



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PAVIA
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

**LA FUNZIONE RIEDUCATIVA DELLA PENA E LE
ALTERNATIVE AL CARCERE**

Relatore:

Chiar.ma Prof.ssa Silvia Larizza

Candidata:

Arianna Zanirato

Matr.n. 365241/74

Anno Accademico 2012/2013

*“Venite adesso alla prigione
state a sentire sulla porta
la nostra ultima canzone
che vi ripete un'altra volta:
per quanto voi vi crediate assolti
siete per sempre coinvolti

per quanto voi vi crediate assolti
siete per sempre coinvolti”*

Nella mia ora di libertà

FABRIZIO DE ANDRÈ

INDICE

INTRODUZIONE.....	pag. 1
-------------------	--------

CAPITOLO I

La funzione rieducativa della pena

1. Una premessa necessaria.....	5
1.1. Le teorie della pena.....	5
1.2. La pena retributiva.....	6
1.3. La funzione preventiva della pena e la prevenzione generale.....	10
1.4. La prevenzione speciale.....	13
2. L'idea di rieducazione.....	14
2.1. La funzione rieducativa della pena nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente.....	14
2.2. Le interpretazioni della funzione rieducativa nel dibattito penalistico dagli anni cinquanta ad oggi.....	17
2.3. La funzione rieducativa nel panorama attuale.....	30
3. La concezione polifunzionale della pena e l'orientamento della Corte costituzionale.....	33
4. Il significato del concetto costituzionalmente orientato di rieducazione.....	39
5. Pene di dubbia legittimità costituzionale in relazione al principio rieducativo.....	45
5.1. Pena fissa e pena proporzionale.....	45
5.2. Pena pecuniaria.....	46
5.3. L'ergastolo.....	47

CAPITOLO II

La funzione rieducativa della pena e il carcere

1. L'evoluzione storica del carcere in relazione alla funzione rieducativa.....	54
2. La legge di riforma penitenziaria.....	66
3. Le riforme dell'ordinamento penitenziario dal 1975 fino ad oggi.....	71

4. La situazione attuale del carcere in relazione alla funzione rieducativa.....	75
4.1. Il trattamento penitenziario.....	75
4.2. Ostacoli di carattere quantitativo alla svolgimento del trattamento rieducativo in carcere	78
4.3. Ostacoli di carattere qualitativo allo svolgimento del trattamento rieducativo in carcere	81
4.4. L'attuale inadeguatezza del carcere ad assicurare la funzione rieducativa	86
5. Futuro della funzione rieducativa della pena.....	89

CAPITOLO III

Le alternative alla pena detentiva *de iure condito*

1. L'origine della ricerca di alternative alla pena detentiva tra XVIII e XIX secolo	92
1.1. Le misure sospensive.....	95
1.2. Le misure sostitutive.....	97
2. L'evoluzione storica delle alternative alla pena detentiva dal primo dopoguerra sino alle riforme attuali.....	101
3. Il panorama attuale delle alternative alla pena detentiva in Italia.....	106
3.1. La sospensione condizionale	107
3.2. La pena pecuniaria.....	113
3.3. Le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi	122
3.4. Le pene applicate dal giudice di pace.....	128
4. Efficacia delle alternative alla pena detentiva attualmente presenti nel panorama sanzionatorio	135

CAPITOLO IV

Le alternative alla pena detentiva *de iure condendo*

1. I progetti di riforma del codice penale.....	138
1.1. Il progetto Pagliaro	139
1.2. Il progetto Riz.....	144

1.3. Il progetto Grosso	149
1.4. Il progetto Nordio	153
1.5. Il progetto Pisapia	156
2. Il fallimento dei tentativi di attuare una riforma organica del codice penale e i disegni di legge più recenti	159
2.1. Il disegno di legge ‘Alfano’	160
2.2. Il decreto legge 211/2011	162
2.3. Il disegno di legge ‘Severino’	163
3. Quali prospettive per le alternative alla pena detentiva alla luce del fallimento dei tentativi di riforma del sistema sanzionatorio?	165
4. Proposte attuali di alternative alla pena detentiva	168
4.1. La pena pecuniaria	168
4.2. La sospensione condizionale della pena e la sospensione del processo con messa alla prova	170
4.3. La detenzione domiciliare come pena principale e la ‘detenzione del fine settimana’	177
4.4. Le pene interdittive e prescrittive	180
4.5. La giustizia riparativa e la mediazione penale	184
4.6. Un cenno alle proposte di riduzione dei limiti edittali di pena e di depenalizzazione	191
5. Il progetto Palazzo	194
Conclusioni	200

BIBLIOGRAFIA.....	204
--------------------------	------------

INTRODUZIONE

La Costituzione italiana sancisce all'art. 27 co. 3 che «le pene devono tendere alla rieducazione del condannato». È questo il presupposto essenziale e irrinunciabile da cui si deve partire quando si parla di pene e delle loro funzioni.

Il concetto di pena è uno dei concetti chiave del diritto penale e della criminologia, è il concetto su cui si basano gran parte degli studi e delle teorizzazioni di queste materie. La più afflittiva, la più punitiva delle pene, è oggi la pena detentiva. Non si può parlare di rieducazione e di funzione rieducativa della pena senza parlare di pena detentiva, senza parlare di carcere. Il carcere resta tuttora, in Italia, la forma di pena più diffusa e quella più paradigmatica nell'indagine sulla reale efficacia rieducativa della pena.

A partire dal momento in cui la versione definitiva dell'art. 27 co. 3 è stata elaborata, varie critiche sono state mosse, su più fronti ed in ogni frangente storico, alla funzione rieducativa della pena e alle interpretazioni che ne sono state date. Nonostante ciò, alla luce della tutela che la Costituzione ha voluto, in maniera del tutto innovativa e illuminata, esplicitamente accordarle, ma, soprattutto, alla luce del significato irrinunciabile che essa ricopre in uno Stato che si dichiara protettore dei diritti inviolabili dell'individuo, la funzione rieducativa non può essere abbandonata o passare in secondo piano. La pena senza rieducazione è privata della sua essenza; è solo un pretesto per allontanare il reo dalla società, è solo una forma di afflizione fine a se stessa, un sacrificio inutile (se non addirittura dannoso) del diritto alla libertà dell'individuo.

Il carcere, a causa della situazione di disastroso sovraffollamento in cui si trova ormai da moltissimi anni (secondo i dati forniti dal ministero della Giustizia al 30 Novembre 2013 i detenuti presenti nelle 205 carceri italiane sarebbero 64.047 a fronte di una capienza regolamentare di 47.649), mostra di essere un luogo sempre meno idoneo ad occuparsi di fornire, a chi vi è confinato, gli strumenti necessari per poter intraprendere un cammino rieducativo che lo porti ad essere pronto a rifare, come uomo nuovo, il suo ingresso nella società. Per di più, molte sono le problematiche, che oggi sono affrontate all'interno dell'istituzione carceraria ma che si presterebbero meglio a soluzioni diverse e più appropriate. In via puramente esemplificativa, basti pensare ai detenuti tossicodipendenti (che, secondo i dati

forniti dal 'Decimo rapporto nazionale sulle condizioni di detenzione', presentato dall'Associazione Antigone, al 30 novembre 2013 erano il 23,8% delle popolazione detenuta), agli alcooldipendenti (il 2,3% sul totale dei detenuti secondo i dati forniti dal Censis nel 2010), ai malati psichiatrici (sarebbero 20.000 all'anno, secondo un calcolo per difetto, i casi di patologie psichiatriche rilevati in carcere), che affollano le carceri italiane.

La mancanza di fondi per poter finanziare qualsiasi attività, la carenza di personale penitenziario, ma, soprattutto, l'assenza di una forte volontà delle forze politiche di andare oltre le risposte-tampone, le soluzioni provvisorie a problemi fin troppo urgenti e sempre volte a non scontentare quell'opinione pubblica secondo la quale il carcere deve essere luogo di sofferenza, hanno fatto sì che il carcere diventasse una sorta di parcheggio per delinquenti, un luogo di segregazione dove la prospettiva di rieducazione, invece di essere un risultato cui tendere quotidianamente tramite un trattamento mirato, non è altro che una speranza virtuale e miracolistica.

Quanto più degradanti e abbiette si presentano le istituzioni carcerarie, tanto più certo sarà l'effetto criminogeno che esse hanno sui detenuti e tanto più certi ed allarmanti saranno i tassi di recidiva. Si crea così un circolo vizioso impossibile da interrompere allo stato attuale dei fatti.

Il carcere, quindi, a causa della situazione in cui versa, non è certo in grado di rispettare ciò che la Costituzione gli impone. Dal momento che l'ideale rieducativo non può e non deve essere abbandonato, se non vogliamo che il carcere diventi luogo di mera neutralizzazione del detenuto, è necessario cercare la soluzione del problema al di fuori delle mura dei penitenziari.

L'obiettivo primario della moderna politica del diritto penale, se si vuole dare una speranza alla rieducazione, deve essere la ricerca di nuove alternative al carcere e il potenziamento di quelle già esistenti.

La pena detentiva dovrà essere contemplata solo per le fattispecie maggiormente lesive dei beni giuridici, costituendo davvero l'*extrema ratio*, mentre sarà affiancata da una vasta gamma di pene alternative, espressione di una forma di penalità capace di porre un freno al pericoloso e infruttuoso fenomeno del continuo ricorso alle misure clemenziali.

Questo cammino non può prescindere da analisi comparatistiche, indispensabili per elaborare misure efficaci che si basino sulle esperienze di altri Stati a noi vicini.

Diversi progetti sono stati realizzati nel corso del tempo per riformare in questa direzione il sistema penale, con risultati più o meno significativi. Basti pensare ai progetti di riforma Pagliaro, Riz, Grosso, Nordio, Pisapia, fino ai recenti disegni di legge 'Alfano' e 'Severino'. Moltissime sono state le proposte avanzate, in queste occasioni, per un rinnovamento del sistema delle sanzioni penale che avrebbe dovuto avere significativo riflesso anche sul sistema penitenziario. Molte di queste non sono mai state messe in atto in concreto, per i motivi più vari, e molte sono state messe in atto con risultati non all'altezza delle aspettative.

Oggi il panorama delle alternative alla pena detentiva, applicabili dal giudice di cognizione, è piuttosto vario ma privo di effettività e di efficacia. L'unico istituto applicato davvero su larga scala, con risultati, però, tutt'altro che positivi, è la sospensione condizionale della pena; vi sono poi la pena pecuniaria, le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi (semidetenzione, libertà controllata e pena pecuniaria) e, infine, le sanzioni applicabili dal giudice di pace (obbligo di permanenza domiciliare, lavoro di pubblica utilità, pena pecuniaria), che nella prassi giurisprudenziale trovano applicazione molto scarsa e, in alcuni casi, quasi nulla.

Questi strumenti si sono rivelati insufficienti a garantire mutamenti significativi in relazione all'esecuzione della pena, alla diminuzione del sovraffollamento e a garantire, perciò, la possibilità di conferire alla pena carattere rieducativo.

A fronte di tale situazione le soluzioni più recenti proposte dalla dottrina sono numerose ed eterogenee; molte derivano dai risultati positivi ottenuti da altri Paesi; molte altre prendono spunto dal nostro stesso ordinamento e prevedono di estendere a tutti i condannati le pene applicate dal giudice di pace e quelle applicate nei confronti dei minori. Nei progetti e nelle proposte di riforma più recenti si parla di giustizia riparativa, di mediazione penale, di sospensione del processo con messa alla prova, di pene principali di natura interdittiva e prescrittiva, di pena pecuniaria calcolata secondo il sistema dei 'tassi giornalieri', di depenalizzazione e di abbassamento delle cornici edittali delle pene. Ma soprattutto, la dottrina è concorde nell'affermare che tali istituti debbano essere inseriti in un progetto di riforma organica del sistema sanzionatorio, che dia una nuova coerenza e una nuova vitalità all'ordinamento penale.

Si tratta di una soluzione che, nonostante richieda una certa dose di coraggio politico, deve e può realisticamente essere tentata se si vuole dare al problema carcerario una soluzione strutturale, lungimirante e duratura, superando la fase di

stallo che l'Italia sta vivendo ormai da decenni, in cui ci si accontenta di soluzioni-tampone, immediate ma avulse da qualsiasi forma di intervento sistematico, che hanno la stessa efficacia che può avere un cerotto in caso di emorragia dilagante.

CAPITOLO I

LA FUNZIONE RIEDUCATIVA DELLA PENA

SOMMARIO: § 1. Una premessa necessaria. § 1.1. Le teorie della pena. § 1.2. La pena retributiva. § 1.3. La funzione preventiva della pena e la prevenzione generale. § 1.4. La prevenzione speciale. § 2. L'idea di rieducazione. § 2.1. La funzione rieducativa della pena nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente. § 2.2. Le interpretazioni della funzione rieducativa nel dibattito penalistico dagli anni cinquanta ad oggi. § 2.3. La funzione rieducativa nel panorama attuale. § 3. La concezione polifunzionale della pena e l'orientamento della Corte costituzionale. § 4. Il significato del concetto costituzionalmente orientato di rieducazione. § 5. Pene di dubbia legittimità costituzionale in relazione al principio di rieducazione. § 5.1. Pena fissa e pena proporzionale. § 5.2. Pena pecuniaria. § 5.3. L'ergastolo.

1. *Una premessa necessaria.*

1.1. *Le teorie della pena.*

Una tra le questioni più dibattute nella storia del diritto penale è quella che riguarda gli scopi della pena. Attualmente, una delle fonti principali di imbarazzo per il penalista è costituita dalla drammatica divaricazione che si riscontra tra scopi teoricamente assegnabili alla pena e funzioni di fatto svolte (o non svolte) dai sistemi punitivi nella realtà concreta.

Il concetto di sanzione penale evoca in maniera quasi automatica, in ciascuno di noi, l'idea di una punizione, di un castigo inflitto a chi si sia reso responsabile di un fatto illecito. Nessuno oserebbe negare che la pena, per sua natura, consista in uno strumento di afflizione. Se si trattasse di un concetto così semplice non si comprenderebbe, tuttavia, perché in materia di teorie giustificative della pena sia stata elaborata una letteratura tanto sterminata, non solo in campo giuridico-penalistico e criminologico, ma anche teologico, filosofico, psicologico ecc¹.

Innanzitutto, nell'analizzare il complesso problema della funzione delle pene, è necessario abbandonare gli astratti schematismi e ricordare che nei sistemi sociali e giuridici evoluti il significato della punizione non è univoco ma polivalente.

Vi è stata, nel corso del tempo, una stratificazione storica e una sintesi di significati che oggi non sempre sono distinguibili sul piano dell'analisi razionale tanto che «in termini metaforici, potremmo dire che la pena odierna somiglia ad un edificio più

¹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, VI ediz, Bologna, 2009, p. 695. Tra i vari autori che si sono occupati di questo problema, CAVALLA, *La pena come problema. Il superamento della concezione razionalistica della difesa sociale*, Padova, 1979; MATHIEU, *Perché punire? Il collasso della giustizia penale*, Milano, 1978; RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996.

volte ristrutturato e con corpi aggiunti: le parti nuove, sovrapponendosi a quelle vecchie, lasciano ancora intravedere i segni di stili preesistenti»². Questa opera architettonica non può essere compresa del tutto se non si considerano due aspetti. Il primo riguarda la stretta relazione che vi è tra il fenomeno punitivo, la società ed il modello di Stato che vengono considerati nelle varie fasi storiche. Per quanto riguarda il secondo aspetto dobbiamo tenere presente che il concetto stesso di pena non può essere ricondotto ad un unico significato ma, al contrario, condensa significati diversi.

A seconda del momento storico, si è rivelato una pratica sociale, uno strumento di potere a disposizione della classe dominante, una manifestazione di un sentimento collettivo, un mezzo di comunicazione simbolica, un accadimento rituale, una procedura legale. Anche se oggi ci si colloca prevalentemente in un'ottica giuridica non bisogna dimenticare che la punizione porta con sé elementi che, in misura minore o maggiore, a seconda del momento storico, traggono fondamento da un retroterra molto più ampio caratterizzato da elementi extragiuridici.

Se è vero che il prevalere di una prospettiva rispetto ad un'altra e il loro reciproco combinarsi riflette non soltanto una logica interna al sistema penale ma anche linee di tendenza imposte dal contesto politico e socio-culturale di riferimento, è pur vero che, da sempre, i termini fondamentali del dibattito teorico sui fini della pena ruotano attorno all'alternativa tra pena retributiva e pena preventiva³.

1.2. *La pena retributiva.*

L'idea della pena retributiva giustifica la punizione basandosi su un'esigenza di giustizia "assoluta" nel suo significato latino di *absoluta*, svincolata cioè dalla considerazione di un qualsivoglia fine da raggiungere⁴. La pena è un male, una sofferenza che serve a contraccambiare il danno che è stato arrecato commettendo un reato; esprime l'idea di uno scambio, di un corrispettivo, di una remunerazione, di una retribuzione appunto.

Il filosofo tedesco Friedrich Nietzsche nella sua opera '*Genealogia della morale*' si interroga sull'origine antichissima dell'equivalenza tra danno e dolore⁵. Secondo

² FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale: per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p.16.

³ FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, cit., p. 22.

⁴ DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, IV ed., Milano, 2012, p. 4.

⁵ NIETZSCHE, *Genealogia della morale*, ed. italiana a cura di Adelphi, Milano, 1988.

Nietzsche l'assimilazione tra l'idea della pena e quella della sofferenza matura originariamente nel contesto dello scambio mercantile (pena dal greco *ποινή*, contraccambio). In questo ambito il creditore acquistava il diritto di esercitare ogni sorta di tortura sul debitore in forza del rapporto contrattuale che li legava⁶. Una diversa ipotesi etimologica fa derivare il termine pena dal latino *punire* (purificare), preso dal lessico medico; punire vorrebbe dire pulire la macchia del reo, purgarlo, riportarlo *ad integrum*⁷.

Alle radici dell'idea di giustizia retributiva, nella sua forma più primitiva ma anche più pura, la punizione del crimine corrisponde alla vendetta, tendenzialmente illimitata, attuata dall'offeso e dal suo clan, in assenza della possibilità di rivolgersi ad un autorità superiore.

Dalla concezione di una vendetta illimitata, si passa poi alla c.d. *legge del taglione* che, nella sua espressione più simbolica (occhio per occhio), sebbene in forma rozza, esprime comunque una sorta di “principio di giustizia” poiché introduce l'idea di una reazione punitiva commisurata all'offesa arrecata⁸.

Sublimata e spiritualizzata la *legge del taglione* rappresenta il germe della concezione retributiva intesa in senso moderno; il potere punitivo è attribuito all'autorità pubblica, posta in posizione di terzietà rispetto alle vittime del delitto e la pena è così sottratta alla disponibilità dell'offeso; inoltre, si passa da forme crudeli di punizione, inflitte sul corpo stesso del colpevole (pena di morte e pene corporali), a pene sempre meno cruente, fino alla detenzione carceraria e alla pena pecuniaria, impostesi a partire dal diciannovesimo secolo⁹.

La pena retributiva si è così emancipata dal suo nucleo vendicativo più primitivo, ne è divenuta sublimazione concettuale ed è questa l'accezione in cui viene trattata dai

⁶ CURI, *I paradossi della pena*, I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1073. L'Autore sottolinea come inizialmente il concetto di *ποινή* esprimesse l'idea di un corrispettivo senza che esso fosse accompagnato, di per sé da una specifica sofferenza. L'idea della pena concepita come equivalenza tra danno e dolore nasce invece nell'ambito molto materiale del rapporto contrattuale tra debitore e creditore, dove, in forza del debito, il creditore era autorizzato ad tagliare le parti del corpo del debitore nella misura che gli sembrasse commisurata all'entità del debito. Attraverso questa ricostruzione storico-concettuale si spiega pertanto come la sofferenza altrui possa essere vissuta come compensazione di un danno non risarcito.

⁷ CURI, *I paradossi della pena*, cit., p. 1076. In questa accezione il termine *punire* è ricollegato analogicamente al termine castigo; castigo viene infatti da *cactus* che vuole dire, appunto, puro, integro. I due termini (pena e castigo) dunque, condividono lo stesso significato originario, «in quanto indicano entrambi lo strumento mediante il quale purificare, purgare, rendere integro, colui che si sia “macchiato” di una colpa».

⁸ PULITANÓ, *Diritto penale*, III ed., Torino, 2009, p. 14 e ss.

⁹ PULITANÓ, *Diritto penale*, cit., p. 16; FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, cit., p. 19 e ss.

due più celebri teorizzatori della retribuzione quale scopo della pena: Kant e Hegel. Nelle loro intenzioni la giustizia retributiva è concepita in termini assoluti: la colpevolezza del reo esigerebbe inderogabilmente di essere annullata dalla pena dello Stato, in modo tale da annullare il delitto e riaffermare l'ordine morale, giuridico e sociale offeso da esso¹⁰.

Ancora oggi la teoria retributiva costituisce il *leit-motiv* di ogni discorso sulla pena. Un dato di fatto che non si può rimuovere ma che si deve tenere costantemente presente è che, nonostante si tenda sempre più ad orientarsi verso l'idea di una pena che realizzi uno scopo socialmente utile, la commissione di delitti gravi e allarmanti scatena, oggi come in passato, non solo nelle vittime ma anche e soprattutto nella collettività, sentimenti di aggressività e frustrazione che si tramutano in bisogni emotivi di punizione; ciò è inequivocabile segno di una «radicata persistenza di una mentalità retribuzionistica»¹¹ ravvisabile sia nelle reazioni della gente comune che nella stessa prassi giudiziaria.

Il lato debole di una concezione della pena retributiva così come prospettata da Kant ed Hegel è però, oggi, facilmente intuibile; l'idea di una punizione inderogabilmente imposta in base ad esigenze di giustizia assoluta suona troppo astrattamente filosofica, troppo idealistica¹². Non è più compito dello Stato, che attualmente si presenta come Stato di diritto, laico e pluralistico, realizzare una forma di giustizia fine a sé stessa, sciolta da scopi ulteriori. La concezione di una pena che esula da qualsiasi interesse per la vita futura dell'autore del reato non può che apparire obsoleta e difficile da sostenere, tanto che, «quando si parla di retribuzione, oggi, non ci si riferisce più alla prospettiva degli scopi della pena ma a qualcosa di diverso, che

¹⁰ È nota la seguente affermazione di KANT, *Metafisica dei costumi*, ed. ita. (a cura di) Laterza, Bari, 1797 : «Anche quando la società civile si dissolvesse col consenso di tutti i suoi membri, l'ultimo assassino che si trovasse ancora in prigione dovrebbe prima venire giustiziato, affinché ciascuno porti la pena della sua condotta e il sangue versato non ricada sul popolo che non ha reclamato quella punizione».

¹¹ FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in *Questione giustizia*, 1991, p. 46; più recentemente, richiama il pericolo di un ritorno a concezioni retributive MAZZUCATO, *Appunti per una teoria 'dignitosa' del diritto penale a partire dalla «restorative justice»*, in AA.VV., *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari*, Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore - sede di Piacenza, Tricase, 2010, p. 121; nello stesso senso EUSEBI, *Appunti minimi in tema di riforma del sistema sanzionatorio penale*, in (a cura di) PISA, *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti, Genova, 15 novembre 2006, Torino, 2007, p. 279, 280.

¹² ROMANO, autorevole penalista cattolico, nella sua opera, *Commentario sistematico del codice penale*, I ed., Milano, 2004, p. 15, afferma: «Rivendicare una giustizia assoluta sulla base di norme create ed applicate dagli uomini è atteggiamento che suona oggi culturalmente inaccettabile e di non credibile superbia». Ricordiamo anche quanto ha scritto BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, edizione a cura di Venturi, Torino, 1994, par. VII : «Se ha stabilito pene eterne a chi disobbedisce alla sua onnipotenza, qual sarà l'insetto che oserà supplire alla divina giustizia, che vorrà vendicare l'Essere che basta a se stesso?».

presuppone come già risolto il problema del perché si debba punire»¹³. In questo senso, l'idea retributiva, nel panorama moderno, esprime un'esigenza di *proporzione*, di ricerca di giusta misura tra pena da infliggere in concreto e gravità dell'offesa arrecata¹⁴. Solo se sarà rispettato il principio di proporzione il reo potrà avvertire la pena come giusta e, di conseguenza, assumere un atteggiamento di maggior disponibilità psicologica verso il processo rieducativo¹⁵. Il carattere retributivo della pena, diventa, quindi, in questa accezione più attuale, mezzo essenziale attraverso il quale realizzare la funzione di prevenzione speciale in concreto.

Una maggiore accentuazione, se non addirittura un vero e proprio ritorno della pena retributiva intesa in senso tradizionale, si registra nell'ambito di moderne tendenze dottrinali definibili *neoretribuzionistiche*, sorte sulla base della presunta crisi del trattamento rieducativo¹⁶. Partendo da approcci esplicativi ispirati alla psicoanalisi, tali teorie sottolineano che, dal momento che lo spettacolo di chi delinque costituisce un esempio che potrebbe essere contagioso per la collettività, essendo vivo in ciascuno il bisogno di trasgredire, la reazione punitiva dello Stato, da un lato canalizza l'aggressività dei cittadini suscitata dalla commissione del reato e dall'altro rafforza la loro fedeltà ai valori tutelati. Questa, che potremmo definire come «storica resistenza neoretribuzionista» finisce oggi per incontrare il favore di chi, soprattutto tra i garantisti, si illude opportunisticamente che una “pena giusta” tuteli di più di una “pena utile” che inevitabilmente presenta tratti di flessibilità e incertezza¹⁷. Tale moderna teoria retributiva finisce così, però, con il ricalcare la teoria generalpreventiva intesa come tecnica di socializzazione (vedi *infra*), facendo sì, inoltre, che riemerge il rischio di punizioni sempre più elevate, non proporzionate

¹³ FIANDACA- MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 715.

¹⁴ In questo senso FIANDACA, *Scopi della pena fra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale*, in (a cura di) Vassalli, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Cinquant'anni Corte Costit., Napoli, 2006, p. 136.

¹⁵ Proporzionalità che rimane, in ogni caso una aspirazione tendenziale: posto che il reato e la pena sono due entità disomogenee, non è mai possibile determinare con assoluta precisione quale sia la giusta misura della punizione. Peraltro, il principio della rieducazione comporta che le pene siano «necessariamente sproporzionate per difetto»; basti pensare che anche nel caso di crimini gravissimi e addirittura contro l'umanità quali un genocidio, possono comportare la pena di morte o la reclusione a vita perché nessun fatto singolo è commisurabile al valore della persona che lo ha commesso. Così DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1215.

¹⁶ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 716; MAIDECCHI, *La rieducazione del condannato tra carcere ed alternative*, in *Rass. penitenz. e crimin.*, 2002, p. 82. Per una esauriente analisi delle correnti «neoretribuzionistiche» cfr. EUSEBI, *La «nuova» retribuzione*, in (a cura di) Marinucci-Dolcini, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985 p. 914 ss e 1315 ss.

¹⁷ PAVARINI, *Silète poenologi in munere alieno!*, in (a cura di) Pavarini, *Nuovo revisionismo penale, Silète poenologi in munere alieno!*, *Teoria della pena e scienza penalistica*, oggi, Milano, 2006, p. 20.

alla gravità del reato commesso e, come tali, criminogene. Tuttavia l'obiezione più forte che si può muovere alle teorie neoretribuzionistiche oggi è che una tale impostazione, privilegiando la funzione positiva che la pena assolve per la società, si disinteressa del destino del singolo delinquente, dimenticando la corresponsabilità della società stessa nella genesi del delitto, laddove, invece, proprio la presa di coscienza di questa corresponsabilità permetterebbe di ravvisare nella pena uno strumento razionale capace di incidere positivamente sul singolo individuo delinquente nel senso di una possibile rieducazione¹⁸.

1.3. *La funzione preventiva della pena e la prevenzione generale.*

Mentre secondo la teoria retributiva «si punisce perché è giusto e non perché la pena sia utile in vista di una qualsivoglia finalità», assegnano invece uno scopo alla pena le teorie preventive, che proprio per questa loro caratteristica vengono definite come *relative*, in quanto incentrate sugli effetti della pena¹⁹. Il superamento delle teorie assolute, che fondano la legittimità della pena su fattori trascendenti, fa sì che della pena emergano pragmaticamente gli aspetti della necessità e dell'utilità²⁰. A differenza della retribuzione che guarda al passato, la prevenzione è tutta protesa verso il futuro: il suo fine è quello di evitare che i reati (o ulteriori reati nel caso della prevenzione speciale) vengano commessi.

La prevenzione generale legittima la pena come mezzo per distogliere la generalità dei cittadini dal tenere comportamenti ritenuti dannosi o pericolosi e, come tali, da vietare.

Nella versione più tradizionale la prevenzione generale è concepita come *prevenzione generale negativa o deterrenza*. La prevenzione generale spiega il diritto penale politicamente, come strumento plasmabile in vista di scopi concernenti la vita della *polis*²¹. Gli uomini sono legati dalla paura delle punizioni e ciò fa sì che osservino i patti e il rispetto delle leggi²². L'efficacia intimidatoria dipende, più che

¹⁸ FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, cit., p. 24 e ss; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 716.

¹⁹ DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 4.

²⁰ MANNOZZI, *La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla previsione legislativa alla prassi applicativa*, I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1222.

²¹ DONINI, *Teoria del reato: una introduzione*, Padova, 1996, p. 89.

²² PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 20.

dalla severità della pena, dalla certezza e dalla prontezza della pena, secondo l'insegnamento di Beccaria²³.

L'idea che lo scopo della pena sia l'intimidazione o la deterrenza ha radici molto antiche e ci riporta ai filosofi greci e latini tra cui massimi esponenti furono Protagora e Seneca²⁴; tale concezione è ripresa e rielaborata in chiave psicologica nel diciannovesimo secolo ad opera di Bentham in Inghilterra e di Feuerbach in Germania. Essi elaborano un modello secondo il quale si presume che l'uomo sia un essere razionale che prima di agire soppesa i pro e i contro della scelta criminale; questo bilanciamento dovrebbe portare l'uomo a preferire la rinuncia al delitto tutte le volte in cui la sofferenza prospettata superi i possibili guadagni connessi al reato. È questa la teoria della 'coazione morale' secondo la quale gli effetti di intimidazione correlati al contenuto afflittivo della pena farebbero da *controspinta psicologica*, in grado di neutralizzare le *spinte a delinquere* dei consociati²⁵.

Tale modello psicologico è inevitabilmente incorso in forti critiche in tempi recenti. Si è obiettato che la prevenzione generale, come coazione psicologica, finisce col confidare in maniera eccessiva nella presunta razionalità dell'essere umano; essa sembra ignorare che l'uomo non sempre è un freddo calcolatore in grado di bilanciare vantaggi e svantaggi delle sue azioni e che non pochi delitti sono frutto di stimoli inconsci e di spinte emotive difficili da controllare. Così, se può agire sulla base di calcoli razionali l'autore di un reato in materia economica, è più difficile che ciò si

²³ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, edizione a cura di Venturi, Torino, 1994, par. XXVII, «Uno dei più gran freni dei delitti non è la crudeltà delle pene, ma l'infalibilità di esse (...). La certezza di un castigo, benché moderato farà sempre una maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza dell'impunità. (...) I paesi e i tempi dei più atroci supplicii furon sempre quelli delle più sanguinose ed inumane azioni, poiché il medesimo spirito di ferocia che guidava la mano del legislatore, reggeva quella del parricida e del sicario». In questo senso, predecessore di Beccaria nell'analizzare le implicazioni della severità punitiva nella vita politica, era stato MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, 1748, trad. it. Milano, 1999, p. 233, 237, «(...) l'esperienza ha fatto osservare che nei paesi in cui le pene sono miti, lo spirito del cittadino ne è impressionato come altrove lo è dalle pene gravi (...). La severità delle leggi ne impedisce l'esecuzione. Quando la pena è senza misura, si è spesso obbligati a preferire l'impunità».

²⁴ Platone nell'opera "Protagora" fa dire a questo filosofo: «Chi voglia saggiamente punire, non infligge la pena come retribuzione per un atto ingiusto, ma punisce pensando all'avvenire, e perché la stessa persona non commetta di nuovo la stessa ingiustizia, e perché non lo faccia altri, dopo aver visto che quella è stata punita (...). La persona viene punita per servire da esempio e ammonimento». Cinquecento anni più tardi il filosofo romano Seneca ha formulato questo stesso pensiero con la nota frase: «*Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur*».

²⁵ DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 4. La teoria della 'coazione morale' è descritta da FEUERBACH, *Anti-Hobbes ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, trad. it. a cura di Cattaneo, Milano, 1972, p. 108. Secondo Feuerbach, importante esponente dell'illuminismo giuridico tedesco, la minaccia di pena può funzionare a condizione «che il male minacciato sia così grande, che il timore di esso superi il desiderio di quell'atto, che la rappresentazione del male superi quella del bene da ottenere».

verificati per chi uccide il proprio padre per odio²⁶. La pretesa di deterrenza basata sul solo timore della sanzione sottovaluta la complessità dell'animo umano e delle motivazioni che lo spingono ad agire, riducendo l'individuo ad una sorta di «cane domabile con la minaccia del bastone»²⁷.

L'insieme dei rilievi critici e dei dubbi relativi alla reale efficacia della prevenzione generale intesa come deterrenza, hanno fatto sì che negli anni più recenti l'attenzione scientifica si concentrasse su una diversa concezione della funzione di prevenzione generale e cioè sulla *prevenzione generale positiva*. Secondo questa accezione la minaccia della pena adempie ad una funzione di *orientamento culturale* dei consociati; si confida che col tempo si crei nella collettività una adesione spontanea ai valori espressi dalla legge penale. Nel lungo periodo, l'azione pedagogica della norma penale «dovrebbe sostituirsi, a poco a poco, all'obbedienza dettata dal timore della pena»²⁸. La forte disapprovazione sociale che deriverebbe dalla commissione di un crimine fa sì che la maggioranza dei cittadini si identifichino con l'insieme dei valori protetti dall'ordinamento giuridico, con la conseguenza che il sistema penale stesso finisce per porsi come elemento di socializzazione²⁹. La punizione contribuisce a formare la coscienza morale del cittadino medio, unendo la maggioranza dei consociati nel rispetto per la legge e per i valori dominanti nella società di cui fanno parte³⁰. Il diritto penale entra a far parte di una più ampia «teoria dell'educazione collettiva o socializzazione»³¹, assolvendo una funzione simile a quella della famiglia, della scuola, del gruppo o della comunità.

Anche l'applicazione della funzione di prevenzione generale positiva alla realtà incontra diverse difficoltà. Essa poggia sul presupposto che vi sia, innanzitutto, una convergenza tendenziale tra la disapprovazione “sociale” e la disapprovazione “legale”: ciò che è previsto come reato dal legislatore deve essere percepito come

²⁶ FIANDACA- MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 712.

²⁷ FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, cit., p. 29.

²⁸ DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 4.

²⁹ Secondo PAVARINI, voce *Pena*, Enciclopedia delle scienze sociali, Treccani, 1996, versione online, in www.treccani.it, la teoria generalpreventiva intesa come funzione di orientamento culturale si fonda su una originaria intuizione sociologica; essa, infatti, riprenderebbe le teorie espressive della pena ed in particolare la “teoria funzionalistica del reato e della pena” di Durkeim. Lo scopo della prevenzione generale positiva trova conferma nell'analisi della funzione della pena dove, effettivamente, produce stabilizzazione sociale. Nello stesso senso PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 23, afferma che «allo stato attuale delle conoscenze, sembra non potersi negare che l'ordinamento penale, globalmente considerato, contribuisca alla prevenzione dei reati».

³⁰ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 712 ; FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale: per una lettura costituzionalmente orientata*, cit., p. 31.

³¹ PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 22.

fatto riprovevole dalla collettività³². Inoltre vi deve essere un buon livello di credibilità del sistema penale nel suo complesso, dal momento che non può stimolare all'osservanza di precetti un sistema concepito come ingiusto o comunque inefficace³³. Infine, la critica più forte mossa alla teoria di prevenzione generale come funzione di orientamento culturale è che essa, invece che segnare un reale passo in avanti lungo il cammino della modernità penalistica, finisca invece per riproporre il sempreverde paradigma retributivo della pena. Vistose sono infatti le analogie tra l'idea su cui si fonda la prevenzione generale positiva e le teorie neoretribuzioniste³⁴. Di sicuro entrambe finiscono per privilegiare le esigenze collettive di stabilità e sicurezza a discapito della funzione rieducatrice che la pena dovrebbe esercitare nei confronti del soggetto che si è già reso responsabile di un crimine. Il delinquente, nella sua dimensione umana, passa in tutti e due i casi, in secondo piano.

1.4. *La prevenzione speciale.*

Se le idee di retribuzione e di prevenzione generale si pongono come criteri di legittimazione del diritto penale nel suo insieme, nel caso in cui, invece, il reato sia stato commesso, si pone il problema di capire come l'ordinamento giuridico possa influire sull'autore del reato, evitando che torni a delinquere in futuro³⁵. Un simile obiettivo può essere raggiunto con tecniche sanzionatorie diverse, come di fatto è avvenuto nell'evoluzione storica del diritto penale. In via generale, possiamo distinguere tra prevenzione speciale come *rieducazione* (o *prevenzione speciale positiva*), intesa nelle sue varie accezioni (vedi *infra* par. 4.) e prevenzione speciale intesa come *intimidazione e neutralizzazione* dei soggetti ritenuti pericolosi (o *prevenzione speciale negativa*).

La tecnica più elementare e più antica consiste nella *neutralizzazione* del deviante pericoloso; oggi vi si ricorre quando il criminale non appaia suscettibile né di rieducazione né di intimidazione; «l'unico obiettivo che la pena può perseguire nei

³² FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 713.

³³ PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 23.

³⁴ In questo senso la prevenzione generale positiva presenta apparenti analogie con la teoria, definita da Lesch, *teoria funzionale della retribuzione*. Secondo tale teoria, a sua volta ispirata al funzionalismo sociologico di Niklas Luhmann, la pena rappresenta una espressione simbolica che ha la funzione di contraddire il significato simbolico di ostilità al delitto insito nel reato; in questo modo, la reazione punitiva tende a ristabilire la fiducia istituzionale e a consolidare così la fedeltà all'ordinamento di tutti i consociati.

³⁵ DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 4.

suoi confronti è quello di renderlo inoffensivo»³⁶ attraverso la coercizione fisica; tipico esempio in questo senso è la pena detentiva applicata per far sì che l'uomo incarcerato non possa compiere reati nella realtà esterna al carcere. Questo approccio risponde ad un diffuso senso comune per cui gli autori di gravi delitti devono essere allontanati, estromessi in modo tale da non poter più nuocere alla collettività³⁷. Persino nel manifesto programmatico della c.d. 'Scuola moderna del diritto penale' leggiamo che contro gli irrecuperabili (i delinquenti che non hanno speranza di essere risocializzati) «l' unica possibilità che ci rimane è l'isolamento perpetuo, oppure a tempo indeterminato»³⁸.

La prevenzione speciale nella forma dell'*intimidazione* agisce rispetto alle persone per le quali la pena come strumento di risocializzazione non ha efficacia ma verso le quali la minaccia della pena è sufficiente a fare da freno alla commissione di reati³⁹.

La prevenzione speciale come *rieducazione*, invece, è detta anche prevenzione speciale "positiva" perché non si limita a frapporre ostacoli materiali alla reiterazione del delitto ma pretende di incidere in positivo sulla personalità del singolo autore di reato, ricorrendo a tecniche di risocializzazione.

In questa prospettiva si introduce una critica rispetto ad una logica propriamente punitiva e si mette in forse il sistema di risposte al reato basato sull'astratto scambio di equivalenti reato-pena⁴⁰.

2. *L'idea di rieducazione.*

2.1. *La funzione rieducativa della pena nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente.*

Il dibattito politico-criminale degli ultimi decenni si è incentrato, soprattutto, sull'aspetto della rieducazione o risocializzazione del reo, quale tecnica più moderna e umana di prevenzione speciale.

Nel nostro ordinamento il principio di rieducazione ha ricevuto una esplicita consacrazione nella Costituzione, dove costituisce l'unico riferimento diretto alla funzione della pena.

³⁶ DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 4.

³⁷ PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 29.

³⁸ V. LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (trad. it.), Milano, 1962, p. 53, 56.

³⁹ DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 4.

⁴⁰ FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, cit., p. 33; PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 27.

Nella sua dizione attuale l'articolo 27 co. 3 della Costituzione recita: «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato»; ma la formulazione iniziale che esso ebbe, ad opera dei relatori nominati in seno alla prima Sottocommissione dell'Assemblea costituente, gli onorevoli Lelio Basso e Giorgio La Pira, iscritti rispettivamente al partito socialista e alla democrazia cristiana, era differente: «Le sanzioni penali devono tendere alla rieducazione del reo. La pena di morte non è ammessa se non nei codici penali militari di guerra. Non possono istituirsi pene crudeli né irrogarsi sanzioni collettive»⁴¹.

Nel periodo in cui si svolgono i lavori dell'Assemblea Costituente, nel nostro Paese, il dibattito sulle funzioni della pena è ancora dominato dalle contrapposte posizioni della Scuola classica e della Scuola positiva⁴²; il compito attribuito ai Costituenti, pertanto, è reso ancora più delicato dalla preoccupazione che una esplicita presa di posizione sullo scopo della pena avrebbe potuto pericolosamente tradursi nel riconoscimento del primato di una Scuola sull'altra.

In effetti, vi era il rischio che l'idea rieducativa potesse essere ritenuta «figlia del positivismo criminologico»⁴³ dal momento che la visione positivista, a quei tempi, contrapponeva, alla tradizionale impostazione retribuzionistica, l'idea di una prevenzione speciale accentuatamente identificata con la rieducazione e risocializzazione del reo.

Il testo approvato dalla Commissione dei 75, suscitò immediate e numerose opposizioni in Assemblea. Esso all'art. 21 stabiliva: «Le pene devono tendere alla rieducazione del condannato e non possono consistere in trattamenti contrari al senso

⁴¹ *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Roma, Camera dei Deputati, 1971, vol. VI, p. 180.

⁴² In Italia la Scuola classica, sviluppatasi a metà del 1800, ha come massimo esponente Carrara. Il pensiero di tale Scuola si inserisce in un più vasto movimento ideale volto alla laicizzazione complessiva dello Stato; lo Stato teocratico cede il passo ad uno Stato liberale, portatore dei valori della tolleranza civile, della libertà religiosa, dell'invulnerabilità della coscienza. Anche il diritto penale diventa diritto del fatto, diritto laico; i pensieri, i vizi, i peccati, quando non turbano l'ordine esterno, non possono dichiararsi delitti civili; sono i *beni giuridici*, individuali o collettivi, il perno sul quale poggiano le singole figure di reato. Tra la fine dell'ottocento e l'inizio del novecento fa ingresso nel panorama dottrinale un nuovo indirizzo criminologico secondo il quale il fenomeno criminale affonderebbe le proprie radici nell' 'uomo delinquente', cioè nelle caratteristiche biologico-somatiche di singoli individui; pertanto la lotta alla criminalità dovrebbe rivolgersi non tanto contro il reato, quanto contro il soggetto ritenuto pericoloso. Tale indirizzo criminologico prende il nome di Scuola positiva. Per un approfondimento sui contenuti di queste due Scuole si veda DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 6,7.

⁴³ FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) Branca e Pizzorusso, Bologna, 1989, pag. 225.

di umanità»⁴⁴. Tale formulazione fu, infatti, interpretata da alcuni Costituenti come una inammissibile concessione alla Scuola positiva⁴⁵.

Dopo quello che sembra un primo trionfo dell' ideale rieducativo, pertanto, il dibattito in Assemblea registra le voci della prudenza. Non mancarono gli interventi a favore del primato della funzione rieducativa, ma più numerosi furono quelli che ne presero le distanze⁴⁶. I più si mostrarono prigionieri della consueta logica secondo cui «la realtà esistente è incompatibile con un progetto di rieducazione, e dunque il progetto è inattuabile»⁴⁷. Numerosi emendamenti furono proposti, cercando di attenuare e, nei casi più estremi, di eliminare la spiccata finalità rieducativa che si voleva imprimere alla pena; ma fu soprattutto per la scesa in campo di studiosi prestigiosi (tra cui Bellavista, Bettiol, Leone, Moro), in gran parte democristiani e, comunque, tutti di orientamento moderato, che si scelse di attenuare la portata dell' enunciato invertendo la posizione occupata dalle due proposizioni costituenti l'articolo in questione⁴⁸. Il principio di rieducazione dovette essere retrocesso e posposto al divieto di trattamenti inumani, finendo così per essere «almeno in parte annacquato in nome della neutralità dello Stato di fronte alle dispute scolastiche»⁴⁹. Appunto perché al concetto di rieducazione è attribuita, nel dettato costituzionale,

⁴⁴ *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, cit., p.180. Il fatto che, secondo questa formulazione, fosse stato sottolineato il primato delle funzione rieducativa della pena non può ascriversi, tuttavia, come è fatto presente in Assemblea, ad una battaglia vinta dai sostenitori della Scuola positiva. L'istanza rieducativa non è un portato di scuola ma il frutto di una nuova sensibilità politica; molti dei Costituenti avevano sperimentato le galere fasciste e la conoscenza personale dell'esperienza carceraria li aveva portati a voler rovesciare l'impostazione tradizionale per affermare un concetto di pena che tendesse alla rieducazione del condannato promuovendone la crescita e la maturazione.

⁴⁵ Al riguardo particolare rilievo ebbe l'intervento di Giovanni Leone e di Aldo Moro, secondo cui la formula della commissione «(...) può essere considerata da parte dei futuri legislatori e da parte degli scienziati (...) come fondamento di una pretesa ad orientare la legislazione penale italiana in modo conforme ai postulati della scuola positiva». (*La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'assemblea Costituente*, cit., p. 908).

⁴⁶ Tra gli interventi a favore del primato rieducativo ci fu quello di Tupini, Presidente della Sottocommissione, nella seduta del 15 aprile del 1947. Egli in quest' occasione afferma che la Commissione non aveva intenzione di prendere posizione a favore della scuola positiva o di quella classica ma che «effettivamente la società non deve rinunciare ad ogni sforzo, ad ogni mezzo, affinché colui che è caduto nelle maglie della giustizia, che deve essere anche condannato, dopo la condanna possa offrire delle possibilità di rieducazione». Tra gli interventi contrari invece si ricorda quello di Bettiol nella seduta del 26 marzo 1947. (*La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'assemblea Costituente*, cit., p. 904 e p. 675).

⁴⁷ FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'Ottocento alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980, p. 73. Questa presa di posizione accomunò aree politiche eterogenee e ciò dimostra come fosse già in corso un calo di tensione ideale rispetto alla stagione iniziale dei lavori; il realismo che queste posizioni mostrano ha una carica politica piuttosto modesta in un momento di progettualità totale in cui avrebbero dovuto trionfare le più elevate ambizioni.

⁴⁸ FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, cit., p. 226; la retrocessione del principio di rieducazione e l'elaborazione della versione dell' art. 27 co. 3 della Costituzione così come si presenta oggi avvenne durante il coordinamento finale da parte del Comitato di redazione.

⁴⁹ FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'Ottocento alla riforma penitenziaria*, cit., p. 74.

una dimensione generica ed apparentemente neutrale onde evitare precise etichettature di scuola, esso si presta inevitabilmente ad essere interpretato in maniera diversa in base agli orientamenti politico-criminali propri di un dato momento storico.

Il vero significato della presa di posizione costituzionale deve essere considerato soprattutto sotto il profilo politico-ideologico; l'istanza rieducativa non può considerarsi solo un portato di scuola, ma è il frutto di una nuova sensibilità politica nei confronti della questione criminale, in linea con l'ispirazione solidaristica che permea tutto il nostro ordinamento costituzionale⁵⁰.

L'ideale rieducativo, anche se uscito fortemente mitigato dai lavori conclusivi dell'Assemblea Costituente, conserva comunque, nel dibattito sulle funzioni della pena apertosi nei decenni successivi alla sua introduzione, fino ad oggi, un ruolo centrale, rappresentando tuttora, peraltro, l'unico riferimento esplicito alle funzioni della pena che si trovi nella Costituzione Italiana.

2.2. Le interpretazioni della funzione rieducativa nel dibattito penalistico dagli anni cinquanta ad oggi.

Nel periodo successivo ai lavori della Costituente la realizzazione e la valorizzazione della prorompente portata dell'ideale rieducativo della pena fu ostacolato dai continui mutamenti politici, sociali e culturali.

I primi *anni cinquanta*, infatti, hanno rappresentato un periodo caratterizzato da alti indici di criminalità, che ha sicuramente costituito il terreno fertile per interpretazioni dottrinali tese a comprimere la portata innovativa del principio rieducativo. Come sempre avviene in periodi di forte allarme sociale, anche in questi anni tendono a prevalere preoccupazioni di tipo generalpreventivo, cui si accompagna la mortificazione delle teorie di prevenzione speciale e un pericoloso ritorno a teorie retributive per lo più orientate in senso religioso, derivanti dall'affermarsi nel dopoguerra dell'egemonia culturale cattolica⁵¹.

⁵⁰ FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'Ottocento alla riforma penitenziaria*, cit., p. 71.

⁵¹ FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'Ottocento alla riforma penitenziaria*, cit., p. 75 e ss. per la prima volta nella storia italiana la componente cattolica rappresenta il partito di maggioranza e di governo e ciò, inevitabilmente, comporta risvolti determinati anche in campo dottrinario. Il pensiero cattolico, pur essendo variamente articolato, prevede ancora che la giustizia della pena e l'utilità di essa occupino piani distinti; la giustizia è il fondamento della pena e l'utilità, invece, è solo il limite esterno che deve essere posto ad essa.

Coloro i quali erano da tempo fedeli ad un orientamento di ascendenza positivista, nonostante il clima culturale avverso, si mostrano da subito pronti ad accogliere gli elementi di rottura che il nuovo art. 27 co. 3 introduce rispetto al passato.

Non manca poi chi, pur non appartenendo alla corrente positivista riconosce che tale articolo indica come fine ultimo della pena quello della rieducazione, mettendo al contempo in guardia da una eccessiva sopravvalutazione del dato testuale⁵².

Infine, vi sono i c.d. retribuzionisti, primi tra tutti Petrocelli e Bettiol, già impegnati, ancor prima che i lavori dell'Assemblea Costituente avessero inizio, a demolire l'ideale rieducativo. È quest'ultima la corrente che va maggiormente estendendosi nel corso degli anni cinquanta.

La posizione più significativa, anche perché non è semplice riproposizione del passato, ma è spesso indirizzata verso nuovi fronti, è quella di Bettiol. Egli, in una serie continua di saggi, nell'arco di un quarantennio, ribadendo la finalità retributiva della pena, ha preso di mira sia la prevenzione speciale che quella generale, accusando entrambe di fare dell'uomo un oggetto pieghevole alle finalità del gruppo, della società, dello Stato⁵³. Ma la sua analisi più attenta si è rivolta al «mito della rieducazione» dal momento che, proprio questa idea rieducativa e risocializzatrice, vulnererebbe l'uomo nella sua libertà interiore e sarebbe in agguato per soffocarne l'individualità in nome della prepotenza politica e del totalitarismo⁵⁴.

Diverse sono le argomentazioni che i retribuzionisti adducono a sostegno della tesi che cerca di neutralizzare la finalità rieducativa della pena, espressa in ambito costituzionale. Partendo dalla precedenza data, nel testo dell'art. 27 co. 3, all'enunciato che contiene il divieto di trattamenti inumani rispetto a quello che riguarda la finalità rieducativa, essi cercano di dimostrare come la pena, secondo il legislatore costituzionale, continua a mantenere il suo ineliminabile carattere "afflittivo". Il ragionamento nella sua linearità risulta ineccepibile: «Se le pene avessero dovuto avere un contenuto essenzialmente ed esclusivamente rieducativo;

⁵² Per queste differenti prese di posizione si veda FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, cit., p. 229.

⁵³ VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione (in margine ad alcuni recenti convegni)*, in *Rass. penitenz. e crimin.*, 1982, p. 445.

⁵⁴ BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, II Convegno di dir. pen., 1963, Bressanone, Padova, 1964, p. 3 e ss. È importante specificare che questa posizione di Bettiol, legata ad una visione più specificamente cristiana del mondo del diritto, non nega del tutto la possibilità di correzione del reo, la quale del resto, accanto all'idea di reintegrazione dell'ordine violato e del castigo, è costantemente presente nella dottrina penale cattolica; ed anzi viene più volte in rilievo che l'idea retributiva quando altamente morale è pedagogica e porta con sé un principio di ravvedimento e di emenda. Si tratta tuttavia di una rieducazione meramente eventuale ed intesa come emenda morale del reo, non come recupero sociale o risocializzazione, concetti che Bettiol condanna aspramente ravvisando una impostazione marxista.

se, insomma, le pene non avessero dovuto avere carattere (...) punitivo, il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità non avrebbe avuto ragione di essere, perché una funzione che sia essenzialmente rieducativa esclude da sé, per la sua stessa natura, i trattamenti contrari al senso di umanità, senza bisogno di alcuna dichiarazione esplicita »⁵⁵.

Una seconda argomentazione è basata sul significato letterale del verbo "tendere", il quale starebbe a significare che la rieducazione non rappresenta lo scopo essenziale della misura, ma solo un risultato eventuale della pena, da tenere in conto soprattutto nella fase esecutiva⁵⁶.

Spingendosi ancora più in là, la dottrina degli anni cinquanta, nel tentativo di mitigare quella che poteva essere una prospettiva potenzialmente rivoluzionaria desunta dal dettato costituzionale, ha cercato di ricondurre il terzo comma dell'articolo 27 della Costituzione all'ambito delle norme programmatiche, negando che esso potesse avere efficacia vincolante per il legislatore e riconoscendovi soltanto una direttiva che egli avrebbe dovuto realizzare nei limiti delle sue possibilità; tentativo questo che ebbe fin da subito pochi consensi dal momento che già allora la dottrina maggioritaria gli attribuiva efficacia precettiva⁵⁷.

Ma, al di là delle critiche basate sul dato testuale, l'attacco al principio di rieducazione è basato su argomenti di fondo dal punto di vista del contenuto dell'ideale rieducativo. Esso, infatti, tenderebbe ad ottenere il reinserimento sociale del condannato attraverso una meccanica sottomissione dell'individuo a regole precostituite e indipendenti dalla sua volontà; una sorta di rieducazione forzata contro la quale si rivendica con vigore il diritto del cittadino alla libertà di coscienza⁵⁸.

Negli *anni sessanta* resta vivo il dibattito sulla funzione della pena e ciò dimostra come l'idea della rieducazione evochi problematiche che neppure i sostenitori di essa riescono a rimuovere del tutto.

Gli anni sessanta sono gli anni del progresso economico e dell'avanzare politico delle forze di centro-sinistra; il clima di cambiamento e di attese riformistiche che li

⁵⁵ BETTIOL, *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, pag. 376.

⁵⁶ ZUCCALÀ, *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo italiano*, in AA. VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, cit., pag. 70.

⁵⁷ VASSALLI, *Sul trattamento penale e penitenziario del delinquente seminfermo di mente e sulla necessità di una riforma del codice penale vigente*, in *Giust. Pen.*, 1950, p. 140 e ss.

⁵⁸ BETTIOL, *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, cit., p. 376.

pervade investe anche il problema della rieducazione dei detenuti⁵⁹. Sebbene non si giunga ad un vero punto di svolta rispetto al dibattito che aveva animato il recente passato, sarebbe falso negare il progressivo affermarsi di alcuni elementi di novità.

Si comincia a far strada in questi anni la *teoria eclettica* della *polifunzionalità della pena*, in base alla quale funzione retributiva, generalpreventiva e specialpreventiva sono sommate senza che una abbia un valore più pregnante rispetto alle altre⁶⁰; le diverse funzioni della pena, secondo tale teoria, si alternano a seconda delle esigenze legate ai casi concreti che vengono affrontati di volta in volta dal giudice. Se la tesi eclettica da un lato si preoccupa di non rompere i ponti con la tradizione, dall'altro si mostra, al contrario, disposta a fare ampie concessioni all'ideale rieducativo.

Tale concezione polifunzionale è introdotta prendendo le mosse da un'idea di sanzione saldamente ancorata al modello retributivo⁶¹.

È significativa, a questo proposito, la posizione di Vassalli che, pur partendo dalla convinzione che l'essenza della pena abbia natura retributiva, finisce per affermare che la funzione rieducativa «è tra tutte la più pregna di significati e di possibilità», aggiungendo che, «già largamente presente nel codice Rocco, entra poi a vele spiegate nel nostro sistema coll'art. 27 della Costituzione repubblicana, nel quale il fine della rieducazione è iscritto addirittura come obiettivo principale, oltre che inderogabile, della pena»⁶².

Vi sono poi Autori in cui la prospettiva della polifunzionalità emerge, già in origine, con una accentuazione più marcata della finalità rieducativa⁶³.

Il riaffiorare dell'interesse per la questione della rieducazione è testimoniato, nei *primi anni sessanta* da convegni di studio su tematiche che direttamente o indirettamente la coinvolgono; di particolare rilevanza scientifico-penalistica fu il convegno tenutosi a Bressanone nel 1963 ed esplicitamente dedicato a questo problema. Da questi incontri di studio risulta che le posizioni assunte dalla dottrina italiana si orientano lungo due direttrici. La prima, non a caso facente capo a Bettiol, è incline ad assegnare alla funzione rieducativa uno spazio limitato alla fase esecutiva; la seconda, più vicina ai non retribuzionisti, sottolinea che il principio

⁵⁹ Per un'attenta analisi del clima socio politico e dottrinale dell'epoca, FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'Ottocento alla riforma penitenziaria*, cit., p. 89 e ss.

⁶⁰ FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, cit., p. 41; PITTARO, *Commentario breve alla Costituzione*, (a cura di) Bartole, Bin, Crisafulli, Paladin, Padova, 2008, p. 281.

⁶¹ VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 296 e ss.

⁶² VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, cit., p. 318 e ss.

⁶³ Tra questi NUVOLONE, *Il problema della rieducazione del condannato*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, cit., pag. 351 e ss.

rieducativo rappresenta non una semplice aspirazione dottrinarica o un generico orientamento di politica criminale, bensì «un preciso imperativo giuridico (...) che ha tutte le caratteristiche della norma ad efficacia immediata»⁶⁴.

Risultato tangibile del rinato interesse verso la funzione rieducativa della pena è da un lato, grazie alla promulgazione della legge n. 1634 del 1962, l'estensione dell'applicabilità della liberazione condizionale agli ergastolani, dall'altro la riproposizione, con un vigore perduto ormai da decenni, della contestazione delle pene detentive brevi. Si rileva come esse non solo allontanano il reo dalla comunità con inevitabili effetti desocializzanti, ma addirittura, in molti casi si rivelano criminogene. Inoltre, un elemento di assoluta novità è costituito dall'individuazione di veri e propri «diritti del condannato», ai quali, fino a quel momento, mai nessuno aveva dato spazio⁶⁵.

Sul finire degli anni sessanta forti spinte verso una tendenza alla piena valorizzazione del principio rieducativo si fanno sentire su due diversi fronti. Innanzitutto le contestazioni del sessantotto hanno inevitabili risvolti anche sul modo di affrontare i problemi relativi alla funzione della pena e al sistema penale nel suo complesso; sorge un nuovo e diffuso interesse politico-culturale per la questione penitenziaria che arriva a coinvolgere anche l'opinione pubblica e che fa sì che vengano accelerati i lavori parlamentari per una riforma in questo campo⁶⁶.

Sull'altro fronte, nello stesso periodo, un rinnovato interesse verso la tematica della rieducazione emerge nell'ambito penalistico accademico dove minore attenzione viene dedicata alle questioni puramente teoriche mentre ci si avvicina di più ai reali problemi del funzionamento del sistema penale.

In un simile contesto politico e culturale il principio di rieducazione trova la sua massima espressione⁶⁷. Affiorano orientamenti teorici che hanno lo scopo di rivedere

⁶⁴ NUVOLONE, *Il problema della rieducazione del condannato*, cit., p. 351.

⁶⁵ FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'Ottocento alla riforma penitenziaria*, cit., p. 95.

⁶⁶ FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'Ottocento alla riforma penitenziaria*, cit., p. 98. Fino a questo momento le tematiche relative alla pena erano state appannaggio esclusivo degli studiosi penitenziaristi. A partire dal 1968, progressivamente, comincia ad essere la parte "bassa" della società «ad assumere il massimo dinamismo di idee», tanto che sono i detenuti stessi a «rivelare i guasti e le arretratezze della vita in carcere e la loro condizione subumana».

⁶⁷ Bisogna sottolineare che tale fiorente stagione per il concetto di rieducazione è in gran parte favorita dall'impegno in questo settore della dottrina più "a sinistra". Non è un caso che le prese di posizione più significative provengano, in questo periodo, da una dottrina di orientamento "marxista" e che siano originate da convegni organizzati da centri culturali gravitanti nell'ambito della sinistra storica. Un altro dato rilevante per comprendere appieno il contesto in cui tali cambiamenti ebbero origine è la nascita della rivista *La questione criminale* che, sotto la direzione di BARATTA e BRICOLA, si propone di contribuire alla trasformazione del sistema sociale sulla base di osservazioni e ricerche scientifiche che considerano il punto di vista dell'interesse delle classi subalterne.

il sistema penale in chiave rieducativa, non più solo assumendo la rieducazione come criterio ispiratore delle misure relative alla fase esecutiva, ma anche nella prospettiva della teoria generale del reato ed in sede di elaborazione teorica dei criteri politico-criminali destinati a guidare la selezione legislativa dei fatti punibili⁶⁸.

Nei *primi anni settanta* la dottrina comincia a realizzare che «quanto più un sistema penale è orientato verso la prevenzione speciale (rieducazione o risocializzazione), tanto maggiore deve essere la gamma di strumenti sanzionatori o di mezzi alternativi rispetto alle sanzioni penali in senso classico che esso offre al giudice»⁶⁹. Da queste riflessioni riparte una rinnovata e più diffusa contestazione delle pene detentive brevi in quanto incapaci di reintrodurre i delinquenti nel consorzio sociale ma, al contrario, idonee solo a produrre rovinosi effetti di contagio criminale e ulteriore desocializzazione.

Nel campo dell'esecuzione penale le speranze rivolte ad «un carcere non più afflittivo ed oppressivo, ma tendente al recupero sociale del condannato, alla sua valorizzazione come uomo e cittadino»⁷⁰ si tramutano in un impegno diretto a far sì che si sviluppino, all'interno dell'istituzione penitenziaria, non solo attività lavorative e culturali, ma, anche, sistemi che siano in grado di facilitare i contatti con la società all'esterno⁷¹.

Il cammino verso l'apertura ad una concezione più innovativa di rieducazione è destinato ad arrestarsi nella *seconda metà degli anni settanta* con l'inesorabile declino dell'ideale rieducativo e la «conseguente rivalutazione delle esigenze di prevenzione generale e difesa sociale»⁷². In questo panorama, sono sempre di più numerose le voci che parlano di rieducazione in termini di puro mito⁷³.

Quanto alla nostra dottrina, essa si focalizza su aspre critiche ai concetti di recupero e reinserimento, evitando di cimentarsi in nuovi tentativi di sintesi di largo respiro sulle funzioni della pena.

Vengono rilevati gli insuccessi di quei Paesi che per primi avevano sperimentato il modello trattamentale rieducativo (soprattutto i Paesi Scandinavi), in cui non era

⁶⁸ FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, cit., p. 242.

⁶⁹ BRICOLA, *Il sistema sanzionatorio penale nel codice Rocco e nel progetto di riforma*, in AA. VV., *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, Atti del seminario organizzato dal Centro studi ed iniziative per la riforma dello Stato, Roma, 1974, p. 41.

⁷⁰ NEPPI-MODONA, *Vecchio e nuovo nell'ordinamento penitenziario*, in AA. VV., *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, cit., p. 12.

⁷¹ FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, cit., p. 244.

⁷² FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, cit., p. 258.

⁷³ Termine usato con tanta frequenza da fare addirittura da titolo per un saggio di DOLCINI pubblicato in quegli anni: *La «rieducazione del condannato tra mito e realtà»* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 489 e ss;

stato raggiunto, secondo quanto risultava dai dati statistici di quel tempo, alcun risultato positivo in materia di recidivismo⁷⁴.

Un ruolo importante è giocato anche dalla crisi economica che dilaga a partire dal 1973 e mette in crisi il sistema del Welfare State; le nuove tecniche alternative al carcere, sebbene inizialmente presentate come meno onerose dell'istituzione carceraria, rivelano ora di non poter fare a meno di un complesso e costoso apparato organizzativo.

Si assiste, insomma, ad un vero e proprio «ritorno neoclassico» accompagnato dalla riscoperta delle teorie dell'intimidazione e della neutralizzazione, presentate non più in chiave retributiva, ma come altra faccia della prevenzione speciale, in relazione a quei soggetti che si fossero mostrati insensibili ai tentativi di risocializzazione⁷⁵.

La conseguenza è che a partire dal '75 ha inizio la produzione legislativa conosciuta come “legislazione di emergenza”. In un momento storico in cui dilaga la criminalità organizzata, terroristica e comune, lo Stato cerca di frenare l'allarme sociale che si scatena nella popolazione mettendo in atto una risposta in chiave repressiva; aumentano i limiti edittali di pena, sono elaborate nuove fattispecie di reato, gli aspetti maggiormente improntati all'ideale rieducativo del nuovo ordinamento penitenziario sono accantonati ed è prevista l'introduzione di una nuova istituzione penitenziaria: il carcere di massima sicurezza.

Invece di elaborare un progetto di intervento ponderato, che prospetti soluzioni strutturali, in grado di risolvere alla base le cause di una tale crisi, ci si limita ad elaborare risposte isolate per far fronte alle situazioni sentite come più urgenti, inasprando la reazione punitiva all'insegna di una prevenzione generale attuata mediante l'intimidazione. Lo scopo sembra essere più quello di inviare un messaggio

⁷⁴ DOLCINI, *La «rieducazione» del condannato tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 495 e ss. Nessuna differenza rilevante si riscontrerebbe, dunque, riguardo alla possibilità di ricadere nel delitto, confrontando gli esiti della detenzione senza che sia stata attuata alcuna forma di trattamento ed il caso in cui, invece, il detenuto sia stato sottoposto a trattamento risocializzante. Addirittura, in questi anni, sulla base di alcune esperienze nordamericane, si diffonde in Europa, proprio presso quegli Stati che hanno sperimentato la crisi dell'ideologia del trattamento rieducativo, la teoria del c.d. *shock-system*. La logica che vi è sottesa è che «un assaggio di prigione è necessario per convincere il delinquente della gravità del suo delitto e per segnalare all'opinione pubblica ed ai mass media che in un modo o nell'altro una qualche pena è stata inflitta». Tale sistema, comunque, entra solo in misura marginalissima nell'arsenale sanzionatorio europeo dal momento che lascia irrisolto il problema, tutt'altro che sottovalutabile, dell'impatto con il carcere, soprattutto per il delinquente primario e per reati di modesta gravità. Per di più in Italia la pena-shock, a causa della lunghezza dei processi, verrebbe inflitta dopo molti anni dalla commissione del reato e si rivelerebbe, pertanto, del tutto inutile. Questo quadro è tracciato da DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano, 1989, p. 10 e ss.

⁷⁵ FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'Ottocento alla riforma penitenziaria*, cit., p. 104.

rassicurante e soddisfacente all'opinione pubblica, che quello di trovare una risposta efficace e lungimirante per la soluzione del problema criminale⁷⁶.

L'atteggiamento di sfiducia verso l'ideale rieducativo 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 '75⁷⁷.

A livello internazionale, concorse a determinare questa perdita di fiducia nei confronti della *rehabilitative justice* il cambiamento di opinione di gran parte dell'intelligenza liberale americana che avvenne in quel periodo. Proprio in questi anni, infatti, in America si va affermando una corrente di pensiero che più che una scuola penalistica, esprime un insieme di idee, una sorta di «manifesto» a metà tra radicalismo e liberal-garantismo, conosciuto come *Justice Model*. Ciò che accomuna gli Autori che vi aderiscono è una decisa opposizione nei confronti della prevenzione speciale (e, in particolar modo, della sua interpretazione riduttiva del trattamento risocializzante), nonché una convinta adesione ai principi classici della certezza del diritto e una più accentuata enfasi sulla centralità dell'azione criminale piuttosto che sull'attore criminale. Trovano pertanto spazio, all'interno di questa posizione, le istanze dirette ad una codificazione penale in cui la pena sia certa ed il più possibile oggettiva, al fine di limitare la discrezionalità del giudice. Alcuni autori arrivano addirittura ad auspicare il ritorno ad un diritto penale di tipo classico, basato su una tecnica sanzionatoria favorevole alla pena-tariffa⁷⁸.

Pare, cioè, di assistere ad un tentativo confuso e parzialmente inconsapevole di trovare un fondamento al diritto di punire una volta che sia entrato in crisi l'apparato giustificativo della *rehabilitative idea*; «l'individuazione opposta di un *Justice Model* adempie pertanto a funzioni di semplice legittimazione di un sistema penale che – depurato di ogni istanza social-utilitarista – si è venuto riducendo ad apparato della sola repressione e come tale sempre più bisognoso di essere giustificato con riferimento ai soli attributi formali della neutralità oggettiva e della certezza»⁷⁹.

Questo insieme di motivazioni tecniche e di mutamenti ideologici fa sorgere il sospetto che, in realtà, alla base delle risultanze negative delle rilevazioni statistiche

⁷⁶ FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, cit., p. 259.

⁷⁷ *Cinquième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, Rapport préparé par le Secrétariat*, p. 38. Comunque, è importante specificare che l'atteggiamento di sfiducia mostrato in questo ambito sembra investire la terapia della personalità condotta durante l'esecuzione penitenziaria in istituto e non la risocializzazione tentata tramite interventi trattamentali in libertà.

⁷⁸ PAVARINI, *La pena «utile», la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo*, in *Rass. penit. e crim.*, 1983, p. 27 e ss.

⁷⁹ PAVARINI, *La pena «utile», la sua crisi e il disincanto*, cit., p. 29.

in merito all'efficacia rieducativa del trattamento carcerario, vi sia la volontà politica di svalutare tale prospettiva trattamentale⁸⁰. A sostegno di questa tesi vi è una relazione accademica apparsa alla fine degli anni settanta proprio negli Stati Uniti. La relazione rivaluta i risultati delle rilevazioni condotte fino a quel momento, denunciando errori metodologici che riaprono la questione relativa ai risultati del trattamento⁸¹. Informazioni ancora più confortanti arrivano dall'area tedesco-occidentale dove, in base alla rivalutazione di ben quindici precedenti studi, emerge che i condannati sottoposti a trattamento in istituti di c.d. terapia sociale presentano un livello di recidiva più basso rispetto ai soggetti sottoposti a normale esecuzione penale⁸². Inoltre, si deve sottolineare che le risultanze statistiche più scoraggianti riguardo alla possibilità di risocializzare chi si è macchiato di un delitto non riguardano l'idea di trattamento in generale, ma sono riferite ad una modalità di trattamento inteso come terapia della personalità condotta in carcere da esperti in scienze psicologiche. Non rientrerebbero, pertanto, nelle critiche avanzate le tecniche incentrate sul "trattamento in libertà"⁸³. Per di più, sia nel sistema trattamentale attuato negli Stati Uniti, sia in quello attuato nei Paesi scandinavi, è mancata un'applicazione generalizzata delle moderne tecniche di trattamento e pertanto alla gran parte dei detenuti è stata preclusa la possibilità di accesso a tali innovative tecniche di reinserimento, falsando l'interpretazione dei dati statistici che hanno preso in considerazione il sistema penitenziario nel suo complesso⁸⁴.

È pertanto legittimo il sospetto che l'asserito fallimento rieducativo, sostenuto da dati scientifici, sia, nella realtà dei fatti, una scusa addotta allo scopo di celare la difficoltà del Welfare State, caduto in crisi, di far fronte ad un tale impegno, mancando le risorse necessarie a finanziare complessi e costosi programmi in questo senso⁸⁵.

Se è vero che in base a queste osservazioni mancano a tutt'oggi dati certi dal punto di vista scientifico che inducano a giustificare l'abbandono dei tentativi di dare alla pena

⁸⁰ FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, cit., p. 261.

⁸¹ SECHREST e altri (a cura di), *The rehabilitation of Criminal Offenders: Problems and Prospects*, Washington D.C., 1979.

⁸² Gli istituti di «terapia sociale», prima previsti nel codice tedesco-occidentale come misura di sicurezza, sono oggi disciplinati come modalità di esecuzione della pena detentiva. Questi istituti sono all'avanguardia per quanto riguarda il trattamento di persone condannate affette da carenze di socializzazione o da disturbi della personalità. Resta tuttavia aperto l'interrogativo, se i migliori risultati ottenuti con la terapia sociale derivino dalla speciale selezione dei campioni ovvero dalle specifiche modalità del trattamento.

⁸³ FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, cit., p. 262; si esprime nello stesso senso DOLCINI, *La «rieducazione» del condannato tra mito e realtà*, cit., p. 500 e ss.

⁸⁴ DOLCINI, *La «rieducazione» del condannato tra mito e realtà*, cit., p. 503.

⁸⁵ FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, cit., p. 262.

valenza rieducativa, non si può negare che molte critiche continuarono ad essere rivolte, anche negli anni successivi, a tale ideale rieducativo.

Ancora a cavallo degli anni *ottanta e novanta*, infatti, sono numerose le correnti di pensiero criminologico e penologico che contestano l'individuazione della funzione principale della pena nella prevenzione speciale. Nel contesto storico di quegli anni, la prevenzione speciale si identifica quasi totalmente con l'ideologia rieducativa come frutto di una scelta politico-ideologica di tipo solidaristico-umanitario. L'orientamento sociale e politico si sono mostrati inclini a considerare la questione criminale come un problema di sottosviluppo e di emarginazione, indirizzando pertanto gli strumenti punitivi verso obiettivi di recupero e reinserimento sociale del reo, senza peraltro tenere conto dei casi in cui chi commette un reato è perfettamente inserito nella società e approfitta proprio di ciò per delinquere (si pensi ai c.d. crimini dei colletti bianchi). Ed è proprio alla luce di questa prospettiva ideale e politicamente finalizzata che si spiegano i limiti della presa di posizione costituzionale sulla funzione della pena⁸⁶.

Proprio il tracollo della credibilità dell'ideale rieducativo ha finito col diventare, a partire dalla prima metà degli anni '80, il motivo dei tanti tentativi volti ad approcciarsi alla tematica della funzione della pena in modi nuovi.

Una delle principali reazioni consiste nella dilagante reviviscenza della prevenzione generale.

Anche se alcuni autorevoli studiosi italiani della prevenzione generale tengono ad affermare che detto studio «non si pone affatto in alternativa alla prospettiva di risocializzazione del condannato, la quale è a sua volta da perseguire con ogni mezzo, disponibile»⁸⁷, è tuttavia un fatto attestato che l'attenzione per la prevenzione generale ha origine dalla volontà di contrapporla all'ideologia del trattamento; ciò non costituirebbe di per se un elemento di novità se non fosse accompagnato dalla volontà, da parte della dottrina, di conferirle una nuova legittimazione.

Ad essere privilegiata, in questa nuova fase, è la dimensione *positiva* o di *orientamento culturale* della prevenzione generale; l'efficacia general-preventiva non è più fatta dipendere, come nella maggior parte degli esempi del passato, dall'effetto intimidativo, ma dall'introduzione psicologica dei modelli di comportamento socialmente approvati, cercando soprattutto di formare la moralità del cittadino

⁸⁶ FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, cit., p. 263.

⁸⁷ ROMANO-STELLA, *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 1.

medio. Essa è pertanto indirizzata non solo ai trasgressori delle norme, ma, anche, e soprattutto, alla comunità dei cittadini in generale⁸⁸.

Per quanto riguarda le matrici concettuali su cui poggia questa teoria, esse sono da individuare nella psicologia sociale e psicologia del profondo, il cui ricorso comporta risvolti tutt'altro che chiari: il fatto che la pena sia uno strumento per canalizzare le reazioni suscitate nella collettività dagli episodi delittuosi comporta il rischio che si dia nuovo spazio agli antichi quanto irrazionali bisogni di punizione insiti nella coscienza sociale, smettendo, d'altro canto, di ricercare strumenti attraverso i quali rivedere criticamente il sistema penale⁸⁹.

In particolare, una tesi di questo tipo, concentrando le sue attenzioni sull'efficacia che la pena deve avere per la società, finisce inevitabilmente per abbandonare al suo destino il singolo individuo che si sia già macchiato di un reato, dimenticando di tentare, nei suoi confronti, quella reintroduzione in società auspicata dalla Costituzione.

Tra le correnti tendenti alla delegittimazione della rieducazione, ottiene anche in Italia un grande eco la tesi del c.d. *labelling approach* (o *teoria dell'etichettamento*), una tra le tesi più rivoluzionarie e innovatrici elaborate in questo contesto storico, grazie alla quale avviene una specie di rovesciamento delle teorie tradizionali penali e della difesa sociale: non si tratta più di studiare i comportamenti dei criminali e le ragioni del loro agire, oltre agli eventuali rimedi, ma di studiare i criteri in base ai quali viene appiccicata l'etichetta di deviante ad alcuni soggetti, il modo in cui avviene il processo di criminalizzazione e gli interessi sottostanti ad esso⁹⁰.

La criminalità, secondo tale teoria, sarebbe un fenomeno di per sé privo di un sostrato ontologico e costituirebbe piuttosto il risultato di un processo di etichettamento. Lo scopo di tale forte stigmatizzazione risultante dal processo di criminalizzazione, è quello di mantenere l'ordine verticale della società; andando a colpire gli strati sociali più bassi la sanzione penale fa sì che ne venga interrotta l'ascesa sociale. Tale obiettivo è raggiunto massimamente dalla pena carceraria che si presenta come un enorme contenitore di marginalità economica, sociale e culturale

⁸⁸ PAVARINI, *Silète poenologi in munere alieno!*, cit., p. 21.

⁸⁹ FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, cit., p. 271.

⁹⁰ VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione*, cit., p. 455. Tale approccio al problema criminale è introdotto in Italia da BARATTA, teorico della "criminologia critica", che ne fa un'ampia esposizione nella sua opera *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, 1982, p. 83 e ss

che, lungi dal risocializzare, non farebbe altro che rafforzare l'identità deviante dei condannati, agevolandone l'ingresso in una vera e propria carriera delinquenziale⁹¹.

In secondo luogo, gli Autori che aderiscono al *labelling approach* denunciano che il punire solo certi ben precisi comportamenti illegali serve in realtà a coprire un numero più ampio di comportamenti illeciti che restano in questo modo immuni dal processo di criminalizzazione; l'applicazione selettiva del diritto penale ha come risultato la copertura ideologica di una criminalità che per motivi politici non si vuole che emerga.

Le conclusioni cui pervengono queste tesi, individuano nella sanzione penale quella che può essere definita la «punta dell'iceberg»⁹² dell'intero sistema di controllo sociale, di un processo di selezione in cui l'intervento del sistema penale è solo l'ultimo risultato. Invece che essere la risposta della società onesta ad una minoranza criminale, la pena è essa stessa lo strumento che crea una popolazione criminale reclutata tra i soggetti posti ai margini della società⁹³.

È inutile, pertanto, parlare di recupero sociale o rieducazione rispetto a una criminalità che non ha alcun fondamento nella realtà naturale ma che è vista come un fenomeno socialmente costruito attraverso processi definitivi stigmatizzanti⁹⁴.

Nel complesso panorama di critiche nei confronti della funzione rieducativa della pena un'altra posizione molto significativa, sebbene isolata, è quella sviluppatasi in ambito olandese e nota come *abolizionismo penale*⁹⁵. Essa, con una serie di considerazioni non prive di riscontri, persegue l'abolizione del sistema penale esistente: un sistema che non ha affatto il solido fondamento sociale e psicologico che si è soliti attribuirgli e che comunque si è dimostrato fallimentare in relazione al

⁹¹ PAVARINI, *La pena «utile», la sua crisi e il disincanto*, cit., p. 31.

⁹² Espressione simbolica efficacemente usata da PAVARINI, *La pena «utile», la sua crisi e il disincanto*, cit., p. 31, per spiegare l'idea di stigmatizzazione criminale espressa da BARATTA nella sua opera *Criminologia critica e critica del diritto penale*, cit., p. 83 e ss. Secondo questo autore le *labelling theories* rappresentano una delle punte più avanzate verso la coscienza dell'autonomia dell'oggetto dell'indagine criminologica rispetto alle definizioni legali.

⁹³ BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, cit., p. 83 e ss.

⁹⁴ È ormai abbastanza diffusa la critica secondo la quale il *labelling approach* o *teoria dell'etichettamento* pur riuscendo a spiegare bene alcuni fondamentali fattori che portano al processo di criminalizzazione, trascura il problema delle condizioni storiche e materiali che stanno alla base delle forme di criminalità e della loro stigmatizzazione. La teoria pertanto non può essere applicata in maniera unilaterale ma va integrata con la ricerca eziologica del comportamento criminalizzato. Di questa esigenza di approccio integrato si occupa BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, cit., p. 89 e ss. Valorizzando i contenuti dell'analisi del *labelling approach* possiamo dire che risulta convalidata la duplice esigenza di introdurre profonde modifiche in tema di esecuzione penale e di sperimentare tecniche di risocializzazione meno produttive di effetti stigmatizzanti.

⁹⁵ VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione*, cit., p. 456. Questa teoria è elaborata dall'insigne penalista olandese Hulsman che fu il primo a definirne le linee guida.

problema della criminalità. La rieducazione non è combattuta in quanto tale, ma in quanto inaccettabilmente priva di risultati positivi.

Una risposta originale al problema della situazione critica della legittimazione della pena è quella che propone uno «smascheramento» della pena stessa⁹⁶. Secondo questa tesi si deve evitare di attribuire alla sanzione penale quelle finalità fittizie che sono state tradizionalmente escogitate per garantirle una utilità sociale; la pena va invece accettata nella sua dura realtà, quale espressione concreta della natura conflittuale del diritto penale, anche se il risultato è che esso si manifesta come diritto alla repressione pura e semplice. Devono pertanto essere valutati con estrema cautela i costi sociali e umani che la pena comporta.

Una posizione in netto contrasto con quelle analizzate fino ad ora occupano invece gli Autori che, pur ritenendo che in tutte le critiche variamente formulate contro il principio rieducativo esistano molti elementi di verità, affermano che ciò non possa legittimare la messa in oblio o la liquidazione del principio stesso⁹⁷. Nessuna delle obiezioni sopra ricordate appare decisiva. Secondo i sostenitori di questa tesi, quando era stato decretato il fallimento dei programmi di risocializzazione, giustificandolo con i presunti insuccessi pratici sul piano del trattamento, lungi dal supportare le affermazioni con prove scientificamente inconfutabili, ci si era per lo più appagati di slogans⁹⁸. I programmi di trattamento che avrebbero potuto portare a risultati davvero efficaci nel senso del reinserimento sociale non sono mai stati adeguatamente elaborati e applicati per cui mancano risultati certi e probanti che autorizzino ad abbandonare la prospettiva del trattamento rieducativo. In un Paese che, come l'Italia, vede la funzione rieducativa della pena iscritta nella propria Costituzione e nelle leggi che sono la messa in atto di essa, non possono essere addotte giustificazioni che consentano con semplicità di accantonare un principio di tale importanza⁹⁹. Se è vero che la scelta a favore di un ulteriore potenziamento delle prassi rieducative può assumere i caratteri di un'opzione utopica, è anche vero che proprio questo è l'atteggiamento che meglio corrisponde all'aspirazione solidaristica

⁹⁶ È questa la tesi espressa da PAVARINI a chiusura del saggio *La pena «utile»*, cit., p. 32.

⁹⁷ Tra questi VASSALLI, come si evince nel saggio *Il dibattito sulla rieducazione*, cit., p. 456.

⁹⁸ FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, cit., p. 340.

⁹⁹ PAVARINI, *Silète poenologi in munere alieno!*, cit., p. 21. In questo passo l'autore sottolinea però che questa resistenza, sebbene ancorata a principi forti e nobili dai quali difficilmente si può prendere le distanze, rischia di svilirsi in patetica nostalgia per qualcosa che non c'è più. Lo scopo della specialprevenzione positiva si basa sul presupposto che lo Stato sociale di diritto persegue il fine della integrazione sociale e pertanto anche la pena deve essere risocializzante. «Ma se nell'agenda politica della postmodernità ad imperare è la finalità dell'esclusione sociale com'è possibile sostenere che, ciò nonostante, il sistema penale debba perseguire il fine della reintegrazione sociale?».

che permea tutta la nostra Costituzione. Accertato che la società è corresponsabile nella genesi di un delitto, è necessario continuare a ravvisare nella pena uno strumento di ausilio offerto al reo; ed è esattamente questa tensione verso la rieducazione a porre lo Stato in una situazione di superiorità morale, grazie alla quale è legittimato a punire chi ha delinquito¹⁰⁰.

2.3. *La funzione rieducativa nel panorama attuale.*

Oggi, in uno Stato che si proclama laico, secolarizzato e pluralista, dove la sovranità è attribuita al popolo, non sarebbe ammissibile fare ricorso alla pena per realizzare fini trascendenti o etici. Pertanto, la pena non può essere applicata con funzione retributiva, non potrà porsi più come pena giusta in assoluto, retribuendo il male del reato con un male equivalente¹⁰¹.

Il paradigma retributivo finisce, nelle interpretazioni attuali prevalenti, per perdere il suo ruolo autonomo¹⁰². L'odierno equivalente dell'idea retributiva può, infatti, essere considerato il *principio di proporzione*, dal momento che la sua logica induce pur sempre a orientare la risposta punitiva alla gravità dell'illecito commesso¹⁰³. In questo senso la teoria retributiva si mostra disponibile ad essere rimessa in gioco proprio entro la prospettiva della prevenzione generale; la collettività si conforma al sistema delle leggi e ne rispetta i precetti se li percepisce come “giusti” nel senso di proporzionati, mentre la minaccia di una pena eccessivamente severa o eccessivamente clemente altera nei consociati la percezione di quella corretta scala di valori che dovrebbe riflettersi nel rapporto tra i vari reati e le sanzioni corrispondenti. Inoltre, il principio di proporzionalità può essere applicato anche alla prevenzione speciale volta alla rieducazione, dal momento che un trattamento rieducativo

¹⁰⁰ FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, cit., p. 340.

¹⁰¹ DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 9.

¹⁰² Il paradigma retributivo era tornato di moda, a partire dagli anni '60, soprattutto sotto la spinta delle elaborazioni di autori insigni quali Bettiol e Mathieu, con l'etichetta di *neoretribuzionismo*. In Mathieu rivive dichiaratamente la dottrina hegeliana della pena come giusta e simmetrica retribuzione, necessaria per cancellare il reato dal reo e dalla società e non finalizzata ad altro scopo: una pena-castigo che spetta all'uomo per il suo demerito e che ne garantisce la libertà. Egli afferma che dal momento in cui sono stati applicati nella pratica i postulati della giustizia rieducativa, essi avrebbero avuto come unico risultato quello di aver fatto approdare ad un vero e proprio «collasso della giustizia penale». L'idea della rieducazione non è respinta in *toto* ma può essere accettata solo come riflesso dell'afflizione e della retribuzione e, cioè, come risultato di emenda derivante dall'applicazione della pena giusta. Così si esprime MATHIEU, *Perchè punire? Il collasso della giustizia penale*, Milano, 1978, p. 175 e ss.

¹⁰³ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 704; FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, cit., p. 265; PITTARO, *Commentario breve alla Costituzione*, cit., p. 281.

correttamente inteso presuppone che il destinatario si renda consapevole del torto commesso ed avverta come giusta e proporzionata la sanzione che gli è inflitta. Solo se il reo avverte la «proporzionalità» della sanzione, potrà accettare un processo rieducativo diretto allo sviluppo della sua capacità di apprezzare i valori protetti dall'ordinamento¹⁰⁴.

Per quanto riguarda le funzioni generalpreventive e specialpreventive, sarà necessario analizzarne la portata attuale in relazione alle diverse fasi della minaccia legale, dell'inflizione giudiziale e dell'esecuzione.

Nello stadio della *minaccia legislativa*, la scelta del legislatore di fare ricorso alla sanzione penale si legittima in chiave di prevenzione generale¹⁰⁵; se si vuole raggiungere l'obiettivo di evitare la commissione di reati, occorre fare in modo che il sistema penale abbia efficacia dissuasiva verso i consociati¹⁰⁶. L'effetto di prevenzione generale perseguito dal legislatore, tuttavia, trova un limite insormontabile nella funzione di prevenzione speciale, e più precisamente nel concetto di rieducazione enunciato all'art. 27 co. 3 Cost. Non solo la tipologia, ma anche la misura della pena minacciata devono necessariamente tenere in considerazione che, in seguito, sia nella fase dell'inflizione della pena che in quella della conseguente esecuzione, la finalità che dovrà essere perseguita sarà principalmente quella di reinserimento dell'individuo in società¹⁰⁷. Pertanto, a differenza di quanto accade negli Stati di impronta autoritaria, l'efficacia deterrente non potrà essere perseguita in maniera indiscriminata¹⁰⁸. La pena, oltre a dover essere proporzionata alla gravità del fatto dovrà essere anche necessaria, nel senso che vi si dovrà fare ricorso come *ultima ratio*. Il legislatore dovrà pertanto escludere dalla sfera del penalmente rilevante non solo i reati bagatellari ma anche fatti di notevole gravità quando comunque la sanzione penale non sarebbe in grado di distogliere i consociati dal commetterli¹⁰⁹.

¹⁰⁴ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 704.

¹⁰⁵ DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 9.

¹⁰⁶ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 714.

¹⁰⁷ DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 9.

¹⁰⁸ È proprio in forza di questa considerazione che risulta difficile giustificare la presenza della pena dell'ergastolo (art. 22 c.p.) nel nostro ordinamento penale; per una analisi più approfondita di questo problema si veda *infra* il par. 5.3.

¹⁰⁹ DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 13; Gli Autori prendono ad esempio ciò che avvenne in passato in relazione all'aborto: in Italia, come in tutti i Paesi in cui l'interruzione della gravidanza era penalizzata, gli aborti clandestini erano frequentissimi e pertanto l'efficacia di prevenzione generale di questa fattispecie di reato era pressoché nulla; dal momento in cui l'aborto fu legalizzato, progressivamente il numero degli aborti diminuì fino a raggiungere, oggi, un numero di aborti (circa 150.000 all'anno nel 2010) pari ad un terzo di quelli praticati clandestinamente quando questa pratica era illegale (circa 350.000 all'anno nel 1977).

Per quanto riguarda lo scopo che deve orientare le scelte del giudice nella *fase giudiziale*, ci si deve rifare al dettato costituzionale nella parte in cui afferma che «le pene (...) devono tendere alla rieducazione del condannato» (art. 27 co. 3 Cost.). Il giudice dovrà, dunque, orientare le sue scelte in funzione di tale finalità e scegliere, tra più fattispecie sanzionatorie, quella maggiormente idonea a prevenire il rischio che egli delinqua nuovamente; il giudice dovrà poi seguire la stessa logica nel momento in cui dovrà stabilire il *quantum* di pena entro la cornice edittale fissata dalla norma incriminatrice¹¹⁰.

Se in questa fase si continuasse ad attribuire «un ruolo preponderante alla preoccupazione di distogliere la generalità dei cittadini dal commettere reati, si tenderebbe inevitabilmente a infliggere condanne esemplari», con il risultato che il singolo criminale verrebbe strumentalizzato «per fini generali di politica criminale»¹¹¹. Una tale scelta, imponendo al singolo un sacrificio ingiusto in nome del bene collettivo, oltre a porsi in contrasto con il principio di personalità della responsabilità penale (art. 27 co. 1 Cost.), costituirebbe una inammissibile violazione della dignità umana del delinquente (art. 3 co. 1 Cost.)¹¹². Ciò non vuol dire, tuttavia, che la funzione di prevenzione generale rimanga estranea al momento dell'inflizione della pena da parte del giudice. Sebbene goda di uno spazio molto più ristretto rispetto a quello che le viene attribuito nella fase della minaccia legale, la prevenzione generale continua ad avere un ruolo molto importante non solo in forma di intimidazione-deterrenza, ma anche di orientamento culturale: conferma la serietà della minaccia contenuta nella norma incriminatrice facendo seguire «alla previsione legale della pena la sua applicazione in concreto con la pronuncia della sentenza di condanna»¹¹³, mostrando così ai potenziali trasgressori che se violeranno la legge non resteranno impuniti.

Una volta che la pena sia stata minacciata dal legislatore ed applicata dal giudice, dovrà essere eseguita; se le pene rimanessero lettera morta il sistema penale mancherebbe di qualsiasi credibilità. Pertanto, che le pene minacciate dal legislatore e poi inflitte dal giudice debbano trovare esecuzione è imposto, ancora una volta, da

¹¹⁰ DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 14, 15.

¹¹¹ FIANDACA- MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 714.

¹¹² DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 16; Vi sarebbe una violazione del principio di personalità della responsabilità (art. 27 co. 1 Cost.) perché, in parte, la pena applicata al singolo non è riconducibile ad una violazione da lui commessa ma è inflitta per evitare che in futuro altre persone commettano lo stesso reato. Il principio della dignità dell'uomo (art. 3 co. 1 Cost.), invece, è lesa perché nessuno, neppure lo Stato, ha il diritto di degradare l'uomo a semplice mezzo per veicolare un ammonimento diretto alla collettività.

¹¹³ DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 15.

esigenze di prevenzione generale. Nonostante ciò, resta il fatto che la prevenzione generale svolge un ruolo decisamente secondario nella fase esecutiva, che, invece, deve essere orientata il più possibile verso la funzione di prevenzione speciale; qui infatti domina la preoccupazione che il condannato, grazie ad un trattamento improntato alla rieducazione, possa tornare a far parte della società libera, nel pieno rispetto delle regole del vivere civile¹¹⁴.

Nella *fase esecutiva* il principio rieducativo incontra però un grosso limite: qualora la rieducazione del condannato si mostri impossibile da raggiungere ed egli si riveli insensibile anche agli effetti di intimidazione-ammonimento della pena, la rieducazione, nel sistema delineato dal nostro ordinamento penale, cede il passo alla *neutralizzazione*. È questa la linea seguita dall'ordinamento penitenziario agli artt. 4-*bis* e 41-*bis*, sebbene siano sorti notevoli dubbi di legittimità Costituzionale in relazione all'art. 27 co. 3 Cost¹¹⁵. In base agli artt. 4-*bis* e 41-*bis*, nei confronti dei criminali che fanno parte della criminalità organizzata, della mafia e di organizzazioni terroristiche, la funzione principale che assume la pena è quella di difesa della società dal rischio che questi soggetti, mantenendo dal carcere i contatti con le organizzazioni criminali di appartenenza, possano continuare a delinquere anche durante l'esecuzione stessa della pena; la funzione rieducativa viene messa da parte, preferendo la neutralizzazione di individui ritenuti comunque irrecuperabili¹¹⁶.

3. *La concezione polifunzionale della pena e l'orientamento della Corte costituzionale.*

Molte volte, la Corte costituzionale ha dato un'interpretazione riduttiva del principio di rieducazione volta ad arginarne, almeno in parte, la carica dirompente; per far ciò ha proposto una lettura "polifunzionale" della pena, dandone, nel tempo, diverse interpretazioni ed applicazioni.

¹¹⁴ FIANDACA- MUSCO, *Diritto penale*, cit. p. 714.

¹¹⁵ Il regime particolare previsto nei confronti dei detenuti ai quali sono applicati gli artt. 4-*bis* e 41-*bis* dell' ord. penit. nega la possibilità di accedere alle normali regole di trattamento penitenziario, volte alla rieducazione dei detenuti, in ragione della loro pericolosità sia interna al carcere sia esterna. Sulla base del solo reato compiuto e non dell'osservazione del comportamento tenuto in ambito penitenziario, i soggetti sottoposti a questo regime sono, di fatto, estromessi dall'applicazione dell'art. 27 co. 3 Cost. che, invece, dovrebbe valere in ogni caso. Sulla base di queste osservazioni sono state sollevate dinanzi alla Corte costituzionale diverse questioni di legittimità. A titolo puramente esemplificativo possiamo ricordare le sentenze 23 novembre 1993, n. 410; 14 ottobre 1996, n. 351; 26 novembre 1997, n. 376; 24 aprile 2003, n. 135; 23 dicembre 2004, n. 417; 28 maggio 2010, n. 190 (tutte consultabili sul sito internet www.cortecostituzionale.it). La Corte costituzionale, in tutte queste occasioni, ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità.

¹¹⁶ DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 17, 18.

Del concetto di “polifunzionalità” sono state offerte, infatti, differenti accezioni nel corso dell'evoluzione dottrinale. Come abbiamo visto precedentemente, si parla per la prima volta di concezione polifunzionale della pena negli anni sessanta del secolo scorso¹¹⁷.

In questa prima fase essa viene definita *eclettica* o *sincretistico-additiva*¹¹⁸. Secondo tale posizione, che è rimasta dominante per oltre un trentennio, la pena assolve contemporaneamente alla funzione retributiva, generalpreventiva, specialpreventiva; in tale composito quadro trova spazio anche la finalità rieducativa, che viene, tuttavia, circoscritta tendenzialmente alla fase dell'esecuzione. In questo generico eclettismo «tutte le diverse ed eterogenee funzioni assegnate alla pena vengono confusamente sommate l'una all'altra senza instaurare tra le stesse un ordine gerarchico o di priorità» conferendo così al giudice l'opportunità di «potere disporre di uno strumento concettuale flessibile e duttile, in una prospettiva strumentale al soddisfacimento di esigenze politico-criminali considerate di volta in volta prevalenti»¹¹⁹.

Il modello sincretistico-additivo di pena polifunzionale è stato accolto per lungo tempo dalla giurisprudenza costituzionale. Ciò si spiega con il fatto che una simile posizione offre alla Corte un comodo alibi per privilegiare ora l'una ora l'altra finalità della pena, in un'ottica finalizzata al soddisfacimento di esigenze contingenti¹²⁰. Un esempio di tale linea di lettura è offerto dalle sentenze, tutte di rigetto, n. 12 del 1966 (sulla pena pecuniaria)¹²¹, n. 264 del 1974 (sulla pena dell'ergastolo)¹²², n. 282 del

¹¹⁷ VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, cit., p. 308 e ss

¹¹⁸ FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3*, cit., p. 332; FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, cit., p. 41.

¹¹⁹ FIANDACA, *Scopi della pena fra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale*, cit., p. 135.

¹²⁰ FIANDACA -DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, cit., p. 41; in maniera più specifica si può dire che, secondo gli Autori, il modello in questione fa sì che, a seconda dei casi e delle relative questioni di costituzionalità da risolvere, possa essere attribuito rilievo prioritario (come è accaduto e accade la maggior parte delle volte) al momento retributivo e generalpreventivo ovvero (ma ben più raramente) a quello rieducativo.

¹²¹ Cfr. sent. Corte cost. 4 febbraio 1966, n. 12 in *www.cortecostituzionale.it*. Tale sentenza, nel dichiarare non fondato il dubbio di costituzionalità della pena pecuniaria, contemplata in relazione ad alcune tipologie di reato, individua la «vera portata del principio rieducativo» in base ad una lettura coordinata delle due parti da cui è composto il co. 3 dell'art. 27 Cost. Si legge, infatti, nella motivazione che «la rieducazione del condannato, pur nella importanza che assume in virtù del precetto costituzionale, rimane sempre inserita nel trattamento penale vero e proprio (...). Il principio rieducativo dovendo agire in concorso con le altre funzioni della pena, non può essere inteso in senso elusivo ed assoluto».

¹²² Cfr. sent. Corte cost. 7 novembre 1974, n. 264, in *www.cortecostituzionale.it*. Anche qui si ribadisce che «la Costituzione, oltre a disporre che le pene siano sempre umane, evidenzia la necessità che le pene abbiano quale funzione e fine il riadattamento alla vita sociale. Orbene, funzione (e fine) della pena non è certo il solo riadattamento dei delinquenti, purtroppo non sempre conseguibile. A prescindere sia dalle teorie retributive secondo cui la pena è dovuta per il male commesso, sia dalle

1989 (sulla liberazione condizionale)¹²³ e n. 306 del 1993 (sui collaboratori di giustizia). In quest' ultima pronuncia viene chiaramente affermato che «tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena, da un lato quella della 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 e 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, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata»¹²⁴.

L'impostazione appena considerata risulta però facilmente attaccabile sia dal punto di vista teorico che sul terreno della prassi applicativa, dove si è mostrata poco funzionale¹²⁵. Sotto il profilo teorico, la semplice somma delle diverse funzioni della pena fa sì che i difetti di ciascuna ne escano, anziché compensati, moltiplicati. Sul terreno della prassi, una eccessiva mescolanza di elementi rende difficile risolvere il problema delle antinomie degli scopi nel momento della commisurazione della pena. L'esigenza di far fronte a questi inconvenienti, che finiscono, peraltro, per sottovalutare il rango che l'art 27 co. 3 Cost. assegna al principio rieducativo, ha indotto ad elaborare un modello teorico più evoluto di polifunzionalità, identificabile con la c.d. teoria *associativo-dialettica*¹²⁶. Invece che sommare, parificandole, tutte le

dottrine positiviste secondo cui esisterebbero criminali sempre pericolosi e assolutamente incorreggibili, non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena. E ciò basta per concludere che l'art. 27 della Costituzione, usando la formula "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato", non ha proscritto la pena dell'ergastolo (come avrebbe potuto fare), quando essa sembri al legislatore ordinario, nell'esercizio del suo potere discrezionale, indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi, o mezzo per isolare a tempo indeterminato criminali che abbiano dimostrato la pericolosità e l'efferatezza della loro indole».

¹²³ Cfr. sent. Corte cost. 25 maggio 1989, n. 282, in *www.cortecostituzionale.it*, secondo la quale non è necessario delineare una assoluta, statica gerarchia tra le molteplici finalità della pena. Si legge che, invece, «è certo necessario, indispensabile, di volta in volta, per le varie fasi (incriminazione astratta, commisurazione, esecuzione) o per i diversi istituti di volta in volta considerati, individuare a quale delle finalità della pena, ed in che limiti, debba esser data la prevalenza ma non è consentito stabilire a priori, una volta per tutte (neppure a favore della finalità rieducativa) la precitata gerarchia».

¹²⁴ Cfr. sent. Corte cost. 8 luglio 1993, n. 306, in *www.cortecostituzionale.it*. Altre sentenze della Corte costituzionale, più risalenti, sempre orientate in tale senso sono la n. 48 del 1962 (sulla sospensione condizionale della pena), la n. 67 del 1963 (sulle frodi nella produzione e nel commercio di prodotti agrari), la n. 124 del 1970 (sul divieto di perizia per stabilire la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato), la 179 del 1973 (sul divieto di perizia psicologica) e la n. 107 del 1980 dove è esplicitamente ribadito che «accanto alla rieducazione del condannato la pena persegue altri scopi».

¹²⁵ FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3*, cit., p. 333.

¹²⁶ FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3*, cit., p. 333.; FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, cit., p. 42.

funzioni della pena, essa, progressivamente, attribuisce prevalenza sempre maggiore alla finalità rieducativa.

Gli ultimi quarant'anni di giurisprudenza, sono contrassegnati da una lenta, ma significativa evoluzione che, muovendo da una originaria concezione polifunzionale della pena nella prospettiva di un recepimento cauto del fine rieducativo, ha «progressivamente attinto momenti di più ampia valorizzazione di esso fino a giungere a qualificare la rieducazione del condannato come fine principale ineludibile della pena stessa»¹²⁷.

Anche se, dapprima, la funzione rieducativa viene riconosciuta come funzione essenziale della pena solo in relazione alla fase esecutiva, ben presto, si afferma nelle sentenze della Corte costituzionale come referente essenziale anche per la fase della minaccia e della commisurazione¹²⁸. Una importante tappa in questo percorso ermeneutico è rappresentata dalla sentenza n. 204 del 1974, riguardante l'istituto delle liberazione condizionale. In questa occasione la Corte afferma che tale istituto «rappresenta un particolare aspetto della fase esecutiva della pena restrittiva della libertà personale e si inserisce nel fine ultimo e risolutivo della pena stessa, quello, cioè, di tendere al recupero sociale del condannato»¹²⁹. Partendo da questo presupposto ne deriva l'importante conseguenza che «con l'art. 27, terzo comma, della Costituzione l'istituto [della liberazione condizionale] ha assunto un peso e un valore più incisivo di quello che non avesse in origine; rappresenta, in sostanza, un peculiare aspetto del trattamento penale e il suo ambito di applicazione presuppone un obbligo tassativo per il legislatore di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle»¹³⁰. Viene così enunciato il principio per cui la rieducazione è sottratta all'ambito della mera esecuzione penale e consegnata al legislatore che dovrà fare ricorso ad ogni strumento normativo idoneo a perseguire tale fine¹³¹.

Nel cammino ermeneutico che conduce alla valorizzazione della rieducazione tracciato dalla Corte costituzionale, si inserisce, con un ruolo fondamentale, la

¹²⁷ FRIGO, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, intervento nell'ambito del Convegno 'Scambio di analisi ed esperienze sul rapporto tra le nostre Costituzioni e i principi penali', Madrid-Valencia, 13-14 ottobre 2011, in [www.cortecostituzionale.it/relazioni internazionali/incontri internazionali](http://www.cortecostituzionale.it/relazioni_internazionali/incontri_internazionali).

¹²⁸ In questo senso FRIGO, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, cit.; PUGIOTTO, *Una questio sulla pena dell'ergastolo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, rivista online, 5 marzo 2013, www.penalecontemporaneo.it.

¹²⁹ Cfr. sent. Corte cost. 27 giugno 1974, n. 204, in www.cortecostituzionale.it.

¹³⁰ Cfr. sent. Corte cost. 27 giugno 1974, n. 204, in www.cortecostituzionale.it.

¹³¹ FRIGO, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, cit.

sentenza n. 364 del 1988. Tale sentenza, notissima per la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p. nella parte in cui non escludeva dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile, per la prima volta collega la colpevolezza alla finalità rieducativa. Qui si legge che «non avrebbe senso la “rieducazione” di chi, non essendo almeno “in colpa” (rispetto al fatto), non ha certo “bisogno” di essere “rieducato”. Soltanto quando alla pena venisse assegnata esclusivamente una funzione deterrente (ma ciò è sicuramente da escludersi, nel nostro sistema costituzionale, data la grave strumentalizzazione che subirebbe la persona umana) potrebbe configurarsi come legittima una responsabilità penale per fatti non riconducibili (...) alla predetta colpa dell'agente, nella prevedibilità ed evitabilità dell'evento»¹³².

Un ideale *continuum* rispetto alla sentenza n. 364/1988 è rappresentato dalla sentenza 313 del 1990. Tale sentenza è stata oggetto di grande interesse per la forte rivalutazione che essa ha operato del principio rieducativo in un frangente storico in cui era già molto diffuso il disincanto rispetto alla possibilità di metterlo in atto con successo. La decisione dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 444, co. 2, c.p.p. «nella parte in cui non prevede che, ai fini e nei limiti di cui all'art. 27 comma 3 Cost., il giudice possa valutare la congruità della pena indicata dalle parti, rigettando la richiesta in ipotesi di sfavorevole valutazione»¹³³. Per usare altri termini, ha dichiarato costituzionalmente illegittima la pena “patteggiata”, potendo non risultare congrua alla luce del principio della rieducazione del condannato. Una parte cospicua della motivazione, è proprio dedicata al precetto costituzionale relativo alla rieducazione. Innanzitutto, vengono passati in rassegna i precedenti giurisprudenziali, per discostarsene; si rammenta che, negli anni precedenti, la Corte «aveva ritenuto che il finalismo rieducativo (...) riguardasse il trattamento penitenziario e ad esso fosse perciò limitato» pertanto, «finalità essenziali restavano quelle tradizionali della dissuasione, della prevenzione, della difesa sociale, mentre veniva trascurato il *novum* contenuto nella solenne affermazione della finalità rieducativa (...) assunta in senso marginale o addirittura eventuale e comunque ridotta entro gli angusti limiti del trattamento penitenziario». Prosegue la Corte: «In verità, incidendo la pena sui diritti di chi vi è sottoposto, non può negarsi che, indipendentemente da una considerazione retributiva, essa abbia necessariamente anche caratteri in qualche misura afflittivi», così come scopi di difesa sociale e di

¹³² Cfr. sent. Corte cost. 24 marzo 1988, n. 364, in www.cortecostituzionale.it.

¹³³ Cfr. sent. Corte cost. 2 luglio 1990, n. 313, in www.cortecostituzionale.it.

prevenzione generale. Ma se la finalizzazione venisse orientata verso quei diversi caratteri, anziché al principio rieducativo, si correrebbe il rischio di sacrificare il singolo attraverso l'esemplarità della sanzione. Per questo, «la necessità costituzionale che la pena debba “tendere” a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa fino a quando in concreto si estingue. Ciò che il verbo “tendere” vuole significare è soltanto la presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione». Con una valorizzazione assoluta del principio rieducativo, dunque, ribadisce esplicitamente che «il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie».

A partire dalla sentenza 313/1990, la tendenza generale della giurisprudenza costituzionale è quella di valorizzare al massimo grado la finalità di risocializzazione; tra le sentenze più recenti moltissime si pongono in questa prospettiva¹³⁴. A titolo esemplificativo, possiamo prendere in considerazione la sentenza n. 183 del 2011, dove, riprendendo esplicitamente l'esempio fornito dalla sent. n. 313 del 1990, la Corte «richiama l'orientamento della giurisprudenza costituzionale secondo cui la finalità rieducativa rileva sia nella fase dell'esecuzione penale, sia in quella della sua previsione e della sua irrogazione, dovendosi ritenere che il terzo comma dell'art. 27 Cost. vincoli sia il legislatore, sia il giudice della cognizione, prima che il giudice della sorveglianza»¹³⁵.

Oggi, pertanto, dobbiamo constatare come, progressivamente, la giurisprudenza costituzionale, abbia seguito un percorso evolutivo improntato alla presa di distanza dall'originaria concezione polifunzionale della pena, in cui finalità retributive, di prevenzione speciale e prevenzione generale erano sostanzialmente equiparate, a favore di una esaltazione delle finalità di risocializzazione che «non può mai essere integralmente obliterata a vantaggio di altre e diverse funzioni

¹³⁴ Sono moltissime le decisioni della Corte costituzionale che, a partire dal 1990 in poi, si pronunciano in questo senso; tra queste ricordiamo le decisioni nn. 306/1993, 343/1993, 422/1993, 283/1994, 341/1994, 85/1997, 445/1997, 354/2002, 257/2006, 78/2007, 322/2007, 129/2008, fino alla più recente 183/2011.

¹³⁵ Cfr. sent. Corte cost. 7 giugno 2011, n. 183, in *www.cortecostituzionale.it*.

astrattamente perseguibili»¹³⁶.

4. *Il significato del concetto costituzionalmente orientato di rieducazione.*

Nel momento in cui ci si pone il problema di come operi il principio della finalità rieducativa della pena, appare necessario chiarire quale sia la portata del generico concetto di “rieducazione”.

Tale nozione si presta ad essere variamente intesa, assumendo una molteplicità di «significati che spaziano, senza soluzione di continuità, da un massimo ad un minimo di contenuti morali, da accezioni arricchite e interiorizzate ad altre scarnificate e proiettate verso l'esterno»¹³⁷ e, pertanto, per ottenere una chiara definizione deve essere operata una interpretazione sistematica. Alla luce di tali premesse non sembra affatto eccessivo affermare che dietro lo schermo del significato attribuito al concetto di rieducazione può riproporsi quasi integralmente il dibattito fra dottrine preventive e dottrine retributive della pena¹³⁸: «a seconda che per rieducazione si intenda l'acquisizione di una nuova moralità, il ravvedimento del soggetto, la modificazione del suo atteggiamento nei confronti dei beni tutelati dall'ordinamento penale, o invece si intenda una buona condotta puramente esteriore, il mero rispetto della legge penale, considerato indipendentemente dai fattori che lo rendono possibile»¹³⁹.

Sembra innanzitutto da escludere che l'art. 27 co. 3, Cost. recepisca l'idea rieducativa in una accezione puramente eticizzante, qual è quella sottesa ad un concetto di *emenda morale* o correzione morale del delinquente.

Nulla, nella Costituzione, autorizza lo Stato a prendersi cura della moralità dei cittadini. Dalla Carta costituzionale non si ricava l'immagine di uno Stato che incarni una idea morale e che sia legittimato a richiamarsi al dovere di amministrare la giustizia secondo il suo valore assoluto¹⁴⁰; da quando è stata superata l'equazione per

¹³⁶ PUGIOTTO, *Una questio sulla pena dell'ergastolo*, cit.

¹³⁷ DOLCINI, *La «rieducazione» del condannato tra mito e realtà*, cit., p. 471.

¹³⁸ Bettiol, non unico tra gli autori retribuzionisti, rileva a questo proposito le strette affinità fra un concetto di rieducazione arricchito di contenuti morali e il concetto di emenda, assunta quale fine della pena retributiva. Tali affinità consentono a Bettiol di affermare che «l'idea retributiva porta alla rieducazione». In proposito si veda BETTIOL, *Colpa d'autore e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 419.

¹³⁹ Sono queste le significative parole che usa DOLCINI, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, cit., p. 471 e ss.

¹⁴⁰ DOLCINI, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, cit., p. 472.

cui il reato si identificherebbe con il peccato¹⁴¹, è stata sottratta allo Stato la possibilità di occuparsi della moralità dei cittadini, dovendo occuparsi esclusivamente della difesa dell'ordine esterno.

D'altronde non tutti i reati contenuti nei moderni ordinamenti giuridici contravvengono a precetti morali consolidati ed anzi, negli ultimi decenni, è andato aumentando il numero di quei reati c.d. *di pura creazione legislativa*, il cui contenuto non ha alcuna implicazione etica.

Ma l'obiezione principale che si può muovere all'interpretazione in senso di emenda morale è che la pretesa di modificare l'atteggiamento interiore del reo si porrebbe in contrasto con i principi su cui poggia una democrazia pluralistica, consacrati dalla nostra Carta costituzionale, che rifiuta l'idea di una morale unica e garantisce la coesistenza di concezioni etiche diverse. In uno Stato democratico, di diritto, rieducare non può equivalere a pretendere il pentimento interiore di un delinquente concepito come individuo isolato, ma deve tendere a riattivare il rispetto dei valori fondamentali della vita sociale¹⁴².

Anche l'interpretazione secondo cui la rieducazione si identificherebbe con il *reinserimento sociale* o la *risocializzazione* del delinquente, tuttavia, non impedisce che sorgano alcune perplessità; tale teoria sembra infatti dare per scontato che la criminalità sia esclusivamente la conseguenza di una situazione di sottosviluppo ed emarginazione sociale. In quest'ottica, pertanto, la rieducazione si porrebbe come una sorta di "socializzazione sostitutiva" che tende ad inserire nella società soggetti posti ai margini che non conoscono le regole della convivenza civile: lo stesso trattamento punitivo si pone come strumento «finalizzato a rimuovere le difficoltà oggettive che impediscono il pieno sviluppo della persona umana»¹⁴³.

Una tale interpretazione sembra dimenticare che se da un lato è vero che in molti casi all'origine del fenomeno criminale vi sono situazioni di emarginazione, debolezza e inferiorità sociale, questo tuttavia non può essere considerato un assunto vero in assoluto. Vi sono infatti reati, soprattutto di carattere economico, che per la loro natura possono essere commessi solo dai "colletti bianchi"¹⁴⁴, e cioè da quei soggetti

¹⁴¹ DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 5 e ss. Tale svolta epocale avvenne dapprima grazie al pensiero del *giusnaturalisti* ma si consolidò definitivamente con le *teorie illuministe* di cui fu massimo esponente, in Italia, Beccaria.

¹⁴² MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, p. 925.

¹⁴³ FIANDACA -DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, cit., p. 36.

¹⁴⁴ Per un'analisi attenta e completa del concetto di "crimini dei colletti bianchi" cfr. SUTHERLAND, *White Collar Crime*, New York, 1949. Con tale espressione SUTHERLAND indica quel particolare

che sono ben integrati nei circuiti dell'economia e della società; questi soggetti, essendo ben inseriti non necessitano affatto di un'opera di risocializzazione o reinserimento sociale.

Resta allora da ricercare una nozione di rieducazione dalla portata più ampia e comprensiva di ogni situazione che si possa prospettare.

Tutto ciò premesso, rimane una sola alternativa e cioè quella di circoscrivere il significato della rieducazione al rispetto della *legalità esteriore*¹⁴⁵.

Il concetto di legalità esteriore consiste nella mera acquisizione della capacità di vivere nella società nel rispetto della legge penale senza incorrere, in futuro, nella commissione di ulteriori reati. L'esecuzione della sanzione penale non solo non può essere il pretesto per «manipolare la personalità del condannato», cercando di trasformarlo in un cittadino modello, ma non può neppure imporre che i precetti penali vengano interiorizzati¹⁴⁶; non importa se la rinuncia a delinquere che si ottiene costituisce il risultato di un autentico ravvedimento oppure solo il frutto di un lucido calcolo di opportunità¹⁴⁷. Addirittura il compito della sanzione, ponendoci in questa prospettiva, può dirsi raggiunto anche quando il rispetto della legge risulti affidato soltanto al timore della pena.

Soltanto entro questi limiti può essere riconosciuto il diritto dello Stato di rieducare il condannato. Il fatto che la Costituzione stessa riconosca pari dignità sociale a tutti i cittadini e ponga un divieto di trattamenti inumani, impone limiti in senso garantista al principio di rieducazione¹⁴⁸.

Per superare la frattura tra le varie interpretazioni di rieducazione è necessario distinguere l'obiettivo della rieducazione dalle tecniche che si rendono di volta in

genere di reati, quasi sempre sottovalutati e impuniti, commessi da esponenti della borghesia delle professioni, da leader della politica e dell'economia. Egli afferma che nelle statistiche criminali queste forme di reati non compaiono mai; ma in realtà non compaiono per una precisa scelta politica del legislatore, a sua volta controllato dalle lobbies. Per far sì che tali reati non siano investiti dallo stigma penale essi sono amministrativizzati, scomparendo così dal panorama penale e ciò fa sì che si crei un circolo vizioso che immunizza sempre e comunque i c.d. colletti bianchi dalla sanzione penale. I danni causati da questa forma di criminalità sono enormi e molto spesso si verificano a distanza di anni. Per di più, a differenza di reati che implicano una violenza personale e che in larga maggioranza sono derivati da un impulso incontrollato o da un'esecuzione solitaria, per la criminalità dei colletti bianchi è necessaria una premeditazione e una complessa preparazione.

¹⁴⁵ FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, cit., p. 37.

¹⁴⁶ MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche*, cit., p. 925.

¹⁴⁷ In questo modo si ridimensionano, quantomeno in parte, le riserve di principio di quegli studiosi che criticano la rieducazione considerandola una pratica di origine ideologico-autoritaria che autorizzerebbe lo Stato a ricorrere alla pena come strumento di educazione coattiva e di subdola manipolazione della coscienza dei condannati.

¹⁴⁸ DOLCINI, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, cit., p. 473.

volta necessarie per raggiungere tale risultato¹⁴⁹. L'obiettivo della rieducazione, intesa come acquisizione o riacquisizione da parte del condannato della capacità di assumere le norme penali come guida per la sua condotta, permane identico indipendentemente dalle caratteristiche della sua personalità e dalle sue condizioni sociali. Muterà, invece, in relazione a tali particolari caratteristiche e condizioni, la tecnica messa in atto per ottenere il risultato della rieducazione. Così se il condannato è un emarginato con effettivo *deficit* di socializzazione, non vi potrà essere verosimilmente una (ri)acquisizione dei valori della convivenza senza un previo superamento della condizione di emarginazione; il reinserimento in società (o socializzazione sostitutiva) diventa la tecnica tramite la quale si può avere speranza di realizzare il processo rieducativo in maniera efficace¹⁵⁰. Se, viceversa, il reo è un soggetto che non presenta alcun problema di inserimento nella società e che, anzi, ha sfruttato proprio la sua posizione sociale per commettere un reato (come avviene nel caso dei c.d. colletti bianchi), il fondamento della sanzione sarà di tipo generalpreventivo positivo; si cercherà di rafforzare nell'individuo, la tendenza al rispetto dei valori e dei principi fondamentali sui quali si fonda l'ordinamento giuridico, stimolandolo a tenere una condotta volta al rispetto, nel futuro, di comportamenti conformi alla legge penale. Anche in questo caso il principio della risocializzazione mantiene intatta la sua validità¹⁵¹.

Tuttavia, parte della dottrina nota che, se si presta attenzione al solo rispetto delle leggi in maniera formale, non si assicurano le migliori condizioni per una durevole osservanza dei precetti¹⁵². La stabilizzazione della capacità di non ricadere in un delitto presuppone necessariamente una preliminare modificazione dell'atteggiamento interiore del reo¹⁵³. Dire ciò non significa rilegittimare il concetto di educazione alla moralità, ma arricchire di contenuti morali il concetto di rieducazione inteso come risocializzazione. In passato si è cercato di raggiungere questo obiettivo basandosi sulla c.d. *pedagogia dell'autodeterminazione*. Secondo tale accezione rieducare significherebbe predisporre le condizioni affinché il reo si possa convincere dell'opportunità di accettare l'offerta rieducativa; egli potrà scegliere liberamente tra i diversi sistemi di valori offertigli da un contesto sociale

¹⁴⁹ FIANDACA- MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 705.

¹⁵⁰ FIANDACA- MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 705

¹⁵¹ MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche*, cit., p. 926.

¹⁵² DOLCINI, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, cit., p. 473; nello stesso senso FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, cit., p. 279.

¹⁵³ PAVARINI, *La pena «utile», la sua crisi e il disincanto*, cit., p. 21.

eterogeneo. La rieducazione non è più indirizzata ad un sistema di valori condiviso dalla maggioranza dei consociati, ma è ottenuta facendo sì che il condannato possa autodeterminarsi nei confronti di valori eterogenei¹⁵⁴. Anche se molto suggestiva, questa interpretazione si è mostrata troppo suscettibile a contestazioni difficilmente superabili. In primo luogo, infatti, non tiene conto del fatto che per molti condannati la scelta di criminalità può essere una scelta libera. In secondo luogo, si sottovaluta la difficoltà oggettiva che si presenterebbe dovendo educare un soggetto all'autodeterminazione in una situazione di coazione esterna quale è quella connessa all'esecuzione della pena; la contraddizione tra dominio e rispetto dei valori risulterebbe, inevitabilmente, impossibile da superare¹⁵⁵.

Per superare tali critiche è stata prospettata, più recentemente, la possibilità di applicare un modello diverso, definito modello della *pedagogia emancipatoria* o *teoria sociale emancipante*¹⁵⁶. Questo concetto indica che, durante la fase esecutiva, l'educazione alla libertà non può essere promossa dall'esterno, ma al contrario, la tecnica rieducativa dovrebbe rispettare l'autonomia del singolo e offrire al condannato tutto il sostegno socio-culturale possibile affinché riesca a risolvere liberamente in termini positivi quei problemi che lo hanno portato ad una condotta criminale. Anche questa interpretazione non è esente da critiche. Essa infatti, ancora una volta, propone un'interpretazione eziologica della criminalità talmente riduttiva che non è in grado di risolvere quei meccanismi criminogeni che, in quanto strutturali, non possono essere risolti dal soggetto individualmente. Questa concezione, nei termini in cui continua a non riconoscere che la criminalità è innanzitutto un problema sociale, finisce per diventare utopistica; sembra sperare, per il condannato, in una sorta di improbabile «folgorazione sulla via di Damasco»¹⁵⁷.

Come si può facilmente osservare, le prese di posizione più recenti della dottrina si preoccupano da un lato di vincolare l'impegno rieducativo alla disponibilità psicologica del reo e, dall'altro, di evitare di ricorrere a tecniche manipolatrici o comunque limitatrici dell'autonomia personale di esso. Affinché il processo

¹⁵⁴ Eser, giurista tedesco, per primo elaborò questa concezione della rieducazione fondandosi sulla teoria della pedagogia dell'autodeterminazione di Von Henting.

¹⁵⁵ Tali obiezioni sono presentate negli stessi termini da FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, cit., p. 279 e da PAVARINI, *La pena «utile», la sua crisi e il disincanto*, cit., p. 22. Pavarini, in questo saggio, cita come principale sostenitore di questa critica Haffke che, tentando di individuare un'alternativa possibile a questo modello si rifà alla teoria della *pedagogia emancipatoria*.

¹⁵⁶ Il termine *pedagogia emancipatoria* è usato da PAVARINI, *La pena «utile», la sua crisi e il disincanto*, cit., p. 22; il termine *teoria sociale emancipante*, invece, è usato da FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, cit., p. 279.

¹⁵⁷ PAVARINI, *La pena «utile», la sua crisi e il disincanto*, cit., p. 22.

rieducativo possa davvero raggiungere l'obiettivo cui tende, senza tradursi in un'imposizione coercitiva, occorre che vi sia la disponibilità psicologica del destinatario¹⁵⁸. È in questo senso che va inteso il corretto significato del verbo «tendere» impiegato dal legislatore costituente nell'art. 27 co. 3; in questa prospettiva il consenso personale del soggetto rieducando si pone come requisito imprescindibile del trattamento rieducativo se si vuole che esso abbia successo. La rieducazione deve essere tentata ma trova un ostacolo insormontabile in caso di rifiuto da parte del destinatario della sanzione.

Una simile tensione conflittuale tra esigenza di rieducare e indisponibilità psicologica del reo diventa più difficile da superare nei casi in cui il delitto è frutto di una scelta politico-ideologica che si pone in contrasto con i principi dell'ordinamento¹⁵⁹. In queste situazioni il principio rieducativo entra davvero in crisi perché è necessario rispettare anche un altro valore imposto dal dettato costituzionale, cioè l'autonomia morale dell'individuo¹⁶⁰. È pur vero che queste sono ipotesi-limite, mentre in una società pluralistica come la nostra, se è vero che non si può pretendere una completa adesione ai valori dominanti, è pur vero che si può esigere che vengano rispettate le forme minime di vita in comune.

Da questo quadro risulta che, come né il singolo né la società possono imporre unilateralmente i loro valori, non è neppure lecito perseguire la risocializzazione del singolo senza che anche la società sia disposta a ridiscutere in maniera critica i valori dominanti.

¹⁵⁸ MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche*, cit., p. 926.

¹⁵⁹ È il caso dei delitti di matrice terroristica, di eversione dell'ordine democratico o delle associazioni di tipo mafioso. Nel caso dei delitti di matrice terroristica o eversiva chi commette un reato lo fa con la ben precisa finalità di incutere terrore nei membri di una collettività organizzata e di destabilizzarne l'ordine per restaurarne uno nuovo. Si tratta di reati commessi da soggetti spinti da ben precise e radicate convinzioni ideologiche che si pongono in totale contrasto con l'ordine di valori preconstituito. Nel caso, invece, dei delitti commessi nell'ambito di associazioni di tipo mafioso il soggetto è inserito in una sorta di struttura parastatale che, nell'ambito in cui opera, si sostituisce allo Stato contrapponendo ad esso altri valori e spesso altri codici di condotta. Frequentemente l'appartenenza a queste organizzazioni è talmente forte e l'acquisizione dei valori che essa garantisce talmente radicata che anche il percorso rieducativo attuato in fase di esecuzione della pena si mostra molto difficile a causa delle resistenze che il condannato oppone. Inoltre, bisogna sottolineare che i responsabili di reati di tipo terroristico, eversivo e mafioso, proprio per la loro pericolosità, sono sottoposti al regime c.d. di “carcere duro”, previsto dall'art 41-bis dell'ord. penit. e, in base all'art. 4-bis dell'ord. penit. sono interdetti dalla possibilità di accedere ai benefici penitenziari, a meno che decidano di collaborare con la giustizia. Sintomi, questi, del fatto che si tende a considerare tali soggetti come “irrecuperabili”.

¹⁶⁰ FIANDACA- MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 706.

5. *Pene di dubbia legittimità costituzionale in relazione al principio rieducativo.*

Alla luce delle interpretazioni che abbiamo dato al concetto di rieducazione sorge spontaneo chiedersi se si possa parlare di finalità rieducativa in relazione alla *pena dell'ergastolo*, alla *pena pecuniaria* e alla *pena fissa e proporzionale*.

5.1. *Pena fissa e pena proporzionale.*

Le *pene fisse* sono sospettate di incostituzionalità sotto diversi profili, tra cui quello della rieducazione indicato dall'art. 27 co. 3 Cost¹⁶¹. La Corte costituzionale, fino dalla fine degli anni sessanta, mostra, tuttavia, una tendenza decisamente favorevole ad assicurare la costituzionalità delle pene fisse sotto questo profilo e respinge tutte le questioni sottoposte al suo vaglio¹⁶². Significativa è a tal proposito la sentenza n. 67 del 1963, nella quale, liquidando il problema in poche righe, si afferma che «l'emenda del condannato (...) quale una delle finalità della pena (...) è affidata ai modi della (...) esecuzione, e comunque non può riuscire compromessa per la sola circostanza del carattere di rigidità impresso alla pena medesima dalla legge»¹⁶³.

Una inversione di tendenza si comincia a registrare a partire da una più recente e più articolata sentenza, la n. 50 del 1980. La Corte vi riconosce che lo strumento più idoneo al conseguimento delle finalità della pena, nella prospettiva di cui all' art. 27 co. 3 Cost., è la mobilità della pena stessa e, per ciò, la sua determinazione tra un massimo ed un minimo edittali. Sussiste quindi l'esigenza di una articolazione legale del sistema sanzionatorio che permetta al giudice di adeguare in modo individualizzato e proporzionale la pena. Pertanto «in linea di principio, previsioni sanzionatorie fisse non appaiono in armonia con il “volto costituzionale” del sistema penale» ed il dubbio di illegittimità costituzionale potrà essere superato caso per caso, solamente «a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, quest'ultima appaia ragionevolmente proporzionata

¹⁶¹ BRICOLA, *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Atti del II Convegno di diritto penale, 1964, p. 201.

¹⁶² PITTARO, *Commentario breve alla Costituzione*, cit., p. 283; DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 556.

¹⁶³ Cfr. sent. Corte cost. 8 maggio 1963, n. 67, in www.cortecostituzionale.it. Peraltro, la Corte rileva che il sistema rende comunque possibile al giudice procedere a una graduazione della pena attraverso l'applicazione di talune circostanze, ed, in particolare, quelle generiche ex art 62-bis c.p., allorché egli ritenga di dover diminuire la pena, oppure ricorrendo alla possibilità di aumentare l'ammenda fino al un triplo nel caso in cui le condizioni economiche del reo facciano presumere che sarebbe inefficace se contenuta nella misura prevista in via generale.

rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato»¹⁶⁴. Tale pronuncia sembra dunque riconoscere che, essendo costituzionalmente doveroso l'adeguamento della pena al caso concreto, in ragione della gravità del singolo fatto prospettato e delle sue componenti oggettive e soggettive, le pene fisse sono sempre da respingere in quanto illegittime¹⁶⁵.

Per quanto riguarda, invece, le *pene proporzionali*, si dovrà distinguere tra pene proporzionali *rigide* (ad es.: il quintuplo del valore ex art. 250 c.p.) e pene proporzionali *elastiche* (ad es. : da due a dieci volte ex art. 282 d.p.r. 43/1973). Solo le seconde consentono l'individualizzazione della pena nel caso concreto e sono quindi compatibili con il dettato costituzionale, mentre le prime sono, al pari delle pene fisse, costituzionalmente illegittime¹⁶⁶.

5.2. Pena pecuniaria.

Le pene pecuniarie da lungo tempo sono oggetto di discussione in ordine alla loro legittimità costituzionale perché, non consistendo in un trattamento, si dubita della loro capacità di rieducare il condannato.

L'orientamento dottrinale prevalente tende ad escludere che vi sia un reale contrasto con l'art. 27 co. 3 Cost. dal momento che, se la pena pecuniaria è «intrinsecamente inidonea a risocializzare», consistendo in un semplice prelievo di una somma di denaro, senza che sia ravvisabile in essa alcuna forma di “trattamento”, è comunque in grado «di propiziare per altro verso la rieducazione»¹⁶⁷, nella forma cioè dell'intimidazione-ammonimento.

La Corte costituzionale, allineandosi alla posizione della dottrina, già a partire dalla sentenza n. 12 del 1966 respinge la questione di costituzionalità sollevata in relazione all'art. 27 co. 3, Cost. Nella sua motivazione, la Corte parte da molto lontano per rilevare che nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente non vi è alcun indizio di

¹⁶⁴ Cfr. sent. Corte cost. 2 aprile 1980, n. 50, in *www.cortecostituzionale.it*. Questo principio è enunciato dalla Corte costituzionale sia con riferimento alla comminatoria fissa di una pena detentiva che alla comminatoria fissa di una pena pecuniaria. Tra le pene fisse detentive è ricompresa anche la pena dell'ergastolo dal momento che, essendo pena a vita, non è graduabile. Molte delle questioni di legittimità riguardanti l'ergastolo sono state sollevate proprio per questo motivo. A questo proposito si veda PUGIOTTO, *Una questio sulla pena dell'ergastolo*, cit.

¹⁶⁵ PITTARO, *Commentario breve alla Costituzione*, cit., p. 284. Tale orientamento è stato confermato recentemente da due sentenze della Corte costituzionale in cui le pene accessorie previste dall'art. 569 c.p. sono dichiarate incostituzionali proprio in ragione della loro rigidità edittale; si fa riferimento alle sent. n. 31 del 2012 e n. 7 del 2013.

¹⁶⁶ PITTARO, *Commentario breve alla Costituzione*, cit., p. 284.

¹⁶⁷ DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 561, 562.

un ordinamento diretto ad alterare il sistema penale sino al punto di escluderne le pene pecuniarie. E se è vero che il legislatore deve tenere sempre di mira la finalità rieducativa e disporre tutti i mezzi idonei a realizzarla, non è d'altra parte da escludere «che la pena pecuniaria possa, di per sé, per altro verso, adempiere ad una funzione rieducativa»¹⁶⁸.

A ben vedere, si può aderire alla tesi che vede la pena pecuniaria come priva di potenzialità rieducative solo se si identifica la rieducazione con il trattamento volto ad ottenere un reinserimento del condannato in società. Se, invece, si parte da un'accezione di rieducazione intesa come riappropriazione (o acquisizione) di quei valori disattesi con il compimento del reato è difficile negare che anche una pena di natura pecuniaria possa incidere sul reo in modo tale che egli sia indotto al rispetto dei beni protetti¹⁶⁹. Bisogna riconoscere che il modello di pena pecuniaria “a somma complessiva”, tuttora accolto nel nostro ordinamento (fatta eccezione per la commisurazione della pena pecuniaria sostitutiva delle pene detentive brevi), non è il più adatto a raggiungere la finalità specialpreventiva, mentre potrebbe essere utile a questo scopo privilegiare il sistema, già sperimentato in altri ordinamenti, dei “tassi giornalieri”¹⁷⁰.

5.3. *L'ergastolo.*

L'ergastolo è, in base alla definizione data dall'art. 22 c.p., la pena detentiva perpetua. Tale pena è, da molti anni, oggetto di vivaci dibattiti sia tra gli operatori giuridici, sia nell'ambito della pubblica opinione, non solo per la sua rilevanza dal punto di vista etico ma anche sotto il profilo politico-criminale.

Il problema di fondo riguardo la pena dell'ergastolo è un problema di legalità costituzionale e non di approccio umanitario alla pena¹⁷¹. Se la questione nascesse

¹⁶⁸ Cfr. sent. Corte cost. 12 febbraio 1966, n. 12, in *www.cortecostituzionale.it*.

¹⁶⁹ DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 562; nello stesso senso si era già espresso FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, cit., p. 314.

¹⁷⁰ Mentre nell'ordinamento italiano la pena pecuniaria è determinata in valori pecuniari assoluti, fra un minimo ed un massimo edittale, nel sistema delle quote giornaliere la pena pecuniaria è strutturata in modo diverso e più complesso sulla base di due parametri. Una norma stabilisce il numero minimo e massimo di quote corrispondente ad un dato tipo di reato; il giudice, nella sentenza, stabilirà il numero delle quote da applicare in concreto, secondo i normali criteri di commisurazione della pena. L'importo delle singole quote è fissato, invece, in base alle condizioni economiche del condannato, scegliendo tra un minimo e un massimo fissati dalla legge. Tra i Paesi che applicano il sistema dei tassi giornalieri vi sono Germania e Austria. Per un ulteriore approfondimento su questo tema si veda PULITANO, *Diritto penale*, cit., p. 585 e ss.

¹⁷¹ PUGIOTTO, *Una questio sulla pena dell'ergastolo*, cit.

dal desiderio di umanizzare le sanzioni, la sua soluzione non richiederebbe la rimozione del carcere a vita, «passando piuttosto attraverso l'introduzione di modalità esecutive capaci di attenuare l'afflittività della pena e prevedendo anche per l'ergastolano un possibile trattamento risocializzante, attraverso il suo accesso ai benefici penitenziari»¹⁷²; ma il problema è molto più complesso e nasce dall'attenta analisi del dettato costituzionale secondo il quale la reclusione dietro alle sbarre non si può proporre come punto di arrivo ma esclusivamente come punto di partenza verso un possibile reinserimento nella società, reinserimento che la Costituzione non preclude a nessuno, a prescindere da quanto grave sia la sua responsabilità penale. Tutte le pene, nello spirito dell'art. 27 co. 3 Cost., devono essere volte alla rieducazione, indipendentemente dal reato commesso. Pertanto, non è chiaro come una pena edittalmente perpetua, che porta il giudice a pronunciare una condanna a vita e, per sua natura, eliminativa, possa conciliarsi con un tale panorama costituzionale¹⁷³.

Per di più, da un lato, l'efficacia generalpreventiva dell'ergastolo è tutta da dimostrare, visto che indagini empiriche denunciano che non si possa ritenere in alcun modo che una pena così severa sia in grado di determinare un decremento dei tassi di criminalità; dall'altro è difficile non riconoscere che dietro all'ergastolo sembra celarsi l'idea puramente retributiva che chi ha soppresso la vita altrui merita di essere a sua volta eliminato dalla vita civile¹⁷⁴.

Per quanto riguarda gli interventi legislativi, nel 2000 la Commissione Grosso presentò un progetto di riforma che prevedeva l'abolizione dell'ergastolo, sostituendolo con la pena della 'reclusione speciale', da venticinque a trent'anni (art. 53 progetto di riforma Grosso); la Commissione partiva dalla constatazione che l'opzione abolitiva sarebbe stata preferibile, rappresentando una «indicazione simbolicamente forte e chiara a favore di un sistema sanzionatorio fondamentalmente ispirato all'idea di una risocializzazione possibile, anche con riguardo agli autori dei delitti più gravi e contro ogni irrigidimento secondo criteri astrattamente "retributivi", che rischiano in realtà di veicolare istanze di pura vendetta»¹⁷⁵. Nella stessa direzione si muove, alcuni anni dopo, anche la Commissione Pisapia, che prevede la sostituzione dell'ergastolo con la pena della 'detenzione di massima

¹⁷² PUGIOTTO, *Una questio sulla pena dell'ergastolo*, cit.

¹⁷³ PUGIOTTO, *Una questio sulla pena dell'ergastolo*, cit.

¹⁷⁴ FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, cit., p. 309.

¹⁷⁵ Cfr. Relazione al progetto Grosso di riforma del codice penale, Parte generale, *Sistema delle pene*, 12 settembre 2000, in www.giustizia.it.

durata', da ventotto a trentadue anni (art. 30 progetto di riforma Piasapia), in grado di «assicurare un più facile realizzarsi dello scopo rieducativo richiesto dalla Costituzione, creando le condizioni affinché la cessazione della pena – la cui possibilità è stata ritenuta necessaria dalla Corte Costituzionale anche in rapporto all'ergastolo – abbia comunque data certa, seppur secondo termini temporali molto rigorosi»¹⁷⁶.

Sul fronte degli interventi giurisprudenziali, la Corte Costituzionale ha ripetutamente respinto le questioni di legittimità riferite all' art. 22 c.p. in relazione alla funzione rieducativa sancita dall'art. 27 co. 3 Cost.¹⁷⁷. Fin dalla sentenza n. 264 del 1974, il Giudice delle leggi rigettò la questione di legittimità costituzionale basandosi su un duplice ordine di considerazioni¹⁷⁸: da un lato, osserva che con la legge 25 novembre 1962 n. 1634 (modificativa dell'art. 176 c.p.), era stata estesa anche ai condannati

¹⁷⁶ Relazione alla proposta di articolato, Commissione Pisapia – per la riforma del codice penale, 19 novembre 2007, *Le pene*, in www.giustizia.it. La Commissione Pisapia, a larga maggioranza, ha ritenuto di non prevedere la pena dell'ergastolo, sostituita, come detto, con la 'detenzione di massima durata'. Tale scelta è stata presa, dopo lunga e approfondita discussione, pur nella consapevolezza che la decisione sul mantenimento o meno del "fine pena mai" non potrà che essere di carattere innanzitutto politico. Il confronto su tale tema, particolarmente delicato, ha origine dalle problematiche relative alla costituzionalità o meno della pena perpetua, soprattutto, ma non solo, in relazione all'art. 27 della Costituzione. Nella Relazione si legge che « L'ergastolo pone non pochi dubbi di legittimità costituzionale (...) in relazione al principio, (...) stabilito dall'art. 27 della Costituzione, secondo cui le pene "devono tendere alla rieducazione del condannato". E' infatti evidente che, se per "rieducazione" s'intende, secondo l'opinione unanime della dottrina, la risocializzazione e il reinserimento sociale del condannato, l'ergastolo è logicamente incompatibile con la finalità rieducativa della pena. Né basta ad escludere questa incompatibilità la circostanza che la pena dell'ergastolo, come ha affermato la Corte Costituzionale con le sentenze nn.264 del 1964 e 274 del 1983, può non essere perpetua, in quanto l'ordinamento prevede la possibilità che, a chi è stata condannato all'ergastolo, sia concessa la grazia o la liberazione condizionale (...).Il superamento dell'ergastolo è anche un atto di civiltà imposto da ragioni di carattere etico politico. L'ergastolo, infatti, non è assimilabile alla reclusione, ma è una pena qualitativamente diversa, assai più simile alla pena di morte. Al pari di questa, è una pena capitale, nel senso della *capitis deminutio* del diritto romano, in quanto è una privazione della vita futura, e non solo della libertà e in quanto è una pena eliminativa che, con l'interdizione legale, esclude per sempre una persona dal consorzio umano (...).Sotto questo aspetto l'ergastolo è in contraddizione con tutta la migliore tradizione giuridica italiana. L'Italia, è bene ricordare, può vantare, in materia di pene, una lunga serie di primati civili. Non è solo il paese di Cesare Beccaria, che per primo contestò la legittimità della pena di morte. E' anche il primo paese del mondo che abolì, nel codice toscano del 1786, la pena capitale e nuovamente la soppresse in tutto il territorio nazionale, con il codice Zanardelli del 1789, mentre ancora restava in vigore nel resto dell'Europa. Ed è il Paese che più di tutti si è battuto, si batte, per l'eliminazione o quanto meno la sospensione della pena capitale. Sarebbe far torto a questa tradizione se quel primato civile si capovolgesse nel suo contrario: l'Italia, infatti, è rimasta tra i non molti Paesi dell'Unione europea nei quali la morte civile dell'ergastolo è ancora in vigore».

¹⁷⁷ Nello stesso senso della Corte Costituzionale si sono pronunciate più volte, nel corso del tempo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione di cui ricordiamo la 'storica' sentenza del 16 giugno 1956, in cui la questione venne ritenuta manifestamente infondata, sostenendo che, se il Costituente aveva dichiarato l'inammissibilità della pena di morte (art. 27 co. 4 Cost.), a *contrariis* aveva implicitamente ammesso la costituzionalità dell'ergastolo, che la rieducazione del reo non consiste solamente nel suo riadattamento sociale e che, infine, esisteva pur sempre l'istituto della grazia (art. 87 Cost.; art. 174 c.p.) che poteva ridargli la libertà. Tale impostazione è ripresa nella recente sentenza della Cass. Pen., sez. I, 22 agosto 2012, n. 33018.

¹⁷⁸ DOLCINI- MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 556; nello stesso senso PUGIOTTO, *Una questio sulla pena dell'ergastolo*, cit.

all'ergastolo la possibilità di accedere alla liberazione condizionale, «dopo almeno 28 anni di carcere ed in caso di dimostrato ravvedimento»¹⁷⁹; dall'altro, nega che la «funzione della pena sia solo il riadattamento dei delinquenti»¹⁸⁰. La Corte, pertanto, con la sentenza del 1974, attribuisce particolare rilievo alla possibilità di ritorno in libertà dell'ergastolano e ad un suo possibile reinserimento nel consorzio civile, nel caso in cui avesse tenuto un comportamento tale da ritenere sicuro il suo ravvedimento. Il fondamento dell'istituto dell'ergastolo continua ad essere individuato in finalità di «dissuasione, prevenzione, difesa sociale»¹⁸¹. La Costituzione, con il principio rieducativo non ha proscritto la pena dell'ergastolo e, pertanto, essa è rimessa alla discrezionalità politica del legislatore ordinario, che potrà ricorrervi qualora appaia come necessario strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi, o come mezzo per isolare criminali che abbiano dimostrato particolare pericolosità o efferatezza¹⁸².

Tali considerazioni sono riprese, successivamente, nella sent. 168 del 1994, con la quale la Corte costituzionale ha ribadito il proprio orientamento, affermando che la pena dell'ergastolo «attualmente, non riveste più i caratteri della perpetuità»¹⁸³.

Nel 1981 era stata tentata anche la via del *referendum* abrogativo: gli artt. 17 co. 1 n. 2 e 22 c.p. vennero sottoposti a *referendum*, che, sebbene dichiarato ammissibile dalla Corte Costituzionale, ebbe tuttavia un esito tutt'altro che positivo; il clima di forte allarme sociale diffusosi nel nostro Paese a partire dalla seconda metà degli anni settanta¹⁸⁴ contribuì in maniera decisiva al fallimento del tentativo di abolire l'ergastolo. In un simile momento storico, la proposta abolizionista equivalse

¹⁷⁹ Così recitava l'art. 176 c.p., prima della modifica introdotta dalla l. 10 ottobre 1986 n. 663, meglio conosciuta come "legge Gozzini". A seguito dell'introduzione di questa legge all' art. 176 c.p. si legge: «Il condannato all'ergastolo può essere ammesso alla liberazione condizionale quando abbia scontato almeno ventisei anni di pena».

¹⁸⁰ Cfr. sent. Corte Cost. 21 novembre 1974, n. 264, in *www.cortecostituzionale.it*.

¹⁸¹ Cfr. sent. Corte Cost. 21 novembre 1974, n. 264, in *www.cortecostituzionale.it*.

¹⁸² Assai più sensibile alla strutturale problematicità della pena a vita è una decisione del Tribunale costituzionale tedesco di poco successiva. Il Tribunale costituzionale, in questa occasione, osserva che il carcere a vita costituisce un intervento straordinariamente grave nei confronti dei diritti fondamentali della persona colpita da questa misura e che la sua ammissibilità costituzionale, pur non esclusa in radice è largamente condizionata da variabili storiche. Ogni uomo è membro della società, uguale agli altri uomini, e non può mai essere degradato a mero oggetto. «Con la dignità umana così intesa sarebbe incompatibile che lo Stato pretendesse di spogliarne coattivamente l'uomo della sua libertà, senza che almeno gli resti una chance di poter tornare a partecipare della libertà». In proposito si veda PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 567.

¹⁸³ Cfr. sent. Corte cost. 28 aprile 1994, n. 168, in *www.cortecostituzionale.it*.

¹⁸⁴ Si fece così un passo indietro rispetto ai risultati raggiunti nella prima metà degli anni '70, quando, invece, la prospettiva abolizionistica era riuscita a fare breccia a livello parlamentare; in questa prima fase, proposte di sostituzione dell'ergastolo con pene detentive molto lunghe erano state approvate da un ramo del Parlamento nella V e VI legislatura. Si tratta del disegno di legge approvato dal senato il 2 luglio 1971 e del disegno di legge approvato dal senato il 31 gennaio 1973.

indubbiamente ad un passo falso e l'esito della votazione fu quasi plebiscitariamente negativo¹⁸⁵.

È vero che oggi «il carattere di perpetuità della privazione della libertà personale risulta profondamente eroso»¹⁸⁶ dall'entrata in vigore della l. 25 novembre 1962, n. 1634, modificativa della disciplina della liberazione condizionale e della l. 10 ottobre 1986, n. 663, meglio conosciuta come 'legge Gozzini'. Nell'attuale versione, introdotta con la l. 663/1986, non solo la soglia di pena espiata dai condannati all'ergastolo per accedere alla liberazione condizionale è abbassata da 28 a 26 anni, ma è estesa ad essi anche l'applicabilità della misura alternativa della semilibertà, dopo aver espiato almeno vent'anni di pena (art. 50 co. 5 ord. penit.) e dei permessi premio, dopo aver espiato almeno dieci anni di pena. A ciò si aggiunga che è estesa agli ergastolani un'altra misura alternativa di carattere premiale e cioè la liberazione anticipata; in un primo momento con una sentenza 'manipolativa' della Corte costituzionale (la n. 274 del 1983) e poi con l'intervento del legislatore (con la l. n. 663 del 1986 che ha modificato l'art. 54 co. 4 ord. penit.)¹⁸⁷. Per di più, in seguito all'emanazione della l. n. 479 del 1999, è previsto il giudizio abbreviato anche per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo, che viene trasformata in pena di anni trenta di reclusione (art. 442 co. 2, c.p.p.)¹⁸⁸.

Tuttavia, anche se grazie a queste modificazioni, in Italia, nella maggior parte dei casi, la pena dell'ergastolo non significa più pena a vita perché, prima o poi, anche l'ergastolano torna in libertà, ciò non costituisce un dato giuridico certo, essendo comunque rimesso ad una scelta discrezionale e facoltativa del giudice. L'essere ammessi ad un beneficio penitenziario rimane sempre e comunque una mera possibilità, non vi è alcuna norma che imponga al magistrato di sorveglianza di concedere tali misure agli ergastolani¹⁸⁹. E non possiamo non ricordare che la legge preclude la concessione di qualsiasi misura extramuraria ai condannati al c.d. 'ergastolo ostativo', sottoposti cioè al regime speciale dell'art. 4-bis

¹⁸⁵ In proposito art. 22 del *Codice penale ipertestuale commentato*, (a cura di) Ronco e Romano, IV ed., UTET, 2012, versione online.

¹⁸⁶ DOLCINI- MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 554.

¹⁸⁷ Relativamente alla pena dell'ergastolo, indeterminata nel massimo, l'istituto in esame ha rilievo ai fini del computo della pena minima da espiare per poter essere ammessi alla semilibertà e alla liberazione condizionale.

¹⁸⁸ In proposito si veda l'art. 22 del *Codice penale ipertestuale commentato*, (a cura di) Ronco e Romano, IV ed., UTET, 2012, versione online; PITTARO, *Commentario breve alla Costituzione*, cit., p. 286.

¹⁸⁹ PUGIOTTO, *Una questio sulla pena dell'ergastolo*, cit.

dell'ordinamento penitenziario¹⁹⁰, smentendo la convinzione comune secondo cui nessuno più, ormai, resta in carcere a vita. In questo caso è palese il contrasto con il dettato dell'art. 27 co. 3 Cost.; si tratta di un caso di chiara illegittimità costituzionale, che non potrà continuare ad essere ignorato ancora a lungo dalla Corte¹⁹¹.

D'altronde un segnale forte era stato dato già molti anni fa, nel 1994, con la sent. n. 168 del 28 aprile 1994 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 17 e 22 c.p., per contrasto con l'art. 31 co. 2 Cost. in relazione all'art. 27 co. 3 Cost., «nella parte in cui non escludono l'applicabilità della pena dell'ergastolo al minore imputabile»¹⁹². Secondo la Corte, infatti, dal momento che l'art. 31 co. 2 Cost. prevede una forma di protezione speciale per l'infanzia e la gioventù e favorisce gli istituti necessari a tale scopo, sarebbe incompatibile con la previsione dell'ergastolo per i minori di diciotto anni perché non tiene conto della particolare condizione minorile, che esigerebbe, invece, di diversificare il più possibile il trattamento del minore dalla disciplina punitiva generale. Per i soggetti minori di età la funzione rieducativa della pena è da considerarsi certamente preminente, proprio perché applicata nei confronti di un soggetto ancora in formazione e alla ricerca della propria identità; più che di funzione rieducativa, pertanto, sarà corretto di parlare di vera e propria funzione educativa, finalizzata al suo inserimento maturo nel consorzio sociale¹⁹³.

Nella realtà dei fatti, la conservazione dell'ergastolo nel sistema penale crea non pochi problemi, a partire dal fatto che appare come un vero e proprio paradosso giuridico: esso sopravvive ed è costituzionalmente legittimo solo in quanto non-

¹⁹⁰ In proposito EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1324, 1325; PUGIOTTO, *Una questio sulla pena dell'ergastolo*, cit. L'ergastolo c.d. ostativo, è la forma di ergastolo cui sono condannati coloro i quali hanno commesso uno dei reati elencati dall'ordinamento penitenziario, all'art. 4-bis, come ostativi all'accesso ai benefici penitenziari (si tratta soprattutto di reati di tipo associativo). Per chi vi è condannato, l'unica via attraverso la quale è possibile accedere a tali benefici è accettare di collaborare con la giustizia. Chi non accetta la collaborazione si ritrova incarcerato inesorabilmente per tutta la vita. E poco importa se è stato svolto un percorso rieducativo o se, addirittura, è stato constatato un sicuro ravvedimento. Spesso gli ergastolani ostativi sono simbolicamente definiti “sepolti vivi”. Non vi sono statistiche del Ministero della Giustizia dalle quali si possa ricavare in maniera precisa quanti sono gli ergastolani ostativi: su 1581 ergastolani (secondo i dati forniti dal ‘Decimo rapporto nazionale sulle condizioni di detenzione’, reso noto dall'Associazione Antigone al 30 novembre 2013), i detenuti sottoposti all'ergastolo ostativo dovrebbero essere qualche centinaio. Questa forma di ergastolo, che non lascia alcuna speranza di un possibile ritorno in società, è tuttora oggetto di importanti dibattiti in campo penalistico, essendo chiaramente incompatibile con ciò che afferma la Costituzione all' art 27 co. 3.

¹⁹¹ PUGIOTTO, *Una questio sulla pena dell'ergastolo*, cit.

¹⁹² Cfr. sent. Corte Cost. 28 aprile 1994, n. 168, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁹³ PITTARO, *Commentario breve alla Costituzione*, cit., p. 285.

ergastolo, non pena a vita. Se si configurasse come tale, invece, sarebbe inammissibile. Tale istituto è conservato esclusivamente per il significato simbolico ad esso connesso ed in un momento storico in cui le «pulsioni securitarie» sono fortissime, non è un facile intraprendere un cammino parlamentare che porti alla sua definitiva abolizione¹⁹⁴. Tuttavia, anche a fronte di una ormai palese inefficacia dal punto di vista della prevenzione generale, il prezzo di tale inerzia rischia di diventare troppo alto¹⁹⁵.

¹⁹⁴ PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 568.

¹⁹⁵ In questo senso PUGIOTTO, *Una questio sulla pena dell'ergastolo*, cit.

CAPITOLO II

LA FUNZIONE RIEDUCATIVA DELLA PENA E IL CARCERE

SOMMARIO: § 1. L'evoluzione storica del carcere in relazione alla funzione rieducativa. § 2. La legge di riforma penitenziaria. § 3. Le riforme dell'ordinamento penitenziario dal 1975 fino ad oggi. § 4. La situazione attuale del carcere in relazione alla funzione rieducativa. § 4.1. Il trattamento penitenziario. § 4.2. Ostacoli di carattere quantitativo allo svolgimento del trattamento rieducativo in carcere. § 4.3. Ostacoli di carattere qualitativo allo svolgimento del trattamento rieducativo in carcere. 4.4. L'attuale inadeguatezza del carcere ad assicurare una funzione rieducativa. § 5. Futuro della funzione rieducativa della pena.

1. *L'evoluzione storica del carcere in relazione alla funzione rieducativa.*

L'interesse verso il problema della rieducazione storicamente si accompagna al progressivo affermarsi, in epoca moderna, della pena detentiva come modello dominante di sanzione penale. Sorge spontanea la domanda: configurandosi, fondamentalmente, come luogo di esclusione, può il carcere essere anche luogo di recupero dei valori della convivenza civile?

Il carcere come luogo di pena è percepito oggi come un dato naturale: chi commette un reato deve scontare la pena passando un certo periodo della sua vita rinchiuso dentro uno spazio istituzionale definito "carcere". Eppure questa pena è una creazione relativamente recente.

Nei sistemi pre-capitalistici il carcere come pena non esiste; ad essere ignorato non è tanto il carcere come istituzione, quanto la pena dell'internamento come privazione della libertà¹.

Nel medioevo non esiste molto spazio per un sistema punitivo di Stato. Se qualcuno commette un reato contro la decenza, la pubblica moralità, la religione, oppure se uccide o ferisce gravemente una persona si tiene un raduno solenne di uomini liberi in cui si pronuncia un giudizio e si costringe il colpevole a pagare una somma di denaro. L'impossibilità, da parte delle classi inferiori, di far fronte al pagamento delle pene pecuniarie, conduce a sostituirle con le punizioni corporali. Anche il

¹ MELOSSI-PAVARINI, *Carcere e fabbrica: alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, 1977, p. 30 e ss.

carcere, in quel tempo, è visto come una forma di pena sostitutiva della pena pecuniaria².

Sino al quindicesimo secolo le pene comunemente applicate sono, oltre alla pena pecuniaria, l'esilio, la mutilazione, il marchio a fuoco, la flagellazione, la gogna, la morte³. Si fa ricorso al carcere preventivo e al carcere per debiti, ma non si può correttamente affermare che la semplice privazione della libertà, protratta per un periodo determinato di tempo e non accompagnata da alcuna sofferenza ulteriore, sia riconosciuta e quindi prevista come pena autonoma e ordinaria. La pena vera e propria deve sempre consistere in qualcosa di ulteriore⁴.

I metodi punitivi cominciano a subire un mutamento graduale ma profondo verso la fine del sedicesimo secolo, quando si comincia a valutare la possibilità di sfruttare il lavoro dei detenuti. Vengono introdotti la servitù sulle galere, la deportazione e la pena del lavoro forzato; esse cominciano a rimpiazzare le pene pecuniarie, corporali, capitali. Tali mutamenti non sono frutto di considerazioni umanitarie, bensì di un determinato indirizzo impresso dallo sviluppo economico, che mette in evidenza il valore potenziale di una massa di ricchezza umana completamente a disposizione dell'apparato amministrativo, senza che ciò comporti alcun costo ulteriore. Si verifica, infatti, in questa fase storica, un'espansione continua del mercato e una domanda di merci costantemente superiore all'offerta⁵.

Con l'avvio del processo di accumulazione capitalistico, e quindi con una nuova visione della vita basata sulla laboriosità, l'accettazione dell'ordine e la morigeratezza dei costumi, si assiste ad una evoluzione del concetto di pena, che interessa in modo particolare tutti quegli individui appartenenti alla classe dei "non occupati": vagabondi, mendicanti e prostitute.

Per liberare la città da questi individui nascono le c.d. "case di correzione", prima tra tutte quella di Bridewell a Londra, nel 1555⁶. L'essenza della casa di correzione risiedeva nel fatto che essa riuniva in sé i principi ispiratori della casa per poveri, della casa di lavoro e dell'istituzione penale, unificati dallo scopo fondamentale di

² RUSCHE-KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, trad. it. (a cura di) MELOSSI e PAVARINI, Bologna, 1978, p. 49 e ss.

³ RUSCHE-KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, cit., p. 63.

⁴ *Carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet* (la funzione del carcere è solo quella di custodire gli uomini, non di punirli), GIUSTINIANO, Digesto, 48.19.8. Questo fu il principio dominante per tutto il medioevo, sino all'inizio dell'età moderna.

⁵ RUSCHE-KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, cit., p. 71 e ss.

⁶ RUSCHE-KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, cit., p. 95 e ss.

rendere socialmente utile una forza lavoro ribelle⁷. I soggetti emarginati reclusi in questi istituti sono destinati alla produzione manifatturiera e all'addestramento alla disciplina del lavoro.

La pena si arricchisce così di un nuovo connotato che fino ad allora le era stato estraneo e cioè quello dell'educazione, seppur coatta, al lavoro. Nonostante ciò è indubbio che la finalità principale per cui si ricorre alla reclusione in queste strutture resta quella di garantire il soddisfacimento degli interessi finanziari dello Stato, sempre posti in primo piano.

Inoltre, la caratteristica fondamentale della casa di correzione resta quella punitiva, come dimostrano le pessime condizioni di vita negli istituti e i principi stessi su cui si basavano la disciplina e il lavoro⁸.

Di tutte le motivazioni che contribuirono a rafforzare l'idea del carcere come pena, la più importante fu senz'altro quella del profitto, sia nel senso più limitato di rendere produttiva la stessa istituzione carceraria, che in quello generale di trasformare l'intero sistema penale in una parte del programma mercantilistico dello Stato⁹.

Se già nell'epoca del mercantilismo sono gettate le basi per la costruzione di un nuovo sistema basato sulla detenzione, è con i riformatori illuministi che la privazione di libertà e l'istituzione carceraria ad essa correlata assumono il ruolo di sanzione penale dominante.

Nel momento stesso in cui si afferma la centralità del carcere come pena, però, esso sta già inarrestabilmente perdendo il proprio legame con la funzione d'origine; non è più centro di addestramento della forza lavoro, non è più luogo di produzione, ma è inesorabilmente afflitto da tutte le storture che il pensiero illuministico cercherà di eliminare ma che accompagneranno la storia del penitenziario fino ai giorni nostri¹⁰.

Si devono al pensiero illuministico sviluppatosi nel corso del XVIII secolo la promozione e l'elaborazione teorica della sanzione detentiva. La pena privativa della

⁷ Comunemente i reclusi di queste istituzioni erano vagabondi, mendicanti, prostitute, ladri; dapprima vi erano solo gli autori di reati meno gravi, in seguito anche condannati a lunghi periodi di pena per reati più gravi. Al consolidarsi di queste case lavoro, i cittadini presero a recludervi i figli senza occupazione e i parenti prodighi. La composizione degli ospiti di questi luoghi ha caratteristiche simili in ogni Paese. Molte città addirittura vi ammisero i poveri e i bisognosi quando questi non erano in grado di guadagnarsi da vivere. Quest'ultimo carattere assunse particolare importanza soprattutto negli Hôpitaux généraux francesi dove si arrivò a sfamare e a far lavorare anche vedove ed orfani.

⁸ PADOVANI, *L'utopia punitiva, Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, p. 5.

⁹ RUSCHE-KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, cit., p. 133.

¹⁰ PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., p. 6. Qui Padovani riprende le argomentazioni date da FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it. (a cura di) TARCHETTI, Torino, 1976, p. 291.

libertà piuttosto che come sanzione “migliore” da un punto di vista filantropico o umanitario, è considerata la sanzione più congeniale ai nuovi compiti assegnati al diritto penale.

Proporzionalità della pena alla gravità del reato commesso, certezza, uguaglianza, sono i principali connotati che portano a considerare la pena detentiva come lo strumento punitivo più adeguato.

Vi sono certamente sanzioni di tipo diverso, che allargano il ventaglio punitivo, senza, peraltro, mettere in discussione la posizione tendenzialmente dominante della pena carceraria.

Nonostante l'entusiasmo e la predilezione degli autori illuministi per questo tipo di pena è innegabile che da subito cominciano ad affiorare le prime riserve sulla effettiva attitudine di essa a fungere da efficace strumento di rieducazione, tanto che «subito, nella sua realtà e nei suoi effetti visibili, la prigione venne denunciata come il grande scacco della giustizia penale»¹¹. In effetti, nel pensiero dei riformatori, comincia a farsi strada un'analisi lucida e razionale degli aspetti fortemente negativi del carcere come pena, che procede di pari passo con la polemica per l'uso generalizzato che se ne fa. Tali critiche nascono dalla raggiunta consapevolezza che «il carcere diventa la pena principale in tutto il mondo proprio nel momento in cui la base economica su cui era sorta la casa di correzione viene distrutta dalle trasformazioni economiche»; «viene meno la ragione stessa dell'apparire del nuovo sistema punitivo, il bisogno di forza lavoro»¹². L'intimidazione e il tormento dei detenuti diventano la regola giornaliera mentre il lavoro assume una funzione meramente afflittiva o di sfruttamento. Il carcere, rimpiazzato dalla fabbrica, abbandona la logica del lavoro e della disciplina come strumento di rieducazione e si trasforma in segregazione cellulare con la reintroduzione delle pene corporali.

Nessuna delle critiche che furono mosse nei secoli successivi sfugge all'attenzione dei riformatori settecenteschi. Essi rilevano che la detenzione assume nella maggior parte dei casi efficacia criminogena; provoca la recidiva; favorisce la creazione di una rete organizzativa delinquenziale; fa sì che i recidivi commettano reati sempre

¹¹ FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., p. 291.

¹² RUSCHE-KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, cit., p. 153 e ss, p. 178 e ss. Ciò, secondo l'analisi dei due autori, accadde perché le case di correzione vennero rimpiazzate dalle fabbriche. La casa di correzione richiedeva costi troppo alti per l'amministrazione e la disciplina; il lavoro libero riusciva a produrre molto di più ed evitava lo spreco di capitale proprio delle case di correzione. La casa di correzione, in altre parole, decadde perché vennero individuate fonti migliori di profitto e perché, con la scomparsa della casa di correzione come strumento di sfruttamento redditizio, scomparve anche la possibile influenza correttiva di quel lavoro regolare che vi si praticava.

più gravi; abbrutisce la personalità dei condannati; ne determina l'avvio definitivo alla carriera criminale; non ne esercita alcuna azione emendativa, anche nei confronti di chi avrebbe possibilità di essere riabilitato¹³. È attestato, in particolare, che il carcere esercita i suoi effetti più disastrosi sui delinquenti primari: «se, invece di rieducarsi divengono più viziosi, se passano dai furtarelli alle rapine, se si spingono sino al brigantaggio e all'assassinio, è l'educazione di una prigione che bisogna accusare»¹⁴.

La denuncia degli effetti negativi del carcere e la centralità che la pena detentiva assume nello stesso momento, sono solo apparentemente dati in contraddizione. Essi, infatti, si sviluppano su piani distinti: il primo è basato sulla realtà ed ha come oggetto il carcere come istituzione sociale; il secondo, invece, ha una dimensione ideale, orientata in funzione della politica criminale e ha come oggetto un tipo di sanzione giuridica. Sorge la consapevolezza che, per far sì che i due piani, quello ideale e quello reale, si ricongiungano, l'istituzione penitenziaria debba subire un processo di radicale trasformazione. Si sviluppa pertanto un vasto movimento riformistico, il cui scopo è quello di delineare un modello di "carcere ideale"; il criterio classificatorio su cui esso si deve basare deve essere rigidamente obiettivo: a diversità di reato deve corrispondere una struttura carceraria che sia visibilmente differenziata¹⁵. Non è invece prevista alcuna forma di classificazione dei detenuti basata su criteri soggettivi e, in particolare, sulla personalità del condannato; valutazioni di questo tipo sono guardate con sospetto perché sembrano minare la necessaria uguaglianza della detenzione.

L'ideale carcerario settecentesco trova la sua massima realizzazione nel sistema filadelfiano, basato sulla segregazione cellulare continua¹⁶. Questo sistema, detto filadelfiano perché ispirato al modello di reclusione introdotto per la prima volta dai

¹³ PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., p. 16.

¹⁴ BENTHAM, *Théorie des peines et de récompenses* (trad. francese), in *Oeuvres*, vol. II, Bruxelles, 1829, p. 38.

¹⁵ BENTHAM, nel suo *Théorie des peines et de récompenses*, cit., p. 41, ad esempio, propone nel suo «piano generale di imprigionamento» l'adozione di tre diverse specie di penitenziari: la prima riservata ai debitori, ai contravventori delle leggi di polizia, agli imputati in stato di custodia preventiva; la seconda riservata ai condannati alla reclusione temporanea; la terza riservata ai condannati all'ergastolo. Prevede, inoltre, che questi tre diversi tipi di penitenziario siano diversificati sin nei più minuti aspetti: dal colore delle pareti (bianco, grigio e nero a seconda della gravità dei reati), alla decorazione degli ingressi, che deve riportare l'emblema del delitto commesso da chi è ospitato in quell'istituto. Diversa è, invece, la soluzione proposta da FILANGERI che nell'opera, *La scienza della legislazione*, III ed., Milano, 1817, p. 221, prevede che si ricorra alla pena del mero carcere, di durata breve, per i soli «reati leggeri (...) quelli che possono piuttosto chiamarsi trasgressioni che delitti», mentre la pena dei «lavori pubblici», che rappresenta un inasprimento della detenzione mediante il lavoro coatto, viene riservata agli autori di delitti più gravi.

¹⁶ PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., p. 19.

quaccheri in Filadelfia, è incentrato sull'isolamento più totale; le mura della cella mettono il detenuto di fronte a se stesso e diventano efficaci strumenti di punizione, inducendolo ad assumere naturalmente quella disciplina e quell'ordine che dalla struttura penitenziaria si dovrebbero riflettere in lui come una proiezione¹⁷. Il modello di rieducazione non contempla alcuna forma di trattamento flessibile che muova dal riconoscimento delle peculiarità soggettive di ciascun condannato; ciò che sembra meglio incidere sul singolo sono l'impersonalità della struttura e l'uniformità dei metodi.

L'edilizia carceraria stessa diventa il simbolo del modo di concepire la pena detentiva; emblematico è a tale proposito il *Panopticon* progettato da Bentham verso la fine del XVIII secolo. La struttura del panopticon è composta da una torre centrale, all'interno della quale staziona la guardia, circondata da una costruzione circolare, dove sono disposte le celle dei prigionieri, celle rigorosamente singole e illuminate dall'esterno. Esse dispongono di due finestre ciascuna: l'una rivolta verso l'esterno, per prendere luce, l'altra verso l'interno, per garantire un'efficace sorveglianza. I carcerati, sapendo di poter esser osservati tutti insieme in un solo momento dal custode, grazie alla particolare disposizione della prigione, avrebbero assunto comportamenti disciplinati e mantenuto l'ordine in modo quasi automatico¹⁸. Mentre le codificazioni a cavallo tra XVIII e XIX secolo danno consacrazione normativa ai progetti illuministici riguardanti la centralità della pena detentiva, il

¹⁷ Il sistema filadelfiano si sviluppa attorno al 1790, ad opera dei quaccheri, in Filadelfia ed è intriso di elementi religiosi. I quaccheri confidavano nella religione come solo ed unico strumento pedagogico, per cui ritenevano che con la segregazione cellulare il peccatore potesse essere ricondotto a Dio. La sola occupazione concessa era la lettura della Bibbia; non era concesso invece di lavorare per paura che il lavoro potesse turbare la meditazione sul peccato commesso. Inoltre la segregazione cellulare evitava il pericolo del contagio criminale. Per un'analisi più approfondita di questo sistema carcerario v. RUSCHE-KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, cit., p. 215 e ss.

¹⁸ BENTHAM, *Panopticon ovvero la casa di ispezione*, (a cura di) FOUCAULT e PERROT, II ed., Venezia, 1997. L'idea alla base del Panopticon (dal greco παν οπτικον, "che fa vedere tutto") era quella che - grazie alla forma radiocentrica dell'edificio e ad opportuni accorgimenti architettonici - un unico guardiano potesse osservare in ogni momento tutti i prigionieri, i quali, non essendo in grado di stabilire se erano osservati o meno, erano portati a percepire una sorta di invisibile onniscienza da parte del guardiano, che li avrebbe condotti ad osservare sempre la disciplina, nella convinzione di essere visti costantemente. Dopo anni di questo trattamento, secondo Bentham, il retto comportamento "imposto" sarebbe entrato nella mente dei prigionieri come unico modo di comportarsi possibile, modificando indelebilmente il loro carattere. Oggi, in Italia, un esempio di struttura carceraria basata sul modello del panopticon è costituito dall'ormai dismesso penitenziario di Santo Stefano, isolotto adiacente all'isola di Ventotene, costruito dai Borbone nel 1795. Questo fu uno tra i primissimi edifici carcerari al mondo costruiti sul modello del panopticon di Bentham. Ci si ispirò all'idea settecentesca del panopticon anche per la costruzione del carcere di San Vittore, nel centro di Milano, che presentava, nel disegno ottocentesco, sei braccia di tre piani l'una, sorvegliati da una rotonda centrale. Ancora oggi, nonostante vari interventi architettonici che ne hanno modificato l'impianto originale, è riconoscibile la struttura circolare tipica del panopticon.

“carcere ideale” rimane un’utopia; i carceri assumono sempre più un aspetto repressivo e terroristico.

La polemica di inizio ottocento si incentra in particolare sulla validità del sistema filadelfiano di segregazione cellulare, tanto che esso fu ben presto abbandonato quasi ovunque e sostituito dal modello penitenziario di Auburn, fondato sull’isolamento limitato alle ore notturne con vita in comune diurna e obbligo del silenzio¹⁹.

Nei sistemi penitenziari ottocenteschi il principio di classificazione dei detenuti secondo criteri oggettivi è capovolto; lo scopo di tale classificazione non si riduce più all’esigenza di rispettare il rapporto di proporzione tra l’illecito e la sanzione, ma assume, innanzitutto, il significato di impedire la promiscuità di soggetti diversamente pericolosi, che può dar vita al contagio criminale. Nel differenziare i detenuti si comincia a dare maggior rilievo alla personalità del condannato e al suo comportamento in ambiente carcerario; è proprio grazie all’introduzione di questo nuovo modello, che si hanno le prime manifestazioni di apertura verso quel «trattamento individualizzato che costituisce uno dei capisaldi della politica penitenziaria moderna»²⁰.

Viene meno, nel XIX secolo, la fiducia incondizionata nella capacità del carcere di raggiungere la rieducazione del condannato solo in virtù del modello di organizzazione imposto dall’amministrazione penitenziaria. Per incidere sull’individuo non basta inserirlo in una struttura pianificata, che realizzi in maniera tangibile l’ordine e la disciplina nella realtà degli istituti penitenziari, ma è necessario, piuttosto, valutare gli elementi più significativi della sua personalità, affinché il carcere possa piegarne gli impulsi negativi che lo hanno portato a commettere il reato. In questa prospettiva anche i sistemi filadelfiano e auburniano vengono reinterpretati come tecniche di trattamento individualizzato.

La vera rivoluzione di pensiero sta nel fatto che il carcere non è più il luogo *che* rieduca ma il luogo *dove* si rieduca²¹; è negata l’intrinseca capacità di rieducare del

¹⁹ PADOVANI, *L’utopia punitiva*, cit., p. 25; RUSCHE-KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, cit., p. 220. Questo nuovo modello penitenziario prende il nome dalla città di Auburn, nello Stato di New York. In questa città, nel 1816, viene creato il primo carcere studiato per sperimentare un nuovo tipo di trattamento dei prigionieri, secondo il quale la rieducazione del condannato poteva essere raggiunta riducendo la segregazione cellulare alle sole ore notturne e preferendo, durante il giorno, il lavoro collettivo nelle officine situate all’interno del carcere. Per evitare che durante la giornata vi fossero contatti tra i detenuti venne introdotta la regola del silenzio ininterrotto. Tale modello si diffuse in tutto il mondo e divenne noto come *Auburn System*.

²⁰ PADOVANI, *L’utopia punitiva*, cit., p. 30.

²¹ PADOVANI, *L’utopia punitiva*, cit., p. 33.

carcere. Esso rieduca solo se è in grado di riplasmare le abitudini e i sentimenti con un trattamento appropriato e soprattutto flessibile²².

A partire da queste riflessioni si apre nel panorama degli Stati Uniti una nuova stagione, detta della *New Penology*²³. Essa si inaugura con il Congresso di Cincinnati, svoltosi nel 1870, che ha per tema l'inutilità della pena detentiva determinata. Ci si chiede che senso abbia protrarre una pena quando è accertato che essa ha già raggiunto il suo scopo; la risposta unanime dei giuristi è che l'utilità di un simile sistema non è ravvisabile²⁴. Le conclusioni a cui si giunge in quello storico congresso trovano applicazione pratica a distanza di pochi anni in tutte le istituzioni penali nella maggior parte degli Stati nord-americani. Nasce così un nuovo modello di esecuzione penitenziaria: il modello correzionale. Esso prevede che la sentenza di condanna determini il limite massimo della pena; che il condannato dopo un periodo minimo di detenzione possa accedere alla liberazione condizionale (*parole*) indipendentemente dalla condanna inflittagli; che la fase esecutiva vera e propria si differenzi in vari gradi e livelli a seconda della condotta tenuta dal detenuto; ma, soprattutto, che questa sia orientata sul modello psico-terapeutico del trattamento.

Nel nostro Paese, in questa progressiva affermazione delle ragioni special-preventive nel processo esecutivo, un ruolo fondamentale viene certamente giocato dal pensiero positivista²⁵.

Dopo il 1850 si impone, in Italia come in tutta l'Europa, la Scuola positivista. Il pensiero riformatore di questa scuola ritiene l'uomo in grado di condizionare lo sviluppo umano, come quello naturale, e che quindi anche il delitto possa essere combattuto attraverso un'adeguata politica sociale. I positivisti affermano, ricorrendo allo schema del determinismo causale, l'inadeguatezza dei metodi di lotta al crimine ancora dominanti, basati su ideali retributivi di stretta equivalenza tra reato e pena.

Per questi riformatori, quindi, la scienza del delitto è essenzialmente scienza della società. Il delitto è concepito come un fatto determinato sia dalla società in cui il

²² In base a questa nuova prospettiva, si modellano i fondamenti di un nuovo peculiare sistema, detto *irlandese*, ispirato ad una commistione di elementi filadelfiani e auburniani, strutturato in modo da attuare un trattamento penitenziario progressivo, dove ad un primo periodo di isolamento cellulare rigoroso, senza lavoro, segue un periodo di isolamento temperato, con l'obbligo di lavoro con un regime di vita in comune, per giungere, attraverso progressive attenuazioni dell'obbligo del lavoro, ad un regime di prova per detenuti modello, con l'allentamento delle regole disciplinari, sino ad un'eventuale liberazione condizionale.

²³ Termine usato per la prima volta da Fogel, criminologo americano.

²⁴ PAVARINI, *La pena «utile», la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo*, in *Rass. penit. e crim.*, 1983, p. 11.

²⁵ PAVARINI, *La pena «utile»*, cit., p. 12.

criminale vive, sia dall'indole delinquenziale che questi in parte eredita e in parte sviluppa durante la sua vita; «da ciò consegue che l'esecuzione penale non può fondarsi sulla sola azione criminosa, ma deve considerare questa come elemento rivelatore dell'intera personalità del delinquente»²⁶. La pena deve perseguire una funzione rieducativa o di prevenzione speciale dal momento che deve sostanzialmente riuscire a modificare l'atteggiamento di chi si è reso responsabile di un reato, in modo tale da renderlo idoneo a fare nuovamente ingresso nella società in veste di uomo in grado di far parte della società di uomini liberi.

Si comincia a ritenere che la popolazione detenuta che non necessita di un processo di risocializzazione debba essere fatta uscire dalle prigioni attraverso l'uso sempre più esteso di un apparato sanzionatorio alternativo alla pena detentiva ed attraverso l'applicazione di sanzioni pecuniarie. Questa tendenza è accompagnata da una sensibile diminuzione sia della durata che della severità delle pene detentive²⁷.

Le condizioni della situazione penitenziaria mostrano, in questi anni, un netto miglioramento: sono costruiti nuovi carceri ed abbattuti quelli giudicati ormai inadatti; migliorano le condizioni igieniche oltre che quelle morali; anche l'alimentazione dei detenuti è migliorata; maggior attenzione è posta ai problemi di salute; le catene e gli altri strumenti di contenimento fisico, in precedenza utilizzati per mantenere la disciplina, cominciarono ad essere usati sempre più raramente. La conseguenza diretta di questi cambiamenti nell'amministrazione penitenziaria è felicemente rappresentata da una significativa diminuzione degli indici di mortalità dei detenuti²⁸.

In Italia, nel 1890, entrò in vigore del Codice Zanardelli del Regno d'Italia, che abolisce la pena di morte e, ad un anno di distanza, nel 1891, viene approvato il "Regolamento generale degli stabilimenti carcerari e dei riformatori governativi", primo fondamentale documento delle istituzioni penitenziarie dell'Italia post-unitaria²⁹. Nonostante la minuziosità dal punto di vista legislativo, non sembra che queste novelle comportino una qualche forma di apertura dal punto di vista della sostanza. Il carcere resta luogo di isolamento e la pena della reclusione, se inferiore a sei mesi, si sconta in regime di segregazione cellulare continua; basta questo esempio

²⁶ RUSCHE-KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, cit., p. 236 e ss.

²⁷ RUSCHE-KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, cit., p. 241.

²⁸ RUSCHE-KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, cit., p. 250.

²⁹ Con R.D. del 1 febbraio 1891, n. 260, viene emanato il nuovo "Regolamento generale degli stabilimenti carcerari e dei riformatori governativi", un corpo ampio e minuzioso di ben 891 articoli, che viene a saldarsi con il "Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza" del 1889 e con il Codice penale Zanardelli, entrato in vigore l'1 gennaio 1890.

a dimostrare come non si siano fatti grandi passi avanti verso l'umanizzazione della pena. Solo un decennio dopo si comincia a intravedere qualche segnale di rinnovamento, dapprima con il regio decreto 2 agosto 1902, n. 337, che sopprime l'uso della catena al piede per i condannati ai lavori forzati e poi con il regio decreto 14 novembre 1903, n. 484, che abolisce la camicia di forza, i ferri e la cella oscura³⁰. Una serie di circolari degli anni 1921-'22 rivelano che la burocrazia ministeriale comincia a basarsi su alcune affermazioni della Scuola positiva; con esse «i detenuti vengono proclamati oggetto non tanto di repressione quanto di cura, gli strumenti di contenzione e di coercizione meccanica devono essere depurati di ogni senso di rappresaglia o di punizione, i colloqui e la corrispondenza possono essere concessi con maggiore larghezza, la segregazione cellulare si accompagna a più attente cautele»³¹.

Anche il R.D. del 19 febbraio 1922, n. 393, che introduce il nuovo regolamento carcerario recepisce alcune di queste innovazioni e ne introduce di ulteriori, sempre dirette alla realizzazione di una maggiore flessibilità del trattamento penitenziario.

Il momento storico in cui si registra questa apertura verso un nuovo modello carcerario, però, è instabile e la minaccia di un riflusso autoritario è imminente. Nel momento stesso in cui le circolari del 1921-'22 sono introdotte, pur riscuotendo consensi a livello di direzione degli stabilimenti carcerari, sono invece accolte con chiara ostilità negli ambienti dottrinali specialistici, dove la politica penitenziaria attuata dalla Direzione generale delle carceri viene giudicata troppo arrendevole e accondiscendente nei confronti dei detenuti.

L'avvento del fascismo comporta una netta involuzione sul piano del trattamento carcerario. Nel 1922 la Direzione generale delle carceri e dei riformatori viene trasferita dal Ministero dell'Interno al Ministero della Giustizia; tale provvedimento, emanato a poche settimane dall'avvento del fascismo al potere, assume un carattere punitivo nei confronti della politica liberale perseguita nell'ultimo biennio dalla Direzione generale.

Il diritto di punire, che nasce con lo Stato, è perciò necessariamente concepito come prerogativa dello Stato medesimo, essenziale per la sua conservazione e la sua difesa. Lo Stato punisce il delinquente, non perché si debba difendere da esso ma perché il

³⁰ FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'Ottocento alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980, p. 39.

³¹ FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'Ottocento alla riforma penitenziaria*, cit., p. 50; NEPPI MODONA, *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia*, vol. V/2 Documenti, Torino, 1973, p. 1956 e ss.

delinquente, con la sua azione criminosa disobbedisce alle leggi dello Stato e all'ordine da esse imposto, ferendolo nella sua autorità e venendo meno al dovere di fedeltà nei suoi confronti³².

Il "Nuovo Regolamento per gli Istituti di prevenzione e pena", adottato con R.D. del 18 giugno 1931, n. 787, se da una parte fa alcune concessioni formali all'idea rieducativa, da realizzarsi attraverso il lavoro, l'istruzione, la religione, dall'altra mostra che il suo reale proposito è un altro; il diritto penale non può essere "sentimentale", qualsiasi pericoloso criterio di pietismo deve essere abbandonato. Le privazioni e le sofferenze fisiche tornano ad essere il mezzo per favorire l'educazione e il riconoscimento dell'errore e per determinare nel reo un miglioramento personale. Questa impostazione teorica finisce per mutare anche la struttura del carcere, che, così come in passato, si configura di nuovo come una realtà separata dalla società dei liberi e in cui l'isolamento, la mortificazione fisica e la durezza hanno lo scopo di rafforzare la capacità di emenda³³. La pena, per essere efficace non deve perdere il carattere afflittivo ed intimidatorio; ciò risulta evidente se si esaminano alcune prescrizioni contenute nel regolamento del 1931, secondo cui i condannati dovevano essere chiamati con il numero delle loro matricole, subire il taglio dei capelli, indossare una divisa a strisce, camminare durante il passeggio soli o tre a tre, parlare a bassa voce, non uscire dalla fila, né fermarsi o sedersi senza aver ottenuto il permesso dagli agenti di custodia. Vi era, inoltre, la censura sui giornali, con il taglio degli articoli che la direzione non riteneva adatti al carcerato; erano vietati e puniti i reclami collettivi, il contegno irrispettoso, l'uso di parole blasfeme, i giochi, il possesso delle carte da gioco, i canti, il rifiuto di presenziare alle funzioni religiose, il possesso di un ago, di un mozzicone di matita, la lettura o il possesso di testi o periodici di contenuto politico. Le punizioni andavano dall'ammonizione del direttore alle celle d'isolamento, ed erano previste sanzioni come il divieto di fumare, di scrivere, di lavarsi, di radersi per alcuni giorni; vi era poi l'interruzione dei colloqui, la sottrazione del pagliericcio, fino al letto di contenzione e alla camicia di forza³⁴.

La situazione di disagio degli istituti penitenziari, lungi dal migliorare, è destinata a peggiorare nell'immediato dopoguerra; gli anni 1945-'46 registrano gli indici di criminalità più alti di tutto il secolo. A ciò si somma il fatto che viene applicata

³² FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'Ottocento alla riforma penitenziaria*, cit., p. 63.

³³ VALIA, *I diritti del recluso tra legge 354/1975, Costituzione e Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in *Rass. penit. e crimin.*, 1999, p. 8.

³⁴ VALIA, *I diritti del recluso tra legge 354/1975, Costituzione e Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, cit., p. 8.

contro i fascisti e i collaborazionisti una legislazione speciale che ha come risultato quello di riempire le carceri di detenuti politici. È forte la spinta verso soluzioni sommarie e repressive; si vuole punire rapidamente ed eliminare chi ha sbagliato, mentre vengono del tutto dimenticate le tematiche di rieducazione; la popolazione carceraria subisce un incremento senza precedenti e dà vita a rivolte drammatiche³⁵.

In questo momento storico così incerto e delicato si fa strada, nell'area della cultura penal-penitenziaria, quella che è rimasta l'unica forza che riassume in se la continuità con la tradizione e la solidità delle nuove forze emergenti, rappresentata dai giuristi cattolici. A livello inconscio si impone, in tutti i rami della società, un'aspettativa generale fatta di desiderio di rinnovamento e di pace che consenta finalmente di dimenticare le durezze della guerra e di iniziare una nuova era.

I primi segni di questa volontà di cambiamento incominciano a scorgersi nell'attività dell'Assemblea Costituente³⁶. La Costituzione, all'art. 27 co. 3 dichiara per la prima volta, in maniera definitiva, che la funzione della pena è quella della rieducazione; l'esecuzione della pena detentiva deve essere organizzata in modo tale da non rappresentare, nelle sue modalità, un più grande castigo di quello che già si realizza per effetto della privazione della libertà e da consentire tutti quei trattamenti che appaiono più idonei al recupero sociale del condannato.

Purtroppo, negli anni successivi all'emanazione del testo costituzionale si registra una chiara inversione di tendenza rispetto a queste linee guida; raggiungono notevole fortuna le teorie di prevenzione generale mentre sono mortificate le prospettive di prevenzione speciale e si assiste ad un rilancio delle teorie retributive. Ci vorrà ancora molto tempo prima che gli ideali rieducativi affermati in ambito costituzionale si impongano nella realtà dei penitenziari.

Questa fase di stallo nel cammino che porta all'affermarsi dell'ideale rieducativo è superata verso la fine degli anni '60, quando il processo di riforma del sistema penitenziario riceve un nuovo impulso in seguito all'aprirsi di una fiorente stagione di proteste e mobilitazioni della popolazione carceraria, sull'onda delle contestazioni studentesche e delle lotte operaie degli anni 1968-'69³⁷. Sino a questo momento il monopolio delle discussioni riguardanti la pena detentiva era stato detenuto dai penitenziaristi di professione e dagli studiosi accademici. Dalla fine degli anni '60, invece, fanno irruzione in questo settore numerosi interventi sia dei detenuti che

³⁵ FASSONE, *La pena detentiva*, cit., p. 69.

³⁶ FASSONE, *La pena detentiva*, cit., p. 71.

³⁷ VALIA, *I diritti del recluso*, cit., p. 17.

dell'opinione pubblica. I criteri di approccio al tema della pena sono completamente rovesciati; sono i detenuti stessi a rivelare gli effetti negativi e le arretratezze della vita in carcere e la loro condizione, arrivata a livelli irrispettosi del senso di umanità³⁸. Questi sono anche gli anni in cui l'Italia è interessata da un ampio processo di trasformazione sociale nei rapporti tra cittadini e autorità dello Stato. In ogni rapporto istituzionale è la parte "bassa" della società ad assumere il massimo dinamismo di idee.

2. *La legge di riforma penitenziaria.*

È in questo clima storico e culturale che vengono emanate la legge 26 luglio 1975, n. 354, intitolata «*Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative della libertà*» ed il relativo «*Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*», approvato con d.P.R. del 29 aprile 1976, n. 431.

Con la legge 354/1975 il legislatore, dando attuazione al dettato costituzionale e armonizzando la materia con l'evoluzione a cui è andata incontro in altre democrazie occidentali e con le indicazioni contenute nelle risoluzioni adottate dall'ONU e dal Consiglio d'Europa su questo tema, muta radicalmente le linee guida alla base del trattamento dei detenuti³⁹. La vera rivoluzione sta nel fatto che il carcere non è più inteso come luogo di segregazione e di allontanamento *dalla* società, ma come una opportunità data al condannato di intraprendere un percorso di rieducazione e reinserimento *in* società.

La legge sull'ordinamento penitenziario è «la prima legge organica di riforma del sistema penale ispirata al principio della funzione rieducativa della pena»⁴⁰. Una volta abbandonata la filosofia secondo cui la pena avrebbe dovuto essere afflittiva e mortificante, «il legislatore del 1975 ha costruito l'intera disciplina del trattamento in istituto facendola gravitare sulla figura del detenuto (...) quale protagonista attivo e, nel contempo, quale fine ultimo dell'esecuzione penitenziaria, nella prospettiva della

³⁸ FASSONE, *La pena detentiva*, cit., p. 98.

³⁹ Per quanto riguarda le risoluzioni dell'ONU e del Consiglio d'Europa, si fa riferimento all'*Ensemble de regles minima pour le traitement des detenues*, risoluzione adottata dall'ONU il 30 ottobre 1955 e all'*Ensemble de regles minima pour le traitement des detenues*, risoluzione adottata dal Comitato dei Ministri il 19 gennaio 1973 a seguito della 27° riunione dei delegati dei Ministri del Consiglio d'Europa.

⁴⁰ GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in (a cura di) Grevi, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, p.1.

rieducazione»⁴¹. Sotto la rubrica «trattamento e rieducazione», l'art. 1 co. 6 di questa legge dispone che «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». La prima preoccupazione del legislatore è quella di evitare che la pena sia un fattore di desocializzazione, che crei cioè ulteriori ostacoli all'integrazione del soggetto nel tessuto sociale, producendo nuovi stimoli verso la commissione di reati⁴². Fino a quel momento il carcere è stato il luogo in cui ogni momento della vita del detenuto era regolamentato, predeterminato e controllato dall'alto; si tendeva a sottrarre al detenuto ogni minimo margine di scelta responsabile per cui, privato di ogni forma di riservatezza e di possibilità di autodeterminarsi, mortificato nella sua personalità, rischiava di regredire ad uno stato infantile. Ma il carcere non si limitava a questo; esso contestualmente, inseriva il soggetto in veri e propri gruppi criminali formati all'interno, esponendolo all'influenza della subcultura carceraria⁴³. Pertanto, proprio l'infantilizzazione e l'adesione dei reclusi alle subculture carcerarie sono gli obiettivi principali contro cui si rivolge la riforma attuata nel 1975, allo scopo di depurare la pena detentiva dalle sue componenti desocializzanti. Nell'intento di soddisfare questa esigenza primaria, il legislatore promuove, con l'art. 15 dell'ord. penit. la c.d. 'socializzazione positiva' da raggiungersi con gli strumenti dell'istruzione, del lavoro, della religione e delle attività culturali in generale. Il trattamento non riveste mai carattere impositivo e presuppone la libera adesione da parte dei soggetti a cui è destinato. Molte sono le innovazioni introdotte riguardo al trattamento dei detenuti: esso deve essere applicato escludendo ogni forma di ingiustizia e di discriminazione (art 1 co. 2 ord. penit.)⁴⁴; i detenuti non devono più essere indicati con il numero di

⁴¹ GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, cit., p.7.

⁴² DOLCINI, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 474.

⁴³ Quando si parla di *subcultura carceraria* si fa riferimento ad un fenomeno che si sviluppa in ambiente penitenziario per cui il detenuto, dal momento in cui fa ingresso in un istituto, vede annullata ogni consapevolezza del valore della propria persona e, come meccanismo di difesa contro la posizione di capro espiatorio che sente di ricoprire, finisce per riconoscersi in valori e norme di comportamento diversi da quelli imposti dall'istituzione per regolare la vita carceraria ma anche da quelli dominanti nella società esterna. I detenuti, sentendosi vittime delle ingiustizie di quella società che li ha esclusi, assumono un atteggiamento di totale rifiuto nei confronti di essa, delle sue regole e dei suoi organi. Essi si sentono parte solo di quella collettività artificiale formata dal gruppo nel quale i detenuti con lunghe carriere criminali alle spalle assumono spesso un ruolo di particolare rilievo e ciascuno dei partecipanti trova considerazione, solidarietà, sicurezza e aiuto nella necessità.

⁴⁴ L'importanza di tale principio è stata riconosciuta anche a livello internazionale come criterio informatore delle legislazioni di diversi paesi del mondo. Analoghe previsioni infatti sono contenute nelle Regole Minime dell'ONU (Regola 6, 1955) e nei «Principi fondamentali per il trattamento dei detenuti» (1990), nonché nelle Regole Minime del Consiglio d'Europa (Regola 2, 1987).

matricola ma devono essere chiamati o indicati con il loro nome (art. 1 co. 4 ord. penit.); le misure restrittive in grado di provocare violenze fisiche o morali al condannato possono essere adottate solo per assicurare il mantenimento dell'ordine e della disciplina (art.1 co. 3 ord. penit.).

Inoltre, sempre garantendo il rispetto delle esigenze di sicurezza, si cerca di aprire il carcere verso l'esterno già durante la fase esecutiva, attraverso contatti telefonici, colloqui riservati con i parenti, possibilità di disporre di giornali, radio, televisione ⁴⁵. Nonostante la forte carica innovativa della legge 354/1975 non si può trascurare il fatto che essa viene emanata in un momento storico nient'affatto propizio. Alla vigilia della riforma dell'ordinamento penitenziario, nel 1974, una nuova fase di riflusso è alle porte; vengono messi in luce gli insuccessi di varie forme di trattamento in libertà, sperimentati da quei Paesi che avevano puntato già da tempo sulla rieducazione; la crisi economica mette in difficoltà il Welfare State che non è in grado di sostenere i costi delle nuove tecniche diverse dall'esecuzione in carcere; si espandono con preoccupante rapidità nuove forme di criminalità, in particolare quella terroristica e organizzata, verso le quali sono chieste a gran voce risposte repressive più severe ⁴⁶. In questo periodo un decreto interministeriale istituisce le carceri di "massima sicurezza" per detenuti ad alta pericolosità sociale, sottoposte ad una disciplina di speciale rigore, e dirette ad eliminare una serie di istituti che la riforma del 1975 aveva introdotto⁴⁷. Inoltre, si tende a fare ampio ricorso all' art. 90 ord. penit. che, pur essendo stato pensato come norma di applicazione eccezionale, diventa in questi anni lo strumento chiave a cui affidare la tutela dell'ordine e della

⁴⁵ DOLCINI, *La pena detentiva in Italia oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in (a cura di) DOLCINI-PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, Milano, p. 1079.

⁴⁶ FASSONE, *La pena detentiva*, cit., p. 103 e ss.

⁴⁷ Si tratta del decreto interministeriale (Bonifacio-Lattanzi-Cossiga) intitolato "Per il coordinamento dei servizi di sicurezza esterna degli istituti penitenziari", pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* del 12 maggio 1977. In forza di questo decreto venne attribuito ad un Ufficiale Superiore dei Carabinieri il potere di coordinamento per la sicurezza interna ed esterna degli istituti penitenziari. Fu nominato per questo incarico il generale Dalla Chiesa. Il regime penitenziario applicato nelle "carceri speciali" si caratterizzava per diverse limitazioni imposte ai detenuti che vi erano ristretti: la limitazione delle attività comuni, con l'esclusione dalla frequentazione di scuole, biblioteche e attività di culto; l'esclusione da qualsiasi attività lavorativa diversa da quella domestica della singola sezione. L'unico contatto tra i detenuti era limitato alle "ore di passeggio", organizzate in modo da non ledere l'ordine e la sicurezza del carcere. I colloqui con i familiari avvenivano attraverso un pannello divisorio per impedire il contatto fisico. Le stesse strutture delle carceri, o delle sezioni, di massima sicurezza erano molto rigide, e questo si rifletteva sulla vivibilità degli ambienti. Ancora, la sorveglianza era particolarmente intensa, per il rapporto numerico tra personale di custodia e detenuti, diverso da quello esistente negli istituti ordinari: un esempio è la visibilità 24 ore su 24, a cui erano sottoposti i detenuti. Oltre alle restrizioni all'interno dei "carceri speciali", si deve segnalare la sorveglianza esterna affidata all'Arma dei Carabinieri, organizzata in ronde che vigilavano sul perimetro esterno dei penitenziari.

sicurezza penitenziaria⁴⁸. Tale norma consentiva ampi margini di discrezionalità nella valutazione dei presupposti per l'adozione delle misure ivi disciplinate, attribuendo al Ministro della Giustizia, in presenza di «gravi motivi di ordine e di sicurezza», la facoltà di sospendere in tutto o in parte le regole di trattamento e gli istituti in contrasto con le esigenze di sicurezza, per un periodo determinato ma non individuato nella sua ampiezza⁴⁹.

A causa di questi interventi i detenuti risultano sottoposti a forme di controllo sempre più stringenti; l'inversione di tendenza rispetto ai propositi che avevano ispirato l'elaborazione della legge di riforma penitenziaria è così evidente da far parlare di 'carcere controriformato'⁵⁰. La riforma dell'ordinamento penitenziario nel momento stesso in cui è introdotta si rivela inadatta ad essere applicata a causa degli avvenimenti storici e dei mutamenti sociali intercorsi, che fanno venir meno quel fertile terreno socio-culturale che avrebbe potuto portare ad un'efficace messa in atto degli ideali in essa contenuti. La legge del 1975 è pensata in funzione di una popolazione penitenziaria diversa, numericamente⁵¹ e qualitativamente, da quella degli anni immediatamente successivi alla riforma. Se per quanto riguarda l'aspetto quantitativo si rileva statisticamente un aumento inaspettato ed esponenziale delle popolazione detenuta, per quanto riguarda il secondo profilo, quello qualitativo, bisogna ricordare che in questi anni ci si trova a dover fare i conti con il fenomeno terroristico⁵². Il risultato è che nel momento in cui il nuovo ordinamento penitenziario viene applicato le sue spinte più innovatrici vengono inevitabilmente mitigate e a trionfare sono, ancora una volta, le forze moderate.

Inoltre, nonostante quanto affermato dalla Carta costituzionale circa la funzione rieducativa della pena non si può non osservare che tutte le funzioni storicamente assegnate alla pena rimangono presenti nel pensiero penologico. Neppure la riforma

⁴⁸ Articolo abrogato dall' art. 10 l. 10 ottobre 1986, n. 663.

⁴⁹ TIRELLI, *Sicurezza penitenziaria e rieducazione: obiettivi tendenzialmente incompatibili?*, in DOLCINI- PALIERO (a cura di) *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1264.

⁵⁰ CAPPELLI, *Il carcere controriformato*, in AA. VV., *Il carcere dopo le riforme*, Milano, 1979, p. 11 e ss.

⁵¹ Basti pensare che al 31 dicembre 1970 sono presenti negli istituti penitenziari italiani 21.379 detenuti che salgono, nella stessa data del 1974, quando la riforma penitenziaria è alle porte, a 28.216. Per un ulteriore approfondimento su dati statistici risalenti a quel periodo si veda DOLCINI, *La pena detentiva in Italia oggi*, cit., p. 1093 e ss.

⁵² GREVI, *Diritti dei detenuti*, cit., p. 2. L'Autore segnalava che nel quinquennio 1971-1975 la popolazione carceraria non aveva superato in media le 25.000 unità, mentre nel 1978, prima che vi fosse l'amnistia, il numero dei detenuti presenti nelle carceri italiane raggiungeva le 35.000 unità. Sotto il profilo qualitativo, gravi sono i problemi generati dal fenomeno del terrorismo; la presenza nelle carceri di terroristi, determinati a proseguire in quella sede la loro opera di disgregazione delle istituzioni e dello stesso tessuto sociale, non poteva non incidere negativamente sulle strutture penitenziarie proprio nella delicata fase in cui ci si avviava all'attuazione della riforma.

del 1975 ha potuto sottrarsi alla regola che finisce con il vincolare tutti gli interventi legislativi alla convergenza nella pena di tutte le funzioni che ha ricoperto nel corso dei secoli, sia pure privilegiandone l'una o l'altra; prevenzione generale, prevenzione speciale, emenda e retribuzione sono ancora tutte in qualche modo presenti nel complesso del sistema penal-penitenziario.

Se è innegabile che in alcune affermazioni della riforma vi sono delle novità, esse risiedono nella diversa miscela delle varie funzioni della pena, in una sottolineatura più accentuata di talune e nel programmatico svilimento di altre, in corrispondenza con l'evoluzione della cultura penitenziaria e con un diverso assetto delle forze politiche contrapposte.

Sarebbe eccessivo sostenere che la riforma abbia rappresentato un drastico mutamento di rotta e sarebbe troppo ottimistico pensare che oggi l'ordinamento penitenziario costituisca un campo di applicazione della sola funzione rieducativa o, comunque, un netto salto di qualità nel modo di intendere il rapporto della società libera con la devianza⁵³.

La pretesa di aver sostituito la funzione rieducativa a quella punitiva si rivela puramente ideologica sino a che la pena rimane incentrata nel carcere, con la sua essenza segregante e totalizzante; la spinta realmente innovativa è circoscritta alla parte in cui il carcere viene sostituito con altre misure.

È proprio con la legge penitenziaria del '75 che vengono introdotte nel nostro ordinamento le *misure alternative alla detenzione*, ovvero quelle misure che consentono di espiare la pena *extra moenia*, con modalità diverse dall'esecuzione in un istituto penitenziario. Esse sono, secondo il disegno originario, l'affidamento in prova al servizio sociale e la semilibertà⁵⁴. Queste misure sono applicate dal Tribunale di sorveglianza, competente per la fase esecutiva e possono essere disposte solo dopo un periodo di detenzione in carcere a regime ordinario.

L'*affidamento in prova al servizio sociale* (art. 47 ord. penit.), applicabile nel caso in cui la pena detentiva inflitta non superi i tre anni, fa sì che il periodo di pena da scontare in istituto sia sostituito da un periodo di pari durata durante il quale il condannato, che si trova fuori dal carcere, è affidato al servizio sociale che lo sostiene nel percorso di reinserimento nella società e verifica che rispetti i divieti e le prescrizioni impostigli dal magistrato di sorveglianza. Tale misura è applicabile, secondo le previsioni della l. 354/1975, solo dopo che vi sia stata una fase di

⁵³ FASSONE, *La pena detentiva*, cit., p. 144.

⁵⁴ DOLCINI, *La pena detentiva in Italia oggi*, cit., p. 1083.

osservazione della personalità del condannato, condotta da un apposito collegio, per almeno un mese, in istituto⁵⁵.

La *semilibertà* (art. 48 ord. penit.), invece, non è una vera e propria alternativa alla detenzione dal momento che il soggetto rimane, nonostante l'applicazione di questa misura, ristretto in carcere. Essa comporta tuttavia che sia concesso al condannato di trascorrere alcune ore del giorno al di fuori dell'istituto penitenziario «per partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili al reinserimento sociale». Il tribunale di sorveglianza gli impone delle prescrizioni in relazione alle ore che trascorre all'esterno. La *semilibertà* può essere applicata fin dall'inizio dell'esecuzione della pena in carcere.

Nonostante la portata certamente innovativa di queste due previsioni la pena rimane comunque principalmente incentrata sul carcere, che si configura ancora come un momento di passaggio obbligato.

3. Le riforme dell'ordinamento penitenziario dal 1975 fino ad oggi.

L'impianto originario dell'ordinamento penitenziario, cioè il corpo normativo introdotto con la legge 26 luglio 1975, n. 354, è stato negli anni successivi più volte modificato.

A metà degli anni '80, grazie alla progressiva sconfitta del terrorismo si assiste al recupero dell'ideologia rieducativa. Il primo significativo intervento di riforma è rappresentato dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663, meglio nota come legge Gozzini, recante «*Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*». La novità più rilevante che questa legge introduce è costituita dal tentativo di ripristinare i rapporti di comunicazione tra carcere e mondo esterno, attraverso un graduale processo di reinserimento del soggetto nella società che, per la prima volta, viene esteso anche agli ergastolani; si prevede un allargamento della possibilità di accesso alle misure alternative alla detenzione con l'introduzione di determinati meccanismi che incentivino la partecipazione e la collaborazione attiva del detenuto all'opera di trattamento, seguendo ciò che era già stato stabilito dalla normativa del '75. Per realizzare questi scopi la legge Gozzini, ad esempio, rinuncia al periodo di osservazione preliminare alla concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale, nel caso in cui il

⁵⁵ Per un'analisi più approfondita dell'assetto originario e dell'evoluzione storica di questo istituto si veda FILIPPI-SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, III ed., Milano, 2011, p. 111 e ss.

condannato, dopo un periodo di custodia cautelare, abbia goduto di un periodo di libertà tenendo un comportamento tale da far ritenere non necessario un nuovo ingresso in carcere; delinea una nuova disciplina dell'attività lavorativa, finalizzata all'estensione del *lavoro all'esterno* (art. 6-7 l. 663/1986) agli scopi del trattamento rieducativo, rimodellando l'art. 21 ord. penit; amplia, inoltre, la gamma delle misure alternative fino a quel momento conosciute, introducendo la *detenzione domiciliare* (art. 47-ter ord. penit.), grazie alla quale la pena detentiva viene eseguita presso il domicilio del condannato o presso un altro luogo di privata dimora o «un altro luogo pubblico di cura, assistenza ed accoglienza», dal quale il soggetto non potrà allontanarsi⁵⁶.

La legge n. 663/1986 ha, inoltre, il merito di aver garantito la massima individualizzazione del trattamento esecutivo con i due nuovi istituti del *regime di sorveglianza particolare* (art 1-3, l. 663/1986) e dei *permessi premio* (art. 9, l. 663/1986.)⁵⁷. Con questi due istituti si vuole da una parte introdurre una espressa disciplina per la sicurezza nelle carceri, volta a soddisfare irrinunciabili esigenze di garanzia e, dall'altra, tentare di raggiungere l'obiettivo di ripristinare i rapporti di comunicazione tra il carcere e il mondo esterno, riprendendo un cammino che la stessa riforma del '75 aveva esitato a percorrere sino in fondo.

È stato questo il primo intervento realmente improntato all'affermazione di un *favor libertatis* che tende ad attenuare o ad interrompere il prima possibile la condizione di restrizione in carcere della persona.

Un secondo intervento di riforma si ebbe a distanza di più di dieci anni con la legge 27 maggio 1998, n. 165, comunemente conosciuta come legge Simeone, intitolata «*Modifiche all'art. 656 del codice di procedura penale ed alla Legge 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni*»⁵⁸. Lo scopo fondamentale di questa legge è, da una parte, quello di garantire l'eguaglianza dei soggetti in sede di esecuzione della pena, assicurando a tutti pari diritto di accesso alle misure alternative e, dall'altra, quello di riuscire a realizzare la politica del non ingresso, evitando, in particolare, il carcere a quei soggetti per i quali l'esperienza carceraria avrebbe un effetto criminogeno e depersonalizzante invece che rieducativo⁵⁹.

⁵⁶ Per un approfondimento sull'evoluzione storica dell'istituto a seguito dei vari interventi normativi succedutisi fino ad oggi FILIPPI-SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 128 e ss; DOLCINI, *La pena detentiva in Italia oggi*, cit., p. 1083, 1084.

⁵⁷ FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) Branca e Pizzorusso, Zanichelli, Bologna, 1989, pag. 292 e ss.

⁵⁸ FILIPPI-SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 45.

⁵⁹ È grazie a questa legge che viene introdotta l'ulteriore possibilità, per quanto riguarda l'affidamento

Sotto la spinta di una forte pressione dell'opinione pubblica, le leggi Gozzini e Simeone sono state ripetutamente oggetto di modifiche negli anni successivi. Ciò ha portato all'emanazione del d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, con la contestuale abrogazione integrale del regolamento d'attuazione della riforma del 1975 che era costituito dal d.P.R. 29 aprile 1976, n. 431. Il nuovo regolamento esecutivo si propone di dare maggiore risalto, rispetto al passato, alla funzione rieducativa della pena, in linea con le finalità che si era prefissato l'ordinamento penitenziario del 1975. La normativa, che disciplina nel dettaglio l'esecuzione delle disposizioni contenute nell'ordinamento penitenziario, consta di 136 articoli che hanno lo scopo di intensificare e migliorare i rapporti tra carcere e realtà esterna. Prevede, in linea con la finalità rieducativa, che gli istituti di pena debbano garantire la possibilità di frequentare le scuole superiori e di iscriversi all'università (art. 41-43-44 reg. penit.); inoltre, visto il costante e progressivo aumento di detenuti stranieri nelle carceri italiane, nasce la figura del mediatore culturale, per fronteggiare i problemi che possono sorgere dal contrapporsi di culture diverse.

Uno degli ultimi interventi significativi in questo campo si registra con la legge 5 dicembre 2005, n. 251, c.d. legge ex Cirielli, recante «*Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione*»; essa ritocca diversi istituti e prevede un regime differenziato e maggiormente restrittivo in particolare nei confronti dei detenuti e condannati recidivi reiterati (principalmente immigrati e tossicodipendenti)⁶⁰.

Con il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni dalla legge 23 aprile 2009, n. 38 e dalla legge 15 luglio 2009, n. 94, è stata profondamente modificata la disciplina degli artt. 4-*bis* e 41-*bis* ord. penit.

Si giunge così alle recentissime modifiche apportate all'ordinamento penitenziario dal d.l. 1 luglio 2013, n. 78, convertito dalla l. 9 agosto 2013, n. 94, che introduce modifiche alla legge 354/1975 circa la possibilità per i detenuti di svolgere attività di volontariato a titolo gratuito (art. 21 ord. penit.) e la possibilità di accedere alla

in prova la servizio sociale, di prescindere da qualsiasi ingresso in carcere del condannato, nel caso in cui dopo la commissione del reato egli abbia tenuto in libertà un comportamento tale da consentire il giudizio prognostico favorevole circa la rieducazione e la reiterazione dei reati.

⁶⁰ FILIPPI-SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 45. Il modello che l'on. Cirielli voleva applicare era quello della *three-strikes-law*, di origine statunitense, che prevedeva pene severe fino all'ergastolo per chi reiterava il reato. Il principio alla base di tale schema è preso a prestito dal baseball dove dopo tre *strikes* il giocatore è fuori. Solo che nel baseball chi è eliminato poi torna sul piatto di battuta all'inning successivo, mentre dalle prigioni americane una volta condannati non si esce più.

detenzione domiciliare per i recidivi (con modifiche all'art 47-ter ord. penit); vengono inoltre abrogate quelle norme che ponevano nei confronti di questi ultimi limiti più rigidi per l'accesso ai permessi premio (art. 30-*quater*, ora abrogato), alla semilibertà (art 50-*bis*, ora abrogato) e all'affidamento in prova al servizio sociale (co 7-*bis*, art 58- *quater*, ora abrogato). In sintesi, questo intervento ha il merito di aver eliminato quelle differenziazioni *in peius* introdotte per il trattamento dei recidivi dalla legge ex Cirielli.

Dobbiamo anche ricordare che il 24 dicembre 2013 entra in vigore il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, intitolato « *Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*», convertito con modificazioni dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10. Tale decreto è stato introdotto a seguito delle numerose esortazioni provenienti dal Presidente della Repubblica che avevano l'intento di sollecitare un intervento parlamentare che ponesse un argine alla drammatica situazione di sovraffollamento carcerario per la quale l'Italia era stata condannata con una 'sentenza pilota' dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo (che esamineremo meglio in seguito). Numerosi sono gli istituti presi in considerazione da questo decreto legge. Per quanto riguarda l'ordinamento penitenziario è modificata la disciplina del reclamo esperibile dai detenuti *ex art. 35*, cui si aggiunge un nuovo articolo 35-*bis*; è ampliata la possibilità di accedere all'affidamento in prova al servizio sociale, grazie all'introduzione del co. 3-*bis* dell'art. 47; viene abrogato il co. 4-*bis* dell'art. 47-*ter* riguardante l'utilizzo di «mezzi elettronici o altri strumenti tecnici» a cui si può ricorrere per controllare il condannato che sconta la pena in stato di detenzione domiciliare, trasferendo la relativa disciplina, cui vengono apportate alcune modifiche, al nuovo art. 58-*quinquies*; sono recate modifiche all'art. 69 sulle funzioni ed i provvedimenti del magistrato di sorveglianza; la misura premiale della *liberazione anticipata* (art. 54), per un periodo di due anni dall'emanazione di questo d.l., passa da 45 a 75 giorni per ogni semestre di pena scontata. Oltre a ciò è modificato l'art. 94 del d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, riguardante la disciplina dell'*affidamento in prova nei confronti dei tossico e alcool dipendenti*, eliminando i limiti di accesso a tale misura che erano previsti in caso di recidiva ed è riconfermato l'istituto dell'*esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi*, introdotto dalla l. 26 novembre 2010, n. 199 e modificato dalla l. 17 febbraio 2012, n. 9, che perde così il suo originario carattere di straordinarietà e provvisorietà. Infine con questo nuovo d.l. 146/2013 si cerca di far fronte anche al

problema dell'altissima presenza di detenuti stranieri, rendendone più efficace l'identificazione, che d'ora in poi avverrà in carcere e prevedendo l'espulsione in sostituzione degli ultimi due anni di pena detentiva, dietro parere del magistrato di sorveglianza. Allo scopo di vigilare sul buon funzionamento delle strutture carcerarie è istituita la figura del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, presso il Ministero della giustizia.

4. La situazione attuale del carcere in relazione alla funzione rieducativa.

4.1. Il trattamento penitenziario.

Innanzitutto bisogna specificare un dato strutturale; il trattamento penitenziario si attua negli istituti penitenziari per adulti, che si distinguono in *a)* istituti di custodia cautelare, denominati case circondariali (art. 60 ord. penit.), *b)* istituti per l'esecuzione delle pene, che possono essere case di arresto e di reclusione (art. 61 ord. penit.), *c)* istituti per l'esecuzione di misure di sicurezza detentive, costituiti da colonie agricole, case di lavoro, case di cura e custodia e ospedali psichiatrici giudiziari (art. 62 ord. penit.). In realtà la differenza tra casa circondariale e casa di reclusione, così chiara sulla carta, è nella pratica, annientata dal fenomeno del sovraffollamento carcerario che porta ad una inevitabile mescolanza di detenuti imputati e condannati nello stesso istituto in base alla disponibilità di posti in cella⁶¹. Abbiamo detto che l'ordinamento penitenziario incentra il trattamento rieducativo su istruzione, lavoro, religione, attività culturali, ricreative e sportive, contatti con il mondo esterno e contatti con la famiglia (art. 15 ordin. penit.). Un ruolo fondamentale, soprattutto per i condannati che provengono dalle classi più emarginate della popolazione (che sono la stragrande maggioranza dei detenuti), lo giocano l'istruzione e il lavoro⁶². Tutto sta, perciò, nel riuscire a creare i presupposti organizzativi e le strutture idonee a rendere accessibili al maggior numero possibile di reclusi sia l'addestramento al lavoro, che l'istruzione. È invece un dato sconcertante constatare che, a tutt'oggi, soltanto un numero molto circoscritto di detenuti è messo, di fatto, in condizione di svolgere un'attività lavorativa sia interna che esterna al carcere. Secondo i dati forniti dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria al 30 giugno 2013, i lavoranti sono il 20,7 % dei detenuti presenti nelle

⁶¹ FILIPPI-SPANHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 68.

⁶² FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, cit., p. 287; DOLCINI, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, cit., p. 485 e ss.

carceri italiane. Su 66.028 reclusi solo 13.727 (di cui 11.579 alle dipendenze dell'Amministrazione penitenziaria e 2.148 alle dipendenze di altri datori di lavoro) svolgono un'attività lavorativa⁶³.

Affinché l'opera di rieducazione possa ottenere un qualche successo, sarebbe fondamentale poi che il trattamento fosse in grado di incidere in profondità sul profilo psicologico del reo. Nella realtà carceraria dovrebbe essere applicato un trattamento psicologico il più possibile individualizzato, che segua tutta l'esecuzione della pena (art. 13 ord. penit.). A questo scopo l'ord. penit. all'art. 80, co. 4 prevede che l'amministrazione penitenziaria possa avvalersi di professionisti esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica. Anche se la legge parla di una mera facoltà (recita infatti «può avvalersi» e non «deve avvalersi») si è opportunamente instaurata, in ambiente carcerario, la prassi volta all'utilizzazione di psicologi e psichiatri in maniera pressoché costante⁶⁴. La necessità della presenza non occasionale, ma istituzionalizzata dello psicologo in carcere, deriva proprio dalla complessità e dalla molteplicità dei compiti attribuitigli. In linea puramente teorica le attività che l'esperto psicologo può svolgere in sede di trattamento possono tendere ad obiettivi ambiziosi quali l'elaborazione psicologica del fatto criminoso commesso, la presa di coscienza di aver causato un danno alla vittima del reato, fino alla «ricostruzione nel detenuto dei valori infranti con il delitto»⁶⁵. A maggior ragione, poi, ove si tratti di reclusi affetti da disturbi psichici o affettivi, l'attività svolta dello psicologo dovrebbe assumere caratteristiche più specificatamente terapeutiche. Più in generale l'intervento della figura dello psicologo dovrebbe tendere ad un contenimento degli effetti negativi che il carcere esercita sul recluso, quali ad esempio, l'impoverimento della personalità e le c.d. *sindromi da prisonizzazione*⁶⁶; effetti che comunque, a prescindere dall'opera dello

⁶³ Dati forniti al 30 giugno 2013 dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato, Sezione statistica, in www.giustizia.it/statistiche. Secondo quanto riportato nel 'Decimo rapporto nazionale sulle condizioni di detenzione', elaborato dall'Associazione Antigone a novembre 2013, si tratta di una percentuale decisamente bassa rispetto al passato, ma che sarebbe ancora più bassa se negli istituti penitenziari non si ricorresse al frazionamento sempre maggiore del lavoro, che oggi è distribuito tra molti più soggetti, pur non essendo aumentato.

⁶⁴ I primi incarichi di esperto sono stati conferiti a partire dal 1978, cioè a tre anni dall'emanazione della legge penitenziaria n. 354, secondo il rapporto di un esperto ogni 500 detenuti, poi passato ad un esperto ogni 250 detenuti. Per un approfondimento in proposito su veda FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, cit., p. 288.

⁶⁵ VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione, in margine ad alcuni recenti convegni*, in *Rass. penitenz. e crimin.*, 1982, p. 475.

⁶⁶ CESA BIANCHI-BELLONI, *Profili di intervento dello psicologo nell'esecuzione penitenziaria*, in (a cura di) GREVI, *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Bologna, 1982, p. 267. Il termine *sindrome da prisonizzazione* è utilizzato per la prima volta da Clemmer, nel 1940. Con esso

psicologo potrebbero essere fortemente attenuati modificando l'impianto strutturale del carcere e, innanzitutto, evitando la reclusione in cella per la maggior parte della giornata.

Se è vero che questo ampio spettro di compiti è stato ambiziosamente attribuito agli esperti indicati dall'art. 80 co. 4 ord. penit., è pur vero che esso collide inevitabilmente con la situazione effettiva che si riscontra nei nostri istituti penitenziari; le ore di trattamento psicologico dedicate a ciascun detenuto sono così ridotte da poter difficilmente risultare efficaci; gli esperti hanno un numero troppo elevato di pazienti da seguire e la loro attività finisce per essere eccessivamente ritualizzata; mancano, in ambiente penitenziario, le infrastrutture idonee per il compimento dell'indagine psicologica; le peculiari condizioni in cui si svolge l'indagine nella maggior parte dei casi fa sì che il recluso finisca per percepire l'intervento dello psicologo non come una modalità del trattamento rieducativo, ma, piuttosto, come uno dei tanti momenti di repressione legati all'espiazione della pena privativa della libertà⁶⁷. Già negli anni '80, quando da poco era stata introdotta la nuova legge penitenziaria, si parlava di "trattamento di carta" e di "osservazione burocratizzata"⁶⁸ ed è triste constatare che a trentacinque anni di distanza ben poco è cambiato.

Molti sono gli ostacoli che si frappongono alla possibilità di svolgere un trattamento idoneo, che potrebbero essere rimossi se si attuasse una politica penitenziaria più attenta all'obiettivo della rieducazione.

si fa riferimento all'effetto globale dell'esperienza carceraria sull'individuo. Indica l'assuefazione allo stile di vita, ai modi, ai costumi e alla cultura generale propri dell'ambiente penitenziario. Ciò costituisce quasi un percorso di adattamento progressivo alla comunità carceraria culminante nell'identificazione più o meno completa con l'ambiente, con i suoi usi e costumi, con le sue singolari abitudini, con la sua cultura, con il suo codice d'onore, con i suoi esempi da imitare. L'istituzione penitenziaria tende ad eliminare le differenze individuali nei ristretti, assimilandoli e fagocitandoli. I bisogni, i desideri e le esigenze personali del detenuto sono, così, annullati e sostituiti da altri eteroindotti e più coerenti con le finalità dell'istituzione penitenziaria che, per motivi di ordine e di controllo, ricerca l'uniformità degli atteggiamenti e dei comportamenti dei detenuti, eliminando le differenze individuali ed inducendo abitudini comuni.

⁶⁷ CESA BIANCHI- BELLONI, *Profili di intervento dello psicologo nell'esecuzione penitenziaria*, cit., p. 268.

⁶⁸ FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, cit., p. 290.

4.2. Ostacoli di carattere quantitativo allo svolgimento del trattamento rieducativo in carcere.

A proposito di questi ostacoli, l'accento non può non cadere, innanzitutto, sul problema del sovraffollamento carcerario. Gli interventi legislativi successivi alla riforma del 1975, che abbiamo brevemente analizzato, hanno sempre avuto come finalità dominante quella di deflazione penitenziaria. In nessun momento storico dal 1975 ad oggi, si è offuscata nel legislatore la consapevolezza che la pena detentiva potrà mostrarsi rispettosa degli standard minimi di civiltà ed umanità e potrà pertanto avere una minima speranza di rieducare, solo se si riesce a tenere sotto controllo il problema del sovraffollamento⁶⁹. Se al 31 dicembre 1974, alla vigilia della riforma penitenziaria, gli adulti presenti negli istituti penitenziari italiani erano circa 28.000, secondo i dati forniti dal Ministero della Giustizia al 30 Novembre 2013 i detenuti presenti nelle 205 carceri italiane sarebbero 64.047 a fronte di una capienza regolamentare di 47.649⁷⁰; tale capienza regolamentare risulta ampiamente superata in tutte le regioni italiane. Nel 2009 il problema si presentava più acuto soltanto a Cipro, in Serbia e in Spagna; l'Italia, con 148 detenuti per 100 posti letto, si collocava in quarta posizione nella graduatoria del sovraffollamento carcerario stilata dal Consiglio d'Europa⁷¹.

La prima conseguenza derivante da un numero eccessivo di detenuti negli istituti è la riduzione significativa degli spazi disponibili per svolgere le attività in comune e, cosa ancora più grave, degli spazi disponibili all'interno della cella; ciò determina l'impossibilità di stare in piedi in più persone contemporaneamente, l'impossibilità di mangiare insieme seduti ad un tavolo, l'impossibilità di scrivere, leggere o guardare la televisione in un luogo che non sia il letto. Ma questo dato non sarebbe così allarmante se i detenuti svolgessero per la maggior parte della giornata attività all'esterno della loro cella; al contrario la situazione risulta davvero difficile da gestire dal momento che i ristretti trascorrono nelle camere detentive, fatta eccezione per sporadici casi, circa venti ore al giorno. Questi fattori portano, nel 2009, ad una condanna della Corte Europea dei diritti dell'uomo nei confronti dell'Italia per

⁶⁹ DOLCINI, *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali. Ricordando Vittorio Grevi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 34.

⁷⁰ Dati forniti al 30 novembre 2013 dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato, Sezione statistica, in www.giustizia.it/statistiche.

⁷¹ Council of Europe, *Annual penal statistics*, Strasbourg, 22 march 2011, in www.coe.int, p. 38.

violazione dell'art. 3 della “*Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*”, che tutela i detenuti dal subire trattamenti inumani o degradanti⁷²; si tratta del caso *Sulejmanovic c. Italia* dove, agli occhi della Corte, ciò che integra un “trattamento inumano e degradante” è il fatto che un cittadino bosniaco, detenuto tra il 2002 e il 2003 nel carcere romano di Rebibbia, per un periodo di oltre due mesi e mezzo avesse potuto disporre di uno spazio personale di soli 2,70 mq. In questa occasione la Corte ribadisce quanto aveva affermato in svariate sentenze precedenti contro la Russia: mentre il valore di 7 mq. per persona, indicato dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti, rappresenta un valore soltanto auspicabile, lo standard minimo che deve essere assicurato ai detenuti non può scendere sotto i 3 mq. per persona. Ma, oltre al dato sullo spazio disponibile in cella, ciò che spinge, più di ogni altra cosa, la Corte a condannare l'Italia per aver commesso una violazione dell'art. 3, è il numero di ore che il detenuto trascorre, senza svolgere alcuna attività, rinchiuso nella cella stessa⁷³. La situazione risulterebbe molto più vivibile se le camere detentive si trasformassero in camere di pernottamento, come previsto dal dettato stesso dell'ordinamento penitenziario (art. 6 ord. penit.), e come già previsto in altri Paesi europei⁷⁴. Nel nostro sistema avviene esattamente il contrario, per cui le attività in comune, da svolgersi al di fuori della cella, sono molto limitate e riguardano un numero circoscritto di detenuti mentre la normalità consiste nel trascorrere l'intera giornata nelle camere detentive.

⁷² L' art. 3 della “*Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*” recita: «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o a trattamenti inumani o degradanti», in *www.echr.coe.int*.

⁷³ Cfr. Corte EDU, sez. II, sent. 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, in *www.echr.coe.int*. L'Italia è stata condannata in quest'occasione ad un equo indennizzo in favore del detenuto.

⁷⁴ All' art. 6 dell'ordin. penit. si parla esplicitamente di camere di pernottamento, distinguendole dai locali nei quali si svolgono le attività dei detenuti durante il giorno. Ciò dimostra come l'intento originario del legislatore fosse quello di realizzare un'organizzazione della giornata in maniera molto diversa da quella che si presenta oggi nella realtà del carcere. Un modello carcerario simile a quello auspicato dal legislatore del 1975 è stato attuato in via sperimentale in Spagna. Qui le strutture penitenziarie di ultima generazione, costruite nell'ultimo decennio (ad oggi 30 istituti), si sviluppano su un piano architettonico orizzontale con un massimo di cento detenuti a modulo; la vita dei detenuti si svolge in comune, potendo sfruttare una struttura che al piano terra prevede la presenza di una mensa e di sale ricreative nelle quali si svolgono molteplici attività, mentre al primo piano vi sono le camere di pernottamento che sono destinate esclusivamente alle ore notturne. All'interno di questi penitenziari vi sono strutture che consentono di avviare i detenuti a percorsi di risocializzazione tramite lo studio ed il lavoro ed è assicurato il “diritto all'affettività”, molto dibattuto nel nostro ordinamento, mediante la concessione di “camere intime”. In proposito dobbiamo ricordare che in ben ventisei Paesi europei è consentito ai detenuti di avere rapporti intimi in occasione delle visite dei familiari, allo scopo di permettere al detenuto di recuperare gradualmente e responsabilmente la possibilità di reinserirsi nella società anche mantenendo e curando gli affetti e le relazioni, mentre in Italia ciò non è consentito.

Con una successiva sentenza dell'8 gennaio 2013 la Corte europea dei diritti dell'uomo torna a condannare l'Italia per violazione dell' art. 3 della Convenzione Europea, in merito al caso Torreggiani e altri c. Italia⁷⁵. Anche in questo caso la Corte riscontra che i ricorrenti, che si trovano a scontare la pena presso gli istituti di detenzione di Busto Arsizio e Piacenza, hanno a disposizione, in cella, uno spazio inferiore a tre metri quadri ciascuno. Questa sentenza assume una particolare rilevanza trattandosi di una 'sentenza pilota'⁷⁶, che affronta il problema strutturale del disfunzionamento del sistema penitenziario italiano, vincolando l'Italia a porre fine alla violazione entro un anno dalla pronuncia.

Ovviamente il progressivo aumento dei detenuti determina una netta diminuzione delle opportunità rieducative che ciascun carcere può offrire, dal momento che si limitano notevolmente le possibilità di accesso agli spazi comuni e alle altre offerte trattamentali.

È impensabile prefigurare l'impianto carcerario come realmente rieducativo fintanto che le condizioni di sovraffollamento non consentono una condizione di vita dignitosa al detenuto e impediscono di dedicare a ciascuno degli ospiti degli istituti penitenziari un trattamento individualizzato, serio e mirato.

Questa situazione porta inoltre ad una inevitabile riduzione dell'efficienza dei meccanismi di controllo, con rischio di sopraffazione dei detenuti più deboli e con un aumento del rischio, già molto elevato, di traffici illegali e connessi all'uso di sostanze stupefacenti all' interno del carcere⁷⁷.

⁷⁵ Con tale sentenza l'Italia è condannata a pagare una somma di circa € 100.000 per tutti i ricorrenti. Per consultare il testo completo della sentenza v. [www.giustizia.it/Sentenze Corte europea dei diritti dell'uomo](http://www.giustizia.it/Sentenze_Corte_europea_dei_diritti_dell'uomo).

⁷⁶ Con il termine 'sentenza pilota' si fa riferimento ad una procedura, sviluppatasi nel corso degli ultimi anni presso la Corte EDU, in base alla quale la Corte, attraverso la trattazione del singolo ricorso, identifica un problema strutturale e individua una violazione ricorrente dello Stato contraente. Pertanto, qualora la Corte riceva molteplici ricorsi derivanti da una situazione simile di fatto e imputabile alla medesima violazione in diritto, vi è la possibilità per la Corte stessa di selezionare uno o più ricorsi a cui riserva una trattazione prioritaria. La trattazione di una questione attraverso la procedura della sentenza pilota permette il congelamento degli altri ricorsi simili in attesa della pronuncia della Corte al fine di consentirne una soluzione più rapida e offre allo Stato contraente la possibilità di sanare la propria posizione prima di ulteriori condanne.

⁷⁷ CASCINI, *Il carcere. I numeri, i dati, le prospettive*, in *Questione Giustizia*, 2010, p. 52.

4.3. *Ostacoli di carattere qualitativo allo svolgimento del trattamento rieducativo in carcere.*

Oltre al problema quantitativo dato dal sovraffollamento, il cammino verso l'affermazione dell'ideale rieducativo nella realtà carceraria è reso estremamente difficile anche dalle caratteristiche qualitative della popolazione detenuta, in gran parte costituita da stranieri, tossicodipendenti e soggetti affetti da malattie mentali.

Con riferimento ai detenuti *stranieri* si registrano, al 30 novembre 2013, 22.434 presenze (di cui 1.118 donne) a fronte di un totale di 64.047 detenuti complessivi, per un rapporto che corrisponde all'incirca a 1 ogni 3⁷⁸; i picchi più alti si registrano negli istituti penitenziari del nord Italia, mentre la percentuale relativa agli stranieri presenti negli istituti del sud Italia scende notevolmente (tra il 10 e il 20%). Dati così elevati in relazione alla presenza di stranieri in carcere sono dovuti principalmente al fatto che mentre i cittadini italiani possono spesso accedere, anche per reati di una certa gravità, ad una gamma piuttosto ampia di pene non detentive, lo straniero extracomunitario rimane il «cliente privilegiato»⁷⁹ del carcere, non essendo quasi mai in possesso dei requisiti necessari per poter accedere alle misure alternative (primo tra tutti la disponibilità di un domicilio).

Intraprendere un percorso rieducativo nei confronti dei cittadini stranieri, comporta difficoltà ancora maggiori rispetto a quelle che si presentano per i cittadini italiani. L'introduzione della figura del mediatore culturale in carcere ha senza dubbio costituito un importante passo avanti; ma le barriere linguistiche e le diversità culturali restano un ostacolo molto difficile da superare in un ambiente già di per se difficoltoso quale quello carcerario. La possibilità di incidere significativamente sul recupero e sulla stessa accoglienza di persone con cultura e lingue diverse diventa più complessa per l'oggettiva carenza di risorse da dedicarvi specificamente. Inoltre, il sistema fondato sul rispetto dell'art. 27 co. 3 Cost. rischia di essere inadeguato rispetto a situazioni in cui la rieducazione è obbligatoriamente fondata sulla costruzione di un percorso di reinserimento nella società, ma riguarda soggetti che nella maggioranza dei casi, una volta espiata la pena o la misura alternativa, non avranno la possibilità di risiedere stabilmente e legalmente nel territorio dello Stato.

⁷⁸ Secondo quanto attestano i dati forniti al 30 novembre 2013 dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, Ufficio per lo sviluppo e la gestione del sistema informativo automatizzato, Sezione statistica, in *www.giustizia.it/statistiche*. Basti pensare che ogni anno entrano in carcere circa 13.000 stranieri per la violazione della legge Bossi-Fini.

⁷⁹ DOLCINI, *La pena detentiva in Italia oggi*, cit., p. 1097.

Numeri analoghi a quelli degli stranieri, ma con una distribuzione più omogenea sul territorio nazionale riguardano i detenuti *tossicodipendenti*, che storicamente rappresentano all'incirca il 25% della popolazione detenuta; al 31 dicembre 2012, ultimo dato disponibile, la percentuale di tossicodipendenti nelle carceri italiane era del 23,8%⁸⁰. Si deve tenere conto, peraltro, che questi dati sono ricavati sulla base delle dichiarazioni provenienti dagli stessi detenuti al momento del loro ingresso nell'istituto e sulla base della presa in carico da parte del SERT all'interno del carcere, mentre le cifre effettive, in realtà, potrebbero essere inesorabilmente più alte⁸¹. Per quanto riguarda questi soggetti, quasi sempre portati a delinquere dalla loro dipendenza, non è possibile sperare in un progetto rieducativo fino a che non sarà risolto il problema della dipendenza stessa; e, allo stato attuale, non è realistico ritenere che il carcere sia in grado di sostenere i detenuti tossicodipendente in un percorso di disintossicazione che possa essere al pari di quello che si realizzerebbe in una comunità; secondo una ricerca condotta dalla Direzione generale dell'esecuzione penale esterna, tra i soggetti che hanno scontato la pena in affidamento in prova al servizio sociale, solo il 19% presenta fenomeni di recidiva nei sette anni successivi all'esecuzione di tale misura, confermando così che i soggetti che scontano la pena presso comunità di recupero ottengono risultati molto più soddisfacenti di chi, invece, esegue la pena in ambito carcerario⁸².

La terapia attuata in istituto nei confronti dei detenuti tossicodipendenti, nella maggioranza quasi assoluta dei casi, si limita alla somministrazione di metadone, sostituendo così la vecchia dipendenza ad una nuova dipendenza, senza ottenere un vero recupero del soggetto. Ciò porta questi detenuti, una volta usciti dal carcere senza che nulla sia cambiato rispetto a quando vi erano entrati, a commettere altri reati e, quasi sempre, a fare nuovamente ingresso in carcere come detenuti recidivi, dando vita ad una spirale di devianza senza via di scampo.

Altissime sono pure le percentuali di detenuti con *problemi mentali*, spesso connessi alle dipendenze o derivanti dalla reclusione e da tutto ciò che essa comporta; essi avrebbero bisogno di assistenza psichiatrica costante e incisiva. In realtà l'esiguità delle risorse ha determinato col tempo una prassi assai diffusa per la quale un

⁸⁰ Dati forniti dal 'Decimo rapporto nazionale sulle condizioni di detenzione', reso noto dall'Associazione Antigone al 30 novembre 2013. Secondo questo Rapporto, il dato raggiunge le punte più alte in Sardegna (con il 34,1% di detenuti tossicodipendenti), in Puglia (32,2%), in Lombardia (30,4%) e in Liguria (30,1%).

⁸¹ CASCINI, *Il carcere. I numeri, i dati, le prospettive*, cit., p. 54.

⁸² LACATENA, *Dal tossicodipendente de jure alla persona de facto. Tossicodipendenti, carcere, metadone e indulto*, in *Rass. penitenz. e crimin.*, 2012, p. 163.

numero altissimo di detenuti, anche a prescindere da patologie accertate e da percorsi terapeutici, è sottoposto a terapie farmacologiche di tipo psichiatrico anche importanti. In sostanza, una parte molto consistente della popolazione detenuta viene costantemente sedata⁸³. Si tratta di un meccanismo di contenimento attraverso il quale si cerca di limitare i danni causati dall'inefficienza del sistema ma che finisce con il crearne di ulteriori e più gravi; le conseguenze di terapie farmacologiche prolungate e prive di altre forme di sostegno o di terapia non possono che essere deleterie per il detenuto.

Resta poi da affrontare lo spinoso problema di quella parte di popolazione detenuta costituita da persone condannate per lo più per reati di criminalità organizzata, o per reati di matrice terroristica; si tratta dei detenuti sottoposti al regime del 41-*bis* ord. penit. (710 a luglio 2013) e di quelli che vivono in regime di "alta sicurezza" (8.914 a luglio 2013). Essi sono completamente separati dai reparti detentivi che ospitano i detenuti comuni (c.d. di "media sicurezza") e sottoposti ad un regime penitenziario differenziato e più rigoroso.

I detenuti cui è applicato il regime dell'art. 41-*bis* ord. penit.⁸⁴, in ragione della loro pericolosità sociale sia interna che esterna al carcere, sono sottoposti a particolari restrizioni, oggi dettate dal co. 2-*quater*, che riguardano principalmente i contatti con gli altri detenuti, i colloqui con i famigliari, la possibilità di ricevere somme di denaro, beni ed altri oggetti dall'esterno e la corrispondenza⁸⁵. Presupposto del provvedimento, è la necessità di spezzare i legami tra il detenuto e l'associazione criminale, terroristica o eversiva di appartenenza e garantire l'ordine e la sicurezza negli istituti penitenziari. Ne deriva, nei confronti di questi soggetti, una sospensione, totale o parziale, delle normali regole di trattamento, mettendo in forse così anche l'applicazione del dettato costituzionale che vuole che la finalità della pena sia la rieducazione. Sconti di pena in forma di attenuanti, possibilità di accesso alle misure alternative e altri benefici penitenziari (soprattutto permessi premio) sono previsti

⁸³ CASCINI, *Il carcere. I numeri, i dati, le prospettive*, cit., p. 56.

⁸⁴ L'art. 41-*bis* ord. penit. è introdotto dalla l. 7 agosto 1992, n. 356, in piena emergenza mafiosa per poi essere modificato diverse volte, dapprima con la l. 23 dicembre 2002, n. 279 e poi, da ultimo con la l. 15 luglio 2009, n. 94. La disposizione nasce come temporanea e viene ripetutamente prorogata, anche se il Governo tentò più volte di metterla a regime indefinitamente. Il regime penitenziario di rigore che introduce, è noto come il "carcere duro" e colpisce i detenuti responsabili di reati di particolare allarme sociale. In base al co. 2 di questo articolo è previsto che «il Ministro della Giustizia ha facoltà di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'articolo 4-*bis* (...) l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza».

⁸⁵ Per un elenco completo delle restrizioni a cui i detenuti in questo regime sono sottoposti cfr. art 41-*bis* co. 2-*quater* ord. penit. e FILIPPI-SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 213 e ss.

solo per i detenuti che abbiano deciso di collaborare con la giustizia (i c.d. pentiti) allo scopo di evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori o per l'individuazione o la cattura degli altri associati autori di reati⁸⁶.

L'esigenza collettiva di ordine e sicurezza finisce così con il prevalere sull'opposta esigenza di garantire al detenuto un trattamento rieducativo che non sia discriminatorio, che sia umano e rispettoso della dignità della persona. Il principio di uguaglianza tra detenuti è stato messo da parte, dando vita ad una sorta di pena detentiva 'a doppio binario' dove la pericolosità non è più desunta, come regolarmente accade, dal comportamento penitenziario, ma dalla gravità del fatto per cui il soggetto è stato condannato⁸⁷.

L'art. 41-*bis*, legato ad una fase storica segnata dall'emergenza mafiosa e terroristica, nasce come destinato ad essere temporaneo e ad essere rimosso nel momento in cui l'allarme sociale fosse diminuito; tramite successive proroghe, invece si è reso stabile questo regime penitenziario, senza che, fino ad ora, nessuno si sia mostrato intenzionato a ridiscuterne i profili. A ciò va aggiunto che, al di fuori dell'ipotesi in cui il condannato decida di collaborare con la giustizia, in generale si tende a ritenere che chi commette il tipo di reati per cui è prevista l'applicazione del regime del 41-*bis* sia un soggetto irrecuperabile e, come tale, meritevole della sospensione di qualsiasi tipo di trattamento rieducativo. Ma è facile immaginare, d'altra parte, che chi è sottoposto ad un trattamento penitenziario diversificato che impedisca di accedere agli strumenti risocializzanti individuati dall'art. 15 ord. penit. che garantiscono i contatti con il mondo esterno oltre che opportunità ed interventi responsabilizzanti, una volta eseguita la pena cercherà di nuovo accoglienza in quell'ambiente criminale dal quale proviene, tornando con buone probabilità a delinquere.

Questo tema resta ancora oggi al centro di numerosi dibattiti e polemiche senza che si sia mai riusciti a giungere ad una soluzione che modifichi o perlomeno ridiscuta tale regime penitenziario.

Gli altri condannati sottoposti ad un regime differenziato e più restrittivo rispetto ai detenuti normali – ricompresi nel circuito di "media sicurezza" – sono quelli che scontano la pena in regime di "alta sicurezza". Una circolare del 1993 stabilisce che questi detenuti, a causa della loro pericolosità, non possano entrare in contatto con i

⁸⁶ FIANDACA- MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, VI ediz, 2009, p. 724.

⁸⁷ TIRELLI, *Sicurezza penitenziaria e rieducazione: obiettivi tendenzialmente incompatibili?*, in (a cura di) DOLCINI-PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, Milano, p. 1267.

detenuti comuni⁸⁸; questa, insieme alle circolari successive in merito, danno così attuazione a ciò che era stato disposto dall'art. 14 ord. penit.⁸⁹ e dall'art 32 reg. penit⁹⁰. Inizialmente questo particolare circuito era destinato ai condannati o imputati per i delitti di cui all'art. art. 416 *bis* c.p. e 630 c.p. o all'art. 74 del T.U. 309/90, ma, successivamente, è stato esteso, riconducendovi tutti i detenuti per reati di cui all'art. 4 *bis* co. 1 ord. penit. La *ratio* del circuito va rinvenuta nella necessità di impedire che la detenzione indifferenziata, nel medesimo istituto, di detenuti comuni e di soggetti appartenenti a consorterie organizzate di tipo mafioso o terroristico, possa provocare fenomeni di assoggettamento dei primi ai secondi, di reclutamento criminale e di strumentalizzazione a fini di turbamento della sicurezza degli istituti. L'inserimento in questo circuito non implica, per il detenuto, una differenziazione del regime penitenziario in relazione ai diritti e doveri che gli competono e alla possibilità di applicare le regole e le opportunità del trattamento rieducativo; pertanto, in questo circuito non sono sospese le attività trattamentali. Nonostante l'esigenza di garantire nel circuito di "alta sicurezza" l'ordine e la sicurezza, non possono escludersi attività scolastiche, lavorative, culturali, religiose, sportive e ricreative, ovviamente nei limiti in cui tali attività non pregiudichino le suddette esigenze. La differenziazione comporta, invece, che i detenuti siano assegnati a celle singole, che per la concessione della liberazione anticipata venga valutata non solo la buona condotta del soggetto, ma anche la sua partecipazione alle attività di trattamento, che siano introdotti limiti più rigidi per i colloqui con i famigliari, che un'attenzione scrupolosa venga posta nella valutazione sulla concessione di colloqui con terze persone, i quali devono essere adeguatamente motivati e che non siano ammessi colloqui con assistenti volontari. Inoltre, è garantita l'adozione, in queste particolari sezioni, di strutture sicure dal punto di vista logistico e di apparati e dispositivi elettronici finalizzati alla massima sorveglianza possibile⁹¹. L'unico modo

⁸⁸ Si tratta della circolare D.A.P. 21 aprile 1993, n. 3359/5809. Con specifico riferimento al circuito di "alta sicurezza", che non è disciplinato né dall'ordinamento penitenziario né dal regolamento penitenziario, ma solo dalle circolari del D.A.P., sono tutt'ora in vigore, per le parti non in contrasto con quelle successive, le circolari 20 gennaio 1991, n. 606895; 21 aprile 1993, n. 3359; 16 gennaio 1997, n. 3449; 9 luglio 1998, n. 3479 e 9 gennaio 2007, n. 20, oltre alla più recente circolare del 21 aprile 2009, n. 3619/6069.

⁸⁹ L'art. 14 ordin. penit., al co. 2 afferma espressamente che «L'assegnazione dei condannati e degli internati ai singoli istituti e il raggruppamento nelle sezioni di ciascun istituto sono disposti con particolare riguardo alla possibilità di procedere ad un trattamento rieducativo comune e all'esigenza di evitare influenze nocive reciproche».

⁹⁰ L'art. 32 reg. penit. prevede che «I detenuti e gli internati, che abbiano un comportamento che richiede particolari cautele, anche per la tutela dei compagni da possibili aggressioni o sopraffazioni, sono assegnati ad appositi istituti o sezioni dove sia più agevole adottare le suddette cautele».

⁹¹ Informazioni fornite dalla circolare D.A.P. 21 aprile 2009, n. 3619/6069, avente ad oggetto il

per poter passare da questo particolare regime ai regimi penitenziari ordinari è dimostrare di non avere più contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza; il che, per chi si trova in prigione da molti anni, rappresenta una vera e propria *probatio diabolica*.

4.4. *L'attuale inadeguatezza del carcere ad assumere una funzione rieducativa.*

Gli istituti penitenziari si presentano oggi in condizioni così drammatiche che difficilmente si può sperare di avviare al loro interno seri programmi trattamentali improntati alla rieducazione. Si incontrano ostacoli insormontabili su diversi fronti. Innanzitutto non vi sono strutture, aree, spazi idonei allo svolgimento di attività in comune che permettano ai reclusi di trascorrere buona parte della giornata al di fuori delle celle; mancano gli operatori, gli insegnanti, gli educatori e se in relazione al carcere resiste ancora un barlume di speranza rieducativa è solo grazie all'intervento dei volontari che si prestano per lo svolgimento di svariate attività e alla buona volontà di chi nel carcere lavora ogni giorno. I detenuti, privati di qualunque occasione di scelta, impossibilitati ad assumersi qualsiasi tipo di responsabilità, anche le più elementari e necessarie nella vita quotidiana all'esterno, al momento di lasciare il carcere una volta scontata la pena, invece che essere pronti per il reinserimento in società, si ritrovano ad essere ancora più inadatti alla vita libera di quanto non lo fossero quando hanno fatto ingresso in istituto. Il carcere genera ulteriore insicurezza e incapacità di fronteggiare le situazioni proposte dalla vita sociale⁹²; di conseguenza ciò che accade nella maggior parte dei casi è che una volta tornati in libertà questi soggetti non vedono altra possibilità che tornare a commettere crimini come in passato. La conferma di questo meccanismo criminogeno, viene dai dati allarmanti sulla recidiva: oltre il 70% dei detenuti attualmente presenti in carcere ha già avuto una precedente esperienza detentiva⁹³.

Non vi è dubbio che le condizioni della detenzione costituiscano un fattore determinante nell'aumento dell'aggressività dei ristretti, con una forte ricaduta sull'efficienza del lavoro degli operatori penitenziari e della polizia penitenziaria; si vengono a creare spesso situazioni di tensione tra detenuti e agenti della polizia

“nuovo Circuito Penitenziario per detenuti Alta Sicurezza”, in www.giustizia.it/D.A.P.

⁹² In questo senso DOLCINI, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, cit., p. 476.

⁹³ CASCINI, *Il carcere. I numeri, i dati, le prospettive*, cit., p. 58.

penitenziaria, ma anche tra detenuti e i diversi operatori che lavorano in carcere, anch'essi sottoposti ad una forte pressione psicologica per le condizioni in cui devono svolgere la propria attività, del tutto incompatibili con l'intento di rieducare il condannato ed anzi deleterie.

Non è solo risolvendo il problema del sovraffollamento che si può sperare di migliorare la qualità del tempo che le persone trascorrono in carcere.

Se analizziamo oggi il cammino compiuto dalle nostre istituzioni penali e penitenziarie lungo il sentiero indicato dall'art. 27 co. 3 Cost. e dall'art. 1 ord. penit., sotto i molteplici profili dell'umanità della pena, del rispetto della dignità della persona e della valenza rieducativa, non è possibile tracciare un bilancio positivo. Siamo ancora molto lontani dal conseguimento degli obiettivi indicati da quelle disposizioni. Nonostante i discreti spazi concessi alle misure alternative alla detenzione nella prassi⁹⁴, gli istituti penitenziari italiani continuano ad essere affollati da una popolazione reclutata secondo criteri largamente discriminatori⁹⁵. Troppo spesso si cerca di risolvere con il carcere problemi che avrebbero bisogno di una risposta a livello sociale. Non sorprende, infatti, che uno Stato incapace di affrontare all'esterno i fenomeni che caratterizzano la società moderna, tra cui l'emarginazione, la tossicodipendenza, l'immigrazione, le malattie mentali, non sia poi in grado di assicurare, all'interno delle strutture penitenziarie, strumenti che vadano oltre il semplice contenimento fisico del detenuto.

Aver configurato il carcere come strumento pressoché unico e rigido di prevenzione speciale ha portato all'irreversibile crisi della pena detentiva, che risulta oggi priva di effetti dissuasivi per taluni reati ed autori, e troppo dannosa per l'individuo e costosa per la società in relazione ad altri reati.

La situazione creatasi a causa dalla predominanza della detenzione ha portato a ricorrere sempre più spesso a misure clemenziali e indulgenziali, creando un fenomeno di vera e propria «fuga» dalla pena detentiva⁹⁶, con un indebolimento sia della funzione di prevenzione generale che di prevenzione speciale.

⁹⁴ Al 30 novembre 2013, secondo i dati forniti dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, Direzione generale dell'esecuzione penale esterna, Osservatorio delle misure alternative, in www.giustizia.it/statistiche, i condannati affidati in prova ai servizi sociali sono in totale 10.992, quelli che godono della semilibertà sono 838, quelli che scontano la pena in stato di detenzione domiciliare sono 10.189 di cui 2.533 in base al nuovo istituto dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive inferiori a 18 mesi, disposta dalla l. 199/2010.

⁹⁵ DOLCINI, *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali*, cit., p. 48.

⁹⁶ FIANDACA- MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 723.

È vero che già con legge 354/1975, ma soprattutto con i vari interventi legislativi modificativi di essa succedutisi negli anni, si è cercato di limitare il ricorso alla detenzione introducendo diverse misure alternative; esse, come detto in precedenza, hanno lo scopo di attenuare il regime carcerario, concedendo al detenuto in possesso di determinati requisiti, la possibilità di scontare tutta o parte della pena all'esterno. Tuttavia, l'applicazione distorta che spesso se ne fa in chiave clemenziale e le manchevolezze organizzative emerse nella prassi applicativa di questi istituti hanno finito con l'evidenziare un sensibile divario tra gli obiettivi cui tendevano astrattamente e i risultati conseguiti in termini di reale efficacia risocializzatrice. Inoltre tali misure, fatta eccezione per l'affidamento in prova al servizio sociale (che oggi può essere disposto anche senza che il detenuto sia stato preventivamente sottoposto ad una fase di osservazione in istituto, nei casi previsti dall' art. 47 co. 3 ord. penit.), non impediscono che il soggetto, anche se per breve tempo, faccia ingresso in carcere, rischiando così il contagio criminale. Quindi possiamo affermare che se questi istituti costituiscono un positivo passo avanti rispetto ad un sistema che non vedeva altra alternativa che la reclusione penitenziaria e, se bisogna riconoscere che si configurano come un primo squarcio nel buio totale del carcere, essi non bastano, da soli, a garantire una effettiva trasformazione della fase esecutiva improntata al recupero del condannato.

Inefficaci, ed anzi dannosi si sono rivelati i provvedimenti di indulto attuati nel corso del tempo, fino all'ultimo del 2006⁹⁷, grazie al quale sono usciti dal carcere 26.000 detenuti definitivi con una pena residua fino a tre anni; già nel dicembre 2010, a soli quattro anni dal provvedimento, secondo i dati forniti da un Comunicato stampa del Censis, si registrano nelle carceri italiane circa 4.000 detenuti in più rispetto al periodo immediatamente precedente all'indulto (si passa dalle circa 61.400 presenze prima dell'indulto alle 64.850 presenze registrate a dicembre 2010), raggiungendo i più alti valori nella storia dell'Amministrazione penitenziaria⁹⁸. Questi dati parlano chiaro sull'efficacia di simili provvedimenti indulgenziali, che più che tentare di

⁹⁷ Indulto introdotto con la legge 31 luglio 2006, n. 241, intitolata "Concessione di indulto".

⁹⁸ Comunicato stampa diramato dal Censis il 3 dicembre 2010, in base al capitolo "Sicurezza e cittadinanza" del 44° Rapporto Censis sulla situazione sociale del Paese/2010, in *www.censis.it*. Qui si legge: «Ci sono voluti quattro anni dall'ultimo provvedimento di indulto per riportare gli istituti carcerari a rivivere gli stessi problemi di allora, con quasi 70.000 detenuti (nel 2006 erano 60.000) ed un tasso di sovraffollamento che supera il 150%, ma che, in alcuni casi (in Puglia, Emilia Romagna e Calabria), oltrepassa il 170%. (...) Oltre al sovraffollamento ci sono altri fattori di disagio: il 36,9% dei detenuti è straniero, il 24,5% è tossicodipendente, il 2,3% è dipendente da alcol, l'1,8% è affetto da Hiv, le guardie penitenziarie sono 39.569 rispetto alle 45.121 previste per legge, il costo medio giornaliero per detenuto è sceso dai 131,9 euro del 2007 ai 113,4 euro stimati per il 2010 ».

risolvere il problema con una soluzione che possa rivelarsi efficace, anche se a lungo termine, hanno come unico intento quello di soddisfare le pressioni provenienti da più fronti affinché si intervenga in situazioni di emergenza divenute ormai insostenibili.

Amnistia e indulto da soli non bastano a risolvere le criticità del carcere. Quello che serve sono vere riforme strutturali sull'esecuzione della pena.

5. Futuro della funzione rieducativa della pena.

Il nostro Paese vive una fase di dichiarata emergenza carceraria; nel gennaio del 2010 vi è una prima dichiarazione dello stato di emergenza, seguita da varie proroghe rese necessarie dal fatto che tale situazione non si può dire né superata, né attenuata. Al di là di tale riconoscimento ufficiale, è indubbio che la situazione carceraria è «cronicamente emergenziale ormai da decenni»⁹⁹.

È auspicabile che accanto alla dichiarazione di emergenza vi sia un'ampia riflessione sull'attuale condizione del sistema penitenziario e sui reali interventi che possano rendere compatibile il sistema di esecuzione della pena con la Carta costituzionale. Gli interventi realizzati fino ad ora hanno avuto risultati se non fallimentari comunque scarsamente rilevanti, perché i difetti strutturali di un sistema non possono essere efficacemente curati con manovre di emergenza; le soluzioni tampone non fanno altro che rendere ancora più grave la crisi, gettando le basi per la reiterazione dei fattori che l'hanno causata e rendendola ciclica.

Anche il recentissimo d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, pur necessario per far fronte alla situazione di grave inadempienza delle prescrizioni fissate dalla recente condanna della Corte Europea, sembra non discostarsi dal modello degli interventi tampone, in grado di alleviare la situazione senza, peraltro, introdurre novità in grado di modificare il sistema penitenziario. Sarebbe pertanto necessaria una vera e propria «riorganizzazione interna e ponderata del sistema sanzionatorio»¹⁰⁰ di ampio respiro e lungimirante, che non può essere influenzata dalla situazione attuale di allarme carcerario.

Questa aspirazione deve però fare i conti con l'idea, diffusa nella pubblica opinione, secondo la quale la pena deve necessariamente implicare una sofferenza ulteriore

⁹⁹ CICIRELLO, *Carcere e misure alternative tra manovre legislative ed interventi 'riparatori' della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1647.

¹⁰⁰ CICIRELLO, *Carcere e misure alternative tra manovre legislative ed interventi 'riparatori' della Corte Costituzionale*, cit., p. 1648.

rispetto a quella della privazione della libertà personale. Non è semplice vincere questa radicata convinzione, soprattutto in un periodo in cui la volontà del popolo e il consenso rispetto alle scelte della politica, sembrano valere molto di più del diritto e della ragionevolezza¹⁰¹.

Le idee di rieducazione non devono essere abbandonate; esse sono tuttora in grado di svolgere un'azione costruttiva, frenando la degenerazione delle istituzioni penali verso forme di inciviltà giuridica¹⁰². Ma, affinché la rieducazione non diventi un'utopia ad essere abbandonata deve essere la visione "carcerocentrica" della pena. Come abbiamo visto sono moltissime le situazioni che non sono compatibili con un'esecuzione carceraria ed in cui essa si rivela inutile o addirittura dannosa.

In realtà è proprio in relazione al trattamento rieducativo in carcere che è sopravvenuto un diffuso disincanto tanto che su tutti i fronti, ormai da vent'anni si parla di crisi o, peggio, di fallimento della rieducazione carceraria¹⁰³. Laddove possibile, il contatto con il carcere deve essere evitato, soprattutto se si tratta di primo ingresso nell'ambiente penitenziario e se si tratta di reati che non risultano (o non dovrebbero ragionevolmente risultare) allarmanti per la società.

La versione più realistica e disincantata del finalismo rieducativo è rappresentata dall'idea di fondo che storicamente guida la ricerca di strumenti sanzionatori alternativi alla detenzione. Una volta preso atto che, di fatto, oggi il carcere esercita un'efficacia diseducativa, è la stessa logica alla base della prevenzione speciale a consigliare di farvi ricorso il meno possibile al fine di ridurre l'impatto deleterio. La crisi può con buona probabilità trovare risposte positive solo se si affiancherà alla pena detentiva, che dovrà rimanere riservata alle forme di criminalità più grave, una vasta gamma di pene alternative, espressione di una diversa forma di penalità, capace di superare la frattura tra l'universo penitenziario e la realtà esterna, prospettandosi come una scelta politico-criminale assai promettente in vista di un progressivo reinserimento del reo nella società libera¹⁰⁴.

La rieducazione è un'esigenza primaria per la società e di cui la società stessa dovrebbe farsi carico invece che chiudersi nei propri pregiudizi e cercare protezione nella effettività e nella afflittività della pena.

¹⁰¹ CASCINI, *Il carcere. I numeri, i dati, le prospettive*, cit., p. 59.

¹⁰² DOLCINI, *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali*, cit., p. 48.

¹⁰³ FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale: per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 38.

¹⁰⁴ FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, cit., p. 298.

Certo istituire un sistema complesso e completo di alternative alla pena detentiva comporta notevoli investimenti economici in un momento di grande difficoltà finanziaria per l'Italia e che, quindi, non può sperare di suscitare grande consenso ed approvazione. Affinché qualcosa cambi nel modo di disciplinare la fase esecutiva, dovrebbe prima cambiare il modo di concepire il carcere da parte della collettività; essa deve essere messa in condizione di cogliere l'essenzialità di un intervento innovatore ormai non più rinviabile.

CAPITOLO III

LE ALTERNATIVE ALLA PENA DETENTIVA *DE IURE*

CONDITO

SOMMARIO: § 1. L'origine della ricerca di alternative alla pena detentiva tra XVIII e XIX secolo. § 1.1. Le misure sospensive. § 1.2. Le misure sostitutive. § 2. L'evoluzione storica delle alternative alla pena detentiva dal primo dopoguerra sino alle riforme attuali. § 3. Il panorama attuale delle alternative alla pena detentiva in Italia. § 3.1. La sospensione condizionale. § 3.2. La pena pecuniaria. § 3.3. Le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi. § 3.4. Le pene applicate dal giudice di pace. § 4. Efficacia delle alternative alla pena detentiva attualmente presenti nel panorama sanzionatorio.

1. L'origine della ricerca di alternative alla pena detentiva tra XVIII e XIX secolo.

L'obiettivo primario della moderna politica del diritto penale è la ricerca di alternative al carcere.

Dal momento in cui si comincia a nutrire un sentimento di sfiducia nei confronti dell'efficacia risocializzatrice della pena detentiva, sorge un vivace dibattito, incentrato sulla ricerca di sanzioni "alternative" alla detenzione.

Quando si parla di alternative alla detenzione non bisogna confonderle con le misure alternative disciplinate dall'ordinamento penitenziario. Mentre queste ultime sono applicate dopo che la pena detentiva è già stata inflitta dal giudice di cognizione, presentando istanza alla magistratura di sorveglianza competente per la fase esecutiva, le sanzioni alternative sostituiscono la pena detentiva, essendo applicate dal giudice di cognizione stesso, nel momento in cui emette la sentenza.

Allo stato attuale il panorama delle alternative alla pena detentiva disponibili nel nostro ordinamento non è molto esteso, ma il vero problema, più che nella scarsità di sanzioni alternative a disposizione del giudice, sta nel fatto che egli tende a ricorrere a questi strumenti in maniera molto limitata tanto che nella prassi giudiziaria risultano quasi del tutto inapplicati.

Il problema delle alternative alla detenzione sorge nel momento stesso in cui il carcere assume un ruolo centrale e tendenzialmente esclusivo nell'ambito delle sanzioni penali e cioè nel XVIII secolo, con l'avvento dell'illuminismo¹.

Già i riformatori illuministi avevano mostrato una certa propensione verso una gamma di sanzioni alternative alla privazione della libertà che rendesse più circoscritto il ruolo della detenzione. Le principali tra queste erano la confisca dei beni, le pene pecuniarie, elogiate sia per la loro economicità, sia perché graduabili secondo criteri di perfetta uguaglianza in proporzione al patrimonio del reo, il confino nel luogo di residenza, la deportazione ed il bando in un paese straniero².

Ma il tema delle sanzioni alternative inteso in senso moderno emerge nel tardo ottocento, al declinare dell'ideologia dei grandi sistemi penitenziari ottocenteschi e delle prospettive riformistiche tese a risolvere le disfunzioni del carcere agendo sulle sue strutture e sul suo funzionamento. Il fallimento della pena detentiva è la naturale conseguenza dell'inidoneità intrinseca di essa a soddisfare le esigenze del sistema penale. Il fatto stesso che la pena consista in una privazione della libertà, fa sì che essa assuma carattere criminogeno e diseducativo, nei confronti del quale nessuna riforma strutturale dell'istituzione penitenziaria potrà condurre a risultati positivi.

Se proprio si volesse fissare una data a partire dalla quale si può dire che ebbe inizio il dibattito sugli strumenti sanzionatori sostitutivi della pena detentiva, si potrebbe indicare il 1864, anno in cui in Francia Bonneville de Marsangy³ incentrò per primo «il suo vasto programma di politica criminale su di un drastico ridimensionamento dell'area coperta dalla pena detentiva», auspicando l'abolizione della detenzione breve⁴. Fin dall'origine di questo dibattito ad essere criticata è in particolare la pena detentiva breve, prevista per reati minori e di scarso allarme sociale, che porta il condannato a vivere un'esperienza detentiva non solo inutile ma anche e soprattutto criminogena. Celebre è il paradosso di von Liszt, secondo cui «le pene detentive brevi non sono soltanto inutili: esse producono all'ordinamento giuridico danni più gravi di quelli che potrebbero derivare dalla completa impunità del reo»⁵.

¹ PADOVANI, *L'utopia punitiva, Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, p. 2.

² PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., p. 13.

³ BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration de la loi criminelle en vue d'une justice plus prompte, plus efficace, plus généreuse et plus moralisante*, vol. II, Parigi, 1864.

⁴ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano, 1989, p. 1.

⁵ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., p. 1.

Il problema della detenzione di breve durata si presenta tanto più pressante in questo momento storico in quanto, come dimostrano i dati statistici dell'epoca, nell'ambito del sistema sanzionatorio penale essa rappresenta la tipologia di pena che conosce maggiore diffusione in tutta Europa. A titolo puramente esemplificativo si può osservare che le statistiche sulla Germania, nell'anno 1886, indicano che le pene detentive fino ad un anno raggiungevano il 96% delle condanne; ma un dato ancora più emblematico indica che le condanne fino a tre mesi raggiungevano il 79,91%⁶. In Italia la situazione non si presenta migliore; negli anni compresi tra il 1893 ed il 1930 le pene detentive non superiori ad un anno si attestano attorno al 72-73% del totale delle condanne e le pene detentive inferiori a sei mesi arrivano a rappresentare il 68% delle condanne⁷.

La corrente di pensiero favorevole all'introduzione di alternative non ha tuttavia carattere unitario. In linea generale l'ampiezza ed il contenuto delle proposte variano, soprattutto, in funzione della prospettiva perseguita. Quando si tratta di soggetti che in relazione al reato commesso e alle caratteristiche della loro personalità non hanno bisogno di un trattamento risocializzante, quando cioè le esigenze di prevenzione speciale non risultano prioritarie, le pene sostitutive, i c.d. 'surrogati penali', consistenti in sanzioni dal contenuto in tutto o in parte diverso dalla pena carceraria, vengono considerati comunque idonei a soddisfare la funzione retributiva attribuita alla pena, con il vantaggio di evitare il contagio criminale e la stigmatizzazione del reo. Di diverso avviso è l'orientamento secondo il quale solo la detenzione carceraria è in grado di realizzare compiutamente la funzione rieducativa; secondo tale orientamento le pene sostitutive costituiscono solo un espediente improntato al clemenzialismo, mentre buoni risultati potrebbero essere raggiunti con la sospensione condizionale, che, subordinata ad una diagnosi di non pericolosità, è più adatta a soddisfare le istanze di prevenzione speciale⁸. Ciò che accomuna i due orientamenti è che, per la prima volta, la sede privilegiata di intervento è rappresentata dalla fase giudiziale. Lo sforzo teso alla ricerca di alternative si sposta verso la fase che si svolge dinnanzi al giudice di cognizione; le sanzioni sostitutive o

⁶ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., p. 2.

⁷ RUSCHE-KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, trad. it. a cura di MELOSSI e PAVARINI, Bologna, 1978, p. 249, tab. 11.

⁸ PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., p. 75. Tale orientamento, convinto che la sospensione condizionale sia più adatta a garantire la rieducazione dell'individuo, è sostenuto in particolare da von Liszt. Principale sostenitore dell'orientamento opposto, propenso a considerare il carcere come *extrema ratio* dato il suo effetto principalmente diseducativo e criminogeno fu invece Bonneville De Marsangy.

sospensive sono indicate nella sentenza, in modo tale da evitare il contatto con l'ambiente carcerario fin da subito, mentre continuano ad essere previste per la fase esecutiva le misure alternative che si rendono opportune sulla base degli sviluppi gradualmente ottenuti dal detenuto grazie all'educazione penitenziaria.

Secondo questa nuova impostazione si anticipa il momento iniziale del trattamento a cui si decide di assoggettare il condannato, che finisce per coincidere con il momento stesso in cui si sceglie la sanzione da adottare in concreto. Il risultato è però che si rischia di scaricare sul giudice il compito gravoso di gestire e coordinare i vari strumenti sanzionatori, senza peraltro che il legislatore si preoccupi di determinare «parametri di scelta che vadano oltre il mero riferimento ad un indice di gravità del reato (...) e all'assenza di recidiva del reo»⁹.

Passando a considerare il quadro delle misure volte a limitare l'applicazione della pena detentiva (principalmente breve), senza che ciò implichi la rinuncia dell'applicazione di una sanzione, è necessario distinguere misure di tipo *sospensivo* da quelle di tipo *sostitutivo*.

1.1. *Le misure sospensive.*

Nel panorama europeo un ruolo di protagonista assoluto è attribuito, sin dal momento in cui fa la sua prima comparsa, al modello di alternative rappresentato dalle misure di tipo sospensivo¹⁰. La loro caratteristica principale consiste in un differimento dell'applicazione o dell'esecuzione della pena detentiva, allo scopo di verificare, in un periodo di tempo predefinito e sotto la condizione del positivo esperimento del periodo di prova, la necessità o comunque l'opportunità di ricorrervi effettivamente. Si parla di misure sospensive usando il plurale dal momento che, nonostante l'unicità dell'idea di base, tale concetto ricomprende in realtà due misure, differenziate sia nella struttura che nella funzione: la *sospensione della pronuncia di condanna*, che è tipica delle aree di *common law* e la *sospensione dell'esecuzione della pena*, o *condanna condizionale*, che è tipica degli ordinamenti continentali. Storicamente, la sospensione della pronuncia di condanna precede quella dell'esecuzione della pena; già negli anni tra il 1841 e il 1854, in Inghilterra, venne adottata questa tecnica di sospensione in favore degli imputati minorenni¹¹. Tuttavia, il primo riconoscimento

⁹ PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., p. 77.

¹⁰ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., p. 8.

¹¹ PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., p. 168. In Inghilterra vi è testimonianza di pronunce di questo

legislativo dell'istituto si ebbe soltanto nel 1879, con il *Summary Jurisdiction Act*, che ne estese l'applicazione anche agli adulti.

Il primo provvedimento che introdusse in maniera ufficiale nell'area continentale la sospensione dell'esecuzione è costituito dalla legge belga del 1888¹²; la successione temporale dei fatti lascia facilmente immaginare che l'introduzione di questa misura possa derivare dalle esperienze normative anglosassoni degli anni precedenti. Nonostante questa probabile derivazione, è indubbio che i due istituti presentino notevoli differenze.

Per quanto riguarda la struttura di base, le differenze fondamentali riguardano il diverso modo di intendere il significato del periodo di prova; mentre nel modello anglosassone il reo resta, per tutta la durata del periodo della prova, un imputato in attesa di giudizio, che, se vuole evitare la condanna all'esito finale del processo, dovrà tenere un comportamento di buona condotta, tale da mostrarsi meritevole, nel modello continentale il soggetto è già stato condannato e potrà evitare che la pena venga effettivamente eseguita rispettando, nel lasso di tempo della prova, la sola condizione fondamentale di evitare la recidiva¹³. Quindi se si può dire che la sospensione della pronuncia di condanna, fissando precise prescrizioni, integra già una forma di trattamento extrapenitenziario, volto al recupero globale dell'individuo, la sospensione dell'esecuzione affida la propria efficacia al solo deterrente costituito dalla condanna già inflitta, nella speranza di evitare la fase esecutiva.

È proprio in base a questa differenza strutturale tra i due istituti che si innesta un'ulteriore distinzione all'interno della generica categoria delle misure sospensive; se, infatti, la sospensione è integrata da forme di assistenza e di controllo si parla di *probation*, quando invece esse mancano si parla di sospensione semplice o *sursis*¹⁴.

La sospensione condizionale si diffonde rapidamente nella seconda metà dell'ottocento, raggiungendo in poco più di un ventennio tutti i paesi dell'area continentale¹⁵. La forma adottata in misura nettamente prevalente fu quella della

tipo emesse dal giudice Matthew Davenport di Birmingham Hill, allorché vi fosse ragione «di credere che l'individuo non era interamente corrotto, si poteva ragionevolmente sperare nel suo recupero, e si potevano trovare persone generose per fungere da tutore e incaricarsi del giovane delinquente». Analoghe pronunce sono state emesse dal giudice Edward William Cox di Portsmouth.

¹² Si fa riferimento alla legge 31 maggio 1888, proposta dal ministro Jules Lejeune.

¹³ PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., p. 170. Ne è un esempio l'art. 9 della legge belga 31 maggio 1888, che subordinava l'effetto estintivo alla sola condizione che il beneficiario della sospensione non riportasse, nell'arco di tempo stabilito, una ulteriore condanna per crimine o delitto.

¹⁴ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., p. 9.

¹⁵ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., p. 9. Dopo il Belgio, nel 1888, fu la volta della Francia nel 1891, del Lussemburgo nel 1892, del Portogallo nel 1893, della Norvegia nel 1894, dell'Italia nel 1904, della Spagna e dell'Ungheria nel 1908, fino alla Finlandia nel 1918.

sospensione dell'esecuzione della pena; essa è preferita alla sospensione della pronuncia di condanna perché quest'ultima non convince i giuristi continentali sia per il tipo di rapporto che si instaura tra il giudice e l'imputato, caratterizzato da una costante soggezione dell'imputato al potere del giudice, in una situazione viziata dal timore per le valutazioni che questi potrà formulare sul periodo di prova, sia perché, se la prova avrà esito negativo, la sentenza di condanna sopraggiungerà dopo moltissimo tempo dalla commissione del reato, con il rischio che venga formulata da un giudice diverso da quello che ha condotto il dibattimento, basandosi sul solo verbale di udienza.

Nella prospettiva del trattamento, l'alternativa alla detenzione breve rappresentata dalla misura sospensiva risultava utile affinché la funzione rieducativa potesse svolgersi senza che si frapponessero «i fattori paralizzanti presenti nell'ambiente carcerario»¹⁶, soprattutto a vantaggio dei delinquenti primari non pericolosi e degli autori di reati minori, per i quali il controllo esterno poteva considerarsi senz'altro sufficiente ad evitare il pericolo di recidiva.

Dal momento stesso in cui questa misura è introdotta se ne fa ricorso in modo generalizzato e ciò dimostra quanto fosse diffusa la consapevolezza della crisi del sistema penitenziario. Nonostante la definitiva presa di coscienza del problema carcerario e questi primi passi avanti verso la ricerca di una soluzione, ancora non si può dire che si fosse giunti all'individuazione di una soluzione durevole dei problemi; tanto che essi si ripresenteranno immutati nel secondo dopoguerra, quando la polemica si riaccenderà con un vigore rinnovato, dando nuova vita ai dibattiti che avevano animato la scena dottrinale penalistica a cavallo tra ottocento e novecento¹⁷.

1.2. *Le misure sostitutive.*

Il secondo modello di alternative alla pena detentiva è costituito dalla multiforme categoria delle misure sostitutive. Esse presentano una tipologia molto articolata. Se

¹⁶ PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., p. 179. L'Autore osserva come, una volta accertato che il carcere finiva per essere luogo di neutralizzazione dell'individuo, causando tassi altissimi di recidiva, la conseguenza non doveva essere comunque quella di abbandonare l'idea di un trattamento incentrato sull'individuo e continuativo, ma esso poteva essere assicurato in maniera efficace dalla sospensione condizionale.

¹⁷ PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., p. 192.

le analizziamo partendo da un punto di vista contenutistico è possibile suddividerle in tre categorie.

La prima categoria è costituita dalle *misure incidenti sulla libertà personale*; questi sono provvedimenti che pur evitando la detenzione in carcere comportano, comunque, una forma di limitazione della libertà del condannato. Le più diffuse sono l'arresto in casa, il lavoro coatto senza detenzione, le interdizioni e le sanzioni personali non detentive quali il confino.

La seconda categoria è costituita dalle *misure di carattere morale*, rappresentate principalmente dalla riprensione giudiziale. Essa, contemplata anche dall'ordinamento italiano, agli art. 26, 27 e 29 del Codice penale Zanardelli del 1889¹⁸, consisteva in un ammonimento che il giudice rivolgeva in pubblica udienza al colpevole riguardo ai precetti della legge violata e alle conseguenze del reato commesso. La riprensione poteva essere obbligatoria, se per la presenza di circostanze attenuanti si doveva ridurre una pena dell'arresto o dell'ammenda¹⁹, o facoltativa se, sussistendo circostanze attenuanti, la pena stabilita dalla legge non superava la misura indicata dall'art. 26 cod. pen.²⁰ e se il colpevole non aveva mai riportato condanna per delitto o contravvenzione superiore ad un mese di arresto. Se il condannato non si presentava all'udienza fissata per la riprensione o non accoglieva l'ammonimento con rispetto, era applicata la pena stabilita nella sentenza per il reato commesso.

Infine, la terza categoria di misure sostitutive è costituita dai *provvedimenti di carattere patrimoniale* tra cui ebbero un ruolo di spicco la cauzione di buona condotta e la pena pecuniaria. La *cauzione di buona condotta* risale al diritto medievale degli ordinamenti di *common law* e nasce come strumento di «giustizia preventiva»²¹, consistente nell'obbligare gli individui sospettati di voler commettere

¹⁸ Questa misura non sarà poi riprodotta dal Codice Penale Rocco del 1930.

¹⁹ Il Codice penale per il Regno d'Italia del 1889, all'art 30 prevede che «(...) se debbasi diminuire la pena dell'arresto o dell'ammenda, il cui massimo stabilito dalla legge non superi, rispettivamente, i cinque giorni o le cinquanta lire, è ad essa sostituita la riprensione giudiziale».

²⁰ Il Codice penale per il Regno d'Italia del 1889, all'art. 26 recita: «Quando la pena stabilita dalla legge non superi un mese di detenzione o di arresto, tre mesi di confino, ovvero trecento lire di multa o di ammenda, ove concorrano circostanze attenuanti, e il colpevole non abbia mai riportato condanna per delitto, né condanna per contravvenzione a una pena superiore ad un mese di arresto, il giudice può dichiarare che alla pena da lui pronunciata è sostituita una riprensione giudiziale. La riprensione giudiziale consiste in un ammonimento, adatto alle particolari condizioni della persona e alle circostanze del fatto, che intorno ai precetti della legge violata e alle conseguenze del reato commesso il giudice rivolge al colpevole in pubblica udienza. Se il condannato non si presenti all'udienza fissata per la riprensione, o non l'accolga con rispetto, è applicata la pena stabilita nella sentenza per il reato commesso».

²¹ PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., p. 128.

un reato ad assumere l'impegno a non rendersene colpevoli, tramite il versamento, a titolo di cauzione, di una somma di denaro. Successivamente, la cauzione venne applicata anche nei confronti di chi aveva già commesso un reato, trasformandosi in una vera e propria forma di sospensione condizionale della pena pecuniaria.

È però all'altra misura di tipo patrimoniale, cioè quella della *pena pecuniaria*, che si rivolge l'attenzione della maggior parte della dottrina di questo periodo, «come all'unica misura idonea, in linea di principio, a sostituire il ricorso alla pena detentiva in vasti settori del sistema penale»²².

Questi tre modelli non corrispondono necessariamente ciascuno al contenuto di una singola sanzione in modo esclusivo; spesso queste misure sono combinate tra loro in maniera anche molto complessa mentre altre volte sono combinate a misure sospensive.

Dal punto di vista degli effetti, in taluni casi, le misure sostitutive, una volta applicate, dovrebbero prendere il posto della pena detentiva sostituita in maniera definitiva, senza che essa possa essere ripristinata; altre volte, invece, è stabilito che nell'ipotesi in cui non vengano rispettate le prescrizioni inerenti alla misura, sia possibile riattivare la pena detentiva. Quindi, mentre nel primo caso si può parlare di vere e proprie «alternative giudiziali» in cui la scelta del giudice non ammette ripensamenti circa l'opportunità del ricorso al carcere ed assume portata decisiva, nel secondo caso si tratta piuttosto di «alternative esecutive disposte in fase giudiziale», che costituiscono piuttosto una modalità dell'esecuzione della pena detentiva senza essere destinate a rimanere necessariamente fisse²³.

Bisogna dire che, comunque, anche se assai articolato e dotato di buone potenzialità, il nucleo delle misure sostitutive, a differenza della sospensione condizionale che ebbe grande successo, fallì sostanzialmente nella prassi applicativa, erodendo in misura solo marginale la pena detentiva. Resta esclusa da questa conclusione la pena pecuniaria. Essa, a differenza delle altre pene sostitutive della detenzione, apparve sin dagli albori del vasto movimento di critica alla funzionalità della pena detentiva breve, come l'alternativa ottimale. Già Bonneville de Marsangy si propose come sostenitore della generalizzata inflizione della pena pecuniaria in sostituzione della pena detentiva nel numero maggiore di ipotesi possibile²⁴.

²² PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., p. 131.

²³ PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., p. 102,103.

²⁴ BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration de la loi criminelle*, cit., p. 251 e ss.

L'utilizzabilità della pena pecuniaria come sostituto della pena detentiva venne sostenuta in quattro diverse direzioni. Le prime due, più tradizionali, riguardano i reati di minima entità, c.d. "bagatellari", e i reati commessi per scopo di profitto che portano ad un indebito arricchimento. Il problema che però spesso si presenta in questi casi è che chi si rende responsabile di questi reati vi è spinto dallo stato di indigenza in cui versa, con la conseguenza che non ha poi a disposizione quelle risorse di cui avrebbe bisogno per poter far fronte al pagamento di una pena pecuniaria²⁵. Le altre due ipotesi, più innovative, riguardano, invece, i reati commessi dalle classi sociali agiate, che come tali sono in grado di adempiere al pagamento della somma dovuta a titolo di pena pecuniaria ed il caso degli illeciti commessi nell'ambito dei processi produttivi dell'industria capitalistica, quando, pur di ottenere un profitto, gli imprenditori commettono violazioni tali da mettere in pericolo la vita umana. Se è vero che in queste ultime due ipotesi si finisce nuovamente per fornire alle classi sociali più abbienti un espediente per evitare il carcere, riservandolo alle sole classi inferiori, è pur vero che per lo meno, con la pena pecuniaria, si sostituisce alla totale impunità una punizione che va a colpire il bene per loro maggiormente rilevante.

Non si può negare, tuttavia, che l'introduzione delle pene pecuniarie comportò sin dal primo momento alcune difficoltà di razionalizzazione del diritto penale. La difficoltà principale consisteva nella possibilità di determinare l'ammontare di una pena pecuniaria che riuscisse, nel contempo, ad essere proporzionata alle condizioni economiche del reo e al danno provocato dal crimine commesso; se è vero che per essere efficace la pena non poteva eccedere la capacità economica del condannato, doveva comunque essere superiore ai benefici che ad esso erano derivati dall'aver commesso il reato. Nel XIX secolo la dottrina non fu in grado di proporre una soluzione che non pregiudicasse l'uno o l'altro di questi requisiti e pertanto le carceri continuarono ad essere affollate di condannati ad una pena pecuniaria che non erano riusciti a pagare. Nel 1913 il 49,6% degli uomini ed il 68,2% delle donne internate

²⁵ Questo aspetto problematico della pena pecuniaria era già stato analizzato da BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, edizione a cura di Venturi, Torino, 1994, par. XXII, p. 56, in cui si occupa dei furti. Egli afferma che è vero che «chi cerca di arricchirsi dell'altrui dovrebbe essere impoverito del proprio», ma trattandosi di una tipologia di delitto dovuto «alla miseria e alla disperazione, il delitto di quella infelice parte di uomini a cui il diritto di proprietà (...) non ha lasciato che una nuda esistenza (...), la pena più opportuna sarà quell'unica sorta di schiavitù che si possa chiamar giusta, cioè la schiavitù per un tempo delle opere e della persona alla comune società, per risarcirla colla propria e perfetta dipendenza dell'ingiusto dispotismo usurpato sul patto sociale ».

nelle carceri inglesi si trovavano in prigione per non aver potuto pagare la somma di denaro a cui erano stati condannati²⁶.

L'entusiastica attenzione dedicata dalla dottrina alla pena pecuniaria precedette di molti anni l'intervento del legislatore, che elaborò veri e propri progetti di riforma in questo senso solo molti anni più tardi. Il primo ad occuparsene fu il legislatore tedesco che tra il 1921 e il 1924 decise di intraprendere un cammino di profonda revisione del sistema sanzionatorio ed incentrò il suo intervento proprio sull'alternativa pecuniaria, ottenendo così una reale riduzione dell'area coperta dalla pena detentiva breve²⁷.

Pertanto, solo agli inizi del 1900 è introdotta nell'ordinamento penale tedesco la previsione di una pena pecuniaria, basata sul criterio di pagamento a rate, con il positivo risultato di risparmiare ad un numero elevato di persone un'inutile esperienza carceraria. Tale strumento sanzionatorio si affermò in maniera definitiva dopo che le leggi del 1923-'24²⁸ avevano previsto l'applicazione generalizzata della pena pecuniaria per le condanne a pena carceraria inferiore a tre mesi. Ben presto l'Inghilterra seguì l'esempio della Germania; se nel 1935 ben 10.542 persone erano state incarcerate per non aver potuto adempiere alla pena pecuniaria, già l'anno successivo per effetto dell'emanazione del *Money Payments Act*, il numero si era ridotto a circa 7.400²⁹.

2. L'evoluzione storica delle alternative alla pena detentiva dal primo dopoguerra sino alle riforme attuali.

Nel primo dopoguerra il dibattito che aveva interessato la dottrina penalistica a cavallo tra ottocento e novecento tende ad esaurirsi. Il riflusso della polemica è rapido ed improvviso e fa sì che, in breve tempo, il problema della detenzione di breve durata venga isolato e considerato sempre più spesso come una questione specifica, di stretta competenza degli studiosi che si occupano del settore penitenziario e non più come il tema destinato a sciogliere i nodi del sistema penale e a chiarirne l'impostazione strutturale. Il motivo di questo inaspettato calo di interesse verso una problematica che, fino a quel momento, era stata considerata di

²⁶ RUSCHE-KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, cit., p. 279.

²⁷ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., p. 10.

²⁸ Si fa riferimento alla legge del 26 ottobre 1923 e alla legge 6 febbraio 1924, in materia di pena pecuniaria.

²⁹ RUSCHE-KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, cit., p. 282, tab. 18.

primaria importanza deve essere individuato in una minore rilevanza pratica del problema. Nei Paesi dell'Europa occidentale, le tendenze manifestatesi nel periodo prebellico verso una generale mitigazione dei metodi penitenziari continuarono ad essere presenti e ad operare nella politica penitenziaria adottata una volta che la guerra si era ormai conclusa. E d'altronde non vi era alcuna ragione per cui queste tendenze avrebbero dovuto venire meno, dal momento che si trattava di Paesi in cui «la situazione economica era relativamente soddisfacente» e che «le statistiche sull'andamento della criminalità, nel peggiore dei casi, mostravano un indice costante e non destavano alcuna preoccupazione»³⁰.

Questi anni presentano una notevole diffusione della sospensione condizionale e l'incremento del ricorso alla pena pecuniaria sostitutiva. Al generale processo di stabilizzazione e di riconsiderazione degli strumenti sanzionatori si sottrae l'Italia, dove è possibile osservare, tra il 1893 e il 1933, un aumento costante delle pene più severe mentre la percentuale delle condanne a pena pecuniaria rimane sostanzialmente invariata³¹. Per quanto riguarda il ricorso alla sospensione condizionale, esso addirittura si riduce di più della metà, passando dal 22% sul totale delle condanne, nel periodo tra il 1905 al 1907, al 9% del 1927, con un rapido crollo coincidente con l'avvento del fascismo³². In effetti, è facile individuare una connessione tra questa inversione di tendenza nelle strutture giudiziarie e l'avvento del regime fascista che impose una svolta in senso fortemente autoritario.

In un simile contesto storico il problema delle alternative alle pene detentive perde ben presto quella dimensione europea che lo aveva caratterizzato nel momento in cui era sorto e con cui era stato affrontato alla fine dell'ottocento e nei primi anni del novecento.

L'affermazione del potere fascista, che si propone da subito come totalizzante, impone una censura nello sviluppo di nuove esperienze normative. L'unico obiettivo al quale il sistema legislativo deve tendere è quello della difesa sociale, concetto preso a prestito dai positivisti e rivisitato in chiave totalitaria. Il diritto di punire, coincidendo con il diritto di conservazione e di difesa, diventa prerogativa dello Stato ed ha lo scopo «di assicurare e garantire le condizioni fondamentali per la vita in comune»³³.

³⁰ RUSCHE-KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, cit., p. 271.

³¹ RUSCHE-KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, cit., p. 248, 249, tab. 11, 12.

³² PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., p.195.

³³ FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'Ottocento alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980, p. 60. Sono riportate le parole che si leggono nella *Relazione al Re sul codice penale* del 1929 a p. 7.

Analizzando la discussione parlamentare del 1928 sul progetto preliminare per il nuovo codice penale italiano si colgono le diverse impostazioni che caratterizzano la scienza giuridica italiana dell'epoca³⁴. Se taluni si mostrano propensi al recupero di quelle posizioni dominanti nel XIX secolo, che privilegiavano la ricerca di un regime esecutivo capace di attenuare i rischi del contagio criminale, proponendo un rinnovamento del sistema dei c.d. surrogati penali già contemplati dal codice Zanardelli, altri, tra cui il guardasigilli Rocco che darà il nome al nuovo codice, abbracciano il ramo più autoritario del positivismo criminologico, respingendo qualsiasi innovazione che potesse apparire come un segnale di debolezza o perdonismo. È difficile, in un regime caratterizzato da elementi di forte autoritarismo, riuscire ad imporre misure basate sul trattamento in libertà; e tanto meno vi sono le condizioni necessarie per l'introduzione di soluzioni nuove quale poteva essere la prospettazione di un modello di sospensione condizionale che prevedesse un programma di assistenza del reo, simile a quello che già da tempo era entrato a far parte della prassi nei paesi anglosassoni. La ragione di un simile silenzio sia dottrinario che legislativo sta nel fatto che la *probation*, come intesa nei Paesi di *common law*, propugna l'educazione alla libertà con la libertà, condizione impensabile per l'ordinamento italiano dell'epoca³⁵.

Solo l'entrata in vigore della Costituzione, nel 1948, riesce a dare un rinnovato impulso verso l'apertura di un nuovo campo di ricerca per soluzioni alternative alla detenzione. Dal momento in cui la Carta costituzionale afferma in maniera chiara la funzione rieducativa della pena si cominciano a cercare soluzioni diverse dal carcere che siano in grado di soddisfare meglio le esigenze di prevenzione speciale. Si comincia a fare strada l'idea per cui, sebbene la pena continui ad essere concepita come necessaria, ciò non implica che necessaria debba essere anche la detenzione.

Solo diversi anni più tardi, con l'introduzione della l. 354/1975, si comincia a dare grande rilevanza alla possibilità di giungere alla rieducazione del condannato con strumenti che vengono applicati al di fuori del carcere. Inoltre, si afferma per la prima volta a livello legislativo l'importanza, per chi ha commesso un reato, del mantenimento dei contatti con la società libera, tramite un articolato sistema di misure che possono essere applicate nella fase esecutiva.

³⁴ Per un quadro approfondito sui vari interventi nell'ambito dei lavori preparatori si veda *Relazione alla Camera dei Deputati, in Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. I, 1928, p. 82.

³⁵ MAIDECCHI, *La rieducazione del condannato tra carcere ed alternative*, in *Rass. penitenz. e crimin.*, 2002, p. 88.

Questi mutamenti nel pensiero criminologico spingono con sempre maggior vigore a ritenere che la moderna politica di diritto penale debba avere come obiettivo primario quello di ricercare alternative al carcere che vengano applicate dal giudice di cognizione, in modo tale da evitare qualsiasi forma di contatto con l'ambiente penitenziario. Si avverte inoltre la rinnovata esigenza di effettuare analisi comparatistiche, per elaborare strumenti efficaci che armonizzino il nostro ordinamento con il movimento internazionale di riforma del diritto penale.

Mentre nei Paesi di lingua tedesca è nettamente privilegiata la pena pecuniaria, applicata secondo il sistema dei tassi giornalieri previsto dal *Tagessatzsystem*³⁶, in sostituzione della detenzione breve, diversa si presenta la situazione in Francia, dove la pena pecuniaria non ha mai raggiunto grande rilevanza, sebbene la legge 10 giugno 1983, n. 83/466 abbia cercato di dare nuovo vigore a questo istituto, prevedendo una determinazione per tassi fissi. Qui sin dal 1891, anno in cui sono state previste per la prima volta nell'ordinamento, le misure sospensive dell'esecuzione della pena hanno ricoperto un ruolo di primo piano, in particolare nella forma della sospensione semplice, detta *sursis simple*. La sospensione era applicabile in origine a tutte le prime condanne a pena detentiva o pecuniaria e, alla scadenza del termine di prova, fissato in cinque anni, la pena veniva considerata come non pronunciata se il condannato beneficiario non avesse riportato altre condanne ad una pena privativa della libertà personale. In caso contrario, la prima pena doveva essere interamente eseguita, senza poter essere in alcun modo assorbita dalla seconda. L'effetto principalmente prodotto dal *sursis simple* è quello di trasformare la pena in minaccia³⁷. Tale misura fu poi potenziata e razionalizzata con la riforma del sistema sanzionatorio varata nel 1975³⁸ e da quella successiva del

³⁶ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., p. 14. In Germania, dopo la riforma del 1969, il limite di sostituibilità della pena detentiva con quella pecuniaria viene innalzato da tre a sei mesi. Il *Tagessatzsystem* nei suoi tratti essenziali si caratterizza per la struttura bifasica della commisurazione, per il privilegio accordato alle condizioni economiche dell'agente come criterio commisurativo specifico e per la necessità di applicare un peculiare schema di accertamento del criterio guida basato sulle condizioni economiche. Si assicura così alla pena pecuniaria la trasparenza e l'eguaglianza di sacrificio, essenziali per un impiego legittimo ed incisivo di questo strumento. Per quanto riguarda l'organizzazione della struttura bifasica, vi è una prima fase nella quale si calcola il numero dei tassi giornalieri in base a diversi parametri tra cui il grado dell'illecito, quello della colpevolezza del condannato e le esigenze di prevenzione generale e speciale; la seconda fase è invece rivolta alla determinazione dell'ammontare del singolo tasso giornaliero sulla base della condizione economica del reo.

³⁷ CICIRELLO, *Carcere e misure alternative tra manovre legislative ed interventi 'riparatori' della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1661.

³⁸ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., p. 46. Si fa riferimento alla legge 11 luglio 1975, n. 75/624, il cui intento dichiarato era quello di ridurre le pene detentive brevi entro termini di stretta necessità senza compromettere le esigenze di prevenzione generale e speciale.

1989. Oggi il *sursis simple* può essere pronunciato direttamente dal giudice di cognizione in materia sia di *crimes* che di *delits* per determinate categorie di condanne³⁹. Bisogna dire che gli effetti deflattivi sulla popolazione carceraria non sono stati per nulla rilevanti, probabilmente perché, secondo quanto emerge dalle denunce di magistrati ed operatori del servizio sociale, si tratta di alternative indirizzate prevalentemente a classi medio-alte e perciò non idonee a combattere le forme di criminalità più diffuse che sono quelle proprie della fascia marginale della società. È per questo motivo che già nei primi anni del 1950 gli studiosi francesi, positivamente impressionati dall'esperienza inglese del *probation*, soprattutto per la maggiore efficacia rieducativa che tale istituto era in grado di garantire, proposero l'introduzione in Francia del *sursis avec la mise à l'épreuve*, inserito ufficialmente nel Codice di procedura penale attraverso un'ordinanza del 1958⁴⁰. Tale sistema è ispirato a quello inglese, in cui l'alternativa classica alla pena detentiva breve è costituita dal *Probation Order*, introdotto dal *Probation Offenders Act* del 1907, che, a differenza del *sursis simple* francese, non si limita ad attribuire al giudice il potere di non infliggere la pena detentiva sospendendola per un periodo di prova, ma lo affida al *Probation Service* che non lascia il condannato da solo durante il periodo di sospensione, ma lo sottopone a misure di sorveglianza ed assistenza insieme ad obbligazioni adattate al suo caso particolare. Tale misura presenta aspirazioni fortemente rieducative poiché presuppone il consenso dell'individuo e si fonda su strutture come i *day training centres*, previsti allo scopo di garantire una formazione professionale e gli *approved probation hostels*, volti a mettere a disposizione del condannato un ambiente parafamiliare in modo tale da impedire che si ripresentino quelle situazioni che hanno contribuito a creare una personalità capace di delinquere e da fornire al reo tutti gli strumenti necessari per prepararsi ad un pieno reinserimento in società⁴¹. In Inghilterra, con una inversione nella successione temporale rispetto al sistema francese, solo nel 1967 è introdotta la sospensione

³⁹ Cfr. art. 132- 29 e ss. *Code penal*. Ai fini della sospensione semplice oggi vengono prese in considerazione, quali condizioni ostative, tutte le condanne ad una pena detentiva per un *crime* o un *délit* riportate nei cinque anni precedenti i fatti. Lo scopo è quello di evitare il cumulo di sospensioni e, allo stesso tempo, di incitare i magistrati alla concessione di pene maggiormente rieducative come il *sursis avec la mise à l'épreuve* o il *sursis TIG (assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général)* o le pene alternative. Il giudice è gravato di due obblighi: la motivazione delle decisioni e l'avvertimento al condannato, al momento della pronuncia, delle conseguenze che deriverebbero da una condanna per un nuovo reato durante il periodo della sospensione. Non è invece fissata dalla legge la necessità che il condannato sia presente in udienza al momento della pronuncia.

⁴⁰ Oggi tale istituto è disciplinato dal *Code pénal* agli art. 132-40 e ss. Esso è stato sottoposto a due interventi restrittivi derivanti dalla l. 9 marzo 2004, n. 2004/204 e dalla l. 12 dicembre 2005, n. 2005/1549.

⁴¹ MAIDECCHI, *La rieducazione del condannato*, cit., p. 91.

condizionale della pena (*suspended sentence*)⁴², strutturata come sospensione semplice dell'esecuzione della pena, presto accompagnata dall'assoluzione condizionata (*conditional discharge*)⁴³, consistente in una forma di sospensione della pronuncia di condanna, subordinata all'assenza di recidiva durante il periodo di prova, oltre a nuove misure volte a limitare l'ingresso in carcere, quali il '*Binding over*', consistente nell'obbligo di uno specifico fare o non fare imposto dalla Corte al reo anziché pronunciare una condanna a pena detentiva e il '*Community service*' ovvero una forma di lavoro gratuito, da prestare per un determinato numero di ore⁴⁴. In generale, nella maggior parte dei Paesi europei, nonostante le carenze strutturali ed il deficitario impiego di uomini e di risorse economiche necessarie per rendere effettivo l'obiettivo di realizzare un efficace trattamento rieducativo nell'area penitenziaria esterna al carcere, la lotta alla detenzione, soprattutto di breve durata, torna ad essere l'obiettivo primario della politica penale. Soltanto i Paesi Scandinavi registrano, a partire dagli anni '80, una generale inversione di tendenza, dettata dalla convinzione, basata su dati statistici, che l'idea di trattamento rieducativo, sperimentata in questi Paesi a partire dagli anni '30, sia fallita, con un conseguente nuovo incremento del ricorso alla detenzione carceraria⁴⁵.

3. *Il panorama attuale delle alternative alla pena detentiva in Italia.*

Pur avendo preso spunto dalle varie esperienze europee la lotta alla pena detentiva si è svolta nell'ordinamento italiano secondo cadenze peculiari. Come abbiamo visto, in Italia il problema della sostituzione della pena detentiva diventa attuale a partire dal dibattito, sviluppatosi ad opera della dottrina penalistica, nell'ambito della codificazione penale del 1889, che diede origine al codice Zanardelli. Tuttavia i c.d. surrogati penali, consistenti principalmente nell'arresto in casa, nella prestazione d'opera al servizio dello Stato, della Provincia, del Comune, nel confino e nella riprensione giudiziale, sono caratterizzati da presupposti applicativi talmente limitativi e suscitano una tale diffidenza nei giudici da non poter ragionevolmente

⁴² DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., p. 62. Tale misura è introdotta con il *Criminal Justice Act* del 1967.

⁴³ Misura introdotta con il *Powers of Criminal Courts Act* del 1973 che disciplina compiutamente ed estende a tutte le contee dell'Inghilterra e del Galles anche il *Community Service*.

⁴⁴ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., p. 62, 63.

⁴⁵ Per un'analisi più approfondita del sistema sanzionatorio dei Paesi Scandinavi si veda DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., p. 93, 94.

sperare in un buon livello di applicazione in sede giudiziale⁴⁶. Pertanto, la lotta alle pene detentive, principalmente brevi, si affida, sin dai suoi albori, in modo quasi esclusivo alla pena pecuniaria e alla sospensione condizionale, introdotta nel 1904, seguendo il modello forgiato da poco dal legislatore francese.

È interessante constatare che, nonostante sia trascorso ormai un secolo ed il sistema penale italiano si sia arricchito di una molteplicità di nuove forme sanzionatorie, queste ultime due misure rimangono ancora oggi le più applicate dai giudici. Scarsa fortuna hanno avuto invece, fino ad oggi, le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, introdotte con la legge 689/1981, fatta eccezione, come si è detto, per la pena pecuniaria. Lo stesso può dirsi delle pene a disposizione del giudice di pace introdotte con il d.lgs. 274/2000, anche esse applicate in misura molto inferiore rispetto alle aspettative del legislatore; tra queste, mentre l'obbligo di permanenza presso il domicilio e i lavori di pubblica utilità hanno faticato ad affermarsi, l'applicazione diffusa ha invece ottenuto la pena pecuniaria.

3.1. *La sospensione condizionale.*

Il codice Rocco ribattezza con il termine 'sospensione condizionale' quella misura che, fino ad allora, era stata conosciuta come 'condanna condizionale'. Quando tale misura, che sarebbe più appropriato chiamare 'sospensione condizionale dell'esecuzione della pena', è introdotta, nel 1904, essa riprende il modello francese di *sursis simple*, ovvero di sospensione dell'esecuzione, che non prevede alcuna forma di assistenza al condannato o di controllo da parte dei servizi sociali. Una volta accertato, anche sulla base di risultanze statistiche, che la pena detentiva oltre che essere inutile spesso si rivela anche dannosa e criminogena, questa forma di sospensione condizionale, sebbene priva di contenuti risocializzanti positivi, mira comunque ad evitare che si verifichino gli effetti desocializzanti che conseguirebbero inevitabilmente dalla reclusione in carcere. Dal testo della l. 26 giugno 1904, n. 267 si desume chiaramente l'intento del legislatore di riservare questa forma di sospensione alla piccola criminalità del delinquente primario occasionale; egli fissa l'ammontare massimo della pena sospendibile in sei mesi (art. 1), attribuisce valore ostativo a qualsiasi precedente condanna alla reclusione (art. 1) ed esclude ogni

⁴⁶ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., p. 183.

possibile applicazione reiterata dell'istituto (art. 6)⁴⁷. Nonostante i successivi interventi riformatori che hanno interessato la sospensione condizionale e che ne hanno comportato mutamenti, anche importanti, di tipo strutturale, non si può dire che essa sia andata incontro a profonde modificazioni dal punto di vista contenutistico; al contrario, per quanto riguarda tale aspetto, essa non si è mai discostata, di fatto, dal ruolo che le era stato originariamente conferito.

Per quanto riguarda i mutamenti strutturali, dopo che già il codice Rocco aveva spostato da sei mesi ad un anno i limiti ordinari di pena per l'applicabilità della sospensione, una novella del 1974⁴⁸ porta la soglia a due anni⁴⁹. Nel sistema originario del codice Rocco la sospensione condizionale poteva essere concessa una sola volta mentre secondo il testo dell'art. 164 co. 3 c.p., novellato nel 1974, essa può essere concessa due volte, purché la pena inflitta con la seconda condanna, cumulata con la precedente, non superi i limiti fissati all'art. 163 co. 1 c.p.⁵⁰. La successiva riforma introdotta con la legge 11 giugno 2004, n. 145, apportando alcune aggiunte ai primi tre commi dell' art. 163, ha neutralizzato, ai fini del computo della soglia massima di pena detentiva sospendibile, l'incidenza dell'eventuale pena pecuniaria congiunta alla pena detentiva purché quest'ultima non superasse i due anni. Si introduce, così, una novità assoluta nell'ordinamento italiano, rappresentata dal fatto che, in questo caso, la pena detentiva potrà essere sospesa mentre la pena pecuniaria verrà eseguita, realizzando una sorta di sospensione condizionale parziale. Inoltre, la riforma del 2004, sempre con l'intento di ampliare gli spazi concessi alla sospensione condizionale, ha aggiunto all' art. 163 c.p. il co. 4, introducendo una forma di sospensione condizionale 'breve'⁵¹; esso infatti prevede che nell'ipotesi in cui il giudice applichi una pena detentiva non superiore ad un anno ed il colpevole

⁴⁷ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., p. 187.

⁴⁸ Si tratta del d.l. 11 aprile 1974, n. 99, convertito nella l. 7 giugno 1974, n. 220.

⁴⁹ PULITANO, *Diritto penale*, III ed., Torino, 2009, p. 559. Il limite per l'applicazione della sospensione condizionale si innalza ulteriormente per i c.d. giovani adulti (termine con cui sono indicati i ragazzi di età compresa tra i diciotto e ventuno anni), per i quali arriva a due anni e sei mesi così come è previsto per gli ultrasettantenni e per chi, al momento della commissione del fatto, era imputabile ma non aveva compiuto ancora gli anni diciotto. Tale ampliamento è dovuto al fatto che si tratta di soggetti che appartenendo a fasce particolarmente deboli della società e che pertanto meritano particolare tutela.

⁵⁰ A questa soluzione si è giunti attraverso un'evoluzione che ha interessato, dapprima, con la legge 24 aprile 1962, n. 91, le ipotesi in cui il soggetto avesse già fruito della sospensione condizionale in occasione della condanna ad una pena pecuniaria e, successivamente, con la sentenza della Corte costituzionale n. 86 del 1970, le ipotesi in cui, in occasione di una seconda condanna, venisse riconosciuto il vincolo della continuazione rispetto ad un reato per il quale già fosse stata inflitta una condanna a pena sospesa.

⁵¹ DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, IV ed., Milano, 2012, p. 635.

adempia agli obblighi risarcitori o restitutori, il termine di sospensione possa essere ridotto da cinque anni ad un anno.

Oggi l'assetto generale della sospensione condizionale è determinato dall'art. 163 e ss c.p. Tale istituto rappresenta una chiara eccezione al principio in base al quale la pena inflitta con la sentenza di condanna deve essere inderogabilmente eseguita; in questo caso, invece, si preferisce rinunciare temporaneamente all'esecuzione della pena, sottoponendo il condannato ad un periodo di messa alla prova della durata di cinque anni quando si sia reso responsabile di un delitto e di due anni quando sia responsabile di una contravvenzione. Il giudice dispone tale misura se, tenendo presente le circostanze indicate dall'art. 133 c.p., «presume che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati»⁵². È chiaro come le finalità del modello condizionale siano rivolte alla prevenzione speciale ed è proprio la vocazione specialpreventiva che giustifica una così vistosa differenza di trattamento rispetto alla regola generale, che esigerebbe la necessaria esecuzione della pena⁵³.

La sospensione condizionale della pena non può essere concessa, in base a quanto disposto secondo la formulazione attuale dall'art. 164 co. 2 c.p., «a chi ha riportato una precedente condanna a pena detentiva per delitto, anche se è intervenuta riabilitazione, né al delinquente o contravventore abituale o professionale» e neppure quando «alla pena inflitta deve essere aggiunta una misura di sicurezza personale perché il reo è persona che la legge presume socialmente pericolosa».

La misura sospensiva si applica anche alla pena pecuniaria e, dopo l'eliminazione dell'originaria esclusione della condizionale sancita nel testo originario del codice Rocco, grazie alla novella del 1990⁵⁴, oggi si estende anche alle pene accessorie.

La dottrina ha messo più volte in serio dubbio l'opportunità di ammettere la sospensione di pene diverse da quella detentiva. L'obiezione principale rivolta a queste ipotesi è che non è chiaro quale possa essere il senso della sospensione dell'esecuzione di pene che, di fatto, incidono in modo limitato sulla vita di chi ne è colpito⁵⁵. Se la pena detentiva comporta un enorme sacrificio della libertà personale dell'individuo e perciò giustifica il ricorso ad una misura che ne sospenda

⁵² Cfr. art. 164 co. 1, c.p. La Corte di cassazione a tale proposito afferma che il giudice deve valutare, oltre ai criteri indicati dall'art. 133 c.p., anche la 'capacità a delinquere' del soggetto, tenendo presenti tra l'altro i precedenti giudiziari, anche se non definitivi (cfr. Cass. Sez. III, 12 novembre 2009, n. 9915, Stimolo, in *CED Cassazione*, n. 246250) ed i precedenti di polizia (Cfr. Cass. Sez. II, 5 maggio 2010, n. 18189, Baglietti, in *CED Cassazione*, n. 247469).

⁵³ PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 558.

⁵⁴ Si tratta della l. 7 febbraio 1990, n. 19, che introduce tale modifica all'art. 4.

⁵⁵ PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 559, 560.

l'applicazione, non si vede come pene che non sono altrettanto afflittive possano godere di un tale privilegio. È pertanto ragionevole che per tutte le pene che non incidono sulla libertà personale, l'utilità della sospensione possa essere legittimamente contestata ⁵⁶.

Durante la fase della messa alla prova, vi sono precisi obblighi, dettati dall'art. 165 c.p., a carico del condannato. Ad essi, rispetto al disegno originario del codice Rocco, sono state apportate significative modifiche, dapprima con la legge n. 689 del 1981 e poi con la legge 145 del 2004. Nel testo vigente fino al giugno 2004, l'art. 165 prevedeva la possibilità di subordinare la sospensione all'adempimento di obblighi di risarcimento del danno o di riparazione dell'offesa arrecata. Tale imposizione risultava facoltativa, ma in caso di seconda concessione diventava obbligatoria, salvo che ciò fosse impossibile. Di fatto, nella prassi, la sospensione condizionale era disposta dal giudice pressoché sempre, a prescindere dall'imposizione di qualunque tipo di obbligo. La novella del 2004 ha stabilito che potesse essere disposta, con il consenso del condannato, «la prestazione di attività non retribuita a favore della collettività per un tempo determinato comunque non superiore alla durata della pena sospesa». Resta il fatto che la messa alla prova del condannato, ancora oggi «può» e non «deve» essere arricchita di contenuti positivi, fatta eccezione per il caso di seconda condanna.

Con i progetti di riforma Pagliaro e Grosso tra gli anni '80 e '90 si era cercato di arricchire il sistema di prescrizioni a carico del condannato allo scopo di imprimergli maggiore forza specialpreventiva, senza che però nessuna di queste proposte riuscisse mai ad avere successo. Rispetto agli interventi che sarebbero necessari per rendere efficace la fase della messa alla prova, la novella del 2004 rappresenta un passo avanti ancora troppo timido, pur potendo costituire un importante spunto per riflettere in modo serio sulla questione degli obblighi *ex art* 165 c.p., ponendo un freno alla prassi di sostanziale disapplicazione.

La prova ha esito positivo se «nei termini stabiliti, il condannato non commette un delitto, ovvero una contravvenzione della stessa indole, e adempie gli obblighi impostigli». In questo caso il reato si considera estinto e non ha luogo l'esecuzione delle pene (art. 167 c. p.). Restano comunque validi gli altri effetti penali.

La prova ha, invece, esito negativo e la sospensione è revocata se, specularmente alle premesse in base alle quali essa è concessa, nel lasso di tempo stabilito, il

⁵⁶ DOLCINI, *Ancora una riforma della sospensione condizionale della pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 1015.

condannato commetta un nuovo delitto o una contravvenzione della stessa indole per cui venga inflitta una pena detentiva, a meno che, come abbiamo visto, la nuova condanna, cumulata con la precedente, non superi i limiti di pena, fissati dall'art. 163 c.p., entro i quali la sospensione può essere concessa (art. 168 co.1 c.p.).

Un'altra causa di revoca della sospensione condizionale è costituita dal caso in cui venga in rilievo una nuova condanna per un delitto precedentemente commesso, che, cumulata alla pena sospesa, superi i limiti di concedibilità del beneficio; se il limite massimo non è superato il giudice effettuerà una nuova valutazione per decidere se revocare la sospensione già concessa, ovvero concedere una seconda sospensione (art. 168 co. 2 c.p). Infine, causa di revoca è l'inadempimento degli obblighi imposti al condannato *ex art.* 165 c.p.

Nell'ottica di un sistema penale che ha come scopo quello di dare concreta attuazione alla 'pena giusta' lo schema della sospensione condizionale, così come si presenta oggi, «introduce un elemento di ambiguità»⁵⁷; la misura condizionale, infatti, è disposta scommettendo sulla possibilità di raggiungere le finalità di giustizia tramite la rinuncia all'esecuzione di una pena giusta in via di principio e che, come tale, dovrebbe essere applicata. Ne deriva che la decisione di applicare o meno la pena non dipenderà esclusivamente dal reato commesso, ma da eventi successivi alla pronuncia della sentenza di condanna e, in particolare, dal comportamento tenuto dal condannato durante il periodo di prova. Il problema principale di questa misura, dunque, nasce da una tensione interna tra funzioni e significati diversi della pena; da un lato la pena inflitta e pertanto giusta a livello teorico dovrebbe trovare applicazione per garantire il rispetto delle funzioni di prevenzione generale o di retribuzione; dall'altro le esigenze di prevenzione speciale possono far ritenere preferibile la non esecuzione delle pene, tenendo conto dei pregiudizi che comporta, dei suoi costi e delle possibili alternative⁵⁸.

Il legislatore ha delineato l'ambito ed i limiti di applicabilità della sospensione condizionale bilanciando le esigenze di prevenzione speciale, orientate alla rieducazione dell'individuo, e la necessità di garantire che il sistema penale nel suo complesso mantenesse, agli occhi della collettività, il tradizionale carattere generalpreventivo. Il rispetto delle esigenze di prevenzione generale è assicurato dalla previsione di limiti obiettivi alla possibilità di sospendere la pena, mentre, almeno in teoria, la funzione di prevenzione speciale può assumere un ruolo così

⁵⁷ PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 558.

⁵⁸ PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 558.

prioritario da arrivare sino alla non esecuzione della pena inflitta, sulla base di valutazioni affidate alla discrezionalità tecnica del giudice.

L'esperienza di ormai più di un secolo attesta una tendenziale espansione dell'istituto della sospensione condizionale verso fasce tutt'altro che bagatellari di reati. Tale espansione risulta coerente con il tipo di problemi cui tale istituto tenta di dare risposta, in cui il costo della pena detentiva risulterebbe troppo alto rispetto ai vantaggi che se ne ricaverebbero. Oggi le esigenze di sospensione della pena si pongono principalmente in relazione alla pena detentiva breve, ma non solo, essendo prevista anche in caso di condanna alla reclusione o all'arresto fino a due anni⁵⁹. I limiti esterni della sospensione condizionale, sia sul versante soggettivo, che su quello oggettivo, risultano notevolmente ampliati rispetto al passato, tanto che attualmente essa può essere disposta anche nei confronti di forme medie di criminalità e verso soggetti che abbiano conosciuto precedenti condanne a pene detentive o addirittura abbiano già sperimentato l'ambiente corruttore del carcere.

La giurisprudenza, oggi come in passato, tende ad un'applicazione assai generosa ed anzi quasi automatica dell'istituto⁶⁰, talvolta senza accompagnarla a rilevanti e mirate prescrizioni da rispettare nel periodo di prova. Per di più, spesso il giudice sembra dimenticare che il presupposto per la concessione della sospensione condizionale è rappresentato da una valutazione che egli è tenuto a fare sulla possibilità di presumere che «il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati», tenendo anche conto della gravità del fatto (art. 164 co. 1 c.p.). Anche se questo presupposto racchiude in sé quella che è «l'essenza stessa dell'istituto»⁶¹, che dovrebbe essere concesso solo dopo aver preso in considerazione la personalità del condannato ed avere accertato che la non esecuzione della pena è la soluzione più idonea al rispetto dei fini rieducativi, nella pratica il giudice tende ad interpretarlo come un inciso meramente simbolico, senza far seguire un'indagine approfondita.

Una misura come questa potrebbe essere davvero funzionale se il legislatore non si limitasse a proporre come facoltativi e rimessi alla discrezionalità del giudice, gli obblighi di risarcimento, di restituzione, di eliminazione delle conseguenze dannose

⁵⁹ PULITANÒ, *La sospensione condizionale della pena: problemi e prospettive*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena, in ricordo di Adolfo Beria di Argentine*, a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Convegni di studio «Enrico de Nicola», Problemi attuali di diritto e procedura penale, Milano, 2002, p. 122.

⁶⁰ In questo senso anche DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1213.

⁶¹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, VI ediz., Zanichelli, 2009, p. 802.

o pericolose del reato o di prestazione di attività non retribuita a favore della collettività, ma riempisse la messa alla prova di contenuti positivi configurati come elemento necessario ed irrinunciabile per la buona riuscita di essa⁶². Solo così sarebbe possibile offrire una risposta seria al delitto dal quale sia derivata una condanna, con l'effettiva possibilità di imprimere, tramite questo strumento, efficacia realmente rieducativa alla pena, secondo la strada tracciata dai progetti di riforma Pagliaro⁶³ e Grosso⁶⁴ e forse troppo cautamente ripresa dalla legge 145/2004.

3.2. *La pena pecuniaria.*

Oggi, la pena pecuniaria (artt. 24-26 c.p.) è, accanto alla pena detentiva, pena principale sia per i delitti, per cui si parlerà di *multa*⁶⁵, sia per le contravvenzioni, per cui, invece, si parlerà di *ammenda*⁶⁶. La pena pecuniaria può essere prevista congiuntamente alla pena detentiva per alcuni reati, in via alternativa per altri ed in

⁶² In questo senso MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1104.

⁶³ Nel progetto Pagliaro è avanzata la proposta di prevedere la suspendibilità della pena pecuniaria per una sola volta. Per quanto riguarda le condizioni soggettive ostative, tale progetto prevede che siano irrilevanti le condanne a pena pecuniaria, quelle per cui è intervenuta riabilitazione e quelle dalle quali sia decorso un congruo periodo di tempo. In relazione alle soglie di pena lo schema Pagliaro non prende posizione e si limita a prevedere che una soglia vi sia. Esso prevede inoltre che possano essere attribuiti alla sospensione condizionale gli stessi attributi della misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale, abrogando così quest'ultimo istituto.

⁶⁴ Il progetto Grosso proponeva l'eliminazione del meccanismo automatico di applicazione della sospensione condizionale alle pene accessorie, introdotto dalla novella del 1990, sostituendolo con una valutazione separata ed autonoma della possibilità di sospendere tali pene. In questo progetto l'imposizione di uno o più obblighi durante il periodo di messa alla prova è prevista in modo generico nel caso in cui ciò sia ritenuto necessario in vista di finalità di prevenzione speciale, è prevista sempre nel caso in cui la pena detentiva sospesa sia superiore ad un anno di reclusione, oppure nel caso in cui si tratti di seconda concessione della misura sospensiva, o di concessione verso chi abbia già riportato una condanna a pena detentiva. Anche il progetto Grosso, così come aveva anticipato il progetto Pagliaro, si occupa del problema di coordinare la sospensione condizionale con le misure alternative previste dall'ordinamento penitenziario, limitandosi però a prevedere che i presupposti applicativi fossero analoghi.

⁶⁵ La multa, disciplinata dall'art. 24 c.p., consiste nel pagamento allo Stato di una somma non inferiore ad € 50, né superiore ad € 50.000, così come stabilito a seguito delle variazioni apportate dall'art. 3 co. 60 della l. 15 luglio 2009, n. 94, che ha modificato i limiti minimi e massimi della multa fissati dalla l. 689/1981 e divenuti scarsamente significativi per effetto della svalutazione monetaria.

⁶⁶ La pena dell'ammenda, disciplinata dall'art. 26 c.p., consiste nel pagamento allo Stato di una somma non inferiore a € 20 e non superiore a € 10.000. Tali limiti di pena sono stati così sostituiti dalla l. 15 luglio 2009, n. 94. Il legislatore, tuttavia, non è vincolato da queste soglie minime e massime e, anzi, spesso si avvale della facoltà di deroga verso l'alto, prevedendo multe ed ammende di importo anche notevolmente più elevato rispetto a quello previsto nel codice penale. Sono esempi di tale tendenza l'art. 73 co.1 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di stupefacenti), che nella versione aggiornata dalla l. 21 febbraio 2006, n. 49, prevede che la multa possa arrivare a € 260.000 e, tra le previsioni del codice penale stesso, l'art. 544-*quinquies* contemplato dal titolo IX-*bis* del libro II del codice penale, inserito dalla l. 20 luglio 2004 n. 189, che prevede, per chi violi il divieto di combattimenti tra animali, la multa da € 50.000 a € 160.000.

via esclusiva per altri ancora, meno gravi; ciò vale sia nell'ambito dei delitti che delle contravvenzioni⁶⁷.

L'ordinamento italiano, prima della riforma introdotta dalla legge 689/1981, non ha mai previsto la pena pecuniaria come sanzione che potesse assumere funzione sostitutiva della pena detentiva, a differenza di quanto era stato disposto dal lungimirante legislatore francese già nel 1832, per il caso in cui ricorressero delle attenuanti generiche e, in maniera ancora più ampia, dal legislatore tedesco con le riforme attuate tra il 1921 ed il 1924. In un primo momento, nel nostro Paese, la pena pecuniaria può assumere valore di sanzione alternativa per il solo legislatore, che vi fa ricorso nei casi in cui ritiene opportuno introdurre una misura che faccia concorrenza alla pena detentiva prevista per i reati minori. Il fatto che il legislatore italiano, manifestando una chiara predilezione per la pena detentiva, abbia messo in secondo piano la pena pecuniaria, strutturandola in maniera estremamente riduttiva rispetto a ciò che avveniva contemporaneamente in altri Paesi europei più all'avanguardia, fa sì che tale forma sanzionatoria ottenga un impiego decisamente modesto⁶⁸. A differenza di ciò che si verifica nei primi trent'anni del 1900 nella maggior parte degli Stati dell'Europa, l'Italia non conosce una brusca impennata della percentuale di sanzioni pecuniarie rispetto al totale delle condanne. Qui i valori percentuali riferibili a tale pena, fra il 1900 e il 1930, rimangono sostanzialmente immutati, aggirandosi intorno al 20% delle condanne⁶⁹.

Negli anni successivi alla fine della seconda guerra mondiale sembra che cominci a prendere forma un processo di sensibile modificazione del rapporto tra pene detentive e pene pecuniarie, tanto che nel 1946 le multe salgono al 34,7% del totale delle condanne. Non si può, però, parlare di una progressiva espansione dell'area coperta dalla pena pecuniaria perché i dati sono ancora molto oscillanti. Solo a partire dal 1968 si cominciano a registrare i segnali di un vero e proprio momento di svolta, che porterà ad una graduale affermazione di tale sanzione, giungendo fino al

⁶⁷ PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 585.

⁶⁸ DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 561; DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., p. 184.

⁶⁹ RUSCHE-KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, cit., p. 246, tab. 7, p. 248, tab. 9, p. 249, tab. 11. Da questi dati risulta che mentre mediamente le condanne a pena pecuniaria in Italia, tra il 1893 e il 1933, si aggirano attorno al 20%, contemporaneamente in Francia si passava dal 35% a valori prossimi e talvolta superiori al 50%, mentre in Germania dal 32% registrato nel 1918 si saliva addirittura al 69% nel 1928. Secondo gli Autori la spiegazione di questa diversa incidenza della pena pecuniaria sarebbe da individuare nel tipo di strutture socio-economiche arretrate, di stampo principalmente agricolo.

49% del totale delle condanne per delitto⁷⁰. Negli anni seguenti, la percentuale delle pene pecuniarie rimane vicina al 50%, ma comunque decisamente lontana dalle medie europee⁷¹.

Già nei primi anni '70 è chiaro alla dottrina che una maggiore applicazione della pena pecuniaria è necessaria allo scopo di sottrarre terreno alla pena detentiva, auspicandone la previsione come sanzione sostitutiva della pena detentiva breve attraverso una clausola di *ultima ratio* e la ridefinizione della struttura secondo il modello delle quote giornaliere⁷². Le indicazioni dottrinali ispirarono importanti interventi di riforma riguardanti la pena pecuniaria (sia multa che ammenda), della quale sono stati modificati, nel corso del tempo, «sia il ruolo assunto nel sistema penale, sia la struttura, sia la disciplina della conversione»⁷³.

È a partire dalla l. 24 novembre 1981, n. 689, che la multa e l'ammenda cominciano a trovare applicazione anche come sanzioni sostitutive della pena detentiva. La pena pecuniaria si considera sempre come tale, anche se sostitutiva della pena detentiva e coincide per tutti gli effetti giuridici con la pena pecuniaria 'principale' (art. 52 co. 2, l. 689/1981)⁷⁴.

Inizialmente l'art. 53 della l. 689/1981 attribuisce al giudice di cognizione, nell'ambito della sentenza di condanna, il potere di sostituire la reclusione o l'arresto fino ad un mese con la pena pecuniaria. Inoltre, esso introduce nel codice penale il nuovo art. 133-*bis* che ridisciplina la commisurazione della multa e dell'ammenda; in aggiunta ai generali criteri della gravità del reato e della capacità a delinquere dell'agente, già disciplinati dall'art. 133 c.p., la riforma ha fatto spazio all'ulteriore criterio delle condizioni economiche del reo. Pertanto, in seguito a tale intervento, è previsto che «il giudice può aumentare la multa o l'ammenda stabilite dalla legge sino al triplo o diminuirle sino ad un terzo quando, per le condizioni economiche del reo, ritenga che la misura massima sia inefficace ovvero che la misura minima sia eccessivamente gravosa» (art. 133-*bis* c.p.). La l. 689/1981 ha anche il merito di aver introdotto, con l'art. 133-*ter* c.p., la possibilità di un pagamento rateale a favore

⁷⁰ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., p. 185.

⁷¹ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., p. 186, tav. 1. Basti pensare che nell'arco degli stessi anni nella Repubblica Federale Tedesca la pena pecuniaria è applicata per l'80% delle condanne, in Austria per il 70% e in Inghilterra per l'86%.

⁷² Tra questi studiosi soprattutto MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 463 e ss. Questo testo è stato ripreso ed ampliato con alcuni aggiornamenti in MARINUCCI-DOLCINI, *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, p. 83 e ss.

⁷³ DOLCINI, *La pena in Italia oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in (a cura di) DOLCINI-PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, Milano, p. 1080.

⁷⁴ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., p. 207.

dei non abbienti, non più riservato esclusivamente a chi possa offrire garanzie personali o patrimoniali; da questo momento il rateizzo della pena pecuniaria può così essere accordato sia a chi, anche se abbiente, si trovi in una situazione di temporanea difficoltà economica, sia, e soprattutto, al non abbiente che abbia come fonte economica per poter far fronte al pagamento il solo reddito derivante dall'attività lavorativa. Inoltre, è possibile fare ricorso al pagamento rateale non solo nel caso in cui il soggetto si trovi in una situazione di totale impossibilità di adempiere, ma, anche, quando la richiesta di un unico pagamento renderebbe la pena eccessivamente gravosa. Il giudice, al momento di stabilire l'opportunità di un frazionamento della pena pecuniaria valuterà, pertanto, le condizioni economiche del reo in relazione all'ammontare della pena inflitta⁷⁵.

Infine, con la riforma del 1981 è stato profondamente modificato anche l'istituto della conversione della pena pecuniaria, che interviene in caso di insolvibilità del condannato⁷⁶. Il concetto di insolvibilità è stato chiarito recentemente in una sentenza della Corte di cassazione che la identifica in una «permanente impossibilità di adempiere (...) distinta dalla situazione di insolvenza, che rappresenta invece uno stato transitorio, che consente il differimento o la rateizzazione della pena pecuniaria»⁷⁷. A seguito dell'intervento legislativo del 1981, le pene di conversione della pena pecuniaria non sono più la reclusione o l'arresto, ma la libertà controllata e, a richiesta del condannato, il lavoro sostitutivo⁷⁸ (art. 136 c.p. e art. 102, l. 689/1981).

⁷⁵ DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 564. Oggi il pagamento rateale può essere effettuato in rate mensili da tre a trenta in base alle condizioni economiche del reo. Ciascuna rata non può essere inferiore a euro 15 e, in ogni momento, il condannato può estinguere l'intera pena pecuniaria mediante un unico pagamento. Quest'ultima previsione dimostra come la possibilità di rateizzare il pagamento sia stata introdotta dal legislatore allo scopo esclusivo di agevolare il condannato.

⁷⁶ La soluzione proposta dal codice Rocco in caso di insolvibilità era quella di convertire la pena pecuniaria ineseguita in pena detentiva, calcolata secondo il criterio di ragguglio che era ai tempi disciplinato dall'art. 136 c.p. Dall'entrata in vigore dell'ordinamento penitenziario, con la l. 354/1975, la pena detentiva di conversione veniva eseguita in regime di semilibertà. Pochi anni dopo la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale della conversione in pena detentiva con la sentenza n. 139 del 1979, ravvisando in tale meccanismo una ingiustificabile discriminazione in danno dei più poveri, in chiaro contrasto con il principio di eguaglianza, sancito dall'art. 3 Cost. Tale sentenza mette in crisi la pena pecuniaria che, tuttavia non smette di essere considerata un istituto irrinunciabile per la realizzazione di una politica penale volta a ridurre il ricorso alla pena detentiva. La soluzione introdotta con la l. 689/1981 è tuttora vigente e ha sempre retto al controllo di legittimità costituzionale.

⁷⁷ Cass. Sez. I, 9 giugno 2005, n. 26358, Petrillo, in *CED Cassazione*, n. 232056. Nello stesso senso la Corte si era già pronunciata in passato con le sent. Cass. Sez. I, 18 dicembre 1995, n. 6654, Mejia, *CED Cassazione*, n. 203510.

⁷⁸ Per la disciplina di questi due nuovi istituti vedi *infra*. In base a quanto previsto dall'art. 102 co. 3 l. 689/1981 25 euro di pena pecuniaria, o frazione di 25 euro si convertono, se il condannato ne fa richiesta espressa, in un giorno di lavoro sostitutivo, mentre 12 euro di pena pecuniaria, o frazione di

Il modello adottato rimane però quello della *somma complessiva*, nel quale le condizioni economiche del reo operano contemporaneamente e sullo stesso piano rispetto agli ulteriori criteri di commisurazione, così che risulta impossibile distinguere quale incidenza abbiano le condizioni economiche da un lato, e la gravità del reato e la capacità di delinquere dall'altro, nella determinazione dell'ammontare della pena. Il legislatore italiano, nonostante l'esperienza straniera mostri come tale modello risulti generalmente inadeguato ad incidere in modo significativo sulla prassi giurisprudenziale⁷⁹, ed abbia pertanto deciso di abbandonarlo già da tempo, non si decide a compiere una scelta così significativa.

Pertanto si può dire che il legislatore del 1981 abbia colto solo in parte l'occasione di realizzare un modello di pena pecuniaria finalmente affrancato dalle tradizionali carenze di eguaglianza ed effettività. I motivi per cui il legislatore abbia deciso di attribuire alla pena pecuniaria sostitutiva uno spazio così ridotto sono, probabilmente, sia la convinzione che il meccanismo di adeguamento della pena pecuniaria alle condizioni economiche del condannato, predisposto dal nuovo art. 133-*bis*, non fosse in realtà sufficiente a garantire alla pena pecuniaria «un grado omogeneo di afflittività»⁸⁰, sia l'intento di risparmiare al giudice i delicati problemi che sorgerebbero nella fase di accertamento delle condizioni economiche del reo⁸¹. Vi è da aggiungere che il minimo peso specifico assegnato alla pena pecuniaria dall'art. 53 della legge di riforma del 1981, riflette in realtà un più vasto orientamento proprio di quegli anni, relativo alla pena pecuniaria in genere, volto alla progressiva emarginazione di questa all'interno del sistema penale.

Contestualmente, a ridurre la sfera di applicazione della multa e dell'ammenda, concorre anche la progressiva diffusione del ricorso alla *sanzione pecuniaria amministrativa*, soprattutto per effetto di un nuovo processo di depenalizzazione. A partire dal 1967 si susseguono infatti importanti interventi legislativi di depenalizzazione, tra i quali notevole importanza ebbe quello proposto dalla stessa l. 689/1981 (agli artt. 32 e ss.), seguito da quello realizzato con il d.lgs. 30 dicembre

12 euro, si convertono in un giorno di libertà controllata. Tale criterio di ragguglio è fissato dalla Corte cost. con sent. 9-12 gennaio 2012, n. 1 (pubblicata in Gazz. Uff. 18 gennaio 2012, n. 3- Prima serie speciale) che dichiara « l'illegittimità costituzionale, sopravvenuta dall'8 agosto 2009, di questo comma, nella parte in cui stabilisce che, agli effetti della conversione delle pene pecuniarie non eseguite per insolvibilità del condannato, il ragguglio ha luogo calcolando euro 38, o frazione di euro 38, anziché euro 250, o frazione di euro 250, di pena pecuniaria per un giorno di libertà controllata».

⁷⁹ DOLCINI, *La pena in Italia oggi*, p. 1081.

⁸⁰ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., p. 201.

⁸¹ Per un approfondimento riguardo alle cause che avrebbero spinto il legislatore a tale scelta si veda DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., p. 200 e ss.

1999, n. 507 che ha interessato, tra l'altro, le materie degli assegni bancari e postali, degli alimenti, della navigazione, delle violazioni finanziarie, nonché, ancora una volta, la materia della circolazione stradale⁸².

Il quadro che si delinea, pertanto, vede la pena pecuniaria che da una parte sottrae terreno alla pena detentiva e che, dall'altra, lo cede alla sanzione pecuniaria amministrativa.

La legge 12 giugno 2003, n. 134 introduce importanti novità⁸³. Innanzitutto essa porta il limite per la sostituzione della pena detentiva con la pena pecuniaria da un mese a sei mesi, modificando così l'art. 53 co.1 della l. 689/1981⁸⁴. Inoltre, è grazie a questa legge che il modello dei tassi giornalieri, che ha già trovato grande fortuna nel panorama europeo, viene adottato anche in Italia, anche se limitatamente alla pena pecuniaria sostitutiva della pena detentiva breve. In base all'art. 4, co. 1, lett. a della l. 134/2003, che ha riformulato l'art. 53, co. 2 della l. 689/1981, per determinare l'ammontare della sanzione pecuniaria in sede di conversione della pena detentiva, il giudice individua un «valore giornaliero a cui può essere assoggettato l'imputato» e lo moltiplica per il numero di giorni della pena detentiva inflitta. Nella determinazione dell'importo della somma giornaliera i parametri richiamati sono quelli «della condizione economica complessiva dell'imputato e del suo nucleo familiare», entro un minimo ed un massimo predeterminati, nel senso che tale 'valore giornaliero' non può essere inferiore a quello indicato dall' art. 135 c.p., corrispondente a € 250, né superiore a dieci volte tale importo, per un massimo di € 2500⁸⁵.

Sempre l'art. 4 della l. 134/2003 abroga l'art. 60 della l. 689/1981, il quale prevedeva, per certi reati, talune esclusioni oggettive che precludevano l'applicazione della pena pecuniaria sostitutiva. Oggi, pertanto, la sostituzione è ammissibile per qualsiasi titolo di reato⁸⁶.

A partire dall'emanazione del d.lgs. del 28 agosto 2000, n. 274, ha cominciato ad operare nelle aule giudiziarie un nuovo giudice penale, il giudice di pace, che assume a partire da quel momento un ruolo molto importante per quanto riguarda l'applicazione della pena pecuniaria. In particolare, tra le pene applicabili dal giudice

⁸² DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 561.

⁸³ FILIPPI-SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, III ed., Milano, 2011, p. 161.

⁸⁴ DOLCINI, *La pena detentiva in Italia oggi*, cit., p. 1080, 1081.

⁸⁵ FILIPPI-SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 161. I termini del ragguglio tra pena detentiva e pena pecuniaria sono stati così modificati a seguito della sostituzione attuata dall' art. 32, co. 62 della l. 15 luglio 2009, n. 94.

⁸⁶ FILIPPI-SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 162.

di pace non vi è la pena detentiva, dal momento che si è preferito fare ricorso a diversi e nuovi protocolli sanzionatori che utilizzano come pena principale quella pecuniaria, a cui si aggiungono le nuove sanzioni della permanenza domiciliare e del lavoro di pubblica utilità (di cui parleremo in maniera più approfondita in seguito)⁸⁷. Per quanto riguarda la pena pecuniaria applicabile dal giudice di pace, il legislatore delegato ha stabilito che per i reati per i quali è prevista la sola pena della multa o dell'ammenda continuano ad applicarsi le pene pecuniarie vigenti (art. 52 co.1, d.lgs. 274/2000); quando il reato è punito con la pena della reclusione o dell'arresto alternativa a quella della multa o dell'ammenda, il giudice di pace applica la pena pecuniaria che va da un minimo di € 258 ad una massimo di € 2582; ma se la pena detentiva è superiore a sei mesi egli può scegliere se applicare la suddetta pena pecuniaria oppure la pena della permanenza domiciliare da sei a trenta giorni ovvero la pena del lavoro di pubblica utilità per un periodo da dieci giorni a tre mesi (art. 52, co. 2, lett. a, d. lgs. 274/2000); anche per i reati puniti con la sola pena detentiva o con la pena detentiva congiunta alla pena pecuniaria è assicurata una significativa attenuazione delle conseguenze sanzionatorie: mentre nel primo caso si applica la pena pecuniaria da € 516 a € 2582 o la pena della permanenza domiciliare da quindici a quarantacinque giorni, o ancora, la pena del lavoro di pubblica utilità da venti giorni a sei mesi, nel secondo caso si applicano le stesse pene, partendo da un minimo edittale più elevato⁸⁸ (art. 52 co. 2, lett. b e c, d.lgs. 274/2000).

In pratica, al giudice di pace è sempre attribuita la facoltà di scegliere se applicare la pena pecuniaria o un'altra pena alternativa. La pena pecuniaria è esclusa *ab origine* solo in caso di recidiva reiterata infraquinquennale per reati puniti con la pena detentiva, anche se alternativa a quella pecuniaria, superiore nel massimo a sei mesi. Anche in questa ipotesi, tuttavia, si applica la regola generale se sussistono circostanze attenuanti prevalenti o equivalenti rispetto alla recidiva contestata (art. 52 co. 3, d. lgs. 274/2000).

Per la pena pecuniaria non eseguita per insolvibilità del condannato è prevista la conversione nell'obbligo di permanenza domiciliare o, a richiesta del condannato, nel lavoro di pubblica utilità, secondo i criteri di ragguaglio dettati dall' art. 55 del d.lgs. in questione.

⁸⁷ CONSO-GREVI-BARGIS, *Compendio di procedura penale*, VI ed., Padova, 2012, p. 1203 e ss.

⁸⁸ Cfr. art. 52, co. 2, lett. c, d.lgs. 274/2000.

Tra le pene applicabili dal giudice di pace quella pecuniaria di sicuro ha assunto un ruolo preponderante, favorendo un generale incremento del ricorso a questa forma sanzionatoria, che da sempre trova scarsa fortuna nella prassi dei tribunali ordinari.

Passando a valutare la situazione effettiva di applicazione della pena pecuniaria nella prassi, si osserva che per quanto riguarda i dati relativi alla quota delle condanne a pena pecuniaria rispetto al totale delle condanne, in relazione ai delitti le condanne alla sola pena della multa seguono un andamento altalenante; se negli anni '70 si rimane all'incirca nell'ambito del 30%⁸⁹, negli anni '80 si raggiungono valori più elevati, vicini al 50%, mentre negli anni '90 raramente si supera il 40%. Nel 2000 le condanne alla sola multa (120.785) sono pari al 39% del totale delle condanne per delitto (308.300)⁹⁰. Nel 2006 la percentuale delle condanne a sola multa scende al 33% (sono infatti 65.434 su un totale di 198.263 condanne)⁹¹, abbassandosi ulteriormente negli anni successivi sino a raggiungere, tra il 2009 e il 2010, il 17,4%, mentre le condanne a reclusione arrivano a rappresentare l' 82,6% delle condanne per delitto (in particolare su un totale di i 249.154 condannati per delitto, le condanne alla sola multa sono state 43.444)⁹².

Ben diversa appare la situazione nella sfera delle contravvenzioni, dove, nel 2000, le condanne alla sola pena dell'ammenda sfiorano l'82% del totale delle condanne (con 79.657 condanne ad ammenda su un totale di 97.210)⁹³. Tuttavia, anche in questo ambito, tra il 2009 e il 2010, secondo le risultanze dei dati statistici, le condanne alla pena dell'ammenda subiscono un brusco calo, scendendo al 54,6% sul totale delle condanne per contravvenzione (con un rapporto di 60.532 su un totale di e 110.857 condanne per contravvenzione)⁹⁴.

Se nel 2000, complessivamente, le condanne alla pena pecuniaria (multa o ammenda) rappresentano il 49% del totale delle condanne, tra il 2009 e il 2010 esse costituiscono solo il 28,8%⁹⁵; si tratta di una percentuale assolutamente irrisoria, che costituisce il chiaro segnale di un calo significativo delle condanne a pena pecuniaria. Si conferma dunque, oggi in modo ancora più spiccato che in passato, il ruolo assolutamente ancillare della pena pecuniaria nell'ambito dell'arsenale sanzionatorio italiano e, in definitiva, una involuzione dell'istituto della pena pecuniaria. Tali dati

⁸⁹ ISTAT, *Statistiche giudiziarie penali*, 1980-81, tav. 94, in www.istat.it.

⁹⁰ ISTAT, *Statistiche giudiziarie penali*, 2000, tav. 15, in www.istat.it.

⁹¹ ISTAT, *Statistiche giudiziarie penali*, 2006, tav. 15, in www.istat.it.

⁹² ISTAT, *Statistiche giudiziarie penali*, 2011, tav. 15, in www.istat.it.

⁹³ ISTAT, *Statistiche giudiziarie penali*, 2000, 2002, tav. 4.24, p. 283 e tav. 4.31, p. 313.

⁹⁴ ISTAT, *Statistiche giudiziarie penali*, 2011, tav. 6.19, p. 171, tav. 6.20, p. 172.

⁹⁵ ISTAT, *Statistiche giudiziarie penali*, 2011, tav. 15, in www.istat.it.

destano ancora maggiore perplessità se li si confronta con quelli che si registrano nei Paesi europei più vicini al nostro. In Germania nel 1991 le condanne alla pena pecuniaria rappresentavano l' 84% del totale delle condanne ⁹⁶ e in Inghilterra già negli anni '80 le condanne a pena pecuniaria oscillavano tra l' 82 e l'86% del totale delle condanne ⁹⁷.

La pena pecuniaria in Italia occupa, dunque, un ruolo ancora secondario nell'ambito del sistema sanzionatorio, in aperto contrasto con l'esempio proveniente dagli altri Stati europei e con le indicazioni che da tempo sono suggerite dalla dottrina più avveduta, la quale individua proprio in essa la sanzione destinata a sottrarre terreno alla pena detentiva nell'ambito della criminalità di lieve e media gravità.

Un ulteriore problema riguarda la sorte delle pene pecuniarie inflitte.

Le statistiche evidenziano un grave stato di ineffettività della pena pecuniaria. Nel 2004 i provvedimenti di conversione della pena pecuniaria non eseguita sono stati 3.709 che, se si considera il totale delle condanne a pena pecuniaria (multa e ammenda), corrispondente a 155.299 unità, rappresenta solo il 2,4% ⁹⁸. Una volta detto che i provvedimenti di conversione riguardano una quota estremamente esigua delle pene pecuniarie inflitte, non se ne deve dedurre però che in tutti i casi in cui non vi sia stata conversione tali pene siano state eseguite; al contrario si deve constatare che «la multa e l'ammenda risultano in larghissima misura ineseguite»⁹⁹.

I dati raccolti dal Ministero della giustizia a partire dall'anno 2007, allo scopo di trasmetterli agli Uffici per il recupero dei crediti istituiti presso le autorità giudiziarie, mostrano che il riscosso non supera il 2,6%. Secondo la stima del Ministero della giustizia la perdita per le casse dello Stato ammonta a circa 600 milioni di euro¹⁰⁰. Questi valori risultano particolarmente preoccupanti se si riflette sul fatto che

⁹⁶ DOLCINI, *La pena detentiva in Italia oggi*, cit., p. 1098.

⁹⁷ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit. p. 74.

⁹⁸ ISTAT, *Statistiche giudiziarie penali*, 2004, p. 304, tav. 11.7.

⁹⁹ GROSSO (a cura di), *Per un nuovo codice penale: Relazione della Commissione Grosso (1999)*, Padova, 2000, p. 57. La Commissione segnala come a fronte di pene pecuniarie per un ammontare complessivo di oltre 2.250 miliardi di lire inflitte nell'arco di sette anni (1990-1996), erano stati riscossi meno di 84 miliardi, pari al 3,7% dell'ammontare complessivo delle pene inflitte. Per quanto riguarda la capacità di riscossione nei vari distretti di Corte d'Appello, si riscontravano scarti amplissimi tra nord e sud, con una punta massima superiore al 46% a Trento e punte minime al di sotto dell'1% a Palermo, Caltanissetta, Bari, Lecce, Catanzaro, Reggio Calabria e Cagliari.

¹⁰⁰ GOISIS, *L'effettività (rectius ineffettività) della pena pecuniaria in Italia, oggi*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, p. 6. La stessa Autrice, in un'altra sua opera, *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Milano, 2008, p. 133,134, riscontra che, in relazione alle principali sedi giudiziarie italiane, si registra un tasso di riscossione molto contenuto nelle sedi del Sud Italia e un tasso lievemente più alto nelle sedi del Nord Italia, senza che neppure qui, tuttavia, esso superi mai il 30%. Così se al Tribunale di Palermo la riscossione si attesta al 2,1%, al Tribunale di Napoli si attesta al 4,4%, al Tribunale di Roma all' 1,1%, al Tribunale di Milano al 10,3%, al 29,7% al Tribunale di Bergamo.

Germania, Olanda, Regno Unito ed in generale la maggioranza dei Paesi del Nord Europa hanno a disposizione un apparato che permette la riscossione di più del 90% delle somme dovute a titolo di pena pecuniaria. E la vera ragione per cui in Italia il raggiungimento di un tale obiettivo è, allo stato attuale dei fatti, pura utopia, è che nel nostro Paese ciò che difetta è proprio l'efficienza degli apparati incaricati della riscossione; la pubblica amministrazione italiana non dispone né dei mezzi, né del personale, necessari affinché la procedura esecutiva abbia buon esito. A ciò va aggiunto che lo stesso procedimento esecutivo, disciplinato dal d.lgs. 9 luglio 1997, n. 237 e dal '*Testo unico in materia di spese di giustizia*' (d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115), risulta eccessivamente macchinoso. Il risultato è che, nella prassi, ciò che si verifica è una vera e propria scomparsa della conversione della pena pecuniaria insoluta. I funzionari che procedono all'esecuzione, nel caso in cui non riescano a portarla a termine in maniera fruttuosa, sono soliti omettere di darne comunicazione alle cancellerie che così, rimanendo all'oscuro della mancata esecuzione, non avviano la procedura di conversione, che sarebbe invece necessaria per affermare l'inderogabilità della pena pecuniaria.

Quindi, sommando questi vari fattori di inefficienza, si può concludere che, di regola, ciò che accade è che «le pene pecuniarie non vengono né eseguite né convertite»¹⁰¹.

Nonostante qualche sporadico segno di vitalità si può affermare che oggi la pena pecuniaria, nell'ambito del sistema sanzionatorio italiano, rappresenta un perfetto esempio di 'pena simbolica'.

3. 3. *Le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi.*

È soltanto con la l. 24 novembre 1981, n. 689, intitolata «*Modifiche al sistema penale*», che fanno ingresso nel sistema sanzionatorio italiano misure sostitutive della pena detentiva in senso stretto. Dal punto di vista contenutistico, la riforma del 1981 introduce sanzioni tra loro eterogenee, ma, comunque, dotate di una più marcata afflittività rispetto alla sospensione condizionale della pena, che era stato fino a quel momento «il più collaudato strumento di lotta alla detenzione breve»¹⁰².

In apertura del Capo III della l. 689/1981, l'art. 53 attribuisce al giudice di cognizione il potere di sostituire la pena detentiva con la *semidetenzione*, con la

¹⁰¹ DOLCINI, *La pena detentiva in Italia oggi*, cit., p. 1099.

¹⁰² DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., p. 198 e ss.

libertà controllata e, come abbiamo già visto, con la *pena pecuniaria*. Il potere di sostituzione è esercitato dal giudice di cognizione d'ufficio, nel momento in cui pronuncia la sentenza di condanna.

Le ragioni per cui il legislatore del 1981 introduce tale nuovo arsenale sanzionatorio sono molteplici. In primo luogo, lo scopo è quello di dare un'efficace apporto alla lotta alle pene detentive brevi su cui tanto si stanno concentrando gli altri Paesi europei. In secondo luogo, si sente il bisogno di introdurre misure che si configurino come misure non meramente clemenziali, ma sanzionatorie, che abbiano lo scopo di orientare il sistema penale verso la prevenzione generale nel momento della minaccia e verso la prevenzione speciale, attuata mediante intimidazione-ammonimento, nel momento commisurativo ed esecutivo. Ciò costituisce un notevole obiettivo per un ordinamento come il nostro, che fino a quel momento aveva costantemente interpretato la lotta alla detenzione come mera fuga dalla pena detentiva, attuata attraverso provvedimenti clemenziali che spaziavano da amnistie ed indulti alla sospensione condizionale della pena. Infine, possiamo dire che la finalità che caratterizza specificamente le singole misure è quella di non desocializzazione. Il giudice deve essere portato a scegliere la pena sostitutiva più idonea al reinserimento sociale del condannato, «assicurando nel contempo un livello minimo di intimidazione-ammonimento che appaia necessario a garantire le esigenze della prevenzione speciale»¹⁰³.

Pur potendo ravvisare un importante tentativo, da parte del legislatore, al fine di ampliare la tipologia sanzionatoria rispetto al tradizionale binomio pena detentiva-pena pecuniaria, non si può dire che egli abbia voluto battere strade radicalmente innovative, come dimostrano i contenuti della *libertà controllata* e della *semidetenzione*.

La *semidetenzione* (art. 55, l. 689/1981), originariamente applicata in sostituzione della pena detentiva fino a sei mesi, oggi, a seguito delle modifiche apportate dalla l. 134/2003, è applicata in sostituzione delle pene detentive fino a due anni. Essa comporta, per alcune ore al giorno, la privazione della libertà personale e, inoltre, una serie di obblighi e limiti ad altre forme di libertà individuale operanti quando il soggetto non si trova in carcere¹⁰⁴. L'obbligo principale previsto da tale misura è quello che impone di trascorrere almeno dieci ore al giorno in uno degli istituti

¹⁰³ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., p. 208.

¹⁰⁴ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., p. 204; DOLCINI, *La pena detentiva in Italia oggi*, cit., p. 1085.

penitenziari o sezioni di esso, tra quelli indicati dall'art. 48, co. 2 della l. 354/1975, destinati all'esecuzione della semilibertà. Durante il periodo di permanenza in tali istituti o sezioni indicate, il condannato è sottoposto alle norme dettate dall'ordinamento penitenziario (legge 26 luglio 1975, n. 354), e dal relativo regolamento di esecuzione (decreto del Presidente della Repubblica 29 aprile 1976, n. 431), nei limiti in cui sono applicabili.

A questo nucleo principale si aggiungono, poi, una serie di prescrizioni accessorie, quali il divieto di detenere armi, la sospensione della patente di guida, il ritiro del passaporto e la sospensione della validità degli altri documenti utilizzabili per l'espatrio, l'obbligo di conservare e presentare l'ordinanza che determina le modalità esecutive (art. 55 co. 2, l. 689/1981).

La semidetenzione si è sempre mantenuta su livelli quantitativi piuttosto modesti¹⁰⁵. Una delle cause di questo insuccesso è sicuramente da ricondurre a problemi strutturali dati dall'edilizia penitenziaria. Si tratta, infatti, di una sanzione che, per essere eseguita in maniera efficace e coerente, richiede innanzitutto appositi spazi carcerari, in modo tale da evitare qualsiasi commistione tra semidetenuti e condannati alla pena detentiva mentre è evidente come l'attuale edilizia penitenziaria non sia in grado di soddisfare tale esigenza. Secondo i dati raccolti al 31 ottobre 2013 i soggetti cui è applicata la misura della semidetenzione sono in tutto 10¹⁰⁶.

La *libertà controllata* (art. 56, l. 689/1981), prevista nel testo del 1981 in sostituzione della pena detentiva fino a tre mesi, oggi è applicata in sostituzione della pena detentiva fino ad un anno¹⁰⁷. L'essenza della libertà controllata risiede in una limitazione della libertà di circolazione del soggetto. Tale sanzione comporta infatti, in ogni caso, «il divieto di allontanarsi dal comune di residenza» e «l'obbligo di presentarsi almeno una volta al giorno (...) presso il locale ufficio di pubblica sicurezza». Inoltre sono previsti gli stessi obblighi indicati come componenti accessorie della semidetenzione (art. 56 co.1, n. 3, 4, 5, 6, l. 689/1981)¹⁰⁸.

L'applicazione della libertà controllata nella prassi dei tribunali presenta un andamento in calo progressivo. Se nel 1991 i soggetti sottoposti a libertà controllata sono 4.318¹⁰⁹, nel 2000 essi scendono a 3.489¹¹⁰, per calare drasticamente nel 2013 a

¹⁰⁵ DOLCINI, *La pena detentiva in Italia oggi*, cit., p. 1101.

¹⁰⁶ Dati forniti dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, Direzione generale dell'esecuzione penale esterna, Osservatorio delle misure alternative, in www.giustizia.it/statistiche.

¹⁰⁷ Con modificazione introdotta dalla l. 134/2003.

¹⁰⁸ DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., p. 203; DOLCINI, *La pena detentiva in Italia oggi*, cit., p. 1085.

¹⁰⁹ Dati forniti dall'ISTAT, *Statistiche giudiziarie penali*, 1993, tav. 19.6, p. 687.

soli 187¹¹¹. Si tratta, in ogni caso di numeri molto distanti da quelli raggiunti da misure come l'affidamento in prova al servizio sociale che, sempre al 31 ottobre 2013 è applicato a 10.778 condannati¹¹².

Sia nel caso della semidetenzione, sia nel caso della libertà controllata è previsto che la sostituzione della pena abbia luogo secondo i criteri indicati dall'art. 57 della l. 689/1981. Pertanto, in forza del primo comma di questa disposizione, entrambe le misure si considerano come pena detentiva della specie corrispondente a quella della pena sostituita «ad ogni effetto giuridico»¹¹³.

Prima di disporre l'applicazione di una sanzione sostitutiva, il giudice dovrà effettuare due diversi ordini di valutazioni; dapprima, dopo aver determinato la pena detentiva adeguata al caso concreto dovrà stabilire se è opportuno sostituire la pena detentiva con una delle sanzioni previste dalla l. 689/1981 e, successivamente, in caso di parere positivo, dovrà decidere quale di queste applicare nello specifico. In relazione al primo momento valutativo, il giudice, tenendo conto dei criteri fissati dall'art. 133 c.p., verifica che la pena sostitutiva sia meno desocializzante e, al contempo, sufficiente ad esercitare un'efficacia intimidatoria sul condannato. Quanto al secondo momento, se il giudice ritiene di dover applicare una pena detentiva della durata massima di sei mesi, potrà sostituirla sia con la pena pecuniaria sia con la libertà controllata sia con la semidetenzione; se il giudice ritiene invece di dover applicare una pena detentiva della durata massima di un anno, potrà sostituirla sia con la libertà controllata sia con la semidetenzione; infine se la pena detentiva idonea è superiore ad un anno ad essere applicata sarà la sola semidetenzione¹¹⁴. Il legislatore, all'art. 58 co. 1 l. 689/1981 stabilisce che tra le pene sostitutive il giudice dovrà scegliere quella «più idonea al reinserimento sociale del condannato». In realtà nessuno di questi istituti predisposti sembra idoneo a favorire il reinserimento sociale dell'individuo, limitandosi in generale ad evitare gli effetti desocializzanti e criminogeni che deriverebbero dall'ingresso in carcere. Se il giudice può ragionevolmente presumere che le prescrizioni previste dalla sanzione sostitutiva,

¹¹⁰ ISTAT, *Statistiche giudiziarie penali*, 2002, tav. 11.7, p. 512.

¹¹¹ Dati forniti dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, Direzione generale dell'esecuzione penale esterna, Osservatorio delle misure alternative, in www.giustizia.it/statistiche.

¹¹² Sempre secondo quanto evidenziato dai dati forniti dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, Direzione generale dell'esecuzione penale esterna, Osservatorio delle misure alternative, in www.giustizia.it/statistiche.

¹¹³ FILIPPI-SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 160.

¹¹⁴ DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 572, 573.

con buona probabilità, rimarranno inadempite, dovrà astenersi dall'effettuare la sostituzione ed applicare la pena detentiva (art. 58 co. 2, l. 689/1981)¹¹⁵.

Quando venga violata anche solo una delle prescrizioni inerenti alla semidetenzione o alla libertà controllata, la restante parte della pena si converte nella pena detentiva sostituita (art. 66, l. 689/1981).

Come abbiamo già visto in relazione alla pena pecuniaria, a seguito dell'introduzione della l. 134/2003 è stato abrogato l'art. 60 della l. 689/1981 che prevedeva dei limiti oggettivi alla sostituzione, escludendone taluni reati. Oggi pertanto non vi sono più limitazioni di natura oggettiva ed è possibile la sostituzione per qualsiasi titolo di reato. Persistono invece limiti di tipo soggettivo; l'art. 59 della l. 689/1981 indica le condizioni soggettive che vietano la sostituzione nei confronti di determinati imputati¹¹⁶. Essa rimane così preclusa per coloro i quali, «essendo stati condannati, con una o più sentenze, a pena detentiva complessivamente superiore a tre anni di reclusione, hanno commesso il reato nei cinque anni dalla condanna precedente» e nei confronti dei soggetti condannati a pena detentiva per fatti commessi nell'ultimo decennio, che siano stati condannati più di due volte per reati della stessa indole, che si siano visti convertire la pena sostitutiva o che si siano visti revocare la concessione del regime di semilibertà e infine che «hanno commesso il reato mentre si trovavano sottoposti alla misura di sicurezza della libertà vigilata o alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale»¹¹⁷.

Dall'analisi di queste due sanzioni sostitutive è facile riconoscere che entrambe sono riconducibili a misure che già prima della riforma del 1981 erano ampiamente presenti nel nostro ordinamento; sono evidenti infatti le analogie tra libertà controllata, libertà vigilata (che peraltro trova oggi applicazione molto più ampia di quella riconosciuta alla libertà controllata) e sorveglianza speciale e tra la semidetenzione e la misura alternativa della semilibertà. Certo, le differenze tra i nuovi istituti e quelli da cui hanno preso spunto sono rilevanti. Tuttavia la struttura di base ripropone uno schema nient'affatto originale o innovativo.

¹¹⁵ La ragione di tale previsione è da individuare nella volontà di evitare di portare avanti un procedimento complesso e lungo di sostituzione per poi, dopo poco, doverlo revocare e tornare alla pena detentiva prevista in origine, quando fin da subito sia chiaro che un tale tentativo ha scarsissime possibilità di andare a buon fine. La Corte di cassazione ha, addirittura, stabilito che la sostituzione della pena detentiva possa essere effettuata solo se sia stata prima formulata una prognosi positiva circa la possibilità del reo di adempiere alle prescrizioni. In questo senso si veda Cass. Sez. V, 28 novembre 1997, n. 1455, Firas, in *CED Cassazione*, n. 209799.

¹¹⁶ FILIPPI-SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 161, 162.

¹¹⁷ Cfr. art. 59, l. 689/1981, così come modificato dalla legge 12 giugno 2003, n. 134.

L'orizzonte delle sanzioni sostitutive è stato ampliato con l'introduzione del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, intitolato «*Testo unico sulle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*»¹¹⁸. Esso infatti prevede l'*espulsione a titolo di sanzione sostitutiva della detenzione* nei confronti degli stranieri entrati clandestinamente in Italia, sprovvisti del permesso di soggiorno o pericolosi. Pertanto il giudice, al momento di pronunciare una condanna o di applicare la pena *ex art. 444 c.p.p.* per un reato che non sia colposo, verso un individuo straniero privo di permesso di soggiorno, se non ricorrono le condizioni per accordare la sospensione condizionale della pena e qualora non ricorrano le cause ostative indicate dal Testo unico, che impediscono l'esecuzione immediata dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, può decidere di sostituire la pena detentiva non superiore a due anni con «la misura dell'espulsione non inferiore a cinque anni» (art. 16, d.lgs. 286/1998)¹¹⁹. L'espulsione è eseguita con accompagnamento immediato alla frontiera, tramite le forze dell'ordine (secondo le modalità disciplinate dall'art. 13 co. 4, d.lgs. 286/1998), anche se la sentenza non è ancora definitiva e, contro questo tipo di espulsione, non è possibile alcun ricorso. La persona espulsa non può tornare in Italia prima che siano trascorsi 5 anni; se questa rientra prima che sia trascorso il periodo di tempo stabilito, la sanzione sostitutiva dell'espulsione è revocata e dovrà scontare per intero la pena detentiva sostituita, oltre a subire una condanna relativa al reingresso clandestino (da 1 a 4 anni, ai sensi dell'art. 13, comma 13 bis, d.lgs. 286/98).

Dai dati statistici che abbiamo esaminato risulta evidente come le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, fatta eccezione per la pena pecuniaria che ha incontrato notevole fortuna, non siano riuscite in sostanza ad attecchire. Se, in un primo momento, i valori numerici riguardanti l'applicazione di tali misure si erano mantenuti su livelli modesti, ma che lasciavano comunque sperare in un incremento per il futuro, negli ultimi anni essi hanno subito un brusco tracollo fino ad arrivare a livelli talmente irrisori da far risultare questi strumenti irrilevanti nel panorama sanzionatorio¹²⁰. Le cause di tale fenomeno sono molteplici e di non facile

¹¹⁸ DOLCINI, *La pena detentiva in Italia oggi*, cit., p. 1086.

¹¹⁹ Cfr. art. 16, d.lgs. 286/1998, così come risultante dalle modifiche apportate dalla legge 30 luglio 2002, n. 189, dalla legge 15 luglio 2009, n. 94 e dal decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 89.

¹²⁰ DOLCINI (in un suo intervento nell'ambito del I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale), fornendo alcuni dati riguardanti la libertà controllata e la semidetenzione, afferma che nel panorama attuale tali misure «vivono nella prassi una vita di stenti» al punto che «sembrano costantemente tra la vita e la morte»; v. DOLCINI, *Presente e futuro del sistema sanzionatorio, Introduzione*, I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di

individuazione. Possiamo comunque dire che le ragioni principali di tale ineffettività sono due. La prima è che, a differenza delle misure alternative che trovano vasta applicazione anche in chiave di puro e semplice beneficio con intento deflattivo, le sanzioni sostitutive non si prestano ad un'applicazione così generalizzata, dal momento che l'art. 58 della l. 689/1981 ne limita comunque il ricorso ai casi in cui esse siano finalizzate ad un reinserimento sociale del condannato.

La seconda consiste nell'atteggiamento, da sempre assunto dal giudice, che tende ad utilizzare le sanzioni sostitutive in maniera residuale rispetto alla sospensione condizionale; esse finiscono, nella prassi giudiziaria, per essere inflitte solo nel caso in cui la sospensione condizionale della pena non sia applicabile per aver superato i limiti indicati dall'art. 163 c.p.¹²¹.

I rapporti tra queste due misure non sono mai stati lineari, sin dal momento in cui è stata introdotta la riforma del 1981¹²². Entrambi i modelli hanno come tratto comune quello di mirare ad un alleggerimento del carico sanzionatorio e condividono i limiti edittali in base ai quali sono applicabili (pene detentive fino a due anni). Oggi non sono stati ancora delineati strumenti in grado di coordinare tra loro in maniera logica ed efficace questi due istituti, con la conseguenza che la sospensione condizionale, godendo di un'ampia applicazione, finisce per sottrarre sempre più terreno alle sanzioni sostitutive. Tale situazione porta al paradosso per cui le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, pensate appositamente per i delinquenti 'primari' e per gli autori di reati di scarsa gravità, finiscono, al contrario, per essere prese in considerazione nei soli casi in cui la misura sospensiva non può essere applicata per ragioni di recidiva o a causa dell'ammontare troppo elevato della pena, snaturandone completamente l'essenza. Così, le sanzioni sostitutive, ridotte a strumento residuale, sono accantonate in favore di un ricorso fin troppo diffuso alla sospensione condizionale che trasforma «in moltissimi casi la rinuncia al carcere in una vera e propria rinuncia all'esecuzione della pena, in una 'fuga dalla sanzione'»¹²³.

diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1149.

¹²¹ CATENACCI, *Tipologie sanzionatorie, comminatorie edittali e misura alternative: lo stato dell'arte*, I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 2013, p. 1156, 1157.

¹²² Per approfondire il tema del contrasto tra sostituzione e sospensione della pena si veda anche PULITANO, *La sospensione condizionale della pena: problemi e prospettive*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena, in ricordo di Adolfo Beria di Argentine*, a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Convegni di studio «Enrico de Nicola», Problemi attuali di diritto e procedura penale, Milano, 2002, p. 136 e ss.

¹²³ CATENACCI, *Tipologie sanzionatorie, comminatorie edittali e misura alternative*, cit., p. 1159.

3.4. *Le pene applicate dal giudice di pace.*

Quando è introdotta la l. 21 novembre 1991, n. 374, che istituisce la figura del giudice di pace, essa contiene già una delega al Governo in tema di competenza e procedimento penale, che avrebbe dovuto essere attuata entro il 30 settembre 1994. I tempi però non erano ancora maturi per un tale passo; ci vogliono sei anni in più rispetto a quanto previsto per raggiungere un simile obiettivo. La l. 24 novembre 1999, n. 468, conferisce una nuova delega al Governo, estendendola questa volta anche al tema dell'apparato sanzionatorio a disposizione del giudice di pace, per i reati di sua competenza¹²⁴. A partire dall'entrata in vigore del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, si delinea così la figura di un nuovo giudice penale, il giudice di pace appunto, che, pur non essendo un magistrato professionale, esercita la giurisdizione penale, sia pure in merito a soli reati di scarsa gravità, ma non per questo privi di rilevanza. Si attribuisce così nuova vitalità ad una figura di giudice già molto attiva sul territorio, sensibile a tematiche penali di rilevanza minore ma fortemente diffuse nella società¹²⁵.

I reati attribuiti alla competenza del giudice di pace consistono innanzitutto in fattispecie che fino al 2000 erano state dimenticate dai tribunali, facendo sì che i cittadini si sentissero sempre più insoddisfatti e lontani dall'attività svolta dall'autorità giudiziaria. Nelle aule giudiziarie si consideravano più rilevanti e perciò più meritevoli di considerazione processuale le offese ai beni pubblici o collettivi rispetto a quelli attinenti alla sfera privata del soggetto e, di conseguenza, le minacce, le diffamazioni condominiali, i piccoli danneggiamenti, i conflitti di vicinato, finivano per restare privi di risposta¹²⁶. Intervendendo in tempi rapidi e prospettando soluzioni in grado di giungere a una composizione pacifica del conflitto, questa nuova figura di giudice penale avrebbe potuto efficacemente riavvicinare esigenze della collettività e amministrazione della giustizia¹²⁷.

¹²⁴ CONSO-GREVI-BARGIS, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 1203, 1204.

¹²⁵ PADOVANI, *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione. La questione delle pene sostitutive tra efficacia della sanzione ed efficienza dei meccanismi processuali*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: efficacia e certezza della pena, in ricordo di Adolfo Beria di Argentine*, a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Convegni di studio «Enrico de Nicola», Problemi attuali di diritto e procedura penale, Milano, 2002, p. 79 e ss.

¹²⁶ Relazione al Decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274 – Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, a norma dell'art. 14 della legge 24 novembre 1999, n. 468, *Premessa, Linee generali della riforma*, in www.penale.it.

¹²⁷ CONSO-GREVI-BARGIS, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 1209.

Le principali fattispecie di reato trasferite al giudice di pace sono costituite da percosse, lesioni dolose lievissime nelle ipotesi in cui si procede a querela, lesioni colpose lievi, ingiuria, minaccia semplice, danneggiamento, diffamazione (esclusa quella a mezzo stampa), a cui si aggiungono i reati previsti dal 'Testo unico in materia di sicurezza' (regio decreto 18 giugno 1931, n. 773), dal codice della navigazione, dal codice della strada ed in diverse norme di attuazione delle direttive europee (art. 4 co. 1 e 2, d.lgs. 274/2000). Alla competenza del giudice di pace sono stati recentemente ricondotti anche diversi reati previsti dal d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, riguardante la disciplina sull'immigrazione. A seguito dell'introduzione della l. 15 luglio 2009, n. 94 è stato infatti aggiunto ai reati attribuiti al giudice di pace anche il nuovo reato di *ingresso e di soggiorno illegale nel territorio dello Stato*¹²⁸, mentre con il d.l. 23 giugno 2011, n. 89 è stata estesa a questo giudice la competenza in merito alle fattispecie previste in materia di *espulsione dello straniero*¹²⁹. In relazione a queste due ipotesi, tuttavia, è difficile credere che il legislatore abbia voluto trasferire la competenza sul giudice di pace allo scopo di garantire una soluzione conciliativa e pacifica della controversia. L'intento sotteso a tale innovazione sembra piuttosto quello di evitare che simili questioni, numericamente molto consistenti, gravino sui tribunali ordinari, portandoli al collasso. In effetti, le stime effettuate nel periodo precedente all'introduzione di queste due novelle lasciavano presagire che l'incidenza statistica dei problemi relativi all'immigrazione si sarebbe rivelata particolarmente consistente, tanto da temere che ciò potesse addirittura compromettere la funzionalità della giurisdizione penale del giudice di pace. Fino ad oggi, tuttavia, non si può dire che questi ampliamenti apportati al d.lgs. 274/2000 abbiano portato a conseguenze allarmanti.

La funzione principale attribuita al giudice di pace in campo penale è quella di tentare di risolvere le controversie prospettando una soluzione conciliativa. Mentre nella giurisdizione ordinaria si privilegia l'aspetto repressivo, per cui, una volta accertata la responsabilità, ne consegue inevitabilmente l'applicazione di una sanzione, in un ottica che finisce per privilegiare la prevenzione generale, la giurisdizione del giudice di pace ha come obiettivo primario quello di «comporre il conflitto sotteso al reato, e solo in termini di *extrema ratio* sfocia nell'applicazione

¹²⁸ Reato disciplinato dall'art. 10-*bis* del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, introdotto dall'art. 1 co. 16, lett. *a* della l. 15 luglio 2009, n. 94, che aggiunge la lettera *s-bis* al d.lgs. 274/2000.

¹²⁹ Fattispecie disciplinate negli artt. 13 co. 5.2, 14 co. 1-*bis*, 5-*ter* e 5-*quater* del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, introdotte anche esse con il d.l. 23 giugno 2011, n. 89, che aggiunge la lettera *s-ter* al d.lgs. 274/2000.

della sanzione»¹³⁰. Nel momento stesso in cui applica la sanzione, il giudice di pace fallisce nel suo compito che è quello di tentare ogni possibile via di composizione alternativa del conflitto.

Il tentativo di conciliazione non deve essere semplicemente parte del rito o realizzato in maniera simbolica e formale, ma, se opportuno, deve favorire l'accesso agli schemi della mediazione penale, nel cui ambito la posizione e gli interessi della vittima del reato potranno essere sottoposti all'attenzione di organismi specializzati nell'affrontare questo tipo di conflitto e in grado di avvicinare i soggetti coinvolti.

Peraltro, nel caso in cui sia stato comunque inevitabile avviare il procedimento penale, è riconosciuta al giudice di pace la possibilità di definire il conflitto rapidamente, se risulta che non sussiste alcun interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento. L'art. 34 del d.lgs 274/2000 prevede che egli, già nel corso delle indagini preliminari, possa *escludere la procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*. La particolare tenuità di cui si parla si può desumere quando, «l'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza, non giustificano l'esercizio dell'azione penale, tenuto conto altresì del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato» (art. 34 co. 1, d.lgs. 274/2000). Se sussistono questi presupposti e se non risulta un particolare interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento, il giudice dichiara con decreto di archiviazione di non doversi procedere. Se l'imputato e la persona offesa non si oppongono, essa può essere dichiarata anche dopo che è stata esercitata l'azione penale.

Strettamente collegata alla finalità conciliativa e riparatoria del procedimento davanti al giudice di pace è l'ulteriore misura, prevista dall'art. 35 del d.lgs. 274/2000, che dispone *l'estinzione del reato nel caso in cui siano sopraggiunte condotte riparatorie*. Nel caso in cui il giudice accerti che l'imputato, ha dimostrato «di aver proceduto, prima dell'udienza di comparizione, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato», e se egli ritiene che esse siano idonee, in base al disvalore complessivo della condotta contestata, a soddisfare la vittima, dichiara con sentenza l'estinzione del reato.

¹³⁰ PADOVANI, *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione*, cit., p. 81.

Solo se la conciliazione non risulta possibile, il fatto non è di particolare tenuità e non sono intervenute condotte riparatorie adeguate a mettere fine al conflitto, allora, come *extrema ratio*, il giudice pronuncerà una sentenza di condanna.

Gli strumenti punitivi a disposizione del giudice di pace sono improntati ad una certa mitezza; oltre alla pena pecuniaria, che abbiamo già analizzato, il giudice può condannare il soggetto, riconosciuto colpevole, alle nuove pene principali dell'obbligo della permanenza domiciliare e, a richiesta dell'imputato, del lavoro di pubblica utilità¹³¹.

L' *obbligo di permanenza domiciliare* (art. 53 d.lgs. 274/2000), modellato sulla pena della detenzione domiciliare, comporta che il condannato rimanga «presso la propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in un luogo di cura, assistenza o accoglienza» esclusivamente nei giorni di sabato e domenica. Se il condannato ne fa richiesta, gli potrà essere concesso di scontare tale pena continuativamente o in altri giorni della settimana. Tale pena può avere una durata complessiva compresa tra sei e quarantacinque giorni. Se il giudice lo ritiene opportuno può prevedere, oltre all'obbligo di rimanere presso la propria abitazione, anche l'ulteriore divieto di accesso a specifici luoghi durante i giorni della settimana diversi dal sabato e dalla domenica. La condanna alla permanenza domiciliare nel fine settimana non implica che il condannato sia considerato in stato di detenzione.

Il *lavoro di pubblica utilità* (art. 54 d.lgs. 274/2000) può essere previsto, a differenza dell'obbligo di permanenza domiciliare, solo su richiesta dell'imputato. Il condannato, in base a tale misura, sarà tenuto allo svolgimento di una attività lavorativa non retribuita in favore della collettività presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato. Tale attività potrà essere svolta per un periodo non inferiore a dieci giorni e non superiore a sei mesi, per un totale massimo di sei ore settimanali, tenendo sempre conto delle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute del soggetto interessato. Sempre solo su richiesta del condannato, le ore di lavoro settimanale possono essere aumentate, senza che comunque vengano mai superate le otto ore giornaliere di lavoro¹³².

¹³¹ PADOVANI, *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione*, cit., p. 82.

¹³² Per quanto riguarda le modalità di svolgimento delle attività lavorative di pubblica utilità, esse sono determinate dal decreto emanato dal Ministro della Giustizia il 26 marzo 2001. Tale decreto ministeriale specifica quali sono le attività che possono essere svolte in esecuzione di tale pena (tra cui attività assistenziali, di protezione civile, di tutela della flora e della fauna, di manutenzione di beni pubblici e ospedali) e individua i meccanismi per il controllo sul corretto svolgimento dell'attività lavorativa. L'ultimo intervento che ha interessato l'istituto del lavoro di pubblica utilità è la circolare

Quando gli obblighi imposti con le misure della permanenza domiciliare ed il lavoro di pubblica utilità non vengano rispettati è prevista la pena della reclusione fino ad un anno, senza possibilità di sostituzione (art. 56, d.lgs. 274/2000). A differenza di ciò che accade nel caso di violazione delle sanzioni sostitutive disciplinate dalla l. 689/1981, in cui è semplicemente prevista la reviviscenza della pena detentiva sostituita, in questo caso, invece, la pena della reclusione costituisce una fattispecie di reato nuova¹³³.

È stabilito che sia la pena dell'obbligo di permanenza presso il domicilio, sia la pena del lavoro di pubblica utilità vengano considerate «come pena detentiva della specie corrispondente a quella della pena originaria» (art. 58, d.lgs. 274/2000).

Proprio in ragione della loro particolare mitezza, le pene inflitte dal giudice di pace non consentono l'applicazione della sospensione condizionale prevista dall'art. 163 c.p. In un sistema basato sulla rinuncia alla pena detentiva, sul tentativo di giungere ad una conciliazione tra le parti e su pene già di per sé poco afflittive, l'ulteriore ricorso alla sospensione condizionale, evitandone l'esecuzione, avrebbe avuto come risultato quello di pregiudicare eccessivamente la carica dissuasiva delle sanzioni applicate dal giudice di pace¹³⁴.

Ai reati di competenza del giudice di pace non si applicano neppure le sanzioni sostitutive previste dall'art. 53 della l. 689/1981. Il motivo principale di tale esclusione è che queste ultime sono previste in sostituzione delle pene detentive di breve durata, mentre il giudice di pace non può mai ricorrere alla pena detentiva (fatta eccezione per il caso di mancato rispetto da parte del condannato delle sanzioni inflitte). Nonostante questo generale divieto, è stato stabilito che il giudice di pace possa disporre la misura sostitutiva dell'espulsione disciplinata dall'art. 16 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (art. 62-*bis*, d.lgs. 274/2000, aggiunto dalla l. 15 luglio 2009, n. 94). Tale misura è applicata dal giudice di pace nel caso di condanna per il reato di ingresso o di soggiorno illegale nel territorio dello Stato o per i reati legati alla disciplina dell'allontanamento o dell'espulsione dello straniero previsti dal d.lgs. 286/1998. Tramite questo strumento è pertanto messa in crisi la logica del funzionamento della giurisdizione penale del giudice di pace che, pur pensata in una logica conciliativa e riparatoria, viene qui ad assumere carattere repressivo, in grado di compromettere immediatamente la libertà personale dell'individuo.

dell'11 aprile 2011, emanata dal D.A.P., nella quale è specificata la portata e l'ambito di applicazione di tale istituto. Entrambi i provvedimenti citati sono consultabili sul sito www.giustizia.it.

¹³³ DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 560.

¹³⁴ CONSO-GREVI-BARGIS, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 1255.

Il sistema introdotto dal d.lgs. 274/2000 presenta indubbiamente diversi aspetti innovativi, primo tra tutti l'attribuzione ad un giudice non professionale della possibilità di pronunciarsi sulla responsabilità penale. Inoltre, si introduce un primo tentativo volto ad improntare il processo ad un modello di giustizia riparativa, che mette in primo piano la vittima avvicinandola a chi le ha causato un danno, nel tentativo di giungere ad una soluzione concordata. Per la prima volta il legislatore ha il coraggio di rinunciare alla minaccia astratta di una pena detentiva destinata a rimanere sulla carta, preferendo pene più miti, ma che hanno buona speranza di trovare applicazione pratica.

Non si può negare che anche questo nuovo modello è andato incontro a critiche su diversi fronti. Dubbi e perplessità sono stati suscitati dalla decisione di fare ricorso ad un giudice non professionale che rischia di non essere sufficientemente preparato ad affrontare questioni penali, talvolta anche piuttosto rilevanti. Oltre a questo dato, bisogna ricordare che sono gli stessi redattori del decreto a riconoscere che, a seguito delle innovazioni apportate in campo sanzionatorio, è stato introdotto un pericoloso fattore di disarmonia all'interno del sistema penale; attualmente vi sono infatti reati che, pure essendo di pari gravità, sono sanzionati dal giudice di pace in maniera molto più mite di quanto accada dinnanzi al giudice togato. La conseguenza è che le pene non vengono applicate prendendo in considerazione esclusivamente le singole fattispecie di reato, ma basandosi sulle caratteristiche del procedimento e dell'organo giurisdizionale chiamato a decidere.

Secondo i dati forniti al 31 ottobre 2013 dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, i soggetti condannati dal giudice di pace al lavoro di pubblica utilità per violazione del codice della strada sono 3.951¹³⁵. Lo stesso Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, in una circolare dell'11 aprile 2011¹³⁶, afferma che il lavoro di pubblica utilità è stato ben poco utilizzato dalla giurisdizione e, comunque, ben al di sotto delle aspettative del legislatore.

Per quanto riguarda la permanenza domiciliare, bisogna constatare che essa ha sempre svolto un ruolo del tutto marginale; presso il Tribunale di Milano, dal 2002 al 2011 si registrano solo 28 casi in cui sia stata disposta tale pena¹³⁷.

Il giudice di pace, nonostante, come abbiamo visto, ne faccia ricorso in misura ancora troppo scarsa, ha a disposizione un modello sanzionatorio nuovo e a tratti

¹³⁵ Dati forniti dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, Direzione generale dell'esecuzione penale esterna, Osservatorio delle misure alternative, in www.giustizia.it/statistiche.

¹³⁶ Il riferimento è alla circolare del D.A.P. 21 aprile 2011, in www.giustizia.it.

¹³⁷ DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 560.

originale, che potrebbe fare da spunto per un cambiamento in questo senso anche degli strumenti sanzionatori a disposizione del tribunale ordinario. Nelle intenzioni del legislatore del 2000, il procedimento penale dinnanzi al giudice di pace doveva rappresentare la sperimentazione di un sistema che avrebbe poi potuto essere esteso anche al processo ordinario¹³⁸. Sempre più frequenti sono infatti le richieste della dottrina a favore di una maggiore apertura del processo penale a forme di giustizia riparativa, basata sul tentativo di conciliazione tra le parti, che potrebbe essere raggiunta anche sperimentando gli schemi della mediazione penale; ed è proprio il giudice di pace l'organo a cui è affidato il compito di verificare per primo la possibilità di un'applicazione di tali strumenti nella prassi, nonché la loro efficienza in relazione ai risultati ottenuti.

4. Efficacia delle alternative alla pena detentiva attualmente presenti nel panorama sanzionatorio.

Spesso, in passato, a fronte della situazione in cui versava il sistema penale si è parlato di 'fuga dalla sanzione'¹³⁹; troppo spesso per evitare le conseguenze dannose del carcere sia il legislatore che il giudice hanno messo in atto soluzioni che hanno avuto come unico risultato quello di svuotare completamente il trattamento sanzionatorio del suo significato rieducativo oppure di rinunciare del tutto a punire (basti pensare all'abuso che è stato fatto della sospensione condizionale ex art. 163 c.p.).

Attualmente, il sistema sanzionatorio delineato dal codice Rocco risulta notevolmente arricchito grazie ad un discreto arsenale di sanzioni alternative al carcere 'breve' (concetto che peraltro oggi ricomprende settori politico-criminali anche di grande rilievo), tanto che si configura come un sistema sanzionatorio policentrico¹⁴⁰. Esso è affiancato da sottosistemi caratterizzati da pene principali diverse da quella detentiva o da quella pecuniaria (basti pensare al sottosistema delle pene inflitte dal giudice di pace) e da sanzioni sostitutive che fanno ormai parte in

¹³⁸ Relazione al Decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274 – Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, a norma dell'art. 14 della legge 24 novembre 1999, n. 468, *Premessa, Linee generali della riforma*, in *www.penale.it*.

¹³⁹ DOLCINI, *La pena in Italia oggi*, cit., p. 1076; in questo senso anche CATENACCI, *Tipologie sanzionatorie, comminatorie edittali e misura alternative: lo stato dell'arte*, cit., p. 1150 e ss; PADOVANI, *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione*, cit., p. 74.

¹⁴⁰ CATENACCI, *Tipologie sanzionatorie, comminatorie edittali e misura alternative: lo stato dell'arte*, cit., p. 1151.

modo stabile della macchina giudiziaria, ma che continuano ad essere impiegate in modo troppo limitato, conservando inalterata l'egemonia della pena carceraria che resta l'unica forte e costante risposta del nostro sistema alla questione criminale.

A ciò si aggiunge che, anche quando vengono applicate, le sanzioni alternative in questione non riflettono più l'intento originario per cui sono state pensate, ovvero quello di differenziare il trattamento sanzionatorio laddove ciò fosse più conveniente in base alle esigenze di rieducazione del condannato, ma, al contrario, ne è fatto un uso generalizzato, improntato al clemenzialismo ed al perdonismo¹⁴¹.

Troppo spesso il legislatore lascia ai giudici eccessiva discrezionalità nella scelta delle soluzioni da applicare ai casi concreti, così che essi si ritrovano costretti a districarsi tra pene troppo severe da una parte e troppo indulgenti dall'altra¹⁴², con il risultato che, non potendo tenere un comportamento lineare improntato al principio di uguaglianza, la pena finisce per perdere il suo carattere fondamentale di certezza¹⁴³.

Quello che continua a mancare è un sistema complessivo delle sanzioni che abbia natura organica e che sia in grado di coordinare istituti vecchi e nuovi offrendo alternative al carcere che abbiano speranza di una diffusa e reale applicazione.

Non si può infatti non constatare che la causa della scarsa funzionalità del sistema sanzionatorio, oltre a dover essere ravvisata nella cattiva applicazione della normativa da parte del giudice e nel cattivo funzionamento degli istituti stessi, deve essere individuata anche, e soprattutto, nella struttura disomogenea che tale sistema presenta allo stato attuale, dovuta sia a difetti presenti già in origine, sia ad una progressiva stratificazione novellistica priva di coerenza logico-sistematica¹⁴⁴.

La conseguenza che ne deriva è che oggi, nonostante l'introduzione dei nuovi meccanismi sanzionatori che abbiamo esaminato, che avrebbero dovuto garantire un

¹⁴¹ CATENACCI, *Tipologie sanzionatorie, comminatorie edittali e misura alternative: lo stato dell'arte*, cit., p. 1155.

¹⁴² La situazione in cui si trovano attualmente i giudici nel momento in cui devono stabilire la pena è efficacemente rappresentata in modo metaforico in MANNOZZI, *La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla previsione legislativa alla prassi applicativa*, I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1220. Qui il giudice che debba commisurare la pena è paragonato ad un navigante che debba accingersi all'impresa di attraversare lo stretto tra Scilla e Cariddi, mostri mitologici descritti nell'Odissea. Scilla, che dilania, rappresenta le funzioni della pena che, se applicate al caso singolo, lacerano il giudice che applicando la legge raggiunge risultati fortemente differenziati da caso a caso. Cariddi invece è colei che risucchia: rappresenta i criteri commisurativi di fatto e i condizionamenti derivanti dall'applicazione del diritto sostanziale e processuale che limitano il giudice nella sua scelta.

¹⁴³ MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1100.

¹⁴⁴ MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, cit., p. 1101.

minor ricorso alla pena detentiva sostituendola con altre forme sanzionatorie meno afflittive e maggiormente efficaci soprattutto dal punto di vista special-preventivo, la situazione non sembra sostanzialmente mutata rispetto al passato. Resta del tutto attuale l'affermazione secondo la quale tali meccanismi «hanno la criminogena tendenza a provocare la pressoché totale disapplicazione in concreto delle pene detentive, anche molto severe, minacciate in astratto dalle norme incriminatrici»¹⁴⁵, senza peraltro sostituirle con sanzioni che siano in grado di ottenere risultati migliori.

Pertanto, il sistema sanzionatorio attuale del nostro Paese, oscilla tra soluzioni eccessivamente severe e prive di coerenza, oltre che, talvolta, irrispettose dei principi costituzionali, e soluzioni eccessivamente miti ed indulgenti, incapaci di esercitare la funzione sia di prevenzione generale che di prevenzione speciale, che generano una situazione di diffuso allarmismo nella società e spianano pericolosamente la strada «alle forze che reclamano 'legge e ordine'»¹⁴⁶.

¹⁴⁵ MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 164.

¹⁴⁶ MARINUCCI-DOLCINI, *Studi di diritto penale*, cit., p. 55. L'espressione usata da Marinucci in quest'opera nel 1991, nonostante siano passati più di vent'anni, rimane ancora oggi estremamente attuale ed efficace.

CAPITOLO IV

LE ALTERNATIVE ALLA PENA DETENTIVA *DE IURE*

CONDENDO

SOMMARIO: § 1. I progetti di riforma del codice penale. § 1.1. Il progetto Pagliaro. § 1.2. Il progetto Riz. § 1.3. Il progetto Grosso. § 1.4. Il progetto Nordio. § 1.5. Il progetto Pisapia. § 2. Il fallimento dei tentativi di attuare una riforma organica del codice penale e i disegni di legge più recenti. § 2.1. Il disegno di legge 'Alfano'. § 2.2. Il decreto legge 211/2011. § 2.3. Il disegno di legge 'Severino'. § 3. Quali prospettive per le alternative alla pena detentiva alla luce del fallimento dei tentativi di riforma del sistema sanzionatorio? § 4. Proposte attuali di alternative alla pena detentiva. § 4.1. La pena pecuniaria. § 4.2. La sospensione condizionale della pena e la sospensione del processo con messa alla prova. § 4.3. La detenzione domiciliare come pena principale e la 'detenzione del fine settimana'. § 4.4. Le pene interdittive e prescrittive. § 4.5. La giustizia riparativa e la mediazione penale. § 4.6. Un cenno alle proposte di riduzione dei limiti edittali di pena e di depenalizzazione. § 5. Il progetto Palazzo. § Conclusioni.

1. *I progetti di riforma del codice penale.*

A partire dagli anni '80 del secolo scorso il clima politico-criminale comincia a cambiare, segnando un importante momento di svolta nella ricerca di alternative alla detenzione¹. Vengono riprese quelle idee che avevano ispirato, a partire da metà Ottocento, il movimento per la ricerca di alternative alla detenzione, volto all'individuazione di strumenti sanzionatori diversi dal carcere, che avessero maggiore effettività e maggiore efficacia². Verso la metà del 1980 torna ad essere messa in dubbio la legittimità del ruolo centrale ed anzi quasi esclusivo attribuito al carcere. Al modello detentivo di esecuzione della pena comincia ad essere contrapposto un modello incentrato sull'esecuzione extramuraria, più adatto a soddisfare le esigenze di reintegrazione sociale del reo. Lo scopo della pena, in questa nuova ottica, deve essere principalmente quello di evitare che la punizione abbia l'ulteriore effetto di desocializzare e di emarginare il condannato. Il carcere, che dovrebbe anch'esso garantire un trattamento improntato alla risocializzazione e alla non desocializzazione, deve svolgere una funzione residuale ed essere riservato a chi si rende responsabile di reati connotati da particolare dannosità sociale.

¹ MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1102.

² PADOVANI, *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione. La questione delle pene sostitutive tra efficacia della sanzione ed efficienza dei meccanismi processuali*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena, in ricordo di Adolfo Beria di Argentine*, a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Convegni di studio «Enrico de Nicola», Problemi attuali di diritto e procedura penale, Milano, 2002, p. 75.

Queste esigenze di rinnovamento, unitamente al disordine portato nel sistema penale dall'introduzione di una miriade di piccole riforme settoriali, spesso contrastanti tra loro, susseguitesi dal 1974 in poi, fanno sì che diventi fondamentale un tentativo di riforma organica e strutturale del codice penale. Il codice penale vigente era ancora (così come oggi), infatti, quello promulgato con Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, ad opera del guardasigilli Rocco, in pieno del periodo fascista. Non era più possibile, pertanto, rimandare un intervento radicale che lo modificasse, orientandolo alle nuove esigenze di prevenzione speciale.

Dopo il susseguirsi, dal 1945 al 1974, di una serie di proposte di riforma del libro primo del codice penale, tutte infruttuose³, il 1988 segna un momento di svolta. In quell'anno, infatti, non solo vedeva la luce il nuovo Codice di procedura penale (la cui entrata in vigore poneva un problema di coordinamento con il codice penale) ma veniva anche istituita, per la prima volta, una Commissione alla quale era affidato il compito di realizzare una «revisione globale del codice penale sia nella parte generale che in quella speciale»⁴.

1. 1. *Il progetto Pagliaro.*

L'8 febbraio 1988, l'allora Ministro di Grazia e Giustizia Vassalli, con un decreto ministeriale, nomina una Commissione, presieduta dal Prof. Pagliaro, con il compito di elaborare i «principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge di delega al Governo per l'emanazione di un nuovo codice penale, sia nella parte generale che in quella speciale»⁵.

³ La prima Commissione ministeriale per la revisione del codice penale fu istituita nel 1945, sostituita poi nel 1947 da un "Comitato di coordinamento" che nello stesso anno presentò al Governo un suo Progetto preliminare, relativamente al primo libro del codice penale. Due anni dopo, nel 1949, fu costituito un Comitato esecutivo composto da cinque membri (Lattanzi, Petrocelli, Vannini, Lampis, Gabrieli) che presentò a sua volta un Progetto preliminare per un nuovo codice penale. All'inizio del 1956 il Ministro di Grazia e Giustizia Moro, nell'intento di giungere per lo meno ad una riforma parziale del codice penale nominò una Commissione con il compito di predisporre un Progetto parziale di riforma che toccasse i punti che più esigevano di essere modificati. Passarono alcuni anni e nel 1960 il Ministro Gonnella presentò in Parlamento un suo Progetto preliminare di modifica del codice penale che in larga parte riprendeva il testo del progetto Moro. Dopo una fase di stallo durata otto anni, nel 1968 il Ministro Reale presentò alla camera dei deputati un nuovo disegno di riforma che non venne neppure esaminato da una Commissione a causa della fine della legislatura. Nessuno di questi tentativi andò a buon fine e condusse ad una reale modificazione dell'impianto sanzionatorio. Per un'analisi più dettagliata si veda il Disegno di legge 2038 riportato nella sezione '*Leggi e decreti*' in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 928, 929, dove nelle '*Premesse sul libro primo del codice penale*' vengono presi in esame tutti i singoli progetti di riforma succedutisi in questo arco temporale.

⁴ Decreto ministeriale 8 febbraio 1988, Nomina della Commissione di riforma del codice penale, in www.giustizia.it.

⁵ Decreto ministeriale 8 febbraio 1988, Nomina della Commissione di riforma del codice penale, art.

Le ripetute istanze della dottrina penalistica e di tutti gli operatori del diritto in generale, volte all' avvio di un processo di revisione del codice penale sono così, per la prima volta, accolte. Un ruolo importante nella formazione della Commissione Pagliaro venne giocato dall' emanazione, dopo una lunga gestazione, dei nuovi codici penali francese e spagnolo. Ci si rese conto che anche l' Italia non poteva più rimandare un intervento innovatore che adeguasse il codice penale, soprattutto per rimanere al passo con la politica penale europea che voleva imporre una linea d' azione comune a tutti i Paesi membri.

Lo schema di disegno di legge avrebbe potuto essere predisposto anche da funzionari dell' Ufficio legislativo del ministero, ma il Ministro di Grazia e Giustizia aveva preferito fosse una Commissione di professori ordinari di diritto penale ad elaborarlo ritenendo che, così, il disegno avrebbe avuto maggiore autorevolezza e considerazione dinnanzi al Parlamento⁶.

La Commissione, formata dai professori Antonio Pagliaro, Franco Bricola, Ferrando Mantovani, Angelo Latagliata, Mario Romano, Tullio Padovani e Antonio Fiorella, nei suoi lavori seguì innanzitutto i principi costituzionali, cercando di individuare soluzioni che riflettessero un approccio moderno ai problemi del diritto penale. A tale scopo vennero effettuati studi comparatistici, prendendo a modello le legislazioni di quegli Stati che presentavano caratteristiche più affini al nostro ordinamento. L' obiettivo principale che la Commissione attribuiva al disegno di legge-delega era quello di soddisfare i «molti bisogni di tutela giuridica, di certezza e di eguaglianza del diritto, di riduzione del numero delle incriminazioni allo stretto indispensabile, di adeguamento delle sanzioni penali e della loro tipologia all' effettivo disvalore di ogni singolo fatto, che emergono nella vita di ogni giorno»⁷.

Per quanto riguarda la sezione dedicata alle «conseguenze del reato»⁸, che si occupa nello specifico del sistema sanzionatorio, il progetto di riforma rimane incentrato sul binomio pena detentiva-pena pecuniaria (art. 37, co.1). Si preferisce non dare spazio a nuove sanzioni di tipo paradetentivo o interdittivo nella convinzione che, laddove siano correttamente applicati i principi di proporzionalità e sussidiarietà della pena,

1, in *www.giustizia.it*.

⁶ Decreto ministeriale 8 febbraio 1988, Nomina della Commissione di riforma del codice penale, art. 1, in *www.giustizia.it*.

⁷ Relazione alla proposta di articolato, Commissione Pagliaro - per l'elaborazione di uno schema di delega per un nuovo codice penale, 25 ottobre 1991, *Introduzione*, in *www.giustizia.it*.

⁸ Proposta di articolato, Commissione Pagliaro - per l'elaborazione di uno schema di delega per un nuovo codice penale, 25 ottobre 1991, Libro IV, art. 37-53, in *www.giustizia.it*.

non possa escludersi a priori la necessità di ricorrere alla pena detentiva, da intendersi sempre e comunque come *ultima ratio*.

Non è prevista l'abolizione dell'ergastolo perché non si vuole andare contro il sentimento comune della società che ritiene che per i delitti più atroci questa sia la pena più adeguata, la più giusta, la cui previsione consente di raggiungere i maggiori risultati sotto il profilo della prevenzione generale e speciale ⁹.

Il ruolo di alternativa alla detenzione è attribuito in via principale alla *pena pecuniaria*, per la quale sono previsti notevoli innovazioni. Quando verrà applicata in alternativa alla pena detentiva, la pena pecuniaria dovrà essere fissata secondo la tecnica dei tassi giornalieri (art. 37, co. 3). Nel caso in cui essa venga applicata, invece, in via principale sarà ancora possibile ricorrere a limiti fissi (art. 37, co. 5). Il giudice, comunque, nel determinare il tasso giornaliero o la somma complessiva dovrà sempre tenere in considerazione le condizioni economiche del reo, in modo tale che la pena possa rivelarsi efficace (art. 39, co. 5). Anche in relazione alla pena pecuniaria sarà possibile prevedere la sospensione condizionale, concedibile una sola volta, su istanza del reo (art. 42, co.1, lett. b).

Per quanto riguarda la pena accessoria, se il giudice lo ritiene opportuno, potrà applicarla in via sostitutiva, come unica pena prevista, escludendo l'applicazione della pena principale. Ciò sarà possibile solo dopo aver accertato che la pena accessoria, in grado di assolvere alla funzione di prevenzione speciale, risulta proporzionata alla gravità del reato e sufficiente a impedire la commissione di ulteriori reati (art. 38, co. 4).

Si prevede, inoltre, che la pena potrà non essere inflitta se il reo avrà subito gli effetti pregiudizievoli del reato in misura e forma tale che la sanzione apparirebbe ingiustificata sia in rapporto alla colpevolezza che alle esigenze di prevenzione speciale (art. 40, co. 1 e 2). Tale nuovo istituto, che prende spunto da un istituto analogo presente nell'ordinamento tedesco, è pensato principalmente in relazione ai reati colposi, con la possibilità però di un'estensione, con le opportune cautele, anche al campo dei reati di natura dolosa.

La pena detentiva inferiore a sei mesi sarà di regola sostituita o sospesa (art. 39, co. 4).

Un ruolo molto importante è attribuito dal progetto Pagliaro alla *sospensione condizionale*, «concepita secondo un modello progressivo a contenuto fortemente

⁹ PAGLIARO, *Per un nuovo codice penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, p. 544.

variabile»¹⁰. Nelle intenzioni del progetto, la sospensione poteva essere disposta fino a tre volte (art. 42, co. 1, lett. a). I contenuti di tale misura sospensiva sono determinati in maniera graduale sebbene sia sempre necessario, laddove possibile, provvedere alla restituzione, al risarcimento del danno o all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato (art. 42, co. 1, lett. c). Soltanto in caso di prima concessione sarà possibile la sospensione senza che si aggiungano ulteriori prescrizioni, divieti, trattamenti o interventi; in caso di seconda o terza sospensione, invece, sarà necessario che, una volta sospesa la pena detentiva, vengano imposte «prescrizioni, divieti, trattamenti terapeutici o interventi di sostegno sociale»; contestualmente dovrebbe essere abrogato l'istituto dell'affidamento in prova al servizio sociale, previsto dalla legge penitenziaria, che diventerebbe superfluo alla luce della nova caratterizzazione della sospensione (art. 42, co. 1, lett. f). Sempre in riferimento al caso di seconda o terza sospensione, è stabilito che si possa applicare la sospensione condizionale in maniera soltanto parziale, con la previsione, in luogo della restante parte di pena detentiva da scontare, di una pena alternativa scelta tra la semidetenzione, la detenzione saltuaria, gli arresti domiciliari, la libertà controllata, il lavoro di utilità sociale (art. 42, co. 1, lett. g). La progressività che è stata impressa alla sospensione condizionale a seconda che si tratti di prima, seconda o terza concessione ha lo scopo di far sì che tale misura non sia più concepita come meramente clemenziale, ma che costituisca, invece, un efficace strumento di trattamento rivolto alla criminalità minore.

Altro pilastro portante del progetto Pagliaro sono le *sanzioni sostitutive*, rappresentate da semidetenzione, detenzione saltuaria, arresti domiciliari, libertà controllata, lavoro di utilità sociale (sempre su richiesta del condannato) e pena pecuniaria della specie corrispondente (art. 43, co. 1). Tali misure potranno essere applicate dal giudice nel caso in cui la sospensione sia preclusa. Si è voluta così introdurre una chiara gerarchia tra queste due misure che, nel diritto vigente, si sovrappongono in maniera caotica e irrazionale portando al cattivo funzionamento di entrambe. In pratica, le sanzioni sostitutive sono concepite come la soluzione trattamentale migliore per quei soggetti che, pur essendo rimasti «insensibili alle misure sospensive disposte»¹¹, anche se recidivi, non necessitano comunque di una risposta penitenziaria, che risulterebbe sproporzionata alla gravità del reato quando

¹⁰ PADOVANI, *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione*, cit., p. 76.

¹¹ Relazione alla proposta di articolato, Commissione Pagliaro - per l'elaborazione di uno schema di delega per un nuovo codice penale, 25 ottobre 1991, *Le conseguenze del reato*, in www.giustizia.it.

la pena alternativa appaia sufficiente ad evitare la commissione di futuri reati (art. 43, co. 1, lett. *b*).

In merito ai limiti edittali della pena, si prevede che essi vengano ridotti rispetto ai livelli spesso eccessivi previsti, in modo tale da restringere il divario tra il massimo ed il minimo edittale (art. 58, co. 1). Inoltre, si prevede di introdurre classi progressive sia per le pene detentive che per le pene pecuniarie «in modo che con poche indicazioni (...) il codice possa designare con esattezza il regime penale di ciascun reato»¹² (art. 58, co. 2 e 3).

Dal quadro così delineato risulta evidente come la Commissione Pagliaro avesse quale obiettivo principale quello di riportare ordine e chiarezza sistematica in una situazione sanzionatoria nella quale, fino ad allora non si era riusciti a coordinare in maniera efficace i vari strumenti messi a disposizione del legislatore; tali strumenti, seppur teoricamente funzionali allo scopo di evitare, laddove possibile, il ricorso alla pena detentiva, spesso non riuscivano a trovare applicazione pratica. Grazie alle modifiche apportate soprattutto agli istituti della pena pecuniaria, delle pene accessorie, delle sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive veniva fornita una risposta reale e non più solo virtuale o ipotetica, in grado di restringere notevolmente l'area riservata alla pena carceraria senza che ciò volesse dire, come era stato fino a quel momento, arrendersi alla totale rinuncia a punire¹³.

Il progetto Pagliaro, nonostante contenesse molte delle riforme che i penalisti da tempo auspicavano, non fu esente da critiche. Le scelte sanzionatorie ed i principi di fondo vennero analizzati in diversi convegni¹⁴, che si tennero negli anni successivi alla conclusione dei lavori della Commissione, avvenuta nel 1991. Oltre alle critiche che vennero mosse sul piano metodologico per aver scelto il sistema della legge-delega¹⁵, molti furono i dubbi sollevati anche riguardo alle scelte di merito del

¹² Relazione alla proposta di articolato, Commissione Pagliaro - per l'elaborazione di uno schema di delega per un nuovo codice penale, 25 ottobre 1991, *Parte speciale, Principi generali della parte speciale*, in www.giustizia.it.

¹³ PADOVANI, *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione*, cit., p. 76.

¹⁴ Tra questi convegni, grande rilevanza ebbe quello organizzato dal Centro Studi Giuridici e Sociali "Cesare Terranova", svoltosi a Palermo nel '91, dal titolo "Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive" a cui presero parte i maggiori esponenti della dottrina penalistica tra cui Fiandaca, Stile, Paliero, Dolcini, Marinucci e lo stesso Pagliaro, incaricato di svolgere la relazione di sintesi del convegno. Da questo Convegno nacque anche un'opera: AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*, Milano, 1993.

¹⁵ In proposito MARINUCCI, *Note sul metodo della codificazione penale*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*, Milano, 1993, p. 74. Qui l'autore afferma che la legge-delega, enunciando i principi ed i criteri direttivi, avrebbe di fatto espropriato il Parlamento «del ruolo di protagonista della politica criminale, proprio nel momento in cui vara la legge fondamentale del sistema penale del nostro Paese».

progetto. Innanzitutto, ad essere criticata era la scelta della forma codicistica, in un momento storico in cui non si poteva non fare i conti con una legislazione alluvionale ed in continua espansione che induceva seriamente a dubitare che il codice potesse mantenere funzione centrale nell'ambito della normativa penale¹⁶; inoltre, era ravvisata una eccessiva semplificazione del sistema sanzionatorio prospettato, che, fatta eccezione per le sanzioni sostitutive, di cui peraltro non si specificavano i contenuti e la portata, non individuava tipologie diverse dalla pena detentiva e da quella pecuniaria¹⁷.

Solo nel 1993, dopo che per quasi due anni lo schema di legge-delega era rimasto negli archivi del Ministero della Giustizia, il Guardasigilli del governo Ciampi, Giovanni Conso, decise di inviarlo alle facoltà giuridiche, ai consigli giudiziari ed agli ordini forensi, per ottenerne osservazioni e pareri. Tuttavia, questi organismi non mostrarono quella sollecitudine e quell'attenzione che le tante istanze rivolte pochi anni prima avrebbero potuto far pensare¹⁸. A far sì che lo schema proposto dalla Commissione venisse del tutto abbandonato contribuì in maniera determinante la profonda crisi politico-istituzionale che ebbe inizio nel 1992, la quale non consentì di avviare l'*iter* parlamentare previsto dalla Costituzione per l'attuazione della legge-delega. In questo frangente storico, la situazione di ormai cronica instabilità governativa era aggravata dai gravissimi episodi di corruzione, venuti a galla nell'ambito della vicenda conosciuta come 'Tangentopoli', che delegittimò la classe politica e generò una fase di stallo nella quale non rimase alcuna speranza che il progetto di riforma del codice penale potesse essere preso in considerazione.

1.2. *Il progetto Riz.*

Il 21 dicembre 1994, nel corso della XII legislatura, fu istituito presso la Commissione giustizia del Senato un Comitato per la riforma del codice penale, il quale presentò un disegno di legge d'iniziativa parlamentare che ebbe come primo firmatario il senatore Riz, da cui prese appunto il nome. Il d.d.l. 2 agosto 1995, n. 2038¹⁹, conosciuto come progetto Riz, dedicato alla riforma della sola parte generale

¹⁶ FIANDACA, *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiane, spagnola e francese a confronto*, Padova, 1995, p. 19 e ss.

¹⁷ FIANDACA, *Relazione introduttiva*, cit., p. 27.

¹⁸ VASSALLI, *Necessità di un nuovo codice penale*, in *Diritto pen. e proc.*, 1995, p. 7.

¹⁹ Il testo integrale della Relazione al disegno di legge e del Disegno di legge 2038 sono riportati nella sezione 'Leggi e decreti' in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 927 e ss.

del codice penale (mentre rimane esclusa dai lavori del Comitato la parte speciale), si innesta sui temi affrontati e risolti dal precedente progetto Pagliaro, ma, anche, sugli argomenti emersi nei convegni e nei dibattiti dottrinali e sulle decisioni della Corte costituzionale, della Corte di Cassazione e dei giudici di merito che costituiscono «l'ossatura base sulla quale non solo si può instaurare il dialogo parlamentare, ma si possono operare anche chiare scelte legislative per la redazione di un testo di disegno di legge»²⁰.

Con il progetto Riz è abbandonato il tentativo, sperimentato con il progetto Pagliaro, di ricorrere al disegno di legge-delega e si preferisce seguire il procedimento legislativo ordinario, che negli anni immediatamente precedenti aveva dato buoni frutti in materia civile in tema di arbitrato²¹ e di diritto internazionale privato²². Il disegno di legge di iniziativa parlamentare era ritenuto il percorso più idoneo principalmente perchè faceva sì che venisse elaborato un progetto di riforma che assumesse la veste di un testo scritto articolato in tutti i dettagli, che potesse consentire «la raccolta dei pareri di coloro che avevano redatto il progetto Pagliaro, di Università, di rappresentanti della magistratura, di esperti del Ministero, di ordini degli avvocati e di criminologi (...)»²³.

Anche questo progetto fa riferimento al rispetto dei principi costituzionali in materia penale ed alla necessità di ridurre ad *ultima ratio* il diritto penale in generale e la pena detentiva in particolare.

In relazione a quest'ultimo obiettivo, è previsto che gli strumenti cui si dovrà ricorrere, per garantire una effettiva riduzione del ricorso alla reclusione carceraria, saranno la sospensione condizionale della pena e le sanzioni sostitutive²⁴.

Per quanto riguarda la *sospensione condizionale*, non è ripreso lo schema graduale, del tutto innovativo, proposto dal progetto Pagliaro, ma, al contrario, si preferisce non allontanarsi dal modello tradizionale previsto dal codice penale vigente.

Le *sanzioni sostitutive* della pena detentiva assumono una veste molto diversa rispetto a quella che avevano assunto nel precedente progetto del 1991; esse si presentano come misure di carattere paradetentivo - tra cui spiccano l'assegnazione del condannato ad una colonia agricola o ad una casa di lavoro e gli arresti

²⁰ Relazione al disegno di legge n. 2038, *Sul metodo di lavoro e sulla scelta del procedimento legislativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 930.

²¹ Si fa riferimento alla legge 5 gennaio 1994, n. 25.

²² Si fa riferimento alla legge 31 maggio 1995, n. 218.

²³ Relazione al disegno di legge n. 2038, *Sul metodo di lavoro e sulla scelta del procedimento legislativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 930.

²⁴ PADOVANI, *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione*, cit., p. 76.

domiciliari - oppure come forme di libertà vigilata o espulsione dello straniero (art. 11, d.d.l. 2038)²⁵.

Le pene sostitutive, inflitte dal giudice di cognizione, sono previste come sanzioni penali effettive e devono tendere alla rieducazione ed al reinserimento in società di chi è condannato. Il giudice vi può ricorrere in maniera proporzionale; quando, con la sentenza di condanna, è disposta la pena della reclusione superiore a venti anni sarà possibile ricorrere ad una delle pene sostitutive previste dal codice in relazione ad una parte della pena, comunque non superiore ad un sesto della pena della reclusione complessivamente inflitta (art. 20, co. 1, d.d.l. 2038); quando, invece, la condanna dispone la pena della reclusione fino a venti anni, il giudice può stabilire che venga eseguita attraverso una delle pene sostitutive previste dal codice una parte della pena, in misura comunque non superiore a due terzi della pena della reclusione complessivamente inflitta (art. 20 co. 2 d.d.l. 2038); infine, quando la pena della reclusione non supera i tre anni, il giudice potrà disporre che tutta la pena detentiva sia eseguita attraverso una delle pene sostitutive (art. 20, co. 3, d.d.l. 2038).

La pena sostitutiva, da sola o congiunta alla reclusione, ha una durata pari a quella prevista per la pena detentiva e per ogni effetto giuridico essa si considera alla stessa stregua della reclusione (art. 15, d.d.l. 2038).

La disposizione che prevede *l'assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa di lavoro* (art. 21, d.d.l. 2038) stabilisce che, se il soggetto, senza giusta causa, non svolge correttamente l'attività lavorativa, il giudice dell'esecuzione trasformerà il periodo di pena rimanente in reclusione in carcere. Chi sarà sottoposto a questa pena sostitutiva potrà sempre rinunciare, chiedendo espressamente di scontare la pena in carcere. Il motivo di tale facoltatività è che il Comitato riteneva che il lavoro dovesse essere concepito come «un diritto costituzionalmente tutelato, non come un obbligo»²⁶.

L'istituto degli *arresti domiciliari* comporta che chi vi è sottoposto non possa «allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora ovvero da un luogo pubblico di cura o di assistenza e non può comunicare con persone diverse da quelle che con lui coabitano e lo assistono» (art. 22 d.d.l. 2038). Sarà il magistrato di sorveglianza a stabilire poi, caso per caso, l'opportunità di accordare al condannato il permesso di parlare con altre persone, specificatamente indicate, oppure di svolgere un'attività lavorativa.

²⁵ PADOVANI, *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione*, cit., p. 76.

²⁶ Relazione al disegno di legge n. 2038, *Reato e sanzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 937.

Per quanto riguarda la *libertà vigilata*, essa ha avuto, nel disegno di legge, una sua particolare descrizione legislativa, per evitare a priori eventuali critiche costituzionali di indeterminatezza. Il Comitato, pertanto, prevede che il giudice, con sentenza di condanna, debba imporre alla persona in stato di libertà vigilata, due o più prescrizioni tra quelle indicate all'art. 23, co. 1, lett. *a-h*, d.d.l. 2038. A sorvegliare sul rispetto di queste prescrizioni non sarà il giudice di cognizione, per cui questo compito sarebbe troppo gravoso, ma il magistrato di sorveglianza. Lo scopo di tale misura è quello di «agevolare, eventualmente anche mediante il lavoro, il reinserimento del condannato nella vita sociale e favorirne la prestazione d'opera nell'interesse della collettività secondo le sue attitudini»²⁷.

Un'altra soluzione nuova è quella che prevede *l'espulsione dello straniero* che abbia commesso un delitto nel territorio dello Stato (art. 24 d.d.l. 2038); l'espulsione può essere disposta dal giudice nel caso in cui lo straniero sia stato condannato ad una pena detentiva non superiore a cinque anni. Se lo straniero trasgredirà l'ordine di espulsione o rientrerà nel territorio dello Stato prima che sia trascorso il tempo della durata della pena, sarà eseguita la pena detentiva prevista nella sentenza di condanna, senza la possibilità di reiterare l'espulsione o applicare altre pene sostitutive.

Come pene principali l'art. 10 del progetto Riz indica la reclusione e la pena pecuniaria (multa per i delitti e ammenda per le contravvenzioni). La reclusione ha una durata che vai da tre mesi a trent'anni; il progetto Riz, pertanto, rinuncia all'ergastolo, aumentando il limite edittale previsto per la reclusione nel codice penale vigente. La *pena pecuniaria* si considera sempre come tale, anche se convertita. Quando la pena pecuniaria non può essere eseguita per insolvibilità del condannato, è previsto che venga sostituita dal magistrato di sorveglianza con la libertà vigilata o con l'assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa di lavoro (art. 116 co.1 d.d.l. 2038).

Infine, di particolare rilevanza risulta la proposta di introdurre delle 'misure speciali' che consistono nella confisca e nell'acquisizione pubblica. La *confisca* (art. 32 d.d.l. 2038) è ordinata dal giudice e riguarda le cose che servirono o furono destinate a commettere il reato o le cose che ne sono il prodotto. L'*acquisizione pubblica* (art. 33 d.d.l. 2038) è, invece, un istituto nuovo per l'ordinamento italiano, ma preso in prestito da molte altre legislazioni; in base ad esso, se il giudice accerta che l'autore del reato ha conseguito un profitto dalla commissione del reato stesso, con la

²⁷ Relazione al disegno di legge n. 2038, *Reato e sanzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 938.

sentenza di condanna ordina l'acquisizione del profitto a favore delle casse dello Stato, che provvederà a distribuire la somma tra tutte le regioni, proporzionalmente alla loro estensione, affinché venga destinata a scopi sociali o di pubblica utilità. L'acquisizione pubblica è possibile laddove siano già state soddisfatte le pretese delle persone offese dal reato²⁸.

Il Comitato per la redazione del disegno di legge attribuisce particolare rilievo ai problemi di coordinamento tra diritto penale italiano e diritto comunitario, resi ancora più urgenti a seguito dell'introduzione del Trattato di Maastricht²⁹, che mira a realizzare una collaborazione tra gli Stati membri nei settori di comune interesse, anche in campo penale (soprattutto in materia di commercio di sostanze stupefacenti e frode su scala internazionale). Secondo Riz, infatti, il precedente progetto di riforma non aveva dedicato attenzione sufficiente all'affermazione della predominanza delle norme comunitarie su quelle interne, limitandosi a stabilire che dovessero essere assorbiti nel nostro ordinamento anche gli interessi della Comunità Europea³⁰.

L'impianto complessivo del progetto Riz risulta, nonostante alcuni apprezzabili sforzi di rinnovamento, complessivamente di impronta tradizionalista. Inoltre, scegliendo di trattare solo la riforma della parte generale, si tolgono alla proposta quella organicità e quella completezza necessarie perché ne sia possibile un'attuazione pratica dai risultati positivi; è difficile pensare che si possano davvero modificare o creare *ex novo* principi generali se non è chiaro, fin da subito, a quali fattispecie criminose debbano, poi, essere applicati in concreto³¹.

Tale progetto non ottenne grande fortuna e venne presto abbandonato, mentre le Commissioni di riforma istituite negli anni seguenti torneranno ad assumere come punto di partenza lo schema della legge-delega elaborato nel 1991.

²⁸ Relazione al disegno di legge n. 2038, *Reato e sanzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 939.

²⁹ Il Trattato di Maastricht o Trattato sull'Unione Europea è firmato il 7 febbraio 1992 a Maastricht dai dodici Paesi allora membri della Comunità europea ed è entrato in vigore il 1 novembre 1993. In campo giudiziario venne creato l'Europol, Ufficio europeo di polizia e vennero rafforzate le linee di impegno comune nell'ambito della lotta al terrorismo, al traffico di droga e alla criminalità internazionale.

³⁰ RIZ, *Per un nuovo codice penale: problemi e itinerari*, in *L'indice penale*, 1995, p. 48 e ss.

³¹ INSOLERA, *Progetti di riforma del codice Rocco: il volto attuale del sistema penale*, in (a cura di) Insolera, Mazzacuva, Pavarini, Zanotti, *Introduzione al sistema penale*, Torino, 1997, p. 42.

1.3. *Il progetto Grosso.*

L'ipotesi di una riforma complessiva, sia della parte generale che della parte speciale, che riproponesse la centralità organica del codice, sembra riprendere slancio, dopo una fase di stallo, con i lavori della Commissione per la riforma del codice penale, istituita dal Ministro di Grazia e Giustizia Flick con un decreto del 1 ottobre 1998. Tale Commissione, presieduta dal Prof. Grosso, era composta da professori universitari (Palazzo, Pisa, Pulitanò, Seminara, Sgubbi), da magistrati (Canzio, Silvestri, Turone, Zagrebelsky) e da avvocati rappresentativi di organismi ufficiali dell' avvocatura (Corbi, Randazzo, Siciliano, Zancan), con l'intento di favorire un produttivo confronto tra queste tre diverse "categorie". La forma scelta per l'elaborazione del progetto di riforma è quella del disegno di legge-delega, tornando così allo schema già tentato nel 1991 con il progetto Pagliaro.

Del progetto di riforma Grosso vengono fatte diverse stesure; una prima Relazione del 15 luglio 1999 presenta le *'Osservazioni preliminari in materia di oggetto e metodo del lavoro'*; il primo *'Progetto preliminare di riforma del codice penale'*, concernente la parte generale e la relativa Relazione, sono presentati il 12 settembre 2000; il 26 maggio del 2001 è reso pubblico un nuovo *'Progetto preliminare di riforma del codice penale'*, il cui testo è rivisto tenendo conto del dibattito svoltosi tra novembre del 2000 e maggio del 2001 sul testo originario del progetto preliminare.

Per la Commissione Grosso assume fin da subito rilevanza primaria il tema del sistema delle pene, afflitto, fino a quel momento, da una insostenibile «incertezza ed 'imprevedibilità'»³² della sanzione concretamente inflitta al condannato. L'origine di tale situazione è ravvisata nell'assenza dei criteri-guida che dovrebbero essere disposti dal legislatore, nell'eccessivo potere discrezionale attribuito al giudice penale al momento della commisurazione della pena e nel sovrapporsi di continui e disordinati interventi normativi di diritto penale sostanziale, processuale e penitenziario. Pertanto, obiettivo primario della riforma è quello di garantire «la semplificazione e la razionalizzazione della legislazione vigente»³³.

Partendo dalla constatazione che la pena detentiva aveva mantenuto, fino a quel momento, una centralità assoluta nel panorama sanzionatorio, si propone di

³² Relazione 15 luglio 1999, Commissione Grosso – per la riforma del codice penale, *Osservazioni preliminari in materia di oggetto e metodo del lavoro, Il sistema delle pene*, in www.giustizia.it.

³³ Relazione 15 luglio 1999, Commissione Grosso – per la riforma del codice penale, *Osservazioni preliminari in materia di oggetto e metodo del lavoro, Il sistema delle pene*, in www.giustizia.it.

continuare a ricorrervi in relazione alle sole forme di criminalità più grave, riducendo, comunque, i limiti edittali e di disporre, accanto ad essa, un articolato sistema di pene alternative, intese come pene principali, da applicare nel caso in cui le esigenze di politica criminale consentono o addirittura consigliano, la rinuncia, almeno in prima battuta, alla pena detentiva. Si cerca così di attenuare la durezza teorica delle sanzioni, creando un sistema concretamente più temibile grazie alla previsione di un complesso di pene effettivamente applicate, nella speranza di contribuire ad una forte decarcerizzazione del sistema punitivo. Punto fondamentale è, anche in questo progetto, come in quelli precedenti, l'applicazione diretta delle sanzioni alternative ad opera del giudice di cognizione in fase di giudizio e non invece in fase di esecuzione.

Dopo un' iniziale indecisione³⁴ ed un acceso dibattito³⁵, si decise di eliminare la pena dell'ergastolo. La maggioranza della Commissione ritenne che il principio sancito dall'art. 27, co. 3 Cost. implicasse comunque la possibilità che la pena, prima o poi, venisse a cessare, in relazione agli effettivi progressi del condannato sulla via della rieducazione. L'abolizione dell'ergastolo assume un forte valore simbolico, a favore di un sistema sanzionatorio fondamentalmente ispirato all'idea di una risocializzazione possibile, anche con riguardo agli autori dei delitti più gravi e contro ogni irrigidimento che sarebbe stato dettato da criteri astrattamente retributivi. La pena a vita è sostituita da una pena detentiva di lunghissima durata, che va da venticinque a trent'anni di reclusione e che, proprio per la sua particolare durata, prende il nome di 'reclusione speciale'.

Secondo la versione definitiva del progetto Grosso³⁶, pertanto, le pene principali saranno, oltre a quelle tradizionali della reclusione e della multa o ammenda, anche

³⁴ Nella Relazione del 15 luglio 1999, la Commissione afferma di non ritenere opportuno pronunciarsi in merito alla pena dell'ergastolo, che in quel momento era sottoposta all'attenzione del Parlamento, ma sottolinea che un'eventuale eliminazione di tale istituto sarebbe stata del tutto compatibile con l'impianto complessivo del nuovo sistema penale. In proposito si veda la Relazione 15 luglio 1999, Commissione Grosso – per la riforma del codice penale, *Osservazioni preliminari in materia di oggetto e metodo del lavoro, Il sistema delle pene*, in www.giustizia.it.

³⁵ Tale dibattito vedeva da una parte coloro i quali avrebbero voluto il mantenimento della pena dell'ergastolo, rendendone effettiva l'esecuzione e dall'altra chi, invece, propendeva per la sostituzione dell'ergastolo con una pena detentiva a scadenza definita, più severa della 'normale' reclusione. L'esigenza di elaborare una proposta compiutamente delineata indusse a compiere una scelta di fondo; si scelse così per l'eliminazione della pena dell'ergastolo, senza che peraltro tutti i dubbi sollevati fossero definitivamente sopiti. In proposito si veda la Relazione al progetto preliminare di riforma del codice penale, Parte generale, *Sistema delle pene*, 12 settembre 2000, in www.giustizia.it. e la successiva Relazione sulle modificazioni al progetto preliminare di riforma della parte generale del codice penale approvate dalla Commissione Ministeriale per la Riforma del codice penale nella seduta del 26 maggio 2001, *La pena*, in www.giustizia.it.

³⁶ Il progetto Grosso nella sua versione definitiva è quello previsto dall'Articolato approvato dalla

la nuova reclusione speciale, la detenzione domiciliare, e le pene interdittive (indicate all'art. 49, co. 2, lett. *a-h*, dell' articolato approvato dalla Commissione Ministeriale per la Riforma del codice penale nella seduta del 26 maggio 2001).

I limiti edittali vengono ridotti in generale per tutti i tipi di pena, in modo da renderli più moderati; in particolare, per quanto riguarda la pena della reclusione, i limiti edittali sono ridotti ad un minimo di tre mesi e ad un massimo di 18 anni (art. 51 del progetto del 26 maggio 2001).

Del tutto innovativo è l'inserimento nel catalogo delle pene principali della *detenzione domiciliare*, istituto nato nell'ambito dell'ordinamento penitenziario e da sempre rivolto alla fase esecutiva.

La detenzione domiciliare comporta l'obbligo di permanenza continuativa nella propria abitazione o in altro luogo indicato dal giudice e, in caso di trasgressione, la pena residua si convertirà in pena detentiva (art. 53 co. 1 e 2).

La Commissione ha optato per questa previsione, scartando l'ipotesi, ritenuta poco praticabile, della 'reclusione del fine settimana', preferita in molti ordinamenti stranieri. L'intento del progetto Grosso era quello di rendere possibile, tramite la detenzione domiciliare, un processo di progressiva decarcerizzazione nei confronti dei soggetti autori di reati di non elevata gravità, anche se non del tutto insignificanti³⁷.

Partendo dalla constatazione della pressochè totale inefficacia della *pena pecuniaria* vigente, è prospettata l'introduzione del sistema dei 'tassi giornalieri', già previsto dal progetto Pagliaro e utilmente sperimentato in alcune legislazioni europee (art. 54). Tale soluzione, dando rilievo alle condizioni economiche del reo, favorisce una maggiore equità ed una maggiore effettività della pena pecuniaria che così potrà configurarsi come pilastro del rinnovato sistema sanzionatorio.

Le *pene interdittive*, disciplinate dall' art. 55 all' art. 62, sono previste sia come pene principali che come pene accessorie; è fissato il principio di tassatività per cui ciascuna delle pene accessorie si applica solo nei casi in cui sia espressamente stabilita.

Commissione Ministeriale per la Riforma del codice penale nella seduta del 26 maggio 2001, che modifica l' Articolato del progetto preliminare di riforma del codice penale presentato il 12 settembre 2000 in relazione ad alcuni istituti, a seguito delle osservazioni e delle proposte elaborate nel corso dei vari dibattiti che hanno avuto come oggetto il testo del disegno di riforma. Entrambi gli Articolati sono consultabili sul sito www.giustizia.it.

³⁷ Relazione 15 luglio 1999, Commissione Grosso – per la riforma del codice penale, *Osservazioni preliminari in materia di oggetto e metodo del lavoro, Il sistema delle pene*, in www.giustizia.it.

Sul piano delle *sanzioni sostitutive*, il progetto Grosso introduce la semidetenzione, il lavoro di pubblica utilità e la pena pecuniaria (art. 78). Tali sanzioni possono essere applicate in sostituzione della pena della reclusione non superiore ad un anno (eccetto la semidetenzione che può essere disposta in alternativa alla pena della reclusione fino a due anni) e non sono suscettibili di sospensione condizionale. La concessione della sostituzione è subordinata all'adempimento degli obblighi di riparazione delle conseguenze del reato, indicati all'art. 81. In caso di inadempimento degli obblighi inerenti alla prestazione, per la parte residua di pena, è applicata la pena detentiva sostituita.

Quanto alla *sospensione condizionale* (art. 79), ammissibile nel caso in cui la pena detentiva inflitta non superi i due anni, si prevede la possibilità di limitarne l'applicazione ad una sola delle pene eventualmente inflitte. Una seconda concessione della sospensione condizionale sarà possibile purché non vengano superati i limiti previsti dall' art. 79. Seguendo l'esempio di quanto già era stato disposto dal disegno di legge-delega Pagliaro, il periodo di prova è caratterizzato dall'inserimento di prestazioni di carattere positivo; la sospensione della pena, infatti, è condizionata alla restituzione o al risarcimento del danno e alla consegna del profitto o del prezzo del reato (art. 81). Inoltre, quando la pena detentiva eccede l'anno o in caso di seconda concessione, la sospensione condizionale è subordinata al rispetto di ulteriori obblighi qualificanti (elencati all'art. 82), con funzione di prevenzione speciale.

Così come era avvenuto per gli altri progetti, anche al progetto Grosso sono state rivolte critiche di varia natura. La critica principale è che, nel complesso, nonostante i molteplici tentativi volti allo scopo di favorire un procedimento di progressiva decarcerizzazione, la pena detentiva rimane l'irrinunciabile punto di sbocco di tutti i percorsi alternativi, qualora essi falliscano nel loro intento. Il progetto Grosso, di fatto, non riduce lo spazio riservato alla pena detentiva, ma riempie il vuoto che era nato dalla «dilatazione delle risposte punitive meramente virtuali»³⁸.

Un'ulteriore limite, più generale, evidenziato in merito a tale progetto è quello di aver abbandonato l'intento iniziale di riformare sia la parte generale che quella speciale del codice penale, finendo così per rivolgersi alla sola parte generale. Se questa scelta poteva, senza dubbio, attenuare prevedibili contrasti che sarebbero sorti al momento dell'approvazione parlamentare delle singole disposizioni di parte

³⁸ PADOVANI, *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione*, cit., p. 77.

speciale, d'altra parte rendeva impossibile individuare un preciso modello di penalità³⁹.

Neanche il progetto Grosso riuscì ad arrivare alla conclusione dell'*iter* parlamentare ed a realizzare la tanto attesa riforma del codice penale; troppi furono, in quel periodo storico, i contrasti tra le forze politiche, che travolsero, inesorabilmente, anche i pochi punti di accordo raggiunti.

1.4. *Il progetto Nordio.*

Con un decreto ministeriale del 23 novembre 2001 è istituita, presso l'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia, una Commissione di studio per la riforma del codice penale. Tale Commissione, presieduta dal Dott. Nordio, ha il compito di presentare un progetto di legge-delega per un nuovo codice penale. Il decreto ministeriale indica la necessità di procedere ad una riforma del codice penale che, tenendo conto del lavoro svolto dalle precedenti commissioni ministeriali, sia in grado di modificare la parte generale e di ristrutturare la parte speciale del codice secondo una prospettiva che tenga conto delle esigenze di razionalizzazione, di depenalizzazione, di coordinamento e di semplificazione del sistema penale nel suo complesso⁴⁰.

La Commissione si è riunita per la prima volta l'8 febbraio 2002. Le sue funzioni sono state reiteratamente prorogate e l'incarico è stato esteso anche alla redazione di un articolato. I lavori sono pertanto proseguiti fino al 31 dicembre 2004. L'intento era quello di presentare il progetto in tempi rapidi, in modo tale che potesse essere discusso e approvato dal Governo e dal Parlamento nell'ambito della legislatura vigente; per questo motivo si partì dai risultati raggiunti dalle precedenti Commissioni Pagliaro, Grosso e dal disegno di legge Riz e si tennero in considerazione i relativi pareri formulati dalle Università, dall'Avvocatura, dalla Magistratura e, più in generale, dalla scienza giuridica.

Per quanto riguarda specificatamente la parte generale del codice penale, tra i profili di maggiore innovazione proposti dalla commissione Nordio, spicca la riforma del sistema sanzionatorio; con essa si cerca di attenuare il contrasto tra la diffusa esaltazione del carcere nella sua dimensione meramente affittiva ed il contestuale,

³⁹ INSOLERA, *Progetti di riforma del codice Rocco: il volto attuale del sistema penale*, in (a cura di) Insolera, Mazzacuva, Pavarini, Zanotti, *Introduzione al sistema penale*, IV ed., Torino, 2012, p. 44.

⁴⁰ Introduzione ai lavori della Commissione Nordio, *Formazione e compiti della Commissione*, p. 2, in www.ristretti.it/areestudio/studigiuridici.

altrettanto diffuso, indulgenzialismo premiale⁴¹. Il risultato è che il sistema sanzionatorio, ispirato alla funzione rieducativa della pena sancita dalla Costituzione, appare, nel progetto Nordio, improntato ad una maggiore flessibilità delle pene messe a disposizione del giudice di cognizione⁴². Tali pene dovranno, pertanto, essere caratterizzate da una afflittività minore rispetto a quelle previste dal codice vigente, ma, allo stesso tempo, essere maggiormente effettive.

Il disegno del nuovo codice penale, come prima cosa, abolisce la distinzione tra delitti e contravvenzioni, riduce l'area dell'illecito penale e diminuisce i limiti edittali di pena.

Si è optato, in modo del tutto originale, per l'eliminazione della *pena pecuniaria*, mantenuta esclusivamente per i reati di competenza del giudice di pace. Tale scelta è dettata dalla volontà di fondare l'apparato sanzionatorio prevalentemente su sanzioni 'personali' di tipo detentivo o paradetentivo, interdittivo e prescrittivo; inoltre, molte erano le perplessità relative all'efficacia deterrente della pena pecuniaria, connesse alla sua incerta esazione⁴³.

La Commissione Nordio decide, a maggioranza dei suoi componenti, di mantenere la pena dell'ergastolo (art. 56 articolato riferito alla prima parte del codice penale), riservandolo, tuttavia, a pochissime fattispecie di reato, «eccezionalmente gravi»⁴⁴, ed al solo caso in cui non vi sia neppure una circostanza attenuante.

La Commissione fa riferimento, per la prima volta in modo esplicito, al problema del sovraffollamento carcerario, divenuto ormai ingestibile, affermando la necessità di rinunciare alla pena detentiva come unica pena rieducativa e di ampliare l'arsenale sanzionatorio delle pene principali, in modo che il ricorso alla detenzione in carcere rappresenti l'*extrema ratio*. Si sceglie di ricorrere alla reclusione come 'unità di misura' della pena; il giudice, in base alla gravità del reato, stabilirà la durata della reclusione, che sarà però ampiamente temperata da un vasto spettro di opzioni di conversione in un'altra pena principale, nei casi stabiliti dalla legge e secondo i criteri di ragguglio previsti per i diversi tipi di sanzione.

⁴¹ Introduzione ai lavori della Commissione Nordio, *Principi generali di codificazione*, p. 8, in www.ristretti.it/areestudio/studigiuridici.

⁴² Introduzione ai lavori della Commissione Nordio, *Il sistema sanzionatorio*, p. 31, in www.ristretti.it/areestudio/studigiuridici

⁴³ Introduzione ai lavori della Commissione Nordio, *Il sistema sanzionatorio*, p. 31, in www.ristretti.it/areestudio/studigiuridici

⁴⁴ Introduzione ai lavori della Commissione Nordio, *Il sistema sanzionatorio*, p. 31, in www.ristretti.it/areestudio/studigiuridici.

Viene prospettato un ventaglio di pene principali amplissimo, comprendente *pene detentive o restrittive della libertà personale* (ergastolo, reclusione, semidetenzione, detenzione domiciliare, permanenza presso il domicilio, esaminati agli artt. 56-60 dell'articolo), *pene interdittive* (disciplinate dagli artt. 61-65 dell'articolo), *pene prescrittive* (disciplinate dagli artt. 66-71 dell'articolo, che comprendono l'espulsione dello straniero, l'affidamento al servizio sociale con prescrizioni ed il lavoro di pubblica utilità) e *pene ablative* (consistenti nella confisca e nella pena pecuniaria per i reati di competenza del giudice di pace, previste dall'art. 72 dell'articolo)⁴⁵. Tutte queste pene, essendo principali, possono esaurire, in tutto o in parte, le conseguenze sanzionatorie dell'illecito; in caso di violazione delle prescrizioni da esse previste, la pena residua sarà riconvertita in pena detentiva.

La *sospensione condizionale* (art. 110 dell'articolo), inserita tra le cause di estinzione della pena, non presenta variazioni essenziali rispetto a quanto disposto dal codice penale vigente; a differenza di quanto disposto dal progetto Pagliaro, essa non è concepita come forma del trattamento sanzionatorio, ma è applicata quando il giudice ritiene che non sia necessaria l'inflizione della pena in concreto, basandosi su una prognosi di non recidiva. Le pene interdittive, prescrittive ed ablative, in ragione della loro tenuità e della loro funzione specialpreventiva, rimarranno escluse dall'applicazione della sospensione condizionale. Talvolta, la concessione della sospensione condizionale può essere subordinata all'obbligo di riparazione, di risarcimento o all'eliminazione delle conseguenze dannose del reato. La commissione di un nuovo reato o l'inosservanza di uno degli obblighi previsti comportano la revoca obbligatoria della sospensione, con la conseguente applicazione della pena detentiva.

Mentre il progetto di riforma della parte generale del codice viene ultimato, per la parte speciale la proposta di modifica è solo abbozzata ma non portata a termine. In una conferenza stampa, il 21 aprile 2005, il Ministro della Giustizia Castelli presenta i lavori della Commissione di studio Nordio che, anche questa volta, non riescono ad approdare al Consiglio dei Ministri, travolto dall'ennesima crisi di governo e dalle dimissioni dell'allora Presidente del Consiglio Berlusconi⁴⁶.

⁴⁵ Per un esame approfondito riguardo al contenuto delle singole pene principali si veda Introduzione ai lavori della Commissione Nordio, *Il sistema sanzionatorio*, p. 36 e ss., in www.ristretti.it/areestudio/studigiuridici.

⁴⁶ INSOLERA, *Progetti di riforma del codice Rocco*, cit., p. 44.

1.5. *Il progetto Pisapia.*

In seguito all'elezione di un nuovo governo di centro-sinistra, con Decreto del Ministro della Giustizia, il 30 luglio 2006 è istituita una nuova Commissione, presieduta dall'on. Pisapia. L'operato della Commissione si concretizzò nella presentazione di uno «*Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale*», accompagnato dalla relativa Relazione.

Anche questa volta, punto di partenza sono i risultati ottenuti dai precedenti progetti di riforma (Pagliaro, Riz, Grosso, Nordio).

È ripresa l'osservazione secondo cui la pena carceraria si rivela, in moltissime ipotesi, ineffettiva ed inefficace, anche in presenza di condotte particolarmente gravi⁴⁷ e non è in grado di avere un positivo effetto specialpreventivo, come si evince dagli altissimi tassi di recidiva nei casi di esecuzione della pena carceraria non accompagnata da strumenti alternativi di reinserimento sociale⁴⁸.

Sulla base di queste premesse e dell'oggettivo fallimento, sotto ogni profilo, del sistema penale, la Commissione Pisapia delinea un sistema sanzionatorio che ha l'obiettivo di realizzare il principio, così spesso richiamato nelle elaborazioni teoriche e nei precedenti progetti di riforma, del ricorso alla pena detentiva come *ultima ratio*⁴⁹.

Le pene sono distinte, riprendendo il progetto Nordio, in pecuniarie, prescrittive, interdittive e detentive (art. 26 proposta di articolato⁵⁰).

La *pena pecuniaria* (art. 27) è basata sul sistema dei 'tassi giornalieri', potendo, così, essere modulata sulla base delle effettive condizioni economiche del condannato. In

⁴⁷ La Relazione alla proposta di articolato, Commissione Pisapia – per la riforma del codice penale, 19 novembre 2007, *Le pene*, in www.giustizia.it, riporta i dati forniti da un'indagine dell'EU.R.E.S. (Ricerche Economiche e Sociali), dai quali emerge che dal 1995 al 2005, prima quindi dell'emanazione del provvedimento di indulto del 2006, sono stati inflitti e non scontati oltre 850.000 anni di detenzione. Il rapporto tra anni scontati e anni di reclusione inflitti da sentenze passate in giudicato mostra che l'indice di certezza della pena, vale a dire gli anni effettivamente trascorsi in carcere rispetto a quelli inflitti, ha toccato nel 2001 la punta più bassa (38,4%) e nel 1995 la punta più alta (44,9%). Ciò dimostra come nel nostro sistema sanzionatorio troppo spesso le pene finiscono per essere solo simboliche.

⁴⁸ Secondo i dati riportati dalla Relazione alla proposta di articolato, Commissione Pisapia – per la riforma del codice penale, 19 novembre 2007, *Le pene*, in www.giustizia.it, il tasso di recidiva, quando sono applicati strumenti sanzionatori diversi dalla detenzione carceraria, scende a circa il 15%, rispetto al 70% di chi sconta la pena in carcere.

⁴⁹ Relazione alla proposta di articolato, Commissione Pisapia – per la riforma del codice penale, 19 novembre 2007, *Le pene*, in www.giustizia.it.

⁵⁰ Il testo completo della proposta di articolato, presentata il 19 novembre 2007, con il titolo "Principi di delega al Governo per l'emanazione del nuovo codice penale", è consultabile nella versione integrale sul sito internet www.ristretti.it/areestudio/studigiuridici.

caso di mancato pagamento è previsto che si procederà con le modalità della confisca, mentre in caso di mancata esazione la pena pecuniaria non riscossa potrà essere convertita in altra sanzione. Solo su richiesta del condannato, in luogo della pena pecuniaria il giudice può applicare la pena del lavoro di pubblica utilità.

Le *pene interdittive* (art. 28, co. 1, lett. *a-i*) sono previste in quanto non desocializzanti e particolarmente idonee all'assolvimento dei doveri sociali e familiari del condannato, nonché alle esigenze di prevenzione speciale⁵¹.

Le *pene prescrittive* (art. 29, co. 1, lett. *a-i*), che ricomprendono anche la misura della 'libertà sorvegliata' (simile alla libertà controllata), il lavoro di pubblica utilità e l'espulsione dello straniero, sono riproposte anche nel progetto Pisapia, rappresentando un importante strumento per delineare percorsi comportamentali conformi alle esigenze di salvaguardia dei beni fondamentali e per favorire condotte conciliatorie o riparative.

Per quanto riguarda la *pena detentiva*, essa risulta scomposta in tre diverse forme di detenzione: la detenzione domiciliare, in misura non inferiore ad un mese e non superiore a tre anni; la detenzione ordinaria, che va da un minimo di tre mesi ad un massimo di venti anni; infine, la 'detenzione di massima durata' che va da un minimo di ventotto anni ad un massimo di trentadue anni (art. 30). Quest'ultima misura sostituisce la pena dell'ergastolo, di cui è prevista l'eliminazione⁵², e permette al sistema penale di conformarsi all'art. 27, co. 3 Cost; diventa infatti più facile realizzare lo scopo rieducativo della pena, creando le condizioni affinché la cessazione della pena abbia comunque una data certa, seppur in base a termini molto rigorosi che evitano il pericolo di un affievolimento dell'efficacia dell'intervento sanzionatorio.

Non ha precedenti negli altri progetti di riforma del codice penale la proposta di estendere anche agli adulti l'istituto della *sospensione del processo con messa alla*

⁵¹ Relazione alla proposta di articolato, Commissione Pisapia – per la riforma del codice penale, 19 novembre 2007, *Le pene*, in www.giustizia.it.

⁵² La Commissione vota a larga maggioranza l'eliminazione della pena dell'ergastolo che si sceglie di sostituire con la pena della 'detenzione di massima durata', nella consapevolezza che, comunque, la decisione definitiva sul mantenimento o meno di tale istituto dipendeva da scelte di tipo strettamente politico. La Commissione rileva l'incompatibilità della pena a vita con l'art. 27 Cost., trattandosi di una pena disumana ed inconciliabile con la finalità rieducativa, intesa come risocializzazione e reinserimento sociale. A ciò si aggiunge che anche dal punto di vista etico e politico il mantenimento della pena dell'ergastolo risulta inaccettabile, essendo assai più simile alla pena di morte che alla reclusione. La Commissione, pertanto, pur consapevole della contrarietà di gran parte dell'opinione pubblica, è pervenuta comunque, a grande maggioranza, alla conclusione di non prevedere l'ergastolo, anche sulla base dei dati oggettivi che dimostrano come la pena perpetua, così come era stato per la pena di morte, non ha mai avuto quell'efficacia deterrente che molti le attribuiscono, neanche nei confronti della criminalità organizzata a cui è prevalentemente indirizzata.

prova (art. 43), che nel processo penale minorile aveva già dato risultati positivi in una percentuale che, secondo le stime del Ministero, si aggirava attorno all' 85%⁵³. Tale istituto è previsto in relazione ai reati puniti con pena diversa da quella detentiva ed a quelli per cui è prevista la pena detentiva non superiore ai tre anni. L'esito positivo della prova avrebbe addirittura potuto condurre all'estinzione del reato. Si introduce così nel sistema penale italiano un vero e proprio esempio di *probation* 'puro', ispirato al modello anglosassone. Lo scopo perseguito è quello di introdurre uno strumento che valorizzi le istanze riparatorie e risarcitorie e che faciliti il reinserimento sociale del soggetto anche durante la fase processuale, in cui egli è solo un imputato⁵⁴.

Secondo la Commissione Pisapia anche la *sospensione condizionale* «può avere una utile ed efficace finalità sia riparatorio-risarcitoria che rieducativa, se, ad esempio, subordinata alla 'messa alla prova' (...) o a prescrizioni specifiche»⁵⁵. Per evitare che, come era accaduto fino a quel momento, la sospensione condizionale venisse applicata in maniera generalizzata e senza la previsione di alcun contenuto positivo, si prevede che, accanto ad una sospensione mantenuta in forma 'semplice'(art. 48), anche se pur sempre subordinata, laddove possibile, ad obblighi risarcitori e riparatori, possa essere introdotta anche una forma di *sospensione della pena con messa alla prova* (art. 49), in cui, una volta stabilita la sospensione dell'esecuzione della pena, vengano fissate prescrizioni che favoriscano il reinserimento sociale del condannato. Tale versione della sospensione condizionale diventerebbe obbligatoria in caso di seconda concessione. Se le prescrizioni verranno rispettate e la sospensione con messa alla prova non verrà revocata, la pena sarà considerata estinta; le prescrizioni stesse, quindi, assumerebbero una valenza sostitutiva della pena inflitta. L'istituto, così ridisegnato, dovrebbe diventare una risorsa importante per il raggiungimento dell'obiettivo della rieducazione del condannato e

⁵³ L'istituto della sospensione del processo con messa alla prova è previsto nel processo penale a carico del minore di età a partire dal 1988, quando fu introdotto con l'art. 28 del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448. La logica alla base di tale misura è quella di garantire alla pena efficacia rieducativa e di sostegno nei confronti del protagonista della vicenda processuale. Qui la messa alla prova è sganciata da ogni parametro oggettivo, potendo essere potenzialmente concessa indipendentemente dalla tipologia di reato per cui ha avuto origine il processo. Il motivo per cui questo strumento è stato ammesso nell'ambito del sistema penale minorile e non in quello ordinario è che il minore, non avendo ancora completato un percorso formativo, è ancora suscettibile di essere plasmato da un'adeguata attività di osservazione, trattamento e sostegno.

⁵⁴ CICIRELLO, *Carcere e misure alternative tra manovre legislative ed interventi 'riparatori' della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1664.

⁵⁵ Relazione alla proposta di articolato, Commissione Pisapia – per la riforma del codice penale, 19 novembre 2007, *Sospensione condizionale ed altre cause di estinzione della pena*, in www.giustizia.it.

comporterebbe inevitabilmente delle modifiche all'ordinamento penitenziario al fine di evitare una duplicazione di istituti sostanzialmente coincidenti⁵⁶.

Sebbene la Commissione Giustizia del Senato avesse previsto, entro gennaio 2008, l'inizio della discussione dei disegni di legge che dovevano avere ad oggetto la riforma della parte generale del codice penale, i lavori vengono interrotti a causa della crisi che portò ad elezioni anticipate e alla vittoria della coalizione avversa.

2. Il fallimento dei tentativi di attuare una riforma organica del codice penale ed i disegni di legge più recenti.

Dopo il progetto Pisapia non vi sono ulteriori iniziative volte ad una riforma organica del codice penale; a differenza di molti Paesi europei (tra i quali ad esempio Francia e Spagna) che riescono a portare a termine importanti interventi di riforma, l'Italia, ferma nel suo immobilismo, non riesce ad approdare ad un nuovo codice penale. Alla base di questo fallimento vi sono vari fattori⁵⁷. Innanzitutto, ormai da decenni, il codice penale ha perso la sua centralità a causa del proliferare della legislazione complementare e di emergenza, estranea a qualsiasi tipo di disegno organico che tenga conto dei principi costituzionali. Oltre a ciò, a mancare è stato, per lo meno dal progetto Grosso in poi, un proficuo dialogo tra politica e scienza penalistica; l'impegno, pur serio e meritorio, dei tanti penalisti che hanno operato nelle varie Commissioni di riforma, da quella Grosso in poi, spesso è stato ignorato in ambito parlamentare. Tra le scelte in campo legislativo ed i giuristi delle Commissioni si è creato un rapporto di incomunicante parallelismo. Per di più, sullo sfondo, a fare da ulteriore ostacolo, rimane l'irrisolta questione basilare degli scopi della pena, che influenza in maniera rilevante gli sviluppi del diritto sostanziale.

Di conseguenza, le proposte di riforma presentate dalla Commissione Pagliaro in poi, non sono mai state esaminate neppure da un ramo del Parlamento⁵⁸.

Abbandonati, quindi, i progetti di riforma indirizzati al codice penale nella sua interezza, negli ultimi anni sono stati elaborati disegni di legge rivolti a singoli

⁵⁶ Ci si riferisce all'istituto dell'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 ord. penit.), previsto per la fase esecutiva.

⁵⁷ INSOLERA, *Progetti di riforma del codice Rocco*, cit., p. 44, 45.

⁵⁸ PISAPIA, *La riforma del Codice penale muove i primi passi: le scelte della Commissione ministeriale per una nuova parte generale*, in (a cura di) PISA, *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti, Genova, 15 novembre 2006, Torino, 2007, p. 293.

istituti, nella speranza che, almeno, tramite questa via, si giungesse ad una razionalizzazione della risposta sanzionatoria al reato.

2.1. *Il disegno di legge 'Alfano'.*

La Dichiarazione dello Stato di emergenza del gennaio 2010⁵⁹, dovuta all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari, rendeva improcrastinabile un intervento che introducesse nuove misure in grado di ridare coerenza ed efficacia al sistema sanzionatorio, riducendo significativamente lo spazio destinato al carcere.

Per far fronte alla situazione di emergenza viene elaborato quello che, convenzionalmente, prende il nome di 'Piano Carceri'⁶⁰, all'interno del quale è inserito, in qualità di 'terzo pilastro', il disegno di legge presentato dal Ministro della Giustizia Alfano⁶¹, intitolato «*Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ad un anno e sospensione del procedimento con messa alla prova*». Seppure complessivamente apprezzabile per la presenza di uno strumento potenzialmente lungimirante e deflattivo, quale avrebbe potuto essere la sospensione del processo con messa alla prova, tale disegno di legge non rinuncia a proporre l'ennesima 'misura tampone', rappresentata dall'*esecuzione presso il domicilio*, finalizzata a liberare le carceri da quei reclusi condannati ad una pena detentiva non superiore ad un anno o che avessero da scontare ancora un anno di pena residua⁶².

⁵⁹ Tale dichiarazione è inserita nel decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 13 gennaio 2010, in www.gazzettaufficiale.it.

⁶⁰ Si tratta del d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, convertito con modificazioni nella l. 27 febbraio 2009, n. 14, con il quale, al Capo del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, vengono conferiti poteri di Commissario straordinario al fine di procedere al compimento degli investimenti necessari per la realizzazione di nuove infrastrutture carcerarie o per l'aumento della capienza di quelle esistenti e per garantire una migliore condizione di vita dei detenuti. Il 'Piano carceri' doveva configurarsi come un progetto di riforma integrato, basato su *quattro pilastri* portanti; i primi due pilastri riguardavano le possibili opzioni di ampliamento della capienza dei penitenziari esistenti e la collocazione ed i costi di nuove strutture carcerarie; il terzo pilastro, costituito dal disegno di legge 'Alfano' avrebbe dovuto essere quello più ragionato, fondato sulla ricerca di soluzioni punitive alternative ed efficaci, capaci di arginare i numeri delle presenze in carcere senza per questo risolversi in un'incondizionata rinuncia alla punizione; infine, il quarto pilastro prevedeva l'implementazione dell'organico in dotazione alla Polizia Penitenziaria, necessaria per far fronte ai bisogni logistici più immediati. Il 'Piano carceri', rimodulato nel luglio 2013 e prorogato fino al 2016, in merito ai primi due pilastri, prevede la creazione di 12.324 nuovi posti detentivi; tuttavia, la realtà dei fatti è che ad oggi sono in funzione solo poche centinaia di nuovi posti, mentre sono certamente di più i posti che dal 2010 ad oggi sono andati perduti a causa della pressoché generalizzata assenza di manutenzione degli istituti. Per un'analisi più dettagliata dei dati si veda *L'Europa ci guarda, Decimo rapporto nazionale sulle condizioni di detenzione*, p. 3-4, in www.osservatorioantigone.it.

⁶¹ Si tratta del disegno di legge n. 3291, presentato alla Camera dei Deputati il 9 marzo 2010, consultabile integralmente sul sito internet www.camera.it.

⁶² CICIRELLO, *Carcere e misure alternative tra manovre legislative ed interventi 'riparatori' della*

Secondo quanto previsto dal disegno di legge Alfano, ricalcando lo schema tracciato dal progetto Pisapia, la *sospensione del processo con messa alla prova* dell'imputato avrebbe trovato applicazione nel caso in cui il reato per cui si stesse procedendo fosse punito con la sola pena pecuniaria o con una pena detentiva non superiore a tre anni. A differenza di quanto previsto dal progetto Pisapia, però, è stabilito che tale beneficio possa essere concesso solo se l'imputato ne fa richiesta, acconsentendo alla prestazione di lavoro di pubblica utilità⁶³. Il lavoro di pubblica utilità dovrebbe consistere nella «prestazione di attività non retribuite in favore della collettività, da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni o presso enti od organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato»⁶⁴, per un periodo di tempo che può andare da dieci giorni a due anni, la cui durata giornaliera non può superare le quattro ore.

L'esito paradossale è stato che, mentre l'istituto dell'esecuzione della pena presso il domicilio incontrò notevole favore e venne trasposto, come abbiamo visto precedentemente (cap. II par. 3), nella l. 199/2010, definita 'legge svotacarceri', per poi diventare un istituto previsto in via definitiva dal d.l. 146/2013, la proposta di sospensione del processo con contestuale messa alla prova dell'imputato non ebbe uguale fortuna. Quello che avrebbe dovuto essere il punto più innovativo del disegno di legge Alfano e che avrebbe potuto rappresentare una possibile via di recupero della funzione rieducativa della pena, viene così accantonato perché fonte di troppi dubbi e perplessità. Infatti, se l'intento alla base di questa proposta è apprezzato per i risvolti positivi che l'attività lavorativa non retribuita a favore della collettività assume, in una prospettiva di ri-orientamento del colpevole ai valori fondanti della società, tuttavia, la possibilità di procedere all'applicazione di una misura comunque limitativa della libertà, in una fase in cui non sia ancora stata accertata la responsabilità del soggetto suscita delle perplessità⁶⁵. Fino al momento in cui la

Corte Costituzionale, cit., p. 1654.

⁶³ È quanto si legge nel testo della Relazione al disegno di legge n. 3291, art. 3, in *www.camera.it*. Qui il Ministro della Giustizia sottolinea che il principio ispiratore del lavoro di pubblica utilità obbligatorio è quello per cui «nessun beneficio può essere concesso senza che l'imputato assicuri un ristoro all'offesa rappresentata dalla condotta criminosa».

⁶⁴ Disegno di legge n. 3291, presentato alla Camera dei Deputati il 9 marzo 2010, art. 3, in *www.camera.it*.

⁶⁵ Le stesse perplessità erano sorte nella dottrina dominante in merito alla sospensione del processo con messa alla prova riferita ai minorenni, per cui la prestazione di attività lavorativa non era prevista. Il fatto stesso che il minore fosse sottoposto alla messa alla prova senza un accertamento circa la responsabilità del soggetto era infatti considerato particolarmente lesivo delle elementari istanze di garanzia e di inviolabilità della sfera individuale. Per un approfondimento di questo tema si veda LANZA, *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenne*, Milano, 2003, p. 62 e ss. e p. 199 e ss.

sentenza di condanna non diventa definitiva vige la presunzione di non colpevolezza, prevista dall'art. 27 co. 2 Cost; come si può, pertanto, parlare di misura rieducativa nei confronti di un soggetto che potrebbe non aver commesso alcun reato? È vero che tale forzatura si potrebbe superare considerando che deve essere l'imputato stesso a chiedere di essere ammesso alla prova e ad accettare esplicitamente la prestazione lavorativa, mantenendo una posizione centrale nelle dinamiche di concessione di tale istituto; tuttavia, nonostante il doppio consenso, rimane dubbia l'opportunità di prevedere una sanzione obbligatoria che gravi su chi, anche se volontariamente, non ha a suo carico la benché minima affermazione di responsabilità⁶⁶. Inoltre, eccetto i casi di confessione piena e di flagranza del reato, il consenso dell'imputato non potrebbe validamente sostituire il convincimento del giudice, formatosi nel corso di un fisiologico contraddittorio tra le parti.

2.2. *Il decreto legge 211/2011.*

La priorità assoluta assegnata, a partire dal 2010, nel settore della giustizia, al problema carcerario ha indotto il nuovo Governo ad intervenire con il d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, presentato dal Ministro della Giustizia Severino, recante «*Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri*», convertito con significative modificazioni nella l. 17 febbraio 2012, n. 9. In primo luogo, allo scopo di porre fine al fenomeno conosciuto come 'porte girevoli', consistente nel transito di breve e brevissima durata in carcere, si prevede la custodia cautelare in carcere come *extrema ratio*, laddove nessun'altra soluzione sia possibile. In secondo luogo, per quanto riguarda l'istituto dell'esecuzione della pena presso il domicilio, introdotto con la l. 199/2010 ('legge svotacarceri'), viene innalzata a diciotto mesi la durata della pena detentiva, anche residua, in base alla quale tale misura può essere concessa. Si sceglie così, ancora una volta, di potenziare i provvedimenti tampone, cercando di fermare «con qualche pezzo di 'garza', un'emorragia in corso da tempo e che a lungo andare sta dissanguando la credibilità dello Stato, visto che la decenza delle carceri è lo specchio della decenza della società, così come la dignità della condizione del detenuto è la metafora della dignità riconosciuta a tutti i cittadini»⁶⁷. Se da un lato la

⁶⁶ CICIRELLO, *Carcere e misure alternative tra manovre legislative ed interventi 'riparatori' della Corte Costituzionale*, cit., p. 1665.

⁶⁷ FORTI, *Sulle riforme necessarie del sistema penale italiano: superare la centralità della risposta*

dottrina riconosce che gli interventi urgenti attuati con il d.l. 211/2011 sono interessanti e meritevoli perché si inseriscono in un linea politico-criminale che va nella giusta direzione di una tendenziale alternatività rispetto alla detenzione in carcere, dall'altro è inevitabile la constatazione che essi non solo non sono in grado, da soli, di risolvere la crisi che affligge gli istituti penitenziari, ma neppure di alleviarla in modo significativo⁶⁸.

2.3. *Il disegno di legge 'Severino'.*

Anche se una riforma integrale del sistema sarebbe stata impensabile nel breve spazio di tempo che il Governo aveva a disposizione, il Ministro Severino, tentando di imprimere un cambio di rotta rispetto alla stagione basata sulla convinzione che ad una maggior ricorso al carcere sarebbe corrisposta maggiore sicurezza, presenta il disegno di legge n. 5019-bis, intitolato «*Delega al Governo in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova, pene detentive non carcerarie, nonché sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili*» (Testo risultante dallo stralcio dell'articolo 2 del disegno di legge n. 5019, deliberato dall'Assemblea il 9 ottobre 2012)⁶⁹.

In relazione alla sospensione del processo con messa alla prova (art. 3, d.d.l. 5019-bis), è ripreso lo schema già proposto con il progetto Piaspia e con il disegno di legge Alfano, incentrato sulla prestazione, nella fase della messa in prova, di lavoro di pubblica utilità e sul rispetto delle prescrizioni fissate dal giudice. Le uniche variazioni riguardano i termini di pena detentiva entro i quali la sospensione del processo con messa alla prova è concedibile, che sono innalzati a quattro anni e la previsione di inserire tale istituto nel codice di procedura penale anziché nel codice penale come era stato prospettato sino a quel momento.

Ma la proposta più innovativa contenuta nel d.d.l. 5019-bis riguarda la parte dedicata alle «pene detentive non carcerarie» (art. 5, d.d.l. 5019-bis), dove il governo punta tutto sulla detenzione domiciliare prevista come pena principale. Tale scelta, sebbene molto limitata dal contesto di emergenza carceraria in cui prende forma, mira ad un'innovazione sistematica di ampio respiro, in grado di ridurre in maniera effettiva

carceraria, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2012, vol. 3-4, p. 177.

⁶⁸ In questo senso si esprimono FORTI, *Sulle riforme necessarie del sistema penale italiano*, cit., p. 177 e GROSSO, *Inevitabili amnistia e indulto per risolvere l'attuale emergenza carceraria*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2012, vol. 1, p. 205.

⁶⁹ Il testo del d.d.l. 5019-bis è integralmente consultabile al sul sito internet www.camera.it.

il ricorso alla detenzione carceraria; senza contare, poi, che la possibilità di disporre nell'arsenale sanzionatorio di una pena meno lesiva rispetto a quella carceraria avrebbe potuto indurre i giudici a fare un uso più parsimonioso della sospensione condizionale, con la conseguenza di contribuire al rafforzamento dell'effettività delle sanzioni⁷⁰.

La detenzione domiciliare, pertanto, non è più collocata nella fase esecutiva ma in quella di cognizione; non si configura più come modalità di esecuzione della pena detentiva ma diventa pena principale (con la sola eccezione del reato di atti persecutori previsto dall'art. 612-*bis* c.p.) per i delitti puniti con la reclusione nel massimo non superiore a quattro anni. In questo caso, se il giudice lo riterrà opportuno, potrà prescrivere «particolari modalità di controllo, esercitate attraverso mezzi elettronici o altri strumenti tecnici» (art. 5, lett. *c* d.d.l. 5019-*bis*). Non sono previste ipotesi di revoca della detenzione domiciliare con conseguente ritorno alla detenzione carceraria; è stabilito che il giudice, nella fase esecutiva, possa sostituire la reclusione presso il domicilio con la pena della reclusione in istituto «qualora la reclusione o l'arresto presso l'abitazione o un altro luogo di privata dimora non siano idonei a evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati», oppure «qualora non risulti disponibile un'abitazione o un altro luogo di privata dimora idoneo ad assicurare la custodia del condannato» (art. 5, lett. *d-e*, d.d.l. 5019-*bis*), ma si tratta di limiti obiettivi di impossibilità materiale o funzionale. Il modello prospettato nel d.d.l. 5019-*bis* prevede che, di regola, in caso di pena detentiva fino a quattro anni, sia dunque applicata come pena detentiva principale la detenzione domiciliare mentre sono previsti casi eccezionali in cui dalla ordinaria detenzione domiciliare si passa alla eccezionale detenzione carceraria, rovesciando gli schemi vigenti fino a quel momento⁷¹.

Seppure non immune da perplessità legate sia alla rinuncia ad una selezione preventiva effettuata su basi empirico-criminologiche delle tipologie di reato verso le quali queste sanzioni potrebbero avere maggiori possibilità di successo in chiave di prevenzione generale e speciale, sia alla scelta di concentrarsi esclusivamente sulla detenzione domiciliare come alternativa proposta dal codice penale, anche in

⁷⁰ PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, p. 103.

⁷¹ PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, cit., p. 104.

relazione a tipologie criminose per le quali risulterebbe di fatto inadeguata, il disegno di legge 5019-*bis* si muoveva sicuramente nella giusta direzione⁷².

Tuttavia, anche questo disegno di legge, dopo l'approvazione alla Camera dei Deputati il 9 ottobre 2012 e l'approvazione della Commissione Giustizia della Camera il 23 ottobre 2012, decade a causa della fine anticipata della legislatura.

3. *Quali prospettive per le alternative alla pena detentiva alla luce del fallimento dei tentavi di riforma del sistema sanzionatorio?*

L'Italia, ormai da diversi anni, è incalzata su molteplici fronti ad attivarsi per disporre modifiche legislative che garantiscano una consistente riduzione del ricorso al carcere; già nel 2009, infatti, giunge la sentenza Sulejmanovic c. Italia, seguita, pochi mesi dopo, dalla 'Dichiarazione dello stato di emergenza' del Presidente del Consiglio dei Ministri; si susseguono, intanto, le sollecitazioni del Presidente della Repubblica per un tempestivo e non più procrastinabile intervento parlamentare; da ultimo, nel gennaio 2013, l'*ultimatum* lanciato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza pilota che chiama l'Italia ad adottare, entro un anno dal passaggio in giudicato della sentenza, una soluzione adeguata per risolvere il problema del sovraffollamento carcerario.

Nonostante ciò e nonostante gli sforzi di fantasia creatrice compiuti dalle varie Commissioni di riforma del codice penale e con i disegni di legge che abbiamo esaminato, bisogna prendere atto che poco è cambiato nell'ultimo trentennio e che il carcere rimane tuttora al centro del sistema delle pene; ed anzi, recentemente si è parlato in dottrina di una «seconda giovinezza della pena detentiva»⁷³.

⁷² CATENACCI, *Tipologie sanzionatorie, comminatorie edittali e misura alternative: lo stato dell'arte*, I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1160. L'Autore sottolinea come sia fonte di dubbio la scelta di estendere indiscriminatamente la sola detenzione domiciliare che «rischia di apparire del tutto inadeguata ad alcune tipologie criminose che pure in quella cornice edittale rientrano» tra cui, a titolo puramente esemplificativo, si possono indicare alcune fattispecie in tema di prostituzione minorile e di pedopornografia; talvolta, inoltre, vi possono essere ragioni di opportunità in base alle quali sarebbe preferibile, anche al fine di realizzare l'obiettivo di prevenzione speciale, sottoporre il condannato ad un trattamento in un contesto diverso da quello della propria abitazione (si pensi alle ipotesi in cui il reato sia stato consumato proprio in un contesto familiare). Nel d.d.l. 5019-*bis* ravvisa comunque un positivo passo avanti nella prospettiva di «razionalizzazione del sistema sanzionatorio» anche PULITANÒ, *Quale agenda per la giustizia penale?*, in *Dir. Pen. Contemp.*, vol. 3, 2013, p. 62.

⁷³ Si fa riferimento all'espressione usata da MANNOZZI, *La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla previsione legislativa alla prassi applicativa*, I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012 in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1220.

È ancora radicato l'equivoco «dell' equazione carcere uguale giustizia»⁷⁴ da cui deriva inevitabilmente la convinzione che più dura sarà la pena, più efficace sarà la realizzazione della giustizia. Nella sua concreta articolazione la pena ha assunto quale latente ma effettiva funzione quella della retribuzione unita a quella della deterrenza, come testimonia il sempre più massiccio ricorso alla detenzione in carcere⁷⁵. La pena comminata si configura come conseguenza volta, di fatto, a riprodurre nei confronti del soggetto agente la negatività ascritta all'illecito commesso. La previsione generalizzata della pena detentiva non tiene conto delle esigenze di prevenzione speciale legate al tipo di illecito, ai molteplici contesti nei quali è possibile che esso sia commesso e alle caratteristiche dell'autore⁷⁶.

Come è noto ormai dagli anni '80 del secolo scorso, a gravare pesantemente sull'organizzazione penitenziaria è, in particolare, l'ingresso in carcere di chi sia condannato a pene detentive brevi o brevissime. Dal «*Decimo rapporto nazionale sulle condizioni di detenzione*» presentato dall' Associazione Antigone a novembre 2013, risulta che il 6,4% dei detenuti, circa 2.459 persone, sono in carcere per una condanna definitiva a meno di un anno di reclusione, per fatti di scarsissima rilevanza penale, mentre il 26,9%, corrispondente a 10.399 persone, sono in carcere per una condanna inferiore a tre anni di reclusione; ed il dato sale se si guarda ai soli detenuti stranieri⁷⁷. Il sovraffollamento, pertanto, è in gran parte dovuto a condanne per fatti di lieve entità che potrebbero essere puniti con soluzioni diverse e più efficaci della reclusione in un istituto penitenziario.

D'altra parte, anche se la situazione di emergenza carceraria è indubbiamente drammatica ed urgente, ciò non deve diventare il pretesto per continuare sulla strada degli interventi tampone, non ponderati e privi di un disegno strategico, di un filo conduttore; l'esperienza italiana, fino ad oggi, dimostra quanto questi siano controproducenti e spesso contraddittori, con la conseguenza dell'inesorabile aggravarsi della crisi⁷⁸.

⁷⁴ MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, cit., p. 1101.

⁷⁵ MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, cit., p. 1101.

⁷⁶ EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1309.

⁷⁷ Al contrario, i presenti per condanne superiori ai dieci anni, inclusi i 1.581 ergastolani, sono in tutto solo il 10% dei condannati, di cui solo il 3,9% sono stranieri. L'intero rapporto è consultabile sito internet www.osservatorioantigone.it.

⁷⁸ In questo senso CATENACCI, *Tipologie sanzionatorie, comminatorie edittali e misura alternative: lo stato dell'arte*, cit., p. 1158; CIANI, *Prospettive prossime e alternative strategiche*, Intervento nel corso della tavola rotonda svoltasi in conclusione del I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1359.

Le istanze di rieducazione da tempo sono soffocate da scelte politiche securitarie, improntate ad esigenze di difesa sociale e di neutralizzazione del reo. In una situazione politico-sociale in cui le crisi di Governo si succedono ciclicamente ed in cui non si riesce a trovare stabilità, la preoccupazione principale delle forze politiche è quella di conquistare il maggior consenso possibile⁷⁹; ed il consenso ed i voti si conquistano proponendo «ossessivamente e immediatamente la ricetta del punire»⁸⁰. La legislazione penale diventa una vera e propria operazione di marketing elettorale e la soluzione proposta, dagli opposti schieramenti è sempre la stessa: punire di più e più severamente. Così anche se vengono elaborate proposte innovative in grado di mettere in atto una effettiva rinuncia al carcere, queste non passano il vaglio parlamentare.

Mentre a livello teorico ed accademico non si rinuncia ad inseguire il sogno di una riforma organica delle sanzioni, nella realtà legislativa si continuano a ritoccare aspetti particolari del sistema sanzionatorio rendendo sempre più intricato un sistema ormai fatto di sovrapposizioni, irragionevolezza e assenza di coordinamento⁸¹. Lungi dal produrre sicurezza, questa tendenza legislativa ha pregiudicato, ulteriormente, le opportunità di prevenzione speciale positiva, mettendo definitivamente in ginocchio l'amministrazione penitenziaria.

L'unica soluzione possibile, oggi, è pertanto quella di costruire un più corretto ed equilibrato rapporto di convivenza tra carcere e sanzioni alternative, riconoscendo la necessità di interventi strutturali che incidano a monte sul sistema in direzione di una drastica limitazione delle ipotesi di ricorso alla pena detentiva. Per superare la situazione di stallo in cui ci si trova sarebbe necessaria una scelta più coraggiosa e radicale di quelle compiute in passato. Tuttavia, il rischio è che un programma troppo ambizioso possa trasformarsi in comodo alibi per l'inerzia; ed il fallimento, nel nostro Paese, dei percorsi iniziati e mai portati a termine, tesi alla riforma del codice penale, ma anche le forti resistenze recentemente incontrate dal d.d.l. 5019-bis, nonostante la sua ridotta portata, lo dimostrano⁸².

⁷⁹ In questo senso CIANI, *Prospettive prossime e alternative strategiche*, cit., p. 1359; GARGANI, *Sicurezza sociale e diritti dei detenuti nell'età del sovraffollamento carcerario*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, p. 634; PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, cit., p. 98; FORTI, *Sulle riforme necessarie del sistema penale italiano*, cit., p. 179.

⁸⁰ INSOLERA, *Progetti di riforma del codice Rocco: il volto attuale del sistema penale*, cit., p. 46;

⁸¹ PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, cit., p. 98.

⁸² PALAZZO, *Prospettive prossime e alternative strategiche*, Intervento nel corso della tavola rotonda svoltasi in conclusione del I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1348.

Sembra opportuno, pertanto, pur mantenendo ferma una visione complessiva dell'*iter* di riforma, operare in senso gradualistico senza rimandare ulteriormente le innovazioni già praticabili⁸³.

4. *Proposte attuali di alternative alla pena detentiva.*

Come si può facilmente constatare esaminando le alternative *de iure condito* descritte nel capitolo III, quasi nulla dei progetti e dei vari disegni di legge elaborati nell'ultimo trentennio è stato recepito dal nostro sistema penale attuale. Le alternative alla pena detentiva, disponibili allo stato dei fatti, oltre ad essere molto limitate, rimangono per lo più inattuata nella prassi dei tribunali.

Molte sono però le proposte che continuano ad essere elaborate dalla dottrina, traendo spesso spunto ed ispirazione dall'analisi degli istituti sperimentati negli Stati che, per caratteristiche socio-politico-culturali, sono molto vicini al nostro; molte di queste sono riproposizioni, con modificazioni più o meno significative, di istituti già prospettati nei vari tentativi riformistici succedutisi dalla fine degli anni '80 ad oggi; altre sono, invece, del tutto innovative ed originali. Tenterò di elencare quelle che hanno trovato maggior seguito tra gli studiosi di scienze penalistiche e criminologiche e che si prestano ad un'attuazione in tempi rapidi.

4.1. *La pena pecuniaria.*

Un nodo da sempre irrisolto, nel nostro ordinamento, è quello della pena pecuniaria. Abbiamo visto (cap. III, par. 3.2.) come essa occupi in Italia un ruolo marginale e come di fatto resti, nella grandissima maggioranza dei casi, ineseguita⁸⁴. Il fattore che, più di ogni altro, si può ritenere responsabile di una tale situazione è costituito dalla sconcertante arretratezza del criterio di commisurazione della pena pecuniaria principale. Come dimostra la già ricordata esperienze tedesca, seguita in tempi più

⁸³ In questo senso EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 1327.

⁸⁴ PALIERO, *La riforma del sistema sanzionatorio tra utopia e realtà*, in (a cura di) PISA, *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti, Genova, 15 novembre 2006, Torino, 2007, p. 275, 276. L'autore qui afferma che la pena pecuniaria, nel sistema penale, «non è applicata e, se è applicata, è totalmente ineseguita»; l'unico settore in cui ha trovato davvero spazio è quello della giurisdizione penale del giudice di pace, dove comunque è applicata secondo il «buon senso del giudice», che di solito la preferisce rispetto all'obbligo di permanenza presso il domicilio e al lavoro di pubblica utilità.

recenti da quella spagnola⁸⁵, i problemi presentati dall'esecuzione della pena pecuniaria sono soprattutto legati al modello di commisurazione prescelto⁸⁶. Il problema risulterebbe circoscritto se il legislatore scegliesse un modello commisurativo idoneo a garantire l'adeguamento dell'ammontare della pena alle condizioni economiche del reo; tale esigenza potrà essere soddisfatta solo da un sistema di commisurazione bifasico, come quello caratteristico della pena pecuniaria per tassi, che esige una valutazione di questi ultimi in rapporto al patrimonio, al reddito ed alle esigenze familiari del soggetto interessato⁸⁷. Solo con l'eguaglianza del sacrificio economico si fa in modo che la pena abbia pari afflittività sia per gli indigenti che per i facoltosi e che, attraverso l'adeguamento alle reali condizioni economiche del reo, venga ridotto al minimo il rischio di mancata esecuzione della pena; di conseguenza, anche i casi di conversione sarebbero ridotti al minimo. Altro aspetto positivo del sistema della pena pecuniaria per tassi è che, oltre ad assicurare l'effettività della pena, ne garantisce anche la trasparenza⁸⁸; a differenza del sistema a somma complessiva, infatti, consente di evidenziare il peso esercitato dalle condizioni economiche del reo nella commisurazione della pena⁸⁹. L'adozione del sistema dei tassi da parte del legislatore italiano anche in relazione alla pena pecuniaria principale (dal momento che è già applicato, a partire dalla l. 134/2003, alla pena pecuniaria sostitutiva), consentirebbe così di superare uno dei dubbi più rilevanti denunciati dalla dottrina in relazione all'attuale sistema di commisurazione della pena pecuniaria. L'unica possibilità di ridare vitalità alla pena pecuniaria consiste, dunque, nel superamento dell'attuale dicotomia che caratterizza il relativo

⁸⁵ In Spagna, in tema di pena pecuniaria, vengono formulate importanti proposte inserite nel Progetto di riforma del Codice penale spagnolo del 2006, parzialmente accolte dalla *Ley Orgánica 5/2010*, che ha profondamente modificato il codice penale spagnolo. La pena pecuniaria, disciplinata dal codice penale spagnolo all' art. 50, può, dopo l'introduzione della *Ley Orgánica 5/2010*, essere applicata anche alla persona giuridica; l' ammontare della *cuota diaria* rimane invece invariato e va da 2 a 400 €. Accanto al sistema dei tassi giornalieri è stato conservato, anche se limitatamente alle sole ipotesi disciplinate dal legislatore, pure il sistema a somma complessiva. Anche in Spagna, così come in Germania è previsto che alla pena pecuniaria non possa essere applicata la sospensione condizionale.

⁸⁶ GOISIS, *L'effettività (rectius ineffettività) della pena pecuniaria in Italia, oggi*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, p. 17. Secondo L'Autrice, nel 2006, in Germania, si sarebbe raggiunto l'apice del 90% delle pene pecuniarie sul totale complessivo delle pene. In proposito cfr. GOISIS, *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Milano, 2008, p. 206.

⁸⁷ EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 1321.

⁸⁸ Queste osservazioni, già proposte in passato, alla vigilia dell'inizio dei lavori della Commissione Pagliaro, rimangono oggi del tutto attuali dal momento che, sul fronte della pena pecuniaria, da allora, poco e nulla è cambiato. Nel 1988, De Maglie, affermava che «i due fondamentali requisiti che alla pena pecuniaria devono oggi essere richiesti sono la trasparenza e l'eguaglianza di sacrificio economico»; cfr. DE MAGLIE, *Ha un futuro l'attuale modello di pena pecuniaria?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 679.

⁸⁹ GOISIS, *L'effettività (rectius ineffettività) della pena pecuniaria in Italia, oggi*, cit., p. 18.

sistema commisurativo, basato sul ricorso al modello a somma complessiva per la pena pecuniaria principale ed al modello dei tassi giornalieri per la pena pecuniaria sostitutiva. Il sistema per tassi giornalieri dovrebbe essere l'unico criterio seguito per la commisurazione della pena pecuniaria sia principale che sostitutiva. Non si tratta di una proposta nuova; anzi, in questa direzione andava già il progetto Grosso, basandosi sui dati statistici che mostravano i risultati positivi ottenuti in quei Paesi che avevano scelto di sperimentare il modello per tassi⁹⁰.

Seguendo l'esempio della Germania, dove tale sanzione raggiunge un grado di efficacia altissimo, oltre alle modificazioni strutturali, per valorizzare la pena pecuniaria sarebbe necessario valutare seriamente l'ipotesi di sottrarla alla sospensione condizionale della pena. La pena pecuniaria è uno strumento sanzionatorio più tenue di quanto non lo sia la pena detentiva; se le si vuole attribuire reale efficacia, anche nel senso di deterrenza, la sua applicazione deve essere certa, non può ammettere vie di fuga.

Se la pena pecuniaria venisse riformata secondo queste indicazioni, molti potrebbero essere gli aspetti positivi derivanti dall'applicazione di una simile sanzione: assenza degli effetti di emarginazione sociale, economicità e redditività per lo Stato, graduabilità in base alle condizioni economiche del destinatario, efficacia deterrente soprattutto in relazione ai reati commessi con scopo di lucro. Sarebbe illogico pertanto, alla luce di queste valutazioni, abbandonare una forma sanzionatoria⁹¹ che, se potenziata e rinnovata, potrebbe portare ad ottimi risultati nella prospettiva della riduzione della pena detentiva.

4.2. La sospensione condizionale della pena e la sospensione del processo con messa alla prova.

L'istituto della sospensione condizionale è ormai presente da moltissimi anni nel nostro ordinamento penale e trova un'applicazione assai generosa, oltre che spesso automatica, nelle aule dei nostri tribunali, tanto da essere stato definito dalla dottrina «un vero e proprio pilastro dell'indulgenzialismo»⁹². Il risultato è che viene messa

⁹⁰ DOLCINI, *La pena in Italia oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in (a cura di) DOLCINI-PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, Milano, p. 1099.

⁹¹ Ipotesi prospettata dalla commissione Nordio, che ne propose il quasi totale abbandono (vedi *supra*).

⁹² DOLCINI, *Il castigo sia moderato ma certo*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, in ricordo di Adolfo Beria di Argentine, a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Convegni di studio «Enrico de Nicola», Problemi attuali di diritto e procedura penale, Milano,

seriamente in crisi la certezza della pena ed il suo effetto deterrente; anche nel caso in cui una pena venisse inflitta dal giudice, se non supera il limite dei due anni, potrebbe sempre essere sospesa ed evitare l'esecuzione, anche senza mettere in atto alcuna condotta riparatoria o risarcitoria⁹³.

Solo in tempi recenti, invece, si è cominciato a parlare di sospensione del processo con messa alla prova; tale istituto, preso a prestito dal diritto minorile, è proposto per la prima volta nel progetto Pisapia, e poi riproposto sia nel disegno di legge Alfano che nel disegno di legge Severino⁹⁴. L'intento principale che si cerca di realizzare con questo istituto è quello di rafforzare i contenuti risocializzativi e riparatori della sospensione, ispirandosi al modello di *probation* attuato nei Paesi di *common law*⁹⁵; sarebbe così possibile, per la prima volta, strutturare la pena nei termini di un percorso significativo di rieducazione, in rapporto alle condizioni personali del soggetto, piuttosto che in base al *quantum* di pena stabilito nella sentenza di condanna⁹⁶.

Fino ad ora, tuttavia, questo nuovo istituto ha faticato ad essere accettato perché fonte di notevoli perplessità. In primo luogo, vi è un'alta probabilità che esso non trovi grande applicazione fintanto che subirà la spietata concorrenza della sospensione condizionale 'semplice', così come disciplinata oggi. Nelle proposte più recenti è previsto che la sospensione del procedimento con conseguente messa alla prova sia ammissibile in relazione ai reati puniti con pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni mentre la sospensione condizionale della pena, disciplinata

2002, p. 39; nello stesso senso PALIERO, *La riforma del sistema sanzionatorio tra utopia e realtà*, cit., p. 275, dove la sospensione condizionale è indicata, insieme all'affidamento in prova al servizio sociale penitenziario e alla detenzione, come uno degli unici istituti realmente applicati nel nostro sistema penale, mentre le altre forme sanzionatorie, seppure «espansive numericamente fino ad esaurire la fantasia creatrice del legislatore» e «proliferate fino al limite del possibile» non hanno mai attecchito nel sistema reale delle reazioni al reato.

⁹³ A tal proposito DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1213, afferma che «le sospensioni "regalate" senza nessi con la riparazione e il risarcimento sono prive di logica (...)»

⁹⁴ Recentemente, l'istituto della sospensione del processo con messa alla prova è stato ripresentato con il d.d.l. 925/2013, su proposta degli on. Costa e Ferranti, recante «*Delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*». Tale disegno di legge ha passato l'esame al senato, dove è stato approvato con modificazioni il 21 gennaio 2014; dal 13 febbraio 2014 è all'esame della camera.

⁹⁵ VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1300; DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., p. 1213.

⁹⁶ PELISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, p. 263; EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 1317.

dall'art. 163 c.p. è applicabile nei casi di condanna a pena detentiva fino a due anni; molti degli indagati e degli imputati a cui sarebbe indirizzato l'istituto della sospensione con messa alla prova, pertanto, verosimilmente, rinunceranno a questa opportunità confidando nell'applicazione della pena sospesa che risulterà più appetibile, non implicando nessuna prestazione ulteriore. È vero che il nuovo istituto eviterebbe all'imputato di arrivare alla pronuncia di condanna ma al costo di prestare attività di lavoro di pubblica utilità, di svolgere attività di volontariato di rilievo sociale o, comunque, di adempiere ad obblighi di risarcimento e riparatori per periodi di tempo anche piuttosto lunghi.

La situazione è la stessa che si è prospettata quando sono state introdotte, con la l. 689/1981, le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi⁹⁷; anche la sospensione del processo con messa alla prova, pensata per evitare la pena detentiva a delinquenti primari ed autori di reati di scarsa gravità, finisce per essere richiesta solo da quei soggetti che si vedono preclusa la possibilità di ricorrere alla sospensione condizionale 'semplice', in quanto recidivi o autori di reati che superano la soglia dei due anni di pena detentiva, ai quali comunque il nuovo istituto non potrebbe essere applicato, essendo difficile formulare nei loro confronti la necessaria prognosi di astensione dalla commissione di nuovi reati. Il significato dell'istituto ne esce stravolto.

In secondo luogo, anche nel caso in cui tale istituto venisse applicato, l'unica sanzione fino ad ora prevista nel caso di violazione delle prescrizioni stabilite dal giudice è quella della ripresa del processo nei confronti dell'imputato. L'efficacia dissuasiva risulta assai scarsa dal momento che, anche laddove il processo ripartisse, la lentezza dei processi potrebbe comunque far sperare in un lungo periodo durante il quale l'imputato, in attesa di un eventuale sentenza definitiva, non subirebbe alcuna conseguenza. Realmente interessato a sottoporsi ad un periodo di messa alla prova potrebbe essere solo chi abbia uno specifico interesse ad evitare la condanna⁹⁸.

Infine, l'obiezione più rilevante che viene mossa è quella basata sull'art. 27, co. 2 Cost.⁹⁹; fintanto che il procedimento penale è in corso e non si è giunti ad una

⁹⁷ VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., p. 1301.

⁹⁸ VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., p. 1302.

⁹⁹ VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., p. 1302. L'Aurora, qui, si pone anche l'ulteriore problema di come si dovrebbe agire nel caso in cui, una volta ripreso il processo, si pervenisse ad una pronuncia di assoluzione che sancirebbe, a posteriori, il carattere indebito (e quindi ripetibile ex art. 2033 c.c.) di tali prestazioni. Per quanto

sentenza di condanna definitiva, l'imputato è presunto innocente. Come si può prevedere l'obbligo, anche se assunto consensualmente, di prestare un'attività lavorativa in favore della collettività o, per lo meno, di risarcire il danno causato dalla propria condotta o, ancora, di riparare alle conseguenze dannose o pericolose del reato, verso un soggetto che si presume non abbia commesso alcun reato? D'altronde nulla esclude che, in caso di ripresa del processo questo soggetto venga assolto.

Una soluzione possibile, per risolvere tutti questi aspetti di criticità e per porre fine al ricorso indiscriminato alla sospensione condizionale 'semplice' ex art. 163 c.p., è quella di prevedere la sospensione con messa alla prova non in relazione alla fase processuale, bensì a quella esecutiva¹⁰⁰. Si potrebbe pensare ad una sorta di sospensione condizionale della pena con messa alla prova che si affianchi alla sospensione condizionale 'semplice', seguendo il modello francese. In Francia, infatti, accanto al *sursis simple*, equivalente alla nostra sospensione condizionale della pena ex art. 163 c.p., a partire dal 1958, sotto l'influsso dell'esperienza inglese del *probation*, viene introdotto il *sursis avec mise à l'épreuve*¹⁰¹, pronunciato direttamente dal giudice di cognizione e consistente in una sospensione dell'esecuzione della pena arricchita da elementi che sostengono il condannato nel suo cammino di reinserimento sociale; egli, durante il periodo di prova, oltre ad essere sottoposto a misure di controllo, è tenuto al rispetto di varie obbligazioni che gli vengono imposte tenendo conto della sua situazione individuale. La buona riuscita di quest'istituto nella prassi applicativa indusse addirittura, nel 1983, a prevedere una terza tipologia di *sursis*, il *sursis TIG (assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général)*¹⁰² che prevede di affiancare alla sospensione condizionale lo svolgimento di un lavoro di pubblica utilità, la cui applicazione può essere decisa sia al momento della condanna che successivamente, su proposta del giudice per l'applicazione delle pene (JAP)¹⁰³.

riguarda l'incompatibilità di questo istituto con la presunzione di non colpevolezza si veda anche CICIRELLO, *Carcere e misure alternative tra manovre legislative ed interventi 'riparatori' della Corte Costituzionale*, cit., p. 1666.

¹⁰⁰ In questo senso si è espresso anche VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., p. 1302.

¹⁰¹ Si tratta di un istituto inserito nel codice di procedura penale francese attraverso un'ordinanza del 1958. Oggi la sospensione con messa alla prova è disciplinata dal code pénal, all'art. 132-40 e ss.

¹⁰² Il *sursis TIG* introdotto con una legge del 10 giugno 1983, oggi è regolamentato all'art. 132-54 e ss.

¹⁰³ CICIRELLO, *Carcere e misure alternative tra manovre legislative ed interventi 'riparatori' della Corte Costituzionale*, cit., p. 1661 e ss.

Anche in Italia, dunque, potrebbe essere previsto che ai fini della messa alla prova il giudice debba già aver constatato la colpevolezza del soggetto coinvolto¹⁰⁴. Solo dopo un tale accertamento sarà possibile acquisire, per le esigenze del progetto di prova, le «necessarie informazioni sulle condizioni di vita personale, familiare, sociale ed economica»¹⁰⁵.

Si verrebbero così a configurare, riprendendo sostanzialmente quanto già prospettato dal progetto Pisapia¹⁰⁶, sia una forma di sospensione condizionale ‘semplice’, identica a quella oggi disciplinata dall’art. 163 c.p., sia una nuova forma di sospensione condizionale della pena con contestuale messa alla prova del condannato; quest’ultima dovrebbe essere subordinata, come in ogni caso di sospensione condizionale, alla prognosi di non recidiva, a cui però si potrebbe aggiungere una valutazione ulteriore circa la possibilità di adempiere agli obblighi risarcitori e restitutori oltre che alle prescrizioni ulteriori fissate dal giudice per il periodo di messa alla prova¹⁰⁷, le quali potrebbero riguardare lo svolgimento di un lavoro di pubblica utilità¹⁰⁸. Proprio l’attività lavorativa gratuita a favore della collettività, infatti, permetterebbe al condannato di riappropriarsi di quei valori trasgrediti con il reato, conferendo alla pena carattere realmente rieducativo.

¹⁰⁴ EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 1318.

¹⁰⁵ Progetto di riforma del codice penale, parte generale, Commissione Pisapia, art. 48, co. 4, consultabile sul sito internet www.ristretti.it/areestudio/studigiuridici.

¹⁰⁶ Il progetto Pisapia all’art. 48 disciplina la *sospensione condizionale della pena* mentre all’art. 49 disciplina la *sospensione della pena con messa alla prova*, entrambe, comunque, riferite al momento esecutivo; cfr. artt. 48, 49 del progetto Pisapia in www.ristretti.it/areestudio/studigiuridici.

¹⁰⁷ Tali valutazioni potrebbero essere elaborate dal giudice anche con il supporto ed il parere di esperti criminologi e psicologi. La possibilità di ricorrere, anche nel processo penale ordinario, alla perizia criminologica e psicologica durante la fase di cognizione, già prevista nel processo minorile, rappresenta oggi un punto molto dibattuto. Attualmente le perizie criminologiche e psicologiche sono ammissibili, nei confronti degli adulti, solo dopo che sia intervenuta la sentenza di condanna, nella fase di esecuzione della pena. Il divieto di sottoporre a perizia il carattere e la personalità del reo è sancito dall’art. 220, co.2, c.p.p., il quale stabilisce che «salvo quanto previsto ai fini dell’esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l’abitudine o la professionalità del reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell’imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche». Peraltro, tale divieto è spesso aggirato, nella prassi, facendo ricorso a perizie psichiatriche non strettamente necessarie ed è contraddetto, sul piano legislativo, da disposizioni che, in determinate circostanze, consentono di indagare la personalità e la moralità del reo; ne è un esempio l’art. 194, co. 1, c.p.p., che pur vietando al testimone, in via generale, di deporre sulla moralità dell’imputato, lo consente nel caso in cui si tratti di fatti specifici, idonei a qualificare la personalità in relazione al reato e alla pericolosità sociale. In proposito si veda CAPRIOLI, *Processo penale e commisurazione della pena*, in AA.VV., *Silète poenologi in munere alieno!*, Teoria della pena e scienza penalistica, oggi, a cura di Pavarini, Milano, 2006, p. 137. Per quanto riguarda l’opportunità di ricorrere a perizia psicologica o criminologica durante il processo si veda MONTAGNA, *I confini dell’indagine personologica nel processo penale*, Roma, 2013.

¹⁰⁸ Si unirebbero così nell’istituto della sospensione condizionale con messa alla prova gli istituti del *sursis avec mise à l’épreuve* e del *sursis TIG* previsti dall’ordinamento francese.

In questo modo, subordinando la concessione della misura ad una prognosi, effettuata in modo serio e ponderato, di non recidiva e di rispetto degli obblighi e delle prescrizioni stabilite dal giudice, se ne garantirebbe l'applicazione, in pratica, ai soli delinquenti primari, anche se autori di reati di gravità media o medio-alta, rispetto ai quali avrebbe effettivamente senso scommettere su una misura a forte contenuto specialpreventivo positivo, che eviti l'ingresso in carcere¹⁰⁹.

Gli obblighi risarcitori e restitutori, le prescrizioni da rispettare nell'ambito della messa alla prova e l'eventuale svolgimento del lavoro di pubblica utilità, rappresenterebbero vere e proprie sanzioni alternative rispetto alla pena detentiva già inflitta e provvisoriamente sospesa. Nel caso in cui non venissero rispettate, la sospensione sarebbe revocata, con conseguente esecuzione della pena detentiva rimasta fino a quel momento sospesa.

La modificazione del sistema di sospensione condizionale in questa direzione vorrebbe dire rinunciare, nei confronti di quei soggetti che il giudice reputa idonei, ad un'idea di pena intesa come prospettazione di un male immediato, che prescinde da qualsiasi forma di riparazione perché opera nella pura logica della vendetta, in favore di una soluzione che abbia contenuto affittivo realmente sussidiario in grado di riabilitare il reo¹¹⁰. Di sicuro un tale passo richiederebbe una scelta politica molto coraggiosa, che rischierebbe di andare contro un'opinione pubblica che, con buona probabilità, giudicherebbe un istituto così congegnato troppo tenue, troppo lassista e troppo poco punitivo. Tuttavia, se attuata nel modo corretto, la sospensione condizionale della pena con messa alla prova, porterebbe a risultati positivi sia nei confronti della vittima che della collettività; per quanto riguarda la vittima, sarà più facile che il danno che le è stato arrecato con il reato venga risarcito, dal momento che l'esito positivo della prova dipenderà dall'effettivo adempimento dell'obbligo risarcitorio o restitutorio; inoltre, la vittima non sarà abbandonata come accade una volta terminato il processo penale ma continuerà a rimanere protagonista durante l'arco di tempo della messa alla prova del condannato; per quanto riguarda la collettività, invece, potrebbe rappresentare una scommessa verificare se uno strumento non più rivolto esclusivamente al reato commesso nel passato, ma incentrato sulla possibilità di un recupero futuro dell'individuo possa avere realmente successo. Si tratta di accertare se, rinunciando al carcere e sostituendolo con la

¹⁰⁹ In questo senso VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., p. 1303.

¹¹⁰ DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., p. 1213.

prestazione di servizi, che ad esempio potrebbero essere rivolti alla collettività a titolo gratuito, per un periodo di tempo ragionevolmente lungo (si è parlato, nel progetto Piaspia, di un periodo di cinque anni), corrispondente a quello della sospensione dell'esecuzione della pena, è possibile garantire l'effettiva riacquisizione dei valori fondamentali della convivenza in società, a cui la pena dovrebbe sempre mirare in forza dell'art. 27, co. 3 Cost.¹¹¹.

Di sicuro l'introduzione di un istituto come questo nel codice penale implicherebbe un intervento di coordinamento con la misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale, disciplinata dall'art. 47 ord. penit., che dal 1998 può essere disposta anche senza che vi sia un preliminare ingresso in carcere del condannato; sarebbe inevitabile, infatti, un conflitto tra questi due istituti, che, nel caso in cui l'affidamento in prova al servizio sociale fosse disposto dal magistrato di sorveglianza nei confronti di un soggetto in stato di libertà, sostanzialmente riguarderebbero situazioni analoghe. Dal momento che l'affidamento in prova ai servizi sociali nasce perché l'ordinamento penitenziario decide di farsi carico di problemi a cui la sospensione condizionale, a livello codicistico, non era stata in grado di dare una risposta soddisfacente, nel caso in cui la sospensione condizionale venisse riformata riempiendola di contenuti positivi, «rimarrebbe ancora spazio e ragion d'essere per l'affidamento 'penitenziario' al servizio sociale?»¹¹².

Lo schema Pagliaro risponde a questo quesito proponendo l'abrogazione totale dell'affidamento in prova. Nella Relazione al progetto Grosso, così come nella Relazione al progetto Pisapia, invece, ci si limita a segnalare il problema di coordinamento con l'ordinamento penitenziario e la necessità di delimitare l'ambito di applicazione dei due istituti¹¹³.

Una soluzione potrebbe essere quella di eliminare la possibilità di concedere l'affidamento in prova al servizio sociale ai soggetti in stato di libertà, nei confronti

¹¹¹ VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., p. 1306.

¹¹² Questa tematica è affrontata da PULITANÒ, *La sospensione condizionale della pena: problemi e prospettive*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, in ricordo di Adolfo Beria di Argentine, a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Convegni di studio «Enrico de Nicola», Problemi attuali di diritto e procedura penale, Milano, 2002, p. 145 e ss. Nella stessa opera si occupa di questo tema anche DELLA CASA, *Misure alternative ed effettività della pena: una ricognizione della situazione odierna*, p. 105.

¹¹³ PULITANÒ, *La sospensione condizionale della pena: problemi e prospettive*, cit., p. 145,146. L'Autore prende posizione proponendo come soluzione quella di una totale eliminazione dell'affidamento in prova penitenziario, le cui funzioni sarebbero assorbite dalla sospensione condizionale. Presupposto necessario sarebbe però una riforma del sistema che recepisca «senza tentennamenti le linee della drastica restrizione nell'utilizzo della pena carceraria e del potenziamento della sospensione condizionale volta alla prevenzione speciale».

dei quali dovrebbe essere il giudice di cognizione ad applicare, in via esclusiva, la sospensione della pena con messa alla prova, mentre l'affidamento in prova ai servizi sociali potrebbe continuare ad essere previsto come misura messa a disposizione dall'ordinamento penitenziario per quei soggetti che, grazie ai progressi ottenuti con il trattamento penitenziario, si rivelassero meritevoli di una tale misura dopo un certo periodo di esecuzione della pena in carcere.

4.3. *La detenzione domiciliare come pena principale e la 'detenzione del fine settimana'.*

Abbiamo visto come già a partire dal progetto Grosso, venisse prospettata l'ipotesi di inserire tra le pene principali anche la detenzione domiciliare. Anche il progetto Nordio ed il progetto Pisapia riprendono questa proposta mentre il recente disegno di legge 5019-*bis* (d.d.l. Severino) propone addirittura di ricorrere in via ordinaria alla pena principale della detenzione domiciliare per tutti i reati che prevedono la pena della reclusione fino a quattro anni risultando così, in questi casi, eccezionale la detenzione in carcere. Dal momento che la proposta contenuta nel d.d.l. 5019-*bis* avrebbe ampliato notevolmente l'ambito di applicazione della detenzione domiciliare, non si esclude, laddove il giudice lo ritenga opportuno per motivi di sicurezza, il ricorso a «particolari modalità di controllo, esercitate attraverso mezzi elettronici o altri strumenti tecnici»¹¹⁴, termini con i quali si fa riferimento al c.d. 'braccialetto elettronico'¹¹⁵.

¹¹⁴ Così si legge all'art. 5 del d.d.l. 5019-*bis*, in *www.camera.it*.

¹¹⁵ Con l'art. 16 del d.l. n. 341 del 2000, convertito con la l. n. 4/2001, il legislatore ha previsto, all'art. 275-*bis* del codice di rito, che il giudice, nel disporre la misura degli arresti domiciliari possa prescrivere, in considerazione della natura e del grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto, l'adozione di mezzi elettronici o altri strumenti tecnici di controllo, cioè il c.d. 'braccialetto elettronico'. Con gli stessi provvedimenti normativi, si è previsto all'art. 47-*ter* co. 4-*bis* dell'ord. penit. che le disposizioni di cui all'art. 275-*bis* c.p.p. trovino applicazione anche in caso di esecuzione della misura alternativa della detenzione domiciliare. Il recentissimo d.l. 146/2013 abroga il co. 4-*bis* dell'art. 47-*ter*, trasferendo la relativa disciplina al nuovo art. 58-*quinqies*. Si sceglie, pertanto, di conservare nell'ord. penit. la previsione di un possibile ricorso al braccialetto elettronico correlato alla detenzione domiciliare, nonostante di fatto, fino ad oggi, ne sia stato fatto un utilizzo a dir poco irrilevante. Risulta infatti che dei 2000 braccialetti elettronici messi a disposizione dal 2005, solo 55 siano attualmente attivi, per decisione dei giudici operanti in soli otto uffici giudiziari italiani. Per quanto riguarda il suo funzionamento, il braccialetto elettronico si presenta come un braccialetto vero e proprio, di dimensioni contenute, che il soggetto dovrà portare alla caviglia; il dispositivo all'interno del braccialetto, collegato con la linea telefonica dell'abitazione presso cui il condannato sconterà la pena, è collegato ad una stazione operativa situata presso le centrali della Polizia di Stato, dei Carabinieri o della Guardia di Finanza; nel caso in cui il soggetto si allontani dall'abitazione o tenti di danneggiare il braccialetto, scatterà un allarme che consentirà un immediato intervento delle forze dell'ordine. Molti sono stati, negli ultimi anni, gli interventi che hanno denunciato la troppo scarsa applicazione di questo strumento nella prassi; Il TAR del Lazio, nella sentenza n. 4997 dell'1 giugno

Questa soluzione, in effetti, permetterebbe di non relegare più la decisione di disporre la detenzione domiciliare alla fase esecutiva e di non ridurre più tale misura a semplice modalità di esecuzione della pena detentiva, trasformandola in pena applicabile in via principale con la sentenza di condanna¹¹⁶.

Tuttavia, sotto diversi aspetti, la detenzione domiciliare non sembra essere la soluzione più idonea a sostituire la pena detentiva. Innanzitutto, bisogna sottolineare che tale misura potrebbe risultare molto gravosa dal punto di vista psicologico, specie se applicata agli autori di reato che non dispongano di un contesto familiare accogliente ed idoneo. Dal punto di vista della deflazione carceraria non si può essere certi che gli effetti saranno consistenti; molti soggetti non potranno comunque fruire della detenzione domiciliare, la cui applicazione è ragionevolmente preclusa a tutti coloro i quali abbiano compiuto un reato verso un membro della famiglia o una persona convivente; molti saranno anche coloro i quali non potranno accedere a questa ipotesi sanzionatoria in quanto privi di un domicilio idoneo; basti pensare che tra i condannati a pene detentive fino a tre anni, che sono appunto i destinatari

2012, con la quale annulla l'accordo tra il Ministero degli Interni e Telecom Italia per la fornitura dei braccialetti elettronici (pur lasciando la convenzione in vigore fino al 31 dicembre 2013), stigmatizza il sottoutilizzo di questi dispositivi; la Corte dei Conti, nella deliberazione n. 11/2012/G, evidenzia il costo esorbitante del sistema - di oltre dieci milioni annui - a fronte di esigue unità applicate dall'amministrazione giudiziaria; anche il Ministro dell'Interno, in un'interrogazione alla Camera dei Deputati durante la seduta n. 700 del 10 ottobre 2012, denuncia il cattivo utilizzo fatto di uno strumento che poteva rivelarsi importante nell'ottica di deflazione penitenziaria. Invero, il tipo di braccialetti elettronici messi a disposizione nel 2005, e tuttora a disposizione, presentano alcuni problemi: funzionano tramite allacciamento alla linea telefonica e per poter essere utilizzati, pertanto è necessario che il condannato alla detenzione domiciliare disponga di un abitazione vera e propria con corrente elettrica e allacciamento telefonico; inoltre, a differenza dei braccialetti elettronici dotati di sistema GPS, utilizzati in molti altri Stati europei, tra cui la Francia, in caso di allontanamento del condannato dall'abitazione non sarà possibile seguirne gli spostamenti. L'applicazione, seppur molto limitata, che si è fatta fino ad oggi dei braccialetti elettronici ha dato comunque risultati molto positivi; su 55 braccialetti elettronici in uso si è registrato un solo caso di evasione. Sarebbe pertanto utile, in un momento di insostenibile sovraffollamento carcerario come quello che sta vivendo oggi l'Italia, non lasciare intentata questa via. L'adozione del braccialetto, essendo un valido deterrente alle violazioni dell'obbligo di permanenza presso la propria dimora, incide direttamente sulla capacità effettiva di autocustodia di chi è sottoposto alla detenzione domiciliare e, di fatto, rafforza il divieto di allontanamento dalla propria abitazione, in modo tale da poter pervenire ad un accertamento di idoneità di tale misura per un numero maggiore di soggetti, consentendone l'applicazione in luogo della pena della reclusione in carcere in una casistica più ampia. In base a quanto disposto dal d.l. 146/2013 che all'58-*quinquies*, introdotto in sostituzione del co. 4-*bis* dell'art. 47-*ter*, richiama l'art. 275-*bis* c.p.p., la regola, in caso di detenzione domiciliare dovrà essere quella di ricorrere sempre al braccialetto elettronico, fatta eccezione per il caso in cui il giudice indichi specificamente i motivi per cui lo ritiene non necessario. In proposito BASSI-VON BORRIES, *Il braccialetto elettronico: un dispositivo dimenticato*, in *Quest. Giust.*, 2013, versione on-line, sezione Prassi e orientamenti, in www.magistraturademocratica.it. Per un approfondimento sul tema del braccialetto elettronico cfr. CESARIS, *Dal Panopticon alla sorveglianza elettronica*, in (a cura di) BARGIS, *Il decreto 'antiscarcerazioni'*, IV ed., Torino, 2001, p. 49 e ss.

¹¹⁶ PELISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, cit., p. 263.

principali dell'istituto della detenzione domiciliare, il 37,9% sono stranieri¹¹⁷, i quali, in buona percentuale, non avranno a disposizione un luogo adatto dove scontare la pena. Un problema di fondo deriva poi dal fatto che il ricorso alla detenzione domiciliare non è supportato, almeno nelle proposte elaborate fino ad oggi, da forme di sostegno o di trattamento, che invece, in qualche modo, dovrebbero essere assicurate se si vuole rispettare l'indirizzo indicato dall'art. 27 co. 3 Cost., secondo il quale la pena dovrebbe avere come obiettivo principale quello della rieducazione; il modello di detenzione domiciliare attualmente prospettato, sembrerebbe invece soddisfare esclusivamente esigenze puramente afflittive¹¹⁸.

Non si può tuttavia negare che la previsione della detenzione domiciliare come pena principale abbia anche aspetti positivi; come prima cosa, evita comunque l'ingresso in carcere, salvaguardando così il soggetto dal pericoloso contatto con l'ambiente penitenziario ed evitando che si verifichino tutte le conseguenze negative che da esso derivano, prima tra tutte quella del 'contagio criminale'; oltre a ciò, la possibilità di prevedere la detenzione domiciliare come pena principale, disposta dal giudice di cognizione anziché dal magistrato di sorveglianza, consentirebbe di intervenire in merito al problema dell'emergenza carceraria in maniera rapida, nell'attesa di interventi di più ampio respiro che, come tali, richiedono tempi più lunghi di elaborazione¹¹⁹. Il ricorso a questa forma punitiva potrebbe costituire, pertanto, una soluzione efficace da utilizzare nei confronti di quei soggetti che, per un certo tempo, debbano essere tenuti lontani da determinati ambienti o che comunque sia preferibile non fare entrare a contatto con il sistema carcerario¹²⁰.

Una variante della detenzione domiciliare è rappresentata dall'*obbligo di permanenza presso il domicilio*, previsto in caso di reati di scarsa e scarsissima gravità, conosciuto anche come 'detenzione del fine settimana'. Tale istituto prevede che il soggetto sia condannato a rimanere presso la propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in un luogo di cura, assistenza o accoglienza, nei soli giorni di sabato e domenica. La proposta di introdurre di un simile strumento tra le pene principali era stata avanzata nel 2005 dal progetto Nordio; la Commissione Nordio prende spunto dalla recente introduzione dell'obbligo di permanenza presso il

¹¹⁷ Dati forniti dal «Decimo rapporto nazionale sulle condizioni di detenzione» presentato dall'Associazione Antigone a novembre 2013, in www.osservatorioantigone.it.

¹¹⁸ EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 1323.

¹¹⁹ PELISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, cit., p. 263.

¹²⁰ EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 1324.

domicilio nel fine settimana tra le sanzioni applicabili in via principale dal giudice di pace in ambito penale (art. 53, d.lgs. 274/2000), che avrebbero dovuto fare da terreno di prova per una futura applicazione anche al processo ordinario. Oggi questa ipotesi, ancora prevista come sanzione principale applicabile dal giudice di pace, per quanto riguarda il processo ordinario sembra essere stata abbandonata e nei disegni di legge più recenti non ve ne è traccia; non è da escludere che un tale abbandono sia in parte dovuto ai risultati fallimentari ottenuti come pena applicabile dal giudice di pace visto che dal 2002 al 2011, presso il Tribunale di Milano, tale misura è stata applicata in tutto solo ventotto volte¹²¹.

4.4. *Le pene interdittive e prescrittive.*

Allo scopo di spostare il baricentro della risposta punitiva dalla detenzione carceraria ad altre forme di punizione, sarebbe utile incidere sul catalogo delle pene principali a disposizione del giudice di cognizione, introducendo sanzioni a carattere interdittivo e prescrittivo. Se già a partire dal progetto Grosso si ipotizza di inserire tra le pene principali quelle interdittive, con i progetti Nordio¹²² e Pisapia¹²³ sia le pene interdittive sia quelle prescrittive sono proposte come pene principali che affiancano quelle detentive o comunque limitative della libertà personale; in entrambi i progetti tali sanzioni risultano graduate in base ad una logica di proporzione tra illecito commesso e sanzione prevista. Come risulta evidente dalla lettura dell'art. 17 c.p., nessun ampliamento delle pene principali in questo senso vi è stato fino ad oggi. Le sanzioni interdittive continuano ad essere previste come pene accessorie (art. 19 c.p.), mentre nel codice penale non vi è traccia di pene prescrittive disciplinate in maniera organica.

Le *pene interdittive*, nonostante le perplessità della dottrina riguardo ad un' applicazione sotto forma di pena principale, dovute principalmente al timore che esse possano rivelarsi troppo stigmatizzanti, sarebbero interessanti dal punto di vista della prevenzione speciale, specie con riguardo a reati concernenti l'esercizio di funzioni pubbliche (tra cui quelle di natura politica) o la gestione di imprese¹²⁴. Si tratta di una

¹²¹ DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, IV ed., Milano, 2012, p. 560.

¹²² Il progetto Nordio disciplina le pene interdittive agli artt. 61-65 e le pene prescrittive agli artt. 66-71 dell'articolato del progetto.

¹²³ Il progetto Pisapia disciplina le pene interdittive all'art. 28, co. 1, elencandole alle lett. *a-i* e le pene prescrittive all'art. 29, co. 1 elencandole alle lett. *a-i* dell'articolato del progetto.

¹²⁴ EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 1321; DOLCINI, *Il castigo sia moderato ma certo*, cit., p. 43.

tipologia di pene molto delicate, non utilizzabili in modo indiscriminato ma che, al contrario, presuppongono un'accurata e difficile selezione delle violazioni rispetto alle quali esse possono essere ritenute adeguate¹²⁵. L'ambito di applicazione nel quale possono operare come strumento di politica penale efficace e razionale è quello dei reati commessi nell'ambito professionale inteso in senso lato.

È vero che una riforma in questo senso non avrebbe un impatto diretto sul fenomeno del sovraffollamento carcerario, dal momento che i reati interessati dalla misura interdittiva non rientrano tra quelli che prevedono un'applicazione immediata della pena detentiva, ma verrebbe, comunque, assicurata una maggiore efficacia deterrente rispetto a sanzioni detentive che solitamente si rivelano inefficaci o sospese condizionalmente¹²⁶. Comportamenti criminosi che oggi, di fatto, non portano praticamente mai il delinquente primario in carcere, quali le lesioni personali e gli omicidi colposi dovuti alla violazione delle norme in materia di sicurezza sul lavoro, la colpa medica o molti dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, potrebbero così essere sanzionati con pene interdittive effettivamente scontate, con un forte recupero dei margini di certezza della risposta penale¹²⁷.

Le *pene di natura prescrittiva* si distinguono in due tipologie con caratteristiche molto diverse tra loro. Da un lato, infatti, tali pene possono consistere in specifici *divieti*, molto simili a quelli già esistenti ed applicati nell'ambito delle misure di sicurezza (ad esempio il divieto di soggiorno in uno o più Comuni o in una o più Province, *ex art. 215, co. 2, n. 2 c.p.*) o delle misure cautelari (sospensione dell'esercizio della potestà genitoriale, *ex art 288 c.p.p.* o sospensione dell'esercizio di un pubblico ufficio o servizio *ex art. 289 c.p.p.*), che hanno lo scopo di sottoporre il condannato ad una sorta di controllo. Dall'altro, le prescrizioni possono consistere nella predisposizione di un percorso con finalità risocializzante, che prevede un impegno diretto del colpevole, da svolgersi con il supporto del servizio sociale; ed è questo l'aspetto decisamente più innovativo e promettente delle pene prescrittive¹²⁸. Verrebbero pertanto trasfusi in una pena autonoma, inflitta con la sentenza di condanna, i contenuti che oggi caratterizzano la misura alternativa dell'affidamento

¹²⁵ PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, cit., p. 103.

¹²⁶ PELISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, cit., p. 263.

¹²⁷ PETRINI, *Certezza della pena e modelli sanzionatori*, in (a cura di) PISA, *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti, Genova, 15 novembre 2006, Torino, 2007, p. 207.

¹²⁸ EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 1322.

in prova al servizio sociale (art. 47 ord. penit.). Una simile ipotesi presupporrebbe un apparato esecutivo di supporto piuttosto complesso e ben organizzato, che richiederebbe un potenziamento degli Uffici dell'esecuzione penale esterna, realizzabile destinandovi una parte delle risorse che fino ad oggi sono state destinate alla gestione del costosissimo apparato carcerario¹²⁹.

L'acquisizione degli elementi circa la condizione personale del soggetto, necessari per poter determinare il contenuto della prescrizione, dovrebbe svolgersi in una fase del giudizio specificamente destinata a ciò; in questo modo sarebbe possibile svolgere un'analisi più completa dell'individuo e si potrebbe superare la prospettiva di una valutazione limitata esclusivamente alla condotta del soggetto nel periodo successivo al fatto, come avviene oggi in base all'art. 47, co. 3 ord. penit¹³⁰.

Inoltre, sarebbe possibile attribuire alla pena prescrittiva un contenuto terapeutico-riabilitativo; tale scelta rappresenterebbe un risultato importante con riguardo ai reati il cui compimento sia condizionato dalla tossicodipendenza del soggetto agente; in questo caso sarebbe comunque necessario il consenso dell'interessato.

Sempre in presenza del consenso del soggetto interessato la pena prescrittiva potrebbe avere come contenuto lo svolgimento di un lavoro di pubblica utilità; in questo modo anche il *lavoro di pubblica utilità* potrebbe configurarsi come pena principale¹³¹. Attualmente il lavoro di pubblica¹³² utilità ha diverse funzioni¹³³: a) è

¹²⁹ EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 1322

¹³⁰ EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 1322.

¹³¹ EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 1323.

¹³² Come approfonditamente illustrato da PALIERO, *Il 'lavoro libero' nella prassi sanzionatoria italiana: cronaca di un fallimento annunciato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 88 e ss, già nel codice penale liberale del 1889, rimasto in vigore fino al 1930, era previsto il lavoro di pubblica utilità; il codice penale stabiliva, all'art. 19, che la sanzione doveva consistere nella «prestazione di un'opera determinata a servizio dello Stato, della Provincia, del Comune», individuando così nell'utilità pubblica il fine specifico di questa attività. Era chiarito, inoltre, che l'applicazione del lavoro di pubblica utilità poteva avvenire solo su «istanza del condannato». La prestazione, tuttavia, non aveva carattere gratuito, ma parzialmente retribuito. Anche allora l'impatto di questo istituto nella prassi era stato minimo; l'applicazione fu «più che scarsa, sporadica» (PADOVANI, *L'utopia punitiva, Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, p. 116), affidata principalmente alla buona volontà ed allo spirito di iniziativa di singoli magistrati particolarmente disposti alla sperimentazione. Dopo questa prima fallimentare esperienza il lavoro di pubblica utilità fu completamente accantonato dal codice penale del 1930 e tornò ad essere considerato dal legislatore italiano solo verso la fine degli anni '70, prendendo spunto dal modello di *Community Service* applicato nei paesi anglosassoni. Tale misura fu compiutamente disciplinata, in Inghilterra, con il *Powers of Criminal Courts Act* del 1973, che stabilì che il *Community Service* potesse essere disposto dal giudice con il consenso del condannato come sanzione a pieno titolo, consistente in attività lavorativa gratuita a favore della collettività, da svolgersi al di fuori del consueto ambiente di lavoro del condannato, prevalentemente nel fine settimana (DOLCINI-PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano, 1989, p. 67 e ss.).

Oggi, in Italia, il lavoro di pubblica utilità consiste nella prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni o presso enti e

una delle sanzioni principali applicabili dal giudice di pace in materia penale; *b*) può sostituire (ma solo su richiesta del condannato) la pena pecuniaria ineseguita, quando venga prevista come sanzione sostitutiva delle pene detentive brevi in base alla l. 689/1981; *c*) può sostituire la pena pecuniaria ineseguita (anche in questo caso solo su richiesta del condannato) quando stabilita dal giudice di pace in base al d.lgs. 274/2000; *d*) può sostituire la pena detentiva e la pena pecuniaria disposta per la guida in stato di ebbrezza in base all'art. 186 co. 9-*bis* e 187 co. 8-*bis* del d.lgs. 285/1992, conosciuto come 'codice della strada', a meno che vi sia opposizione da parte dell'imputato; *e*) può essere previsto in sostituzione sia della pena detentiva che di quella pecuniaria disposta verso tossicodipendenti o da assuntori di sostanze stupefacenti o psicotrope, nei casi previsti dalla l. 9 ottobre 1990, n. 309 all'art. 73, co. 5-*bis*, ampliato a partire dalla l. 9 agosto 2013, n. 94, con l'aggiunta del co. 5-*ter*; *f*) può essere previsto come obbligo al quale può essere subordinata la sospensione condizionale della pena *ex art.* 165 co. 1 c.p. Nonostante sia previsto in molteplici ipotesi, il lavoro di pubblica utilità non ha avuto, fino ad oggi, un grande successo, anche se negli ultimi due anni si è passati da 650 a 1.800 casi di applicazione, soprattutto in relazione a violazioni del codice della strada¹³⁴. Resta tuttavia una certa riluttanza delle istituzioni nel dare attuazione al lavoro sostitutivo¹³⁵. Prevedendo l'istituto del lavoro di pubblica utilità come pena principale inserita tra quelle a carattere prescrittivo, si potrebbe prospettare una notevole espansione con risultati molto positivi sul piano dell'attribuzione alla pena di una dimensione realmente risocializzante, introducendo uno strumento che consenta al reo di svolgere gratuitamente un servizio a favore della società che ha danneggiato commettendo il

organizzazioni di assistenza sociale o volontariato. La prestazione di lavoro, ai sensi del decreto ministeriale 26 marzo 2001, viene svolta a favore di persone affette da HIV, portatori di handicap, malati, anziani, minori, ex detenuti o extracomunitari, nel settore della protezione civile, nella tutela del patrimonio pubblico e ambientale o in altre attività pertinenti alla specifica professionalità del condannato. L'attività di lavoro non retribuita viene svolta presso gli enti pubblici territoriali e le organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato individuati attraverso apposite convenzioni stipulate dal ministero della Giustizia o, su delega di quest'ultimo, dal Presidente del tribunale, a norma dell'art. 2 del decreto ministeriale 26 marzo 2001. Nelle convenzioni sono indicate le attività in cui può consistere il lavoro di pubblica utilità, i soggetti incaricati di coordinare la prestazione lavorativa e le modalità di copertura assicurativa. L'elenco degli enti convenzionati è affisso presso le cancellerie di ogni Tribunale.

¹³³ DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, IV ed., Milano, 2012, p. 566.

¹³⁴ DOLCINI, *Presente e futuro del sistema sanzionatorio*, cit., p. 1149.

¹³⁵ DOLCINI-MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 567. Vi sono però esempi in controtendenza; ci sono infatti circoscrizioni giudiziarie in cui si manifesta un certo impegno delle istituzioni per dar vita al lavoro di pubblica utilità. Secondo i dati forniti dal Ministero della Giustizia, nel giugno 2009 erano 179 le convenzioni stipulate dai tribunali per l'attuazione della pena lavoro. Non è questo l'esempio seguito dalla città di Milano dove la convenzione stipulata dal 2003 con l'Associazione City Angels Lombardia Onlus è rimasta unica ed isolata.

reato. La prestazione di attività lavorativa a favore della collettività dovrebbe comunque essere organizzata in modo tale da rispettare le esigenze di vita e di lavoro del soggetto interessato¹³⁶. Il lavoro sostitutivo non solo potrebbe vivere nella prassi - purché esista una reale volontà delle istituzioni di attivarsi per la creazione dei servizi e delle strutture di supporto idonee e per la stipulazione di convenzioni con gli enti pubblici e privati che dovrebbero essere coinvolti nell'utilizzazione dei condannati - ma potrebbe, altresì, produrre esiti soddisfacenti con costi limitati¹³⁷. Essendo misure scarsamente afflittive e marcatamente finalizzate allo scopo rieducativo, per essere realmente efficaci anche le pene interdittive e prescrittive, così come avevamo osservato in relazione alle pene pecuniarie, non dovrebbero essere coperte dalla sospensione condizionale della pena¹³⁸.

4.5. *La giustizia riparativa e la mediazione penale.*

Quando si affronta il tema delle possibili alternative alla pena detentiva non si può non fare riferimento al concetto di giustizia riparativa, che, seppur non rappresentando un'alternativa in senso stretto è diventata, negli ultimi anni, uno dei punti focali verso una nuova concezione del diritto penale.

Da oltre un decennio si è cominciata a far strada anche in Italia l'idea di giustizia riparativa, che fa sì che la prospettiva da cui si guarda per l'applicazione della pena non sia più elusivamente quella dell'autore del reato ma anche quella della vittima¹³⁹. Fino ad oggi la vittima, di fatto, non ha mai avuto un ruolo da protagonista nella giustizia penale, rimanendo in parte neutralizzata dal monopolio statale della forza e

¹³⁶ EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 1321; MORRONE, *Nuove sanzioni alternative alla detenzione: il lavoro a favore della collettività*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, p. 1034.

¹³⁷ Già all'inizio del 2000, all'indomani della previsione del lavoro di pubblica utilità come pena principale applicabile dal giudice di pace, non sono mancate le critiche circa l'opportunità di una tale forma sanzionatoria, anche da parte di esponenti molto autorevoli della dottrina. Tra questi in particolare PADOVANI, *Il Progetto Grosso lungo il cammino della riforma del codice penale*, in (a cura di) DE FRANCESCO, AA. VV., *Un nuovo progetto di codice penale: dagli auspici alla realizzazione?*, Torino, 2001, p. 45 e ss. Viene in particolare sottolineato che la previsione del lavoro gratuito come sanzione alternativa alla pena detentiva o alla pena pecuniaria rischia di non essere conforme ai principi del nostro ordinamento giuridico; finirebbe infatti per costituire una sorta di pena pecuniaria mascherata o, peggio ancora, una sorta di 'lavoro forzato'. Pertanto, dovrebbe essere effettuato un vaglio concreto, caso per caso, sull'opportunità di applicare questa misura.

¹³⁸ In questo senso già DOLCINI, *Il castigo sia moderato ma certo*, cit., p. 43.

¹³⁹ Uno dei primi autori italiani ad occuparsi della giustizia riparativa è stata MANNOZZI, con l'opera *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione*, Milano, 2003.

della pena; è lo Stato «che si fa carico del destino della vittima e della riparazione del danno»¹⁴⁰.

Sempre più, la nostra società, anche per effetto della propaganda politica demagogica e delle informazioni fornite dai mezzi di comunicazione di massa, che spesso hanno l'obiettivo malcelato di «solleticare le paure e di stuzzicare la fascinazione del male per incollare alla notizia e fidelizzare lo spettatore»¹⁴¹, reclama sicurezza, ordine, severità. Ma nessuno spera più di trovare davvero giustizia. Ci troviamo a vivere una crisi dei fondamenti, «una sorta di nichilismo giuridico»¹⁴² in cui è venuta meno la fiducia nella giustizia e nell'apparato che è chiamato ad applicarla. Le pronunce emesse in tribunale, incentrate sulla necessità di accertare la colpevolezza, contengono buone statuizioni in punto di diritto, ma finiscono per costituire, molto spesso, formule solenni e distanti dalle vicende che hanno interessato le parti in causa¹⁴³. Il risultato è che sempre di più l'opinione pubblica chiede che la pena consista in un raddoppio del male, in un male da infliggere a chi ha prodotto male, creando così una «spirale maligna»¹⁴⁴ che non lascia via di fuga.

Alla base dell'idea di giustizia riparativa vi è l'abbandono della concezione della pena come sofferenza di ritorno e la rappresentazione della pena come strumento che conduca il condannato al riconoscimento delle vittime e all'autocoscienza del male¹⁴⁵; poiché il male è il venire meno della raffigurazione del proprio simile, «la giustizia è la drammatizzazione di questo faccia-a-faccia, la rappresentazione scenica di questo riconoscimento»¹⁴⁶. Proprio gli obiettivi che si prefigge, rivelano l'assoluta originalità della giustizia riparativa; il riconoscimento delle vittime e l'autocoscienza del male non sono identificabili con nessuno degli scopi della pena che abbiamo analizzato fino ad ora, neppure con quello della rieducazione: la presa di coscienza

¹⁴⁰ DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., p. 1205, 1206.

¹⁴¹ MAZZUCATO, *Appunti per una teoria 'dignitosa' del diritto penale a partire dalla «restorative justice»*, in AA.VV., *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari*, Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore- sede di Piacenza, Tricase, 2010, p. 121.

¹⁴² DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., p. 1207.

¹⁴³ MAZZUCATO, *Appunti per una teoria 'dignitosa' del diritto penale a partire dalla «restorative justice»*, cit., p. 109.

¹⁴⁴ DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., p. 1207.

¹⁴⁵ MANNOZZI, *La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla previsione legislativa alla prassi applicativa*, cit., p. 1232. L'Autrice parte dal presupposto che vi sono reati espressione della più totale indifferenza verso le vittime e cita come esempio il caso francese del sangue infetto e quello italiano del crack della Parmalat; di fronte a reati come questi che più che mera infrazione della legge penale sono «espressione dell'indifferenza rispetto alle vittime, la pena assume su di sé la necessità di essere *in primis* vettore di riconoscimento». La pena dunque è chiamata a mettere il reo a confronto con se stesso, con la mostruosità dei propri atti. La soluzione individuata, per segnare una reale svolta che porti al riconoscimento nel duplice significato di confessione dei fatti e di accettazione dell'altro, è quella di affidarsi alla giustizia riparativa e alla mediazione penale.

¹⁴⁶ GARAPON, *Lo stato minimo, il neoliberalismo e la giustizia*, Milano, 2012, p. 89.

del male causato non è di per sé rieducazione, ma costituisce la piattaforma di partenza da cui muovere verso un percorso rieducativo successivo¹⁴⁷.

La giustizia riparativa si propone di creare la possibilità di un confronto diretto, impegnativo e volontario, tra vittima e autore del reato, sugli effetti prodotti dal crimine. Una simile prospettiva capovolge lo schema a cui ci ha abituati l'ordinamento penale fino ad ora, incentrato sulla costante separazione del reo dalle vittime e dalla collettività; una separazione che va dalla posizione assegnata nell'aula in cui si svolge il processo alla natura della sentenza che condanna o assolve, fino alla pena, che nella maggior parte dei casi consiste in una forma di segregazione, di allontanamento dalla società con lo scopo di tutelare la vittima ed i consociati¹⁴⁸.

Mentre oggi, nella maggior parte dei casi, la pena si sconta in una inutile passività, la riparazione delle conseguenze del reato implica un agire, richiede un impegno concreto del reo ad attivarsi in favore della vittima o della società, sottraendo così la pena ad un sicuro fallimento sia sul piano dei principi che su quello della prassi. Una volta che, a seguito del confronto diretto con la vittima, si sia concretizzato, agli occhi del colpevole, il danno causato, egli dovrà adoperarsi per porvi rimedio mediante un «*facere concreto*»¹⁴⁹. Si tratta, pertanto, di un processo che permette la responsabilizzazione dell'autore di reato mirante al recupero e non all'espulsione sociale, che è invece l'inevitabile conseguenza del ricorso indiscriminato alla pena detentiva.

Con l'affacciarsi dell'idea di giustizia riparativa, le tradizionali teorie della funzione della pena vengono riconfigurate; accanto alle classiche esigenze di retribuzione, prevenzione generale e prevenzione speciale, accomunate dall'uso della forza, di mezzi intimiditivi e punitivi e dalla centralità della pena detentiva con le sue tipiche modalità afflittive, si colloca un modello opposto, basato sulla funzione *dialogico-consensuale*¹⁵⁰ che è appunto quello della giustizia riparativa. Il risultato è che, con la giustizia riparativa, si va oltre gli scopi della pena, che per secoli hanno tormentato i

¹⁴⁷ MANNOZZI, *La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla previsione legislativa alla prassi applicativa*, cit., p. 1233.

¹⁴⁸ MAZZUCATO, *Appunti per una teoria 'dignitosa' del diritto penale a partire dalla «restorative justice»*, cit., p. 105,106.

¹⁴⁹ MAZZUCATO, *Appunti per una teoria 'dignitosa' del diritto penale a partire dalla «restorative justice»*, cit., p. 117.

¹⁵⁰ MAZZUCATO, *Appunti per una teoria 'dignitosa' del diritto penale a partire dalla «restorative justice»*, cit., p. 134.

penalisti e ci sposta sul piano degli scopi del diritto penale, caratterizzati dalla particolare rilevanza attribuita ai beni giuridici che si intendono proteggere¹⁵¹.

In generale, nel processo penale ordinario, l'apertura verso le istanze della giustizia riparativa può produrre effetti sia nella fase di commisurazione della pena che nella fase di esecuzione delle sanzioni.

Nella fase di *commisurazione* della pena, l'aver attivato un percorso di avvicinamento alla vittima e/o di riparazione del danno cagionato, può comportare temperamenti e mitigazioni sanzionatorie a favore del reo; è ciò che avviene, a partire dal 2002 in Nuova Zelanda e ciò che, ormai da un decennio, è generalmente previsto nei sistemi giuridici di *common law*¹⁵². In questo modo la discrezionalità del giudice non è riferita esclusivamente al fatto che ha costituito reato, ma si rivolge anche alle dinamiche di responsabilità attiva che si assume il colpevole successivamente alla commissione del reato, verso la vittima del reato stesso. In Italia, un approccio di questo tipo alla fase commisurativa, consentirebbe, ad esempio, di interpretare in maniera nuova il criterio della «capacità a delinquere» (art. 133 co. 2 c.p.), che fino ad oggi ha avuto portata incerta e ha causato notevoli difficoltà interpretative nel momento in cui doveva essere applicato e permetterebbe

¹⁵¹ MAZZUCATO, *Appunti per una teoria 'dignitosa' del diritto penale a partire dalla «restorative justice»*, cit., p. 135.

¹⁵² MANNOZZI, *La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla previsione legislativa alla prassi applicativa*, cit., p. 1251. Paradigmatica in questo senso è la riforma attuata in Nuova Zelanda con il *Sentencing Act* del 2002 e con il *Parole Act*, anche esso del 2002. Si tratta di una riforma dei criteri finalistici di commisurazione la quale comporta che nel definire la quantità del male da infliggere con la pena il giudice debba tenere conto della quantità di bene implicito nelle condotte a contenuto riparativo eventualmente tenute. Tale riforma si iscrive nel contesto di una specifica scelta volta ad integrare la giustizia riparativa nel sistema processuale penale. L'esigenza da cui si era partiti era quella di integrare nel sistema di giustizia penale di matrice britannica le forme preesistenti e concorrenti di soluzione dei conflitti proprie della comunità indigena dei Maori. L'esito di tale procedimento di integrazione è stato che, con il *Sentencing Act* e con il *Parole Act*, è stata modificata la gerarchia degli scopi della pena, includendo tra essi le finalità di promuovere nel soggetto il raggiungimento della consapevolezza della dannosità della propria condotta, di assicurare gli interessi della vittima, di garantire la riparazione del danno. Inoltre, al momento di commisurare la pena, la Corte dovrà (è usato l'imperativo *must*) tenere in considerazione il risultato delle attività riconducibili alla giustizia riparativa che siano state avviate o anche solo programmate.

Nei Paesi di *common law*, per quanto riguarda la fase di commisurazione, il giudice, oltre a dover tener conto di un eventuale percorso di giustizia riparativa portato avanti dal colpevole, deve tenere conto della voce della vittima; l'istituto del *Victim Impact Statement* (VIS) consente alle vittime di un reato di intervenire, nella fase di commisurazione della pena, sia attraverso la presentazione di una relazione scritta che attraverso l'audizione diretta nel corso dell'udienza. Il VIS è operativo, fino ad oggi, esclusivamente in quei contesti giuridici caratterizzati da un '*processo bifasico*' in cui vi sono due udienze distinte, una per decidere la colpevolezza e l'altra in cui si decide l'ammontare della pena. Questo sistema è previsto oggi nella totalità degli Stati nordamericani, è consentito dalla legislazione federale ed è espressamente disciplinato dalla legge penale canadese. Di solito il VIS si presenta sottoforma di resoconto scritto di cui viene data lettura nel corso dell'udienza per la commisurazione della pena attraverso il quale le vittime sia primarie che secondarie illustrano al giudice soprattutto i danni secondari, non immediatamente percepibili altrimenti dal giudice. La critica principale rivolta al VIS è che esso rischia di far prevalere l'aspetto soggettivo ed emozionale su quello oggettivo, razionale e normativo.

di ricorrere in maniera efficace al parametro commisurativo, ormai quasi dimenticato, della «condotta susseguente il reato» (art. 133 co. 2 n. 3 c.p.)¹⁵³.

L'orientamento riparativo è applicabile anche alla fase dell'*esecuzione* penale; in questo contesto, il fatto che il condannato abbia deciso di fare ricorso agli strumenti della giustizia riparativa (e tra questi in particolare alla mediazione penale), può contribuire a formulare un giudizio positivo sulla base del quale possono essere disposte diminuzioni di pena o la concessione di benefici penitenziari¹⁵⁴. In quest'ottica, una sintesi tra tradizionali esigenze punitive e nuova prospettiva conciliativo-riparatoria è stata efficacemente promossa dai progetti elaborati nel Nord Europa ed in Germania dove ci si affranca sempre di più dall'idea di trattamento penitenziario basato esclusivamente e riduttivamente sull'istruzione e sul lavoro, lasciando spazio sempre maggiore a forme di intervento più complesse e strutturate, improntate alla presa di coscienza, da parte del detenuto, delle conseguenze dannose del crimine e della sofferenza causata alle vittime dirette o indirette¹⁵⁵.

Una importante risorsa per ricucire la frattura nei rapporti personali e sociali conseguente alla commissione di un reato, riscoperta solo in anni recenti, è costituita dalle procedure di *mediazione penale*¹⁵⁶. Essa consiste in un dialogo aperto tra agente

¹⁵³ MANNOZZI, *La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla previsione legislativa alla prassi applicativa*, cit., p. 1253.

¹⁵⁴ Emblematica in proposito è l'ordinanza del Trib. Sorv. di Venezia, 7 gennaio 2012, n. 5, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, p. 833-837 con nota di MANNOZZI, *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia*, p. 838-851. Nella sentenza si afferma che il giudice, nel valutare la possibilità di concedere il beneficio della semilibertà, può basarsi efficacemente su comportamenti riparativi eventualmente tenuti dal condannato che dimostrino che è stato avviato un percorso di reintegrazione sociale. Nel caso specifico del Tribunale di Sorveglianza di Venezia il detenuto aveva seguito un percorso di mediazione senza la presenza diretta delle vittime offese dal reato e la scelta riparativo-mediatoria aveva costituito uno dei parametri principali per sviluppare una prognosi riguardo alla cessata pericolosità sociale del soggetto interessato e quindi l'opportunità della concessione della semilibertà. Questa sentenza ha rappresentato una tappa significativa dell'idea di rieducazione del condannato, con una notevole apertura verso la giustizia riparativa, in grado di favorire un efficace processo di autoresponsabilizzazione e di reintegrazione sociale del condannato, con la possibilità che ciò porti anche ad una diminuzione della recidiva.

¹⁵⁵ MANNOZZI, *La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla previsione legislativa alla prassi applicativa*, cit., p. 1254. Si parla, in relazione a questo tipo di interventi, di '*cognitive behavioural approach*', indicando con questo termine una gamma di tecniche di terapia comportamentale che muove dal superamento della coercitività del trattamento, promosse con lo scopo di favorire nel reo un cambiamento o per lo meno il controllo di quei comportamenti che lo porterebbero a violare di nuovo la legge. Si cerca così di compenetrare la logica dell'esclusione, derivante dalla detenzione che inevitabilmente isola e stigmatizza, con quella dell'inclusione, tipica della giustizia riparativa, che prevede il dialogo tra autore e vittima e l'attivarsi del reo per riparare il danno cagionato, come condizioni necessarie per un reingresso in società.

¹⁵⁶ Già nel 2001, a livello europeo, si era intervenuti al fine di incentivare il ricorso all'istituto della mediazione penale. L'art. 10 della Decisione Quadro 2001/220 GAI, stabiliva che ciascuno Stato membro dovesse provvedere a promuovere la mediazione nell'ambito dei procedimenti penali ed a garantire che eventuali accordi raggiunti tra la vittima e l'autore del reato nel corso della mediazione

e vittima del reato, dove il confronto è guidato da esperti indipendenti ed imparziali, in cui si cerca di raggiungere la verità senza compromettere il diritto di difesa¹⁵⁷. Il percorso di mediazione può essere intrapreso anche se la vittima reale non è consenziente o presente, se è indeterminata o nel caso in cui non ci sia affatto¹⁵⁸. Affinché il percorso di mediazione possa essere avviato, dovrebbe essere sospeso l'*iter* processuale per consentire un incontro diretto tra le parti dinnanzi ad un ufficio di mediazione riconosciuto dall'autorità giudiziaria, il quale riferirà poi al giudice del processo circa i risultati raggiunti durante la procedura, anche in termini di impegni riparativi assunti. In questo modo sarebbe possibile agire preventivamente, arrivando ad un riconoscimento «delle ingiustizie commesse, dei diritti altrui e della reciproca dignità umana»¹⁵⁹ che dovrebbe costituire lo scopo prioritario e più alto dei sistemi penali. Tale operazione non deve tuttavia essere interpretata come un tentativo di privatizzazione della giustizia penale¹⁶⁰, che assegni alla vittima il controllo sulle conseguenze del reato; lo dimostra il fatto che, come abbiamo visto, il giudizio sulla solidità dell'impegno riconciliativo messo in atto dall'imputato potrebbe risultare favorevole anche nell'ipotesi di un'eventuale totale indisponibilità a partecipare al percorso riparativo da parte della vittima.

Inoltre, la mediazione penale potrebbe essere attivata, una volta concluso il processo, nella successiva fase esecutiva, così che eventuali esiti positivi di tale percorso possano essere presi in considerazione per attenuare le conseguenze sanzionatorie con, ad esempio, la concessione di benefici. Anzi, proprio la forma di mediazione penale applicata nella fase esecutiva potrebbe essere tentata, con esiti potenzialmente positivi, nel caso di soggetti che si siano resi colpevoli di illeciti gravi.

In Italia, la giustizia riparativa è già stata sperimentata nell'ambito del processo davanti al giudice di pace, dove è stata introdotta dall'art. 35 d.lgs. 274/2000¹⁶¹, ma

nell'ambito dei procedimenti penali venissero presi in considerazione. Gli obblighi imposti dalla Decisione Quadro avrebbero dovuto essere tradotti in normativa interna entro il 22 marzo 2006.

¹⁵⁷ EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 1318; di questo tema si occupa anche EUSEBI, *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, p. 527 e ss. Il tema della mediazione penale come ricerca della verità è stato approfondito da MAZZUCATO, *Appunti per una teoria 'dignitosa' del diritto penale a partire dalla «restorative justice»*, cit., p. 120 e ss e p. 138 e ss.

¹⁵⁸ MANNOZZI, *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia*, *Commento a ordin. Trib. Sorv. di Venezia 7 gennaio 2012, n. 5*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, p. 833 e ss, p. 838 e ss.

¹⁵⁹ EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 1318.

¹⁶⁰ In questo senso EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 1318; EUSEBI, *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, cit., p. 529; MAZZUCATO, *Appunti per una teoria 'dignitosa' del diritto penale a partire dalla «restorative justice»*, cit., p. 115.

¹⁶¹ L'art. 35 del d.lgs. 274/2000 prevede che il giudice di pace possa dichiarare estinto il reato quando l'indagato o l'imputato abbiano provveduto, entro una certa fase del procedimento, ad operare una

scarsamente utilizzata¹⁶² e nell'ambito della giustizia penale minorile in base agli artt. 9 e 28 del d.p.r. 488/1988, dove invece ha avuto applicazioni di una certa ampiezza¹⁶³.

La possibilità di fare ricorso a forme di giustizia riparativa e di mediazione penale anche nell'ambito del procedimento penale ordinario e nella conseguente fase esecutiva dovrebbe indubbiamente essere valutato con attenzione, vagliando scrupolosamente i casi in cui ricorrevi. Comunque, l'opportunità di accedere a percorsi improntati all'idea di giustizia riparativa, laddove le parti si mostrino disponibili ad affrontare un'esperienza di questo tipo, a prescindere dalla fattispecie di reato commesso e dalla sua gravità, soprattutto in fase esecutiva, dovrebbe essere promossa e agevolata. Mentre le dinamiche di intimidazione e di neutralizzazione, connesse alla privazione della libertà personale rendono, di fatto, male per male, creando un vortice di violenza che non fa altro che peggiorare gli individui e la società, la logica della giustizia riparativa è volta al recupero del soggetto piuttosto che alla sua espulsione sociale, assumendo un significato preventivo molto più solido; la presa di distanze, da parte del colpevole, nei confronti della scelta criminosa e la messa in pratica di condotte riparative affiancate da un tentativo di riconciliazione, consolida l'autorevolezza dell'ordinamento giuridico e conferma nella sua validità la norma trasgredita¹⁶⁴. Diversamente da ciò che accade con l'«oziosità sterile della detenzione»¹⁶⁵, la giustizia riparativa promuove un impegno concreto volto alla riparazione del bene lesa con il reato, sfruttando così in maniera costruttiva le risorse personali del reo che la pena detentiva finisce per lasciare

proposta riparativa consistente, oltre che nel risarcimento del danno e nella restituzione, laddove possibile, anche in un impegno personale alla riparazione dei beni offesi. La congruità di tale impegno comunque deve essere sottoposta al vaglio del giudice di pace in rapporto a parametri definiti dalla legge. Inoltre, l'art. 2, co. 2 del d.lgs. 274/2000, affermando che «nel corso del procedimento, il giudice di pace deve favorire, per quanto possibile, la conciliazione tra le parti», costituisce una vera e propria norma-manifesto, consacrando il giudice di pace ad un ruolo propulsivo dell'attività conciliativa che dovrebbe caratterizzare tutto il procedimento. Per un approfondimento della funzione conciliativa del giudice di pace si veda GALGANI, *La funzione conciliativa del giudice di pace: una scommessa (allo stato) perduta?*, in (a cura di) PISA, *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti, Genova, 15 novembre 2006, Torino, 2007, p. 240 e ss.

¹⁶² Un'attenta analisi dell'applicazione della giustizia riparativa dinnanzi al giudice di pace a cinque anni dall'emanazione del d.lgs. 274/2000 è presentata da GALGANI, *La funzione conciliativa del giudice di pace: una scommessa (allo stato) perduta?*, cit., p. 256 e ss.

¹⁶³ L'art. 9 del d.p.r. 488/1988 propone il ricorso alla mediazione penale in una fase pre-processuale come mezzo per approfondire la conoscenza della personalità del minore; l'art. 28 del d.p.r. 488/1988, invece, prevede il ricorso a forme di riparazione delle conseguenze del reato e a procedure di conciliazione del minore con la persona offesa dal reato stesso in relazione alla fase di messa alla prova conseguente alla sospensione del processo.

¹⁶⁴ EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 1314, 1315.

¹⁶⁵ MAZZUCATO, *Appunti per una teoria 'dignitosa' del diritto penale a partire dalla «restorative justice»*, cit., p. 157.

inutilizzate con la reclusione in una cella; ed è proprio l'idea dell'impegno, contrapposto ad una chiusura afflittiva, ad apparire in profonda sintonia con il finalismo rieducativo sancito dall'art. 27, co. 3 Cost.

In un sistema penale rinnovato le condotte riparatorie potrebbero trovare spazio tra gli istituti estintivi del reato, se riferite a reati di lieve e lievissima entità o comportare una significativa attenuazione delle conseguenze sanzionatorie, da valutare oltre che in fase commisurativa anche in fase esecutiva, in relazione a reati di media ed elevata gravità¹⁶⁶.

4.6. *Un cenno alle proposte di riduzione dei limiti edittali di pena e di depenalizzazione.*

Quando si parla di carcere e di soluzioni che portino ad una sensibile riduzione del ricorso alla pena detentiva non si può prescindere dal tema della depenalizzazione. Già a partire dagli anni '80 è stato avviato un consistente processo di depenalizzazione¹⁶⁷, che oggi richiede di essere potenziato soprattutto in relazione a quelle fattispecie di reato che sono causa di sovraffollamento carcerario senza che la pena detentiva dimostri di avere alcuna utilità in termini di rieducazione. Oggi il carcere sembra lo strumento prescelto per tenere sotto controllo problemi che avrebbero bisogno di una risposta, invece, a livello sociale, tra cui principalmente droga e immigrazione¹⁶⁸. Al 31 dicembre 2012 le persone detenute per violazione del solo art. 73 del d.P.R. 309/1990 (t.u. in materia di stupefacenti) erano il 38,4% del totale nazionale dei detenuti¹⁶⁹; sarebbe auspicabile, pertanto, al fine di evitare l'ingresso in carcere di soggetti per cui tale misura non solo non avrebbe alcuna

¹⁶⁶ Rappresentativa della possibilità di successo della giustizia riparativa è l'esperienza sudafricana di *restorative justice* riferita al gravissimo crimine di *apartheid*. Nel 1995 in Sud Africa è istituita, con una legge penale e processuale, all'interno di un progetto politico e giuridico al contempo, la *Truth and Reconciliation Commission* (TRC) con l'intento di applicare la *restorative justice* nel processo rivolto ai criminali che si erano resi responsabili delle gravissime violazioni dei diritti umani verificatesi nel periodo dell'*apartheid*. L'intento principale era quello di dare spazio alla voce delle vittime per raggiungere la verità, il perdono, la riconciliazione ed il ricongiungimento di un popolo diviso da un crimine così grave. Il Sud Africa ha mirato a ricercare, pur con fatiche e contraddizioni, un modello che fosse in grado di superare un'esplosione collettiva del male senza replicarla, contribuendo così alla coesione interna e all'innalzamento della cultura civica di quel Paese e costituendo un importante esempio per comunità internazionale in generale.

¹⁶⁷ Uno dei primi interventi in questo senso fu la legge di depenalizzazione 24 novembre 1981, n. 689.

¹⁶⁸ PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, cit., p. 99.

¹⁶⁹ Dati forniti dall'Associazione Antigone nel *Decimo rapporto nazionale sulle condizioni di detenzione* disponibile sul sito internet www.osservatorioantigone.it. Tale rapporto rivela peraltro come in talune regioni le percentuali siano ancora più alte: in Sardegna si arriva al 50,8%, in Liguria al 46,4%, in Umbria al 46,2%, in Veneto al 43,6%.

utilità, ma, anzi, si rivelerebbe dannosa, che venissero predisposti interventi significativi volti alla depenalizzazione dei reati minori che non costituiscono un pericolo per la sicurezza pubblica; tra questi, a titolo puramente esemplificativo, potrebbe essere presa in considerazione l'opportunità di rivedere la disciplina in materia di stupefacenti, valutando l'ipotesi di reintrodurre la distinzione tra le c.d. 'droghe leggere' (la cannabis in particolare) e le c.d. 'droghe pesanti', resa irrilevante dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49, conosciuta come legge Fini-Giovanardi (dal nome dei Ministri che la promossero)¹⁷⁰. Nella realtà dei fatti, però, ciò che accade è che appena si fa un significativo passo avanti in direzione della depenalizzazione, immediatamente vengono introdotte nuove fattispecie di reato che sostituiscono quelle vecchie, in modo da soddisfare le paure collettive e le istanze di sicurezza che inevitabilmente si sollevano¹⁷¹. Lo ha dimostrato l'introduzione della disciplina

¹⁷⁰ Tale distinzione è effettivamente venuta meno con la sent. della Corte cost. 12 febbraio 2014, n. 32, depositata il 25 febbraio 2014, quando il mio lavoro era ormai concluso. Con questa sentenza viene dichiarata illegittima la legge Fini-Giovanardi per violazione dell'art. 77, co. 2 Cost., che disciplina il procedimento di conversione del decreto-legge. La sentenza n. 32/2014 della Corte cost. riconosce che la riforma del d.P.R. 309/1990 era stata attuata inserendo in un decreto-legge concernente le Olimpiadi invernali di Torino 2006, con un maxi-emendamento al disegno di legge per la conversione, norme che il Parlamento stava esaminando da tempo e del tutto prive di attinenza con l'oggetto del provvedimento d'urgenza adottato dal Governo. Numerosissimi sono stati i ricorsi presentati a partire dal 2006 alla Corte costituzionale per far rilevare l'illegittimità della legge Fini-Giovanardi, sia dal punto di vista sostanziale che da quello procedurale. Il Prof. Pugiotto, nel 2013, ha redatto il testo di un Appello, di cui è anche primo firmatario dal titolo 'Certamente incostituzionale. La legge Fini-Giovanardi a giudizio il 12 febbraio davanti alla Corte Costituzionale', in cui si schiera argomentatamente a favore dell'accoglimento delle questioni di costituzionalità sollevate. Tra i vizi sostanziali della legge in questione era indicato il contenuto dell'art. 4-bis, che violerebbe innanzitutto il principio di uguaglianza, che impone discipline differenziate in relazione a situazioni diverse; prevedendo un identico trattamento sanzionatorio per tutte le sostanze stupefacenti, si finisce per ricondurre ad un'identica disciplina penale fattispecie tra loro non assimilabili. Inoltre, viene violato anche il dovere gravante sul legislatore statale, di rispettare gli obblighi internazionali pattizi (art. 117, co.1 Cost.). Introducendo la tabella unica delle sostanze stupefacenti e quindi la parificazione sanzionatoria per tutte le droghe, "leggere" e "pesanti", la disposizione impugnata contraddice il principio di proporzionalità delle pene prescritto dalla Carta di Nizza (art. 49, 3° comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE) e riconosciuto in ambito europeo da una decisione quadro del Consiglio dell'UE (n. 2004/757/GAI). È sulla base di tali argomentati rilievi che la Corte costituzionale, nella seduta del 12 febbraio, era stata chiamata a pronunciarsi. Il testo integrale dell'Appello è pubblicato sul sito internet della rivista *Diritto Penale e Contemporaneo*, alla sezione Giurisprudenza costituzionale, in www.penalecontemporaneo.it. Come abbiamo visto, la pronuncia di incostituzionalità è giunta non sulla base dei vizi sostanziali sollevati, ma sulla base dei vizi di natura procedimentale, ed in particolare per non avere rispettato il procedimento di conversione disciplinato dall'art. 77, co. 2 Cost. In seguito a questa pronuncia vengono rimosse le modifiche apportate con le norme dichiarate illegittime agli artt. 73, 13 e 14 del d.P.R. 309/1990, tornando alla situazione precedente alla legge Fini-Giovanardi, e cioè alla vigenza della legge Iervolino-Vassalli, quando il d.P.R. 309/1990 prevedeva ancora la distinzione tra droghe 'leggere' (cannabis) e droghe 'pesanti' (cocaina, eroina, ecc.). Resta il fatto che la sent. n. 32 del 2014 riporta in vita la disciplina stabilita da una legge del 1990, che oggi risulta ormai superata e, pertanto, richiede un necessario intervento legislativo che dia nuova coerenza a questa materia.

¹⁷¹ PELISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, cit., p. 264. L'Autore fa un efficace paragone tra la depenalizzazione e la tela di Penelope, intessuta di giorno e disfatta di notte; nello stesso senso PISAPIA, *La riforma del Codice penale muove i primi passi*, cit., p. 294, dove si ricorda che, se nel 1999, con d.lgs. 30 dicembre 1999,

penale contro l'immigrazione clandestina, che prevedeva la pena detentiva in caso di mancata ottemperanza all'ordine di allontanamento del questore (art. 14 t.u. immigrazione), dichiarata dalla Corte di giustizia nel 2011, non conforme alla direttiva rimpatri n. 2008/115/CE¹⁷². Con provvedimenti di questi tipo, che criminalizzano lo *status* di irregolare, lungi dall'aver risultati positivi sul controllo dei flussi migratori, non si fa altro che introdurre una disciplina discriminatoria e inutilmente vessatoria¹⁷³.

Tali problemi potrebbero essere affrontati più efficacemente con una disciplina amministrativa che garantisca soluzioni più efficaci ed eviti di incrementare il fenomeno, già gravissimo, del sovraffollamento carcerario.

Infine, oltre alla depenalizzazione, un tema da sempre discusso quando si parla di una riforma organica del sistema sanzionatorio penale, è quello della ridefinizione delle cornici edittali previste per i reati¹⁷⁴; si tratta di un intervento imprescindibile nel quadro di una revisione complessiva della politica criminale¹⁷⁵. Affinché la pena non sia improntata esclusivamente alla neutralizzazione dell'individuo sarà necessario un significativo abbassamento dei massimi edittali ed una contestuale drastica riduzione della forbice tra il minimo ed il massimo. La pena, anche nel caso dei delitti più gravi, dovrà prevedere limiti edittali più bassi cui dovrà però corrispondere una applicazione certa della sanzione. Oggi, nonostante sia stata abolita la pena di morte, non si vuole rinunciare, anche per paura di perdere il consenso «dell'opinione pubblica che la politica ha tanto a cuore»¹⁷⁶, all'idea che la pena più grave debba tendere comunque a distruggere la vita di chi ha commesso un reato. La riduzione dei massimi edittali della pena potrebbe essere un importante passo avanti verso il raggiungimento di una maggiore civiltà del nostro ordinamento. Peraltro, vi sono almeno due ragioni in base alle quali dovrebbero essere abbattuti i massimi edittali delle pene, una di tipo economico e l'altra di tipo assiologico; dal punto di vista economico è evidente come, considerata la situazione carceraria, oggi sarebbe consigliabile prevedere limiti che non portino a prevedere un numero di

n. 507, era stata «approvata la più ampia depenalizzazione dei reati minori dalla Costituzione ad oggi, (...) dal 1999 ad oggi sono state inserite circa duecentocinquanta nuove fattispecie di reato».

¹⁷² Corte di giustizia, 28 aprile 2011, Hasse El Dridi, causa C-61/11.

¹⁷³ PELISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, cit., p. 264.

¹⁷⁴ In questo senso MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, cit. p. 1103; EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 1326; DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., p. 1213 e ss.

¹⁷⁵ EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 1326.

¹⁷⁶ DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., p. 1214.

detenzioni che ecceda di molto la gestibilità degli spazi penitenziari; dal punto di vista assiologico, invece, non va dimenticato che lo Stato non può disporre della vita del colpevole e deve mettere in atto modelli sanzionatori che comunque tendano al reinserimento dell'individuo nella società e non ad una sua permanente esclusione¹⁷⁷. Dal momento che di fatto, quasi sempre, la pena massima che si possa scontare in Italia, è di vent'anni, potrebbe essere ragionevole fissare tale limite come massimo edittale, eliminando un istituto che conserva un valore ormai puramente simbolico quale quello dell'ergastolo, conformando così definitivamente il sistema sanzionatorio ai principi costituzionali (art. 27 co. 3 Cost.).

Un passo di questo tipo, però, avrebbe senso solo se la pena, una volta stabilita con sentenza di condanna definitiva, fosse certa. Ancora una volta, dovremmo seguire la strada tracciata da Beccaria che affermava che «uno dei più gran freni dei delitti non è la crudeltà delle pene, ma l'infalibilità di esse (...), la certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza dell'impunità (...) l'impunità stessa nasce dall'atrocità dei supplicii»¹⁷⁸. È difficile non stupirsi di fronte all'attualità di queste affermazioni; nulla è cambiato rispetto a quanto descritto da Beccaria nel 1764. Ancora oggi, la strada da imboccare è quella della riduzione delle cornici edittali, purché si sia in grado di garantire la certezza della pena; certezza della pena che sarà possibile raggiungere, ad esempio, rivedendo istituti come la sospensione condizionale ed il ricorso ai riti speciali (tra cui soprattutto il patteggiamento), che mettono pericolosamente in dubbio la credibilità del sistema sanzionatorio¹⁷⁹.

5. *Il progetto Palazzo.*

Il 10 febbraio 2014 vengono pubblicati la Relazione e l'Articolato del progetto Palazzo, intitolato «*Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale*» elaborato dalla Commissione ministeriale istituita con d.m. 13 giugno 2013 dal Ministro della Giustizia Cancellieri e presieduta dal Prof. Palazzo. A distanza di diversi anni dal progetto Pisapia, si torna così a parlare di un progetto di riforma ad ampio raggio, che investe l'impianto del sistema sanzionatorio penale, pur senza avventurarsi in un

¹⁷⁷ DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., p. 1215.

¹⁷⁸ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, edizione a cura di Venturi, Torino, 1994, par. XXVII.

¹⁷⁹ DOLCINI, *Il castigo sia moderato, ma certo*, cit., p. 31 e ss.

tentativo di riforma del codice penale, ritenuto impraticabile nel delicato momento storico-politico in cui si trova l'Italia¹⁸⁰.

La Commissione elabora questo progetto dando voce alle richieste che giungevano unanimi, ormai da molti anni, non solo dalla dottrina penalistica, ma anche da coloro i quali sono professionalmente calati nella quotidiana realtà applicativa delle sanzioni e cioè dall'avvocatura e dalla magistratura. Inoltre, un ruolo importante nell'elaborazione di questo schema di riforma lo hanno giocato, oltre alle sollecitazioni provenienti dall'intero movimento internazionale di politica criminale e di riforma penale, che ha trovato riscontro nei codici penali che molti Paesi europei si sono dati recentemente, anche alcuni dati empirici di assoluta evidenza che «indirizzano verso il ridimensionamento della pena carceraria e l'adozione di nuove tipologie sanzionatorie»¹⁸¹. Non si può poi non sottolineare come una spinta determinata sia venuta dalla ormai insostenibile situazione di sovraffollamento carcerario che vive l'Italia e che ci sottopone al costante controllo da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo. Pertanto, la Commissione è stata unanime nell'affermare che «i tempi sono maturi per imprimere al nostro sistema una svolta coraggiosa nel senso di un radicale ridimensionamento della pena carceraria per la fascia più bassa della criminalità»¹⁸².

Innanzitutto, la Commissione ritenne di non dover affrontare il tema della depenalizzazione, concentrando il proprio impegno sulla revisione del catalogo sanzionatorio e sulla sospensione condizionale della pena, anche in relazione all'affidamento in prova al servizio sociale¹⁸³. Scopo principale del progetto è quello di arricchire «la tipologia sanzionatoria mediante la previsione di nuove specie di pene diverse da quella detentiva carceraria»¹⁸⁴. Non potendo agire su tutti i fronti che avrebbero richiesto un rinnovamento, la Commissione preferisce concentrarsi su quegli interventi che si configurano come «immediatamente spendibili ancorché parziali»¹⁸⁵.

¹⁸⁰ PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, rivista online, 10 febbraio 2014, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁸¹ Relazione al progetto elaborato dalla Commissione Palazzo, *III. I criteri ispiratori e gli obiettivi dello schema*, in www.penalecontemporaneo.it

¹⁸² Relazione al progetto elaborato dalla Commissione Palazzo, *III. I criteri ispiratori e gli obiettivi dello schema*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁸³ PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, cit.

¹⁸⁴ Relazione al progetto elaborato dalla Commissione Palazzo, *II. L'oggetto e la portata dello schema*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁸⁵ Relazione al progetto elaborato dalla Commissione Palazzo, *II. L'oggetto e la portata dello schema*, in www.penalecontemporaneo.it.

Le pene principali, elencate all'art. 1 dell'articolato del progetto di riforma palazzo, sono pena pecuniaria, pena prescrittiva, detenzione domiciliare, detenzione ordinaria, detenzione speciale, ed ergastolo.

Come prima cosa, lo schema propone una revisione delle tradizionali pene carcerarie, partendo dal dato terminologico: non si parla più di reclusione, bensì di detenzione, al fine di attenuare l'intonazione segregazionista.

Per quanto riguarda il delicatissimo tema dell'*ergastolo* (art. 7 dell'articolato del progetto Palazzo)¹⁸⁶, nonostante fosse stato manifestato, tra i membri della Commissione, un largo e convinto orientamento a favore dell'abolizione della pena detentiva perpetua, si finisce per stabilire che, trattandosi di un tema di rilevanza politica, sarebbe stato meglio rimettere al potere politico la decisione di un eventuale abolizione, mantenendo la previsione dell'*ergastolo*, seppur limitatamente alle «manifestazioni criminose più gravi in concreto»¹⁸⁷. In sostanza, in generale l'*ergastolo* è sostituito dalla nuova sanzione della '*detenzione speciale*' (art. 6 dell'articolato del progetto Palazzo) che si estende da 24 a 28 anni, mentre si ricorre alla pena detentiva perpetua solo nel caso in cui vi sia il concorso di più reati, tutti puniti con la pena della detenzione speciale.

Il limite massimo della *pena detentiva ordinaria* passa da 24 a 20 anni, mentre il limite minimo è elevato dagli attuali 15 giorni a due anni (art. 5 dell'articolato del progetto Palazzo); si vuole così escludere dall'area carceraria tutta la fascia della criminalità lieve e bagatellare.

Tra le sanzioni non carcerarie, quella destinata a svolgere la funzione di «asse portante della riforma»¹⁸⁸ è la *detenzione domiciliare*, prevista come pena principale, la cui durata si estende da 15 giorni a 4 anni (art. 4 dell'articolato del progetto Palazzo). Nel caso in cui il soggetto condannato alla pena della detenzione domiciliare non disponga di un luogo idoneo dove scontarla, è stata esclusa la possibilità del ritorno alla detenzione carceraria; ciò sia perché tornando alla pena carceraria si andrebbe contro alle necessarie esigenze di eguaglianza di trattamento, sia perché si vuole sottolineare come la detenzione domiciliare sia una pena autonoma che ha reciso qualsiasi legame con le pene carcerarie. Pertanto, lo schema

¹⁸⁶ L'intero articolato del progetto di riforma del sistema sanzionatorio elaborato dalla Commissione Palazzo è consultabile sul sito internet [www. penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), a seguito della relativa Relazione.

¹⁸⁷ Relazione al progetto elaborato dalla Commissione Palazzo, *IV. Le pene detentive carcerarie*, in [www. penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

¹⁸⁸ Relazione al progetto elaborato dalla Commissione Palazzo, *II. L'oggetto e la portata dello schema*, in [www. penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

prevede che, nel caso in cui non sia disponibile un'abitazione o un altro luogo idoneo all'esecuzione della detenzione domiciliare, si presentino due diverse soluzioni; la prima, da attuare nel lungo periodo, prevede che vengano predisposti, anche mediante convenzioni con enti locali o privati, luoghi non custodiali di dimora sociale; la seconda soluzione, attuabile da subito, in attesa della compiuta realizzazione delle strutture prospettate con la prima soluzione, consiste nel ricorrere ad una sorta di semidetenzione "aggravata", nel senso che, oltre ad essere sottoposti al regime di semidetenzione così come previsto dall' art. 28 ord. penit., i soggetti, in relazione al tempo trascorso al di fuori della struttura carceraria, dovrebbero rispettare una serie di prescrizioni e limitazioni relative alla libertà di movimento o alla frequentazione di determinati luoghi.

Le *pene prescrittive* (art. 3 dell'articolo del progetto Palazzo), anch'esse previste come pene principali, la cui durata va da un minimo di 15 giorni ad un massimo di 4 anni, rappresentano «specie sanzionatorie destinate alle fasce meno gravi di criminalità ma statisticamente e criminologicamente non certo trascurabili»¹⁸⁹. La gamma di pene prescrittive a disposizione del giudice è piuttosto ampia, in modo da potergli garantire di scegliere quella più idonea al caso concreto, consentendo di aprire la strada a percorsi maggiormente risocializzativi. Queste sanzioni comprendono, principalmente, una serie di prescrizioni, obblighi e divieti comportanti limitazioni della libertà di movimento del condannato nonché l'adempimento di ingiunzioni a carattere riparatorio delle conseguenze del reato, la prestazione di un lavoro di utilità sociale, col consenso del condannato, in chiave sostitutiva o aggiuntiva rispetto agli obblighi appena descritti (secondo le modalità di cui all'art. 54, commi 2-6, del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274) e, infine, nel caso si tratti di condannato assuntore di sostanze stupefacenti o psicotrope o alcolodipendente, la possibilità di disporre lo svolgimento di un programma terapeutico (secondo quanto previsto dall'art. 75, comma 2, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309).

In relazione alla *pena pecuniaria* (art. 2), riprendendo quanto già prospettato dai precedenti progetti di riforma del codice penale, la Commissione riconosce che se si vuole dare reale efficacia a tale istituto non si può rimandare oltre l'adozione del sistema a 'tassi giornalieri'. Tuttavia, il sistema a 'somma complessiva' non è del tutto abbandonato, ma gli viene riservato uno spazio applicativo residuale, in

¹⁸⁹ Relazione al progetto elaborato dalla Commissione Palazzo, *V. Le nuove pene non carcerarie e la pena pecuniaria*, in www.penalecontemporaneo.it.

relazione a quei tipi di illecito che « per le loro caratteristiche, di bagatellarità o di prevalente esigenza di proporzione con l'offesa, si prestino meglio ad essere sanzionati con pena pecuniaria in somma determinata»¹⁹⁰.

Per quanto riguarda le *pene interdittive* applicabili ai delitti, esse vengono previste con la duplice funzione, sia di pene principali, che di pene accessorie. Le varie interdizioni, elencate all'art. 8 dell'articolato, riprendono in gran parte le pene accessorie disciplinate dal codice penale vigente all'art. 19.

Nel caso in cui le pene principali non carcerarie non vengano rispettate dolosamente, è prevista l'introduzione di una o più nuove fattispecie incriminatrici che dovranno essere disposte dal legislatore, coordinandole con l'art. 385 c.p.; è pertanto esclusa la possibilità di convertire la pena non carceraria violata con una pena carceraria, con una scelta del tutto coerente con l'idea fondamentale secondo cui le nuove pene non carcerarie hanno carattere autonomo ed originario e non già 'sostitutivo' della pena carceraria¹⁹¹.

Al di là di ciò che riguarda le pene principali, vi sono anche altre importanti innovazioni: un capitolo autonomo è dedicato alla *confisca*, distinta in confisca del provento del reato (art. 19), confisca degli strumenti di reato (art. 20) e confisca di cose illecite (art. 21); l'art. 26 dell'articolato abroga le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi disciplinate dalla legge 24 novembre 1981, n. 689; in ossequio al principio secondo il quale il diritto penale non si occupa dei fatti bagatellari, è introdotto l'istituto della c.d. 'irrelevanza del fatto'(art. 27), trasferendo alla giustizia ordinaria un meccanismo già conosciuto nel processo minorile ed in quello dinanzi al giudice di pace, che potrebbe assicurare un maggior grado di razionalità e di efficienza al sistema, garantendo una selezione dei fatti per i quali si giustifica lo svolgimento di un procedimento penale.

La Commissione, in conclusione dei lavori, pone le basi per ulteriori interventi futuri in materia di sospensione condizionale della pena e di meccanismi di definizione anticipata del procedimento tramite condotte riparatorie e istituti di mediazione e conciliazione.

In tema di *sospensione condizionale della pena* si avverte l'esigenza di ripensare del tutto il funzionamento dell'istituto condizionale; esso dovrebbe essere arricchito di contenuti risocializzativi ed "impegnativi" per il condannato e dovrebbe essere

¹⁹⁰ Relazione al progetto elaborato dalla Commissione Palazzo, *V. Le nuove pene non carcerarie e la pena pecuniaria*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁹¹ Relazione al progetto elaborato dalla Commissione Palazzo, *VI. Disposizioni di carattere generale*, in www.penalecontemporaneo.it.

riservato alla pena detentiva, probabilmente anche di più lunga durata di quanto attualmente previsto¹⁹², mentre per le fasce di criminalità meno gravi potrebbe essere mantenuto anche il modello di sospensione condizionale ‘semplice’, operante in chiave di intimidazione speciale.

Per quanto riguarda gli istituti della *giustizia riparativa*, la Commissione elabora un articolato provvisorio che riguarda le ipotesi in cui sarà possibile dare rilevanza alle condotte riparatorie, riservando questi istituti a materie in cui si possa ritenere con sufficiente tranquillità che l’interesse pubblico ad ottenere la riparazione sia più rilevante degli interessi, anche di prevenzione generale, perseguiti con l’irrogazione della sanzione¹⁹³. Infine, in tema di *mediazione e conciliazione*, la Commissione ha preso le mosse dalla premessa che i tempi possono ritenersi culturalmente maturi per estendere tali istituti al di là di quanto è oggi previsto dalla disciplina della competenza penale del giudice di pace; questi istituti, tuttavia, non sarebbero applicabili in via generale, ma limitatamente ad una serie definita di reati, che dovrebbero essere specificamente individuati dal legislatore.

Si tratta, comunque, allo stato attuale, solo di bozze che avrebbero bisogno di una definizione più dettagliata ad opera di ulteriori Commissioni future.

Nel complesso, si può dire che il progetto Palazzo, prendendo spunto dalle tappe raggiunte con i progetti di riforma del codice penale succedutisi negli anni, dà voce alle richieste che vengono avanzate dalla dottrina ormai da decenni, ponendo l’accento su quegli aspetti del sistema sanzionatorio che più hanno bisogno di un rinnovamento in tempi rapidi. Nonostante non venga eliminato del tutto l’ergastolo, venga conservato, sebbene solo per alcune limitate ipotesi, il sistema di calcolo della pena pecuniaria a somma complessiva e siano state solo abbozzate alcune proposte in relazione ai gravi problemi causati dall’utilizzo che oggi si fa dell’istituto della sospensione condizionale, senza però pervenire ad una risposta articolata, il progetto Palazzo presenta comunque importanti elementi di innovazione che, se realizzati, permetterebbero un importante rinnovamento del sistema sanzionatorio e un suo miglior funzionamento. Purtroppo, a causa dell’ennesimo mutamento politico avvenuto poco dopo la presentazione dello schema di riforma definitivo, il rischio è che anche questo finisca per diventare l’ennesimo progetto che, seppur frutto di un

¹⁹² Relazione al progetto elaborato dalla Commissione Palazzo, *X. Le ulteriori prospettive di revisione del sistema sanzionatorio*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁹³ Relazione al progetto elaborato dalla Commissione Palazzo, *X. Le ulteriori prospettive di revisione del sistema sanzionatorio*, in www.penalecontemporaneo.it.

grande impegno e portatore di belle speranze, viene travolto dalle vicende politiche e inesorabilmente dimenticato.

Conclusioni.

Oggi, in Italia, il sistema sanzionatorio penale risulta ancora dominato dalla pena detentiva. Nonostante le varie proposte elaborate dalla dottrina nell'ultimo trentennio, alcune delle quali, se attuate, avrebbero potuto portare a risultati molto positivi, sembra che nel nostro Stato non sia possibile trovare il coraggio di abbandonare la prospettiva carcerocentrica. A non essere pronta a rinunciare alla pena detentiva è *in primis* la società. In Italia, malgrado si registri un numero non trascurabile di condotte lesive poste in essere nei confronti di beni fondamentali, nel complesso vi è un livello di sicurezza personale per nulla inferiore rispetto agli altri Stati a noi vicini; eppure la cronaca, concentrando l'attenzione su alcuni fatti e sorvolando su altri, ben più gravi e preoccupanti, insiste quotidianamente su atti violenti dolosi che colpiscono direttamente la persona. Ne deriva una percezione diffusa di insicurezza che comporta, inevitabilmente, che l'opinione pubblica reclami l'intervento del diritto penale affinché vengano poste in essere soluzioni afflittive ed esemplari. Le forze politiche, per conquistare il consenso dell'opinione pubblica di cui hanno bisogno per realizzare i loro fini elettorali, fanno proprie le richieste da essa provenienti. Il risultato che ne deriva è che, sempre più frequentemente, viene messa da parte la razionalità degli interventi in materia penale, per lasciare spazio a soluzioni repressive che soddisfino la richiesta della collettività. Il rischio insito in un tale meccanismo è che si torni a considerare la pena come una sorta di vendetta, di male che ripaga il male subito, come accadeva nei tempi più remoti e bui della storia dell'umanità.

Peraltro, la situazione Italiana si pone come anomala se paragonata a quella dei Paesi europei a noi vicini e simili dal punto di vista economico sociale, politico e culturale. Negli altri Paesi, infatti, la pena detentiva trova un' applicazione che non va oltre il 10-20% dell'insieme delle condanne; e non si tratta, come abbiamo visto, di Paesi in cui vi siano migliori livelli di sicurezza.

Oggi, pertanto, il nostro ordinamento penale si trova a vivere, a confronto con gli esempi forniti dal panorama europeo, una situazione di arretratezza senza precedenti; in passato l'Italia ha registrato molteplici primati in campo penale: è stata la patria di

Beccaria, che per primo contestò la legittimità e l'utilità della pena di morte, di Filangeri, che con la sua opera ispirò la Costituzione americana, è il primo Paese al mondo che abolì, nel codice penale toscano del 1786, la pena di morte e che in seguito la soppresse in tutto il territorio nazionale, con il codice Zanardelli del 1889, mentre ancora restava in vigore nel resto d'Europa.

Attualmente il sistema sanzionatorio penale oscilla tra una severità eccessiva e priva di efficacia deterrente (si pensi alla pena dell'ergastolo) e l'indulgenzialismo applicato in chiave deflattiva a fronte dell'ormai insostenibile situazione carceraria (si pensi alla previsione introdotta dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10, che innalza il numero di giorni concessi a titolo di liberazione anticipata *ex art.* 54 ord. penit. da 45 a 75 per ogni semestre di pena scontata).

Da anni la dottrina invoca un intervento parlamentare decisivo che rimodelli il sistema sanzionatorio in maniera organica e strutturale e riveda gli spazi da destinare alla pena detentiva, la quale dovrebbe avere davvero natura di *ultima ratio*, cui ricorrere in relazione ai reati maggiormente lesivi di beni giuridici. Il fatto che attualmente l'emergenza carceraria abbia raggiunto livelli senza precedenti non autorizza il legislatore a continuare ad accontentarsi di interventi urgenti e, in quanto tali, limitati, che non fanno altro che attenuare l'emergenza nell'immediato, senza risolvere però il problema alla radice, con la conseguenza che esso si ripresenterà a breve ancora più acuto. E neppure autorizza a ricorrere all'ennesimo provvedimento clemenziale di amnistia o indulto, che, se utilizzati come strumento improprio per affrontare il problema del sovraffollamento carcerario, senza essere accompagnati da interventi strutturali sul sistema sanzionatorio, risultano del tutto inefficaci, portando ad una forte diminuzione delle presenze in carcere nell'immediato, per poi tornare ad una situazione di sovraffollamento ancora peggiore dopo pochi anni; per avere una conferma delle conseguenze catastrofiche cui porta l'uso improprio degli istituti clemenziali basti pensare ciò che avvenne dopo l'emanazione della legge di indulto del 2006.

L'unica soluzione possibile, allo stato attuale, è quella di predisporre un intervento riformatore strutturale che investa l'intero sistema sanzionatorio, volto ad introdurre pene principali non detentive che sottraggano terreno alla pena detentiva, relegata ad *extrema ratio*. Solo così potrebbe essere superata l'idea radicatissima secondo cui compito del sistema penale sarebbe quello di compensare il male causato da chi ha commesso un reato con altrettanto male inflitto in termini di durata della detenzione.

E solo così potrebbe essere garantito un maggior rispetto dell' art. 27 co. 3 Cost.; è infatti evidente la contraddizione insita nel voler piegare *ex post* a scopi risocializzativi una pena nata con intento afflittivo, che non attribuiva alcun rilievo alla realtà esistenziale del colpevole. L'apertura verso una diversificazione dell'apparato sanzionatorio consentirebbe di conferire alla pena carattere maggiormente progettuale, in grado di dare rilievo alla personalità del condannato e alla eventuale possibilità di ricomporre i legami intersoggettivi recisi dal reato.

Un vero cambiamento, capace di far uscire il sistema sanzionatorio italiano dalla situazione di arretratezza ed ineffettività in cui si trova, richiede scelte politiche coraggiose, che implicherebbero importanti trasferimenti di denaro dal settore detentivo a quello non detentivo; e se è vero che i costi complessivi dei percorsi non detentivi potrebbero essere ben più ridotti rispetto ai costi ingentissimi che implica la macchina penitenziaria, si tratta comunque di spese molto più impopolari rispetto a quelle che comporterebbe, ad esempio, la costruzione di nuovi istituti penitenziari e che, come tali, rischiano di far perdere consenso politico. Un vero cambiamento sarebbe possibile solo se le forze politiche mettessero da parte le preoccupazioni elettorali e facessero un esercizio di lealtà, mettendo al primo posto il bene comune e dando ascolto alla dottrina penalistica che da decenni invoca un intervento organico di riforma del sistema sanzionatorio, necessario e non più rinviabile.

Purtroppo gli ultimi interventi a livello legislativo non vanno in questo senso, come dimostra il d.l. 146/2013, convertito con modificazioni dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10, che, come tutti gli interventi 'svuota carcere' che lo hanno preceduto, non fa altro che proporre soluzioni immediate, improntate al clemenzialismo, ma che non risolvono affatto un problema destinato a riproporsi tra pochi anni. La sensazione è quella che per l'ennesima volta si sia persa l'occasione preziosa di mettere finalmente a punto una proposta di riforma strutturale, complicando ancora di più un sistema di norme complementari sempre più incoerente ed intricato.

Anche il recentissimo progetto Palazzo, che con il suo impianto di ampio respiro e la sua lungimiranza sembrava poter riaprire in Parlamento un serio dibattito sul futuro del sistema sanzionatorio, appare tristemente destinato, a causa dei recenti stravolgimenti politici, a cadere nell'oblio esattamente come è accaduto ai tutti i progetti di riforma del codice penale che lo hanno preceduto, a partire dal progetto Pagliaro in poi.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'assemblea Costituente*, Roma, Camera dei Deputati, 1971, vol. I, VI.
- AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Bargis, VI ed., Padova, 2012.
- BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, 1982.
- BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, edizione a cura di Venturi, Torino, 1994.
- BENTHAM, *Théorie des peines et de recompenses* (trad. francese), in *Oeuvres*, vol. II, Bruxelles, 1829, p. 38 ss.
- BENTHAM, *Panopticon ovvero la casa di ispezione*, a cura di Foucault e Perrot, II ed., Venezia, 1997.
- BETTIOL, *Colpa d'autore e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 417 ss.
- BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Atti del II Convegno di diritto penale, Bressanone, 1963, Padova, 1964, p. 3 ss.
- BETTIOL, *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1951, pag. 369 ss.
- BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration de la loi criminelle en vue d'une justice plus prompte, plus efficace, plus généreuse et plus moralisante*, vol. II, Parigi, 1864.

- BRICOLA, *Il sistema sanzionatorio penale nel codice Rocco e nel progetto di riforma*, in AA. VV., *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, Atti del seminario organizzato dal Centro studi ed iniziative per la riforma dello Stato, Roma, 1974, p. 41 ss.
- BRICOLA, *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Atti del II Convegno di diritto penale, Bressanone, 1963, Padova, 1964, p. 201 ss.
- CAPPELLI, *Il carcere controriformato*, in AA.VV., *Il carcere dopo le riforme*, Milano, 1979, p. 11 ss.
- CAPRIOLI, *Processo penale e commisurazione della pena*, in AA.VV., *Silète poenologi in munere alieno!*, *Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, a cura di Pavarini, Milano, 2006, p. 135 ss.
- CASCINI, *Il carcere. I numeri, i dati, le prospettive*, in *Questione Giustizia*, 2010, p. 50 ss.
- CATENACCI, *Tipologie sanzionatorie, comminatorie edittali e misure alternative: lo stato dell'arte*, I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1150 ss.
- CAVALLA, *La pena come problema. Il superamento della concezione razionalistica della difesa sociale*, Padova, 1979.
- CESA BIANCHI - BELLONI, *Profili di intervento dello psicologo nell'esecuzione penitenziaria*, in AA.VV., *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, a cura di Grevi, Bologna, 1982, p. 260 ss.
- CESARIS, *Dal Panopticon alla sorveglianza elettronica*, in AA.VV., *Il decreto 'antiscarcerazioni'*, a cura di Bargis, IV ed., Torino, 2001, p. 49 ss.

- CIANI, *Prospettive prossime e alternative strategiche*, Intervento nel corso della tavola rotonda svoltasi in conclusione del I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1355 ss.
- CICIRELLO, *Carcere e misure alternative tra manovre legislative ed interventi 'riparatori' della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1646 ss.
- CURI, *I paradossi della pena*, I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1073 ss.
- DE MAGLIE, *Ha un futuro l'attuale modello di pena pecuniaria?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 648 ss.
- DELLA CASA, *Misure alternative ed effettività della pena: una ricognizione della situazione odierna*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, in ricordo di Adolfo Beria di Argentine, a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Convegni di studio «Enrico de Nicola», Problemi attuali di diritto e procedura penale, Milano, 2002, p. 85 ss.
- DOLCINI, *Ancora una riforma della sospensione condizionale della pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 1012 ss.
- DOLCINI, *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali*, Ricordando Vittorio Grevi, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 33 ss.
- DOLCINI, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 469 ss.

- DOLCINI, *La pena in Italia oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini - Paliero, Milano, 2006, p. 1073 ss.
- DOLCINI, *Il castigo sia moderato, ma certo*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, in ricordo di Adolfo Beria di Argentine, a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Convegni di studio «Enrico de Nicola», Problemi attuali di diritto e procedura penale, Milano, 2002, p. 31 ss.
- DOLCINI, *Presente e futuro del sistema sanzionatorio, Introduzione*, I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1146 ss.
- DOLCINI - MARINUCCI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, IV ed., Milano, 2012.
- DOLCINI - PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano, 1989.
- DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1180 ss.
- DONINI, *Teoria del reato : una introduzione*, Padova, 1996.
- EUSEBI, *Appunti minimi in tema di riforma del sistema sanzionatorio penale*, in AA.VV., *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti, Genova, 15 novembre 2006, a cura di Pisa, Torino, 2007, p. 279 ss.
- EUSEBI, *La «nuova» retribuzione*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci – Dolcini, Milano, 1985, p. 914 ss.

- EUSEBI, *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, p. 527 ss.
- EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1307 ss.
- FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'Ottocento alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980.
- FEUERBACH, *Anti- Hobbes ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, trad. it a cura di Cattaneo, Milano, 1972.
- FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca e Pizzorusso, Bologna, 1989, pag. 222 ss.
- FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in *Questione giustizia*, 1991, p. 46 ss.
- FIANDACA, *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiane, spagnola e francese a confronto*, Padova, 1995, p. 19 ss.
- FIANDACA, *Scopi della pena fra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Cinquant'anni Corte Costit., a cura di Vassalli, Napoli, 2006, p. 136 ss.
- FIANDACA - DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale: per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003.

- FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, VI ed., Bologna, 2009.
- FILANGERI, *La scienza della legislazione*, III ed., Milano, 1817.
- FILIPPI - SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, III ed., Milano, 2011.
- FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it. a cura di Tarchetti, Torino, 1976.
- FORTI, *Sulle riforme necessarie del sistema penale italiano: superare la centralità della risposta carceraria*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2012, vol. 3-4, p. 177 ss.
- GALGANI, *La funzione conciliativa del giudice di pace: una scommessa (allo stato) perduta?*, in AA.VV., *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti, Genova, 15 novembre 2006, a cura di Pisa, Torino, 2007, p. 231 ss.
- GARAPON, *Lo stato minimo, il neoliberalismo e la giustizia*, Milano, 2012.
- GARGANI, *Sicurezza sociale e diritti dei detenuti nell'età del sovraffollamento carcerario*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, p. 633 ss.
- GOISIS, *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Milano, 2008.
- GOISIS, *L'effettività (rectius ineffettività) della pena pecuniaria in Italia, oggi*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2012, vol. 1, p. 6 ss.
- GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in AA.VV., *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di Grevi, Bologna, 1981, p. 1 ss.

- GROSSO, *Inevitabili amnistia e indulto per risolvere l'attuale emergenza carceraria*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2012, vol. 1, p. 205 ss.
- GROSSO, *Relazione della Commissione Grosso (1999)*, in (a cura di) Grosso, *Per un nuovo codice penale II*, Padova, 2000, p. 1 ss.
- INSOLERA, *Progetti di riforma del codice Rocco: il volto attuale del sistema penale*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di Insolera, Mazzacuva, Pavarini, Zanotti, Torino, 1997, p. 31 ss.
- INSOLERA, *Progetti di riforma del codice Rocco: il volto attuale del sistema penale*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di Insolera, Mazzacuva, Pavarini, Zanotti, IV ed., Torino, 2012, p. 32 ss.
- KANT, *Metafisica dei costumi*, trad. it. a cura di Vidari, Bari, 1973.
- LACATENA, *Dal tossicodipendente de jure alla persona de facto. Tossicodipendenti, carcere, metadone e indulto*, in *Rass. penitenz. e crimin.*, 2012, p. 161 ss.
- LANZA, *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenni*, Milano, 2003.
- v. LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it. a cura di Calvi, Milano, 1962.
- MAIDECCHI, *La rieducazione del condannato tra carcere ed alternative*, in *Rass. penitenz. e crimin.*, 2002, p. 75 ss.
- MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione*, Milano, 2003.

- MANNOZZI, *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia*, Commento a ordin. Trib. Sorv. di Venezia 7 gennaio 2012, n. 5, in *Dir. pen e proc.*, 2012, p. 833 ss.
- MANNOZZI, *La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla previsione legislativa alla prassi applicativa*, I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1219 ss.
- MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 160 ss.
- MARINUCCI, *Note sul metodo della codificazione penale*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*, Milano, 1993, p. 37 ss.
- MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 438 ss.
- MARINUCCI - DOLCINI, *Studi di diritto penale*, Milano, 1991.
- MATHIEU, *Perchè punire? Il collasso della giustizia penale*, Milano, 1978.
- MAZZUCATO, *Appunti per una teoria 'dignitosa' del diritto penale a partire dalla «restorative justice»*, in AA.VV., *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari*, Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore- sede di Piacenza, Tricase, 2010, p. 99 ss.
- MELOSSI - PAVARINI, *Carcere e fabbrica. Le origini del sistema penitenziario*, Bologna, 1976.
- MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, p. 921 ss.

- MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1090 ss.
- MONTAGNA, *I confini dell'indagine personologica nel processo penale*, Roma, 2013.
- MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, 1748, trad. it., Milano, 1999.
- MORRONE, *Nuove sanzioni alternative alla detenzione: il lavoro a favore della collettività*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, p. 1033 ss.
- NEPPI MODONA, *Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria*, in *Questione criminale*, 1976, p. 325 ss.
- NEPPI MODONA, *Carcere e società civile*, in AA.VV., *Storia d'Italia*, Vol. V/2 Documenti, Torino, 1973, p. 1956 ss.
- NEPPI MODONA, *Vecchio e nuovo nell'ordinamento penitenziario*, in AA. VV., *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, Atti del seminario organizzato dal Centro studi ed iniziative per la riforma dello Stato, Roma, 1974, p. 11 ss.
- NIETZSCHE, *Genealogia della morale*, ed. italiana a cura di Masini, Milano, 1988.
- NUVOLONE, *Il problema della rieducazione del condannato*, in AA. VV. *Sul problema della rieducazione del condannato*, Atti del II Convegno di diritto penale, Bressanone, 1963, Padova, 1964, pag. 347 ss.

- PADOVANI, *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione. La questione delle pene sostitutive tra efficacia della sanzione ed efficienza dei meccanismi processuali*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena, in ricordo di Adolfo Beria di Argentine*, a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Convegni di studio «Enrico de Nicola», Problemi attuali di diritto e procedura penale, Milano, 2002, p. 73 ss.
- PADOVANI, *Il Progetto Grosso lungo il cammino della riforma del codice penale*, in AA. VV., *Un nuovo progetto di codice penale: dagli auspici alla realizzazione?*, a cura di De Francesco, Torino, 2001, p. 45 ss.
- PADOVANI, *L'utopia punitiva, Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981.
- PAGLIARO, *Per un nuovo codice penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, p. 543 ss.
- PALAZZO, *Prospettive prossime e alternative strategiche*, Intervento nel corso della tavola rotonda svoltasi in conclusione del I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1346 ss.
- PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, p. 97 ss.
- PALIERO, *Il 'lavoro libero' nella prassi sanzionatoria italiana: cronaca di un fallimento annunciato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 88 ss.
- PALIERO, *La riforma del sistema sanzionatorio tra utopia e realtà*, in AA.VV., *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti, Genova, 15 novembre 2006, a cura di Pisa, Torino, 2007, p. 273 ss.

- PAVARINI, *La pena «utile», la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo*, in *Rass. penit. e crim.*, 1983, p. 1 ss.
- PAVARINI, *Silète poenologi in munere alieno!*, in AA.VV., *Silète poenologi in munere alieno!, Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, a cura di Pavarini, Milano, 2006, p. 11 ss.
- PELISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, p. 261 ss.
- PETRINI, *Certezza della pena e modelli sanzionatori*, in AA.VV., *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti, Genova, 15 novembre 2006, a cura di Pisa, Torino, 2007, p. 199 ss.
- PETROCELLI, *Retribuzione e difesa nel progetto di codice del 1949*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1950, p. 549 ss.
- PISAPIA, *La riforma del Codice penale muove i primi passi: le scelte della Commissione ministeriale per una nuova parte generale*, in AA.VV., *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti, Genova, 15 novembre 2006, a cura di Pisa, Torino, 2007, p. 293 ss.
- PITTARO, *art. 27*, in AA.VV., *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di Bartole, Bin, Crisafulli, Paladin, Padova, 2008, p. 280 ss.
- PULITANÒ, *Diritto penale*, III ed., Torino, 2009.

- PULITANÒ, *La sospensione condizionale della pena: problemi e prospettive*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, in ricordo di Adolfo Beria di Argentine, a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Convegni di studio «Enrico de Nicola», Problemi attuali di diritto e procedura penale, Milano, 2002, p. 115 ss.
- PULITANÒ, *Quale agenda per la giustizia penale?*, in *Dir. Pen. Contemp.*, vol. 3, 2013, p. 61 ss.
- RIEFF, *Freud moralista*, trad. it. a cura di Oppo, Bologna, 1968.
- RIZ, *Per un nuovo codice penale: problemi e itinerari*, in *L'indice penale*, 1995, p. 48 ss.
- ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004.
- ROMANO - STELLA, *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980.
- RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996.
- RUSCHE - KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, trad. it. a cura di Melossi e Pavarini, Bologna, 1978.
- SECHREST e altri (a cura di), *The rehabilitation of Criminal Offenders: Problems and Prospects*, Washington D.C., 1979.
- SUTHERLAND, *White Collar Crime*, New York, 1949.
- TIRELLI, *Sicurezza penitenziaria e rieducazione: obiettivi tendenzialmente incompatibili?*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini- Paliero, Milano, 2006, p. 1259 ss.

- VALIA, *I diritti del recluso tra legge 354/1975, Costituzione e Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in *Rass. penit. e crimin.*, 1999, p. 1 ss.
- VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 297 ss.
- VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione, in margine ad alcuni recenti convegni*, in *Rass. penitenz. e crimin.*, 1982, p. 437 ss.
- VASSALLI, *Necessità di un nuovo codice penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, p. 7 ss.
- VASSALLI, *Sul trattamento penale e penitenziario del delinquente seminfermo di mente e sulla necessità di una riforma del codice penale vigente*, in *Giust. Pen.*, 1950, p. 140 ss.
- VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, I Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1300 ss.
- ZUCCALÀ, *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo italiano*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Atti del II Convegno di diritto penale, 1963, Bressanone, Padova, 1964, p. 55 ss.

RINGRAZIAMENTI

Ringrazio innanzitutto la Prof.ssa Silvia Larizza per la disponibilità, la gentilezza e l'attenzione che mi ha dedicato, per i preziosi consigli e soprattutto per avermi dato l'opportunità di sviluppare questo argomento, a cui tenevo moltissimo e che mi ha appassionata come poche volte mi era successo prima d'ora.

Ringrazio mia mamma, mio papà, i miei fratelli Elia e Giulio, mia zia, mia nonna per avermi sempre sostenuta e ringrazio mia sorella Gilda che, per una coincidenza del destino, oltre ad aver condiviso con me tutto fino ad ora, ha vissuto contemporaneamente a me anche l'esperienza di scrivere una tesi di laurea e l'avvicinarsi del momento in cui il nostro percorso di studi sarà concluso; grazie per avermi sempre aiutata, ascoltata e tranquillizzata anche solo con la tua presenza, spero di aver fatto lo stesso per te.

Ringrazio i miei amici di Pavia, Sissi, Maria, Sara, Francis, Elena, Alberto, Alfredo, Rossella, Maria Antonietta, compagni indimenticabili di questi anni, con cui ho condiviso i moltissimi momenti felici e le poche parentesi tristi, che resteranno sempre nel mio cuore come il ricordo più bello e con cui spero di continuare comunque a condividere il cammino futuro, anche se a distanza (anche se alcuni di voi sono già letteralmente dall'altra parte del mondo).

Ringrazio le mie amiche di sempre che non mi hanno mai abbandonata, mi hanno aiutata a distrarmi quando ne ho avuto bisogno, mi hanno fatta divertire, dimenticando tutto, su cui ho sempre potuto contare e potrò contare in ogni momento.

Per ultimo, appositamente, ho tenuto Federico; appositamente perché ho diversi motivi per ringraziarlo: non solo per avermi ascoltata ed aiutata sempre, per avere avuto, più di ogni altro negli ultimi anni, il difficile compito di farmi forza nei momenti di sconforto, ma anche per aver condiviso con me ideali e convinzioni, ogni gioia ed ogni soddisfazione e soprattutto perché, lavorando ogni giorno con impegno, professionalità e buona volontà in carcere, è stato la ragione principale per cui mi sono interessata ed appassionata a ciò di cui parlo in questo lavoro. E ringrazio anche tutta la sua bella famiglia che mi accolta con grandissimo affetto e che mi ha sempre fatta sentire a casa.