

# Il carcere come *extrema ratio*: una proposta concreta\*

## *Imprisonment as a Last Resort: a Concrete Proposal\**

ROBERTO BARTOLI

*Professore di diritto penale presso l'Università di Firenze*

CARCERE, PENA, EXTREMA RATIO,  
SISTEMA SANZIONATORIO

IMPRISONMENT, PENALTY, EXTREMA RATIO,  
PUNITIVE SYSTEM

### ABSTRACT

Il carcere, con il suo contenuto di segregazione e i suoi effetti desocializzanti, è una pena che, oltre ad essere particolarmente afflittiva, costituisce l'ultima eredità di un diritto penale "escludente" che si pone in fortissima tensione con il diritto penale "inclusivo" forgiato dai principi personalistici sanciti dal moderno costituzionalismo. L'obiettivo di renderlo una pena eseguita in termini di *extrema ratio* può essere perseguito compiendo la scelta tra esclusione carceraria e inclusione non carceraria non soltanto sulla base della gravità del reato, ma anche fronteggiando il più possibile in libertà la crescente pericolosità sociale del reo (da leggersi come peculiari esigenze di risocializzazione), attraverso l'applicazione, sia in entrata che in uscita, di istituti ispirati alla *probation*. In concreto si può distinguere tra reati di elevata gravità, puniti in concreto con il carcere superiore a 4 anni, che assorbono qualsiasi valutazione di pericolosità sociale e che necessitano della immediata esecuzione della pena, salvo poi sospenderla in fase finale per applicare la liberazione condizionale come strumento di *probation*; reati di gravità media, puniti in concreto con il carcere fino a 4 anni, rispetto ai quali, in entrata, anche in presenza di recidivi, dovrebbe trovare applicazione la sospensione condizionale della pena come strumento di *probation*, fronteggiando la crescente pericolosità sociale del reo mediante l'incremento progressivo di prescrizioni volte a impedire la commissione di nuovi reati, mentre, là dove eseguita perché non più sospendibile in entrata, l'esecuzione carceraria potrebbe essere sospesa applicando la liberazione condizionale come strumento di *probation*; infine, reati di bassa gravità, puniti con pene principali diverse dal carcere, rispetto ai quali dovrebbe trovare applicazione la sospensione condizionale della pena in funzione di prevenzione speciale mediante intimidazione.

Imprisonment, due to segregation and its desocialising effects, is a penalty that, in addition to being particularly punitive, is the last legacy of an "exclusionary" concept of criminal law, which is strongly in conflict with the "inclusive" concept of criminal law shaped by the personalist principles sanctioned by modern constitutionalism. The goal to turn this penalty into a last resort can be pursued by making the choice between prison/exclusion and non-prison/inclusion not only based on the seriousness of the offence, but also trying to deal with the social dangerousness through non-detentive measures and greater use of different kinds of probation. In practice, we can distinguish three types of offences. Firstly, serious offences, punished with over 4 years of imprisonment, in respect of which the convict's social dangerousness is presumed and the sentence should be immediately executed, with a possibility of a suspension only in the final stages in order to apply parole as a probation instrument. Secondly, medium severity offences, punished with imprisonment up to 4 years, with respect to which, even with recidivists, the sentence should be suspended as a probation instrument. Finally, minor offences, punished with main sanctions other than imprisonment, with respect to which the sentence should be suspended in a special preventive function, through intimidation.

\* Il presente contributo costituisce il testo scritto della relazione tenuta al Convegno *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa*, Ferrara, 14-15 aprile 2016.

## SOMMARIO

1. L'inedito radicalismo dell'attuale "contestazione" del carcere. – 2. Le ragioni di questa contestazione così radicale. – 2.1. Il punto: sovraffollamento carcerario e processo di umanizzazione della pena. – 2.2. La linea: il carcere come pena espressione di un diritto penale escludente ... – 2.2.1. ... in netto contrasto con il diritto penale inclusivo forgiato dal moderno costituzionalismo. – 3. Il carcere come *extrema ratio*. – 3.1. Il sistema sanzionatorio necessariamente carcerario e l'applicazione della liberazione condizionale come strumento di *probation*. – 3.2. Il sistema sanzionatorio potenzialmente carcerario. – 3.2.1. L'applicazione in entrata della sospensione condizionale della pena come strumento di *probation*. – 3.2.2. L'applicazione in uscita della liberazione condizionale come strumento di *probation*. – 3.3. Il sistema sanzionatorio non carcerario e l'applicazione della sospensione condizionale della pena in funzione di prevenzione speciale mediante intimidazione. – 4. Il quadro complessivo del nuovo sistema sanzionatorio: riepilogo. – 5. Messa alla prova e giustizia riparativa nel nuovo scenario di un sistema sanzionatorio non più carcere-centrico.

## 1.

## L'inedito radicalismo dell'attuale "contestazione" del carcere.

Mai come oggi la pena carceraria si trova ad essere "contestata" in modo così radicale. Nonostante che l'opinione pubblica e, cavalcandola, la politica siano ancora le due grandi sostenitrici dell'utilità e della centralità del carcere, la scienza giuridica, non solo penalistica, negli ultimi anni sta portando avanti una riflessione volta a mettere in evidenza gli enormi limiti e le profonde contraddizioni che contraddistinguono il carcere auspicandone una applicazione soltanto come *extrema ratio*<sup>1</sup>.

Per fare solo alcuni esempi, da uno dei massimi storici del diritto è stato affermato che «la diffusa noncuranza che larghi strati dell'opinione pubblica (e numerosi componenti della classe politica) dimostrano nei confronti della concreta applicazione della pena carceraria (e dell'alto tasso di violenza disumanizzante che la caratterizza) potrebbe essere un implicito e oggettivo "riflesso" di una siffatta mentalità: che inclina a vedere nel carcere non un luogo di "rieducazione" (come la nostra Costituzione prescrive), quindi uno spazio vicino e contiguo alla società degli "onesti", bensì un luogo necessario e rassicurante proprio perché "esterno" e separato; un luogo lontano e indifferente, nel quale tutto può succedere senza che valga la pena di prendersene cura. Gettati fuori in uno spazio "estraneo", i nemici finalmente neutralizzati non saranno in grado di attivare, nei cittadini "affidabili", quell'emozione della simpatia, quel meccanismo di identificazione con l'altro, senza il quale diviene difficile attribuire al "prossimo" una sembianza compiutamente umana»<sup>2</sup>.

Ed ancora, da uno dei massimi costituzionalisti è stato ulteriormente precisato che «il carcere è prima di tutto segregazione [...] La "condizione carceraria" è compatibile con la dignità? [...] L'idea della conciliabilità appare un'illusione: una nobile illusione, ma pur sempre illusione [...] Il carcere, secondo il diritto, non deve essere un mondo separato, un'istituzione totale o, come dicono i giuristi, la mera soggezione a una "supremazia speciale", a un potere disciplinare arbitrario che lo governa. Tuttavia questo va nel senso della "umanizzazione" del regime carcerario. Ma risolve il problema della dignità? No, non lo risolve per il fatto in sé che il carcere, per com'è stato pensato storicamente ed è insito nel suo nocciolo, equivale a uno sradicamento, a un'amputazione, a un occultamento di una parte della società che l'altra, la società "per bene", non vuole incontrare, vedere»<sup>3</sup>.

Si potrebbe dire che se poco più di duecentocinquanta anni fa, un unico pensatore come Cesare Beccaria si scagliò per primo e in solitudine, ma con estrema forza, contro la disumanità della pena di morte, dando l'abbrivio a quel percorso che poi ha portato in Europa al suo

<sup>1</sup> AA.VV., *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, a cura di F. Corleone e A. Pugiotto, Roma, 2012; AA.VV., *Libertà dal carcere. Libera nel carcere*, a cura di A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO e M. SERRAINO, Torino, 2013; AA.VV., *Volti e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, a cura di F. CORLEONE e A. PUGIOTTO, Roma, 2013; S. CECCHI-G. DI ROSA-P. BONETTI-M. DELLA DORA, *Sulla pena. Al di là del carcere*, con una nota introduttiva di G. Fiandaca, Macerata, 2013; S. FERRARO, *La pena visibile o della fine del carcere*, Soveria Mannelli, 2013; AA.VV., *Utopia e carcere*, a cura di S. Simonetta, Napoli, 2015; S. CECCHI-G. DI ROSA-T.E. EPIDENDIO, *Partire dalla pena. Il tramonto del carcere*, con prefazione di L. Eusebi, Macerata, 2015; L. FERRARI, *No prison ovvero il fallimento del carcere*, con prefazione di M. PAVARINI e postfazione di L. EUSEBI, Soveria Mannelli, 2015; L. MANCONI-G. TORRENTE, *La pena e i diritti. Il carcere nella crisi italiana*, con prefazione di S. Rodotà, Roma 2015; L. MANCONI-S. ANASTASIA-V. CALDERONE-F. RESTA, *Abolire il carcere*, con postfazione di G. Zagrebelsky, Milano, 2015.

<sup>2</sup> P. COSTA, *La parola all'Autore*, in AA.VV., *Il delitto della pena*, cit., 74 s.

<sup>3</sup> G. ZAGREBELSKY, *Postfazione*, in L. MANCONI-S. ANASTASIA-V. CALDERONE-F. RESTA, *Abolire il carcere*, cit., 107 ss.

totale superamento, oggi una pluralità di pensatori ha iniziato a prendere di mira la disumanità del carcere, consacrando con ogni probabilità un punto di non ritorno, che, se, da un lato, è utopico ritenere che porterà all'abolizione del carcere, dall'altro lato, con ogni probabilità mina irreversibilmente le fondamenta di un sistema sanzionatorio carcerocentrico.

## 2.

### Le ragioni di questa contestazione così radicale.

Perché questa contestazione radicale del carcere? Paolo Grossi ha sempre rivolto l'invito ad andare oltre il punto per scorgere la linea, vale a dire ad andare al di là della contingente manifestazione del fenomeno per coglierne i grandi movimenti che lo trasformano e lo spirito di fondo che siffatti movimenti guida.

## 2.1.

### *Il punto: sovraffollamento carcerario e processo di umanizzazione della pena.*

Rispetto alla pena del carcere sembra potersi dire che la sua contestazione in virtù del problema del sovraffollamento altro non è che il punto, mentre, a ben vedere, esistono correnti molto più profonde, molto più forti, che spingono per un suo enorme ridimensionamento, correnti ispirate dal lavoro "lungo" e implacabile di alcuni principi fondamentali.

Secondo una lettura – per così dire – tradizionale, la spinta energetica verso un ridimensionamento del carcere è il frutto soprattutto di quel processo di umanizzazione della pena che, iniziato con l'illuminismo, sta proseguendo anche nei giorni nostri. Si tratta di una tendenza inarrestabile, coerente e parallela con l'evoluzione delle condizioni di vita sociale. Com'è stato efficacemente affermato, «la portata affittiva della pena, infatti, non è una variabile indipendente ma è data dallo scarto esistente tra la pena e le generali condizioni di vita sociali: migliorando queste ultime l'affittività "relativa" della pena aumenta. Orbene, dal dopoguerra in poi le condizioni di vita sociale in Italia [ma potremmo dire in Europa] sono molto migliorate [...], mentre per contro le condizioni carcerarie sono progressivamente peggiorate proporzionalmente al crescente sovraffollamento carcerario. Con il risultato finale di un antistorico e incostituzionale incremento reale, effettivo, dell'affittività della pena carceraria»<sup>4</sup>.

D'altra parte, questo processo di umanizzazione è soltanto uno dei fattori che portano alla contestazione del carcere e, a ben vedere, si tratta di un fattore che in realtà finisce per non avere molta efficacia. Da un lato, infatti, è noto come lo stesso principio di umanità della pena, pur avendo un nucleo contenutistico assoluto e inderogabile (le pene non possono incidere sulla integrità fisica dell'uomo), presenti però anche un contenuto relativo, nel senso che il livello in cui si colloca quella soglia minima di umanità non può che dipendere dalle condizioni e dalla sensibilità sociali di un certo periodo storico e di una determinata area culturale, anche perché qualunque pena, per il solo fatto di essere affittiva, ha una ineliminabile componente di inumanità. Con la conseguenza che risulta alla fin fine plausibile l'idea di creare un carcere che sia pur sempre umano. E forse addirittura con l'esito finale paradossale che proprio grazie al principio di umanità della pena e a questa idea di poter umanizzare il carcere che si continua a ritenere plausibile un sistema sanzionatorio carcerocentrico, come emerge dal disegno di legge n. 2067 contenente la delega al Governo per la riforma dell'ordinamento penitenziario e dal documento finale degli Stati generali dell'esecuzione penale. Dall'altro lato, se è vero che il principio di umanità, come divieto di trattamenti inumani e degradanti, è in grado di promuovere una progressiva riduzione del contenuto affittivo della pena, tuttavia esso non è in grado di incidere su un'altra cifra del diritto penale basato su una pena come per l'appunto il carcere, e cioè sulla sua capacità escludente, sulla sua dinamica eliminativa ed espulsiva che fa di chi subisce la pena una sorta di capro espiatorio.

<sup>4</sup> F. PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 102.

## 2.2.

*La linea: il carcere come pena espressione di un diritto penale escludente ...*

Il punto centrale sul quale vorrei soffermare l'attenzione è il seguente: da un lato, il carcere non costituisce soltanto una pena dal contenuto particolarmente affittivo (e, come abbiamo visto, ritenuta umanizzabile), ma si è rivelato per quello che è, vale a dire uno strumento espulsivo, che risulta essere perfetta espressione di un diritto penale escludente; dall'altro lato, il patrimonio dei principi sanciti nella nostra Costituzione, e più in generale dal costituzionalmente moderno, impongono un diritto penale che invece deve caratterizzarsi per la sua inclusività. Da qui il corto circuito che si è venuto a creare.

In particolare, la cifra più profonda del diritto penale così come configurato prima del costituzionalismo moderno è proprio questo tratto escludente che, una volta abolita la pena di morte e venuti meno istituti come l'esilio, il bando, il confino, la galera e la colonia, ha trovato nel carcere uno strumento perfettamente coerente. Se noi mettiamo assieme le letture del penale moderno compiute da Emile Durkheim<sup>5</sup>, René Girard<sup>6</sup>, Michel Foucault<sup>7</sup>, Erving Goffman<sup>8</sup> fino a David Garland<sup>9</sup> (solo per citarne alcune), ci rendiamo conto non solo che la contrapposizione tra pena come vendetta e pena come prevenzione è più una finzione che una realtà, nel senso che anche il moderno diritto penale finisce per muoversi in una logica di violenta ritorsione<sup>10</sup>, ma anche che il rafforzamento e la difesa della coesione sociale attraverso il diritto penale si sviluppa intorno alla fondamentale dicotomia tra interno ed esterno, dentro e fuori, appartenenti ed estranei, inclusi ed esclusi, cittadini e criminali, addirittura amici e nemici. Funzionale all'obiettivo della sicurezza, il penale rafforza la coesione sociale nel momento in cui getta fuori, espelle gli autori del reato. L'ordine viene a prodursi nel momento in cui la violenza posta in essere dall'autore è collocata fuori dalla società facendo ricorso a una vittima sostitutiva capace di concentrare su di sé la violenza diffusa nella dinamica intersoggettiva. Ogni volta che il diritto penale presenta una meccanica eliminativa, se da un lato la violenza viene distolta dalla società, dall'altro lato tale violenza viene scaricata sul singolo che diviene una sorta di vittima sacrificale. In buona sostanza, il diritto penale escludente altro non è che un meccanismo di contenimento della violenza attraverso la sua concentrazione sul colpevole che viene collocato al di fuori della società: ecco allora che nella logica punitiva "pre-costituzionale" «la dimensione espulsiva continua a costituire la teleologia profonda della pena. Quest'ultima, infatti, nonostante le profonde, e certo non irrilevanti, trasformazioni culturali e istituzionali [...] ripete in sé l'originario meccanismo vittimario: impiega la violenza per spostarla ai margini della società, esorcizzandola nel momento in cui conferisce ad essa la massima visibilità»<sup>11</sup>.

Ebbene, se quanto detto è vero, emerge allora evidente come i rischi di strumentalizzazione del reo non siano soltanto quelli – per così dire – immediati derivanti dal contenuto affittivo della pena che incide sul singolo, sui suoi diritti e sulla sua dignità (rischi di strumentalizzazione fronteggiati mediante soprattutto il principio di umanità della pena), ma anche quelli – per così dire – mediati e sistemici della eliminazione e del "sacrificio" di una parte della popolazione colpevole di aver compiuto determinati fatti per la pace sociale di un'altra parte che si considera estranea alle colpe (rischi fronteggiabili, come vedremo, attraverso principi

<sup>5</sup> E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, 3. ed., Milano, 1977.

<sup>6</sup> R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, Milano, 2008; Id., *Il capro espiatorio*, 3. ed., Milano, 2002.

<sup>7</sup> M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 2010.

<sup>8</sup> E. GOFFMAN, *Asylum. Le istituzioni totali*, Torino, 2010; Id., *Stigma. L'identità negata*, Verona, 2003.

<sup>9</sup> D. GARLAND, *Pena e società moderna*, Milano, 2006; Id., *La cultura del controllo*, Milano, 2007.

<sup>10</sup> Sul punto, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, in corso di pubblicazione, 7 ss. (del dattiloscritto).

<sup>11</sup> P. COSTA, *La modernità penale fra secolarizzazione e permanenza del "sacro"*, in AA.VV., *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI e L. STORTONI, Bologna, 2009, 118. Nello stesso senso G. ZAGREBELSKY, *Postfazione*, cit., 107 s., secondo il quale «alla sua base [del carcere] c'è l'idea implicita che la società sia l'effetto di due forze contrastanti, una forza di aggregazione e una di segregazione. L'aggregazione universale, l'agape fraterna estesa a tutti può essere un nobile ideale, ma è un ideale utopico. L'inclusione che non conosce esclusione genera anomia, violenza, disfacimento, alla fine dissoluzione del vincolo sociale. La società implica l'antisocialità. Tutti associati equivale a nessuna associazione. Affinché per alcuni vi sia convivenza, per altri deve esserci separazione, esclusione. Si può parlare di forze in equilibrio. L'una si appoggia all'altra. C'è una figura universale che esprime questa tensione tra il dentro e il fuori, ed è il capro espiatorio, una figura della psicologia collettiva che si presenta in forme diverse ma svolge sempre la stessa funzione di tenuta, rassicurazione e autoassoluzione del gruppo sociale dalle proprie colpe attraverso la polarizzazione su di lui come unica vittima della violenza ch'esso cova endemicamente. E' il polo negativo che rafforza quello positivo. La sua estromissione dalla vita comune allenta temporaneamente la tensione, fino a quando questa si ripropone e richiede di allentarsi in u qualcuno o qualcosa d'altro che ne incarna la funzione di equilibrio».

capaci di forgiare un diritto penale “inclusivo”).

E il carcere, come accennato, è perfetta espressione di un siffatto diritto penale escludente. Lasciamo parlare ancora Pietro Costa: «emerge un problema molto più complesso, noto da tempo alla cultura penalistica, che riguarda il senso stesso della pena carceraria. Da due secoli la principale legittimazione della pena carceraria è collocata nella funzione “rieducativa” ad essa assegnata [...] siamo certi che la dottrina della rieducazione-inserimento del condannato si sia lasciata definitivamente alle spalle, tanto nella concreta organizzazione carceraria quanto nelle aspettative diffuse nella società, l’antica strategia espulsiva ed eliminativa? Non mancano segnali che suggeriscono una risposta negativa. La mia impressione è che la dottrina della rieducazione sia la foglia di fico che copre una pratica (non dico esclusivamente, ma prevalentemente e tendenzialmente) segregazionista. È ciò che colpisce ancora di più è che, anche a prescindere dalla bassa cucina dell’amministrazione carceraria, nel piano nobile della riflessione giuridico-penale siano state formulate teorie che presentano come potenzialmente pericolosi i soggetti esterni alla comunità, li definiscono come nemici e vedono nel carcere uno strumento di incapacitazione e segregazione di soggetti pericolosi. Il carcere torna ad essere ciò che probabilmente è sempre stato: un luogo esterno, uno spazio altro, e proprio per questa sua alterità simbolicamente efficace per garantire una separazione, un cordone sanitario, fra i cittadini affidabili e i pericolosi nemici»<sup>12</sup>.

In termini più strettamente penalistici, la grande contraddizione che contraddistingue il carcere è la sua sostanziale tensione, se non addirittura incompatibilità, con la funzione rieducativa/risocializzante della pena, e ciò per la semplice ragione che il carcere produce come primo inevitabile effetto quello della desocializzazione, non privando soltanto il cittadino della propria libertà, ma rompendo drasticamente qualsiasi legame affettivo, relazionale, lavorativo, sociale, con la conseguenza che una pena che genera desocializzazione non potrà mai essere in grado di generare risocializzazione. Da qui il mito della rieducazione/risocializzazione in carcere che ha finito per assumere i connotati del trattamento inteso come adesione del reo a regole comportamentali del tutto formali e quindi del tutto prive della capacità di incidere realmente sulla persona, ma anzi incentivanti una vera e propria finzione deresponsabilizzante attraverso la costruzione di un comportamento “corretto” di mera facciata, venendosi a creare un rapporto del tutto impersonale tra il soggetto che indossa una maschera ed un’istituzione configuratasi come insieme di regole custodiali<sup>13</sup>.

In sostanza: «il carcere è il carcere e, per sfuggire alla sua logica, occorre il non carcere. Per venire incontro a ciò che la dignità implica bisogna uscire dal carcere [...] Quale che sia il rapporto tra punizione e recupero, e quali che siano le difficoltà di conciliare l’una con l’altro, una cosa è certa: il carcere di per sé e nella migliore delle ipotesi, quando cioè non è controproducente, non serve alla socializzazione. Tanto è vero che le pene alternative e sostitutive sono previste precisamente per il “recupero” del condannato alla società, impossibile nel regime carcerario, per quanto “umanizzato” esso possa diventare»<sup>14</sup>.

## 2.2.1. ... in netto contrasto con il diritto penale inclusivo forgiato dal moderno costituzionalismo.

Il diritto penale escludente, di cui è perfetta e moderna espressione il carcere, è entrato in assoluta collisione con il diritto penale inclusivo tracciato dal costituzionalismo moderno. Per comprendere questo si deve considerare che ciò che la nostra Costituzione pone al centro dell’ordinamento non è solo e semplicemente l’uomo, certamente portatore di diritti, ma inteso come un’idea, vale a dire come un soggetto generale ed astratto del tutto avulso dal contesto storico e sociale in cui si trova a vivere e che nella sostanza si rapporta soltanto con l’entità impersonale dello Stato, bensì la persona, vale a dire l’uomo in carne ed ossa, immerso nella realtà sociale, unico ed irripetibile nella sua individualità, storicità e socialità: con la Costituzione italiana del 1948 «il soggetto unitario dello stato di natura, soggetto a-storico e a-sociale, soggetto virtuale, viene sostituito da una entità umana dal carattere squisitamente

<sup>12</sup> P. COSTA, *Verso una pena più “umana”: un difficile percorso*, 6 s. (del dattiloscritto), testo della relazione presentata al Convegno *Pena di morte ed ergastolo: realtà attuale e suo superamento*, Firenze, 28 marzo 2014.

<sup>13</sup> In argomento v. L. CASTELLANO-D. STASIO, *Diritti e castighi. Storie di umanità cancellata in carcere*, Milano, 2009, 89 ss.

<sup>14</sup> G. ZAGREBELSKY, *Postfazione*, cit., 115 s.

relazionale; non una realtà insulare come individuo auto-referenziale disegnato nelle “carte”, bensì soggetto inserito in un contesto culturale, sociale, economico e pertanto fornito di una vivace carnalità storica. Ed è pensato in stretto rapporto con l’altro, con gli altri, all’interno di strutture comunitarie che integrano e arricchiscono la sua individualità»<sup>15</sup>.

Ed è proprio dalla centralità della persona che conseguono i grandi principi personalistici destinati a condizionare il diritto penale in termini inclusivi. Anzitutto, muta il concetto di eguaglianza che da meramente formale si fa sostanziale. Soltanto se si considera persona, nella sua concretezza, l’eguaglianza può essere declinata in termini sostanziali, ragion per cui vi possono essere differenze concrete che devono essere superate, così come vi possono essere differenze concrete che devono essere valorizzate al fine di consentire l’esplicazione più compiuta possibile della persona.

In secondo luogo, si deve considerare il principio di rieducazione/risocializzazione. Parlare di principio di rieducazione sembra costituire un errore, per la semplice ragione che la rieducazione/risocializzazione è una delle funzioni che la pena è in grado di svolgere. Tuttavia, a ben vedere, a me pare che si possa parlare di un vero e proprio principio rieducativo/risocializzante che costituisce un limite al potere punitivo e alle finalità neutralizzanti che a volte persegue, in quanto impone di creare una pena capace di includere la persona all’interno della società. Se la pena deve tendere alla rieducazione e alla risocializzazione del condannato, essa deve presentare un contenuto che deve non solo ricostruire, ma anche salvaguardare e potenziare la sua capacità relazionale. Il principio di rieducazione-risocializzazione del condannato concretizza nella dinamica punitiva il passaggio dall’uomo alla persona, dai diritti umani alla socialità, e comporta l’imposizione di adottare tipologie sanzionatorie che invece di spostare la violenza ai margini della società facendo ricorso a una vittima sostitutiva che concentri su di sé la violenza presente nella società, mantengono il reo all’interno della società come protagonista della vicenda punitiva, rielaborando così la violenza all’interno della stessa società e quindi neutralizzandola invece che “spostarla” e concentrarla su un unico uomo. Con la conseguenza ulteriore di smorzare in radice la stessa violenza che sta alla base della punizione.

In terzo luogo, si pensi al principio di personalità della responsabilità, da intendersi non solo e non tanto come principio volto a valorizzare il coinvolgimento psico-personalistico dell’autore al momento dell’imputazione del reato che ha commesso, ma anche come principio volto a mettere in relazione in termini di responsabilizzazione la persona dell’autore con l’altro e la comunità in cui autore e vittima vivono. Se la persona è un individuo aperto che sta all’interno della società, la nozione di responsabilità deve essere conformata su questo individuo sociale e quindi si basa su una relazione ineliminabile tra il singolo individuo e l’altro e più in generale tra il singolo individuo e la società<sup>16</sup>.

Infine, si deve considerare il profondo mutamento che il costituzionalismo moderno ha determinato nel rapporto tra Stato e persona/società, per cui si è passati da una visione in cui lo Stato nella sua prospettiva totalizzante tendeva a relazionarsi autoritativamente col cittadino e con la società affinché si conformassero alle sue pretese, ad uno Stato che invece, nella sua prospettiva servente e sussidiaria, crea le condizioni per lasciare esprimere al massimo e in autonomia il cittadino e le forze della società affinché si creino i presupposti per una pacifica e armonica convivenza.

Ebbene, alla luce di questi principi emerge un aspetto di grandissimo rilievo, e cioè che il trattamento punitivo, avendo come destinatario una persona che si trova all’interno della società e che tale deve restare, non può che tendere all’inclusione, a far restare il più possibile nel contesto relazionale in cui vive. Ed è proprio rispetto a questo diritto penale inclusivo che il carcere, come pena espulsiva, entra in fortissima collisione.

### 3.

#### **Il carcere come *extrema ratio*.**

Nella consapevolezza che non solo al momento sarebbe un’utopia eliminare il carcere, ma anche che reali esigenze di sicurezza lo rendono indispensabile per fronteggiare forme di criminalità particolarmente gravi (si pensi per tutte alla criminalità organizzata), per realizzare

<sup>15</sup> P. GROSSI, *La legalità costituzionale nella storia della legalità moderna e pos-moderna*, in *Giornale di Storia costituzionale*, n. 16, II semestre 2008, 20.

<sup>16</sup> In argomento v. per tutti S. CECCHI, *Giustizia relativa e pena assoluta*, con postfazione di V. Mathieu, Macerata, 2011, 53 ss.

un diritto penale che sia il più inclusivo possibile il carcere non può che trovare applicazione come *extrema ratio*, potendosi distinguere tre sottosistemi. Anzitutto, rispetto a reati di gravità alta, il carcere deve essere effettivamente utilizzato in entrata, ma tale utilizzo deve poi poter cessare in uscita per agevolare il reinserimento del reo. In secondo luogo, rispetto a reati di gravità media sempre puniti col carcere, questo deve trovare effettiva esecuzione soltanto se necessario, con la conseguenza che l'esecuzione della pena carceraria deve di regola essere spesa, sia in entrata che in uscita, per applicare istituti ispirati alla *probation*; infine, il carcere non deve essere utilizzato rispetto a una fetta di reati di gravità bassa, che devono essere puniti già a livello di comminatoria edittale soltanto con pene principali diverse dal carcere.

### 3.1. *Il sistema sanzionatorio necessariamente carcerario e l'applicazione della liberazione condizionale come strumento di probation.*

Più in dettaglio, il primo sottosistema, necessariamente carcerario, riguarda quei reati di gravità così alta (puniti in concreto ad esempio con una pena superiore a 4 anni) da assorbire qualsiasi valutazione circa la pericolosità dell'autore, con la conseguenza che le porte del carcere si aprono immediatamente, mentre possono trovare applicazione misure alternative soltanto in fase di esecuzione.

Sotto quest'ultimo profilo, insieme ad altri istituti, come ad esempio la liberazione anticipata, si potrebbe pensare all'applicazione di una liberazione condizionale come strumento di *probation*, che, al netto delle peculiarità derivanti da una pena come l'ergastolo (là dove mantenuto, eliminando comunque l'ergastolo ostativo), potrebbe essere disciplinata sulla base dei seguenti punti fermi:

- 1) non reiterabilità;
- 2) liberazione dopo l'esecuzione di almeno trenta mesi e comunque di almeno metà della pena carceraria, qualora il rimanente della pena non superi i cinque anni, senza distinzione tra non recidivi e recidivi;
- 3) concessione discrezionale, il cui criterio potrebbe essere offerto da una valutazione in ordine alla circostanza se gli obblighi risocializzanti e di controllo appaiono sufficienti e idonei a risocializzare il reo e a non commettere ulteriori reati; nonché subordinata alle restituzioni o al risarcimento del danno, salvo che il condannato dimostri di trovarsi nell'impossibilità di adempiere;
- 4) obblighi risocializzanti e di controllo che possono farsi particolarmente stringenti per i recidivi (v. paragrafo 3.2.1);
- 5) sostegno (v. paragrafo 3.2.1);
- 6) durata del periodo di sospensione (v. paragrafo 3.2.1);
- 7) la disciplina della revoca potrebbe essere articolata nel modo seguente:
  - a) obbligatoria, qualora:
    - il condannato riporta una condanna definitiva per un reato precedentemente commesso;
    - b) discrezionale, se il comportamento risulta incompatibile con la prosecuzione della prova, qualora, durante la prova:
      - il condannato riporta una condanna per un reato commesso durante la prova;
      - il condannato si rende inadempiente agli obblighi risocializzanti;
      - il condannato viola le prescrizioni impartite o si sottrae al sostegno del servizio sociale o al controllo del *tutor*;
  - 8) ricalcolo della pena (v. paragrafo 3.2.1);
  - 9) estinzione (v. paragrafo 3.2.1).

### 3.2. *Il sistema sanzionatorio potenzialmente carcerario.*

Il secondo sottosistema, potenzialmente carcerario, è costituito da reati di gravità media (puniti in concreto ad esempio fino a 4 anni).

Per impostare correttamente la disciplina si deve muovere da alcuni punti fermi. Il primo è che devono essere escluse già a livello di comminatoria edittale pene carcerarie brevi, non solo e non tanto perché essendo troppo brevi non sono in grado di tracciare un percorso rie-

ducativo, ma anche e soprattutto perché costituiscono il primo passo per desocializzare il reo nonostante che la gravità del reato non giustifichi siffatta esclusione, con la conseguenza che la pena minima comminabile potrebbe essere quella di almeno due anni.

Il secondo punto è che a condizionare le scelte della esclusione carceraria e della inclusione non carceraria non v'è soltanto la gravità del reato, ma anche la pericolosità sociale dell'auto-re. Con la conseguenza che, da un lato, la pericolosità deve essere vista nient'altro che come espressione di peculiari esigenze di risocializzazione, dall'altro lato, si deve essere consapevoli che le esigenze di risocializzazione si soddisfano più in regime di libertà che in regime carcerario: non mancano analisi statistiche e criminologiche che mettono in luce l'univoca relazione tra i più alti tassi di recidività con l'esecuzione della pena carceraria.

Terzo punto. Particolare attenzione deve essere posta nei confronti dei soggetti recidivi, e in particolare rispetto ai recidivi reiterati, dove la tensione tra esigenze di sicurezza ed esigenze di risocializzazione si fa particolarmente acuta: il soggetto che torna a commettere reati nonostante precedenti condanne è un soggetto che se da un lato rileva una particolare aggressività che pone in pericolo la sicurezza della società, dall'altro lato, è anche un soggetto che esprime maggiori esigenze di rieducazione-risocializzazione che devono essere soddisfatte il più possibile in libertà. E se fino ad ora il recidivo, soprattutto se reiterato, è andato incontro a un trattamento basato sull'idea secondo cui a un incremento delle condanne deve corrispondere una ineluttabile chiusura nel carcere, oggi si deve avere il coraggio di mantenerlo il più possibile in libertà, e soltanto là dove l'ordinamento ha fatto tutto quello che poteva fare per recuperare in libertà il soggetto che delinque, rivelandosi il fallimento della prova come non dipendente dall'ordinamento ma dall'individuo, allora si è legittimati ad aprire le porte del carcere.

Da ciò consegue che le valutazioni discrezionali volte a prendere in considerazione l'eventuale pericolosità del reo devono avere effetti non tanto sull'*an* della sospensione, ma sui contenuti della misura, potenziando prescrizioni di controllo finalizzate a impedire la commissione di ulteriori reati, come anche sulla revoca che costituisce lo strumento non solo per fare pressione sul condannato, ma anche per accertare l'incompatibilità della prova con la pericolosità del soggetto o comunque la sua "non disponibilità" alla risocializzazione.

Alla luce di questi punti fermi, rispetto a reati di gravità media puniti fino a 4 anni, in entrata, dovrebbe trovare applicazione la sospensione condizionale della pena come strumento di *probation* auspicabilmente reiterabile: la prima concessione caratterizzata da contenuti afflittivi, risocializzanti ed eventualmente di controllo, mentre la seconda caratterizzata necessariamente anche da prescrizioni con funzione di controllo; in uscita, potrebbe trovare applicazione la liberazione condizionale come strumento di *probation*.

### 3.2.1. L'applicazione in entrata della sospensione condizionale della pena come strumento di *probation*.

A grandissime linee, la disciplina della sospensione condizionale della pena come strumento di *probation* potrebbe basarsi sui seguenti punti fermi<sup>17</sup>:

- 1) reiterabilità;
- 2) pena sospendibile solo quella carceraria fino a 4 anni;
- 3) concessione obbligatoria;
- 4) i contenuti potrebbero essere distinti in tre categorie:
  - a) obblighi afflittivo-sanzionatori, da impartire sia in prima che in seconda concessione, consistenti nelle restituzioni o nel risarcimento del danno, nella consegna del profitto del reato, nella eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, nel pagamento di una somma di denaro a favore dello Stato. Questi obblighi dovrebbero essere imposti al condannato "obbligatoriamente", nel senso che la sospensione dovrebbe essere necessariamente subordinata alla sottoposizione del condannato ad uno o più fra di essi;
  - b) obblighi risocializzanti, da impartire sia in prima che in seconda concessione, consi-

<sup>17</sup> I punti che seguono sono la rielaborazione di quelli tracciati all'interno di un precedente lavoro, rielaborazione che tiene conto di due aspetti che allora non erano stati considerati, vale a dire la necessità di non creare una sovrapposizione tra i sistemi sanzionatori carcerario e non carcerario e la questione della recidiva/reiterazione: cfr. F. PALAZZO-R. BARTOLI, *Appunti generali sulla riforma del sistema sanzionatorio con riferimento alla tipologia sanzionatoria e alla sospensione condizionale della pena*, in Id., *Certezza o flessibilità della pena? Verso la riforma della sospensione condizionale della pena*, Torino, 2007, 141 ss.



stenti nella prestazione di un lavoro di pubblica utilità, nell'obbligo di frequentare una scuola o un corso di formazione professionale, nella sottoposizione a un trattamento terapeutico o a un trattamento di riabilitazione (da determinare con precisione al fine di rispettare esigenze di garanzia);

c) obblighi di controllo consistenti in prescrizioni volte a impedire la commissione di nuovi reati e consistenti nel divieto di accesso a determinati luoghi o di allontanamento da determinati luoghi, di frequentare determinate persone, di detenere determinati oggetti. Se si tratta di prima concessione, queste prescrizioni possono essere imposte in virtù di una valutazione discrezionale, per contenere il pericolo che il condannato commetta altri reati; se si tratta di seconda concessione, queste prescrizioni devono essere imposte obbligatoriamente ed essere particolarmente stringenti a seconda del grado di recidiva;

5) per il sostegno del condannato potrebbe essere disposto l'affidamento in prova al servizio sociale, diretto ad aiutare il reo a superare le difficoltà di adattamento alla vita sociale; per il controllo del condannato, si potrebbe disporre l'assistenza di un *tutor*, che sorveglia di concerto con le autorità di polizia e sotto la supervisione del giudice il rispetto degli obblighi, delle direttive trattamentali e delle prescrizioni là dove impartite;

6) la durata del periodo di sospensione dovrebbe essere equivalente alla pena inflitta, con possibilità che cessi prima se il soggetto risulta risocializzato;

7) la disciplina della revoca potrebbe essere articolata nel modo seguente:

a) obbligatoria, qualora:

- il condannato riporta una condanna definitiva per un reato precedentemente commesso, a pena che, cumulata con quella condizionalmente sospesa, supera i limiti di concessione;

b) discrezionale, se il comportamento risulta incompatibile con la prosecuzione della prova, qualora, durante la prova:

- il condannato riporta una condanna per un reato commesso durante la prova;

- il condannato si rende inadempiente agli obblighi affittivo-sanzionatori o risocializzanti;

- il condannato viola le prescrizioni impartite o si sottrae al sostegno del servizio sociale o

al controllo del *tutor*;

8) ricalcolo della pena da espiare tenendo conto del contenuto affittivo sofferto;

9) per quanto riguarda l'estinzione del reato e degli altri effetti penali si pone un'alternativa tra subordinarla ad un concreto accertamento dell'avvenuta risocializzazione del reo oppure farla coincidere con l'assenza di revoca. La prima opzione, pur maggiormente coerente con la dinamica propria dell'istituto, presenta consistenti problemi di pratica attuazione e di eccesso di discrezionalità. La seconda soluzione, che pertanto potrebbe essere più raccomandabile, può essere arricchita attraverso la previsione della c.d. revoca postuma. La quale potrebbe abbracciare due ipotesi: quella classica, in cui il giudice può revocare l'effetto estintivo ed eseguire la pena originaria debitamente ricalcolata, se, entro un congruo tempo successivo all'esaurimento della prova, il soggetto riporta una condanna a pena detentiva non inferiore a sei mesi per un reato commesso nel periodo di prova; e un'ipotesi ulteriore diretta a verificare l'effettivo e duraturo recupero del reo, in cui il giudice revoca l'effetto estintivo se, nei due anni successivi all'esaurimento della prova, il soggetto riporta una condanna per un reato commesso dopo l'esaurimento della prova.

### 3.2.2. L'applicazione in uscita della liberazione condizionale della pena come strumento di *probation*.

Là dove la pena carceraria non può più essere sospesa, può trovare applicazione in fase esecutiva la liberazione condizionale come strumento di *probation*.

A grandi linee questa la possibile disciplina:

1) non reiterabilità;

2) liberazione dopo l'esecuzione di almeno metà della pena carceraria, indipendentemente dal residuo di pena, senza distinzione tra non recidivi e recidivi;

3) concessione obbligatoria, subordinata alle restituzioni o al risarcimento del danno, salvo che il condannato dimostri di trovarsi nell'impossibilità di adempiere;

4) obblighi risocializzanti e di controllo che possono farsi particolarmente stringenti per i recidivi (v. paragrafo 3.2.1)

- 5) sostegno (v. paragrafo 3.2.1);
- 6) durata del periodo di sospensione (v. paragrafo 3.2.1);
- 7) revoca (v. paragrafo 3.1);
- 8) ricalcolo della pena (v. paragrafo 3.2.1)
- 9) estinzione (v. paragrafo 3.2.1).

### 3.3.

#### *Il sistema sanzionatorio non carcerario e l'applicazione della sospensione condizionale della pena in funzione di prevenzione speciale mediante intimidazione.*

Il terzo sottosistema, non carcerario, è costituito da reati di gravità bassa che devono essere puniti con pene principali diverse dal carcere, come ad esempio, la detenzione domiciliare, le pene interdittive, le pene prescrittive, la pena pecuniaria e la confisca.

Per queste pene si pone poi il problema se sia plausibile prevederne la sospensibilità. Due prospettive. Da un lato, si può ritenere che in presenza di pene meno affittive si debba creare anche un sistema più effettivo, anche perché rispetto a tali pene non si pone alcuna esigenza di non-desocializzazione, mentre l'istanza risocializzativa sembra essere marginale sia per le caratteristiche proprie della tipologia criminale di regola colpita con tali pene, sia perché è opportuno concentrare i costosi sforzi risocializzativi su quella fascia di criminalità (più grave) che ne sembra più bisognosa. In questa prospettiva la conseguenza è quella di non prevedere meccanismi sospensivi. Dall'altro lato, si può ritenere che nonostante la minore affittività, si possano comunque prevedere meccanismi sospensivi, nella consapevolezza però che poi il sistema si debba chiudere in termini effettivi.

Ebbene, non c'è dubbio che in presenza di pene principali diverse dal carcere non si debba avere paura della effettività del sistema, anche perché non interferendo mai con il livello carcerario, non presenta rischi di esclusione. In altre parole, diversamente da quanto avviene per il sistema sanzionatorio carcerario dove la sua chiusura in termini di effettività deve costituire l'*ultima ratio* perché effettività significa non solo e non tanto sistema affittivo, ma soprattutto sistema escludente, nel sistema sanzionatorio non carcerario l'effettività non crea problemi. Anzi, andando a fondo rispetto ai costumi sociali del nostro paese, si deve ritenere che una delle maggiori implicite resistenze ad una riforma che ponga al centro pene principali meno affittive e più effettive consista proprio nel timore della maggiore effettività.

Tuttavia si deve anche considerare che i meccanismi sospensivi sono strumenti di dialogo tra il cittadino e l'ordinamento in una prospettiva di valorizzazione della sua persona. Sospendere l'esecuzione di una pena significa dare fiducia al cittadino, riconoscergli una seconda *chance*. Dovendosi inoltre considerare che la possibilità di sospendere la pena – ancorché si tratti di pena diversa da quella carceraria – sembra essere imposta dal principio di eguaglianza-ragionevolezza, potendo risultare irragionevole ammettere la sospensibilità delle pene più gravi ed escluderla invece per quelle meno gravi.

Sulla base di queste premesse, l'opzione potrebbe essere nel senso della sospensibilità delle pene principali diverse dal carcere, ma congegnando l'istituto sospensivo secondo un'impostazione che esalti la più "economica" funzione di prevenzione speciale mediante intimidazione piuttosto che quella rieducativo-risocializzante. E' infatti del tutto plausibile che, rispetto ad una certa fascia bassa di criminalità e ad una certa tipologia di delinquenti (essenzialmente quelli primari), la sospensione condizionale possa dispiegare una utile funzione dissuasiva basata esclusivamente sulla minaccia della revoca. Inoltre, un ulteriore punto di equilibrio potrebbe essere trovato nell'escludere la reiterabilità del beneficio.

Senonché, riguardo ad una sospensione basata esclusivamente sulla minaccia della revoca si suole obiettare che l'efficacia dissuasiva specialpreventiva della revoca dipende dalla "serietà" della pena di cui viene minacciata l'esecuzione e che tale "serietà" non avrebbero per l'appunto le pene diverse dal carcere. Al riguardo si può considerare che l'obiezione non sembra riferibile nella stessa misura a tutte le specie sanzionatorie alternative: pertinente rispetto alla pena pecuniaria, si rivela meno consistente rispetto alle pene interdittive e prescrittive e soprattutto rispetto alla detenzione domiciliare. Ma anche considerando totalmente fondata tale obiezione, essa potrebbe essere superata immaginando di congegnare questa seconda forma di sospensione condizionale per le pene alternative in modo tale che venga disposta la non-e-

secuzione della pena alternativa originaria, ma sia minacciata ed eseguita in caso di revoca una pena della specie “superiore” (o in ogni caso la detenzione domiciliare o, addirittura, la detenzione carceraria), non sospendibile, né sostituibile, il cui ammontare sia predeterminabile in base a criteri di ragguaglio rigidi.

E' chiaro, poi, che in considerazione della funzione propria di questa specie particolare di sospensione condizionale, la sua disciplina (quanto a presupposti e condizioni, contenuti e revoca) dovrebbe essere ispirata – a differenza dell'altra – ad una tendenziale assenza di discrezionalità.

A grandissimi linee, la sospensione concepita come strumento di intimidazione speciale potrebbe basarsi sui seguenti punti fermi<sup>18</sup>:

- 1) non reiterabilità;
- 2) pene sospendibili tutte le pene diverse dalla pena carceraria, ad esclusione, forse, della confisca dei proventi;
- 3) concessione obbligatoria;
- 4) contenuti consistenti in obblighi “affittivo-sanzionatori”: restituzioni o risarcimento del danno, consegna del profitto del reato, eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, pagamento di una somma di denaro a favore dello stato. Tali obblighi dovrebbero essere imposti al condannato “obbligatoriamente”, nel senso che la sospensione dovrebbe essere necessariamente subordinata alla sottoposizione del condannato *ad uno o più fra di essi*;
- 5) nessun sostegno;
- 6) la durata del periodo di sospensione potrebbe essere di cinque anni, e comunque superiore al limite massimo di pena sospendibile;
- 7) in ordine alla disciplina della revoca, si deve distinguere le cause dagli effetti:
  - a) le cause, potrebbero consistere:
    - nella condanna per reato precedentemente commesso a pena che, cumulata con quella condizionalmente sospesa, superi i limiti di concessione;
    - nella condanna per un reato della stessa indole commesso durante la prova;
    - nella violazione grave degli obblighi e delle prescrizioni se prevista la seconda concessione (in caso di violazione non grave il giudice potrebbe sostituire gli obblighi con altri diversi; imporre ulteriori obblighi o prescrizioni; prorogare il termine della sospensione per non più di metà del tempo già stabilito e comunque senza superare nel complesso un limite congruo);
  - b) in ordine agli effetti, esecuzione di una pena di specie superiore (o in ogni caso detenzione domiciliare o pena detentiva, non sospendibile, non sostituibile), il cui ammontare è predeterminato in base a criteri di ragguaglio fissi;
- 8) in caso di revoca nessun ricalcolo della pena detentiva carceraria;
- 9) estinzione coincidente con l'assenza di revoca.

## 4.

### Il quadro complessivo del nuovo sistema sanzionatorio: riepilogo.

In definitiva, nel suo complesso la proposta del nuovo sistema sanzionatorio sarebbe caratterizzata dalle seguenti opzioni:

- 1) dalla prospettiva delle pene:
  - A) per i reati puniti in concreto con pena carceraria superiore a 4 anni, può trovare applicazione l'istituto della liberazione condizionale della pena come strumento di *probation* (discrezionale, non reiterabile, con obblighi di controllo);
  - B) per i reati puniti in concreto con pena carceraria inferiore a 4 anni:
    - a) in entrata trova applicazione l'istituto della sospensione condizionale della pena come strumento di *probation* (obbligatoria, reiterabile, con obblighi di controllo discrezionali in prima concessione ed obbligatori in seconda);
    - b) là dove la pena non sia più sospendibile, in uscita trova applicazione la liberazione condizionale della pena come strumento di *probation* (obbligatoria, non reiterabile, con obblighi di controllo);
  - C) per i reati puniti con pene principali diverse dal carcere, trova applicazione la sospen-

<sup>18</sup> Anche i punti che seguono sono la rielaborazione di quelli tracciati all'interno di un precedente lavoro, rielaborazione che tiene conto del fatto che la sospensione condizionale della pena con funzione di intimidazione speciale trova applicazione solo per le pene principali diverse dal carcere: v. F. PALAZZO-R. BARTOLI, *Appunti generali sulla riforma del sistema sanzionatorio*, cit., 144 ss.

sione condizionale della pena come strumento di intimidazione speciale (obbligatoria, non reiterabile, senza obblighi di controllo);

2) dalla prospettiva degli istituti sospensivi:

A) in presenza di pene carcerarie:

a) in entrata:

- se la pena è superiore a 4 anni, si esegue;

- se la pena è inferiore a 4 anni si applica la sospensione condizionale della pena come strumento di *probation* (obbligatoria, reiterabile, con obblighi di controllo discrezionali in prima concessione ed obbligatori in seconda);

b) in uscita:

- se la pena è superiore a 4 anni, può trovare applicazione la liberazione condizionale come strumento di *probation* (discrezionale, non reiterabile, con obblighi di controllo);

- se la pena è inferiore a 4 anni trova applicazione la liberazione condizionale come strumento di *probation* (obbligatoria, non reiterabile, con obblighi di controllo);

B) in presenza di pene principali non carcerarie si applica la sospensione condizionale della pena con funzione di intimidazione speciale (obbligatoria, non reiterabile, senza obblighi di controllo).

## 5. **Messa alla prova e giustizia riparativa nel nuovo scenario di un sistema sanzionatorio non più carcerocentrico.**

Alcune considerazioni finali sulla messa alla prova e sugli strumenti di giustizia riparativa, vale a dire su quegli istituti che possono trovare applicazione prima della condanna, già durante il procedimento.

Per quanto riguarda la messa alla prova, nonostante tutti i meriti avuti sul piano della deflazione carceraria, essa continua a suscitare non poche perplessità, in quanto si pone in tensione con il principio di presunzione di non colpevolezza, anche perché, a ben vedere, una deroga a tale principio è plausibile in un sistema come quello minorile volto più alla formazione della personalità del minore che alla sua responsabilizzazione, mentre sembra non esserlo in un sistema per gli adulti dove la personalità già formata necessita di una responsabilizzazione che presuppone l'accertamento di una responsabilità<sup>19</sup>. Inoltre, si deve considerare che la messa alla prova risulterebbe del tutto diseconomica, rispetto alla maggior parte delle pene del sistema sanzionatorio non carcerario, presentando alla fin fine un contenuto assai più affittivo, mentre rispetto al sistema potenzialmente carcerario, si verrebbe a creare una sostanziale sovrapposizione che finisce per fare della messa alla prova una sorta di *chance* ulteriore destinata a minare l'effettività del sistema, con l'ulteriore problema di notevole dispendio di risorse che invece è più opportuno concentrare per aprire il più possibile il carcere. Ecco allora che all'interno di un sistema riformato nei termini che abbiamo tracciato, la previsione della messa alla prova non avrebbe molto senso.

Piuttosto, nella stessa fase in cui adesso trova applicazione la messa alla prova potrebbe essere dato spazio agli strumenti della giustizia riparativa e in particolare alla mediazione/riconciliazione, dovendosi ritenere che, nonostante le differenze strutturali, giustizia riparativa e sistema tradizionale possono integrarsi sia per ragioni funzionali che "operative"<sup>20</sup>.

In particolare, sotto il primo profilo funzionale, dalla prospettiva della giustizia punitiva, un'antitesi esiste solo se si muove dall'idea che essa altro non è che un equivalente formalizzato della vendetta o comunque uno strumento di deterrenza. Tuttavia, soprattutto nel momento in cui la punizione deve tendere alla rieducazione e risocializzazione del reo, ci si rende conto che il sistema punitivo ha come scopo ultimo quello di garantire una pace sociale inclusiva mediante il rafforzamento dei legami anche interpersonali. Dalla prospettiva della giustizia riparativa, un'antitesi esiste se si muove dall'idea che essa costituisce una sorta di "pacificazione privata" del conflitto a prescindere dalla dimensione sociale e comunitaria. Ma nel momento

<sup>19</sup> Per un quadro della perplessità suscitate dall'istituto della sospensione del processo con messa alla prova degli adulti, sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Ipotesi per una riforma della sospensione condizionale della pena*, in AA.VV., *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, a cura di P. Pisa, Torino, 2008, 180 ss.

<sup>20</sup> In argomento v. per tutti F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in AA.VV., *Giustizia riparativa*, a cura di G. MANNOZZI e G.A. LODIGIANI, Bologna, 2015, 73 ss.

in cui la riparazione si inserisce all'interno di un contesto valoriale, essa finisce per svolgere anche una funzione fondamentale di accreditamento e rafforzamento dei valori sui quali si basa la convivenza sociale.

Sotto il secondo profilo operativo, anzitutto, il campo di azione della mediazione non può che prendere forma da quello tracciato dalla tipicità penale. Vero che la giustizia riparativa si riferisce a un conflitto più ampio che non coincide con il disvalore penalistico, tuttavia il punto di partenza deve essere il disvalore penalistico del fatto, poiché altrimenti, come accennato, si privatizzerebbe la risoluzione del conflitto. In secondo luogo, la mediazione deve integrarsi con la giustizia punitiva in quanto quest'ultima deve rimanere sullo sfondo, sotto forma di minaccia, o comunque di incentivo, favorendo una soluzione conciliativa. In particolare, occorre creare meccanismi che consentano di spingere nella direzione dell'obiettivo della mediazione e della riconciliazione sotto la minaccia dell'utilizzo della pena. Sul punto si potrebbe obiettare che non è possibile una vera riconciliazione in presenza di una minaccia punitiva e che sorgono non pochi rischi per le garanzie del reo allorquando la mediazione fallisca. Tuttavia tali obiezioni si possono superare agevolmente osservando che la mediazione non è altro che un procedimento il cui esito non è mai scontato e prevedibile, con la conseguenza che se è vero che minacciando la punizione si esercita una certa costrizione, essa però riguarda il momento di attivazione del procedimento che può avvenire anche sulla base di calcoli utilitaristici, ma decisivo sarà comunque il sostanziale andamento del procedimento che ha come protagonisti l'autore, la vittima e la comunità.

Inoltre, vi sono ragioni storiche profonde che spingono ad attribuire rilevanza alla giustizia riparativa. Se, da un lato, l'illuminismo ha avuto un ruolo fondamentale nell'umanizzare il diritto penale, dall'altro lato, però, ha prodotto anche una serie di miti: non solo quello della legalità, ma anche quello del monopolio pubblico del diritto punitivo. Con quest'ultimo mito si è creduto di sconfiggere la vendetta, muovendo dalla premessa che ogni "giustizia punitiva a due" non potesse che consistere nella vendetta. Tuttavia, a ben vedere, non solo, come accennato in precedenza, la giustizia pubblica non è del tutto sganciata da logiche vendicative, ma la "giustizia punitiva a due" non è detto che sia soltanto vendetta. Sotto quest'ultimo profilo, l'illuminismo ha identificato la giustizia a due con la vendetta e ha superato la vendetta superando la giustizia a due. Tuttavia, come dimostrano anche recenti studi storici, la giustizia a due non si esauriva nella vendetta, ma, udite udite, era anche, e addirittura spesso, mediazione e riparazione, vale a dire una risposta diversa ed altra rispetto alla punizione<sup>21</sup>.

Ecco allora che aprire spazi di giustizia riparativa significa aprire spazi per superare una giustizia (vendicativa ed escludente) ancora basata sulla violenza com'è attualmente quella pubblica.

I problemi che si pongono riguardano il rapporto tra l'esito raggiunto dalla mediazione e la pena e se la mediazione debba essere destinata soltanto a reati di bassa gravità oppure anche a reati che esprimono una gravità di una certa consistenza.

Sotto il primo profilo, esiste una sorta di corrispondenza tra la tipologia di esito raggiunto dalla mediazione e la sua capacità di integrarsi addirittura in termini sostitutivi con la giustizia punitiva. Ed infatti, là dove la riparazione viene finalizzata addirittura a una vera e propria riconciliazione tra autore, vittima e comunità, è evidente che essa può costituire un'autentica alternativa alla stessa celebrazione del processo e un surrogato della pena.

Sotto il secondo profilo, anche alla luce di esperienze reali come quella delle Commissioni di verità e riconciliazione del Sudafrica, io credo che non si debba avere timori ad estendere l'applicazione della mediazione anche a reati di una certa gravità. Il punto è che, per relazionarsi serenamente con la giustizia riparativa, occorre compiere una rivoluzione mentale capace di entrare in sintonia con il nuovo paradigma, il quale si contraddistingue non tanto per l'esito, che è del tutto imprevedibile, ma, come accennato, per il procedimento.

Certo è che la previsione di una giustizia riparativa integrata alla giustizia punita tradizionale non fa altro che contribuire alla creazione di quel diritto penale "inclusivo" e pacificatore forgiato dai principi personalistici del moderno costituzionalismo.

<sup>21</sup> Sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, cit., 8 ss. (del dattiloscritto).