

Parere ai sensi dell'art. 10 legge n. 195/58 sullo schema di disegno di legge recante: “Delega al Governo in materia di depenalizzazione, sospensione del procedimento con messa alla prova, pene detentive non carcerarie, nonché sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili.”.

(Delibera consiliare del 19 settembre 2012)

«Parere sulle ricadute ordinamentali delle norme contenute nel disegno di legge C-5019 recante "Delega al Governo in materia di depenalizzazione, sospensione del procedimento con messa alla prova, pene detentive non carcerarie, nonché sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili".

1. Considerazioni generali e precedenti interventi legislativi di depenalizzazione

Il disegno di legge presentato il 29 febbraio 2012 dal Ministro della Giustizia alla Camera dei Deputati ha ad oggetto, tra le altre materie, il conferimento al Governo di una delega in vista della adozione di un decreto legislativo diretto a depenalizzare una pluralità di reati, meglio specificati all'art. 2 del provvedimento.

Il nostro ordinamento è ancor oggi caratterizzato da un'ipertrofia del diritto penale dovuta alla erronea convinzione che esso sia non soltanto strumentale ad assicurare la necessaria sicurezza al cittadino ma anche a rassicurarlo emotivamente, nella ulteriormente erronea convinzione che la magistratura possa perseguire con maggiore efficacia, rispetto agli apparati amministrativi, tutti i comportamenti considerati meritevoli di una qualche forma di sanzione.

L'eccessiva dilatazione dell'area dei comportamenti penalmente rilevanti implica, invero, delle conseguenze particolarmente negative, rendendo meno facile per la collettività individuare le condotte costituenti reato, depotenziando la funzione preventiva della pena ed, infine, sul piano processuale, rallentando sensibilmente il funzionamento del sistema giudiziario.

Ne deriva una generale perdita della credibilità della funzione giudiziaria, anche sotto il profilo della sua efficienza complessiva, considerato, peraltro, che, in un contesto di macchinosità del sistema, le ipotesi di reato più tenui vengono ad inesorabile prescrizione tenuto conto del breve termine per esse previsto dalla legge.

Alla luce di tali considerazioni ogni intervento legislativo che sia diretto alla abrogazione dei reati per i quali risulti sproporzionata ed inutile la sanzione penale, e quindi anche quello costituito dal provvedimento in esame, deve salutarsi con estremo favore, collocandosi nel quadro, peraltro, di una tendenza deflattiva da tempo manifestatasi negli ordinamenti occidentali .

Invero, anche nell'ordinamento italiano si sono registrati, negli ultimi decenni, significativi interventi legislativi, diretti a ridurre l'area delle condotte penalmente rilevanti.

Con la legge 3 maggio 1967, n. 317 (*Modificazioni al sistema sanzionatorio delle norme tema di circolazione stradale e delle norme dei regolamenti locali*), successivamente abrogata dall'art. 42

legge 689/81, sono state depenalizzate le contravvenzioni punibili con la sola pena dell'ammenda, le quali sono ora soggette alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro pari all'ammontare di questa, sia pure con possibile semplificazione in misura ridotta.

Con la legge 24 dicembre 1975, n. 706 (*Sistema sanzionatorio delle norme che prevedono contravvenzioni punibili con l'ammenda*), anch'essa abrogata dall'art. 42 legge 689/81, è stata prevista la depenalizzazione di tutte le contravvenzioni punibili con l'ammenda ad esclusione di talune fattispecie e comportamenti specificamente individuati, destinati a rimanere nell'ambito della rilevanza penale.

La legge 24 novembre 1981, n. 689 recante *modifiche al sistema penale*, oltre a proseguire nell'opera di depenalizzazione avviata con i precedenti provvedimenti, ha stabilito i principi generali che governano l'illecito amministrativo depenalizzato, come pure la sanzione amministrativa - consistente nel pagamento di una somma di denaro - fissando, in aggiunta, le regole procedurali per l'irrogazione. In particolare, la terza sezione del capo I della legge 689/1981 ha previsto una depenalizzazione più incisiva delle precedenti, trasformando in illecito amministrativo tutte le violazioni già punite non solo con l'ammenda, ma anche con la multa, ad esclusione dei reati punibili a querela di parte e di quelli che, nell'ipotesi aggravata, prevedono la pena detentiva, anche se alternativa a quella pecuniaria, intervenendo in senso riduttivo su settori anche di rilievo quali quelli dell'inquinamento, dell'urbanistica, degli alimenti, del lavoro, della salute pubblica, delle armi.

La successiva legge delega 6 dicembre 1993, n. 499 ha dato luogo ad una ulteriore depenalizzazione, consentendo l'emissione di alcuni decreti delegati (D.Lgs. 24 marzo 1994 n. 211, *Norme in tema di omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali*; D.Lgs. 9 settembre 1994, n. 666, *Modificazioni alla disciplina sanzionatoria in tema di tutela del lavoro minorile, delle lavoratrici madri e dei lavoratori a domicilio*; D.Lgs. 19 dicembre 1994, n. 758, *Modificazioni alla disciplina sanzionatoria in materia di lavoro*).

La legge 28 dicembre 1993, n. 561, *Trasformazione di reati minori in illeciti amministrativi*, ha previsto la depenalizzazione di disposizioni di legge attinenti alle materie quali la compravendita di autoveicoli, operazioni di lotteria, elenchi testi cambiari, denuncia di infortuni, apparecchi di accensione ed accendigas, impianti radioelettrici soggetti ad autorizzazione, trasporti ferroviari, ascensori e montacarichi, oli minerali.

La legge 28 dicembre 1993 n. 562, che attribuiva al Governo la delega *per la riforma della disciplina sanzionatoria contenuta nel testo unico delle leggi di pubblica sicurezza e delle disposizioni ad esso connesse o complementari*, ha consentito la emanazione del D.Lgs. 3 luglio 1994, n. 480, *Riforma della disciplina sanzionatoria contenuta nel testo unico delle leggi di*

pubblica sicurezza approvato con regio decreto 18 giugno 1931, n. 773.

Infine, un'ulteriore intervento di depenalizzazione è stato attuato con la legge delega 25 giugno 1999, n. 205, *delega al governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario*, e pedissequo D.Lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, *Depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio, ai sensi dell'articolo 1 della legge 25 giugno 1999, n. 205*, ed ha avuto ad oggetto molteplici settori (alimenti, navigazione, assegni bancari e postali, contrabbando, circolazione stradale) abrogando al contempo una serie di fattispecie penali previste dal codice penale quali l'oltraggio, il duello, il turpiloquio, la mendicizia, ovvero trasformandole, come nel caso del furto semplice, in reati perseguibili a querela di parte.

D'altra parte, il Consiglio Superiore della Magistratura ha, in diverse occasioni, espresso la propria opinione favorevole in ordine agli interventi legislativi finalizzati a ridurre l'estensione del sistema penale ed a surrogarlo con altri strumenti sanzionatori.

Tale opinione il Consiglio ritiene, anche in questa sede, di dover ribadire.

Appare sufficiente, in proposito, il richiamo *alla proposta al Ministro di Grazia e Giustizia per la tempestiva approvazione di una legge che realizzi una effettiva depenalizzazione e costituisca, contemporaneamente, un primo passo verso la riforma del codice penale, secondo le linee o comunque le esigenze di deflazione*, approvata alla seduta consiliare dell'11 giugno 1992, oggetto di un ampio ed approfondito dibattito sviluppatosi nel corso di ben quattro adunanze plenarie, tenutesi il 18 e 19 marzo, 8 aprile e 7 maggio 1992. In tale occasione il Consiglio Superiore della Magistratura ha sottolineato la necessità di pervenire alla configurazione di un *diritto penale minimo*, per ragioni di natura sostanziale, per la funzionalità del processo penale ed, infine, per rendere efficiente il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, inteso quale strumento idoneo ad assicurare una reale eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge. In tale quadro si è affermato che il diritto penale dovrebbe concernere solo quelle *situazioni in cui non esistono altri adeguati ed efficaci strumenti di tutela*, con un ridimensionamento del complessivo carico degli uffici giudiziari e, nel contempo, la riduzione dell'inutile peso repressivo gravante sulla collettività, sintomatico di una regressione in senso autoritario dello Stato.

Tutte le esposte considerazioni debbono, anche nel caso di specie, essere confermate, con l'espressione di un generale positivo giudizio sull'intervento operato con il disegno di legge in esame.

2. Considerazioni generali sull'impianto del provvedimento

Venendo all'esame generale del disegno di legge non può non rilevarsi che esso si iscrive nella tendenza, manifestatasi in tutti gli ordinamenti più avanzati, a ridurre l'area dei comportamenti

illeciti soggetti al diritto penale. Il provvedimento ha, in effetti, lo scopo dichiarato di restituire alla sanzione penale la natura di *estrema ratio* e la funzione di prevenzione generale.

E' comune alle disposizioni del disegno di legge la finalità di decongestionare il sistema giudiziario considerato, attualmente, “*non in grado di accertare e di reprimere tutti i reati*”¹.

Il provvedimento concerne i “*reati per i quali è prevista la sola pena della multa o dell'ammenda*”, con l'eccezione di alcune materie specificamente individuate², aggiungendosi alcune ipotesi di contravvenzioni punite con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda.

La depenalizzazione, nell'ambito del codice penale, concerne, tra i principali reati, il favoreggiamento semplice (nella forma attenuata prevista dall'art. 378, comma 3), la partecipazione ad una rissa (art. 588, comma 1), la minaccia semplice (art. 612), il disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone (art. 659, entrambe le ipotesi), l'abuso di credulità popolare (art. 661) e gli atti contrari alla pubblica decenza (726).

Nell'ambito delle fattispecie previste dalle leggi speciali vengono in rilievo una pluralità di reati eterogenei, alcuni dei quali anacronistici (si pensi all'omessa denuncia della detenzione di beni mobili o immobili che siano stati oggetto di confisca o sequestro disposti da qualsiasi organo amministrativo o politico sotto l'impero del sedicente governo della Repubblica sociale italiana, prevista dall'art. 3 del decreto legislativo luogotenenziale n. 506 del 1945), tra i quali spiccano alcune violazioni minori in materia di diritto d'autore (art. 171 *quater* della legge 22 aprile 1941, n. 633), le violazioni della legge 8 gennaio 1931, n. 234 (Norme per l'impianto e l'uso di apparecchi radioelettrici privati e per il rilascio delle licenze di costruzione, vendita e montaggio di materiali radioelettrici), l'organizzazione di scommesse o concorsi pronostici abusivi e la partecipazione agli stessi (art. 4 della legge 13 dicembre 1989, n. 401), una ipotesi residuale di interposizione di manodopera (art. 18, comma 4, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, che punisce la condotta di colui che esiga o comunque percepisca compensi da parte del lavoratore per avviarlo a prestazioni di lavoro oggetto di somministrazione), le contravvenzioni previste dal codice delle pari opportunità tra uomo e donna (decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198).

Frutto di una svista appare l'inserimento, tra le ipotesi di contravvenzioni punite con pena alternativa, della condotta di colui che indirizza una persona, per operazioni bancarie o finanziarie, a un soggetto non abilitato all'esercizio dell'attività bancaria o finanziaria (art. 16, comma 9, della legge 7 marzo 1996, n. 108), trasformata recentemente in delitto, punito con la reclusione da due a quattro anni, dall'art. 1, comma 3, della legge 27 gennaio 2012, n. 3.

Qualche dubbio suscita il riferimento nella relazione di accompagnamento, tra le materie da

¹ Così la relazione di accompagnamento al disegno di legge governativo, in *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati 5019*, 1. Si veda anche l'intervento del relatore, on. Ferranti, nella seduta della II Commissione del 29 marzo 2012.

² 1) delitti contro la personalità dello Stato; 2) edilizia e urbanistica; 3) ambiente, territorio e paesaggio; 4) immigrazione; 5) alimenti e bevande; 6) salute e sicurezza nei luoghi di lavoro; 7) sicurezza pubblica.

non depenalizzare, alla normativa in tema di circolazione stradale: l'art. 2 non la ricomprende tra le eccezioni, a meno di ritenerla ricompresa nella "sicurezza pubblica".

Venendo all'esame complessivo dell'impianto del disegno di legge si debbono, come detto, valutare positivamente le linee generali del provvedimento, essendo dirette a favorire una riduzione delle condotte illecite penalmente rilevanti, con inevitabili, benefici effetti sul sistema giudiziario.

L'individuazione dei reati che il legislatore delegato ha facoltà di trasformare in illecito amministrativo parrebbe, tuttavia, particolarmente prudente. Rispetto ai reati puniti con la sola pena pecuniaria, individuati come categoria generale, è prevista, infatti, l'esclusione di intere materie, come l'edilizia e urbanistica, l'ambiente, territorio e paesaggio o l'immigrazione. Tali eccezioni potrebbero, invero, ridurre l'efficacia deflattiva dell'intervento, consentendo di conseguire risultati inferiori alle attese sul piano della riduzione dei carichi di lavoro degli uffici giudiziari, rispetto ad una eventuale, generale previsione da parte del legislatore, nell'esercizio della sua esclusiva discrezionalità, di una incompatibilità assoluta con il sistema penale delle fattispecie incriminate con la sola multa o ammenda.

In tale prospettiva, si suggerisce di mantenere nell'ambito della rilevanza penale della condotta - con riferimento alle sette materie sopra indicate riguardanti reati puniti esclusivamente con pena pecuniaria - le sole fattispecie ritenute di maggiore gravità, prevedendo per esse la applicazione della pena detentiva, alternativa o cumulativa rispetto a quella pecuniaria. Per gli altri illeciti meno gravi, attualmente puniti con la sanzione penale pecuniaria, potrebbe, per tal via, prevedersi la trasformazione in illeciti amministrativi, rendendosi, così, più efficace l'intervento di depenalizzazione.

Potrebbe essere utile, peraltro, non trascurare, come già rilevato da questo Consiglio nella "Proposta al Ministro di Grazia e Giustizia per la tempestiva approvazione di una legge che realizzi una effettiva depenalizzazione e costituisca, contemporaneamente, un primo passo verso la riforma del codice penale, secondo le linee o comunque le esigenze di deflazione" approvata definitivamente l'11 giugno 1992, che "è possibile ricorrere ad una pluralità di strumenti per ridurre e ridisegnare l'intervento penale: la decriminalizzazione tout court, l'estensione del regime di querela, la creazione di cause di improcedibilità o non punibilità". In questa direzione potrebbero ipotizzarsi formule di composizione bonaria dei conflitti (anche mediante la devoluzione alla cognizione del giudice di pace e mediante la previsione di cause di non punibilità legate al risarcimento ed alle riparazioni, oppure, in materia di reati di pericolo, alla eliminazione delle condizioni di rischio o di danno cagionate), la trasformazione del diritto penale in un diritto premiale (in materia di contravvenzioni antinfortunistiche od ambientali), oltre a nuove soluzioni oblativo.

Nella stessa prospettiva, fin dalla delibera del 22 aprile 1999 (*Parere richiesto dal Ministro di Grazia e Giustizia sul disegno di legge approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 13 febbraio 1998, concernente: "Disposizioni in tema di definizione del contenzioso civile pendente, di procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica, di irrilevanza penale del fatto e di indennità spettanti al giudice di pace. Proroga dell'efficacia del decreto legislativo istitutivo del giudice unico di primo grado"*), il Consiglio ha auspicato la introduzione dell'istituto della "irrilevanza del fatto", tema di stretta attualità, venendo in rilievo nel disegno di legge 2094 C³, ove la particolare tenuità del fatto "per le modalità della condotta e per l'esiguità delle conseguenze dannose o pericolose" opera sul terreno del diritto processuale come ragione di archiviazione o proscioglimento in tutte le fasi del procedimento penale (è previsto l'inserimento della tenuità del fatto negli artt. 129, comma 1, 125 disp. att. 425, comma 1, del codice di procedura penale ed attraverso l'inserimento dell'art. 530 bis c.p.p.).

Pertanto, nell'esprimere un convinto parere positivo sulle linee generali del provvedimento in esame, appare opportuno evidenziare che un intervento più decisamente diretto a realizzare un "diritto penale minimo", potrebbe restituire una notevole efficienza al sistema ed una maggiore effettività alla pena, oltre ad attuare con completezza il principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale, quale precipitato del principio di uguaglianza tra i cittadini.

3. L'analisi degli specifici istituti previsti nel provvedimento

a) Il regime transitorio

Venendo all'esame dei singoli istituti contenuti nel provvedimento, con riferimento alla trasformazione degli illeciti penali in illeciti amministrativi deve anzitutto rilevarsi che non è prevista alcuna disciplina transitoria ed, in particolare, risulta omessa una previsione espressa della retroattività dei nuovi illeciti amministrativi alle condotte precedentemente penalmente sanzionate.

Si tratta di una omissione che potrebbe implicare rilevanti problemi applicativi.

A norma dell'art. 1 della legge 689/1981, infatti, "Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione". Il principio di irretroattività enunciato dalla norma non sembra consentire l'applicazione della disposizione e del suo precetto (anche se più favorevoli⁴) alle condotte poste in essere anteriormente alla sua entrata in vigore⁵. Peraltro, secondo la

³ Intitolato "Modifiche al codice di procedura penale per la definizione del processo penale nei casi di particolare tenuità del fatto" e presentato il 22 gennaio 2009.

⁴ Cassazione civile, sez. VI, 28 dicembre 2011, n. 29411.

⁵ Consiglio di Stato, sez. VI, 24 novembre 2011, n. 6204.

giurisprudenza penale della Corte di Cassazione⁶ “è da escludere la sussistenza dell'obbligo di trasmissione da parte del giudice penale ogniqualvolta difetti una norma transitoria "ad hoc", trattandosi di soluzione conforme ai principi generali in materia e, segnatamente, a quello di legalità e di irretroattività degli illeciti amministrativi”. Anche la più recente giurisprudenza civile della Suprema Corte, in materia di sanzioni amministrative, ha affermato che l'applicazione dei principi generali di legalità ed irretroattività comporta l'assoggettamento della condotta alla legge in vigore al tempo del suo verificarsi, restando irrilevante, in mancanza di un'espressa previsione di retroattività, il carattere più favorevole della disposizione sopravvenuta⁷.

Ne consegue che, in carenza di un'espressa previsione di retroattività dell'illecito amministrativo attinente alla condotta depenalizzata, il comportamento da censurarsi non sarebbe assoggettato né alla sanzione penale, né a quella amministrativa, rimanendo del tutto impunito.

b) La sospensione del procedimento con messa in prova

L'art 3 del disegno di legge delega prevede l'introduzione dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, di fatto estendendo al processo penale ordinario, sia pur con talune significative differenziazioni, una figura già esistente, *ex art. 28 D.P.R. 448/1988*, nel processo minorile.

Occorre premettere che l'estensione della applicazione dell'istituto va salutata con estremo favore, poiché idonea a deflazionare il sistema ed a consentire un recupero di efficienza degli uffici giudiziari.

Sembra opportuno, peraltro, evidenziare che l'ambito di applicazione dell'istituto è ridotto alle sole contravvenzioni ed ai delitti puniti con pene edittali minime. Restano, in particolare, escluse talune fattispecie delittuose di frequente consumazione nella prassi quali, a titolo esemplificativo, il furto aggravato, la detenzione illecita di stupefacenti, la resistenza a pubblico ufficiale, la ricettazione o la rapina. Inoltre i reati compresi nell'indicato limite riguardano spesso ipotesi criminose (come ad esempio il furto semplice) di non frequentissima integrazione, e comunque tali non richiedere, salvo casi particolari, il ricorso alla pena detentiva o, comunque, una permanenza significativa dell'indagato o dell'imputato nell'istituto penitenziario.

Il positivo effetto deflattivo, processuale e carcerario, prodotto dall'istituto potrebbe, quindi, manifestarsi in una misura inferiore alle attese.

A differenza dell'istituto previsto nel processo minorile - nell'ambito del quale la sospensione viene disposta *ex officio* (sia pur a seguito dell'audizione delle parti) nelle ipotesi in cui il giudice ritenga di dover valutare la personalità del minore all'esito della prova - l'istituenda figura

⁶ Tra le ultime, Cassazione penale, sez. III, 15 dicembre 2011 n. 1400.

⁷ In questo senso Cass. 25 giugno 2009, n. 14959 e Cass. 4 marzo 2009, n. 5210.

processuale non prevede poteri di impulso autonomi da parte del giudice, il quale è chiamato a valutare la richiesta avanzata dall'imputato fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento.

Pur precisandosi in dettato che è nella discrezionalità del giudice "poter" disporre la sospensione del procedimento ed ammettere l'imputato alla prova, appare, tuttavia, evidente come anche la disposizione in esame offra talune i margini di dubbio in ordine all'adeguatezza della formulazione legislativa utilizzata, considerato che, pur dinanzi alla differente *ratio* che ispira il processo minorile – soprattutto informato alle esigenze di rieducazione e tutela del minore, quale titolare di specifici diritti – rispetto a quello ordinario, sembra comunque pericoloso configurare il ricorso all'istituto della sospensione del processo con messa alla prova come una sorta di diritto dell'imputato richiedente, subordinato alla sola prognosi positiva del giudice circa il suo futuro comportamento, così da rendere il decidente di fatto titolare di una mera discrezionalità vincolata. Tale considerazione si fonda sulla difficoltà obiettiva che gli enti interessati presumibilmente incontreranno per poter garantire ai soggetti istanti l'effettiva concreta possibilità di esercizio di un lavoro di pubblica utilità.

Occorre, inoltre, evidenziare, a beneficio del legislatore delegato, che la sospensione del procedimento con messa alla prova dovrebbe essere accompagnata da puntuali previsioni che attengano ai profili processualistici. Parrebbe opportuno che siano specificate le modalità con cui la richiesta può essere presentata nelle diverse fasi processuali, successivamente all'esercizio dell'azione penale - considerato che l'utilizzo del termine imputato sembra precludere la proposizione di una simile richiesta nel corso delle indagini preliminari. Parrebbe, inoltre, opportuna, la specificazione delle modalità di presentazione della richiesta, rispettivamente nei procedimenti ove è prevista la celebrazione dell'udienza preliminare, in quelli a citazione diretta, ovvero nell'ambito di alcuni riti speciali - come il giudizio direttissimo, il giudizio immediato o il procedimento per decreto. Infine sembrerebbe utile la indicazione delle modalità della richiesta, se possa essere formulata per iscritto od oralmente, personalmente ovvero per il tramite di un procuratore speciale.

Sotto il profilo della enucleazione delle facoltà del pubblico ministero, parrebbe utile indicare se la misura sospensiva sia subordinata al consenso della parte pubblica o meno.

Inoltre, opportuno sembrerebbe un chiarimento in ordine alla posizione processuale della persona offesa, con riferimento alla sua facoltà di interloquire sulla richiesta di sospensione e messa in prova oltre che la regolazione dei casi in cui la richiesta dell'imputato venga avanzata nell'ambito di un processo oggettivamente o soggettivamente cumulativo.

Quanto agli ulteriori limiti di tipo oggettivo posti alla applicabilità dell'istituto, il provvedimento stabilisce che il beneficio non possa essere concesso più di una volta per delitti della stessa indole e,

comunque, non più di due volte complessive. Si tratta di vincoli non previsti per l'omologa figura delineata dall'art. 28 D.P.R. 448/1988 rispetto ai quali è intuitiva la riduzione della potenzialità deflattiva del nuovo istituto. Peraltro, non risulta chiarito se la seconda concessione della misura possa ammettersi anche nel caso in cui l'esito della prima prova sia risultato negativo.

Non è specificato, inoltre, se tra gli effetti dell'applicazione della sospensione del processo con messa alla prova vi sia anche quello della sospensione del decorso del termine di prescrizione del reato.

Resta fermo, analogamente a quanto previsto per l'istituto vigente nel processo minorile, che il giudice deve dichiarare con sentenza l'intervenuta estinzione del reato qualora ritenga che, tenuto conto del comportamento dell'imputato, la prova abbia avuto esito positivo.

In caso di esito negativo è previsto, invece, che il processo riprenda il suo corso. Viene chiarito in novella che, ai fini della determinazione della pena, cinque giorni di prova sono equiparati ad un giorno di pena detentiva ovvero a 250 euro di pena pecuniaria.

Il beneficio applicato può essere sempre revocato dal giudice nel caso di verifica di una delle tre situazioni elencate nella lett. g) dell'art. 3, e cioè nelle ipotesi di: grave o reiterata trasgressione delle prestazioni imposte; rifiuto di prestazione del lavoro di pubblica utilità; commissione da parte dell'imputato di un nuovo delitto non colposo o di un reato della stessa indole di quello per cui si procede.

Tra le ipotesi di revoca, dunque, è prevista il caso di violazione delle prescrizioni imposte con il provvedimento applicativo della misura, cui la novella fa cenno alla previsione dell'art. 3 lett. c). In tale norma, in particolare, viene precisato il contenuto della messa alla prova, consistente nella prestazione del lavoro di pubblica utilità e nella osservanza delle eventuali prescrizioni stabilite dal giudice - <<relative ai rapporti con il servizio sociale o con la struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali o all'eliminazione delle conseguenze dannose derivanti dal reato>> -, passibili di modifica dallo stesso giudicante nel corso della messa alla prova, anche su segnalazione dei servizi sociali.

L'applicazione della sospensione del procedimento con messa alla prova è, dunque, subordinata alla prestazione del lavoro di pubblica utilità da parte dell'imputato, con la conseguenza che la misura può essere in concreto concessa solo in quanto sia prevista una forma di riparazione in favore della collettività.

Il contenuto della prestazione, secondo quanto chiarito alla lett. e) dell'art. 3 del disegno di legge delega, consiste nello svolgimento di un'attività lavorativa non retribuita in favore della collettività da prestare presso lo Stato, le Regioni, le Province, i Comuni o presso enti od organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato. La prestazione è svolta, per una durata complessiva non

inferiore a dieci giorni, secondo modalità che devono tener conto delle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute dell'imputato, e comunque per non più di otto ore giornaliere. Sotto tale ultimo aspetto, si segnala che nulla è previsto con riferimento agli imputati più deboli, ordinariamente tutelati dal nostro ordinamento, quali le donne incinte, le madri con prole di età inferiore a uno o a tre anni, le persone affette da AIDS conclamata o HIV ovvero da altra malattia particolarmente grave, nonché i soggetti in condizioni di grave infermità fisica, né con riferimento a chi si trovi in condizioni di indigenza economica tale da non consentire la prestazione di attività gratuita, se non senza rinunciare alla attività lavorativa necessaria per mantenersi lecitamente.

Pare sul punto opportuno segnalare che, essendo il contenuto della messa in prova ancorato sulla prestazione del lavoro di pubblica utilità, sono ipotizzabili rilevanti ostacoli applicativi, tenuto conto della obiettiva difficoltà di garantire a tutti gli interessati, ed in tutte le realtà territoriali, forme di riparazione, declinate nella forma del lavoro di pubblica utilità, strumentali alla concessione del beneficio in esame e considerata la reale consistenza della popolazione che commette reati nella gran parte dei numeri dovuta da esigenze di sopravvivenza.

Pare doversi, in tale prospettiva, segnalare il rischio del verificarsi di inevitabili situazioni di squilibrio applicativo.

Le difficoltà applicative dell'istituto del lavoro di pubblica utilità potrebbero, ulteriormente acuirsi tenuto conto del disposto dell'art. 2, comma 3, del D.M. 26 marzo 2001 (di regolamentazione delle modalità di svolgimento del lavoro di pubblica utilità), il quale prevede che siano posti a carico delle Amministrazioni e degli Enti interessati gli oneri di copertura assicurativa del soggetto interessato contro gli infortuni e le malattie professionali nonché riguardo alla responsabilità civile verso i terzi. Tale disposizione, infatti, ha fortemente disincentivato l'applicazione dell'istituto, atteso che le suddette organizzazioni sovente non dispongono delle risorse finanziarie necessarie per provvedere all'indicata copertura assicurativa. Si è rivelato, pertanto, assai più difficile del previsto per il Ministero della Giustizia (e per i Presidenti di Tribunale delegati dal Ministero) stipulare con gli enti interessati le convenzioni previste dall'art. 54, comma 6, D.Lgs. 274/2000 e dal D.M. 26 marzo 2001.

Si devono evidenziare le difficoltà obiettive in cui operano gli Uffici di Esecuzione Penale Esterna che, oggi, non riescono ad adempiere nemmeno agli interventi di valenza socio-riabilitativa, non essendo in condizione di garantire alcuna effettiva operatività negli ambiti di intervento connessi alle altre funzioni caratterizzanti la pena non detentiva e non potendo, quindi, ragionevolmente assicurare sostegno alle attività connesse all'istituto della messa in prova. Si osserva anzi, la necessità di investire maggiormente e potenziare il settore dell'esecuzione penale esterna, al fine di

assicurare realmente quegli obiettivi deflattivi perseguiti in generale rispetto al sovraffollamento carcerario ed in particolare alla realizzazione degli obiettivi della delega stessa.

Deve, ulteriormente, segnalarsi che l'applicazione dell'istituto della sospensione con la messa in prova, così come strutturato, potrebbe incontrare rilevanti ed obiettivi limiti applicativi nei confronti della fascia dei detenuti appartenenti alla c.d. marginalità sociale (extracomunitari, tossicodipendenti di lunga data, disagiati psichici e psichiatrici), meno dotata in termini di risorse sociali e relazionali. La imposizione di un impegno non retribuito, si aggiunge alle difficoltà di reperimento di un alloggio e di un lavoro, e rischia di rendere tale misura inaccessibile a tale categoria di soggetti, minando la potenzialità deflattiva dell'istituto proprio nei riguardi di quei detenuti che, più degli altri, sono sottoposti alla detenzione in carcere per reati di modesto allarme sociale, le cui pene edittali rientrano nei limiti applicativi indicati dalla disegno di legge in esame.

Il quadro delle potenziali difficoltà applicative sopra tracciato non fa venir meno il complessivo positivo giudizio sulla introduzione dell'istituto e potrebbe, peraltro, essere superato con una sollecitazione degli enti locali ove l'imputato messo in prova dovrà trascorrere il periodo di sospensione del processo ad una fattiva e propositiva collaborazione, affinché siano rese disponibili adeguate opportunità di inserimento sociale e lavorativo, sebbene non possa non rilevarsi che non sarà agevole conseguire buoni risultati in quelle realtà del Paese nelle quali è avvertito con maggiore drammaticità il problema del *deficit* occupazionale.

Sul punto sarebbe, in definitiva, auspicabile uno sforzo ulteriore da parte del legislatore, che consenta di risolvere i problemi emersi nella fase della prima applicazione dell'istituto del lavoro di pubblica utilità, sia con la destinazione di adeguate risorse finanziarie, che eliminando i fattori ostativi ed individuando soluzioni specifiche che consentano di far fronte agli oneri assicurativi connessi.

c) La sospensione del processo per gli irreperibili.

L'art. 4 del disegno di legge delega prevede l'introduzione nell'ordinamento processuale penale dell'istituto della sospensione del processo per assenza (*rectius*, irreperibilità) dell'imputato. La norma stabilisce in maniera articolata i principi cui il governo in sede di attuazione si deve attenere. E' così indicata la necessità di attribuire al giudice del dibattimento il dovere di verificare se la citazione a giudizio sia stata notificata in maniera tale da garantirne la effettiva conoscenza da parte dell'imputato e, in ipotesi negativa, di disporre una nuova notifica a mani proprie o di persona convivente. Quando tale forma di avviso non sia possibile, dovrà prevedersi l'emissione di un provvedimento, nella forma dell'ordinanza, di sospensione del processo per assenza dell'imputato, salvo che non si possa immediatamente addivenire ad un giudizio di proscioglimento o di non doversi procedere.

Sono poi individuate una serie di ipotesi in cui, anche in assenza di notifica del decreto di citazione in forma idonea, di per sé, a garantire la conoscenza effettiva, il processo potrà comunque avere corso, salvo che non sia l'imputato a dimostrare di avere ignorato l'esistenza del procedimento per causa a lui non imputabile

Si tratta dei casi in cui, in concreto, potrà in fatto ritenersi la conoscenza della pendenza del processo *aliunde*, per l'esistenza di precedenti atti del procedimento sicuramente noti all'imputato – arresto, fermo, o sottoposizione a misura cautelare – o quando comunque “*dagli atti emerga la prova che l'imputato sia a conoscenza che si procede nei suoi confronti o che lo stesso si sia volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento*” (lett c n. 2). La sospensione del processo, secondo il legislatore delegante, non può essere pronunciata inoltre nei procedimenti che riguardino i delitti di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater* del codice di procedura penale.

Sul punto, si osserva che sarebbe opportuna una estensione della deroga alla sospensione anche ad altre ipotesi delittuose di particolare gravità quali, a titolo di esempio, i delitti in materia di violenza sessuale.

La prosecuzione del processo in assenza dell'imputato dovrà essere oggetto di pronuncia esplicita da parte del giudice. L'imputato assente in primo grado che dimostri di non essere potuto comparire per caso fortuito, forza maggiore o legittimo impedimento non dipendenti da sua colpa potrà ottenere la rinnovazione del dibattimento in sede di appello, e la rimessione in termini per formulare richieste di riti alternativi.

Ove al contrario sia disposta la sospensione del processo, anche la prescrizione del reato sarà sospesa, con il limite del termine di estinzione massimo previsto dalla legge.

La norma individua poi, alla lettera f), quale mezzo utile a favorire il reperimento dell'imputato il cui processo sia stato sospeso, l'inserimento dell'ordinanza di sospensione nella banca dati della polizia giudiziaria disciplinata dall'art. 8 della legge 1° aprile 1981 e suggerisce, quale ulteriore strumento per potenziare l'efficacia delle ricerche – la cui adozione è rimessa alla discrezionalità del legislatore delegato – la possibilità di iscrizione del provvedimento nel casellario giudiziale, prevedendone la cancellazione quando esso sia revocato.

Spetterà alla sede dell'attuazione della disciplina la scelta delle modalità di notificazione del decreto di citazione a giudizio e dell'ordinanza di sospensione all'imputato che sia stato successivamente individuato, e di comunicazione dell'avvenuta notificazione all'autorità giudiziaria, perché il processo riprenda il suo corso.

Infine la norma affida ad un decreto del Ministro della Giustizia e del Ministro dell'Interno la definizione delle modalità e dei termini di gestione e comunicazione dei dati relativi all'ordinanza di sospensione, al decreto di citazione a giudizio ed alle successive informazioni all'autorità

giudiziaria.

Come è noto, il processo penale celebrato in contumacia dell'imputato costituisce una peculiarità dell'ordinamento italiano, che non ha cittadinanza in molti dei principali ordinamenti giuridici europei.

All'interno della categoria del processo contumaciale – sulla cui caratterizzazione generale i limiti della presente indagine non consentono alcuna osservazione - una considerazione specifica è da tempo rivolta dalla giurisprudenza, interna e sovranazionale, nonché dalla dottrina, alla materia più specifica del processo nei confronti di imputato irreperibile.

Se l'istituto della contumacia in generale riguarda ipotesi in cui la mancata conoscenza effettiva dell'atto di citazione a giudizio, e quindi dell'esistenza di un processo a suo carico da parte dell'imputato non si può escludere, ma risulta improbabile in quanto le modalità di notificazione consentono di ritenere che l'atto sia pervenuto nel suo ambito relazionale personale e familiare, l'istituto della irreperibilità riguarda ipotesi in cui è altamente probabile, e talvolta sicuro, che il destinatario dell'atto non ne ha avuto alcuna conoscenza.

L'art. 159 c.p.p., infatti, prevede la dichiarazione di irreperibilità dell'imputato, e la notifica degli atti al difensore nominato d'ufficio con il medesimo atto, quando le ricerche finalizzate all'avviso non abbiano dato esito positivo.

In effetti, pertanto, il processo a carico di imputato irreperibile, nella generalità dei casi, è celebrato in assenza di ogni informazione da parte dell'imputato.

Lo scrutinio di legittimità dell'istituto da parte della Corte Costituzionale (sent. 399/1998), pur a contenuto critico per la riconosciuta difficile compatibilità con gli artt. 3 e 24 della Costituzione, si è in passato arrestato dinanzi a valutazioni che avrebbero assunto *“il carattere di un giudizio di opportunità”*, spettando solo al legislatore la scelta tra il rimedio *«preventivo e inibitorio, comportante l'obbligatoria sospensione del processo a carico dell'irreperibile-contumace, ovvero quello successivo e riparatorio»*, che prevede la celebrazione del processo e l'introduzione di strumenti per ottenere eventualmente una nuova pronuncia sui medesimi fatti.

L'istituto è stato però in varie occasioni oggetto di censura da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (sent. 12 febbraio 1985 Colozza c. Italia; sent. 18 maggio 2004 Somogyi c. Italia; sent. 10 novembre 2004 Sejdic c. Italia), che ha ritenuto espressione dell'art. 6 comma 2 della C.E.D.U. il diritto dell'imputato a partecipare al processo che lo riguardi. Lasciando ai singoli ordinamenti nazionali la scelta delle forme con cui garantire l'attuazione di tale diritto, ha censurato il meccanismo processuale italiano di rimessione in termini per l'impugnazione dell'eventuale sentenza di condanna da parte dell'imputato che senza colpa non sia stato informato del processo, ritenendolo inadeguato perché troppo restrittivo.

Le pronunce del giudice dei giudici di Strasburgo hanno indotto il legislatore nel 2005 (D.L. 17/2005 conv. con mod. L. n. 60/2005) ad ampliare radicalmente l'accesso alla rimessione in termini per l'impugnazione della sentenza da parte dell'imputato condannato in contumacia (art. 175 c.p.p. comma 2) ed a generalizzare, nei casi di irreperibilità ed in quelli in cui la mancata conoscenza dell'atto di citazione non sia dipeso da sua colpa, la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in sede di impugnazione.

La soluzione legislativa proposta consente, probabilmente, nella generalità dei casi, di ritenere l'ordinamento italiano conforme alle prescrizioni costituzionali (in tal senso, Corte Cost. 117/2007) ed agli obblighi internazionali.

D'altra parte non può non osservarsi come la soluzione riparatoria *a posteriori* prescelta sia fonte comunque di numerose criticità del sistema.

In primo luogo rimane la perplessità dogmatica dipendente alla natura accusatoria del processo penale che ancora il proprio fondamento epistemologico nel contraddittorio effettivo tra le parti (art. 111 comma 4 Cost.), con cui appare in contrasto l'ipotesi in cui il contributo conoscitivo dell'imputato sia escluso per scelta legislativa, e non dalla legittima opzione difensiva dell'interessato.

Dal punto di vista degli effetti, deve ritenersi che comunque, nonostante l'ampiezza del regime di rimessione in termini previsto dalla legge, possano tuttora configurarsi ipotesi in cui tale meccanismo non possa essere - e comunque non sia in fatto - attivato, cosicché la sentenza di condanna rimanga esposta alle censure di illegittimità. Tali censure rendono il giudicato difficilmente eseguibile, considerato peraltro che, in numerose occasioni, le richieste estradizionali italiane relative a condannati detenuti all'Estero sono state respinte da altri ordinamenti europei proprio per la non conformità del processo alle garanzie stabilite in sede C.E.D.U..

Dal punto di vista dell'ordinamento giudiziario, è evidente come la celebrazione di processi nei confronti di imputati irreperibili provochi un enorme impiego di risorse umane e materiali, suscettibile di essere vanificato nell'ipotesi in cui non intervenga una rinnovazione in appello a seguito della successiva rimessione in termini per l'impugnazione. In tali ipotesi, infatti, la sentenza rimarrebbe incompatibile con l'ordinamento europeo e, quindi, sostanzialmente inesequibile.

Del resto è testimoniato dalla esperienza pratica che nella grande maggioranza dei casi l'imputato irreperibile rimane tale anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza; se a ciò si aggiunge che spesso non sono neppure noti all'autorità giudiziaria sicuri elementi di identificazione dell'individuo - generalità certe, rilievi biometrici o fotodattiloscopici -, deve concludersi che gran parte delle sentenze rese con il meccanismo processuale di cui si discute sono prevedibilmente destinate a rimanere senza seguito di sorta.

Ove invece il meccanismo della rimessione in termini e della rinnovazione dibattimentale sia attivato, si realizza evidentemente una duplicazione degli adempimenti processuali, che rende il sistema irrazionalmente dispendioso.

Si deve inoltre considerare che, in base all'art. 117 D.P.R. 115/2002, alla dichiarazione di irreperibilità consegue la nomina di un difensore d'ufficio ed il costo della prestazione professionale è posta a carico dell'Erario. La giurisprudenza ormai consolidata (tra le tante Cass pen. Sez I n. 32284 del 2003, Lanni) ritiene inoltre che ai fini dell'applicazione dell'art. 117 citato, e quindi, in funzione della liquidazione degli onorari del difensore a carico dello Stato, la condizione dell'imputato formalmente dichiarato irreperibile debba essere equiparata a quella dell'imputato che sia irreperibile in fatto, per essere rimasto sostanzialmente estraneo al procedimento ed ignoto al proprio difensore di ufficio, pur avendo ricevuto una notificazione formale di esso (ad esempio perché notificato con le forme dell'art. 161 n. 4 c.p.p.).

Tutti i profili problematici indicati troverebbero soluzione con l'introduzione dell'istituto della sospensione, che costituisce un rimedio preventivo al vizio del processo celebrato nei confronti di imputato irreperibile.

Né l'istituto potrebbe ritenersi incompatibile con il principio della ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost., atteso che, in primo luogo, esso gioverebbe al sistema nel suo complesso che sarebbe sgravato da pendenze defatiganti e prive di utilità, potendo le risorse essere impiegate per la più sollecita definizione per gli ulteriori affari; in ogni caso deve rilevarsi che nella stessa disposizione costituzionale il principio della ragionevole durata è strettamente connesso con quello del contraddittorio, cosicché anche dal punto di vista della singola vicenda, la limitazione della durata non sarebbe coerente con il precetto.

Non può quindi che esprimersi una valutazione massimamente positiva in relazione alla scelta espressa nel disegno di legge in commento.

Del resto la soluzione è già stata elaborata in sede legislativa. Con la presentazione del disegno di legge approvato il 5 aprile 2007 "*Disposizioni per l'accelerazione e la razionalizzazione del processo penale, nonché in materia di prescrizione dei reati, recidiva e criteri di ragguaglio tra pene detentive e pene pecuniarie*", il cui cammino si è arrestato per la interruzione anticipata della legislatura, erano state individuate soluzioni normative di contenuto analogo a quelle oggi proposte.

Anche i principi e criteri di specie individuati nella legge delega più recente sono in gran parte coerenti con quella impostazione e sostanzialmente ragionevoli.

Così si stabilisce, in linea generale, che il processo penale ha corso solo quando l'atto introduttivo sia stato notificato personalmente all'imputato o a persona convivente, altrimenti viene sospeso. Come nel precedente progetto riformatore, si prevedono eccezioni o di rilievo soggettivo

individuale - quando cioè risulti in qualsivoglia modo che l'interessato abbia comunque avuto notizia del procedimento e l'assenza possa ritenersi frutto di sua scelta - o di rilievo oggettivo, giustificate dalla gravità dei reati, per i quali l'esigenza di accertamento giudiziale sollecito ed efficace prevale, impedendo un arresto del procedimento che potrebbe nuocere alla effettività della sanzione ed alla genuinità della prova. Naturalmente nei processi di tale rilievo rimarrebbe la tutela riparatoria *a posteriori* per l'imputato incolpevolmente assente, consentendo la rimessione in termini per l'impugnazione della eventuale condanna e la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale.

Ragionevoli sono anche le indicazioni concernenti gli strumenti per rendere più efficaci le ricerche dell'imputato irreperibile, massimizzando la circolazione delle informazioni nell'attività di P.G..

Numerosi sono i profili che andrebbero chiariti (dalla disciplina degli atti urgenti al regime nelle ipotesi di concorso fra diversi soggetti indagati alcuni soltanto irreperibili, sino al ruolo della persona offesa) e che possono essere risolti in occasione dell'esercizio della delega, tuttavia, senza alcuna pretesa di poter essere esaustivi, il disegno di legge delega suscita perplessità laddove individua nel termine massimo di prescrizione del reato la durata non superabile della sospensione del processo.

Tale indicazione appare troppo limitativa e rischia di frustrare l'effettività della pretesa punitiva dello Stato. Si deve considerare, infatti, la già rilevante incidenza statistica delle ipotesi in cui il processo, in condizioni ordinarie di partecipazione dell'imputato, non riesca ad approdare ad un esito definitivo prima che si pervenga all'estinzione del reato per prescrizione, in ragione delle molteplici attività procedurali necessarie - investigazioni, indagini preliminari, esercizio dell'azione penale, dibattimento in tutti i gradi e le sedi previste dall'ordinamento -. Se a tali attività si aggiungesse anche la ricerca dell'imputato, il cui esito non dipende soltanto dalle attività nazionali, il rischio di incapacità del sistema di produrre decisioni efficaci ed eseguibili, nonché la probabilità di vanificazione delle risorse procedurali già impiegate, aumenterebbe senz'altro. La relativamente contenuta durata del termine di prescrizione dei reati previsto dall'ordinamento vigente non consente di prevedere che una disposizione come quella adottata nella legge delega possa condurre ad una maggiore effettività del sistema.

Il limite posto dalla legge probabilmente ha lo scopo di evitare la pendenza a tempo indeterminato, senza soluzione definitiva possibile, di un gran numero di processi che affollerebbero senza rimedio gli uffici.

Per scongiurare entrambi i rischi - troppo rapida estinzione della possibilità di persecuzione del reato da una lato, e pendenza infinita di processi iniziati dall'altro - si potrebbe ipotizzare una

disciplina procedimentale che anticipi alla fase preliminare al dibattimento il rilievo della irreperibilità dell'imputato.

Ciò potrebbe essere realizzato attraverso l'introduzione di un provvedimento pre-dibattimentale oppure con la previsione di una nuova ipotesi di archiviazione della notizia di reato per il caso di irreperibilità dell'indagato, avendo cura in entrambi i casi di intervenire sui termini di prescrizione e sulla possibilità di riaprire il procedimento quando l'indagato torna ad essere reperibile.

Infine, in considerazione della scelta governativa di utilizzare la misura in oggetto attraverso lo strumento normativo della legge delega, si suggerisce anche di prevedere una disciplina per l'eventuale concomitanza dei presupposti della latitanza, eventualmente riscontrata in occasione della mancata esecuzione di una misura cautelare, con l'irreperibilità dell'indagato.

d) Pene detentive non carcerarie.

L'art. 5 del disegno di legge delega introduce nella disciplina del codice penale e della normativa complementare due nuove pene detentive non carcerarie: la detenzione e l'arresto presso l'abitazione o altro luogo di privata dimora, anche per fasce orarie o giorni della settimana. La prima sanzione si applica ai delitti, in una misura non inferiore a quindici giorni e non superiore a quattro anni - con la sola esclusione della fattispecie di atti persecutori di cui all'art. 612 *bis* c.p. -, mentre la seconda si applica alle contravvenzioni punite con la pena dell'arresto in una misura non inferiore a cinque giorni e non superiore a tre anni.

L'intento del legislatore, per come chiarito nello stesso dettato normativo, è quello di effettuare un ribaltamento del sistema sanzionatorio vigente, rendendo le suddette sanzioni la "pena detentiva principale", in vece della reclusione o dell'arresto, in tutti i casi in cui la condanna riguardi delitti puniti con la reclusione non superiore a quattro anni o contravvenzioni punite con la pena dell'arresto. La *ratio* della delega è, pertanto, quella di modificare il tradizionale approccio e lo stesso concetto di pena detentiva, strettamente correlata alla permanenza presso istituti penitenziari, rendendo essa ordinariamente applicabile in ambito domiciliare ogni qualvolta la pregressa condanna riguardi fattispecie criminose di minore impatto sociale, punite meno gravemente dal nostro sistema normativo.

In tali casi, cioè, la previsione *ex lege* della detenzione domiciliare quale pena di normale applicazione per le condanne aventi ad oggetto i crimini meno gravi è stata voluta dal legislatore al presumibile scopo di far evitare gli effetti criminogeni del carcere per chi sia chiamato a scontare una pena detentiva "breve", con conseguente migliore graduale reinserimento nel contesto sociale di riferimento.

Tale mutamento culturale si pone in evidente coerenza con la filosofia ispiratrice dell'intero disegno di legge delega, tendente ad un recupero dell'utilizzo dello strumento penale quale effettiva ipotesi residuale di *estrema ratio*, altresì cercando, in detto ambito, di rinvenire soluzioni normative idonee a limitare al massimo la possibilità del ricorso allo strumento carcerario, con l'intento di realizzare, come precisato nella relazione di accompagnamento, <<*un'equilibrata politica di "decarcerizzazione" e dare effettività al principio del minor sacrificio possibile della libertà personale*>>.

Con le indicate pene detentive, quindi, si intendono ancora una volta avanzare proposte risolutive dell'ormai endemica "emergenza carcere", cercando di frapporre un rimedio agli allarmanti numeri di un'oggettiva sovrappopolazione oggi detenuta negli istituti penitenziari.

In tali termini vi può essere il rischio che le nuove ipotesi di detenzione domiciliare si pongano quale ulteriore intervento di settore poco organicamente correlato ai numerosi recenti interventi legislativi, sovente connotati da scelte di politica criminale contraddittorie, ispirate da un andamento "emergenziale" ed occasionale, così da rendere assai poco coerente il sistema penitenziario, in particolar modo nel settore dei trattamenti extracarcerari.

D'altro canto, però, non può non salutarsi favorevolmente un intervento normativo che – come detto operando un radicale cambiamento nell'approccio culturale – non preveda più, per le ipotesi criminose meno gravi, la centralità della pena detentiva penitenziaria, superando il concetto di carcere come unica risposta offerta dal nostro ordinamento ai problemi della devianza, con conseguente drammatico incremento della popolazione ristretta in istituti penitenziari. In tale contesto, poi, sono i detenuti appartenenti alla c.d. marginalità sociale (extracomunitari, tossicodipendenti di lunga data, disagiati psichici e psichiatrici) a rappresentare la percentuale maggiormente significativa, nei confronti della quale il ricorso alle misure alternative esterne è reso particolarmente difficoltoso dall'assenza di idonei riferimenti in grado di sostenere praticabili percorsi di inclusione sociale.

Il sovraffollamento negli istituti detentivi rispetto alla capienza regolamentare determina, inevitabilmente, la sottoposizione ad una vera e propria pena aggiuntiva rispetto alla sola privazione della libertà personale, altresì ostacolando la possibile attivazione di un reale programma di risocializzazione della pena.

A tale ultimo aspetto il legislatore del disegno di legge delega appare avere conferito particolare attenzione laddove, nel rispetto del minor sacrificio possibile della libertà personale, ha inteso realizzare con le nuove pene detentive non carcerarie – come precisato nella relazione illustrativa – la finalità di non far subire al condannato <<*l'inadeguatezza del sistema penitenziario e la relativa ingiustificata compressione del diritto a un'esecuzione della pena ispirata al principio*

non solo di rieducazione, ma anche di umanità>>, nella concezione di un diritto penale moderno, fermamente ispirato al concetto di rieducazione e di umanizzazione della pena, così come voluto dal disposto dell'art. 27 Cost..

Tutto ciò, poi, appare positivamente coerente con le indicazioni rese dalla Corte europea di diritti dell'uomo, che di recente ha condannato, per la prima volta, il nostro Paese per violazione del divieto di trattamento inumano e degradante previsto dall'art. 3 della C.E.D.U. proprio perché il soggetto ricorrente era stato detenuto per un lasso temporale significativo in una misura di spazio personale eccessivamente esiguo e limitante⁸.

Procedendo, quindi, all'analisi della disciplina regolativa delle nuove pene detentive non carcerarie, deve, in primo luogo, essere osservato come le stesse sono direttamente applicate dal giudice della cognizione, in perfetta coerenza sistematica con la loro nuova natura di "pena detentiva principale" per condanne riguardanti i reati meno gravi, ed in palese antitesi rispetto all'attuale sistema normativo, che rimette unicamente alla competenza del magistrato di sorveglianza la possibilità di applicare la detenzione domiciliare, oggi prevista dall'art. 47-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354. D'altro canto, ampi e diversi sono gli aspetti che differiscono la vigente detenzione domiciliare con le introducende pene detentive non carcerarie, e ciò sia in termini strutturali – la prima essendo una misura alternativa alla detenzione e le seconde essendo esse stesse sanzioni edittalmente previste dalla fattispecie incriminatrice – che di disciplina sostanziale e procedurale⁹.

Proprio il fatto di non costituire una misura alternativa alla detenzione, e dunque una situazione di specifico beneficio concessa al condannato, ma essa stessa la "pena detentiva principale" applicabile alle fattispecie criminose meno gravemente punite, appare avere indotto il legislatore a non indicare in normativa alcuni elementi di disciplina, normalmente afferenti alla sfera soggettiva dell'interessato, con cui usualmente sono regolate le figure di beneficio per il soggetto condannato, come per l'appunto la detenzione domiciliare *ex art. 47-ter* legge n. 354 del 1975.

In primo luogo, quindi, non si ravvisa nel dettato del disegno di legge delega la configurazione di alcuna causa ostativa all'applicazione delle nuove pene detentive non carcerarie, con la sola eccezione della posizione dello *stalker*, e cioè dell'autore della fattispecie di cui all'art.

⁸ Si tratta della sentenza Sulejmanovic *contra* Italia del 2009, in cui la Corte di Strasburgo, pur escludendo di poter determinare <<*in maniera precisa e definitiva, la misura dello spazio personale che deve essere assicurato a ciascun detenuto in base alla Convenzione*>>, ha ritenuto che nel caso di specie, essendo stato ristretto il ricorrente per due mesi e mezzo in uno spazio personale di 2,70 metri quadrati, la peculiare situazione aveva cagionato all'istante dei continui disagi e degli inconvenienti quotidiani, così da integrare <<*di per sé, un trattamento inumano e degradante*>>.

⁹ Così, a titolo esemplificativo, la fattispecie in esame si distingue dalla misura alternativa prevista nell'Ordinamento penitenziario per la diversità della pena da prendere a parametro per la sua applicazione, nonché per le caratteristiche soggettive del condannato cui è riferita, applicandosi in modo indifferenziato a qualsiasi soggetto e non già, come previsto nell'art. 47-ter L. n. 354/1975, nei soli confronti di appartenenti a specifiche categorie protette (donna incinta, malato grave, anziano con più di 65 anni, giovane infraventunenne).

612-bis c.p., nei cui soli riguardi il legislatore, con una scelta di politica criminale forse dettata dall'attualità con cui viene avvertito il particolare disvalore della condotta di atti persecutori, ha prognosticamente ritenuto insufficiente a svolgere la sua peculiare funzione specialpreventiva l'applicazione di una pena detentiva in luogo diverso dalla struttura carceraria.

Si tratta di una disposizione che lascia, però, adito ad alcuni dubbi interpretativi.

In primo luogo essa non chiarisce su quali specifici elementi l'organo giudicante può concretamente fondare una prognosi di tipo negativo, e cioè se – come in precedenza supposto – il pericolo di reiterazione di reati debba essere desunto dal giudizio soggettivo della personalità del reo, ovvero se la valutazione negativa debba essere dedotta dalle specifiche modalità con cui è stata integrata l'azione criminosa.

In ogni modo, a prescindere dal superiore aspetto, la previsione normativa, nel rimettere un potere decisorio così ampio al giudice della cognizione - che ben può optare per la forma detentiva tradizionale ogni qualvolta formuli una negativa prognosi sulla possibilità della reiterazione di reati da parte del condannato -, rischia di finire per limitare, in qualche modo, lo stesso concetto di ribaltamento del sistema sanzionatorio vigente, introdotto con la novella in esame. Un'applicazione giudiziaria esasperata della potestà prevista dalla lett. d) dell'art. 5, e dunque un costante richiamo del decidente al pericolo di reiterazione di reati da parte del soggetto condannato, impedirebbe, di fatto, alle pene detentive non carcerarie di diventare la "pena detentiva principale" per i reati meno gravi, con conseguente limitazione dell'auspicato processo di "decarcerizzazione".

D'altro canto, il potere rimesso al giudice della cognizione si articola pure nella possibilità di applicare le nuove pene detentive non carcerarie con modalità parziali, anche solo <<per fasce orarie o per giorni della settimana>>, e con prescrizione di <<particolari modalità di controllo, esercitate attraverso mezzi elettronici o altri strumenti tecnici>> - che, invero, ad oggi non hanno offerto risultanze applicative particolarmente favorevoli -.

Sostanzialmente avulsa di previsione, poi, è la successiva fase dell'esecuzione della pena.

La novella, infatti, prevede solo la disposizione di cui alla lett. e) dell'art. 5, per la quale il giudice può provvedere alla sostituzione delle pene detentive non carcerarie con le normali sanzioni della reclusione o dell'arresto <<qualora non risulti disponibile un'abitazione o un altro luogo di privata dimora idoneo ad assicurare la custodia del condannato>>.

In maniera indubbiamente originale, e con una lacuna che richiederebbe un successivo intervento di copertura, la disposizione esecutiva non prevede alcuna ipotesi di revoca della pena domiciliare, con sostituzione nell'ordinaria detenzione carceraria, in occasione dell'integrazione di condotte violative delle prescrizioni imposte al condannato. La previsione della novella, invece, si preoccupa solo di precisare che una siffatta ipotesi, e cioè la trasformazione della pena detentiva da domiciliare in carceraria, si realizza ogniqualvolta non risulti disponibile un luogo adeguato ad

assicurare la custodia del condannato.

Anche tale norma lascia alcuni margini di dubbio in ordine alle conseguenze della sua concreta applicazione.

Un problema di ordine pratico, infatti, si pone in tutti quei casi in cui non esiste un'abitazione disponibile o comunque un luogo di privata dimora idoneo ad ospitare il soggetto condannato, che riguardano poi la maggior parte dei reati di minore allarme sociale.

La sostanziale automaticità con cui la pena detentiva non carceraria viene ad essere applicata ai condannati per i crimini di minore allarme sociale, infatti, dovrebbe far gravare l'onere dell'individuazione e della disponibilità del "luogo" di esecuzione della sanzione domestica non già nei confronti dell'interessato, ma dovrebbe essere risolto *ex officio*, essendo altrimenti elevato il rischio di realizzazione di un sistema di grave disparità di trattamento fra condannati, o di discriminazione tra costoro, assolutamente contrario al principio di uguaglianza tutelato dall'art. 3 della Costituzione.

Tale situazione andrebbe, quindi, risolta in sede normativa, precisando in modo chiaro le varie possibili eventualità. Peraltro, la selezione del domicilio è problema molto delicato, perché può introdurre, ancora una volta, elementi di difficoltà applicativa e di discriminazione. Infatti, la detenzione domestica, a differenza del carcere, può essere assai diversa in ragione delle caratteristiche del luogo dove è eseguita; il rischio è che, per alcuni, il luogo extramurario (ad esempio taluni centri di accoglienza) si trasformi di fatto in una copia del carcere e, per altri, la disponibilità di una casa propria riduca considerevolmente il carattere sanzionatorio dell'istituto.

In coerenza con quanto sopra detto, si sottolinea come l'assenza di investimento finanziario, non consentirà di ottenere l'effetto voluto: i recenti interventi riduttivi sul personale dell'Ufficio Esecuzione Penale Esterna non appaiono congrui all'obiettivo perseguito dall'intera normativa.

Da ultimo, non può non osservarsi come anche la previsione oggetto del presente esame corra il rischio di limitare, se non escludere, la concreta applicazione delle nuove pene detentive non carcerarie, con conseguente pratico insuccesso dell'auspicata politica di riduzione della sovrappopolazione carceraria, ove si osservi che – per come in precedenza indicato – l'attuale composizione della popolazione ristretta é prevalentemente composta da soggetti appartenenti alla c.d. marginalità sociale, rispetto ai quali, così come è formulata la previsione normativa, risulta sovente complesso, se non addirittura impossibile, rinvenire la disponibilità di un'abitazione o di un altro luogo di privata dimora idoneo ad assicurare la custodia del condannato.

Il presente parere viene trasmesso al Ministro della Giustizia ai sensi dell'art. 10 legge 24 marzo 1958 n. 195.»