanitario o ad una cura di disintossicazione; soggiornare in una abitazione o in un istituto “adeguati” (§ 56c, comma 3).

— “Aiuto alla prova”: sempre allo scopo di prevenire la ricaduta nel reato, il giudice può sottoporre il condannato, per l'intera durata del periodo di prova o per una parte di esso, al controllo e alla guida di un “assistente per la prova”; la statuizione di tale misura è la regola in caso di pena sospesa superiore ai nove mesi e reo infraventisettenne (requisiti cumulativi). L'assistente per la prova riveste un doppio ruolo di controllo e di sostegno del

condannato, dato che affianca quest'ultimo per aiutarlo e consigliarlo ma al contempo, di concerto con il giudice, lo sorveglia e monitora il rispetto delle "condizioni" e delle "prescrizioni", nonché degli impegni assunti dal reo, facendo rapporto sulla condotta di vita di questo ad intervalli di tempo stabiliti dal giudice. L'assistente ha il dovere di comunicare all'autorità giudiziaria se il condannato è incorso in gravi o persistenti violazioni delle "condizioni, prescrizioni, promesse o impegni" (§ 56d).

Ma una accentuata discrezionalità contrassegna pure la fase della revoca della sospensione, dato che il codice sostanzialmente esclude ogni automatismo, prevedendo sì tre ipotesi di caducazione della misura sospensiva ma affidando al giudice un criterio integrativo di carattere teleologico che impone una valutazione in concreto rispetto alle effettive esigenze specialpreventive. In particolare, ai sensi del § 56f, la sospensione della pena viene revocata se il condannato:

— commette un reato nel periodo di prova o si scopre che lo abbia commesso nel periodo di tempo che intercorre tra la decisione sulla sospensione della pena e la sua esecuzione, sempre che la reiterazione criminosa dimostri "in concreto" che non si è realizzata l'aspettativa posta a fondamento della sospensione della pena, cioè, essenzialmente, l'aspettativa di un riorientamento alla legalità del condannato;

— viola in modo grave o ripetuto le "prescrizioni" o si sottrae ripetutamente al controllo e alla guida dell'assistente per il periodo di prova e con ciò dà ragione di temere che commetterà ulteriori reati;

— viola gravemente o ripetutamente le "condizioni" di carattere riparativo; qui la revoca risulta nella sostanza obbligatoria ma la latitudine delle note qualificative espresse negli avverbi "gravemente" (*gröblich*) e "ripetutamente" (*beharrlich*) apre comunque ad un apprezzamento giudiziale significativamente discrezionale.

È poi lo stesso § 56f, al comma 2, a confermare la centralità della valutazione discrezionale del giudice, disponendo che non si procederà con la revoca se appare sufficiente l'imposizione di ulteriori "condizioni" o "prescrizioni", ed in particolare la subordinazione del condannato ad un assistente per il periodo di prova, oppure un prolungamento del periodo di *probation* o del periodo di assoggettamento alla specifica misura dell'"aiuto alla prova".

In caso di revoca, la pena andrà chiaramente in esecuzione ma il giudice può scomputare le prestazioni compiute dal condannato.

Se invece il giudice non revoca la sospensione della pena e si compie dunque positivamente il periodo di prova, si ha la "remissione della pena" (§ 56g), che può essere equiparata alla nostra estinzione della pena.

Tuttavia, è possibile anche la revoca della remissione, poiché il giudice può revocarla se il condannato riporta una condanna a pena detentiva di almeno sei mesi per un reato doloso commesso nel periodo di prova. La revoca della remissione della pena è però consentita soltanto entro un anno dalla fine del periodo di prova ed entro sei mesi dal momento in cui la nuova condanna è divenuta definitiva (§ 56g, comma 2).

4.1. Prassi.

Per quanto riguarda l'applicazione effettiva dell'istituto sospensivo, sono stati raccolti i seguenti dati statistici, relativi all'arco temporale che va dagli anni '70 al 2012.

i) Dati relativi alle pene effettivamente sospese in rapporto a quelle astrattamente sospendibili, sia come dato complessivo (totale delle pene con possibilità di sospendere / totale delle pene sospese) sia come dati specifici inerenti, rispettivamente, le pene detentive fino ad un anno e quelle tra uno e due anni:

1975

pene con possibilità di sospendere (totale): 90.018
sospese (totale): 84,3%
pene con possibilità di sospendere fino a 1 anno: 82.724
sospese: 90,9%
pene con possibilità di sospendere da 1 a 2 anni: 7.234
sospese: 8,8%

1995

pene con possibilità di sospendere (totale): 107.486
sospese (totale): 74,9%
pene con possibilità di sospendere fino a 1 anno: 91.699
sospese: 77%
pene con possibilità di sospendere da 1 a 2 anni: 15.787
sospese: 62,5%

2005

pene con possibilità di sospendere (totale): 117.870
sospese (totale): 76,4%
pene con possibilità di sospendere fino a 1 anno: 97.429
sospese: 77,4%
pene con possibilità di sospendere da 1 a 2 anni: 20.441
sospese: 71,9%

2012

pene con possibilità di sospendere (totale): 85.436
sospese (totale): 74,7%

pene con possibilità di sospendere fino a 1 anno: 69.718
sospese: 76,6%
pene con possibilità di sospendere da 1 a 2 anni: 15.718
sospese: 72,8%

Risulta pertanto che, quanto alle condanne possibile oggetto di sospensione, dopo un costante incremento fino ai primi anni 2000, vi è stata una forte riduzione nell'ultima rilevazione disponibile (2012); quanto invece alle pene effettivamente sospese (tra quelle astrattamente sospendibili), nel tempo si è attestata una percentuale piuttosto elevata, attorno al 75%. Altro dato significativo è quello per cui, mentre nel '75 le pene sospese superiori all'anno erano una stretta minoranza, negli anni successivi le sospensioni di pene superiori all'anno si sono andate uniformando alle sospensioni di pene inferiori all'anno, attestandosi appunto entrambe intorno al 75% delle pene astrattamente sospendibili.

ii) Dati relativi ai contenuti della prova: “condizioni”, “prescrizioni”, “aiuto”

1990

condizioni: 37.295
prescrizioni: 27.022
aiuto: 55.259

2000

condizioni: 56.998
prescrizioni: 44.509
aiuto: 75.706

2010

condizioni: 62.505
prescrizioni: 60.364
aiuto: 96.808

Nel tempo il numero dei singoli ‘contenuti probativi’ effettivamente applicati è costantemente cresciuto (in linea con le sospensioni effettivamente applicate, che come visto solo nell'ultima rilevazione del 2012 sono decresciute). Da notare, peraltro, come l’“aiuto alla prova” sia quasi raddoppiato tra gli anni '90 e il 2010.

iii) Dati relativi all'esito della prova

1970

Positiva: 2.039 ovvero 44,9%
Negativa: 2.503 ovvero 55,1% di cui 1.441 per nuovo reato, cioè 57,6%

1980

Positiva: 9.805 ovvero 59%

Negativa: 6.302 ovvero 41% di cui 5.142 per nuovo reato, cioè 81,6%

1990

Positiva: 19.304 ovvero 69,7%

Negativa: 8.382 ovvero 30,3% di cui 7.390 per nuovo reato, cioè 88,2%

2000

Positiva: 23.255 ovvero 67,2%

Negativa: 11.333 ovvero 32,8% di cui 9.774 per nuovo reato, cioè 86,2%

2010

Positiva: 29.931 ovvero 70,3%

Negativa: 12.639 ovvero 29,7% di cui 9.419 per nuovo reato, cioè 74,5%

Emerge una tendenza decisamente positiva, poiché da un numero di esiti positivi inferiore a quello degli esiti negativi — rilevazione del 1970 — si è passati ad una percentuale di esiti positivi superiore al 65% dagli anni '90 in poi, fino al superamento del 70% nel 2010. È però significativo che la prima causa di revoca sia sempre stata la commissione di un nuovo reato, peraltro con un fortissimo incremento a cavallo degli anni '80-2000, dove il tasso di incidenza di questa causa di revoca rispetto al totale degli esiti negativi è rimasto costantemente sopra l'80%; un non trascurabile decremento si è tuttavia registrato nel 2010, dove la percentuale delle revoche per nuovo reato è scesa al di sotto del 75%.

Da sottolineare, infine, che la sospensione della pena con messa alla prova ha, per lo Stato, costi incomparabilmente inferiori rispetto a quelli della detenzione carceraria: è stato calcolato che il costo di cinque anni di *probation* è in media pari ad euro 4.560, mentre il costo di due anni di reclusione è di euro 63.500.

4.2. Considerazioni di carattere sistematico, funzionale e comparativo.

È anzitutto opportuno leggere l'istituto sospensivo-probatorio in discorso assieme al § 47 *StGB*, che disciplina i casi eccezionali di ammissibilità della pena detentiva breve (2). Da queste due discipline emerge infatti un sistema

(2) Il primo comma si riferisce all'ipotesi in cui la comminatoria contempli una pena detentiva e in alternativa una pena pecuniaria: «il giudice infligge una pena detentiva inferiore

fortemente orientato ad evitare l'irrogazione e l'esecuzione delle pene detentive che potremmo definire brevissime, ossia non eccedenti i sei mesi: con il § 47 si sancisce che in sede di commisurazione il giudice deve preferire una pena pecuniaria risultando un'eccezione la pena detentiva; con il § 56, commi 1 e 3, si sancisce che, una volta irrogata una pena detentiva inferiore ai sei mesi e in presenza di una capacità criminale scarsa, la regola deve essere la sospensione, che diviene nella sostanza pressoché automatica.

Fermo restando il comune obiettivo della lotta alle pene detentive "brevissime", con la chiara finalità di evitare gli effetti desocializzanti di queste ultime, tale accostamento di discipline potrebbe anche ingenerare il sospetto di una loro latente contraddittorietà, poiché, mentre il § 47 vieta al giudice di infliggere una pena detentiva inferiore a sei mesi a meno che non ricorrano circostanze eccezionali relative alla gravità del reato o alla pericolosità sociale dell'autore, il § 56 impone una prognosi di non recidivanza, cosicché avremmo il paradosso di un condannato ritenuto troppo pericoloso per evitare l'irrogazione di una pena detentiva ma al medesimo tempo dotato di una capacità a delinquere tanto contenuta da risultare congruente con la misura sospensiva. In realtà, a ben vedere, la contraddizione è solo apparente: in primo luogo, ai sensi dello stesso § 47, la ragione "eccezionale" che può portare ad escludere la pena pecuniaria può anche consistere nella sola riprovevolezza del fatto criminoso (essendo posta in alternativa la considerazione della capacità criminale), che non è elemento che il giudice deve tenere in considerazione nella decisione sull'applicazione della sospensione della pena detentiva sino a sei mesi (entrando in gioco, ai sensi del § 56, comma 3, solo quando la pena pareggi od ecceda appunto i sei mesi); in secondo luogo, l'istituto di cui al § 56, presentando contenuti di *probation* che possono essere davvero vari e consistenti, appare destinato a soggetti che manifestano un bisogno di risocializzazione non trascurabile, un bisogno di risocializzazione che richiede appunto un percorso riabilitativo che ben può essere offerto dalla sospensione della pena d'oltralpe e che, al contrario, sarebbe precluso dalla mera applicazione di una pena pecuniaria.

a sei mesi solo quando particolari circostanze relative al fatto o alla personalità dell'autore rendono indispensabile l'inflizione di una pena detentiva per l'effetto che può esercitare sull'autore o per la difesa dell'ordinamento giuridico». Il secondo comma si riferisce alle ipotesi in cui la comminatoria contempli soltanto la pena detentiva: «quando la legge non commina alcuna pena pecuniaria e non viene in considerazione l'applicazione di una pena detentiva di sei mesi o più, il giudice infligge una pena pecuniaria, a meno che non si renda indispensabile, secondo il primo comma, l'inflizione della pena detentiva».

Da notare poi come al crescere della gravità del reato commesso gli spazi per la misura sospensiva si riducano: se la pena detentiva irrogata supera i sei mesi, il giudicante non può prescindere dalla valutazione dell'esigenza di "difesa dell'ordinamento", ossia da un apprezzamento che parrebbe sconfinare in considerazioni addirittura di prevenzione generale; se la pena va oltre l'anno solo la presenza di "circostanze speciali" può dischiudere la sospensione con *probation*.

Ecco dunque che affiora un sistema complessivamente così congegnato: per un verso, l'istituto sospensivo *ex* § 56, essendo sostanziato da articolate misure di sostegno e controllo (oltre che *lato sensu* sanzionatorie), va a dirigersi verso soggetti che possono presentare una capacità a delinquere significativa ma che si pronostica come contenibile e 'risolvibile' proprio tramite la sospensione della pena con messa alla prova; per altro verso, l'astensione dall'azione penale in base a condizioni e prescrizioni (§ 153a *StPO*) e la pena pecuniaria (eventualmente 'sospesa' *ex* § 59 ovvero oggetto di rinuncia condizionata) hanno come destinatari i delinquenti occasionali o con esigenze risocializzative (e pericolosità sociale) ridotte, essendo di fatti caratterizzate da contenuti riabilitativi e da meccanismi di controllo o del tutto assenti — la pena pecuniaria non sospesa — o comunque meno incisivi rispetto alla sospensione della pena di cui al § 56 — l'astensione dall'azione penale con prova e l'ammonizione con riserva di pena. Trasversalmente opera l'elemento della gravità del reato, la quale può precludere ciascuna delle alternative all'irrogazione prima e all'esecuzione poi della pena detentiva — a prescindere dalla concreta personalità del reo — non solo in base all'astratto compasso edittale del tipo criminoso integrato ma anche sulla scorta di valutazioni che hanno ad oggetto l'offensività in concreto del fatto e il grado di colpevolezza del suo autore.

Questa valorizzazione delle "concrete" istanze retributive (finanche generalpreventive) distingue nettamente l'istituto sospensivo tedesco dalla sospensione condizionale della pena prevista dal codice penale italiano, che esaurisce la considerazione della gravità del reato nei limiti di pena — pur "in concreto" — contemplati all'art. 163 c.p. (3); ma ancor più significativa appare la differenza in ordine ai contenuti delle rispettive misure sospensive: la varietà e incisività degli strumenti di controllo e sostegno, oltreché riparativi, 'apparecchiati' dai §§ 56b ss. non è comparabile agli "obblighi del con-

(3) Sotto questo aspetto, la differenza è ancor più accentuata rispetto alla sospensione del procedimento con messa alla prova, dove, come già ricordato, sono gli astratti massimi edittali di pena a indicare la possibilità o meno d'attivazione dell'istituto.

dannato” (essenzialmente riparatori) (4) di cui all’art. 165 c.p. E tale varietà e incisività dei contenuti della sospensione della pena tedesca risulta perfettamente in linea con la funzione che le è propria: risocializzare e al contempo monitorare soggetti che presentano una capacità criminale piuttosto significativa; coerentemente a tale funzione, il codice penale germanico apre vasti spazi di discrezionalità al giudice, non solo sull’*an* della sospensione ma anche sulla concreta configurazione e modulazione, anche diacronica, dei contenuti della *probation* e sulla possibilità di revoca della misura. Ciò contribuisce a segnare la distanza con la nostra sospensione condizionale della pena, che non solo è molto più povera di contenuti ma è pure irrigidita da preclusioni di carattere soggettivo (art. 164 c.p.) e da automatismi in punto di revoca (art. 168 c.p.), malcelando alfine la natura di mero “beneficio” piuttosto che di strumento effettivamente funzionale a scopi di prevenzione speciale.

5. Sospensione del residuo di pena. La disciplina.

In sede di esecuzione e solo rispetto alle pene detentive opera l’istituto della sospensione del residuo di pena. Anche questo istituto presenta una significativa articolazione, dovendosi distinguere due forme “generali” di sospensione: la prima riguarda le pene detentive temporanee (§ 57 *StGB*), mentre la seconda opera in caso di ergastolo (§ 57a *StGB*); entrambe queste due forme contemplano poi al loro interno due distinte ipotesi di sospensione, che sostanzialmente differiscono per quanto attiene ai requisiti di accesso.

1) Rispetto alla sospensione del residuo di pena detentiva temporanea, si ha una sotto-distinzione tra chi ha già sperimentato una condanna a pena detentiva e chi invece è delinquente primario o comunque non ha ancora subito la pena carceraria.

Nella prima sotto-ipotesi (soggetto che ha già espiato una pena detentiva), i requisiti d’accesso alla misura sospensiva di natura oggettiva — legati al tempo d’esecuzione della pena — impongono che il condannato abbia scontato almeno due terzi della pena inflitta e, in ogni caso, almeno due

(4) Anche se, recentissimamente, tali scarni contenuti sono stati arricchiti, in relazione ai reati espressivi di c.d. violenza di genere, con l’obbligo di “partecipazione a specifici percorsi di recupero presso enti o associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati per i medesimi reati” (comma 5 dell’art. 165 c.p., inserito dalla L. n. 69/2019).

mesi di detenzione. Sul piano soggettivo, invece, oltre al consenso del condannato, è necessario che la sospensione della pena «possa essere giustificata tenendo in considerazione l'interesse pubblico alla sicurezza» (§ 57, comma 1) e, dunque, primariamente, che la sospensione del residuo di pena non favorisca la recidiva. Siffatta valutazione è connotata da un'ampia discrezionalità, seppur guidata dai criteri — non esaustivi — posti dalla disposizione codicistica: la personalità del condannato, la sua vita anteatta, le circostanze del fatto, l'importanza dei beni giuridici minacciati nel caso di ricaduta nel reato, il comportamento del soggetto durante l'esecuzione, le sue condizioni di vita e gli effetti attesi dalla sospensione (§ 57, comma 1, secondo sotto-comma); quest'elenco può essere integrato attraverso l'interpolazione da parte di altre leggi (è quanto avviene ad esempio rispetto ai reati sessuali).

La seconda sotto-ipotesi (soggetto che esperisce per la prima volta la realtà carceraria) richiama tutti i requisiti soggettivi della prima — consenso del condannato e prognosi di non recidivanza — ma configura un requisito oggettivo per così dire 'speculare': mentre il periodo minimo "frazionario" d'espiazione della pena è abbassato rispetto alla prima sotto-ipotesi, riducendosi alla metà della sanzione irrogata, il periodo minimo "assoluto" è aumentato, essendo pari a sei mesi. Altro requisito oggettivo è dato dalla pena residua, che non può superare i due anni; in alternativa a quest'ultimo requisito temporale è previsto un pregnante elemento 'polivalente', richiedendosi che «la valutazione complessiva del reato, la personalità del condannato e il suo sviluppo durante l'esecuzione mostrino l'esistenza di circostanze particolari» che possano giustificare il beneficio (§ 57, comma 2).

Ciò posto, va per completezza notato che, stando alla *littera legis*, le sopra viste sotto-distinzioni non dipendono rigidamente dalla categoria d'autore (recidivo/prima sotto-ipotesi; delinquente primario/seconda sotto-ipotesi), poiché la prima forma sarebbe astrattamente applicabile anche a chi si trovi per la prima volta assoggettato ad un'esecuzione carceraria e, per converso, anche chi abbia già sperimentato la detenzione potrebbe accedere alla seconda forma di sospensione laddove risultino "circostanze particolari".

Va poi evidenziato che mentre la prima forma di sospensione del residuo di pena appare come obbligatoria, la seconda è espressamente rimessa alla discrezionalità giudiziale; tuttavia la valutazione dell'"interesse pubblico alla sicurezza" è guidata da criteri talmente laschi ed omnicomprensivi da rendere di fatto discrezionale anche la prima sotto-ipotesi.

Il § 57 prevede anche due specifici elementi ostativi alla concessione della misura sospensiva: in primo luogo, il giudice può rigettare la relativa

istanza se il condannato fornisce informazioni false o insufficienti circa il luogo in cui si trovano le *res* oggetto di confisca (comma 6); in secondo luogo, l'istanza deve addirittura considerarsi inammissibile se è stato stabilito dall'organo giurisdizionale un periodo — non oltre i sei mesi — entro il quale essa non può essere proposta (comma 7).

Quanto ai contenuti e modi della sospensione del residuo di pena, in generale, valgono le disposizioni relative alla sospensione della pena (§§ 56a-56e); tuttavia, si prevede che il periodo di prova non possa essere inferiore alla durata della pena residua (§ 57, comma 3).

Parimenti per la revoca della misura sospensivo-probatoria: il § 57, comma 5, richiama le disposizioni di cui ai §§ 56g e 56f, aggiungendo che il beneficio viene meno «anche se, nel periodo compreso tra la condanna e la decisione di sospensione del residuo di pena, la persona condannata ha commesso un reato che per motivi di fatto non abbia potuto essere preso in considerazione dal giudice nella decisione di sospensione del residuo di pena e che, se fosse stato preso in considerazione, avrebbe portato al rifiuto della sospensione medesima».

Se invece il periodo di prova si conclude positivamente, si ha l'effetto d'estinzione della pena.

2) Rispetto alla sospensione del residuo di pena in caso di ergastolo, il codice distingue tra le ipotesi di pena perpetua irrogata come pena principale (§ 57a) e i casi di pena perpetua come conseguenza di cumulo sanzionatorio (§ 57b).

La struttura fondamentale è comunque data dal § 57a, a mente del quale la misura sospensivo-probatoria è applicata se, sul piano oggettivo, sono già stati eseguiti quindici anni di pena e se, sul piano soggettivo, sussiste il consenso del condannato e non ostano ragioni di prevenzione speciale (è richiamato il criterio dell'“interesse pubblico alla sicurezza”); a questi requisiti si aggiunge un presupposto negativo di chiara marca retributiva: la prosecuzione dell'esecuzione della pena non deve essere richiesta dalla “particolare gravità della responsabilità” del soggetto (in ordine al fatto oggetto della condanna).

Un ulteriore elemento ostativo alla concessione della misura sospensiva è dato dal rinvio al comma 6 del § 57 (secondo cui il giudice può rigettare la relativa istanza se il condannato fornisce informazioni false o insufficienti su dove reperire le *res* oggetto di confisca); inoltre, il giudice può stabilire un periodo, che non può essere superiore a due anni, in cui l'istanza di sospensione deve ritenersi inammissibile.

In presenza dei requisiti di legge, l'applicazione della sospensione del residuo di pena in caso d'ergastolo apparirebbe obbligatoria, tuttavia alla discrezionalità giudiziale implicata dall'apprezzamento dell'"interesse pubblico alla sicurezza" il § 57a aggiunge quella esatta dalla valutazione della "particolare gravità della responsabilità" del reo.

Sempre a somiglianza del § 57, per i contenuti e i modi della sospensione il § 57a, comma 3, rimanda, *mutatis mutandis*, alla disciplina della sospensione della pena, stabilendosi però il periodo di prova nella misura fissa di anni cinque.

Anche per quanto riguarda il tema della revoca, valgono le disposizioni relative alla sospensione della pena (§§ 56f e 56g), integrate con la regola di cui al § 57, comma 5, secondo sotto-comma, per cui la misura sospensiva decade «anche se, nel periodo compreso tra la condanna e la decisione di sospensione del residuo di pena, la persona condannata ha commesso un reato che per motivi di fatto non abbia potuto essere preso in considerazione dal giudice nella decisione di sospensione del residuo di pena e che, se fosse stato preso in considerazione, avrebbe portato al rifiuto della sospensione medesima».

Se non vi è revoca, al termine dei cinque anni si ha l'estinzione della pena.

Quanto alla seconda ipotesi di sospensione del residuo di pena perpetua, ove cioè quest'ultima risulti dal cumulo di pene temporanee per più reati, l'unica particolarità significativa riguarda il requisito (negativo) della "particolare gravità della responsabilità", che in questo caso deve essere valutato globalmente, rispetto cioè al complesso dei fatti criminosi (§ 57b).

5.1. Prassi.

Quanto alla sospensione del residuo di pene detentive temporanee, i dati statistici sono più frammentari e di minore qualità di quelli inerenti la sospensione della pena, pare comunque che circa il 60% delle pene siano oggetto di sospensione laddove rientrano nella prima ipotesi di sospensione del residuo di pena (§ 57, comma 1), percentuale che sembra essersi mantenuta costante nel tempo.

Rispetto alla sospensione del residuo di pena dell'ergastolo, nel periodo tra il 2002 e il 2014 il beneficio è stato concesso nel 13-20% dei casi dopo che il soggetto aveva scontato almeno 25 anni di reclusione; la durata media è stata inferiore: ad esempio, di 17 anni nel 2002, di 19 anni nel 2005 e ancora di 17 anni nel 2010; in generale, i dati mostrano una certa costanza. So-

lamente in pochi casi il soggetto rimane in carcere fino alla sua morte e, in molti di questi, la morte in carcere è dovuta al suicidio.

Circa la comparazione dei costi tra periodo di prova a seguito della sospensione del residuo di pena e quello della reclusione, vale quanto detto con riferimento alla sospensione della pena.

5.2. Considerazioni di carattere sistematico, funzionale e comparatistico.

La sospensione del residuo di pena presenta notevoli analogie con la nostra liberazione condizionale di cui all'art. 176 s. c.p., condividendo la medesima funzione di reinserimento sociale graduale e 'controllato' di coloro che abbiano scontato una porzione significativa di pena carceraria di durata non breve. Non mancano però talune differenze di rilievo.

In primo luogo, la misura sospensiva tedesca appare dotata di maggiore flessibilità in fase di concessione e in fase di eventuale revoca, oltre che di maggiore articolazione in punto di contenuti.

In secondo luogo, nonostante quanto rilevato sopra, l'ordinamento tedesco ancora una volta sembra dar spazio ad esigenze di carattere retributivo, seppur limitatamente alla seconda forma di sospensione del residuo di pena temporanea (sotto-ipotesi di cui al § 57, comma 2, n. 2, in cui si richiede che ricorrano "speciali circostanze" anche in ordine al "reato") e alla sospensione del residuo di pena in caso d'ergastolo (ove la "particolare gravità della responsabilità" preclude l'accesso alla misura alternativa).

In terzo luogo, i presupposti per la sospensione della pena detentiva perpetua sono comunque meno rigorosi, a cominciare da quello temporale, bastando che l'ergastolano abbia scontato quindici anni di detenzione.

Infine, è da notare che anche la disciplina di cui al § 57 esprime la ridetta propensione dell'ordinamento tedesco ad evitare le pene detentive brevissime ed i conseguenti effetti di desocializzazione. Da un lato, infatti, rispetto a chi per la prima volta sperimenta la realtà carceraria è previsto un periodo minimo di reclusione pari a sei mesi prima che possa essere concessa la sospensione (mentre per i 'recidivi' il periodo minimo è di soli due mesi); dall'altro lato, però, la stessa categoria di soggetti beneficia di un trattamento più favorevole relativamente all'altro requisito cronologico, essendo sufficiente che il periodo di pena già scontato sia pari alla metà della pena inflitta, quando nel caso di soggetto carcerato per la seconda volta tale periodo deve essere uguale ad almeno due terzi.

SEZIONE II

SPUNTI PER UNA RIFORMA DEL SISTEMA SANZIONATORIO PENALE ITALIANO

1. Considerazioni a carattere generale sul sistema sanzionatorio penale tedesco.

Esaurita la parte ricostruttiva, prima di esaminare nel dettaglio i possibili spunti provenienti dal sistema penale tedesco per la riforma degli istituti sospendivo-probatori italiani, ci siano consentite alcune considerazioni a carattere generale sul sistema sanzionatorio penale tedesco nel suo complesso.

Non vuole essere uno sconfinamento in temi che saranno affrontati da altri gruppi di ricerca, ma si tratta di un passaggio che riteniamo indispensabile per apprezzare al meglio i suggerimenti che possono venire dagli istituti di *probation* previsti in Germania. Non solo per questioni tecniche: si pensi ad esempio al tema della sospendibilità o meno della pena pecuniaria. Ma anche — e soprattutto — perché, come vedremo meglio in seguito, istituti di *probation* e sistema sanzionatorio nel suo complesso, quanto meno sul piano delle pene edittali, sono strettissimamente connessi, essendo indubbio che al mutare dell'impianto complessivo delle pene principali muti anche il ruolo e la funzione degli istituti di *probation* e viceversa.

1.1. Il carcere come *extrema ratio*.

Ebbene, in questa analisi a carattere generale, anzitutto si deve osservare come nel sistema sanzionatorio penale tedesco il carcere costituisca un'autentica *extrema ratio*.

In termini astratti e iper-sintetici, con riferimento alla centralità del carcere, si possono distinguere tre grandi modelli sanzionatori penali. Anzitutto, v'è un modello non soltanto carcero-centrico, ma anche chiuso, che in questa particolare fase storica non esito a definire "populista", ispirato all'idea che la sanzione penale si identifichi non solo con quella detentiva ma specificamente con quella carceraria e sorretto dalla convinzione che quanto minacciato "in astratto" dall'ordinamento debba poi essere necessariamente eseguito "in concreto", determinando una perfetta corrispondenza tra pene edittali astratte e pene concretamente eseguite. In secondo luogo, v'è un modello sempre carcero-centrico, ma aperto, nel senso che pilastro del sistema è sempre la pena carceraria, ma al fine di evitare rischi di desocializzazione o di assicurare un trattamento progressivo, si è disposti a dischiudere le porte del

carcere in fase di cognizione e ad aprirle soprattutto in fase di esecuzione. Infine, v'è un terzo modello che non è più carcero-centrico, divenendo il carcere autenticamente *ultima ratio*, in un duplice senso: da un lato, la stessa pena edittale che costituisce il pilastro dell'intero sistema sanzionatorio non è più quella carceraria, ma diversa e alternativa al carcere (per esempio pena pecuniaria); dall'altro lato, là dove è previsto il carcere come pena edittale, tuttavia per pene carcerarie in concreto medio-basse, corrispondenti a una criminalità medio-bassa, viene prevista una serie di istituti di *probation*, quindi in libertà, che relegano il carcere a pena applicabile a fatti gravi o gravissimi o a soggetti che nella sostanza possono rivelarsi pericolosi.

La Germania ha adottato questo terzo modello non più carcero-centrico. E l'obiettivo viene raggiunto attraverso due strumenti: da un lato, pena edittale cardine del sistema è la pena pecuniaria strutturata oltretutto secondo il meccanismo dei tassi; dall'altro lato, allorquando viene in gioco la pena carceraria, ampio spazio applicativo viene riconosciuto agli istituti sospensivi basati sulla prova.

In particolare, la centralità della pena pecuniaria viene garantita da una comminatoria edittale piuttosto particolare. Non solo vi sono reati, il cui disvalore risulta piuttosto esiguo, puniti soltanto con la pena pecuniaria, ma, soprattutto, la stragrande maggioranza dei reati è punita con pena carceraria e, in alternativa, con pena pecuniaria (ad esempio "pena detentiva fino a un anno o pena pecuniaria"). Dovendosi considerare inoltre che per i fatti non gravi il minimo edittale della pena detentiva non viene determinato e che l'alternatività tra pena detentiva e pena pecuniaria è prevista anche per reati puniti con pena detentiva senza dubbio consistente, ad esempio fino a 5 anni.

Là dove non è possibile applicare la pena pecuniaria, viene in gioco la pena detentiva, che tuttavia non significa necessariamente carcere, trovando ampia applicazione le misure sospensivo-probatorie.

Ciò significa che il giudice si trova molto spesso nella possibilità di scegliere, con un notevole margine di discrezionalità, tra pena pecuniaria e pena detentiva e tra pena detentiva e istituti di *probation*. E si tratta di una scelta che tiene conto non soltanto della gravità del fatto, ma anche della personalità dell'autore e delle sue esigenze di rieducazione. In termini sintetici si potrebbe dire che verso la pena pecuniaria vanno fatti oggettivamente lievi, come anche fatti oggettivamente medi rispetto ai quali però l'autore non manifesta particolari esigenze specialpreventive. Al contrario, vanno verso la pena detentiva, e, più precisamente, verso la pena detentiva o misure sospensivo-probatorie, fatti oggettivamente gravi oppure medi rispetto ai quali l'autore manifesta particolari esigenze specialpreventive. A metà strada, in pre-

senza di fatti di media gravità, la scelta tra pena detentiva e *probation* si gioca soprattutto sull'esigenze specialpreventive manifestate dal reo.

Alla luce di questo quadro, al netto della criminalità grave o gravissima coperta soltanto da pena detentiva, si potrebbe dire che nel suo complesso il sistema sanzionatorio penale tedesco risulta strutturato in questi termini: la tendenza di fondo è ad applicare la pena pecuniaria; se poi non è possibile applicare la pena pecuniaria opera la *probation*; il carcere opera solo se anche la *probation* non risulta possibile.

Da altro angolo visuale ancora, si potrebbe parlare di una criminalità tendenzialmente bassa punita con pena pecuniaria anche perché priva di esigenze risocializzanti impegnative o che non merita comunque un impegno specialpreventivo; una criminalità medio alta che si contraddistingue invece per la necessità di soddisfare esigenze specialpreventive, all'interno della quale si può poi ulteriormente distinguere sulla base delle diverse esigenze rieducative, per cui, da un lato, v'è una criminalità media, dove le esigenze risocializzanti possono essere soddisfatte mediante la *probation*, vale a dire nella sostanza in libertà, mentre dall'altro lato v'è una criminalità rispetto alla quale la personalità del soggetto impone invece che, anche per esigenze di sicurezza, possa essere affrontata soltanto con il carcere. Infine, v'è una criminalità grave o gravissima a cui si può rispondere soltanto mediante la pena carceraria anche perpetua.

Da notare fin d'ora, ma ci torneremo più dettagliatamente in seguito, come la pericolosità sociale, se, da un lato, non incide sul *quantum* di pena, dall'altro lato, sicuramente incide sulle modalità esecutive essendo decisiva nella scelta tra *probation* in libertà oppure detenzione in carcere.

1.2. La *probation* come “pena autonoma”.

Quanto detto ha una conseguenza relevantissima sul modo di concepire la *probation*, con riflessi ulteriori sul modo di concepire la pena pecuniaria e la stessa pena detentiva/carceraria.

All'interno di sistemi penali carcerocentrici chiusi, marcatamente generalpreventivi e retributivi (per non dire escludenti e segregazionisti, fondati in definitiva sul concetto di capro espiatorio), non v'è alcuno spazio per le misure sospensivo-probatorie, non essendoci, prima ancora, alcuno spazio per il reo in carne ed ossa, venendo la prevenzione speciale ridotta soprattutto a “trattamento” intramurario in pieno contrasto con tutte le acquisizioni moderne secondo cui la rieducazione/risocializzazione non è in grado di esplicare i suoi effetti in un ambito come quello carcerario strutturalmente

desocializzante. All'interno di sistemi penali carceri-centrici aperti, la *probation* assume senz'altro un ruolo significativo, ma è destinata ad essere — per così dire — servente e strumentale rispetto alla pena carceraria. L'idea di fondo è infatti che la *probation* costituisca una *chance* offerta al reo per non andare in carcere, ma una volta che il reo si è giocata la *chance*, non possono che aprirsi le porte del carcere. Diversamente, nei sistemi in cui la pena detentiva/carceraria costituisce l'*extrema ratio*, la *probation* diviene nella sostanza una sorta di “terzo pilastro” del sistema sanzionatorio, destinato ad acquisire autonomia dalla stessa pena detentiva/carceraria e che si colloca tra la pena edittale alternativa non carceraria e il carcere: mentre la pena pecuniaria è alternativa al carcere in astratto e sul piano edittale, la *probation* è alternativa al carcere in concreto.

Ebbene, all'interno del sistema penale tedesco la *probation* svolge proprio quest'ultimo ruolo di alternativa al carcere in concreto, ma tale da emanciparsi dal suo legame col carcere per divenire una sorta di risposta sanzionatoria autonoma. Si potrebbe parlare di una *probation* come “terza pena” autonoma, che si caratterizza per una consistente e peculiare efficacia special-preventiva, anche perché in libertà, e che si colloca tra la pena pecuniaria e la pena carceraria.

Si tratta di un punto di grande delicatezza e di estrema rilevanza che deve essere chiarito molto bene. In particolare, non c'è dubbio che la *probation* è strettamente legata alla pena carceraria. La *probation* nasce storicamente come alternativa al carcere; la *probation* è strutturalmente legata al carcere in virtù della sua sospensività, per cui la *probation* scaturisce dalla pena carceraria e ritorna alla pena carceraria allorché l'esperimento di prova fallisce. Inoltre, lo stretto legame che intercorre tra *probation* e carcere è ben evidenziato proprio dal sistema tedesco dove la pena pecuniaria, in quanto diversa dal carcere, non risulta nella sostanza sospendibile (anche se è astrattamente applicabile l'*Ammonizione con riserva di pena*).

Tuttavia, se si valorizza il punto di vista funzionale, la *probation* tende ad acquistare una certa autonomia collocandosi come la terza grande risposta del sistema sanzionatorio. Da un lato, è incompatibile con la pena pecuniaria proprio per la duplice scelta di fondo di punire con la pena pecuniaria fatti di scarso disvalore rispetto ai quali le esigenze rieducative non si fanno comunque particolarmente pressanti e di utilizzare le energie per la rieducazione per la criminalità più grave che lo merita: insomma, la non sospendibilità della pena pecuniaria deriva proprio dal notevole contenuto risocializzante della *probation* (ecco la sua autonomia) che è un ‘di troppo’ rispetto ad una criminalità di scarso spessore per la quale è sufficiente una risposta san-

zionatoria “repressiva”. Dall’altro lato, lo strumento più congeniale per la risocializzazione è la *probation* non solo perché opera in concreto, ma anche in libertà.

In questa prospettiva, quindi, la *probation* diviene l’istituto per eccellenza destinato a perseguire scopi specialpreventivi. A differenza delle pene edittali, viene in gioco quando finalmente l’ordinamento può guardare negli occhi il reo permettendo così di modularne il contenuto rispetto alle esigenze concrete. A differenza del carcere, il programma risocializzante può essere svolto in libertà, evitando così di produrre quegli effetti desocializzanti che sono propri della pena carceraria e che sono incompatibili con qualsiasi processo di risocializzazione.

Non solo, ma proprio perché la *probation* acquista autonomia sanzionatoria, essa non può mai risultare vuota, dovendo piuttosto la disciplina caratterizzarsi per una pluralità di contenuti scelti riconoscendo al giudice ampia discrezionalità, che vanno da obblighi a prescrizioni fino all’assistenza mediante servizi sociali. Inoltre, il ritorno al carcere viene minacciato soprattutto per indurre il reo ad adempiere. Infine, essa non è più una *chance* per evitare il carcere, con la conseguenza che non esistono automatismi e preclusioni soggettive, ma piuttosto una risposta sanzionatoria che può essere applicata ogni volta che vi sia una valutazione positiva in concreto, mentre il carcere trova applicazione per una diversa criminalità.

Ecco allora che a mutare sono anche la pena pecuniaria e il carcere. La pena pecuniaria diviene la risposta meno afflittiva, ma anche più effettiva (di fatto non sospendibile), non solo a causa della scarsa gravità dei fatti commessi, ma anche perché si tratta di autori rispetto ai quali non si pongono particolari esigenze rieducative e risocializzanti. Da qui, come vedremo, la non sospendibilità.

Ma a mutare è anche il carcere. Da un lato, esso è destinato a una criminalità oggettivamente grave (in particolare reati violenti offensivi di beni personali), che finisce per assorbire qualsiasi valutazione in ordine alla pericolosità sociale dell’autore. Dall’altro lato, però, il carcere è destinato anche a una criminalità oggettivamente media, ma — per così dire — soggettivamente grave, finendo per costituire uno strumento di contenimento della pericolosità in vista della sicurezza per la società: insomma, la segregazione soddisfa ineludibili esigenze di sicurezza, per cui la pericolosità sociale è tale che qualsiasi percorso sulla personalità può essere realizzato soltanto se si creano condizioni che impediscono l’alta probabilità che si torni a delinquere.

Ecco allora che lo stesso carcere finisce per assumere una connotazione del tutto particolare, essendo destinato non solo alla criminalità oggettiva-

mente grave, ma anche a quei criminali rispetto ai quali, risultando pericolosi, risulta al momento impossibile un percorso riabilitativo in libertà. Con la conseguenza che all'interno della criminalità media si ritaglia una criminalità contraddistinta da soggetti che non risultano pericolosi, rispetto alla quale lo strumento cardine diventa per l'appunto la *probation* fortemente concretizzata, tanto è vero che, come vedremo, la disciplina della *probation* non conosce preclusioni soggettive automatiche, ma ogni valutazioni di pericolosità è rimessa alla discrezionalità del giudice, facendo della *probation* il vero strumento di risocializzazione in libertà.

1.3. Il contrasto alle pene detentive brevi.

La terza ed ultima considerazione a carattere generale riguarda il contrasto alle pene detentive/carcerarie brevi. Nel corso dei decenni in Italia il problema è stato sempre meno attenzionato, ma si tratta di problematica centrale per qualsiasi sistema sanzionatorio scaturente dal solo fatto che sia prevista la pena carceraria.

Lo dimostrano i numeri relativi al sistema penale italiano. Nel 2017, su 196.781 condanne *inflitte* per reati di gravità da bassa a medio-alta, 96.621 erano da 1 a 6 mesi; 43.179 da 6 mesi a 12 mesi; 33.133 da 1 a 2 anni e 23.848 da 2 a 5 anni. Ma soprattutto, se, da un lato, i condannati definitivi che si trovano a scontare una pena breve non costituiscono un numero esorbitante, tuttavia, dall'altro lato, rappresentano una cifra non del tutto trascurabile. Così, nel 2018, i condannati definitivi in esecuzione di pene fino ad un anno sono stati 1.770 e quelli da 1 a 2 anni 3.279 (4.489 da 2 a 3 anni e 4.675 da 3 a 4 anni). Ciò significa che nelle carceri italiane ci sono 5.049 detenuti in espiazione di pene inferiori ai 2 anni. C'è da ritenere che si tratti di recidivi per reati non gravi, in definitiva soprattutto autori frutto della marginalità sociale.

Ebbene, in Italia la risposta al problema delle pene detentive brevi è stata un autentico disastro. L'idea è stata quella di prevedere istituti *ad hoc* che tuttavia si sono rivelati un autentico fallimento. Si consideri che nel 2018 vi erano 4 persone in semidetenzione e 185 in libertà controllata.

Molte le ragioni di questo fallimento. Anzitutto, sul piano delle tipologie sanzionatorie, al netto della pena pecuniaria, se si possono esprimere apprezzamenti per la libertà controllata che è pena prescrittiva nata dalla libertà vigilata e che ha conosciuto uno sviluppo ulteriore nella sorveglianza speciale come misura di prevenzione personale, problematicissima si è rivelata la semidetenzione che comporta comunque l'utilizzo del carcere. Inoltre, la disci-

plina per l'applicazione delle sanzioni sostitutive è molto farraginosa, creatrice di sovrapposizioni interne tra le stesse sanzioni sostitutive. Ed ancora, lo stesso meccanismo di funzionamento è disfunzionale visto che è un ibrido tra sostitutivo e sospensivo: si potrebbe dire che si tratta di un meccanismo apparentemente sostitutivo ma in realtà sospensivo perché consente un eventuale ritorno alla pena detentiva sostituita. Infine, sul piano della prassi applicativa si è assistito alla sovrapposizione con altri istituti in virtù di un mancato coordinamento che ha portato addirittura all'effetto perverso della sospendibilità delle sanzioni sostitutive e quindi nella sostanza alla sospendibilità di un istituto a sua volta sospensivo.

Di contro, in Germania il contrasto alle pene detentive che potremmo definire brevissime (fino a sei mesi) è stato preso talmente sul serio che il carcere risulta una vera e propria eccezione. Da un lato, il § 47, comma 1, *StGB* sancisce che quando la comminatoria contempla una pena detentiva e una pena pecuniaria «il giudice infligge una pena detentiva inferiore a sei mesi solo quando particolari circostanze relative al fatto o alla personalità dell'autore rendono indispensabile l'inflizione di una pena detentiva per l'effetto che può esercitare sull'autore o per la difesa dell'ordinamento giuridico»: quindi, salvo peculiari esigenze, una pena detentiva inferiore a sei mesi deve “convertirsi” in pena pecuniaria. Inoltre, nell'ipotesi in cui la comminatoria edittale contempli soltanto la pena detentiva e venga in considerazione l'applicazione di una pena detentiva inferiore a sei mesi, il secondo comma del § 47 *StGB* sancisce che «il giudice infligge una pena pecuniaria, a meno che non si renda indispensabile, secondo il primo comma, l'inflizione della pena detentiva»: quindi, ancora una volta, una pena detentiva inferiore a sei mesi, anche se priva della alternatività della pena pecuniaria, deve “convertirsi” in pena pecuniaria. Dall'altro lato, il § 56, commi 1 e 3, *StGB* prevede un'ipotesi peculiare di sospensione della pena concernente proprio le pene detentive inferiori a 6 mesi, per cui, in caso di condanna a siffatta pena detentiva, «il giudice sospende condizionalmente l'esecuzione della pena se ci si può attendere che già la condanna possa servire da monito al condannato e che questi in futuro si asterrà dal commettere altri reati anche senza l'effetto dell'esecuzione»: quindi, se in prima battuta il giudice non è stato in grado di “sostituire” la pena detentiva inferiore a 6 mesi con la pena pecuniaria, in seconda battuta la tendenza è che tale pena debba essere sospesa.

Insomma, per pene inferiori a 6 mesi, la regola è la pena pecuniaria, ma se al posto della pena pecuniaria si è stati “costretti” ad irrogare una pena detentiva, la regola è la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva con messa alla prova. Ecco allora che pena pecuniaria e sospensione della pena

concorrono in sede decisoria per ridurre al massimo l'esecuzione delle pene detentive brevissime inferiori a sei mesi.

2. I nodi da sciogliere a carattere generale per la riforma del sistema sanzionatorio penale italiano.

Alla luce di questo quadro complessivo del sistema sanzionatorio penale tedesco, va da sé che in una prospettiva di riforma del sistema italiano il legislatore non potrà non sciogliere alcuni nodi destinati ad incidere proprio sulla configurazione degli istituti di *probation*.

Ammesso e (purtroppo) non concesso che il nostro sistema non potrà regredire nel senso di un sistema carcerocentrico e chiuso, primo nodo da sciogliere è se continuare a configurare il sistema come carcerocentrico, ancorché aperto, oppure come non più carcerocentrico, con il carcere quindi come *extrema ratio*. Il tema diventa quindi se saranno previste anche pene edittali alternative al carcere.

Ebbene, questo nodo non è agevole da sciogliere. Se infatti si resta ancorati su una posizione di coerenza scientifica, non c'è dubbio che sia auspicabile una notevole riduzione della pena carceraria, anche per il solo fatto che ormai risulta empiricamente dimostrato che il carcere non diminuisce ma incrementa il tasso di recidivismo. Ma se ci si pone in una prospettiva molto più realistica, appare del tutto evidente come ancora oggi il legislatore, quale che sia il colore politico che lo tinge, non intenda rinunciare alla centralità del carcere visto che nell'immaginario collettivo la pena viene ancora interamente identificata con il carcere. Inoltre, già sul piano scientifico, si può prospettare l'idea che proprio nel momento in cui si crea un carcere aperto non ha senso andare a prevedere nuove pene edittali non carcerarie. Infine, e per certi aspetti soprattutto, si potrebbe ritenere che sia principalmente la *probation* a svolgere una reale funzione rieducativa, avendo come punto di riferimento il reo in carne ed ossa e quindi garantendo una maggiore discrezionalità e duttilità.

Alla luce di queste ultime due considerazioni a carattere più scientifico, ammesso che si andrà a investire anche su pene edittali alternative al carcere, il tema diviene: quali pene alternative?

L'alternativa che si apre può essere così sintetizzata: o si investe su pene alternative come la pena pecuniaria, vale a dire su pene che risultano essere diverse anche dalla *probation*; oppure si investe su pene alternative che hanno contenuti nella sostanza simili a quelli della *probation*.

Ed è qui che il sistema penale tedesco offre spunti interessanti. La scelta della pena pecuniaria a scapito di altre pene alternative diverse da quella pecuniaria con contenuto simile alla *probation* si gioca su una considerazione di fondo. Il legislatore tedesco ha individuato una criminalità non solo medio bassa, ma anche per certi aspetti occasionale, rispetto alla quale oltre a non porsi esigenze di carcere e di sicurezza, non si pone neppure l'esigenza di un impegno rieducativo da parte dello Stato così consistente come quello che si compie attraverso la *probation*.

Diversamente, la scelta di pene alternative che hanno un contenuto simile a quello delle misure sospensivo-probatorie, non solo crea una sorta di sovrapposizione contenutistico-funzionale, ma comporta anche un notevole dispendio di energie rispetto a una criminalità che non pone esigenze rieducative e risocializzanti così significative.

Di più. Il legislatore tedesco, ma alla fin fine anche quello italiano (si pensi alla messa alla prova come anche al potenziamento delle condotte riparatorie), investono sempre di più su istituti sospensivi con contenuto di *probation* nella fase predecisoria. Ebbene, questi istituti operano bene soltanto se le pene principali hanno un contenuto diverso dalla *probation*, contraddistinto da una afflittività disfunzionale rispetto ad un concreto impegno fattivo ricercato *hic et nunc*. Insomma, la pena principale è uno strumento che deve avere un contenuto afflittivo, capace di chiudere il sistema e attraverso la sua minaccia incentivare l'adempimento dei contenuti alternativi alla afflizione della pena principale.

Ecco allora che, se si devono prevedere pene alternative con contenuti di *probation*, meglio prevedere direttamente le misure sospensivo-probatorie, anche perché le esigenze specialpreventive si soddisfano al meglio proprio in concreto, con la conseguenza che dal sistema tedesco giunge una indicazione di grande interesse: bene investire su pene principali alternative al carcere, ma che si tratti di pene con contenuti diversi dalla *probation*.

Il secondo nodo da sciogliere riguarda la *probation* e l'alternativa che si pone al riformatore italiano è se essa debba svolgere un ruolo meramente sostitutivo della pena carceraria oppure un vero e proprio ruolo sanzionatorio. Ebbene, la seconda opzione è sicuramente nel senso di ridurre ulteriormente il ruolo del carcere potenziando la risocializzazione in libertà senza tuttavia rinunciare al carico sanzionatorio. In questa prospettiva, quindi, la *probation* non sarebbe solo e semplicemente una *chance* riconosciuta al reo, ma piuttosto un trattamento sanzionatorio autonomo, vale a dire una terza via che si pone tra le pene edittali alternative al carcere e il carcere.

Infine, per quanto riguarda il terzo nodo della lotta alle pene detentive brevi, l'esperienza tedesca ci insegna che non occorre uno strumento *ad hoc*, perché lo strumento esiste già ed è fornito proprio dalle misure sospensivo-probatorie in fase decisoria. Inoltre, tale esperienza ci insegna anche che la lotta alle pene detentive brevi si realizza non solo mediante la *probation*, ma prima ancora attraverso una comminatoria edittale che prevede come pene alternative la pena carceraria e la pena pecuniaria. Proprio questa particolare forma di comminatoria, unita alla suspendibilità delle pene carcerarie di media gravità, consente infatti di creare quella scala crescente in termini di limitazione della libertà personale che vede al primo posto la pena pecuniaria, al secondo la pena carceraria sospesa e al terzo la pena carceraria eseguita.

3. Spunti per la riforma delle misure sospensivo-probatorie nel sistema sanzionatorio penale italiano

Entrando più nel vivo degli istituti sospensivo-probatori, il sistema penale tedesco offre importanti suggerimenti per la riforma degli istituti di *probation* italiani in tutte e tre le fasi: predecisoria, decisoria ed esecutiva.

3.1. La riforma delle misure sospensivo-probatorie nella fase predecisoria.

Come abbiamo visto nella prima parte, in Germania l'istituto della irrilevanza penale del fatto si articola in due ipotesi: in una vera e propria ipotesi di esclusione di responsabilità (non punibilità) e in un'ipotesi basata su un meccanismo sospensivo che quindi consente di sottoporre il destinatario a contenuti sanzionatori. Quest'ultima ipotesi, prevista per fatti di scarso disvalore, vede come protagonista il pubblico ministero, richiede il consenso dell'imputato ed è preclusa quando la gravità del reato è tale da non ammetterla. Si potrebbe parlare di una sorta di patteggiamento anticipato avente ad oggetto conseguenze diverse ed alternative rispetto a quelle previste all'interno della comminatoria edittale.

Ebbene, in prospettiva di riforma, è proprio su questa ipotesi condizionata che dobbiamo soffermare la nostra attenzione per raffrontarla non soltanto con la nostra particolare tenuità del fatto, ma anche con la messa alla prova.

A ben vedere, infatti, si potrebbe dire che la Germania ha riunito in un unico istituto sia l'irrilevanza penale del fatto che la messa alla prova presenti nel sistema penale italiano: rispetto a fatti contraddistinti da un disvalore non

particolarmente significativo, si è previsto un meccanismo sospensivo che consente di soddisfare esigenze sanzionatorie.

In Italia, invece, non solo abbiamo scisso tra tenuità e meccanismi sospensivi, ma di per sé presi i due istituti della particolare tenuità del fatto e della messa alla prova pongono alcune difficoltà applicative, se non addirittura qualche incongruenza. Ed infatti, la particolare tenuità del fatto genera, soprattutto nei giudici, alcuni disagi perché del tutto priva di risposta sanzionatoria. Da un lato, non ci possiamo dimenticare che si è in presenza di un reato completo di tutte le sue componenti, con la conseguenza che risulta distonico assimilare sul piano degli effetti la particolare tenuità del fatto all'innoffensività. Inoltre, un reato ritenuto particolarmente tenue finisce per avere un trattamento più favorevole dell'illecito punitivo amministrativo, non potendosi dimenticare che proprio per questa ragione si era formato il contrasto giurisprudenziale che ha portato alla sentenza n. 13681/2016 delle Sezioni Unite relativa alla compatibilità della particolare tenuità del fatto con i reati di pericolo presunto. Dall'altro lato, e conseguentemente, si tratta di istituto destinato a trovare scarsa applicazione perché si riferisce a una casistica che non è particolarmente frequente.

La messa alla prova genera invece un disagio per certi aspetti opposto. Da un lato, infatti, essa attiene a fatti contraddistinti da un disvalore pieno, tanto è vero che la stessa risposta sanzionatoria che scaturisce dalla applicazione della messa alla prova finisce per avere un carico afflittivo significativo se non addirittura consistente. Dall'altro lato, però, manca un vero e proprio accertamento della responsabilità, con la conseguenza che si finisce per "punire" un soggetto che tuttavia non si può considerare responsabile.

Com'è noto, questo problema è stato alla base di una questione di legittimità costituzionale concernente la messa alla prova per violazione del principio di presunzione di innocenza, questione ritenuta infondata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 91/2018, che ha fatto leva sul carattere volontario dell'istituto.

Tuttavia, a ben vedere, si è trattato di una pronuncia che non ha risolto tutti i problemi, perché se, da un lato, è indubbio che «il trattamento programmato non è una sanzione penale, eseguibile coattivamente, ma dà luogo a un'attività rimessa alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte dell'imputato, il quale liberamente può farla cessare con l'unica conseguenza che il processo sospeso riprende il suo corso», dall'altro lato, è altrettanto indubbio che il sistema presenta caratteri per così dire di valutazione e di coercizione nel momento applicativo ai quali il soggetto è in qualche modo sottoposto, a cominciare dal giudizio da parte del giudice in ordine alla idoneità/

congruenza del programma che può comportare anche modifiche e integrazioni, con la duplice conseguenza che la valutazione si appoggia a un qualcosa che alla fin fine non può che richiamare il concetto di responsabilità e che il trattamento è più il frutto di una sorta di accordo che di una libera scelta. Insomma, il giudice non ratifica la proposta di programma dell'interessato, ma, piuttosto, esercita un controllo contenutistico sulla stessa e può giungere a modificarla, con la conseguenza che in questa ipotesi è l'interessato ad accettare la "controproposta".

Ecco allora che per il sistema penale italiano si pongono alcune questioni problematiche. Per quanto riguarda la particolare tenuità del fatto non si può fare a meno di osservare come proprio l'effetto della non punibilità *tout court* sia per certi aspetti disfunzionale, determinando un'inevitabile resistenza da parte dei giudici ad applicare l'istituto: perché in presenza di particolare tenuità la risposta deve essere di non punibilità totale?

Per quanto riguarda la messa alla prova il nodo da sciogliere attiene non tanto alla presunzione di innocenza e al mancato accertamento della responsabilità, quanto piuttosto al carattere realmente volontario dell'istituto, con la conseguenza che permane un certo disagio a giustificare un trattamento afflittivo che in un certo qual modo non può essere imposto in assenza di un accertamento di responsabilità o che comunque non può non avere come punto di riferimento una certa responsabilità. Anche perché l'istituto, nato in sede minorile, si giustifica in quella sede proprio alla luce della particolare personalità del minore che sopperisce alle problematiche della responsabilità.

Ebbene, l'esperienza tedesca offre importanti suggerimenti per una riforma del nostro sistema, potendosi andare a prevedere addirittura tre diversi istituti in fase predecisoria.

Anzitutto, si potrebbe confermare la particolare tenuità del fatto che esclude qualsiasi responsabilità, magari "ripulendola" da tutti i condizionamenti soggettivi fondati sulla pericolosità. Pur avendo un'applicazione fisiologicamente contenuta, si tratta di un istituto volto ad escludere dall'ambito della rilevanza penale reati che nel loro complesso si rivelano di una tenuità tale da non giustificare comunque una pena.

In secondo luogo, si potrebbe rimodellare la messa alla prova, che, in mancanza di un accertamento e al fine di rendere l'istituto autentica espressione della libera volontà in assenza di qualsiasi pressione/coercizione, potrebbe divenire il luogo per la giustizia riparativa.

Infine, si potrebbe prevedere una particolare tenuità condizionata, estesa anche a fatti che proprio tenui non sono, da configurarsi come una sorta di patteggiamento avente ad oggetto non tanto la quantificazione della pena

corrispondente alla pena edittale, ma una *probation* alternativa al carcere. Potendo trovare qui collocazione anche gli istituti aventi carattere riparatorio non tanto e non solo delle offese alla vittima, ma soprattutto delle offese — per così dire — pubbliche (sicurezza nei luoghi di lavoro, ambiente, fisco).

Da un lato, proprio perché conseguono effetti sanzionatori, l'ambito operativo potrebbe essere esteso, richiedendo che alla sua applicazione non si opponga la gravità del fatto; dall'altro lato, i contenuti sanzionatori a cui il soggetto si sottopone potrebbero essere il frutto di un accordo tra pubblico ministero e indagato, vale a dire proposti dal pubblico ministero e accettati dall'indagato, sotto il controllo del giudice.

3.2. La riforma delle misure sospensivo-probatorie nella fase decisoria.

Venendo agli istituti di *probation* nella fase decisoria, la prima considerazione che ci sentiamo di fare riguarda la necessità di semplificazione. All'interno del nostro sistema, in fase cognitiva, operano ormai ben tre misure sospensivo-probatorie: le sanzioni sostitutive, la sospensione condizionale della pena e, in sostanza, anche l'affidamento in prova al servizio sociale. Inoltre, in virtù di una prospettiva funzionalistica eccessivamente rigida e per compartimenti, mentre le sanzioni sostitutive sarebbero destinate alla lotta alle pene detentive brevi, gli altri due istituti sospensivi sarebbero invece concepiti come alternative al carcere anche in ipotesi di pene di durata non breve. Infine, i rapporti tra la sospensione condizionale della pena e l'affidamento in prova al servizio sociale non risultano chiari. In teoria, nella fase della cognizione, e quindi in prima battuta, dovrebbe trovare applicazione la sospensione condizionale della pena, tendenzialmente vuota di contenuti e oltretutto applicabile anche per due volte. Nella fase esecutiva, e quindi eventualmente dopo che è stata concessa anche per due volte la sospensione condizionale della pena, dovrebbe trovare applicazione l'affidamento in prova, dotato di contenuti risocializzativi sul presupposto di una previa osservazione della personalità. Tuttavia, questo quadro si può considerare saltato perché sulla base dell'art. 656 c.p.p. sussiste la possibilità di anticipare la concessione delle misure alternative ad un momento anteriore all'inizio della esecuzione, ancorché successivo alla condanna, con la conseguenza che i due istituti finiscono sostanzialmente per operare nella stessa fase.

Ebbene, come dicevamo, questo sistema, così farraginoso e ineffettivo, necessita di una semplificazione, che può andare nel senso di prevedere addirittura un unico istituto, alla condizione che, come vedremo, il *quantum* di

pena in concreto non risulti eccessivamente ampio (in Germania sono due anni, in Italia ben quattro con riferimento all'affidamento in prova) e i contenuti del periodo di prova siano notevolmente modulabili riconoscendo, sempre come vedremo, ampia discrezionalità al giudice.

Per quanto riguarda le pene sospensibili non possiamo fare altro che ripetere quanto già detto prima. Se si muove dall'idea di attribuire un ruolo centrale alla *probation*, non c'è ragione di applicarla a fatti di disvalore più scarso di quello dei fatti puniti con pena edittale alternativa al carcere, quale che sia la pena alternativa su cui si decida di investire. A maggior ragione, là dove si dovesse investire su pene edittali alternative con contenuti di *probation*.

Il cuore di un istituto sospensivo-probatorio fortemente orientato alla ri-socializzazione implica soprattutto il conferimento di un'ampia discrezionalità al giudice: sull'*an* dell'applicazione; sulla durata del periodo di prova; sul *quomodo*, potendosi scegliere tra una pluralità di contenuti che vanno dagli obblighi sanzionatori, alle prescrizioni con finalità di controllo, fino all'aiuto; ma anche discrezionalità in ordine alla revoca, potendosi prospettare anche l'istituto della revoca della estinzione del reato.

In particolare, per quanto riguarda l'*an*, il giudizio sulla prognosi di non recidiva meriterebbe un'ampia riflessione di carattere generale, perché si riconnette al tema più generale dei giudizi di pericolosità. In questa sede si deve osservare come tali giudizi abbiano una sicura plausibilità là dove una responsabilità è stata accertata, come in queste ipotesi, mentre in assenza di un accertamento di responsabilità non dovrebbero essere ammessi. Nel caso di specie poi tali giudizi servono per decidere se esiste o meno l'esigenza di eseguire la pena carceraria, con la conseguenza che la discrezionalità finisce per riguardare nella sostanza il tipo di percorso che si vuole fare intraprendere al reo, se in libertà oppure per l'appunto in carcere.

Ecco allora che, sempre come emerge dal sistema tedesco, il giudizio finisce inevitabilmente per articolarsi in due momenti: da un lato, si tratta di valutare se esista o meno l'esigenza di contenere una pericolosità particolarmente concreta anche perché impellente e immediata; dall'altro lato, si tratta di compiere la vera e propria prognosi di recidiva. Insomma, non c'è da meravigliarsi se nella valutazione sulla applicabilità della *probation* intervengano anche considerazioni basate — per così dire — sulla "sicurezza", purché siano connesse ad esigenze particolarmente immanenti e legate alla tutela di beni personali.

Per quanto riguarda la durata del periodo di prova, svincolarlo da una predeterminazione consente di modulare ancora meglio il contenuto, sempre nel rispetto di limiti massimi.

Di importanza centrale sono i contenuti. Prima questione è se sia opportuno differenziare tra due istituti sulla base del *quantum* di pena in concreto e con conseguenze sui contenuti della prova. È evidente che più si estende l'ambito applicativo dell'istituto anche a reati puniti in concreto con pene piuttosto elevate (da noi l'affidamento in prova riguarda pene fino a 4 anni), e quindi a reati che in astratto possono esprimere anche un consistente disvalore, più si pone un'esigenza di differenziare anche al fine di evitare sperequazioni, per cui per pene in concreto più alte la misura non potrà che avere consistenti contenuti, mentre per pene in concreto più basse la misura dovrà essere meno densa di contenuti. Se invece l'estensione è modesta (per esempio pene non superiori a 3 anni), differenziare non ha molto senso.

Per quanto riguarda i contenuti, ci dobbiamo chiedere se abbia senso una sospensione condizionale vuota di contenuti. Senz'altro dipende dal contesto complessivo del sistema. A nostro avviso, una sospensione "vuota" di contenuti sarebbe comunque da evitare, in quanto, come già accennato, rispondere con la non punibilità *tout court* rispetto a fatti che costituiscono reato risulta disfunzionale.

Deve essere chiaro che obblighi e prescrizioni hanno entrambi contenuto afflittivo, tuttavia gli obblighi sono orientati più verso il passato, per rimediare alle conseguenze negative prodotte dal reato, mentre le prescrizioni sono orientate più verso il futuro e hanno lo scopo di controllare e ostacolare la commissione di nuovi reati.

Di enorme importanza l'aiuto, che deve essere orientato non soltanto in prospettiva di controllo, ma anche e soprattutto in prospettiva di vera e propria assistenza a carattere sociale, nonché, là dove richiesto, a carattere sanitario, risultando la commissione di un reato l'occasione per costruire autentici percorsi di recupero sociale.

Anche la revoca deve essere discrezionale. D'altra parte, si deve evitare un eccesso di discrezionalità che può andare a compromettere l'efficacia dell'istituto nel momento in cui dovesse portare a svilire le effettive possibilità di revoca. Anche in questo caso, la disciplina tedesca offre interessanti spunti: da un lato, si tipizzano le ipotesi di revoca dando rilevanza a situazioni particolarmente significative, come la commissione di reati o la violazione grave e ripetuta nel tempo degli obblighi o delle prescrizioni o il sottrarsi al controllo o alla guida dell'assistente; dall'altro lato, si consente al giudice di non revocare nel momento in cui incrementa gli obblighi oppure allunga il periodo di prova.

Interessante anche l'istituto della revoca della rimessione della pena. Come risulta dalla prassi dell'affidamento in prova, può accadere che l'esito

della misura sia positivo determinando così l'estinzione della pena, ma che dopo l'estinzione della pena emerga la realizzazione di un reato durante il periodo di prova o addirittura nel tempo che intercorre tra la fine dell'esecuzione della prova e la formulazione del giudizio sull'esito della stessa. Ebbene, si potrebbe prevedere per questa ipotesi una disciplina che consente di revocare l'effetto di estinzione della pena.

Infine, un'ultima questione davvero essenziale per la funzionalità dell'istituto: il trattamento dei recidivi. A ben vedere, le pene detentive brevi non sono un problema nelle prime battute ma in presenza di recidiva, soprattutto se reiterata.

Qui siamo davanti a un paradosso. L'attuale modello vigente nel nostro sistema è così fatto: più reati si compiono, più condanne si riportano, più aumenta la pena e più aumentano le preclusioni, ma nel momento in cui aumentano pena e preclusioni si esce dagli spazi che contengono l'applicazione dei benefici, aprendosi così le porte del carcere. Ma il carcere aumenta a sua volta l'effetto desocializzante, con la conseguenza che quando la persona tornerà in libertà tornerà anche a delinquere. Il meccanismo finisce inevitabilmente per avvitarsi su se stesso. Peggio, il meccanismo finisce per rendere il recidivo sempre più recidivo ma in un contesto in cui il recidivo sempre più recidivo alla fine uscirà comunque dal carcere, aumentando così i fattori oggettivi della insicurezza sociale.

Posto che è nostra convinzione che, in pieno accordo con la nostra Costituzione, il reo recidivo non può essere definitivamente escluso dalla società, creando un capro espiatorio, le possibili soluzioni sono fondamentalmente due: da un lato, può esservi un modello progressivo che incide sull'*an*: più sono i reati, più chiudo con l'effetto perverso che abbiamo detto; dall'altro lato, si può pensare a un modello progressivo sul *quomodo*, per cui sul piano dell'*an* non si pongono *a priori* preclusioni, mentre con l'aumentare della sequenza dei reati possono incrementare i contenuti della prova, ma soprattutto l'aiuto sociale.

Ebbene, il modello secondo cui più si delinque, più si chiude, si basa su automatismi e presunzioni, si contraddistingue per una indubbia astrattezza e finisce per concepire la *probation* come una sorta di *chance*, che, una volta giocata, non può più essere data aprendosi così le porte del carcere.

L'altro modello invece prescinde da automatismi e si basa su valutazioni in concreto e rende la *probation* autonoma rispetto al carcere. Non solo, ma più si opera in libertà, meno si crea desocializzazione e quindi anche meno recidiva.

3.3. La riforma delle misure sospensivo-probatorie nella fase esecutiva.

Anche rispetto alla fase della esecuzione non si può fare a meno di osservare come sussistano più istituti: affidamento in prova 'nel finale', come anche semilibertà, nonché liberazione condizionale, ponendosi l'esigenza di una semplificazione.

Due profili che meritano attenzione. Da un lato, se si decide di ricomprendere la semilibertà nella liberazione condizionale, interessante è l'idea di abbassare notevolmente i termini minimi di espiazione che consentono l'applicazione della liberazione condizionale della pena: adesso nel nostro ordinamento tali termini iniziali devono avere una durata minima di 30 mesi, mentre in Germania possono essere di 6 mesi o 2 mesi nelle rispettive due ipotesi di sospensione del residuo di pena temporanea. Dall'altro lato, persuade anche l'idea di distinguere tra una liberazione condizionale relativa al reo primario e quella relativa al recidivo. In particolare, rispetto al reo primario può essere plausibile fargli 'assaggiare' il carcere per un periodo sufficientemente prolungato, considerati gli effetti ineluttabilmente desocializzanti di esperienze carcerarie brevi.

Infine, il tema dell'ergastolo ostativo, da intendersi come quello che da potenziale diviene effettivo. Ebbene, eliminare l'ergastolo del tutto è un automatismo al contrario, che finisce per basarsi su considerazioni oggettive che prescindono dalla valutazione del soggetto. Se quindi, al posto dell'ergastolo, si potrebbe pensare a una pena temporanea di notevole durata, tuttavia si dovrebbero anche prevedere misure di sicurezza *ad hoc*, soprattutto in relazione a soggetti che hanno collegamenti con la criminalità organizzata.

L'equilibrio tra le istanze diverse è offerto a nostro avviso dalla discrezionalità, risultando quindi convincente la posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo, dove ciò che interessa è la possibilità offerta a chi è in ergastolo di vedere la sua pena trasformata.