

LA RIEDUCAZIONE DEL CONDANNATO TRA CARCERE ED ALTERNATIVE

DEBORAH MAIDECCHI *

SOMMARIO: 1. Dibattiti sul terzo comma dell'articolo 27 della Costituzione – 2. Il "mito" della rieducazione – 3. Il peso della retribuzione - 4. Il carcere e la sanzione penale – 5. L'affidamento in prova al servizio sociale e la premialità incentivante la rieducazione – 6. Prospettive di riforma delle alternative al carcere.

1. Dibattiti sul terzo comma dell'articolo 27 della Costituzione

E' evidente il rilievo costituzionale della questione della pena, ed è chiaro che in un ordinamento democratico la problematica degli scopi della pena si radichi nel terreno della Carta costituzionale prescindendo dalla previsione di un'apposita norma: la pena è un rimedio destinato ad impedire l'aggressione ai beni giuridici ma al contempo aggredisce beni come la Libertà, l'Onore, la Dignità dell'individuo.

Tuttavia l'introduzione di una specifica disposizione nella Costituzione sullo scopo della pena è stato il frutto, durante i lavori preparatori, di intense polemiche.

Se il terzo comma del vigente articolo 27 della Costituzione recita: «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato», in origine il disposto approvato dai Costituenti stabiliva che «le pene devono tendere alla rieducazione del condannato e non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità» (NEPPI MODONA, 1976). Il mutamento è significativo e rende vittoriosi gli studiosi e i politici d'orientamento moderato per i quali il primato della funzione rieducativa era considerato un deciso ed inaccettabile accoglimento, a discapito della Scuola classica, della visione positivistica e dell'idea di prevenzione speciale identificata con la rieducazione del reo.

* Specializzanda presso la Scuola di diritto e procedura penale dell'Università di Roma "La Sapienza"

Vittoriosa la visione più prettamente cattolica che si era battuta per la posposizione della rieducazione al divieto di trattamenti inumani. Con un disposto più neutro si vollero evitare implicazioni ed amplificazioni scomode. Evidenziando l'ordine dei due enunciati che fondano la norma sono numerosi gli studiosi che negli anni '50 intendono dimostrare che sia l'elemento afflittivo a prevalere nella serie delle funzioni della pena; studiosi che, spaventati dagli alti indici di criminalità che colpiscono l'Italia distrutta dal secondo conflitto mondiale, sostengono il ritorno di severe ed insidiose teorie retributive.

Incompresa la prorompente portata innovativa dell'articolo 27 della Costituzione.

Si cercò finanche di qualificarla come programmatica e non strettamente vincolante per il legislatore, anche se già allora la dottrina maggioritaria la considerava avere immediata efficacia precettiva (VASSALLI, 1950: 140).

Solo negli anni '60, con lo sperato progresso economico si concretizzano le attese riformistiche e la rottura, tuttavia mai definitiva, rispetto alle precedenti interpretazioni.

Lo stesso Vassalli, portatore della nuova idea di pena polifunzionale, rimane stabilmente ancorato ad una sanzione prevalentemente retributiva, perché «mezzo che per il suo rifarsi a idee di demerito e di castigo che sono nel profondo sentimento degli uomini, per i suoi caratteri afflittivi ma al tempo stesso proporzionali alla concreta gravità del fatto, per il principio di certezza legato al rapporto causale tra delitto e sua conseguenza giuridica, è il più idoneo a dar soddisfazione al sentimento sociale e individuale offeso e ad un tempo a far presa sull'animo dei consociati ottenendo che si conformino alle esigenze dell'ordine sociale tradotte in norme giuridiche» (VASSALLI; 1960).

Tripla la funzione della pena: satisfattoria, generalpreventiva, e specialpreventiva.

Sebbene i non retribuzionisti concepiscano la rieducazione come scopo principale della pena, non vi è alcun dissenso tra i due contrapposti orientamenti al momento di determinarne il significato: per entrambi la rieducazione si identifica con quel processo pedagogico e/o terapeutico proteso a «favorire l'attitudine a vivere nell'osservanza della legge ed il riadattamento sociale» (FIANDACA, 1981).

Un rinnovato interesse politico e culturale per le questioni criminali diviene forte sul finire degli anni '60, stimolato, di certo, da quella dottrina che comincia a "scrivere" a sinistra, rappresentata da chi, come Franco Bricola, ritiene che quanto più un

sistema penale sia caratterizzato nel senso della prevenzione speciale, tanto maggiore deve essere la gamma di strumenti sanzionatori e di mezzi alternativi alle sanzioni penali. La pubblicazione della rivista *"La questione criminale"* diviene il mezzo per sollecitare la riforma del sistema penale in modo che anche le classi subalterne possano esprimersi nelle scelte del legislatore.

È in questo clima che si addivene alla proposta parlamentare di abolire l'ergastolo; che si ripropone, con un vigore perduto da decenni, la contestazione delle pene detentive brevi, le quali non consentono la risocializzazione ma divengono naturali fonti di effetti desocializzanti. E' in questo contesto storico che si propugna la trasformazione della sospensione condizionale da atto divenuto clemenziale a misura specialpreventiva, e si teorizzano le sanzioni sostitutive.

E forte diviene anche la consapevolezza di come non sia una semplice coincidenza legislativa la collocazione del principio di rieducazione della pena nell'articolo 27 della Costituzione.

È profondo il legame tra rieducazione, terzo comma, e colpevolezza, primo comma.

Pretendere di rieducare postula necessariamente che a chi ha commesso il fatto possa muoversi un rimprovero; solo se il fatto è riconducibile al soggetto che si vuole rieducare, almeno sotto il profilo della colpa, la specialprevenzione acquisisce un senso. Rimangono, dunque, problematici i diversi casi di responsabilità obiettiva che vi sono nel nostro ordinamento, come il reato preterintenzionale e i reati aggravati dall'evento. Evidente la crisi del sistema sanzionatorio quando non è tenuto in debito conto il grado di consapevolezza del reo circa la natura illecita del fatto posto in essere.

Ma questo è il conto da pagare quando il legislatore, spesso troppo attento nell'assecondare le emozioni della collettività, antepone le esigenze di prevenzione generale e difesa sociale a tutti gli altri obiettivi, al pari costituzionalmente imposti.

2. Il "mito" della rieducazione

I semplici inasprimenti delle reazioni punitive sono solo tamponi, terapie d'urgenza, non validi programmi di politica criminale, i quali impongono un'attenta analisi circa la genesi del fenomeno criminoso.

La rieducazione assurge a rango di puro mito nel momento in cui aumentano i limiti edittali di pena, vengono create nuove

fattispecie di reato, introdotte pesanti restrizioni nell'applicazione del nuovo ordinamento penitenziario e, persino, previsto il carcere di massima sicurezza.

Essa decade innanzi alla politica dell'intimidazione falsamente mascherata sotto la veste di prevenzione generale. E' la crisi dello Stato sociale ad essere nello stesso momento causa e conseguenza degli inasprimenti dei sistemi punitivi.

Nel nostro ordinamento è sempre mancato un impegno a dirigere la politica penitenziaria secondo i canoni imposti da uno Stato del benessere. La tendenza attuale è di ridurre ulteriormente le c.d. spese improduttive: parte della classe dirigente così considera il denaro impiegato nel soddisfare i bisogni sociali e nel sostenere i propositi di risocializzazione.

Anche i paesi che più di tutti avevano teorizzato programmi di prevenzione speciale rieducatrice (Stati Uniti d'America, Svezia e Norvegia) hanno da tempo dichiarato il fallimento del finalismo rieducativo della pena sulla base di rilevazioni statistiche attestanti che il tasso di recidiva, e quindi la ricaduta nel delitto, nonostante il trattamento, fosse rimasto invariato (DAGA, 1989).

Certamente questo mutamento di valutazioni ha avuto in gran parte origini politiche.

L'atteggiamento di sfiducia viene dichiarato in forma ufficiale nel V Congresso delle Nazioni Unite per la prevenzione del reato e il trattamento dei delinquenti tenutosi a Ginevra nel settembre del 1975 ⁽¹⁾, sebbene anche qui, come altrove, sembra che esso investa la terapia della personalità condotta durante l'esecuzione penitenziaria in istituto e non la risocializzazione attraverso il trattamento in libertà (DOLCINI, 1979: 500 ss.).

Assolutamente inaccettabile l'abbandono del trattamento della personalità se innanzitutto non si pone in essere un'applicazione generalizzata di tale tecnica, seguita poi da analisi sorrette da basi scientifiche, scevre da ogni preconconcetto politico e rivolte ad uno studio di lungo periodo del fenomeno in esame.

Negli Stati Uniti e in Svezia la maggior parte dei detenuti sono rimasti fuori dall'isola della rieducazione: come è possibile, allora, estendere l'interpretazione di un dato statistico che si forgia su una piccola percentuale di condannati all'intero sistema penitenziario?

(1) Cinquième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, Rapport préparé par le Secrétariat.

L'atteggiamento del nostro legislatore nei confronti del principio rieducativo ha portato ad abbracciare tecniche di trattamento di volta in volta diverse (PADOVANI, 1981), comunque protese verso la "correzione" e la risocializzazione del reo. Il sesto comma dell'articolo 1 della legge sull'ordinamento penitenziario (l. n. 354/1975) recita: "nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi". Il principio è lo stesso dell'articolo 1 del vecchio (D.P.R. n. 431 del 29 aprile 1976) e del nuovo regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario (D.P.R. n. 230 del 30 giugno 2000).

Il legislatore identifica la rieducazione nella risocializzazione, mentre innalza il trattamento punitivo a strumento destinato a rimuovere le difficoltà che impediscono il pieno sviluppo della persona umana; entrambi sono imposti dal principio di uguaglianza e presuppongono una delinquenza emarginata socialmente. L'esistenza di tipologie di reato che vedono come autori "naturali" individui ben inseriti nel contesto socio-economico (pensiamo ai reati contro l'economia, contro l'ambiente, le relazioni tra mafia e poteri legittimi) evidenzia, tuttavia, che non sempre vi è bisogno di risocializzazione (ROMANO, 1980).

Il significato di rieducazione ha una portata più ampia del concetto di reinserimento sociale.

Per troppo tempo l'idea del rieducare è coincisa con quella di correzione morale del delinquente, dimenticando che laddove l'illecito è di pura creazione legislativa non si ha traccia della violazione di fondamenti morali consolidati. Pretendere di cambiare la mentalità del reo contrasta con la natura democratica del nostro ordinamento in cui non vi è una morale unica ma coesistono e sono garantite concezioni etiche diverse: «nulla nella Costituzione autorizza lo stato a prendersi cura della moralità dei cittadini» (DOLCINI, 1979).

E' la libertà di coscienza che implica il diritto di essere diverso, di non vedere snaturata la propria conformazione psicologica e di non accettare valori elaborati dal gruppo dominante. Eppure è ancora oggi difficile pensare ad una rieducazione "neutrale", non colorata da implicazioni ideologiche o da cernite di valori che di sovente scadono nel perseguimento di obiettivi di omologazione a modelli di conformità e normalità sociale.

Dall'esame di tali obiezioni non resta che accogliere un contenuto della rieducazione che si risolva essenzialmente nel rispetto della legalità esteriore e nell'acquisizione dell'attitudine

a vivere senza incorrere nella ricaduta nel reato: non è forse la prevenzione degli illeciti ad essere lo scopo a cui tendono tutte le istituzioni penali?

Chiaramente la norma penale potrà divenire guida della futura condotta soltanto se si avvarrà di strumenti sempre diversi che tengano conto delle caratteristiche personali del condannato e del suo essere un emarginato sociale o un "colletto bianco". Nel primo caso il reinserimento nella società assumerà a tecnica del processo rieducativo, nel secondo l'irrogazione di una sanzione di tipo afflittivo sarà con molta probabilità in grado di stimolare un comportamento conforme alla legge penale.

Vi è il dubbio però, secondo parte della dottrina, che circoscrivere il contenuto della rieducazione al mero rispetto della legalità formale non garantisca la stabilità dell'attitudine a non ricadere nel reato, necessitando quest'ultima di un mutamento dell'atteggiamento interiore (PAVARINI, 1983), perseguibile attraverso l'assunzione di un sistema di valori, liberamente scelto tra quelli che arricchiscono la realtà sociale. Questo è il modello della c.d. pedagogia dell'autodeterminazione, indubbiamente pregevole per lo sforzo di preservare l'autonomia decisionale dell'individuo, ma colpevole di attribuire troppa fiducia ad un'educazione all'autodeterminazione che deve svolgersi in un momento di assoluta coazione qual'è quello dell'esecuzione della pena.

La preoccupazione *de qua* era sentita dagli stessi Costituenti che per temperare l'esigenza di efficacia della rieducazione con quella di legittimità, hanno così impiegato nell'art. 27, terzo comma, Cost., il verbo "tendere", il cui significato apre ad un percorso trattamentale libero da imposizioni coercitive fisiche e psicologiche, dove l'autoritarità arretra innanzi alla disponibilità della coscienza e volontà dell'individuo.

È interessante notare come la funzione rieducativa rappresenti per la criminologia "neomarxista" (PULITANÒ, 1977; BRICOLA - NEPPI MODONA - SBRICCOLI - SEPPILLI - INGRAO, 1975) un'illusione, un "mito borghese" con cui la società classista e diseguale nasconde il reale problema che genera la criminalità, insito nelle stesse strutture sociali imposte dal sistema di produzione capitalistico. Orientamenti aspramente contestati da chi li ritiene un «astratto ideologismo» (FIANDACA, 1981) innanzi alla concreta «deleteria conseguenza di credere e di far credere che basti eliminare il capitalismo per eliminare la devianza» (BOBBIO, 1977a: 426).

Ma difficile cogliere l'autentico significato della rieducazione è stato anche per la Corte costituzionale. Essa ha per decenni espo-

sto un'interpretazione riduttiva della norma, richiamandosi ad una polifunzionalità della pena ⁽²⁾ in termini non accolti dalla dottrina. Indiscutibili le diverse finalità della sanzione, ma ciò che si rimprovera alla Corte è il c.d. "sincretismo additivo", ovverosia la pratica di sommare i fini. Meglio un modello «associativo dialettico» (FIANDACA, 1981: 333) con il quale comporre le antinomie degli scopi, accordando, in relazione a ciascuna delle fasi attraverso le quali si articola il fenomeno penale, la prevalenza ad una determinata finalità. Risulta, peraltro, insoddisfacente anche il contributo prestato dalla Corte nell'individuare il significato di rieducazione, a cui ricollega indifferentemente i termini di riadattamento, emenda, recupero sociale. Per diverso tempo è stato solo il settore dell'esecuzione a rappresentare il terreno in cui si sono radicate le poche pronunce della Corte che hanno valorizzato l'art. 27, ⁽³⁾ anche se essa riconduce l'efficacia rieducativa, indicata come finalità ultima della pena dall'articolo 27, non alla durata di essa, bensì al suo regime di esecuzione. ⁽⁴⁾ Purtroppo l'atteggiamento non è persuasivo, e la criminologia più moderna, come la stessa giurisprudenza di merito, continua ad insistere sulla consequenzialità tra l'adequatezza della pena al fatto commesso e la disponibilità a collaborare

(2) Con la sentenza n. 12 del 1966, la Corte ha affermato che «la rieducazione del condannato, pur nell'importanza che assume in virtù del precetto costituzionale, rimane sempre inserita nel trattamento penale vero e proprio» e non può essere intesa «in senso pieno e assoluto»; può rimanere estranea allo scopo della pena «in considerazione delle altre funzioni della stessa che, al di là della prospettiva del miglioramento del reo, sono essenziali alla tutela dei cittadini e dell'ordine pubblico contro la delinquenza, e da cui dipende l'esistenza stessa della vita sociale». E di eguale tenore la sentenza n. 264 del 1974 che sancisce la legittimità costituzionale dell'ergastolo e il principio che «il fine della pena non è solo il riadattamento del condannato, purtroppo non sempre conseguibile». Sempre in virtù della concezione polifunzionale la Corte ha, con le sentt. n. 107 del 1980 e n. 48 del 1962, rispettivamente ritenuto legittima l'apposizione di limiti oggettivi all'applicazione delle misure alternative e l'inapplicabilità della sospensione condizionale ai reati elettorali.

(3) Con la sentenza n. 274 del 1983 è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 54 dell'ordinamento penitenziario alla luce degli artt. 27 e 3 della Cost., perché «la possibilità di acquisire una riduzione della pena incentiva e stimola nello stesso soggetto la sua attiva collaborazione all'opera di rieducazione, finalità questa che il nostro ordinamento persegue per tutti i condannati a pena detentiva, ivi compresi gli ergastolani». Esula dalla circoscritta fase esecutiva la sent. n. 50 del 1980 che impone una commisurazione della pena individualizzata in relazione alle caratteristiche personali dei condannati e rifiuta il concetto di pena fissa sulla base dell'art. 27 terzo comma e dell'art. 3 della Costituzione, e nello stesso senso di valorizzazione si pone la sent. n. 364 del 1988 volta a superare il principio dell'assoluta inescusabilità dell'*ignorantia legis* facendo leva sulla connessione tra primo e terzo comma dell'art. 27 Cost.

(4) Vedasi sentt. Corte cost. n. 22 del 1971, n. 18 del 1973, n. 119 del 1975.

al processo rieducativo. Una pena eccessivamente elevata può indurre a reagire contro l'ordine costituito fino a generare pericoli di ribellione e ricaduta nel reato, incidendo negativamente sull'efficacia specialpreventiva e generalpreventiva della pena.

3. *Il peso della retribuzione*

Le considerazioni finora svolte non consentono di ritenere superata la c.d. retribuzione morale.

Affermatasi nella teologia cattolica e nella filosofia idealista, essa ebbe tra i suoi più illustri e audaci interpreti Kant ⁽⁵⁾ e Hegel, nuovamente rivisitati da quelle recenti tendenze dottrinali definibili "neoretribuzionistiche". Sorta sulla crisi del trattamento rieducativo, ed avvalendosi di elaborazioni della psicoanalisi sociale, la moderna retribuzione parte dal principio secondo il quale è insita e forte in ogni uomo la volontà di trasgredire qualsiasi divieto, ancor più se di carattere penale; poiché estremamente contagioso, il fenomeno della violazione della norma impone una reazione che punisca colui il quale non ha frenato i suoi impulsi criminali e, al contempo, permetta di rafforzare nei cittadini la fedeltà a valori per i quali lo Stato ha previsto la tutela penale.

Ma la pericolosità di una siffatta elaborazione dovrebbe risultare chiara alla luce della nostra Costituzione che rende l'uomo, con i suoi diritti, il principale protagonista di tutto il fenomeno penale. Non possiamo permettere che si asseconi il rischio di punizioni non proporzionate alla gravità del fatto, di condanne "esemplari" e strumentali, per il soddisfacimento di bisogni emotivi di punizione e di controllo degli istinti della collettività. ⁽⁶⁾

(5) KANT teorizza con efficacia la necessità di riportare armonia, giustizia e eguaglianza nella società sconvolta dal delitto, prevedendo la massima pena se posta in essere la più grave delle offese: «Anche se la società civile si sciogliesse con l'accordo di tutti i membri, l'ultimo assassino, che si trova in prigione, dovrebbe prima venire giustiziato in modo che ad ognuno tocchi ciò che i suoi atti meritano e la colpa del sangue non ricada sul popolo, che non ha chiesto questa punizione», 1956: 455.

(6) Per PACKER «Allorché il delinquente si trovi coinvolto in un processo, qualsiasi desiderio possa avere la gente di vederlo punire, rafforza i valori che ha trasgredito. Il senso di approvazione che noi proviamo allo spettacolo di meritate sofferenze, rinforza il nostro stesso senso di identificazione con l'ubbidienza alla legge» 1978.

La retribuzione può e deve oggi trovare spazio nella questione delle funzioni della pena, non per esserne legittimata come precipua finalità, ma per divenire, se intesa come proporzione tra entità della sanzione e grado della colpevolezza, come sofferenza che non eccede il fatto commesso, partecipe dell'essenza e della natura della pena criminale. E la misura della retribuzione varierà, in primo luogo, in funzione degli scopi che il legislatore impone. Il principio della separazione del diritto dall'etica coincide con il rigetto della retribuzione morale e dell'affermazione che la finalità prima e insostituibile sia la reintegrazione dell'ordine morale mediante soddisfacimento del sentimento di giustizia.

La pena non è un castigo, né uno strumento di espiazione, il quale presupporrebbe un ordinamento capace di commisurare esattamente la pena alla colpa morale. Nessuno Stato aspira oggi ad un potere di tal sorta. L'inflizione della pena per un fatto squalificato, giacché pubblica e solenne, è esempio per tutti coloro che potrebbero essere spinti al delitto, esplicando un effetto intimidativo ed altresì educativo, identificato con la definizione ed il rafforzamento di quel codice di comportamento conforme alla norma penale, che dovrebbe guidare la condotta di ogni cittadino e renderlo migliore. L'intimidazione è la naturale conseguenza dell'essenza afflittiva della pena: un male per il reo che deve scontarla, giustificato dalla funzione di prevenire altri delitti. Nonostante le eccezioni evidenziate da sociologi e psicologi, da secoli il diritto si fonda sulla convinzione che il timore della pena agisca come remora nei confronti dei soggetti maggiormente inclini a delinquere; come strumento essenziale ed irrinunciabile attraverso cui ogni società organizzata cerca di contenere il fenomeno criminoso. Un risultato conseguibile a condizione che la pena sia adeguata, perché se lieve è inefficace, se severa è terroristica e criminogena; che la sua applicazione sia certa, perché la minaccia legislativa sarebbe vanificata se non trovasse espressione nella fase dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena; che vi sia prontezza nella sua irrogazione, perché è facile comprendere come nessuna efficacia credibile espliciti l'inflizione della pena allorché trascorra un considerevole lasso temporale; e che pubbliche e note possano essere le ragioni della sua emanazione (BECCARIA, 1764). Che la preminenza dell'esigenza di difesa della comunità ispiri il momento in cui è posta una norma è un dato inequivocabile, ma cosa accadrebbe se la valutazione di prevenzione generale assumesse un siffatto rilievo anche in fase di commisurazione

della pena? La condanna diverrebbe terroristica e l'uomo degenererebbe a mero strumento d'intimidazione, ⁽⁷⁾ senza dimenticare che il giudice non è in alcun modo in possesso di informazioni che gli permettano di valutare gli effetti generalpreventivi di un dato ammontare di pena.

È pericolosamente tornata a diffondersi la convinzione che all'inasprimento della pena e all'esemplarità della punizione possa far riscontro una diminuzione dei tassi di criminalità, mentre una riduzione delle pene implicherebbe l'inevitabile innalzamento della curva dei reati. Sembrano però mancare indagini, analisi ed esperimenti che possano conferire certezza a quelle che si presentano, e rimangono, semplici giudizi di valore. Ancor più che nel passato, è oggi doveroso chiedersi fino a che punto ci si possa spingere nella minaccia astratta della pena, visto che le Costituzioni liberal-democratiche contemplano dei limiti alle forme di coercizione legale che incidono sui diritti e le libertà dei cittadini.

La Costituzione italiana impone il rispetto della libertà personale, qualificandola come inviolabile, ovverosia legittimamente limitabile solo per la tutela di beni e valori, altrettanto costituzionalmente rilevanti. Essa esige che la misura della pena non comprometta la possibilità di portare il condannato a reinserirsi nella società, anzi, stimoli l'acquisizione (o riacquisizione) del rispetto e della fiducia nella legge penale, presupposto per impedire la ricaduta nel reato.

Quest'ultima finalità costituisce il cuore della c.d. prevenzione speciale, la cui forma più alta e nobile è la rieducazione dei condannati.

La presa di coscienza del complesso fenomeno della criminalità, ha portato la dottrina prevalente a concepire il delitto connaturato con la società. Poiché ogni società ha la sua criminalità, questa non può essere eliminata, ma esclusivamente contenuta nei limiti della tollerabilità. Ineluttabilmente, quindi, vi saranno sempre casi in cui la minaccia prevista in astratto fallirà, e solo con l'esecuzione della pena si potrà tentare di indirizzare il comportamento futuro del reo. La prevenzione generale continuerà ad operare nei confronti del condannato, ad

(7) KANT, senza però distinguere in alcun modo tra fase legislativa e fase dell'irrogazione, affermava che «la prevenzione generale consente un'immorale strumentalizzazione del singolo in quanto lo si punirebbe non per ciò che ha compiuto, bensì affinché altri siano dissuasi dal commettere reati» 1956.

interagire con l'esperienza concreta della pena, attendendosi l'ordinamento, che l'assoggettamento ad una punizione rafforzi il timore connesso con la minaccia della sanzione penale. L'esperienza penitenziaria porta però a reazioni diverse per ogni soggetto, potendo risultare l'effetto specialpreventivo, positivo, negativo o nullo, in considerazione di molteplici fattori che sono attualmente oggetto di studi sociologici.

È la specialprevenzione a dover informare l'intera fase dell'esecuzione della pena: la perdita della libertà è in se stessa punizione sufficiente, non essendo legittimo, né necessario, rendere la vita carceraria più dura della realtà attuale. Anzi la vita in carcere dovrebbe consentire ogni possibilità di riabilitazione e limitare le sofferenze insite nello stato di privazione della libertà.

Come far fronte alla «tensione» (ANDENAES, 1980), inevitabile, tra quella che deve essere un'inflizione di sofferenza (la pena) e gli sforzi umani e legislativi, volti ad attenuare le sofferenze della fase esecutiva? Se l'esecuzione di una pena non fosse sofferenza, e la vita del condannato simile a quella vissuta dall'uomo libero, si creerebbe la convinzione che il crimine vada perseguito perché azione riprovevole e squalificante? Questo è il conflitto tra la prevenzione generale e la prevenzione speciale, tra retribuzione e rieducazione. La prevenzione speciale nasce ed opera in virtù della constatazione dell'insufficienza della prevenzione generale come unico mezzo di lotta contro il crimine, poiché vi sono soggetti nei confronti dei quali l'efficacia intimidatrice della pena non funziona e, quindi, sarà necessario intervenire su alcuni di essi in termini di terapia, o di rieducazione sociale, o di neutralizzazione. Ma sappiamo bene, nonostante i dubbi su quale sia in concreto il modo migliore per ottenere la riabilitazione sociale, che è la stessa prevenzione speciale, o meglio, la rieducazione che nel nostro ordinamento si identifica con essa, a consigliare, in determinate ipotesi, di non ricorrere al carcere, mentre in altre, si spinge fino a rendere superflua la pena.

È forse, alla luce della Costituzione, possibile individuare un criterio risolutore?

Se l'art. 27 Cost. sancisce il finalismo rieducativo della pena, senza accennare ad istanze di prevenzione generale, l'art. 2 Cost., con il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, vale a dire, soprattutto, della vita e dell'integrità fisica, sembrerebbe conferire alla prevenzione generale la finalità primaria della pena, divenendo meramente sussidiaria la funzione di prevenzione speciale. Tuttavia è la prevenzione speciale che va perseguita nella massima misura, perché il suo fondamento non sta solo nel

più volte citato terzo comma dell'articolo 27, bensì anche nel «compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (art. 3, secondo comma, Cost.), nella «protezione della maternità, dell'infanzia e della gioventù» (art. 31, secondo comma, Cost.), nella «tutela della salute» (art. 32 Cost.) e nel divieto di misure di sicurezza «se non nei casi previsti dalla legge» (art. 25, terzo comma, Cost.). Oggi, l'accoglimento della tesi polifunzionale della pena rende difficile la determinazione di una gerarchia tra le finalità costituzionalmente assegnate alla reazione penale. Pregevole quindi è la recente impostazione della Corte Costituzionale, secondo la quale «è certo necessario, indispensabile, di volta in volta, per le varie fasi o per i diversi istituti di volta considerati, individuare a quale delle finalità della pena, ed in che limiti, debba essere data la prevalenza, ma non è consentito stabilire a priori, una volta per tutte la precipitata gerarchia»; ⁽⁸⁾ specificando successivamente che «tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena – da un lato quella di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività, e, dall'altro, quelle di prevenzione speciale e rieducazione che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo – non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione. Il legislatore può cioè – nei limiti della ragionevolezza – far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata». ⁽⁹⁾

Come non domandarsi, allora, se il carcere, oggi, è in grado di assolvere a tutte e tre le finalità.

In realtà il vero nodo da sciogliere è quello dell'esatta comprensione dell'attualità e della reale funzionalità del carcere negli odierni propositi della politica criminale.

4. Il carcere e la sanzione penale

E' con l'illuminismo che la detenzione diviene sanzione penale, perché la libertà assume a valore socialmente primario

(8) Corte cost., sent. n. 282/1989.

(9) Corte cost., sent. n. 306/1993.

(PADOVANI, 1981). Le pene detentive sottendono una tendenziale eguaglianza, una formale indipendenza dalla condizione giuridica o sociale del reo, una graduabilità tale da consentire un rapporto di proporzione tra reato e conseguenza minacciata. Ma il divario tra il piano dell'istituzione carceraria reale e quella giuridicamente delineata nei codici, chiarì quanto il carcere ideale sarebbe rimasto utopico. Solo nell'800 la consapevolezza del contagio criminale a cui era esposto il condannato a pene detentive brevi permette il sovvertimento del principio illuminista dell'impersonale attuazione della legge e dell'uguaglianza esecutiva; lo sforzo di forgiare le strutture del carcere al fine di adattarle alle esigenze dei detenuti ne è la prima testimonianza, accompagnata dall'emersione di tipologie classificatorie, determinate sulla base della personalità del reo e del suo comportamento in carcere.

Ma con la fine della Prima guerra mondiale e l'instaurazione dei regimi autoritari, il dibattito europeo sulla detenzione perde intensità fino ad interrompersi del tutto.

In Italia, l'avvento del fascismo, pur non comportando il completo rovesciamento dell'ordinamento liberale, conduce ad una rivisitazione in senso autoritario degli istituti di diritto sostanziale.

Di gran lunga più inquietante è la realtà della Germania nazista; ⁽¹⁰⁾ dove si assiste alla regressione dei più importanti principi di diritto penale, portando all'eliminazione del divieto di analogia, alla degradazione dell'esecuzione penitenziaria a strumento d'intimidazione collettiva, al "diritto penale della volontà". Le pene brevi vengono considerate dannose solo perché non riescono ad intimidire sufficientemente il reo; in quanto "troppo" brevi, esse non sono più terroristiche e perdono la loro precipua finalità di rendere manifesta alla collettività la potenza dello Stato. Anche la rieducazione del condannato è estromessa dalle preoccupazioni del regime nazista, giacché con il delitto ogni individuo perde irrimediabilmente il proprio posto nella comunità. Egli è escluso perché ha tradito il valore che aveva per essa.

La pena è disonore (DAHME, 1935) ed infamante espressione della caduta di chi ha sbagliato. L'insufficienza intimidatoria derivante dalla brevità può essere colmata solo con un'esecu-

(10) Tra gli studiosi tedeschi di orientamento nazionalsocialista, sono da ricordare DAHME e SCHAFFSTEIN che furono i maggiori esponenti della scuola di Kiel.

zione più severa, rigidamente incentrata su un trattamento intramurario.⁽¹¹⁾ Nell'Italia fascista, non riscontriamo un atteggiamento così deciso ed unanime: l'esasperazione della retribuzione c.d. morale della pena e dell'idea di un'esecuzione penitenziaria di pura intimidazione è individuabile in una dottrina isolata e fortunatamente incapace di affermare le posizioni dei coevi giuristi tedeschi.

Analizzando la discussione parlamentare sul progetto preliminare al codice penale italiano, vi è la possibilità di cogliere le diverse impostazioni che caratterizzano la scienza giuridica dell'epoca, prevalentemente volta al recupero di posizioni che nel XIX secolo sottolineavano la mitezza delle pene detentive brevi, ed alla ricerca di un regime esecutivo capace di attenuare i rischi del contagio criminale.

Se De Marsico propone il rinnovamento del sistema dei c.d. surrogati, contemplati dal codice Zanardelli, il guardasigilli Rocco sembra abbracciare in parte il ramo più autoritario del positivismo criminologico. Complessa la visione del ministro che, pur accettando i contenuti retributivi della pena, non mancava di dare risalto all'esigenza di una prospettiva rieducativa (che acquisiva un'impronta autoritaria, poiché perseguita con modalità coercitive ed afflittive), tanto da indicare, nella Relazione al regolamento per gli istituti di prevenzione e pena, «la necessità che il regime carcerario serva alla rigenerazione del condannato nell'interesse dell'individuo e della società». Non vi sono le condizioni per propugnare l'integrazione della sospensione condizionale con modalità di assistenza del reo, secondo quanto già da tempo era prassi nei paesi anglosassoni. E la ragione di un simile silenzio, legislativo e dottrinario, non può che risiedere sul fondamento teorico del *probation* angloamericano: «educazione alla libertà con la libertà» (PADOVANI, 1981).

In che modo poteva trovare spazio un siffatto istituto nel nostro ordinamento?

(11) Questa idea costituirà il modello della c.d. pena-shock, che, sperimentata nei paesi scandinavi e mutuata da una prassi nord-americana degli anni '70, si fonda sulla considerazione che "un assaggio di prigione è necessario per convincere il delinquente della gravità del suo delitto e per segnalare all'opinione pubblica che una qualche pena è stata inflitta» (GOLDBERG, 1970: 629). In Italia la *short-sharp-shock* non ha trovato alcuno spazio, poiché pur apprezzando il notevole effetto intimidatorio, si è ritenuto prevalente il problema del danno prodotto dall'impatto con il carcere: in ogni modo l'efficacia dissuasiva di un tale strumento sarebbe vanificata dalle lungaggini del processo che connotano la giustizia italiana.

Solo l'entrata in vigore della vigente Costituzione ha legittimato l'apertura di un nuovo campo di ricerca per soluzioni alternative alla detenzione, e ha riaperto la discussione sull'esecuzione penitenziaria, della quale accettiamo di continuare a sopportare le conseguenze negative solo in nome di un'*extrema ratio* giustificata dall'assenza di ipotesi alternative soddisfacenti.

Per ristabilire forme democratiche, l'Italia del secondo dopoguerra ha ritenuto imprescindibile affrontare la questione della riforma penitenziaria, poiché non era in gioco solo il rispetto di quei diritti dell'uomo che l'ONU aveva enunciato nella Dichiarazione universale del 1948, ma si doveva riscattare la storia di uomini, famiglie e generazioni, di cui il carcere aveva marchiato l'esistenza. Riformare il sistema penitenziario, sottosistema rispetto al complessivo sistema penale, ha significato innanzitutto soffermarsi sul significato e le finalità che le pene avevano assunto con la nuova Carta Costituzionale, per legittimare, già sul piano teorico, il miglioramento delle condizioni della carcerazione e ridurre lo spazio "invaso" dalla pena detentiva. Il movimento di riforma è stato lento, ma meditato; contrastato e per questo non da tutti condiviso; esso è finalmente sfociato nel nuovo ordinamento penitenziario (l. n. 354/1975), modellato attorno ad un detenuto alzatosi a fine dell'istituzione penitenziaria, la cui disciplina è incentrata sull'idea del trattamento, che le c.d. misure alternative alla detenzione proiettano anche nell'ambiente libero, dimostrando che non vi è più coincidenza tra penitenziario e carcerario.

La funzionalità rieducativa impone modifiche strutturali delle istituzioni stesse e chiama il legislatore ad un impegno di lungo periodo nella ricerca di strumenti sanzionatori che adempiano ad entrambe le funzioni di prevenzione.

Il fallimento dell'efficacia intimidatoria e rieducativa della detenzione è la naturale conseguenza di un approccio scientificamente sbagliato al problema della criminalità? O sono i presupposti teorici e politici dei sistemi penali ad essere superati?

Queste sono le principali contestazioni che le concezioni criminologiche di stampo sociale muovono al diritto penale liberale, e che finora sono state respinte sulla base di una difesa esclusivamente passiva del diritto penale, ovvero sulla considerazione che "qualcosa di meglio", con cui sostituirlo per combattere il reato, ancora «non è stato organizzato» (ROMANO, 1980). In realtà l'esistenza del diritto penale è, nonostante sia stato e continui ad essere definito da più parti come "inutile", "irrazionale" e "disumano", assicurata dai risultati della psicolo-

gia sociale ed individuale, giustificata dall'esigenza di tutela dei beni giuridici, garantita da quell'invalicabile limite intrinseco che caratterizza ogni diritto. Al contempo non deve essere impedita un'evoluzione del sistema penale che si risolva nella consapevolezza che, se la prevenzione generale impone la necessarietà della pena, la detenzione non ne è l'unica veste.

Aver configurato il carcere come strumento unico e rigido di prevenzione ha portato all'irreversibile crisi della pena detentiva, risultando oggi priva di effetti dissuasivi per taluni reati ed autori, talvolta troppo disturbante per l'individuo e costosa per la società. La stessa popolazione carceraria ha subito un aumento insostenibile; ⁽¹²⁾ tale da rendere difficile l'attuazione di ogni forma di trattamento risocializzante intramurario, sia perché non si è registrata una corrispondente e proporzionata crescita degli operatori penitenziari, sia perché da tempo mancano spazi materiali per svolgere le diverse attività previste dall'ordinamento penitenziario. La predominanza della detenzione si è risolta nel potenziamento delle misure clemenziali, le quali, difettando dell'esame della pericolosità del reo o di un trattamento integrativo, hanno indebolito la prevenzione generale e speciale: questo ha significato una vera "fuga dalla sanzione", aiutata dall'ampliamento della discrezionalità del giudice, che di sovente è scaduta in generalizzata indulgenza, per mezzo della quale si è tentato di riequilibrare il primato della detenzione.

La crisi può trovare probabilmente risposte positive, se, come alcuni studiosi (MANTOVANI, 1980) ritengono, l'ambito dell'illecito penale andrà progressivamente riducendosi, per incentrarsi nelle fattispecie maggiormente lesive dei beni giuridici, e si affiancherà alla pena detentiva, contemplandola solo per la criminalità più grave, una vasta gamma di pene alternative, espressione di una diversa forma di penalità capace di bloccare il pericoloso fenomeno del continuo ricorso alle misure clemenziali.

La ricerca di alternative al carcere costituisce il primario obiettivo (PALIERO - DOLCINI, 1989) della moderna politica del diritto penale, la quale non può prescindere da analisi comparativistiche, solo recentemente emerse come indispensabili per forgiare misure efficaci che armonizzino il nostro ordinamento con il movimento internazionale di riforma del diritto penale.

(12) Dagli anni '80 si è registrato un incremento della popolazione carceraria in tutti i sistemi penali, in larga parte dovuto a ricorrenti flussi di crisi economica (DAGA, 1989).

L'esame dell'esperienza europea e nord-americana ha permesso di individuare diversi modelli di alternative, costituiti dalle misure sospensive, dai surrogati penali e dalla pena pecuniaria.

I paesi di lingua tedesca dimostrano oggi di privilegiare nettamente la pena pecuniaria, commisurata per tassi secondo il meccanismo del *Tagessatzsystem*, come sostitutivo della detenzione breve, abolendo inoltre, con l'ultima riforma, le pene detentive inferiori ad un mese. Diversa la situazione francese, in cui mai rilevante è stata la pena pecuniaria, sebbene la legge n. 83-466 del 10 giugno del 1983 abbia inteso dare nuovo vigore all'istituto, prevedendo una determinazione per tassi fissi, mentre fin dal 1891, anno in cui sono state previste dall'ordinamento, ampio spazio è stato riservato alle misure sospensive dell'esecuzione della pena, particolarmente alla sospensione semplice, *sursis simple*, potenziata con la riforma del sistema sanzionatorio fissata con la legge del 11 luglio 1975. Piuttosto insignificanti sono però stati gli effetti deflattivi sulla popolazione carceraria, probabilmente perché, come emerge dalle denunce di magistrati ed operatori del servizio sociale, le misure alternative mostrano di essere state forgiate soltanto in funzione di classi sociali medio-alte, quindi non idonee a combattere le forme di criminalità proprie delle fasce marginali della società. In Inghilterra l'alternativa classica alla pena detentiva breve è costituita dal *Probation Order*, introdotto dal Probation Offenders Act nel 1907, che attribuisce al giudice il potere di non infliggere la pena detentiva e di sottoporre il reo a prova sotto la sorveglianza del *Probation Service*, sempreché ritenga, considerando le circostanze del fatto e il carattere del reo, che ciò sia più idoneo a promuovere la risocializzazione del condannato. La misura ha aspirazioni fortemente rieducative, poiché presuppone il consenso dell'individuo e si fonda su strutture come i *day training centres* e gli *approved probation hostels*, preordinati, i primi, alla formazione professionale, i secondi a garantire un ambiente parafamiliare, vale a dire un presupposto necessario per impedire il contatto con quelle situazioni che hanno contribuito a generare una personalità capace di delinquere e per preparare il reo al successivo e pieno inserimento nella società. Solo nel 1967 viene introdotta la sospensione condizionale della pena, presto accompagnata dall'assoluzione condizionata, cioè subordinata all'assenza di recidiva durante il periodo di prova, e da nuove misure volte a limitare l'ingresso in carcere, come il *bindingover* (l'obbligo di uno specifico fare o non fare) e il *Community service* (lavoro gratuito da prestare per un numero

di ore compreso tra le 40 e le 240). Al pari della Germania, anche il Portogallo non contempla pene detentive inferiori ad 1 mese, concependo il carcere come un'*extrema ratio* tra le diverse soluzioni sanzionatorie: emblematico risulta l'articolo 71 del nuovo c.p. introdotto dal legislatore portoghese nel settembre 1982, secondo il quale "il tribunale deve dare preferenza motivata alla pena non privativa della libertà", e l'articolo 40 c.p. che fissa la durata minima (1 mese) e massima (20 anni) della detenzione. L'influenza giuridica germanica ha garantito un ruolo di primo piano alla pena pecuniaria, utilizzata per la lotta alla pena detentiva assieme a due importanti misure sospensive previste per le pene fino a tre anni, che tuttavia non sono riuscite pienamente a raggiungere l'obiettivo, a causa della predominanza di giudici ancora incapaci di cogliere il contenuto afflittivo di sanzioni diverse dalla detenzione, nonché di elevati limiti edittali caratterizzanti la parte speciale del diritto penale.

Se la pena detentiva concretamente inflitta dal giudice non supera i tre anni, trova applicazione la sospensione dell'esecuzione della pena, integrabile con obblighi a carico del condannato, mentre se la pena prevista in astratto per il reato commesso non supera i tre anni, è possibile sottoporre il reo al c.d. *regime de prova*, fondato su un programma di controllo e di aiuto sociale. La probation portoghese risulta quindi essere riservata ad una criminalità di pericolosità minore rispetto a quella che può godere della sospensione *tout court*, cioè senza alcuna forma di prova.

In tutti i paesi esaminati, nonostante le carenze strutturali e il deficitario impiego di uomini e risorse economiche che rendano effettivo l'obiettivo di realizzare un valente trattamento rieducativo nell'area penitenziaria esterna (l'area delle misure alternative), la lotta alla detenzione, soprattutto di breve durata, rimane l'obiettivo primario della politica penale. Solo nei paesi scandinavi registriamo, a partire dagli anni '80, un'inversione di tendenza, generata dalla convinzione del fallimento dell'idea rieducativa e risoltasi in un costante aumento del ricorso alla detenzione. Ricordiamo che furono proprio questi Stati i primi a credere ed investire intensamente nell'esecuzione della pena preordinata al recupero sociale del reo, sostenuta da un'invidiabile e razionale organizzazione del servizio sociale che ha significato proporzione numerica tra soggetti affidati al servizio sociale e operatori dello stesso, vale a dire concreta personalizzazione del trattamento.

Oggi, la constatazione che gli sforzi compiuti non siano serviti ad abbassare la percentuale di recidiva, da sempre metro di

valutazione della bontà dei sistemi penitenziari, ha portato i paesi scandinavi a preoccuparsi in minor misura del sistema sanzionatorio, la cui limitatezza ne è un sintomo. Si hanno solo tre tipologie di misure punitive: la pena detentiva, la pena pecuniaria e gli istituti di alternativa alla detenzione. Quest'ultimi sono rappresentati dalla condanna condizionale che, in quanto prova, esige dal reo il rispetto dell'ordine di condurre una vita rispettosa della legge, e dalla misura del regime di sorveglianza, applicabile a quei soggetti che, secondo libere valutazioni del giudice, necessitano di attività di controllo e di prescrizioni particolari.

Tutto ciò dimostra come la prassi europea conosca una pluralità di istituti sanzionatori alternativi alla detenzione che, in virtù del loro contenuto, possono essere classificati in misure semidetentive, misure condizionate di sorveglianza assistita, misure impositive di prestazioni lavorative, misure interdittive e misure patrimoniali.

5. *L'affidamento in prova al servizio sociale e la premialità incentivante la rieducazione*

Il nostro ordinamento ha definito "misure alternative alla detenzione" quei benefici disciplinati nel capo VI dell'ordinamento penitenziario, il primo dei quali, per ordine e complessità d'esposizione normativa, è costituito dall'affidamento in prova al servizio sociale. Esso si presenta come rinuncia totale o parziale della detenzione, condizionata al buon esito di un periodo di prova controllata ed assistita. Essenziale è l'imposizione di regole di condotta, positive o negative, la cui inosservanza può determinare la revoca obbligatoria (come accade nei Paesi che adottano il *sursis*) o facoltativa (nei Paesi di *probation*), o persino l'affidamento del soggetto ad un'istituzione (in Italia è fondamentale il ruolo del servizio sociale) o ad una persona investita del compito di vigilarlo ed assisterlo durante la prova affinché sia garantita la positiva riuscita della stessa e ostacolata la ricaduta nel delitto.

L'affidamento in prova al servizio sociale appare quale misura "ibrida" (MANTOVANI, 1977) tra il *probation*, il *sursis* assistito ed il *parole* (sospensione dell'esecuzione, già iniziata, di una condanna). Più precisamente esso è una prova assistita condotta in libertà, sotto la supervisione del magistrato, ed avente l'effetto estintivo della pena e di ogni altro effetto penale in caso di esito positivo della prova stessa. Primo istituto disciplinato

dal capo VI del titolo I (trattamento penitenziario) dell'ordinamento penitenziario, dedicato alle misure alternative alla detenzione (ed alla remissione del debito), vale a dire a quelle misure attraverso le quali si è inteso superare o limitare l'applicazione della pena detentiva, constatata l'insufficienza del carcere a perseguire lo scopo rieducativo, l'affidamento nasce sulla necessità di stabilire un soddisfacente equilibrio tra esigenza di difesa sociale e limitazione dello strumento carcerario, tra prevenzione generale e prevenzione speciale. Di certo, sotto il profilo della politica criminale, percepiamo quanto sia difficile per i fautori del recupero *extra-moenia* sostenere la validità e l'efficacia di una misura che rinuncia condizionatamente alla detenzione, quando forti rimangono le apprensioni di protezione della collettività e la curva della criminalità appare fermamente crescente. La prevenzione generale è meno esposta di altre teorie al rischio della confutazione, perché, in rapporto alla prevenzione speciale che trova sempre la propria sconfitta nella recidiva, essa ha fondato la sua "non falsificabilità" (HASSEMER, 1980) su un'inverificabilità, consistente nel ritenere che troppe siano le variabili per dedurre, da uno sviluppo sfavorevole dei tassi di criminalità, il fallimento dell'idea generalpreventiva.

È stata la consacrazione di questa concezione a costringere il legislatore a relegare il finalismo rieducativo alla fase esecutiva della pena, a non anticiparlo al momento della creazione del sistema sanzionatorio, permettendo che divenisse una questione di diritto penitenziario, e provocasse gravi problemi di raccordo con il codice penale.

Proprio il codice penale rappresenta la *sedes materiae* più idonea per realizzare una politica criminale differenziata e non forgiata sulla rigidità della detenzione, che deve naturalmente cominciare dal livello delle pene edittali, attraverso la fondamentale distinzione tra reati sanzionati con pene detentive e reati sanzionati con pene non detentive. Adeguato, così, il sistema degli illeciti penali alla gerarchia dei valori costituzionali, si rende possibile attuare un progetto di rieducazione-riacquisizione dei valori offesi.

L'affidamento in prova al servizio sociale fa la sua prima apparizione sulla scena della riforma penitenziaria molto tardi (esso è per la prima volta disciplinato nel disegno di legge approvato dal Senato nel dicembre 1973). Chiaramente un espediente dell'ultima ora per introdurre, in una sede non propria, un istituto che la contestuale riforma del codice penale aveva rinunciato ad accogliere. La prima fisionomia dell'affida-

mento è tale da farne una misura plasmata sul modello della sospensione condizionale della pena con prova, quindi applicabile anteriormente all'inizio dell'esecuzione penale dal magistrato di sorveglianza.

La sorte dell'affidamento sappiamo, però, essere stata ben diversa, in virtù della convinzione di poter conservare integra la minaccia della pena soltanto ponendo come passaggio obbligato un assaggio di detenzione. Nonostante lo snaturamento della *ratio* originaria della misura, che per taluni aspetti si presenta intrinsecamente contraddittoria, l'affidamento in prova al servizio sociale appare come «l'unica forma integrale di alternativa» (DI GENNARO - BONOMO - BREDI, 1987) rispetto agli altri istituti contemplati nel capo VI, poiché è la sola modalità di trattamento penitenziario che si svolge interamente in ambiente libero. Un beneficio che è espressione di una premialità immanente nell'ordinamento penitenziario, la cui idoneità a porsi quale strumento di emancipazione sociale è legata al suo prospettarsi quale promessa di un premio futuro attribuito sulla base del positivo comportamento del condannato. L'affidamento è una misura premiale, ma «non è esso stesso un premio» (PRESUTTI, 1986) beneficio che sottrae il condannato al carcere e lo premia estinguendo la pena ove si dimostri che il fine della rieducazione è stato conseguito.

La scelta di delineare tecniche di incentivazione, cioè premi che si risolvano in sanzioni positive ed incentivi ⁽¹³⁾ per la realizzazione di certi comportamenti, nasce con la volontà di ridare efficacia all'apparato sanzionatorio, poiché la scelta di muoversi in una direzione alternativa a quella meramente repressiva per combattere la criminalità è apparsa come la più adeguata a conseguire risultati appaganti in tempi brevi e con il minor sforzo organizzativo.

Accanto a fattispecie fondate su uno schema premiale da tempo sperimentato, sono emerse nuove tipologie che se ne servono in forme inedite e nelle quali la promessa di un benefi-

(13) BOBBIO ritiene la funzione promozionale del diritto uno degli aspetti più rilevanti delle nuove tecniche di controllo sociale; una tecnica di incoraggiamento che integra o addirittura sostituisce quelle tradizionali di scoraggiamento, permettendo così distinguere l'azione dello Stato sociale da quella dello Stato liberale classico. L'autore differenzia il premio (ricompensa) dall'incentivo (facilitazione), rilevando che la sanzione sotto forma di ricompensa interviene a comportamento compiuto, mentre la facilitazione precede o accompagna il comportamento che si intende incoraggiare; 1977b.

cio non fa leva su un comportamento che incide sul reato, ma si innesta su una condotta che esplica i suoi effetti sul piano dell'esecuzione della pena.

Le tecniche di incentivazione hanno sempre incontrato grande fortuna nel sistema penitenziario, ancor prima ed indipendentemente dall'affermarsi in esso dell'istanza rieducativa, tanto che una valutazione dei regolamenti penitenziari fino ad oggi succedutisi, permette di individuare un regime disciplinare costantemente imperniato sul binomio premio-punizione (NEPPI MODONA, 1973), servente rispetto alla gestione della comunità carceraria.

Secondo questa particolare accezione, la premialità ha come naturale presupposto una condotta, del detenuto, conforme al regolare svolgimento della vita carceraria.⁽¹⁴⁾ Sostanziatasi nell'allentamento delle regole disciplinari che equivale al miglioramento del regime detentivo ed all'umanizzazione della pena, tuttavia, «ingabbiata nella stessa sua logica disciplinare» (PRESUTTI, 1986), questa premialità si è fatta vincere, per effetto della riforma del 1975, da un'altra, dai contorni differenti, definiti dalla tensione verso la rieducazione.

La potenzialità rieducativa della pena non concepisce il momento disciplinare come essenziale per l'emenda e non aspira ad una metodologia premiale funzionale all'ordine ed alla sicurezza.

Il condannato risocializzato non è il buon detenuto. Il processo di modificazione degli atteggiamenti antisociali è rimesso alla partecipazione attiva e consapevole del condannato e ad istituti a premialità rieducativa che nulla hanno a che fare con la passiva soggezione alle regole del carcere.

Con ciò, non si vuole negare l'esistenza di un nesso tra la «premialità-rieducazione» e la «premialità-gestione» (PRESUTTI, 1986), giacché la promozione di atteggiamenti socializzanti funge da fattore stabilizzante nei confronti dell'esecuzione carceraria, ma impedire l'assimilazione tra rieducazione e custodia, perché quanto più il successo della rieducazione è legato alla collaborazione attiva e volontaria del soggetto, tanto più si nega

(14) L'articolo 148, secondo comma, del regolamento del 1931, prevedeva che «per premiare i detenuti che ne sono meritevoli e per correggere quelli che tengono cattiva condotta, sono concesse ricompense ed inflitte punizioni disciplinari». Nello stesso senso, il progetto di riforma presentato dal ministro Gonella il 28 ottobre 1968 affermava che «le ricompense hanno lo scopo di premiare la buona condotta e l'impegno dimostrato nel secondare l'attuazione del programma di trattamento».

la valenza risocializzante dell'incentivo alla conformità a regole di comportamento in carcere.

La trasformazione dell'ordinamento penitenziario da repressivo a rieducativo, si è concretizzata in una serie di istituti cui è affidata la sollecitazione del detenuto verso l'offerta rieducativa e ai quali si riconnette la modifica, qualitativa o quantitativa, della pena detentiva in dipendenza del grado di rispondenza al trattamento. L'ambiguità del concetto di premialità nel sistema penitenziario è connaturata all'intima essenza del carcere, perché è a tutti evidente la difficoltà di servirsi di un siffatto apparato di conformità per promuovere una trasformazione "in positivo" dei soggetti sottoposti alla pena. Il rischio è che ogni spiraglio che si apra in tema di trattamento e di rieducazione venga irreversibilmente neutralizzato dalle esigenze di disciplina dell'istituzione carceraria (BRICOLA, 1977). ⁽¹⁵⁾

Deviazioni e distorsioni derivanti dalla polivalenza della premialità penitenziaria si sono viste con forza nella prima fase di applicazione delle misure alternative alla detenzione, a seguito dell'esplosione di nuove forme di criminalità. Ha preso, così, avvio la legislazione d'emergenza dell'ordine pubblico, la quale ha significato il rifluire nelle mura del carcere, di una delinquenza di tipo terroristico, ideologicamente interessata a demolire dall'interno l'apparato penitenziario.

La risultante dell'irrigidimento degli strumenti processuali cautelari e lo slittamento dell'applicazione della riforma all'entrata in vigore del regolamento di esecuzione; ⁽¹⁶⁾ ha acuito il sovraffollamento delle carceri, rendendo difficile la governabilità di queste fino al punto da trasformare la sicurezza interna ad esigenza prioritaria. La valenza rieducativa dell'affidamento in prova è paralizzata da un'utilizzazione in chiave indulgenziale, imposta dall'obiettivo, improrogabile, di sfoltimento della popolazione carceraria, generando così l'indebolimento degli sforzi di

(15) Nello stesso senso si muove la dottrina che ritiene il regime disciplinare uno strumento di controllo totale della condotta dei detenuti, dato che esso si applica anche agli imputati, per i quali, stando la presunzione di non colpevolezza, non vi è alcun rapporto con le finalità del trattamento rieducativo. Diversamente DI GENNARO., BONOMO e BREDI, i quali ritengono che il sistema disciplinare si pone anche come "uno dei banchi di prova cui ricorrere per verificare il conseguimento del fine rieducativo", 1987.

(16) Ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 87 ord. penit. "le disposizioni concernenti l'affidamento in prova al servizio sociale e il regime di semilibertà entreranno in vigore un anno dopo la pubblicazione della presente legge nella Gazzetta Ufficiale".

dar vita ad una premialità incentivante lo sviluppo costruttivo della personalità dell'affidato.

La confusione tra quelle che dovrebbero essere le condizioni per garantire le modalità di trattamento individualizzato e le finalità dell'esecuzione della pena, fa assurgere la sicurezza, l'ordine e la disciplina, a rango di fine specifico del trattamento, nonostante la funzione loro attribuita dall'art. 2, primo comma, del regolamento penitenziario. ⁽¹⁷⁾

Sconcertante assistere alla caduta della rieducazione a congegno per la loro realizzazione. Lo hanno determinato eventi in parte creati, ma soprattutto subiti dal carcere, cresciuti nell'inadeguatezza delle strutture a sostenere la *ratio* originaria dell'affidamento in prova. Oggi, grazie alla predisposizione di strumenti selettivi esterni al sistema penitenziario ed a rimedi di riduzione del sovraffollamento carcerario, l'affidamento in prova al servizio sociale è in grado di rendere concreto il trasferirsi di tecniche di incentivazione dal momento disciplinare al trattamento, così come chiede l'accoglimento dell'ideologia rieducativa della pena. Indubbio che ciò sia reso possibile dalla duttilità del fenomeno premiale. La qualificazione della misura alternativa come istituto premiale rieducativo, rende chiaro che per il detenuto esso si atteggi al pari di un incentivo alla collaborazione ad attività rieducative e di un premio (sintetizzato dall'estinzione della pena) concesso per la rispondenza positiva al trattamento. Il comportamento del condannato continua, quindi, a rilevare, ma solo successivamente al momento dell'applicazione del beneficio, il quale diviene atto di fiducia per un suo impegno futuro verso la risocializzazione.

Non resta che chiedersi in quale senso le prospettive di riforma della fase penitenziaria proseguiranno. Difficile a dirsi. Tutto dipende da un gioco di equilibri, politici innanzitutto.

In ogni modo unanime, è la volontà di ristrutturare il circuito penitenziario, funzionale al soddisfacimento sia di finalità di sicurezza interna e esterna (al carcere), sia di emenda del reo.

6. Prospettive di riforma delle alternative al carcere

Dagli anni '70 ad oggi il trattamento alternativo alla detenzione ha subito un andamento "vichiano", una costante repeti-

(17) «L'ordine e la disciplina negli istituti penitenziari garantiscono la sicurezza che costituisce la condizione per la realizzazione delle finalità del trattamento dei detenuti e degli internati».

zione di fasi improntate all'apertura verso nuove forme di esecuzione a cui sono seguite, come in un ciclo regolare, scelte di massimo rigore e di contenimento dell'ambito dei potenziali fruitori dei benefici penitenziari.

Gli importanti ultimi momenti del processo di riforma del sistema penitenziario (Legge 165/1998) sono decollati dopo poco più di un quinquennio dalla legislazione di emergenza, a seguito dell'attenuazione delle preoccupazioni di contrasto al crimine organizzato. Tuttavia pochi i problemi affrontati e risolti con la nuova normativa. Occorre procedere insistendo con maggiore audacia sulla diversificazione dell'attività trattamentale a seconda della tipologia del reato, delle caratteristiche personali del condannato e della durata della pena da scontare. Ciò significa poter passare da un "livello di sicurezza" dove i benefici penitenziari siano parzialmente, od interamente, esclusi o sospesi, ad un "livello ordinario", in cui le misure alternative vengano recuperate.

Sul punto si manifesta l'opportunità di creare una doppia tipologia di affidamento in prova in virtù della quale, se la pena inflitta è breve, il contenuto della misura dovrà coincidere con un'attività di sostegno ed allontanamento dell'affidato dagli ambienti criminogeni, mentre, se il condannato è pericoloso, e la pena di rilevante entità, diventerà più opportuno valorizzare il momento del controllo.

Auspicabile l'attribuzione di una maggiore importanza all'espletamento, con il condannato stesso, di una riflessione sulle condotte antiggiuridiche poste in essere, sulle motivazioni e le conseguenze nei confronti dei terzi e dell'interessato. Ciò stimolerebbe il recupero del detenuto alla società significando la definizione di un trattamento protesico a modificare gli atteggiamenti personali dei condannati che tenga conto anche delle condizioni personali e delle relazioni familiari e sociali degli stessi.

L'operazione appare indispensabile per comprendere con completezza la personalità del soggetto e le cause che hanno concorso nel determinarla in quel particolare modo.

Non credo si possa dire che la stagione delle misure alternative sia volta al termine (NEPPI MODONA, 1995: 315).

E la ragione è che le scelte compiute dal legislatore di questi ultimi anni, in accoglimento di quanto espresso dalla dottrina e giurisprudenza prevalenti, sono sostenute dalla volontà di sviluppo del principio del trattamento individualizzato ex art. 1 ord. penit., che vuol dire accentuazione delle opportunità di esenzione e di uscita anticipata dall'esecuzione in carcere, pre-

visione di un regime di sorveglianza particolare o di una più limitata fruizione dei benefici penitenziari.

L'individualizzazione del trattamento è differenziazione e valorizzazione dell'individuo divenuto cardine dell'esecuzione. Il soggetto gioca sempre più un ruolo di protagonista e responsabile del proprio recupero sociale: con la sua condotta è in grado di plasmare una pena già duttile, flessibile e multiforme, così forgiata per assicurare la rieducazione, poi la prevenzione della recidiva, indi la deflazione carceraria.

La definizione di più circuiti trattamentali corrisponde alla consapevolezza della diversità tra i detenuti, per la maggior parte dei quali il legislatore ha voluto dilatare i confini di applicabilità dei benefici penitenziari, in attesa che divengano penali, non solo per ragioni umanitarie, piuttosto perché unica soluzione per combattere le degenerazioni in chiave indulgenziale dell'applicazione delle alternative alla detenzione e preservare la sicurezza delle carceri ai fini della concreta possibilità di svolgere un'opera di rieducazione funzionale alla tutela della collettività.

L'attenzione alle esigenze ed alle urgenze dell'uomo-condannato, detenuto o meno, forse renderà più difficile l'espansione delle tendenze neoretribuzionistiche, alimentate dal deterioramento delle garanzie di certezza, prevedibilità ed uguaglianza della sanzione penale. Credo sia opportuno ribadire che senza queste ultime e senza una seria politica sociale, gli interventi che si intendono realizzare esplicheranno effetti limitati sul piano della prevenzione speciale e generale.

In ogni caso scelte di questo genere richiedono tempo perché dimostrino la loro bontà. E' un peccato che non tutte le forze politiche e non tutta l'opinione pubblica si mostrino disposte ad aspettare.

BIBLIOGRAFIA

- ANDENAES J. (1980), *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Il Mulino, Bologna;
- BECCARIA C. (1764), *Dei Delitti e delle pene*, Einaudi, Torino;
- BOBBIO N. (1977a), *Lettera su marxismo e questione criminale*, in *Questione criminale*;
- BOBBIO N. (1977b), *La funzione promozionale del diritto*, in *Dalla struttura alla funzione*, Milano;
- BONOMO M. - BREDI R. - DI GENNARO G. (1987), *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, Milano;
- BRICOLA F. - NEPI MODONA G. - SBRICCOLI M. - SEPPILLI A. - INGRAO P. (1975), *Per una politica criminale del movimento operaio*, in *Questione criminale*;

- BRICOLA F. (1977), *Le misure alternative alla pena nel quadro di una nuova politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*;
- DAGA L. (1986), *Regole nuove negli istituti di pena*, in *Quaderni della giustizia*;
- DAGA L. (1989), *Carcere e trattamento*, Giuffrè, Milano;
- DAHM V. (1935), *Rapport*, in *Actes du Congrès pénal et penitentiaire international de Berlin*;
- DOLCINI E. (1978), *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*;
- DOLCINI E. – PALIERO C. E. (1989), *Il carcere ha alternative?*, Giuffrè, Milano;
- FIANDACA G. (1981), *Commento all'art. 27 della Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione*, Bologna;
- HASSMER W. (1980), *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna;
- GOLDBERG D. (1970), *La probation des adultes aux Etats-Unis*, in *Rev. dr. pen. crim.*;
- KANT I. (1956), *Die Metaphysik der Sitten*, in *Kantstudienansgabe der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft*;
- MANTOVANI F. (1977), *Pene e misure alternative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*;
- NEPPI MODONA G. (1973), *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia*;
- NEPPI MODONA G. (1976), *Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria*, in *Questione Criminale*;
- NEPPI MODONA G. (1995), *Il sistema sanzionatorio: considerazioni in margine ad un recente schema di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*;
- PACKER L. (1978), *I limiti della sanzione penale*, Milano;
- PADOVANI T. (1981), *L'utopia punitiva*, Giuffrè Milano;
- PAVARINI M. (1983), *La pena utile, la sua crisi ed il disincanto: verso una pena senza scopo*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*;
- PULTANÒ D. (1977), *Criminologia radicale e criminologia della classe lavoratrice*, in *Democrazia e diritto*;
- PRESUTTI A. (1986), *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario*, Giuffrè, Milano;
- ROMANO M. (1980), *Prevenzione generale*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna;
- VASSALLI G. (1950), *Sul trattamento penale e penitenziario del delinquente e del seminfermo di mente e sulla necessità di una riforma del codice penale vigente*, in *Giustizia penale*;
- VASSALLI G. (1961), *Funzione e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*

RIASSUNTO

L'origine dell'art. 27 della Costituzione è frutto di un intenso dibattito, culturale e politico.

Che il principio della rieducazione abbia una portata prorompente è, nonostante autorevoli eccezioni, originariamente incompreso. Il terzo comma dell'art. 27 Cost. comincia ad essere sviscerato allorché si placa l'ossequio alla retribuzione morale; allorché la pre-

venzione speciale, divenuta coincidente con la rieducazione, acquista pari dignità rispetto a quella generale. Si addivene alla polifunzionalità della pena ed all'idea che perché reale sia la rieducazione, diversificata deve essere la gamma degli strumenti sanzionatori. Tra critiche alle pene detentive brevi e riflessioni sul fallimento del mito rieducativo, il nostro legislatore apre al trattamento extramurario, la cui precarietà rimane indissolubilmente legata alle esigenze di difesa sociale e di appagamenti retribuzionistici. Una politica criminale non più forgiata sulla rigidità della detenzione ha condotto alla definizione di alternative al carcere, di cui solo l'affidamento in prova al servizio sociale rappresenta l'unica autentica espressione. Misura premiale ma non premio, il beneficio è imbevuto di quelle tecniche di incentivazione che sempre care sono state al nostro sistema penitenziario. Destinato con l'ultima riforma del 1998 ad assolvere a diverse finalità, l'affidamento in prova ha perso la sua destinazione originaria. Difficile dire se questo significherà crisi o successo per l'alternativa.

SUMMARY

The origin of the 27th article of the Constitution is fruit of a cultural and political deep debate.

It was misunderstood that the beginning of the re-education has a gushing purport, notwithstanding authoritative exceptions. The 3rd sub-section of the 27th article begin to be eviscerated when the regard to the moral retribution, when the specific deterrence, begun coincident to the re-education, gains the same dignity in comparison of the general deterrence. It enters into the poly-purpose punishment and into the idea that, to make real the re-education, the range of the punitive instruments must be variegated.

Between criticism on short punishment and failure of the myth of re-education, our lawer opens up to the extramural treatment, whose precariousness remains indissolubely connected to the requirement of social defence and retributive contentments.

A criminal politic no more moulded on the rigidity of the detention has led to the definition of choice to the prison, whose only the *affidamento in prova al servizio sociale* is the one real expression.

Rewardal measure but not prize, the benefit is imbled with those incentives tecnics were always dear to our penitentiary system. *L'affidamento in prova*, destined to absolve to various aims by the last reform of 1998, lose his original destination. It's hard to say if it will be crisis or it will be a success.

RÉSUMÉ

L'origine de l'article 27 de la Constitution est le fruit d'un intense débat, culturel et politique.

Que le principe de la rééducation ait une portée retentissante est, malgré des exceptions autorisées, à l'origine incompris.

Le troisième alinéa de l'article 27 commence à être étudié à fond lorsque l'hommage à la rétribution_morale s'arrête, lorsque la préven-

tion individuelle, devenue coïncidente avec la rééducation, acquière la même dignité de la prévention collective.

On en vient au caractère polifonctionnel de la peine et à l'idée qu'une rééducation réelle implique une gamme diversifiée des instruments sanctionnatoires.

Entre critiques à la détention brève et faillite du mythe rééducatif, notre législateur ouvre au traitement au dehors de la prison, dont la précarité reste indissolublement liée aux exigences de défense sociale et d'assouvissement de besoins de rétribution.

Une politique criminelle qui n'est plus forgée sur la rigidité de la détention a conduit à la définition d'alternatives à la prison, dont l'*affidamento in prova al servizio sociale* représente l'unique expression authentique. Mesure de prime, mais non prime, le bénéfice est imbu de ces techniques d'incitation qui ont toujours caractérisé notre système pénitentiaire.

Destinée avec la dernière réforme de 1998 à poursuivre objectifs différents, l'*affidamento in prova al servizio sociale* a perdu sa destination originaire. Difficile d'affirmer si cela signifiera crise ou succès pour l'alternative.