

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

SCUOLA DELLE SCIENZE GIURIDICHE ED ECONOMICO - SOCIALI Corso di Laurea Magistrale a Ciclo Unico in Giurisprudenza Dipartimento di Giurisprudenza

ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE: PROBLEMI E PROSPETTIVE

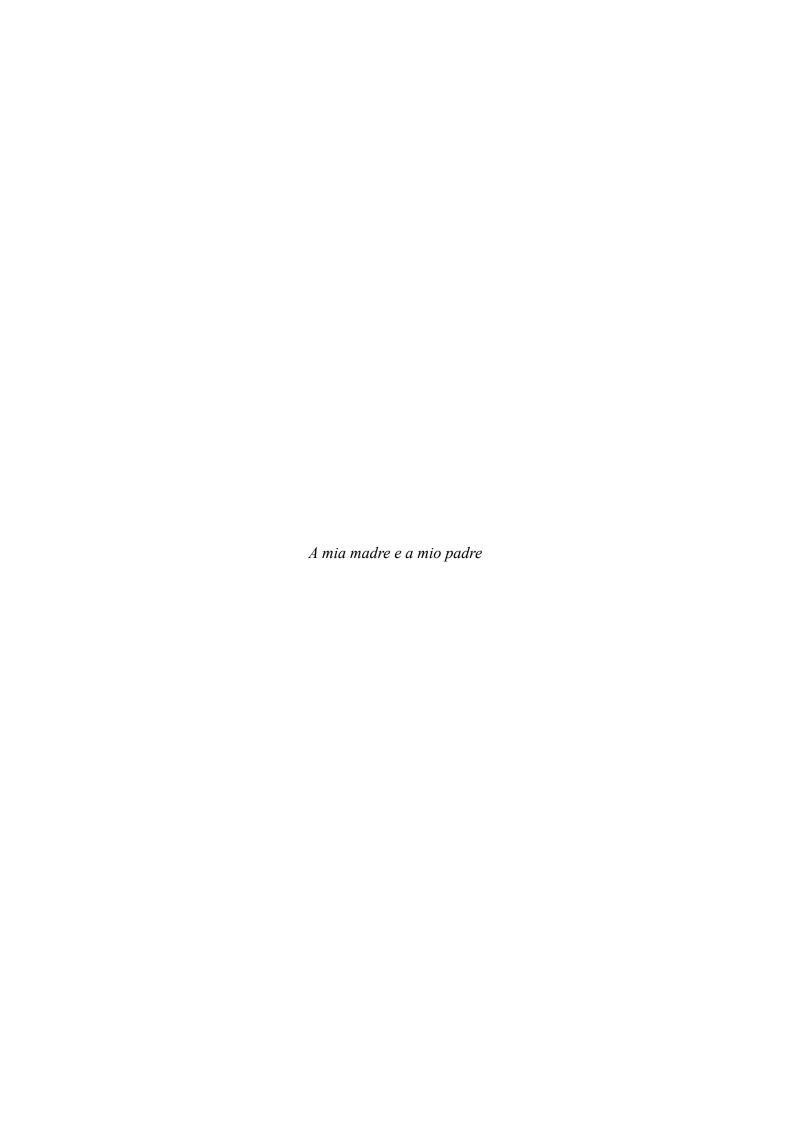
Scuola delle Scienz	tà degli Sudi di l e Giuridiche ed E	conomico - Sociali
Prot. 258	Data: 25,02,2019	
SSGS.	CC	PAYI (UED

TESI DI LAUREA DI: Luigi Scopelliti Ch.mo Prof. Alessandro Spena

ANNO ACCADEMICO 2017/2018

MAGISTRALE A CICLO UNICO





INDICE

INTRODUZIONE	l
CAPITOLO I	
LA PENA DETENTIVA E LA NASCITA DELLE ALTERNATIVE	1
1 Origine e sviluppo del carcere	
1.1 L'utilizzo del carcere nel Medioevo e nella prima Età Moderna	1
1.2 Illuminismo e nuove concezioni delle pene. La Scuola classica	
1.3 Il carcere si afferma come pena suprema: il monismo delle sanzioni	
2 Crisi del carcere e prime alternative	
2.1 Crisi del carcere, Scuola positiva e pene brevi	
2.2 L'elaborazione delle alternative in Europa	9
2.3 Il percorso italiano: dall'Unità al fascismo	
CAPITOLO II	
NASCITA E SVILUPPO DELLE MISURE ALTERNATIVE IN ITALIA	18
1 Dalla Costituzione alla introduzione delle misure alternative	18
1.1 L'articolo 27 comma 3 della Costituzione e il concetto di rieducazione.	
1.2 La legge 354 del 1975 e l'introduzione dell'affidamento in prova	
2 Evoluzione normativa dopo il 1975	
2.1 La legge 1981 n. 689: l'introduzione delle sanzioni sostitutive	
2.2 La legge Gozzini	
2.3 Interventi della corte Costituzionale	
3 Gli anni '90 e la "disintegrazione" del sistema sanzionatorio	
3.1 Mutamento del clima e motivazioni	
3.2 Le riforme del '91 e del '92 e l'introduzione del "doppio regime"	
3.3 La legge 27 maggio 1998 n. 165, cd. Simeone - Saraceni	
4 Dagli anni 2000 fino alle ultime riforme	
4.1 Le modifiche successive, tra la ex-Cirielli e le riforme del 2009	
4.2 Il cambio di passo dal sovraffollamento alla "riforma Orlando", fino a	
nostri	3/
CAPITOLO III	
LA DISCIPLINA ATTUALE	43
1 Premessa: l'ordine di esecuzione e i limiti d'accesso alle misure	
1.1 La sospensione dell'ordine di esecuzione	
1.2 I divieti di concessione dei benefici	
2 Le misure alternative alla detenzione	
2.1 Le misure in generale e la liberazione condizionale	
2.2 L'affidamento in prova "ordinario"	
2.3 Affidamento in prova in casi particolari e affidamento del condannato r	
2.4 La detenzione domiciliare	
2.4 La detenzione domiciliare "apociale"	 DD

2.6 La detenzione domiciliare ex l. 199/201060
2.7 La semilibertà62
2.8 La liberazione anticipata e i permessi66
3 Le sanzioni sostitutive68
3.1 La sostituzione delle pene detentive brevi68
3.2 La semidetenzione e la libertà controllata69
3.3 La pena pecuniaria sostitutiva73
3.4 L'ordine di espulsione dello straniero ex art. 16 t.u. Immigrazione74
4 Le misure sospensive75
4.1 La sospensione condizionale75
4.2 La sospensione del procedimento con messa alla prova
CAPITOLO IV
LA GIUSTIZIA RIPARATIVA84
1 Teoria e applicazione84
1.1 Definizione e storia. Il problema della vittima84
1.2 La restorative justice e la sua applicazione, rapporto con la giustizia ordinaria
88
1.3 Modelli applicativi92
2 La giustizia riparativa in Italia96
2.1 Previsioni legislative96
2.2 La (mancata) mediazione penale e uno sguardo d'insieme100
CAPITOLO V
DIBATTITO ATTUALE E PROSPETTIVE103
1 Permanenza della crisi carceraria103
1.1 Il fondamento punitivo e il principio di rieducazione103
1.2 Ipertrofia penale, demagogia della pena e distorsione del sistema106
1.3 Alcuni numeri sulla situazione carceraria110
2 La necessaria riforma114
2.1 Necessità di riforma organica del codice penale secondo il principio
dell'extrema ratio114
2.2 Alcune proposte concrete riguardo le alternative118
2.3 Potenzialità del paradigma riparativo122
CONCLUSIONI124
BIBLIOGRAFIA127

INTRODUZIONE

Per "alternativa al carcere", intesa in senso ampio, possiamo riferirci a una risposta sanzionatoria che, rispetto alla pena carceraria è dunque *diversa* per contenuto o struttura ma, al tempo stesso, riflette verso essa un rapporto di dipendenza¹. Lo studio e il dibattito sulle alternative alla detenzione, come vedremo nel primo capitolo, nasce quasi coevo alla stessa creazione della pena detentiva, rivelando la congenita inidoneità a svolgere la funzione a essa predisposta dalla società.

Per delineare il quadro complesso (e contraddittorio) delle alternative alla detenzione, seguendo un filo logico, facciamo nostra la necessità di partire dal discorso storico. Il tema del carcere e delle sue alternative è ovviamente un tema "classico" del diritto penale, ma che si rileva oggi sempre più attuale. A questo proposito, ci ispiriamo alle parole del Prof. Francesco Palazzo al convegno "Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia", secondo il quale, nei momenti di smarrimento e indecisione, come quelli nostri, la storia può aiutarci a ritrovare la linea di marcia, aiutandoci a comprendere il presente e imparare a migliorarlo facendo tesoro dagli insegnamenti del passato².

In questa trattazione si vuole dare dunque uno sguardo d'insieme, partendo, come già detto, dallo sviluppo del carcere e degli istituti alternativi, per arrivare alla legislazione attuale e alle prospettive di riforma future. Una breve parte (il cap. IV) sarà dedicata alla giustizia riparativa, e di come le sue modalità applicative suscitino molto interesse tra gli studiosi in chiave di riforma del diritto penale.

La genesi di questa tesi nasce dall'interesse delle alternative in quanto strumento del diritto penale, e dunque, come strumento di politica del diritto. Il discorso sulle alternative alla detenzione non è infatti solo un discorso di carattere pratico, ma coinvolge anche l'ideologia della pena, le sue giustificazioni morali e il ruolo a cui essa deve adempiere. Con la speranza di non perdersi nelle varie sfaccettature di un tema, come quello delle alternative, che è per sua natura vastissimo, cercheremo di dare uno sguardo complessivo, che ci informi sulla evoluzione degli istituti e di come questi

¹ Chiara Perini, «Prospettive attuali dell'alternatività al carcere tra emergenza e rieducazione», *Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 4 (2017): 78.

² Francesco Palazzo, «Crisi del carcere e culture di riforma», in *Crisi del carcere e interventi di riforma*, cit., 5.

abbiano riflettuto, nel corso della storia, determinate scelte di politica criminale.

CAPITOLO I LA PENA DETENTIVA E LA NASCITA DELLE ALTERNATIVE

1 Origine e sviluppo del carcere

1.1 L'utilizzo del carcere nel Medioevo e nella prima Età Moderna

Nel medioevo e nell'età moderna le pene per eccellenza erano la pena di morte e le punizioni corporali¹. La prima, rappresentando la pena massima e più terribile, aveva una funzione intimidatrice e preventiva; le seconde (marchiatura a fuoco, fustigazioni, mutilazioni), che spesso venivano applicate quasi a rappresentare un contrappasso², acquisivano anche l'effetto di rendere riconoscibile, e quindi emarginabile, l'autore del delitto. Il modello punitivo monarchico percepiva il reato come offesa al sovrano e alle sue leggi, quindi la pena corporale, in tutto il catalogo che Foucault chiamava "splendore dei supplizi", aveva una funzione di vendetta, di punizione, e di cerimonia; allo stesso tempo nella esecuzione delle pene corporali c'era un'evidente influenza teologica, che riteneva la sofferenza fisica uno strumento di espiazione⁴. Accanto a queste due tipologie di pene ve ne erano, comunque, di altre specie, quali ammende pecuniarie, bandi, esili, condanne a galera o triremi; ma la pena detentiva, quella volta a ledere il bene della libertà, non era ancora stata concepita in tal maniera. In accordo alla tradizione romana del Digesto⁵, infatti, fino alla fine del Settecento il carcere era solamente un luogo temporaneo di custodia dei soggetti in attesa di interrogatorio e/o tortura, e poi dell'esecuzione della pena. La funzione era dunque quella di puri e semplici "depositi" volti non a punire, ma ad assicurare la presenza del soggetto al processo; solo in sostituzione della galera assumeva talvolta la funzione di pena, per i

¹ Loredana Garlati, «Sepolti vivi. Il carcere al tempo delle Pratiche criminali: riti antichi per funzioni nuove», *Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 4 (2017).

² Ad esempio, il taglio delle mani per il ladro o della lingua per i bestemmiatori, il fuoco per gli eretici.

³ Titolo del secondo capitolo della prima parte di Michael Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della progione* (Torino: Einaudi, 1976).

⁴ Nella pena di morte preceduta dai supplizi, i dolori preannunciavano le pene che all'inferno aspettavano il condannato, ma allo stesso tempo potevano servire da penitenza per alleggerire gli stessi castighi dell'aldilà, Foucault, *op. cit.*, 50.

^{5 &}quot;Carcer ad continendos homines non ad puniendos haberi debet", D. 48.19.8.9.

soggetti a essa inadatti come donne, bambini o invalidi⁶.

Ciò nondimeno, la prigione era comunemente utilizzata da parte di sovrani e notabili come strumento di repressione extragiudiziale, al di fuori dei modi e delle garanzie del diritto penale; per questo, secondo le cronache criminali di Cinque e Seicento, questa era visto con sospetto e cautela per il carattere di arbitrarietà che ne derivava⁷. Lo stesso avveniva nella Francia del Settecento, dove molti studiosi e *cahiers de doléances* ne auspicavano la soppressione⁸. Proprio per questa sua natura "cautelare", affinché mantenesse la sua funzione essa doveva ridurre al minimo l'afflittività, escludendo trattamenti punitivi aggiuntivi rispetto a un istituto che, secondo alcuni autori, già di per sé aveva tratti di violenza fisica, quasi al pari della tortura⁹.

È invece nel diritto canonico che per primo si legittimò il carcere come pena. Per coloro cui creava conflitto di coscienza ordinare la privazione della vita, ritenuta sacra, il carcere consentiva la punizione in accordo alle finalità etico-religiose. Infatti, mentre l'isolamento doveva comportare la riflessione e il pentimento, e quindi il riavvicinamento a Dio e alla salvezza dell'anima, il carcere perpetuo (generalmente mai usato in ambito laico) consentiva di trovare una sanzione in sostituzione dell'ultimo supplizio. Allo stesso tempo, visto che perdeva il suo carattere cautelare e acquisiva invece la funzione di "pena", il carcere poteva ora acquisire caratteri di afflittività aggiuntivi¹⁰.

È, dunque, soltanto a cavallo tra Settecento e Ottocento che il carcere si trasformò da strumento a carattere preventivo a luogo di detenzione in forma sanzionatoria.

1.2 Illuminismo e nuove concezioni delle pene. La Scuola classica

La stagione dell'Illuminismo influì fortemente nel pensiero giuridico penale, che proprio in questo periodo acquisisce i caratteri di scienza, producendo numerose elaborazioni che costituiscono i cardini dell'odierno diritto penale. Attraverso la rivolta del modello di tradizione e autorità e la laicizzazione del diritto, prese finalmente corpo la distinzione tra diritto e morale e tra diritto e peccato mentre, allo stesso tempo, apparì la necessità di individuare tassativamente le ipotesi delittuose e la rispettiva sanzione, in ciò che porterà alla genesi del principio di legalità¹¹. Uno dei primi concetti su cui

⁶ Foucault, op. cit., 129.

⁷ Garlati, op. cit., 15 ss.

⁸ Foucault, op. cit., 130.

⁹ Garlati, op. cit., 18.

¹⁰ Ivi, 23 ss.

¹¹ Mario Canepa e Sergio Merlo, Manuale di diritto penitenziario, quinta ed., (Milano: Giuffrè, 1999),

trovano accordo studiosi del diritto, giudici, e parlamentari francesi è la forte critica alle pene corporali, che, rispetto alla norma dei secoli precedenti, erano considerate, ormai, intollerabili. Le nuove punizioni di cui si auspicava la creazione dovevano acquisire una "dolcezza" che rispettasse l'umanità del condannato: umanità che diveniva limite e misura della pena¹². Una delle motivazioni di questo mutamento è dato dalla trasformazione della società: il secolo dei lumi e dei riformisti è innanzitutto epoca di molti cambiamenti socio-economici, attraverso i quali si consacra la definitiva ascesa della classe borghese. All'innalzamento del generale tenore di vita e all'incremento demografico, corrispose il cambiamento della criminalità, che diveniva meno violenta e organizzata, e rivolta, soprattutto, a delitti contro la proprietà¹³. Al fine di reprimere questi crimini l'applicazione della giustizia doveva divenire sì meno sanguinosa, ma più rigorosa e meticolosa. Le critiche dei riformatori, infatti, erano sostanzialmente critiche alle istituzioni: le censure sullo snaturamento della giustizia, corrotta e inefficiente, si traducevano in una accusa verso la "cattiva economia del potere", che oscillava tra l'eccessivo particolarismo e l'arbitrio sovrano¹⁴. In questo modo, secondo Foucault, la congiuntura della riforma non fu quella di una nuova sensibilità, "ma quella di un altra politica ne confronti degli illegalismi", che assumeva di fatto i caratteri di una lotta di classe a vantaggio dei borghesi¹⁵.

Nelle elaborazioni dei riformisti la finalità di prevenzione della pena assumeva particolare importanza. Al fine di dare ad ogni delitto una sua pena "giusta", nel periodo storico della Costituente francese, i riformatori ne immaginano tutta una panoplia: da lavori forzati a particolari forme di detenzione e interdizione, in una comunicazione simbolica di segni che dovevano rapportare la natura del delitto alla sua punizione¹⁶. Nell'idea della "città punitiva", queste punizioni dovevano essere pubbliche, per far risaltare l'identità pubblica contro l'individualità, dimostrando la retribuzione che i

^{25.} Già nel pensiero di Ludovico Antonio Muratori emergeva una critica nei confronti del diritto positivo del tempo, costituito da una "selva inestricabile" di fonti normative, stratificatesi nel corso dei secoli e spesso prive di sufficiente chiarezza, la cui interpretazione e applicazione era rimessa all'assoluta discrezionalità e potere dell'organo giudicante, Ludovico Antonio Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza* (Venezia: Presso Giambatista Pasquali, 1742), 11 e 69 ss.

¹² Foucault, op. cit., 81–82.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ivi, 89.

¹⁵ La nuova classe borghese dominante, riuscendo a far giocare i propri regolamenti e le proprie leggi, poteva riservarsi l'illegalismo dei diritti — corruzione, frodi, evasioni fiscali — godendo di trattamenti giudiziari di favore (attraverso giurisdizioni speciali con transazioni, accomodazione, ammende attenuate ecc.). Allo stesso tempo, si riservava la severità all'illegalismo dei beni — ovvero i reati contro il patrimonio come il furto — proprio delle classi sociali più basse. *Ivi*, 95.

Malgrado la crudeltà di alcune di queste pene, la differenza con l'*ancien regime* derivava dall'essere fondate non sulla vendetta, ma appunto su una "estetica della pena". *Ivi*, 115.

cittadini conferiscono al reo, a fine di istruire la collettività verso il comportamento prescritto dalla legge¹⁷.

Il passaggio dall'elaborazione giuridica dell'Illuminismo alla codificazione delle legislazioni liberali dell'Ottocento passò attraverso l'elaborazione dottrinale della cosiddetta "Scuola classica", il cui momento di nascita viene ricondotto al 1764, con la fondazione, da parte di Cesare Beccaria e i fratelli Verri, della rivista milanese "Il caffè", e alla pubblicazione, dello stesso Beccaria, del fortunatissimo "Dei delitti e delle pene"18. Tra gli insegnamenti della Scuola¹⁹, il fondamento cardine fu la definitiva elaborazione del principio di legalità, che portava con sé il rifiuto dell'analogia nel diritto penale, la tassatività delle previsioni legislative per ogni singolo reato e la proporzionalità tra l'intensità delle pene e la gravità dei reati²⁰. L'affermazione di questo principio era legata indissolubilmente ai connotati del nascente Stato moderno, che, attribuendo a sé stesso personalità giuridica, doveva porsi coi cittadini in un rapporto regolato esclusivamente dal diritto²¹. Sulla scorta della nuova concezione eticoretributiva della pena, secondo la quale il reato consiste in una violazione cosciente e volontaria della norma penale da parte di un soggetto dotato di libera volontà, il dibattito sulla funzione del diritto penale portò a congegnare un sistema di reati e di pene basato sulla lesione dei diritti²².

L'influenza della scuola classica si vide già, a meno di venti anni dalla prima edizione de *I delitti e delle pene*, nel codice penale austriaco del 1787, emanato sotto la

¹⁷ Ivi. 122.

¹⁸ Diffusasi in Italia e in Europa tra il finire del XVIII e l'inizio del XIX secolo, tra gli autori italiani ricordiamo, fra i molti, Pellegrino Rossi e Giovanni Carmignani e gli illustri esponenti tra gli illuministi napoletani, come Francesco Mario Pagano, Gaetano Filangeri e Francesco Longano. A questi si aggiungeranno, nell'Ottocento, Enrico Pessina e Francesco Carrara, che della scuola classica furono forse i suoi massimi rappresentanti.

¹⁹ Tra i numerosi contributi della Scuola classica, oltre alla "teoria della scelta razionale", che segnò la nascita della criminologia, vi fu l'affermazione di diversi principi, tra i quali la necessità di un sistema di leggi a garanzia dei diritti umani, l'analisi probatoria processuale, la certezza della pena e l'abolizione della pena di morte.

²⁰ Evitando di soffermarsi eccessivamente sulla genesi del principio di legalità, tra gli autori, oltre a Beccaria e Filangieri, ricordiamo: François-Marie Arouet Voltaire, con *Idées rèpublicaines*, 1763; e Montesquieu, con *L'Esprit des lois* 1748. Il principiò di legalità verrà in seguito sintetizzato da Feuerbach coi brocardi: *nulla poena sine crimine*, *nullum crimen sine poena legali* e *nulla poena sine lege*, in Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gueltigen peinlichen Rechts* (Gießen: Presso Georg Friedrich Heyer, 1812).

²¹ Canepa-Merlo, *op. cit.*, 26–27.

²² Afferma la necessaria proporzione tra delitti e pene Gaetano Filangieri, *La scienza della legislazione*, tomo IV, (Napoli: Stamperia Raimondiana, 1785). Più avanti, sul finire della scuola classica, Francesco Carrara dirà: "II delitto è un ente giuridico" … "la sua essenzialità deve consistere impreteribilmente nella violazione di un diritto", Francesco Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, *Parte generale*, (Prato: Giachetti, 1886), 10.

monarchia di Giuseppe II, che oltre ad abolire la tortura, prevedeva precetti penali astrattamente definiti e sanzioni normativamente predeterminate²³. Per i suoi caratteri di autonomia e completezza, e per l'accoglimento del principio del proporzionalismo, viene considerato il primo codice penale moderno²⁴. È da rilevare che sia tra i riformisti della città punitiva, sia nei codici di fine secolo il carcere non assume un ruolo preponderante. Lo stesso Beccaria riconosceva al carcere solo una funzione cautelare, pur sottolineando la necessità di modifiche per armonizzarlo al principio di colpevolezza²⁵. L'istituzione carceraria veniva anzi dai riformisti criticata: innanzitutto perché costosa e priva di effetti sul pubblico (quindi in sintesi incompatibile con le caratteristiche della pena-segno e della pena-rappresentazione), e poi perché mantenendo i condannati all'ozio ne moltiplicava i loro vizi²⁶. Allo stesso modo se ne evidenziavano gli effetti criminogeni: il carcere favoriva la recidiva e stimolava la creazione di reti delinquenziali, soprattutto a danno dei delinquenti primari²⁷.

1.3 Il carcere si afferma come pena suprema: il monismo delle sanzioni

Nonostante queste consapevolezze, soltanto pochi decenni dopo il "teatro punitivo" della Costituente francese, con la sua eterogeneità delle pene perfette, si sostituì la monolitica previsione del carcere per tutti i soggetti e per tutti i crimini. Nello stesso *code pénal* francese del 1810, accanto alla pena di morte e l'ammenda, la prigione, nelle sue varianti, è la preponderante, se non unica, forma di pena²⁸.

Uno dei primi fattori di questa fortuna del carcere è il costituirsi, durante l'età classica, di alcuni grandi modelli di carcerazione punitiva. I precursori di questi modelli furono le "case di lavoro" olandesi tardo-settecentesche, dove venivano raccolti coattivamente soggetti variamente marginali rispetto alle nascenti strutture capitalistiche (quali mendicanti e "fannulloni") e destinati alla produzione manifatturiera e

²³ Il codice distingueva le sanzioni in: pecuniarie, correttive (nerbate, bastonate, marchio a fuoco ed esposizione alla berlina) e detentive (che poteva essere sola, con lavoro pubblico o con catene, e divisa in temporale, lunga e lunghissima).

²⁴ Canepa-Merlo, *op. cit.*, 26–27.

²⁵ Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764, edizione a cura di Renato Fabietti, (Milano: Mursia, 1973), 77 ss.

²⁶ Foucault, op. cit., 124.

²⁷ Tullio Padovani, L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica (Milano: Giuffrè, 1981), 15–16.

^{28 &}quot;Paragonate infatti le quattro pene principali che restano nel Codice Penale. I lavori forzati sono una forma di carcerazione. Il bagno è una prigione all'aria aperta. La detenzione, la reclusione, l'incarceramento correzionale non sono, in qualche modo, che i nomi diversi di un solo e medesimo castigo". Cfr. Charles-François-Marie de Rémusat, in *Archives parlamentaires*, tomo LXXII, 1831, 185.

all'addestramento al lavoro²⁹. Nella credenza che il crimine nascesse soprattutto dall'ozio, queste istituzioni sfruttavano il lavoro dei condannati unendo una concezione utilitaristica della pena a una visione pedagogica del lavoro³⁰. Alla necessità del lavoro, il modello inglese di fine Settecento unì l'isolamento continuo, che in una visione morale-religiosa (come già avveniva nel diritto canonico), doveva favorire la meditazione e l'espiazione. Ma le esperienze più importanti e influenti si produssero negli Stati Uniti sul finire del secolo: prima nel 1790 con la prigione "Walnut Street" a Filadelfia, sotto l'influenza diretta dell'ambiente quacchero, e, in seguito, con alcune differenze, nel "sistema" della prigione di Auburn, nei pressi di New York³¹. I modelli americani combinavano il lavoro organizzato e l'anelito monacale delle esperienze precedenti, con una applicazione sistematica e quasi scientifica, tanto che divennero esportati ed imitati anche in Europa continentale³².

Se riformisti e carcere convergevano nel *focus* sulla prevenzione, generale e speciale, divergevano sulle modalità di attuazione, cioè "le concrete tecniche di accesso all'individuo e di rapporto col suo corpo e la sua anima"³³. Secondo Foucault le istituzioni punitive incarnavano uno dei paradigmi coi quali si applicò il concetto di *disciplina*, che, seppur di origine precedente, era divenuta, tra il XVII e il XVIII secolo, formula generale di controllo e organizzazione del cittadino in tutti gli ambiti della società. La disciplina, in quanto "politica del dettaglio", assumeva la funzione di abituare costantemente il cittadino, e in questo caso il detenuto, all'obbedienza e alla conformità, collegandosi, con intima congenialità, al sistema di potere capitalistico e allo stato accentrato³⁴. Un esempio perfetto di questa concezione di potere e controllo, applicata all'architettura carceraria, fu il *Panopticon* di Bentham³⁵.

L'altra grande motivazione del diffondersi del carcere deriva direttamente dal percorso dottrinale. Sulla scorta sulle teorie proporzionalistiche che, nell'elaborare la scala dei reati, privilegiavano rapporti quantitativi più che qualitativi, la scelta di un'unica pena

²⁹ Padovani, *op. cit.*, 5.; per approfondire, v. l'importante opera di Georg Rusche e Otto Kircheimer, Pena e struttura sociale, (Bologna: Il Mulino, 1978).

³⁰ Foucault, op. cit., 131–33.;

³¹ Mentre il carcere di Filadelfia seguiva un modello di isolamento assoluto, Auburn prescriveva l'isolamento la notte e il lavoro in comune di giorno.

³² Foucault, *op. cit.*, 135 ss.; Canepa-Merlo, *op. cit.*, 31–32.

³³ Al modello della "città punitiva" con le sue molte pene pubbliche con funzione di codificazione permanente dello spirito dei cittadini, prevale il modello dell'istituzione punitiva": ortopedia sui corpi, attuata segretamente e individualmente. Foucault, *op. cit.*, 142–44.

³⁴ Per una analisi approfondita delle concrete modalità di applicazione delle discipline, e di come queste si diffusero nelle scuole, negli eserciti, nelle fabbriche e nelle prigioni, fino alla creazione della "società disciplinare", in ciò si concentra l'intera parte terza del più volte citato *Sorvegliare e punire*.

³⁵ Jeremy Bentham, Panopticon: Or the Inspection House, (Londra: Thomas Payne and Son, 1791).

(assieme a quella pecuniaria) modulabile quantitativamente, permetteva di attuare la gradazione tra illecito e sanzione, unificando le finalità preventive e la proporzionalità che discendeva dal principio di retribuzione³⁶. Contrariamente alle difficoltà di esecuzione e controllo di altre pene come bandi e deportazioni, la pena detentiva aveva la presunzione di essere egalitaria: poiché il tempo e la libertà, per gli Illuministi beni primari, sono beni di cui tutti dispongono allo stesso modo, una loro privazione era facilmente quantificabile³⁷. Queste caratteristiche, infine, si conciliavano con le esigenze della codificazione, poiché semplicemente modificando la durata della sanzione si permetteva di differenziare rigorosamente la lesione dei vari interessi penalmente protetti³⁸.

Oltre alla convinzione che potesse veramente emendare i condannati, il carcere, rispetto al passato, sembrava rispondere a quell'idea di dolcezza delle pene cara ai riformisti, in contrapposizione alla ferocia delle sanzioni del secolo XVIII³⁹.

2 Crisi del carcere e prime alternative

2.1 Crisi del carcere, Scuola positiva e pene brevi

Nonostante gli iniziali entusiasmi, e la generalizzata diffusione in tutte le società occidentali come forma principale di punizione, la pena detentiva già nell'Ottocento fu oggetto di numerose critiche. Gli evidenti difetti e storture del carcere vennero rilevate in dottrina, riprendendo, di fatto, le stesse censure che erano già state rilevate dai riformatori settecenteschi⁴⁰. Nonostante le diatribe dottrinali e le continue ricerche di forme utopiche di un carcere "ideale", si manifestano le prime perplessità circa la possibilità di realizzare, nella pratica, un ambiente carcerario rieducativo, e se sia meglio accontentarsi della semplice funzione di protezione/prevenzione dalla criminalità⁴¹. Stretti nella dicotomia tra inevitabilità del carcere e constatazione della sua inefficacia, ci si soffermò sul ridurre almeno le conseguenze criminogene e di disadattamento, evitando, *in primis*, la promiscuità tra i soggetti all'interno dei

³⁶ Mario Pavarini, «Pena, istituti di», Enciclopedia delle scienze sociali, I (Treccani, 2001), 1.

³⁷ Padovani, *op. cit.*, 9 ss.; La pena carceraria, "uniforme e grigia", sembrava "realizzare quell'aspirazione all'uguaglianza formale che è il vessillo della borghesia in fase di ascesa" Franco Bricola, «Le misure alternative alla pena nel quadro di una nuova politica criminale», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (1977): 17.

³⁸ Pavarini, op. cit., 1.

³⁹ Garlati, op. cit., 26.

⁴⁰ Padovani, op. cit., 16; Foucault, op. cit., 255–56.

⁴¹ Padovani, op. cit., 23 ss.

penitenziari, dal quale originava il contagio criminale⁴². A questo fine si diede avvio alla ricerca sulla personalità del condannato che, con la conseguente classificazione tra tipologie di detenuti, percorreva i primi passi verso l'idea di trattamento individualizzato. Allo stesso modo si accoglieva il concetto di "flessibilità" nell'esecuzione, che, in una idea di "gradualismo" della pena, indusse a sperimentare le prime forme di liberazione condizionale e semilibertà nella parte finale dell'esecuzione⁴³.

Nella seconda metà del secolo, sulle strade delle teorie evoluzionistiche di Darwin e l'impostazione positivistica di Comte e Spencer, il dibattito del diritto penale viene arricchito delle elaborazioni della nascente "Scuola positiva" ⁴⁴. Il nuovo modello, che fiorì in Italia e rapidamente si diffuse nel mondo, si proponeva, in totale rottura con la tradizione classica, di spostare l'obiettivo dell'azione penale dal fatto all'uomo, operando un'analisi "scientifica" delle cause della criminalità 45. È in questo periodo che troviamo l'opera di Lombroso⁴⁶, e in seguito quelle di Ferri e Garofalo, che portarono allo sviluppo e alla diffusione dell'antropologia criminale. Rispetto al paradigma classico – retributivo, che considerava l'uomo pienamente responsabile per le sue azioni, si riconobbe l'influenza di vari fattori esterni (in primis sociali) che influiscono sulla volontà del singolo, e quindi, sulla responsabilità penale. Nell'impostazione del determinismo biologico lombrosiano, successivamente evolutasi nel determinismo sociale, la funzione della pena, soffermandosi più sulla pericolosità dell'individuo che non sulla sua responsabilità, non poteva che essere quella della difesa sociale⁴⁷. L'impostazione positivista fungerà in seguito da base per il modello "sociologico", che, invece di concentrarsi sull'individuo, analizzava il crimine in quanto "prodotto sociale",48.

Nella seconda metà dell'Ottocento si riconosce ormai il carattere strutturale della crisi dell'istituzione carceraria e del sistema che su di essa aveva fondato la propria efficacia, critica che investe il sistema penale nel suo complesso anche riguardo alla funzione

⁴² Secondo Cattaneo, il carcere fungeva da "suprema scuola d'ogni perversità", Carlo Cattaneo, *Di varie opere sulla riforma delle carceri*, in *Il Politecnico*, vol. 3, 1840, 543-582.

⁴³ Padovani, op. cit., 29 ss.

⁴⁴ Canepa-Merlo, op. cit., 32; Elvio Fassone, La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria (Bologna: Il Mulino, 1980), 24 ss.

⁴⁵ Padovani, op. cit., 62 ss.; Fassone, op. cit., 25-27.

⁴⁶ Cesare Lombroso, *L'uomo delinquente*, (Milano: Hoepli, 1876). Considerava il delinquente come soggetto dal minore sviluppo psichico, tendente al delitto non per scelta ma per natura.

⁴⁷ Canepa-Merlo, op. cit., 33; Fassone, op. cit, 25.

⁴⁸ Secondo Durkheim, essendo il crimine "bound up with the fundamental conditions of all social life", non solo era un fattore ineliminabile, ma anzi serviva un ruolo sociale. Émile Durkheim, *The rules of sociological method* (Parigi, Libraires Félix Alcan, 1895) 98.

della pena⁴⁹. Piuttosto che immaginare forme di carceri e carcerazioni, si mette in discussione la stessa esclusività del ricorso al carcere per reprimere ogni forma di criminalità. A questo proposito la maggiore l'attenzione si concentrò sulle pene detentive di breve durata, che costituivano una parte corposa delle pene detentive complessivamente irrogate⁵⁰. Le pene brevi, si riteneva, erano totalmente prive di capacità rieducativa, ma anzi, favorivano il contagio criminale⁵¹. Questa problematica assunse caratteri autonomi rispetto al problema della pena detentiva in generale, e trovò una delle voci più autorevoli in Franz Von Liszt, massimo esponente della influente "teoria dello scopo", che in questo periodo minava il primato del dogma retributivo classico⁵². Secondo il noto "paradosso di Von Liszt", "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"53. Inoltre, il ricorso generalizzato alla sanzione detentiva anche per manifestazioni criminose minori, incideva negativamente sulla coerenza e la percezione del sistema e, quindi, sulla sua efficacia di prevenzione generale; anche perché l'utilizzo generalizzato delle sanzioni detentive brevi, prima che inutile e socialmente nocivo, poteva apparire semplicemente ingiusto⁵⁴. In contemporanea con il movimento correzionalistico cresciuto nella scuola positivistica, si riconosce che, se il fine della pena è quello di emendare il reo, non tutte le infrazioni devono essere necessariamente punite con la detenzione: a fine della prevenzione speciale si può ricorrere a spazi extra carcerari, individualizzando la pena attraverso trattamenti basati su pericolosità e possibilità di recupero⁵⁵.

2.2 L'elaborazione delle alternative in Europa

Dalla polemica sulle pene brevi, nasceva, così, la necessità delle "alternative", la cui ricerca e individuazione in Europa avvenne lungo tre direttrici fondamentali: alternative in senso stretto, dette "surrogati penali"; pena pecuniaria, talvolta indicata come

⁴⁹ Padovani, op. cit., 41-44 e 53 ss.

⁵⁰ Padovani, *Ivi*, 44–47; Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea* (Milano: Giuffrè, 1989), 1–5. Si sottolinea però che il concetto di pena breve non si presta ad una unanime interpretazione, ancora di più a seconda se il fine sia la sostituzione o l'eliminazione.

⁵¹ Dolcini e Paliero, op. cit, 6–8.

⁵² Dolcini e Paliero, *Ibidem*.

⁵³ Cfr. Franz von Liszt, *Kriminalpolitische Aufgaben*, 1889-1892, in *Strafrechliche Aufsátze und Vortráge* (Berlino: Guttentag, 1905), 347. Si rileva che, oltre a non avere nessuna efficacia di emenda o neutralizzazione, le pene brevi erano anche prive di effetto preventivo. Secondo l'A. la soluzione poteva essere la loro totale abolizione (senza cioè sostituirle con altre sanzioni) o un maggiore uso della condanna condizionale o della pena pecuniaria.

⁵⁴ Padovani, op. cit., 49–51; Dolcini e Paliero, op. cit., 7–8; Pavarini, op. cit., 3.

⁵⁵ Pavarini, *Ibidem*; Dolcini e Paliero, *op. cit*, 8.

sottocategoria dei surrogati penali; misure *sospensive*⁵⁶. Pur nella diversità degli atteggiamenti e delle soluzioni (soprattutto riguardo alla predilezione per le sospensive o i surrogati penali) il dibattito europeo sulle sanzioni alternative alle pene brevi, concordava nell'individuazione della fase giudiziale come la più idonea per l'applicazione delle misure, mentre in sede edittale veniva salvaguardato il primato della pena detentiva⁵⁷.

Nella multiforme categoria dei surrogati penali si includevano misure incidenti sulla libertà personale, come arresto in casa, lavoro coatto, interdizione e sanzioni personali di tipo confino; e misure di carattere morale, quali la riprensione giudiziale; talvolta in combinazioni complesse assieme ad ammende pecuniarie, sia in forma definitiva sia in forma di cauzione⁵⁸. Per quanto riguarda le misure personali, la misura dell'arresto in casa rappresentava, in forma "paradetentiva", una modalità esecutiva dell'arresto. Possedeva i meriti di evitare il contagio criminale e ridurre la popolazione carceraria, ma allo stesso tempo, si configurava fortemente sperequata e discriminatoria, destinata a gravare con diverso peso in relazione allo stato sociale e le condizioni economiche del condannato⁵⁹. Il lavoro coatto, erede di tradizioni più antiche, nonostante alcuni pregi soffriva invece di enormi difficoltà operative, e fu utilizzato soprattutto in sostituzione delle pene pecuniarie⁶⁰. In merito alle sanzioni di carattere morale, la riprensione giudiziale consisteva in un ammonimento che il giudice rivolgeva in pubblica udienza al colpevole riguardo ai precetti della legge violata e alle conseguenze del reato commesso⁶¹. Se il condannato non si presentava all'udienza fissata per la riprensione o non accoglieva l'ammonimento con rispetto, veniva applicata la pena stabilita nella sentenza per il reato commesso. Seppur in dottrina godesse di numerosi elogi e suscitasse grandi speranze, nella pratica si rilevava inefficiente e quindi sottoutilizzata, anche in Italia per i forti limiti imposti all'accesso⁶². Nel complesso, anche se assai articolato e dotato di buone potenzialità, il nucleo delle misure sostitutive fallì sostanzialmente nella prassi applicativa, erodendo in misura solo marginale la pena

⁵⁶ Dolcini e Paliero, op. cit, 8–10.

⁵⁷ Con alcune critiche, soprattutto dei positivisti, per il potere discrezionale che ne derivava al giudice. Padovani, *op. cit.*, 75-77.

⁵⁸ Dolcini e Paliero, op. cit., 9; Padovani, op. cit., 101–2.

⁵⁹ Vi erano inoltre difficoltà esecutive, *in primis* nell'organizzare i controlli per garantirne l'osservanza. Padovani, *op. cit.*, 104–5.

⁶⁰ La misura ebbe un utilizzo sparso, concentrato soprattutto in area germanica, in alcuni cantoni svizzeri, e in Norvegia. Padovani, *op. cit.*, 108 ss.

⁶¹ Fu contemplata anche dall'ordinamento italiano, agli art. 26, 27 e 29 del Codice penale Zanardelli del 1889.

⁶² Dolcini e Paliero, *op. cit*, 9. Alcune caratteristiche della riprensione furono poi riprese nella sospensione condizionale. Cfr. Padovani, *op. cit.*, 126-127.

detentiva⁶³.

Tra i provvedimenti di carattere patrimoniale ebbero un ruolo di spicco la cauzione di buona condotta e la pena pecuniaria, talvolta combinate in maniera complessa tra loro o con misure sospensive. La cauzione di buona condotta risaliva al diritto medievale degli ordinamenti di common law come strumento di "giustizia preventiva" consistente nell'obbligare gli individui sospettati di voler commettere 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, a fine di assicurarne la presenza nel processo e per imporre al condannato un comportamento conforme alla legge. In questa prospettiva esercitò una forte influenza nell'elaborazione della sospensione condizionale⁶⁴. È però all'altra misura di tipo patrimoniale, cioè quella della pena pecuniaria, che si rivolge l'attenzione della maggior parte della dottrina del periodo, che concorda nelle potenzialità di questa tipologia "come all'unica misura idonea, in linea di principio, a sostituire il ricorso alla pena detentiva in vasti settori del sistema penale"65. Accantonando opere di revisione legislativa, la pena pecuniaria fu introdotta in Europa soprattutto attraverso clausole generali di sostituzione delle pene detentive brevi⁶⁶. Le problematiche ruotavano sostanzialmente alle modalità di esecuzione: dato che per il soggetto non adempiente questa si convertiva in pena detentiva, per la sua natura la pena pecuniaria si rivelava fortemente sperequata a seconda delle condizioni economiche del condannato. Per i soggetti sprovvisti di mezzi adeguati per adempiere alla sanzione, cioè, in paesi come l'Italia, per la maggior parte della popolazione, questa costituiva soltanto un prodromo della sanzione detentiva, dimostrato dagli altissimi tassi di conversione⁶⁷. Si evidenziava dunque la necessità di introdurre modalità di determinazione dell'entità della sanzione secondo criteri di adeguamento alle condizioni economiche del reo, di cui il più fortunato e imitato, sarà il sistema per tassi giornalieri del codice penale portoghese⁶⁸.

Nel complesso furono le misure sospensive ad avere la più rapida e persistente fortuna legislativa. Consistenti nella non applicazione della sanzione sotto condizione del positivo esperimento di un periodo di prova, se ne distinguevano, secondo i modelli,

⁶³ Dolcini e Paliero, ibidem.

⁶⁴ Padovani, op. cit, 128–29.

⁶⁵ Padovani, op. cit, 131; cfr. Dolcini e Paliero, op. cit, 9–10.

⁶⁶ Padovani, op. cit., 155-156.

⁶⁷ V. le critiche di Angelo Ciccarelli, *Per l'abolizione della pena pecuniaria*, in *Scuola positiva*, 1897, come riportato da Padovani, *op. cit.*, 140-143

⁶⁸ Padovani, op. cit, 144 ss.

due tipologie predominanti: la sospensione della condanna, tipica dell'area di common law; e la sospensione dell'esecuzione della pena, o condanna condizionale, secondo il modello continentale⁶⁹. Storicamente, la sospensione della pronuncia di condanna precede quella dell'esecuzione della pena: già a metà del secolo si registra in Inghilterra l'utilizzo di questa tecnica di sospensione in favore degli imputati minorenni. Questa ottenne riconoscimento sul piano legislativo nel 1879, con il Summary Jurisdiction Act, mentre da prima forme di probation (cioè di messa alla prova) avvenivano nella prassi dei tribunali nordamericani⁷⁰. In area continentale, il primo provvedimento che introdusse in maniera ufficiale la sospensione dell'esecuzione è costituito dalla legge belga del 1888⁷¹. Le differenze fondamentali tra le due tipologie 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; nel modello continentale la condanna è già stata pronunciata e il soggetto potrà evitare che la pena venga effettivamente eseguita rispettando, nel lasso di tempo della prova, la sola condizione fondamentale di evitare la recidiva⁷². A sua volta distinguiamo la sospensione semplice, o sursis simple, secondo la formula franco-belga, e quella integrata da forme di assistenza e di controllo, il probation di origine anglosassone. Caratteristica saliente del probation era l'imposizione di obblighi comportamentali nei confronti dei condannati: il giudice infatti, nel momento in cui applicava la misura, fissava delle prescrizioni (probation conditions) che il soggetto ha l'obbligo di rispettare; quando invece esse mancavano nella sospensione semplice o *sursis*⁷³.

La sospensione condizionale si diffonde rapidamente nella seconda metà dell'ottocento, raggiungendo in poco più di un ventennio tutti i paesi dell'area continentale, prevalentemente nella forma della sospensione dell'esecuzione⁷⁴. Il bersaglio delle

⁶⁹ Dolcini e Paliero, op. cit, 8–9; Padovani, op. cit, 167–68.

⁷⁰ Queste forme erano a loro volta ispirate da più antichi istituti anglosassoni. Il modello continentale, seppur sicuramente prese spunto dalle esperienze del *probation* anglosassone, aveva tracce e precedenti in istituti della tradizione europea come l'*assourement* francese, e, con simile impostazione, nelle forme della riprensione giudiziale e della rinuncia all'esercizio dell'azione penale. Ma l'influenza più rilevante derivava soprattutto dalla liberazione condizionale, che in un progressivo ampliamento del principio di flessibilità della pena, tradusse la sospensione di una parte della pena alla sospensione della pena nella sua interezza. Cfr. Padovani, *op. cit.*, 92 ss. e 170-175.

⁷¹ Legge 31 maggio 1888, proposta dal ministro Jules Lejeune.

⁷² Padovani, op. cit, 170.

⁷³ Dolcini e Paliero, op. cit, 9.

⁷⁴ Dopo il Belgio (1888), fu la volta nel 1891 della Francia e nel 1892 del Lussemburgo. Seguirono nel 1893 il Portogallo e la Norvegia nel 1894, quindi l'Italia e la Bulgaria nel 1904, la Danimarca nel 1905, la Svezia nel 1906, la Spagna e l'Ungheria nel 1908, la Grecia nel 1911 e via via gli altri Stati.

misure erano soprattutto i delinquenti primari non pericolosi e gli autori di reati minori, per i quali la semplice condanna, con o senza controllo esterno, poteva considerarsi senz'altro sufficiente ad evitare il pericolo di recidiva⁷⁵. Ciononostante, dal momento in cui questa misura fu introdotta si notò un ricorso sempre più generalizzato, nei fatti coincidente con i limiti edittali dell'applicazione, a dimostrazione di quanto fosse diffusa la consapevolezza della crisi del sistema penitenziario, lungi dall'aver trovato una soluzione durevole dei propri problemi⁷⁶.

Nonostante i numerosi congressi internazionali in merito⁷⁷, nel primo dopoguerra il dibattito sulle alternative si affievolisce, anche in ragione dalla relativa stabilità della situazione carceraria, e della riduzione delle pene brevi dovuta all'utilizzo delle sanzioni pecuniarie e delle misure sospensive⁷⁸. Come già accennato, oltre al generalizzato utilizzo di quest'ultime, vi si affiancano sperimentazioni di affidamento in prova sul modello nordamericano, oltre ad elaborazioni di tipo combinatorio con ammende pecuniarie, che troveranno sempre più spazio nel secondo dopoguerra. Allo stesso tempo si diffonde il ricorso alla pena pecuniaria per tassi, con eccezione dell'Italia, che, tra l'altro, subirà una maggiore involuzione con l'avvento del fascismo⁷⁹.

Il dibattito sul carcere si riaccenderà nel secondo dopoguerra con rinnovato vigore, dando nuova vita ai confronti che avevano animato la scena dottrinale penalistica a cavallo tra Ottocento e Novecento. Dopo l'interruzione dovuta agli eventi bellici, la questione della riforma penitenziaria si ripropone in tutti i paesi occidentali, connessa al rispetto dei diritti umani enunciati nel 1948 con la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo. Mentre si diffondono sempre di più le alternative *tout court*, l'elaborazione viene molto influenzata dall'opera del Consiglio d'Europa e dall'ONU, quest'ultimo in particolare con l'elaborazione delle regole minime per il trattamento dei detenuti⁸⁰.

Padovani, op. cit., 176, n. 288.

⁷⁵ Sugli scopi della sospensione e le relative ideologie cfr., *ivi*, 178–88.

⁷⁶ Ivi, 189-92.

⁷⁷ Già da fine Ottocento l'impegno dei giuristi e degli operatori del settore si era concretato in una serie di congressi internazionali che portò all'attenzione dei tecnici e del pubblico in generale il problema delle carceri. Nel primo dopoguerra questi incontri aumentarono, anche su impulso della neonata Società delle Nazioni. Tra i numerosi incontri si può ricordare nel 1929 la seconda Commissione Internazionale Penale e Penitenziaria, l'XI Congresso Internazionale Penale e Penitenziario tenutosi a Berlino nel 1935, e il primo Congresso Internazionale di Criminologia, avvenuto a Roma dal 3 all'8 ottobre 1938.

⁷⁸ Padovani, op. cit, 193-95.

⁷⁹ Ivi, 195 ss.

⁸⁰ Regole minime per il trattamento dei detenuti, Risoluzione ONU 30/08/1955.

2.3 Il percorso italiano: dall'Unità al fascismo

Le dinamiche riguardanti la crisi del carcere non risparmiarono l'ordinamento penale dell'Italia liberale. Il generale dibattito sul fenomeno criminale e la funzione della pena riconobbe l'importanza di un più approfondito studio del fenomeno e delle dinamiche del carcere⁸¹. Sul finire del diciannovesimo secolo era pacifico tra giuristi e legislatori che le orribili condizioni in cui vivevano i detenuti violassero le leggi di giustizia e di umanità, e che il sistema nel suo complesso necessitava di riforme⁸².

Nel frattempo, il problema della legislazione penale nel suo complesso era già stato posto immediatamente dopo l'unificazione nel 1861, una parte del più ampio corso storico dei problemi dell'Italia liberale che derivavano dell'Unità⁸³. L'approvazione del codice Zanardelli nel 1889, e cioè dopo ben ventotto anni dall'Unità, ebbe una storia enormemente travagliata, caratterizzata da una serie di tentativi infruttuosi e di progetti ministeriali mai giunti in porto⁸⁴. L'elaborazione, avvenuta sotto la piena influenza della Scuola classica di Carrara, concentrò i suoi lavori intorno agli anni '70 del secolo per poi accelerare sul finire degli anni '80. Il codice Zanardelli⁸⁵, entrato in vigore il 1º gennaio 1890, fu un codice di chiara ispirazione liberale, e in stretta continuità rispetto ai codici sardo del 1859 e napoleonico. Tra le innovazioni più importanti, vi si operava una bipartizione dei reati in delitti e contravvenzioni, mentre al fine di consentire al giudice un certo margine di discrezionalità nella commisurazione delle pene, queste erano regolate in limiti minimi e massimi, permettendo di adeguarle alla effettiva colpevolezza del reo. Inoltre, veniva abolita la pena di morte e si introduceva una forma di liberazione condizionale.

⁸¹ Marco Nicola Miletti, «La pena nel processo. Giurisdizionalizzazione dell'esecuzione nella penalistica dell'Italia liberale», *Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 4 (2017): 29.

⁸² Garlati, *art. cit*, che cita, tra la dottrina dell'epoca, Martino Beltrani-Scalia, *Sul governo e sulla riforma delle carceri*, (Torino: Favale,1867).

⁸³ Luigi Lacchè, «Un Code Pénal Pour l'Unité Italienne: le code Zanardelli (1889) — La Genèse, le Débat, le Projet Juridique», in *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos* 35, n. 68 (20 giugno 2014): 4, https://doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p37. Mentre pochi anni dopo l'unificazione si effettuò un'unità legislativa quasi completa coi nuovi codici di procedura civile civile, procedura penale e le leggi amministrative, il diritto penale fu l'unico a rimanere fuori del progetto. Nell'Italia dopo il 1860, coesistevano infatti tre codici penali: il codice sardo-piemontese del 1859 che fu esteso al neonato Regno d'Italia; questo stesso codice, modificato (dal decreto luogotenenziale del 17 febbraio), entrò in vigore dal 1861 nelle province napoletane e in Sicilia; mentre il codice della Toscana del 1853 rimase in vigore nella sua regione.

⁸⁴ Tra i vari ostacoli alla riforma, vi furono i problemi riguardanti la particolarità della codificazione della Toscana, e l'emergere dei problemi di ordine pubblico, come il brigantaggio, nelle province meridionali, con le conseguenti esitazioni in merito all'abolizione della pena capitale. Lacchè, *ivi*, 40.

⁸⁵ Dal nome dell'allora Ministro della Giustizia Giuseppe Zanardelli, che insieme a Luigi Lucchini fu uno dei maggiori artefici del Codice.

Il nuovo Codice fu messo in discussione dai positivisti, che proprio durante gli anni dei lavori, iniziavano ad influenzare le tendenze scientifiche della scuola legale italiana, in alternativa alla strategia della politica legislativa penale della Scuola classica di Carrara, cui nonostante alcune timide aperture, il nuovo codice restava saldamente ancorato⁸⁶. Poiché costituiva l'espressione organica e più matura delle teorie, delle ideologie, nonché della determinata visione politica, della Scuola classica post-unitaria, i relatori agirono con cautela per evitare che le nuove tendenze culturali sconvolgessero il progetto unitario e relativamente coerente del codice⁸⁷.

Nel campo della lotta alle pene brevi il nuovo codice però si ritrovava in ritardo, presentando, come in parte accennato, una gamma di previsioni alternative praticamente insignificanti, soprattutto con alcune misure sospensive di carattere personale⁸⁸, che, con la loro ridottissima applicazione, non ebbero alcuna efficacia nel contenere il fenomeno delle pene brevi; mentre del tutto estranea alla elaborazione della pena pecuniaria rimase l'Italia, con un utilizzo minimo che rifiutava l'utilizzo del modello dei tassi⁸⁹. L'istanza di prevenzione degli effetti desocializzanti della pena trovò invece posto nella legge 26 giugno 1904, n. 267 che introdusse la condanna condizionale⁹⁰, che si conformava, tecnicamente, in una "sospensione condizionale dell'esecuzione della pena", sul modello francese del *sursis simple*, quindi priva di alcuna forma di assistenza al condannato o di controllo da parte dei servizi sociali. L'intento del legislatore era di riservare questa forma di sospensione alla piccola criminalità del delinquente primario occasionale, fissando l'ammontare massimo della pena sospendibile in sei mesi (art. 1), attribuendo valore ostativo a qualsiasi precedente condanna alla reclusione (art. 1) ed escludendo ogni possibile applicazione reiterata dell'istituto (art. 6)⁹¹.

In questo quadro legislativo, il dibattito italiano concerneva, tra l'altro, la natura dell'esecuzione, tradizionalmente riservata al potere amministrativo, per la quale molti autori affermavano la necessità di giurisdizionalizzazione, al fine di portare la garanzia

⁸⁶ Tra i critici, v. Lombroso, *Troppo presto*, in *Appunti al nuovo Codice penale*, (Torino: Bocca, 1889); Enrico Ferri, *Sociologia criminale*, 1892, citato da Miletti, *op. cit*, 30.

⁸⁷ Le profonde differenze delle proposte tra le due scuole avevano conseguenze pratiche, e quindi, politiche, non soltanto limitate alla scienza penale. Lacchè, *op. cit*, 54.

⁸⁸ Oltre alla riprensione (v. supra nota 62), era previsto l'arresto in casa (art. 21, c. 2), limitato a donne e minori non recidivi; il lavoro coatto (articoli 19, c. 5, e 24, c. 2) come sanzione sussidiaria della multa e dell'ammenda inadempiute, o come modalità di esecuzione dell'arresto (art. 22); il confino (art. 18).

⁸⁹ Padovani, op. cit, 157.

⁹⁰ Per una interessante veduta sul dibattito parlamentare riguardo la legge, v. *Seguito della discussione del disegno di legge sulla condanna condizionale*, in *Atti parlamentari, XXI Legislatura*, 2° sessione, *Discussioni*, 1° tornata del 28 maggio 1904.

⁹¹ Dolcini e Paliero, op. cit, 187.

del processo anche durante l'esecuzione della pena⁹². Questo acceso dibattito in merito continuò anche durante i lavori e dopo l'approvazione, con r.d. 27 febbraio 1913, n. 127, del nuovo codice di procedura penale ad opera di Camillo Finocchiaro-Aprile⁹³, visto che ancora nel primo dopoguerra la natura dell'esecuzione rimase per molti studiosi sostanzialmente amministrativa⁹⁴.

Il periodo successivo alla prima guerra mondiale è caratterizzato dalla crescita del movimento operaio e da un mutato clima politico-culturale, che nel settore penale si ritrovava più vicino alle istanze della scuola positiva⁹⁵. Già nel 1919 infatti il guardasigilli Lodovico Mortara nominò Enrico Ferri presidente di una commissione per la riforma del codice Zanardelli. Il Progetto Ferri del 1921, indicato da questi come una "opera progressiva", metteva in pratica il principio della "responsabilità legale", con la previsione di sanzioni differenziate a seconda della pericolosità del delinquente, prevedendo, ad esempio, misure rieducative per i delinquenti "meno pericolosi" e un trattamento specifico per i minorenni⁹⁶. Nel 1921 e 1922 una serie di circolari innovatrici determinarono alcuni miglioramenti nel trattamento dei detenuti, mentre con r.d. 31 dicembre 1922, n. 1718, la Direzione generale delle carceri e riformatori venne trasferita dal ministero dell'interno a quello della giustizia. In realtà nell'instabile momento politico che negli anni venti portò alla nascita del fascismo, in breve tempo si rilevò una progressiva chiusura e allontanamento verso le elaborazioni e le idee positiviste, simboleggiato dall'abbandono del Progetto Ferri. Originariamente in polemica col movimento fascista, lo stesso Ferri ed altri esponenti della scuola positiva iniziarono ad avvicinarglisi, dal momento che le istanze securitarie del progettato Stato fascista preannunciavano conferme sperimentali e applicazioni pratiche dell'idea di "difesa sociale" cara alla scuola⁹⁷.

⁹² Miletti, op. cit., 30-34.

⁹³ Che pur affidava al p.m. il compito di *promuovere* l'esecuzione (art. 556), e poteri di controllo durante tutta la durata della pena (art. 558).

⁹⁴ Seppur la Corte di Cassazione nel 1918 si schierò nel dibattito confermando la natura processuale della sospensione condizionale della pena (Cass. Sez. I, 15 febbraio 1918), e lo spazio che la giurisdizionalizzazione trovava nel successivo Progetto Ferri, la conferma della natura giurisdizionale dell'esecuzione dovette aspettare la fine del fascismo. Miletti, *op. cit.* 40-41.

⁹⁵ Fassone, *op. cit*, 50–51.

⁹⁶ Altri interventi erano la messa in sicurezza degli infermi di mente, finalizzata alla distinzione tra imputabili e non imputabili; l'unificazione tra pene e misure di sicurezza; il controllo giurisdizionale durante la fase dell'esecuzione; il reinserimento del perdono giudiziale; il risarcimento come obbligo di diritto pubblico e il riconoscimento della parte offesa come protagonista della giustizia. Floriana Colao, "Un fatale andare". Enrico Ferri dal socialismo all'"accordo pratico" tra fascismo e Scuola positiva, in Italo Birocchi e Luca Loschiavo, I giuristi e il fascino del regime (1918-1925), (Roma: RomaTrE-Press, 2016): 139; Miletti, op. cit., 40–41.

⁹⁷ Diversamente dalla filosofia dell'ordinamento liberale, più incentrata sul l'individuo. Colao, *op. cit.*, 129–30.

Ciononostante, l'indirizzo del successivo codice, i cui lavori, coordinati da Arturo Rocco, iniziarono nel 1925, presentò numerose differenze col progetto precedente⁹⁸. Il codice Rocco, entrato in vigore nel 1930, contestualmente al nuovo codice di procedura penale⁹⁹, introdusse il concetto di pericolosità sociale, le misure di sicurezza e la definizione dei criteri per l'esercizio del potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena, sicuramente ispirati dai canoni della scuola positiva; ma, analogamente a come successo col codice Zanardelli, lo si fece senza mutare l'atteggiamento di fondo del sistema che si voleva delineare, in questo caso, quello di un sistema autoritario 100. Sebbene il codice Rocco nel suo complesso mantenesse un'ottica utilitaristica e rieducativa e soffermasse l'attenzione sulla prevenzione speciale, la concezione fascista rifiutava la sociologia criminale e il determinismo, restando schiettamente ancorata all'autoritarismo retributivo e al concetto della pena-castigo; in ciò evidenziato dal duro aumento dei minimi edittali¹⁰¹. Riguardo le pene brevi, nonostante durante i lavori del codice ci fosse chi proponesse il potenziamento il sistema dei surrogati penali presenti nel codice Zanardelli, quest'ultimi furono cancellati, mentre la strada scelta fu quella del potenziamento della condanna condizionale, ora ribattezzata "sospensione condizionale", e l'introduzione del perdono giudiziale dei minori¹⁰². Mentre in linea col precedente codice vi era il totale rifiuto di trattamenti extrapenitenziari del tipo probation, e il modesto ricorso alla pecuniaria 103. Per temperare i problemi di popolazione carceraria, il regime fascista faceva ricorso a periodiche amnistie. All'impostazione del codice penale, seguiva il r.d. 18 giugno 1931, n. 787 che approvava il regolamento per gli istituti di prevenzione e pena.

⁹⁸ Ivi, 148 ss.

⁹⁹ R. d. 19 ottobre 1930, n. 1398.

¹⁰⁰ Giuseppe Di Gennaro, Massimo Bonomo, e Renato Breda, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, 1997, 378.

¹⁰¹ Fassone, op. cit, 62–67; Padovani, op. cit, 220.

¹⁰² Padovani, op. cit, 214 ss.

¹⁰³ Ivi, 219.

CAPITOLO II NASCITA E SVILUPPO DELLE MISURE ALTERNATIVE IN ITALIA

1 Dalla Costituzione alla introduzione delle misure alternative

1.1 L'articolo 27 comma 3 della Costituzione e il concetto di rieducazione

L'approvazione della Costituzione segna un deciso cambio di concezione nel sistema penale rispetto allo stato fascista. Rispetto all'impostazione repressiva del Codice Rocco, ora ben altri valori, i quali si riflettono anche sul terreno penale, discendono dalla Costituzione repubblicana. Già il principio di colpevolezza del primo comma dell'articolo 27, e, dunque, il carattere personale della responsabilità penale, diventa simbolo di una nuova concezione della pena. Con la consapevolezza degli insegnamenti portati avanti dalla dottrina, anche internazionale, già a partire dall'800, l'idea del trattamento rieducativo era destinato a entrare nella Costituzione.

Nel periodo in cui si svolgono i lavori della costituente, il dibattito sulle funzioni della pena ricalca i contrapposti principi della Scuola classica e della Scuola positiva. Sorgevano dunque preoccupazioni che una formula costituzionale che sancisse lo scopo della pena determinasse il primato di una delle due scuole tradizionalmente in conflitto¹. Il riconoscimento della rieducazione come funzione preminente veniva da alcuni lamentato come una concessione alla scuola positiva, che avrebbe influenzato in maniera significativa la legislazione penale nel futuro². Posto comunque che la Costituzione non aveva sicuramente il compito di prendere partito nelle dispute della dottrina, si stabilì l'attuale formulazione dell'articolo 27 comma 3 in una formula che potesse essere sufficientemente neutra e per questo idonea ad aggregare il maggior numero di consensi³. La cautela della dottrina si rifletteva sulle prime interpretazioni

Giovanni Fiandaca, «Il 3° comma dell'art. 27», in *Commentario della costituzione, Rapporti civili, artt. 27 -28*, a cura di Giuseppe Branca e Alessandro Pizzorusso (Bologna: Zanichelli, 1991), 225-226; Enrico Dolcini, *La commisurazione della pena*, (Padova: Cedam, 1979), 100-101.

² Il testo approvato dalla Commissione dei 75 stabiliva all'art. 21: "Le pene devono tendere alla rieducazione del condannato e non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità". Camera dei deputati, *Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, VI, pag. 180 ss.

³ Articolo 27 comma 3 della Costituzione Italiana: "Le pene non possono consistere in trattamenti

della norma che, con necessaria approssimazione, erano orientate verso tre direzioni. Una prima riferiva il principio della rieducazione alla sola fase esecutiva, priva cioè di riscontri finalistici al momento della commisurazione della pena. La seconda impostazione, riconosceva la rieducazione non come funzione della pena, bensì come "tendenza ideale", o uno scopo "estrinseco" e "collaterale". La terza poneva l'art. 27 comma 3° Cost. fra le norme programmatiche, priva di immediata efficacia⁴. Visto la natura "aperta" della norma costituzionale, il concetto di rieducazione si prestava facilmente ad essere definito variamente al variare delle vedute politico-criminali dei singoli interpreti, come anche al modificarsi nel tempo dei rapporti economici e sociali e dell'andamento della criminalità.

Come accennato, nel periodo immediatamente post-bellico, caratterizzato da altissimi indici di criminalità, le prime interpretazioni del principio hanno come obiettivo contenerne il più possibile la portata innovativa. Preoccupazioni general-preventive e revival di teorie retributive pongono il sistema in una prospettiva di continuità con l'ordinamento precedente, facendo prevalere, anche da parte della Corte costituzionale, una interpretazione "neutralizzante" della norma costituzionale⁵. Successivamente, negli anni a cavallo del 1960, il dibattito si intensificò con rinnovato vigore, soprattutto in dottrina dove cominciarono a prendere campo le teorie "polifunzionali" della pena, che seppur ne riconoscessero la natura fondamentalmente retributiva, includevano la rieducazione tra le sue finalità principali⁶. Nel clima di sviluppo economico e attesi riconoscimenti sociali, e in corrispondenza del crescente peso esercitato dalle forze progressiste, il problema del recupero sociale dei detenuti "si prospetta come esemplificazione della generale tematica del miglioramento delle condizioni di vita dei cittadini". Attraverso il dibattito, che ricalca in buona parte quello degli anni precedenti, si arriva almeno alla concordia sul significato di rieducazione, come

contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato". L'inversione dell'ordine delle proposizioni rispetto al testo della commissione dei 75 fu ritenuta sufficiente ad accontentare le diverse parti.

⁴ Dolcini, La commisurazione della pena, cit., 95-97.

⁵ Elvio Fassone, *La Pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, (Bologna: Il Mulino, 1980), 75 ss.; Dolcini, *La commisurazione della pena*, cit., 104-105; Fiandaca, *op. cit.*, 228. Tra i vari argomenti della dottrina restrittiva ricordiamo quello di Petrocelli, il quale, soffermandosi sull'uso del verbo "tendere", presuppone quindi che la rieducazione non rappresenterebbe il fine immancabile della pena - che rimane la difesa sociale - ma solo uno scopo eventuale della stessa, e comunque rilevante solo in fase esecutiva.

⁶ Dolcini, *La commisurazione della pena*, cit., 97 ss.; Fiandaca, *op. cit.*, 236-37. Concordano gli autori che tale impostazione si illude di conciliare contemporaneamente funzioni in contrapposizione, quali castigo, recupero sociale e rafforzamento della fiducia dei cittadini verso l'ordine sociale. In questa accezione della norma "pleonastica" o "agnostica", si permette sostanzialmente, diverse letture della stessa al variare delle concezioni dell'interprete.

⁷ Fiandaca, *op. cit.*, 235 ss.

"processo pedagogico/terapeutico, tendente a favorirne l'attitudine a vivere nell'osservanza della legge e il riadattamento sociale", e si rilevano le prime aperture circa l'opportunità di sostituire le pene detentive brevi con strumenti sanzionatori alternativi. Parallelamente al dibattito in dottrina, aumentarono le iniziative di studio anche in sede parlamentare⁸: su iniziativa del ministro Gonella, nel 1960 il Parlamento fu investito dell'esame di un disegno di legge sull'ordinamento penitenziario che conglobava anche la materia minorile, nella prospettiva di riforma della legge istitutiva dei tribunali per minorenni del 1934. Tale disegno, da un lato, conformava il sistema penitenziario ai principi stabiliti dalle Regole Minime dell'ONU, dall'altro introduceva il principio del trattamento rieducativo basato sull'osservazione della personalità. Questo disegno di legge, seppur non approvato, costituì la base per tutte le codificazioni successive.

Nella scia del nuovo interesse politico-culturale per le questioni penitenziarie, sia nell'accademia, sia nell'opinione pubblica, il dilemma rieducativo venne affrontato con meno interesse per le questioni puramente teoriche ma con più attenzione empirica ai problemi "reali" del funzionamento del sistema penale. Nel nuovo clima politico-culturale, favorito da una parte della dottrina sempre più vicina a istanze di "sinistra", già sul finire degli anni '60 al principio della rieducazione viene pienamente riconosciuto un rango preminente anche come criterio ispiratore per la modifica delle sanzioni¹⁰.

Queste ambizioni vennero tuttavia ridimensionate nei primi anni '70, nonostante continuassero i lavori preparatori della ormai imminente riforma dell'ordinamento penitenziario. Mentre anche nel dibattito internazionale entrava in crisi l'ideale rieducativo, la rinnovata crisi economica fece risorgere tutte le considerazioni già svolte in passato circa le relazioni tra recessione, inflazione, disoccupazione di massa e criminalità¹¹. Di fronte all'espandersi della criminalità politica e comune, il legislatore italiano reagì però con la tradizionale, e antiquata, risposta repressiva¹², riattivando in

⁸ Il movimento per la riforma dell'ordinamento penitenziario era già iniziato ufficialmente, in sede governativa, con la nomina di una commissione ministeriale avvenuta il 20 aprile 1947, e in sede parlamentare, con la commissione di indagine sulle condizioni dei detenuti, presieduta dall'on. Persico. Quest'ultimo comunicò la sua relazione alla presidenza del senato il 22 dicembre 1950.

⁹ Sempre Fiandaca, *op. cit.*, 243, nota 5.

¹⁰ Ivi, 244 ss.

¹¹ Giorgio Marinucci, «Politica criminale e riforma del diritto penale», in *Jus: rivista di scienze giuridiche*, 1974, 476–77. Sottolinea l'A. che queste correlazioni erano più forti in paesi come l'Italia che non avevano ancora avuto uno sviluppo capitalistico maturo e omogeneo, mentre una buona parte del territorio rimaneva oppressa da "miserie ereditarie" (mafia e banditismo).

¹² È il caso della Legge 14 ottobre 1974, n. 497 "Nuove norme contro la criminalità" (comunemente chiamata "legge Bartolomei"), che tra i vari provvedimenti, aumentò le pene per rapina a mano

questo modo il consueto movimento pendolare (che, come vedremo, è caratteristica quasi esistenziale) del nostro sistema penale, oscillante tra repressione e misericordia. Infatti, come *pendant* a queste norme restrittive, la Novella del '74 (d.l. 11 aprile 1974, n. 99, titolato "Provvedimenti urgenti sulla giustizia penale") ridusse il ricorso alla carcerazione preventiva, e aumentò le soglie della sospensione condizionale. Questi provvedimenti "urgenti" avvenivano nelle more della riforma della parte generale del codice penale, sepolta sotto la coltre delle leggi di ordine pubblico¹³.

1.2 La legge 354 del 1975 e l'introduzione dell'affidamento in prova

Mentre si svolgeva il lungo iter di approvazione della riforma penitenziaria, il regolamento del 1931 subiva già rilevanti modificazioni per mezzo di circolari ministeriali. Sperimentazioni riguardo i servizi sociali per gli adulti erano già in atto dal '60, iniziando a formare una classe di professionisti del settore sociale.

Dopo un altro tentativo nel 1965 (su proposta del ministro Reale), una versione leggermente modificata del disegno Gonella, stralciata dalla legislazione minorile, fu approvata al senato nel 197,1 ma cadde prima dell'approvazione alla Camera a causa della fine della legislatura. Questo stesso testo fu ripresentato sempre da Gonella al nuovo Senato il 31 ottobre 1972. Prima dell'approvazione fu rimesso alla commissione giustizia, e da lì affidato a una sottocommissione presieduta dal Senatore Follieri, che introdusse rilevanti modifiche¹⁴. Il testo modificato e approvato al senato venne passato alla camera la quale introdusse alcune modificazioni anche sostanziali orientate verso esigenze di controllo. Il testo fu restituito al Senato e da questi approvato.

Dopo questo travagliato percorso ebbe finalmente luce la legge 26 giugno 1975 n. 354,

armata; e della l. 22 maggio 1975, n. 152 "Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico". Fiandaca, «Il 3° comma dell'art. 27», 258–59: invece di cercare di comprendere e risolvere i problemi sociali e politici da cui scaturisce l'aumento della criminalità (come la crisi del Welfare State), si attuava dunque un semplice rafforzamento dello strumentario penale – nuove fattispecie incriminatrici, aumenti delle cornici edittali di pena, misure di prevenzione ecc. – con una valenza puramente simbolico- espressiva. Sull'effetto paradossalmente criminogeno degli aumenti di pena, Marinucci, *op. cit.*, 467 ss.; Fiandaca, «Il 3° comma dell'art. 27», 258–59: invece di cercare di comprendere e risolvere i problemi sociali e politici da cui scaturisce l'aumento della criminalità (come la crisi del Welfare State), si attua il semplice rafforzamento dello strumentario penale – nuove fattispecie incriminatrici, aumenti delle cornici edittali di pena, misure di prevenzione ecc – con una valenza puramente simbolico- espressiva. Sull'effetto paradossalmente criminogeno degli aumenti di pena, Marinucci, *op. cit.*, 467 ss.

¹³ Marinucci, *ivi*, 463-66; e Franco Bricola, «Le misure alternative alla pena nel quadro di una nuova politica criminale», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1977, unanimi nel criticare questi interventi, che rimandando ancora una volta la vera riforma, non potevano che mostrarsi limitati e disorganici.

¹⁴ V. infra.

riforma organica dell'ordinamento penitenziario, sostituendo definitivamente il regolamento del 1931. Caposaldo della riforma era perseguire l'esecuzione penale come occasione di recupero sociale, in un'ottica di maggiore apertura del sistema penitenziario alla comunità esterna. Divisa in due titoli, "Trattamento" e "Organizzazione", la legge aveva lo scopo e l'obbiettivo di mettere finalmente in pratica, almeno nella carta, il dettato costituzionale della funzione rieducativa della pena, applicato secondo gli ideali di umanizzazione e trattamento individualizzato¹⁵. Per raggiungere queste finalità, oltre alla disciplina dei diritti dei detenuti (tra i quali spicca quello al lavoro), venivano introdotti diversi istituti finalizzati a ridurre l'uso della pena detentiva. Fra questi vi si includeva la disciplina della semilibertà, delle licenze, della liberazione anticipata, della modalità di esecuzione della libertà vigilata, nonché della remissione del debito. Ma la innovazione più importante fu l'affidamento in prova ai servizi sociali, "fiore all'occhiello" dell'ordinamento penitenziario 16. L'articolo 47 comma 1 recitava: "Allorché alla pena detentiva inflitta non segua una misura di sicurezza detentiva e la pena non superi un tempo di due anni e sei mesi ovvero di tre anni nei casi di persona di età inferiore agli anni ventuno o di persona di età superiore agli anni settanta, il condannato può essere affidato al servizio sociale fuori dello istituto per un periodo uguale a quello della pena da scontare". Con lo stesso provvedimento di ammissione alla misura si determinava una serie di prescrizioni che il condannato era tenuto a rispettare ai fini della buona riuscita della misura. L'accesso era possibile solo dopo un periodo di osservazione della personalità da condurre in carcere per almeno tre mesi, dal quale si potesse desumere che le prescrizioni derivanti dall'affidamento in prova fossero sufficienti per la rieducazione del reo e la prevenzione del pericolo che egli compia altri reati. Dalla misura (oltre a coloro che fossero soggetti a misure di sicurezza) erano esclusi due tipologie di autori: i recidivi aggravati e i soggetti condannati per alcune gravi categorie di reati, per questo detti "ostativi"¹⁷.

¹⁵ L'art. 1, comma 1, della citata legge, stabilisce: "Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona." E ancora, all'ultimo comma: "Nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi. Il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti".

¹⁶ Franco Bricola, «L'affidamento in prova al servizio sociale: "fiore all'occhiello" dell'ordinamento penitenziario», in *La questione criminale*, 1976: 374. Il fortunato appellativo di Bricola, oltre ovviamente a evidenziare l'importanza dell'introduzione dell'istituto, punto nodale della riforma, ha anche una connotazione negativa. L'autore si chiede infatti se l'art. 47 sia solamente uno strumento propagandistico di una riforma che, nonostante le aspettative, voglia soltanto razionalizzare il sistema già vigente.

¹⁷ Secondo l'art. 47 comma 2: rapina, rapina aggravata, estorsione, estorsione aggravata, sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione. La misura era quindi rivolta a delinquenti autori di reati di modesta gravità, in correlazione con la ridotta entità della pena inflitta, al fine di evitare l'ingresso in

Sulla scia delle esperienze europee di utilizzo di sistemi di *probation*, (tra i quali ispiratore è sicuramente il *sursis avec mise à l'épreuve* francese) venne dunque scelto, tra le varie tipologie possibili, un modello di *probation* "penitenziario" applicato all'inizio dell'esecuzione¹⁸. Per come si combinava però, soprattutto riguardo al periodo di osservazione, era in realtà una forma ibrida, riconducibile agli esempi di *probation* con "assaggio di pena" previsti dall'ordinamento statunitense o danese.

Queste contraddizioni della misura erano dovute alla genesi legislativa dell'istituto, che infatti che non era previsto nell'originario disegno Gonella del '71¹⁹. Esso fu introdotto dalla commissione Follieri del '72, in una forma che non prevedeva né periodo di prova, né preclusioni per i cosiddetti "reati ostativi". Queste e altre modifiche restrittive, frutto di compromessi politici, furono introdotte al successivo passaggio alla Camera. Fu questo "rigurgito conservatore" a determinare lo snaturamento della misura, che, subordinandola ad un periodo di prova, rafforzava, invece di ridurre, le pene detentive brevi configurandola come una forma sia pure speciale di liberazione condizionale²¹. Dubbi poi nascevano sui problemi di coordinamento e dubbi di ragionevolezza tra il *sursis* senza prova (cioè la sospensione condizionale) e la nuova misura²². Sorgeva quindi il dubbio se l'affidamento potesse avere in pratica una vera efficacia rieducativa, o non fosse soltanto uno delle varie forme indulgenziali di "fuga dalla pena detentiva". Nonostante questi difetti, alla riforma venne comunque riconosciuta una importanza storica²³.

carcere di persone di non elevata pericolosità in carcere.

¹⁸ Giuseppe Di Gennaro, Massimo Bonomo, e Renato Breda, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, (Milano: Giuffrè, 1997), 224.

¹⁹ Per una analisi più approfondita dei lavori parlamentari, e del contestuale dibattito sull'introduzione dell'affidamento in prova si rinvia, oltre ai già citati lavori di Bricola e di Di Gennaro-Bonomo-Breda, a Giuliano Vassalli, *La riforma penale del 1974*, I, Milano, 1975.

²⁰ Bricola, «L'affidamento in prova al servizio sociale: "fiore all'occhiello" dell'ordinamento penitenziario», cit., 380.

²¹ Bricola, «Le misure alternative alla pena nel quadro di una nuova politica criminale», cit., 38–39.

Marinucci, *op. cit.*, 494. Si riteneva stravagante che l'affidamento in prova venisse riservato a chi è stato condannato a una pena detentiva, che però il giudice ha dichiarato opportuno non sospendere, mentre i sospesi, cioè quelli a prognosi più favorevole, vengono lasciati senza controllo e assistenza durante la prova, e quindi più esposti a ogni fattore criminogeno.

²³ Seppur evidenziando che il cambiamento numerico e qualitativo della popolazione penitenziaria negli anni successivi alla riforma potesse influenzarne l'efficacia, la 354 del '75 fu la "prima legge organica di riforma del sistema penale ispirata al principio della funzione rieducativa della pena", che "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", Vittorio Grevi, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario* (Zanichelli, 1981), così come riportato da Emilio Dolcini, «La rieducazione del condannato, un'irrinunciabile utopia? Riflessioni sul carcere, ricordando Vittorio Grevi», in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7 dicembre 2011, https://www.penalecontemporaneo.it/upload/La%20rieducazione%20del %20condannato_Dolcini_Pavia.pdf

Alcuni miglioramenti avvennero negli anni successivi con la legge 12 gennaio 1977, n. 1, che introdusse alcune variazioni a chiarire dubbi interpretativi e problemi di attribuzione di competenze. Venne abolita la recidiva fra le condizioni ostative all'affidamento in prova e alla semilibertà, mentre la competenza del magistrato di sorveglianza nel corso del trattamento venne ricondotta all'ambito esclusivo di un controllo garantistico. Inoltre, si regolò con più precisione il procedimento di sorveglianza.

Nello stesso anno la legge 20 luglio 1977, n. 450 operò una restrizione per i permessi, introducendo una procedura di tipo giurisdizionale per concessione e impugnazione.

2 Evoluzione normativa dopo il 1975

2.1 La legge 1981 n. 689: l'introduzione delle sanzioni sostitutive

La successiva "grande" riforma, con lo specifico obiettivo di contenere ulteriormente l'area della pena detentiva, avvenne con la legge 24 novembre 1981, n. 689 (titolata "Modifiche al sistema penale"). Essa introdusse in Italia le sanzioni sostitutive nelle forme della semidetenzione, della libertà controllata e della pena pecuniaria sostitutiva. Nella stessa legge erano inseriti una serie di istituti premiali applicabili ai detenuti, quali licenze e permessi, libertà anticipata e remissione. Nonostante le speranze di razionalizzazione, la consueta cautela del legislatore impedì una riforma di più ampio respiro, poiché "solo un esame specifico delle singole ipotesi incriminatrici avrebbe consentito infatti di tipicizzare la semilibertà o la libertà controllata come sanzione primaria"²⁴. Invece di agire sulla parte speciale, si scelse di creare una clausola generale di sostituzione per tutti i reati punibili con pene brevi (un mese per la pecuniaria, tre per la libertà controllata, sei per la semidetenzione). Seppur non paragonabili alla pena detentiva, rispetto alla sospensione condizionale queste sanzioni mantenevano comunque un contenuto più afflittivo, soddisfacendo in questo modo esigenze di prevenzione²⁵. A queste esigenze di prevenzione (generale e speciale) venivano ricondotti i limiti di accesso alla misura. Dal punto di vista della prevenzione generale, oltre a i limiti di pena sostituibile, la sostituzione era possibile per i soli reati di

²⁴ Raffaele Bertoni et al., *Modifiche al sistema penale: legge 24 novembre 1981 n 689, vol. III, Sanzioni sostitutive*, (Milano: Giuffrè, 1982), Introduzione, XI.

²⁵ Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea* (Milano: Giuffrè, 1989), 207; concordi sulla natura di vere e proprie pene delle sanzioni sostitutive, Mario Canepa e Sergio Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, quinta ed. (Milano: Giuffrè, 1999).

competenza del pretore (art. 54) con la esclusione di particolari fattispecie di reato (art. 60). Ai fini della prevenzione generale, vi erano dei limiti soggettivi, tra cui l'esclusione per i recidivi reiterati specifici, e per i soggetti che avevano riportato una condanna ad almeno 2 anni di reclusione negli ultimi 5 anni precedenti alla condanna da sostituire²⁶. Il giudice quindi, al momento della condanna e all'interno dei limiti previsti dalla legge, doveva verificare se in base alla capacità a delinquere del soggetto e alla gravità del reato, la sanzione sostitutiva potesse risultare meno desocializzante e al contempo sufficiente ad ammonire il condannato; in caso positivo, provvedeva alla sostituzione nella stessa sentenza. Insieme alla sanzione, si determinavano una serie di prescrizioni, alcune la cui violazione implicava l'immediata revoca della sostituzione, altre che lasciavano la discrezionalità al giudice. Il sistema poteva essere chiamato di revocaconversione, perché togliendo la parte di pena già scontata si convertiva la parte rimanente nella pena detentiva. Fu quindi scelto di non adoperare un criterio progressivo che permettesse, prima di arrivare alla conversione in pena detentiva, di passare alla sanzione sostitutiva corrispondentemente più gravosa²⁷.

Nonostante gli indubbi meriti, tra cui la contestuale depenalizzazione, la dottrina criticava la rinuncia alla centralità del carcere e i problemi di coordinamento e sovrapposizione tra sospensione, le alternative alla detenzione e le nuove sanzioni sostitutive²⁸. Infatti, l'area di utilizzo delle pene sostitutive si accavallava sostanzialmente, in maniera confusa e contraddittoria, con un'area già coperta dalla sospensione o dalle misure alternative²⁹. Proprio per questi problemi di coordinamento, negli anni immediatamente successivi le pene alternative finirono per trovare ridottissima applicazione.

2.2 La legge Gozzini

La legge 663/86 venne elaborata nel solco già tracciato nel '75, dopo un lungo percorso dottrinale e un dibattito parlamentare teso alla conferma della tensione rieducativa della pena e alla razionalizzazione della precedente disciplina³⁰. Essa rifletté, al suo interno, la dialettica delle varie istanze e valori, sforzandosi di trovare un giusto punto di equilibrio

²⁶ Bertoni et al., op. cit., 37-44.

²⁷ Ibidem.

²⁸ V. Bertoni et al., *op. cit.*; e soprattutto riguardo al rapporto tra sospensione condizionale e sostituzione, e sull'opportunità di permettere la sospensione delle pene sostituite, v. Dolcini e Paliero, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea* op. cit.

²⁹ Massimo Pavarini, voce «Pena, istituti di», in Enciclopedia delle scienze sociali, I (Treccani, 2001).

³⁰ Cfr. la *Relazione della 2º Commissione del Senato* (rel. Sen. Gallo), comunicata alla presidenza il 29 maggio 1986, in *Senato della Repubblica*. *IX legislatura*. *Disegni di legge e relazioni*.

tra i due poli opposti di esigenze: trattamento individualizzato e sicurezza³¹.

Tra i tre filoni di ricerca cui si riconduceva il dibattito internazionale sulla riforma penale - depenalizzazione, degiurisdizionalizzazione e decarcerizzazione - venne privilegiato quest'ultimo, ovviamente nei limiti del momento esecutivo. Ciò avvenne in due modi: in primis tramite l'allargamento delle opportunità di uscita temporanea dal carcere, in un'ottica di "meno carcere" durante l'esecuzione (lavoro all'esterno, permessi premio, semilibertà); in secundis, in un'ottica di "non ingresso in carcere", allargando le opportunità di esenzione, in tutto o in parte, dall'esecuzione penitenziaria. In questa prospettiva il legislatore operò un sostanzioso potenziamento dell'affidamento in prova. Oltre alla riduzione del periodo di osservazione, che passava da tre mesi a un mese, si aumentava a tre anni la pena eseguibile in affidamento, e veniva eliminata la preclusione all'accesso per i soggetti sottoposti a misura di sicurezza e per i condannati a uno dei "reati ostativi". Veniva inoltre introdotto un caso particolare di affidamento in prova senza il preventivo periodo di osservazione, per i soggetti che, dopo aver scontato una custodia cautelare in carcere, nel successivo periodo in libertà "avessero tenuto un comportamento tale da permettere la valutazione prevista dal 47 comma 2"32. Sempre sulla stessa finalità di decarcerizzazione, il nuovo art. 47-ter ord. pen. Introdusse la detenzione domiciliare, come modalità esecutiva di ispirazione umanitaria (priva quindi di finalità risocializzanti) nei casi di particolare situazione fisica o psicofisica, o per motivi familiari (ad es. madre di prole sotto i 3 anni con lei convivente). Altre modifiche comprendevano un ampliamento della semilibertà (anche qui venne introdotta la possibilità di accedere alla misura anche in prima dell'inizio dell'esecuzione)³³ e della liberazione anticipata.

Il contrappeso, in chiave restrittiva, veniva dall'introduzione di un regime particolare di sorveglianza per i detenuti "pericolosi", in un'ottica coerente con il principio del "trattamento individualizzato" già affermato in termini espliciti nell'art. 1 c. 6 della legge 354/1975. Questo regime di sorveglianza particolare, non operava sul profilo sostanziale, ma come "pericolosità penitenziaria". Essa doveva veniva a colmare la

³¹ Vittorio Grevi, a cura di, *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, (Padova: Cedam, 1994), 25.

³² Art. 47 comma 3. Conseguentemente al comma 4 veniva introdotta la possibilità, per l'ipotesi in questione, di chiedere la misura prima dell'emissione o dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione, quindi indipendentemente dall'osservazione. Per i problemi in termini di ragionevolezza ed parità di trattamento che questa norma comportava v. nota 35.

³³ L'introduzione di una semilibertà "prima dell'inizio dell'espiazione" nell'art. 50 ord. pen., snaturava l'idea dell'istituto così come era stato concepito nel 75, che, sempre in funzione di un percorso risocializzante adattava in senso regressivo dell'intensità della pena. In più, configurandosi, di fatto, come una misura "sostitutiva", poneva problemi di coordinazione con la già esistente semidetenzione.

lacuna della legge del '75, che, nell'entusiasmo dell'idea rieducativa, non considerava i soggetti che si mostravano totalmente refrattari al trattamento risocializzante. La linea seguita dal legislatore del 1986 appare, in proposito, ispirata ad una logica di differenziazione nel campo trattamentale, riconducibile, almeno in senso lato, alla dinamica tra sanzioni "positive", con funzione incentivante, e sanzioni "negative", col fine di dissuadere determinati comportamenti³⁴.

Nel complesso salutata con favore dalla dottrina, la quale aveva d'altronde aveva contribuito in maniera sostanziosa all'elaborazione dei principi della stessa legge, la 663 del 1986 evidenziava alcune criticità. Al di là dell'insensata parificazione dell'osservazione in carcere e di quella in libertà dopo il periodo di custodia cautelare, introdotta dal nuovo art. 47 (che valutazione si poteva avere, se non quella sull'assenza di recidiva?) permaneva in ogni caso la congenita impossibilità di un serio e attendibile esame psicologico effettuato, nel breve arco di un mese, in sede intramuraria. Anche riguardo lo stesso procedimento di valutazione, dal momento che le prescrizioni erano più negative che positive, si accentuava il carattere poliziesco della misura. E a garanzia della riuscita del trattamento, solo la minaccia della revoca diveniva l'unico elemento sul quale gravava l'esito positivo della prova³⁵.

Queste criticità, unite all'eccessivo potere discrezionale del magistrato di sorveglianza, privato di criteri legislativi precisi, posero il rischio di deteriorare ancora gli istituti verso una direzione puramente clemenziale.

2.3 Interventi della corte Costituzionale

A risolvere questi difetti non aiutarono i successivi scarni interventi legislativi e le sentenze costituzionali, tutte in chiave manipolativa e con favore "clemenziale". Tra il finire degli anni '80 e l'inizio dei '90, numerose pronunce della Corte Costituzionale erano destinate ad ampliare decisamente le maglie dell'accesso alle misure. Con due pronunce, basate sugli stessi principi, venne consentito al Tribunale di Sorveglianza, in caso di revoca dell'affidamento in prova o della liberazione condizionale, di rivalutare la quantità di pena ancora da espiare, "tenuto conto della durata delle limitazioni patite

³⁴ Grevi, L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza, cit., 26

³⁵ Per un approfondimento di queste critiche, v. Adonella Presutti, a cura di, *Esecuzione penale e alternative penitenziarie (l. 27 maggio 1998 n. 165)* (Padova: Cedam, 1999); Grevi, *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, cit.; Pietro Fornace, Mara Teresa Gandini, e Paola Velludo, «Riflessioni sul fenomeno della decarcerizzazione conseguente all'applicazione della "Legge Gozzini" con particolare riguardo all'istituto dell'affidamento in prova al servizio sociale senza osservazione e della liberazione anticipata prevista per il periodo trascorso agli arresti domiciliari», in *La Magistratura di sorveglianza*, *Quad. C.S.M.*, n. 80, 1995, 319 ss.

dal condannato durante il periodo precedente alla revoca"³⁶.

Con una fondamentale pronuncia venne dichiarato incostituzionale il 1° comma dell'art. 47, nella parte in cui non prevedeva che nel computo delle pene, ai fini della determinazione del limite di tre anni, non si dovesse tenere conto anche delle pene espiate³⁷. Ciò creerà non pochi problemi interpretavi e contrasti giurisprudenziali; poiché se tra le cause estintive venisse ricompresa anche l'espiazione, la locuzione "pena inflitta" poteva equipararsi a "pena residua"³⁸.

Per quanto riguarda l'affidamento in prova "in libertà", risolvendo una paradossale sperequazione, venne dichiarato illegittimo l'art. 47 comma 3 nella parte in cui non prevedeva che, anche indipendentemente dalla detenzione per espiazione di pena o per custodia cautelare, il condannato potesse essere ammesso all'affidamento in prova se avesse serbato un comportamento tale da consentire il giudizio prognostico di cui al comma 2 della medesima disposizione³⁹. Quest'ultimo intervento produceva l'effetto di rendere l'osservazione in libertà la regola e non più l'eccezione, equiparando a tutti gli effetti l'osservazione in istituto con quella in libertà, con profonda differenza concettuale con la ratio originale dell'istituto. Ma, d'altro canto, ciò avveniva in linea con lo stesso criterio del legislatore del 1986⁴⁰.

3 Gli anni '90 e la "disintegrazione" del sistema sanzionatorio 3.1 Mutamento del clima e motivazioni

I primi anni '90 segnano un cambio di clima e di passo in un po' tutto il mondo giuridico occidentale, con un rinnovato interesse per le istanze retributive. In Italia, il periodo fu contrassegnato dalla recrudescenza di efferate manifestazioni di criminalità organizzata e dalla esigenza di combatterle. Il bisogno di rassicurazione collettiva, e quindi la rinnovata necessità general-preventiva, vennero adeguatamente pompate dai media, trovando un capro espiatorio proprio nella legge Gozzini (che viene elevata a identificare figurativamente tutte le alternative)⁴¹. Altri episodi molto contingenti, ma di

³⁶ Corte costituzionale, 29 ottobre 1987, n. 343; Corte Costituzionale, 25 maggio 1989, n. 282.

³⁷ Corte costituzionale, 11 luglio 1989, n. 386.

³⁸ V. infra, paragrafo 3.2.

³⁹ Corte costituzionale, 13 dicembre 1989, n. 569. Era infatti illogico precludere l'affidamento anticipato a quei condannati che, proprio per non avere avuto la necessità di custodia cautelare, davano più garanzie per lo meno sul piano psicologico.

⁴⁰ Criticamente in questo senso, la nota di Francesco Della Casa alla detta sentenza, *Corte costituzionale e affidamento "anticipato": perfezionamento e rilancio del più recente modello di probation*, in *Cassazione Penale*, 1990, 1448 ss.

⁴¹ Luciano Eusebi, «Tra crisi dell'esecuzione penale e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio:

facile presa emotiva, quali qualche clamoroso insuccesso in materia di permessi premio, furono altre spinte per l'istanza di difesa sociale. L'approvazione del nuovo codice di rito nel 1988, con i suoi riti speciali e le relative premialità, e le predette pronunce ampliative della Corte Costituzionale, aiutarono ad aggravare il quadro di "fuga dalla pena detentiva" in cui versava il nostro sistema penale. Erano quindi poste le basi per una controriforma: mentre la l. 663 dell'86 manifestava il disegno di un carcere meno segregante e più aperto al contesto sociale, queste necessità vennero ridimensionate⁴², inaugurando una stagione di modifiche, in un susseguirsi intenso di leggi e decreti-legge non convertiti, decaduti e reiterati. Ciò in contrasto anche con gli orientamenti della Corte Costituzionale, che, dopo le resistenze del passato, aveva riconosciuto la finalità rieducativa come "una delle qualità essenziali e generali" della pena dal momento edittale fino all'estinzione⁴³.

3.2 Le riforme del '91 e del '92 e l'introduzione del "doppio regime"

L'anticipazione delle riforme del '91 e del '92 apparì con la 1. 55 del 1990, che operò una stretta all'accesso ai permessi premio per i condannati per alcune categorie di reati (terrorismo, eversione, criminalità organizzata e sequestro di persona); i quali, secondo il nuovo modificato art 30-ter c. 1-bis ord. pen., potevano ottenere l'accesso soltanto se erano stati acquisiti "elementi per escludere collegamenti attuali con la criminalità organizzata". Questa impostazione venne ampliata e consolidata con la legge 12 luglio 1991 n. 203 (conversione del d.l. 13 maggio 1991 n. 152) che col nuovo articolo 4-bis ord. pen., che divenne norma cardine del sistema della riforma, reintrodusse il cosiddetto "doppio regime" penitenziario. Per tutti i condannati ad uno dei delitti indicati all'art. 4-bis vennero introdotte numerose eccezioni alla concedibilità di tutte le misure previste dalla legge n. 354 del 1975 (nonché della liberazione condizionale, dei permessi premio e dei lavori all'esterno); questo avveniva sia sotto forma di puri divieti, sia come sotto forma di restrizioni⁴⁴. Tra i delitti cui era limitato l'accesso alle misure la norma distingueva due fasce di delitti: la prima, delitti di "certa riferibilità" al crimine organizzato, per la quale le misure alternative e gli altri benefici quali i permessi premio erano applicabili solo se fosse provata l'inattualità del collegamento col crimine

il ruolo del servizio sociale», in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1992, 494.

⁴² Franco Della Casa, Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa" anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del "doppio binario", in Grevi, a cura di, L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza, cit., 73 ss.

⁴³ Cfr. Corte costituzionale, 2 luglio 1990, n. 313.

⁴⁴ Guido Casaroli, voce «Misure alternative alla detenzione», in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. III, 1994, 15.

organizzato. Con riguardo alla seconda fascia, dei delitti "non direttamente riferibili" alla criminalità organizzata, le misure sarebbero state normalmente applicabili, salvo che fossero accertati elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva. La valutazione del magistrato di sorveglianza richiedeva il parere (obbligatorio ma non vincolante) del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica. Non essendo queste preclusioni assolute, sulla carta non si poteva considerare reintrodotta la previsione dei "reati ostativi" (abolita dalla legge Gozzini), ma piuttosto veniva interpretata come un differente regime probatorio dipendente dalla natura del reato. Ciò nonostante, almeno per quanto riguarda i condannati ai reati della prima fascia, richiedendo la prova negativa dell'assenza di collegamenti con la criminalità (tale da poter essere considerata una vera e propria probatio diabolica), veniva di fatto quasi sempre precluso l'accesso alle misure⁴⁵. Sempre riferita a questi soggetti, ma in una prospettiva opposta, la previsione del nuovo art. 58-ter ord. pen., secondo il quale queste restrizioni "non trovano applicazione nei confronti delle persone che collaborano con la giustizia". Ai fini di ottenere un aiuto nel campo della lotta alla criminalità, si apriva così il varco all'ingresso nell'ordinamento di una peculiare dimensione di premialità, sganciata da valutazioni comportamentali, ma legata a condotte che di norma avevano rilevanza nella fase di cognizione. Questa impostazione fu confermata e ampliata dal successivo d.l. 8 giugno 1992, n. 306, che nella sua forma convertita dalla legge 7 agosto 1992, n.356, specificò che i condannati ai reati della prima fascia (dal quale però furono declassati i delitti a scopo di terrorismo ed eversione), potevano essere ammessi alle misure solo se collaboratori di giustizia ex art 58-ter. Sulla spinta del difficile momento istituzionale, si abbandonò dunque ogni precedente riferimento a presupposti di natura probatoria, relativi al venire meno della pericolosità sociale (cioè l'esclusione di collegamenti con la criminalità organizzata), al solo fine di spingere i condannati verso la collaborazione⁴⁶. Date le vistose differenze di trattamento tra i condannati "ordinari", quelli soggetti al 4-bis, e i collaboratori di giustizia, c'è chi si riferì al sistema come non più "binario", ma "trinario".

Le riforme introdotte negli anni 91-92 ebbero degli effetti evidenti. Si ebbe infatti un significativo aumento nel periodo della popolazione detenuta, che passò dai 25.000 della fine del 1990, a più di 50.000 nel 1993. Sovraffollamento fatto risalire sia alle

⁴⁵ Della Casa, Recenti modificazioni, cit., 101 ss.

⁴⁶ Di Gennaro, Bonomo, e Breda, *op. cit.*, 23-24. Mentre nella riforma del '75 la differenziazione tra i condannati era fondata sulla valutazione della persona e sul suo comportamento, ora riguardava unicamente una categoria di reati e l'utilità materiale che si poteva trarre, in relazione ad essi, da attività di delazione.

⁴⁷ Casaroli, voce «Misure alternative alla detenzione», cit., 16

migliorate capacità investigative della polizia, potenziate per la lotta alla criminalità organizzata, sia alla più ridotta utilizzazione delle misure alternative⁴⁸.

Per questa situazione, negli anni successivi si rilevò una più accentuata propensione clemenziale-premiale e una chiara volontà deflattiva del legislatore. Venne infatti elevato a 3 anni la pena espiabile in detenzione domiciliare (decreto-legge 187/1993), e raddoppiato da sei mesi ed un anno quello relativo alla semidetenzione. Invece di cercare l'effetto di accentuare le finalità rieducative, si allargarono semplicemente le maglie dell'accesso alla misura⁴⁹. La stessa legge previde che lo straniero che scontasse una pena detentiva non superiore a tre anni, anche se parte residua di maggior pena, o che fosse sottoposto a custodia cautelare per delitti tentati o consumati di ridotto allarme sociale, la facoltà di chiedere di essere espulso, così da ottenere la sospensione della detenzione o della custodia cautelare. Questa previsione non aveva nessuna giustificazione che non fosse favorire il processo di decarcerizzazione⁵⁰.

Seguendo la stessa linea il legislatore decise di risolvere l'annoso problema della quantificazione della pena per l'accesso all'affidamento in prova. Seguendo e consolidando l'orientamento della sentenza della Corte Costituzionale 386 dell'89, con una norma di interpretazione autentica si specificò che la pena-limite di tre anni previsto dall'art. 47 per l'accesso all'affidamento in prova, fosse la pena da espiare in concreto, "tenuto conto di eventuali cause estintive"⁵¹. Nonostante il testo normativo mantenesse una voluta ambiguità, la successiva giurisprudenza lo interpretò nel senso più favorevole, cioè parificando tutte le cause estintive, inclusa l'espiazione⁵². Questa uguaglianza permetteva dunque l'accesso alla misura anche dopo frazioni notevoli di espiazione della pena detentiva, con l'effetto di ampliare il parametro di operatività della misura a favore di una fascia di destinatari indubbiamente diversa già sotto il profilo criminologico⁵³. Questa metamorfosi, da strumento di assistenza e controllo diretto a settori di marginalizzazione sociale a *species* indulgenziale di liberazione anticipata, provocò "un progressivo snaturarsi della misura che mette in dubbio

⁴⁸ Grevi, L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza, cit., 141.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Pavarini, voce «Pena, istituti di», cit., 17.

⁵¹ Art. 14 bis legge n. 365 del 1992

⁵² Tra tutti, Cass. 9 dicembre 1992, n. 5069; e nello stesso senso Sez. un. 18/6/93 in Cass pen., 1994, 49.

⁵³ Alessandro Bernasconi, *Affidamento in prova e semilibertà nell'epoca post*-rieducativa, in Presutti, *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, cit., 133-134; Casaroli, «Misure alternative alla detenzione», cit., 24. Secondo quest'ultimo l'asserita equivalenza esegetica tra "pena inflitta" e "pena residua", "appare sicuramente arbitraria e illegittima, in quanto in palese contrasto con il tenore della legge, con la ratio e la natura dell'istituto, con il tessuto sistematico delle norme sull'ordinamento penitenziario". Dello stesso tenore Di Gennaro, Bonomo, e Breda, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, 225 ss.

l'opportunità della sua stesa sopravvivenza"54.

Attraverso questo ragionare secondo logiche emergenziali, tra le modifiche dovute alle leggi contro la criminalità organizzata, coi loro limiti restrittivi, e le misure espansive nelle riforme penitenziarie, il sistema venne a delinearsi sempre più contraddittorio e irriconoscibile rispetto al suo impianto originario⁵⁵. Ma la rottura definitiva con lo spirito della riforma del '75 è simboleggiata dalla previsione della collaborazione come condizione sostanzialmente obbligatoria per l'accesso ai benefici. Strumentalizzando il carcere al di fuori del suo ruolo, con un gioco di inasprimenti e allentamenti finalizzati alla collaborazione, si buttò nel cestino la funzione di risocializzazione in ottica premiale: "totale distorsione di un sistema ormai imperscrutabile" ⁵⁶.

3.3 La legge 27 maggio 1998 n. 165, cd. Simeone - Saraceni

Sul finire degli anni '90 permaneva nel complesso il quadro di sovraffollamento. Le esigenze di contenimento della popolazione carceraria si riflessero nella successiva riforma, presentata nel '96 su iniziativa del deputato Simeone e sottoposta a due anni di lavori parlamentari. A poco più di cinque anni dalla legislazione di contrasto alla criminalità organizzata la nuova legge 27 maggio 1998, n. 165 si poneva l'obiettivo di razionalizzare la disciplina, favorendo l'accesso alle alternative, e snellendo il procedimento, attribuendo maggiori competenze al magistrato di sorveglianza. Tra le modifiche più importanti, veniva potenziato il ricorso detenzione domiciliare, portando il limite per l'accesso da tre a quattro anni, e fu introdotta la cosiddetta "detenzione domiciliare generica", applicabile per pene fino a due anni indipendentemente dall'esistenza dei presupposti (di salute, età, etc.) tipici della misura.

Ma l'innovazione più rilevante fu la sospensione automatica dell'esecuzione. La normativa precedente infatti prevedeva la sospensione dell'esecuzione solo se veniva presentata istanza di misura alternativa prima dell'emissione o dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione. Questa previsione pregiudicava ingiustificatamente i soggetti più svantaggiati, poiché per chi per ragioni economiche, culturali o sociali, era privo di una valida difesa, l'istanza non veniva presentata tempestivamente; ciò col rischio che la misura venisse concessa solo quando la pena fosse stata già, in tutto o in parte, scontata⁵⁷. Con il nuovo articolo invece, il pubblico ministero era obbligato a

⁵⁴ Adonella Presutti, *Affidamento in prova al servizio sociale e affidamento con finalità terapeutiche*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di Vittorio Grevi, cit., 334.

⁵⁵ Presutti, *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, cit., 72.

⁵⁶ Bernasconi, *op. cit.*, 137.

⁵⁷ Cfr. relaz. on. Saraceni, testo elaborato dalla commissione giustizia della Camera.

sospendere automaticamente l'esecuzione ogni qual volta la pena oggetto della condanna non superasse i limiti di concedibilità degli strumenti alternativi. Entro trenta giorni dalla sospensione il soggetto poteva presentare, corredata delle necessarie documentazioni, l'istanza per ottenere la concessione delle misure alternative. Il meccanismo era mutuato dal vigente art. 47 comma 4 ord. pen. (ora abrogato), che prevedeva la possibilità di sospendere della condanna per i soggetti che durante le more del processo avessero già iniziato un processo rieducativo. Mentre nel "nuovo" articolo 47 comma 4 si permise l'accesso ai condannati già in esecuzione di pena, qualora fossero in possesso dei requisiti per l'affidamento in prova e potesse derivare un grave pregiudizio dalla protrazione dello stato di detenzione. Questi, con istanza al magistrato di sorveglianza, potevano quindi ottenere la sospensione dell'esecuzione e l'immediata liberazione, in attesa della decisione dell'organo collegiale. Con la nuova formulazione, si consolidò quindi, rendendolo di generale applicazione, il principio dell'utilizzazione dell'affidamento in prova dallo stato di libertà per tutti quei casi in cui potessero riscontrarsi gli elementi presuntivi di risocializzazione⁵⁸. Completava la legge un ritocco dell'articolo della semilibertà e l'abrogazione dell'affidamento in prova in casi particolari, la cui regolamentazione era già confluita nel T.U. in materia di stupefacenti⁵⁹.

Nonostante le lodevoli finalità, la riforma soffriva di numerose criticità. Essa pativa una grave mancanza di coordinamento col sistema vigente, e la cronica e non rimediata mancanza di risorse, giudiziarie, economiche, di strutture esterne, riduceva l'efficacia della riforma. Nel quadro già incerto derivante dalle leggi dei primi anni '90, il legislatore mantiene l'impianto del Codice Rocco per ragioni di prevenzione generale, rinunciando a depenalizzare o a creare nuove sanzioni, mentre con interventi "tampone" sostiene un sistema ormai enormemente complesso e contraddittorio⁶⁰. In un sistema sanzionatorio essenzialmente basato sulla privazione della libertà personale, era evidente la perdita di significato del concetto di *beneficio penitenziario*, allargando il ventaglio della modalità di esecuzione alternativa della pena sempre nella costante mora di una riforma della parte speciale⁶¹. Con l'ampliamento dell'accesso alle alternative, prescindendo dagli strumenti per accertare la personalità del condannato e il suo livello di rieducazione, in assenza di indici legislativi precisi, la riforma proseguiva la

⁵⁸ Canepa e Merlo, *op. cit.*, 216; per i problemi di ordine interpretativo riguardanti l'individuazione dei criteri della valutazione, e per la determinazione del «grave pregiudizio», v. la critica di Bernasconi, *op. cit.*, 155 ss.

⁵⁹ Art. 94 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309.

⁶⁰ Presutti, Esecuzione penale e alternative penitenziarie, cit., 61 ss.

⁶¹ Canepa e Merlo, op. cit., 198–99.

distorsione degli istituti, idealmente rieducativi, in pura funzione deflattiva⁶².

Nel commiato definitivo dell'idea rieducativa, questa riforma perseguiva quindi il percorso di "disintegrazione del sistema sanzionatorio" Crisi del sistema che si poneva su un quadro ormai completamente diverso rispetto a quello dalla prima e ambiziosa riforma dell'ordinamento penitenziario nel '75. L'ottica risocializzativa così prevalente, frutto di una concezione della criminalità figlia della privazione, era ai tempi giustamente giustificata via di una popolazione carceraria proveniente principalmente da fasce di sottoproletariato. Nei vent'anni di cambiamenti socio-culturali si aggiungevano invece, accanto ai soggetti tradizionalmente presenti nelle carceri, un 20% di extracomunitari, più del 20% di tossicodipendenti e 14% riconducibili alla criminalità organizzata. Ogni riforma doveva ormai tenere in conto che condannati non erano più popolazione omogenea⁶⁴.

4 Dagli anni 2000 fino alle ultime riforme

4.1 Le modifiche successive, tra la ex-Cirielli e le riforme del 2009

Nei primi anni del nuovo secolo gli interventi legislativi iniziano nel segno degli anni precedenti. L'accento sulla questione umanitaria trova riscontro con la "legge Finocchiaro" e l'adozione del nuovo regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario, che rappresenta la più importante realizzazione del movimento riformatore di questi anni⁶⁶. Il regolamento si proponeva, oltre che di riaffermare l'attuazione all'Ordinamento penitenziario, di ribadire la necessità e il dovere di umanizzare le condizioni di vita dei detenuti⁶⁷.

⁶² Vincenza Maccora, La disciplina dell'articolo 656 c.p.p. ed i provvedimenti di urgenza del magistrato di sorveglianza alla luce della riforma operata dalla l. 27 maggio 1998 n. 165, in Presutti, Esecuzione penale e alternative penitenziarie, cit., 117.

⁶³ Tullio Padovani, «La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1992. Mentre la certezza della legge si assottiglia aumenta a dismisura il ruolo dei giudici, sia nella fase di cognizione che durante l'esecuzione, sui quali grava l'intero peso del sistema.

⁶⁴ Di Gennaro, Bonomo, e Breda, op. cit., 32 ss.

⁶⁵ Legge 8 marzo 2001, n. 40, "Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori". Introdusse la "detenzione domiciliare speciale" per le condannate madri di figli di età inferiore ai 10 anni: la misura può essere richiesta da chi ha scontato almeno un terzo della pena e si applica anche ai padri (se la madre è impossibilitata ad assistere i figli).

⁶⁶ D.p.r. 30 giugno 2000, n. 230.

⁶⁷ A tale proposito si dispone nell'art. 1, 1° e 2° comma, che "il trattamento degli imputati sottoposti a misure privative della libertà consiste nell'offerta di interventi diretti a sostenere i loro interessi umani, culturali e professionali. Il trattamento rieducativo dei condannati e degli internati è diretto, inoltre, a promuovere un processo di modificazione delle condizioni e degli atteggiamenti personali, nonché delle relazioni familiari e sociali che sono di ostacolo a una costruttiva partecipazione

Negli anni successivi riprende il movimento pendolare delle novazioni legislative in sede penale. Riguardo ai detenuti stranieri la legge n. 189 del 2002 cosiddetta "Bossi-Fini" introdusse l'espulsione per il condannato straniero con pena non superiore a due anni, con l'esclusione di alcuni gravi reati. Riguardo le alternative, vennero ricondotti i reati di terrorismo alla casistica dei reati per i quali è vietata o limitata la concessione delle misure, e venne ampliata la misura della liberazione anticipata anche per i soggetti ad affidamento in prova. Al fine di alleggerire il carico nelle istituzioni penitenziarie venne approvata la legge 207 del 2003, cosiddetto "indultino", che permetteva al condannato, dopo aver scontato almeno metà della pena, di ottenere la sospensione della parte residua, nel limite di due anni. Questa venne poi in parte dichiarata incostituzionale⁶⁹.

A queste misure fecero seguito una serie di inasprimenti per talune categorie di detenuti, in particolare per i recidivi, con la controversa legge 2005 n. 251 detta "ex-Cirielli", portante "Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche e di recidiva". Sebbene l'opinione pubblica e l'attenzione dei mass media si siano concentrati sulla riforma della prescrizione, essa introduceva forti modifiche all'intero ordinamento penale, anche in ambito esecutivo. A una ratio garantista, volta alla tendenziale riduzione dei termini prescrizionali, si accompagnò infatti un generale inasprimento del sistema, con particolare riferimento ai recidivi, ai quali vennero applicati maggiori aumenti di pena e numerose limitazioni all'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione. Per i recidivi "reiterati" (disciplinati dal nuovo art. 99 c.p.) vennero previsti limiti più severi per l'accesso alle misure alternative alla detenzione, l'esclusione dal meccanismo di sospensione dell'ordine di esecuzione e la limitazione dei benefici ottenibili⁷⁰. Per gli stessi soggetti fu reintrodotta la preclusione ostativa alla sospensione condizionale, ritornando alla disciplina pre-Gozzini⁷¹.

sociale". Nonostante queste premesse, la cronica carenza di fondi e la mancanza di personale impedivano, sia per quanto riguarda le strutture che i diritti dei detenuti, l'adeguamento di quanto richiesto dal nuovo regolamento. Stefano Anastasia e Patrizio Gonella, a cura di, *Inchiesta sulle carceri italiane* (Roma: Carocci, 2002), 179–90.

⁶⁸ Rispettivamente la Legge 23 dicembre n. 279 Modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario (che tra l'altro rese permanente il cosiddetto "carcere duro" introdotto nel 1992 come misura "provvisoria e straordinaria") e la legge 19 dicembre 2002, n. 277 - "Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di liberazione anticipata".

⁶⁹ Corte costituzionale 4 luglio 2006, n. 255. Venne dichiarato incostituzionale l'obbligo previsto per il magistrato di sorveglianza di dover concedere il beneficio della sospensione condizionata della pena anche nel caso in cui ritenesse il condannato immeritevole di tale beneficio.

⁷⁰ Art. 7 della l. 251/2005

⁷¹ Art. 9, lett. c).

Tramite l'istituto della recidiva, il legislatore utilizzò dunque lo schema di rigore già sperimentato dal legislatore del 1991 quando, con l'introduzione dell'art. 4-bis ord. pen., volle indicare un diverso circuito penitenziario nei confronti di coloro che, in virtù della loro carriera criminale, erano ritenuti portatori di una particolare pericolosità sociale e, quindi, meritevoli di un differenziato trattamento. All'insegna di una "indiscriminata regressione" queste presunzioni *ope legis*, escludevano, sia in sede di comminatoria edittale che in sede esecutiva, un qualsiasi vaglio concreto della situazione del condannato e della sua pericolosità sociale; violando la discrezionalità del giudice e realizzando un sistema, oltre che regressivo, di dubbia legittimità costituzionale⁷².

Nel frattempo, anche grazie a queste misure repressive, la situazione di sovraffollamento carcerario diveniva sempre più intollerabile: si registravano, a giugno 2006, 61264 unità a fronte di una capienza regolamentare di 42952 persone⁷³. Al fine di rimediare si approvò, con la legge 31 luglio 2006, n. 341, un indulto. Esso venne concesso per tutti i reati commessi fino al 2 maggio 2006 puniti entro i tre anni di pena detentiva e con pene pecuniarie non superiori a 10.000 euro, sole o congiunte a pene detentive. Il provvedimento previde anche uno sconto di tre anni per coloro che sono stati condannati a una pena detentiva di maggiore durata e che avessero commesso il fatto precedentemente alla data sopraindicata. Soggetto da parte degli organi di informazione di massa a una pesante campagna contraria, il provvedimento, che fu votato dalla grande maggioranza del Parlamento, successivamente fu, in una negazione della responsabilità, progressivamente rinnegato da larghi strati del sistema politico che alla sua stessa emanazione aveva contribuito⁷⁴. Nonostante la demonizzazione mediatica, almeno dal punto di vista numerico, esso comunque funzionò, riportando il numero dei detenuti a cifre più controllabili⁷⁵.

Una nuova stretta repressiva arrivò con le riforme del 2009. Sull'onda emotiva di alcuni gravi episodi di cronaca venne ampliato il catalogo dei soggetti a esclusioni e limitazioni per l'accesso alle misure, introducendo nell'art 4-bis ord. pen. una serie di reati contro la persona e la sfera sessuale⁷⁶. L'intervento successivo dello stesso anno

⁷² Tullio Padovani, «Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili», in *Guida al diritto (dossier)*, n. I/2006, 32 ss.

⁷³ Giovanni Jocteau e Giovanni Torrente, «Indulto e recidiva, uno studio dopo sei mesi dall'approvazione del provvedimento», 2007, https://www.giustizia.it/data/multimedia/1960.pdf.

⁷⁴ Ivi, 3.

⁷⁵ Secondo il rapporto Antigone del 2006, al 31 agosto 2006 risultavano presenti in carcere 38.847 detenuti. http://www.antigone.it/component/content/article/76-archivio/564-iv-rapporto-di-antigone-articoli-tratti-da-redattire-sociale-131106

⁷⁶ D.l. 23 febbraio 2009, n. 11, recante "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto

mirò a razionalizzare la previsione contenuta nell'art. 4-bis e soprattutto a correggere i coordinamenti interni sulla base delle modifiche intervenute, in modo da disciplinare le diverse ipotesi, corrispondenti alle "fasce" dei destinatari, in commi distinti per maggior chiarezza⁷⁷. Secondo le intenzioni dell'allora governo di centrodestra, queste modifiche erano giustificate dalla "aggressione della criminalità diffusa e all'attività riconducibile alla criminalità organizzata, fenomeni che incidono direttamente sulla sicurezza dei cittadini"⁷⁸. Era evidente come il sistema penale, veniva ormai utilizzato di volta in volta in maniera come soluzione alle emergenze del momento, rilevando un sistema sempre più svincolata da ipotesi di tipo correzionalista ma dalla funzione puramente simbolica⁷⁹.

4.2 Il cambio di passo dal sovraffollamento alla "riforma Orlando", fino a i giorni nostri

Dopo la corposa riduzione del numero di detenuti immediatamente successiva all'indulto, negli anni seguenti si registrò un tragico ritorno alla situazione pregressa. I dati statistici indicavano a fine 2010 un numero dei detenuti di nuovo schizzato verso l'alto, arrivando quasi alla fine dell'anno a 67.961 detenuti⁸⁰. Con un tasso di sovraffollamento del 150%, il disagio era aggravato dall'enorme numero di stranieri e tossicodipendenti (insieme superiori al 50% del totale) e la storica enorme percentuale di detenuti in attesa di giudizio⁸¹.

Lo stesso Governo Berlusconi, dopo la nomina nel 2008 di un Commissario straordinario, cercò di rimediare alla situazione prima con la legge 199/2010 e poi con

alla violenza sessuale, nonchè in tema di atti persecutori", convertito con modificazioni nella legge 23 aprile 2009, n. 38;

⁷⁷ L. 15 luglio 2009, n.94, detta "legge Maroni". La stessa legge prevedeva anche alcune modifiche *in peius* al regime differenziato di cui all'art. 41-bis ord. pen., accentuando ancor più il sistema del "doppio binario", introdotto con la legislazione degli anni Novanta.

⁷⁸ Relaz. del disegno di legge al Senato, comunicato alla presidenza il 3 giugno 2008.

^{79 &}quot;Le scelte legislatore sono sempre più influenzate dalla percezione dell'opinione pubblica di una giustizia inefficiente e inefficace, con il risultato che vengono alimentate politiche criminali in chiave fortemente repressiva, senza tuttavia che tale percezione venga in qualche modo scalfita". Laura Cesaris. *Esigenze di ordine e sicurezza e ordinamento penitenziario*, Università di Pavia - Biblioteca Delle Scienze (Dispense Online), 2010.

⁸⁰ Dati ministero giustizia al 31 Dicembre 2010, https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page? facetNode_1=0_2&facetNode_2=1_5_2&facetNode_3=2_4&facetNode_4=4_54&contentId=SST16 5666&previsiousPage=mg_1_14

⁸¹ Emilio Dolcini, «La rieducazione del condannato, un'irrinunciabile utopia? Riflessioni sul carcere, ricordando Vittorio Grevi», cit.; Francesco Palazzo, «Segni di svolta nella politica criminale italiana, tra ritorni al passato e anticipazioni del futuro», in *Diritto Penale Contemporaneo*, 19 dicembre 2011, https://www.penalecontemporaneo.it/d/1104-segni-di-svolta-nella-politica-criminale-italiana-tra-ritorni-al-passato-e-anticipazioni-del-futuro.

un Piano straordinario (il cosiddetto "Piano Carceri") basato su una articolata serie di interventi, prevalentemente di edilizia penitenziaria⁸². La legge n. 199 del 2010, introdusse una tipologia di esecuzione delle pene che dava la possibilità di scontare presso la propria abitazione, o in altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza, la pena detentiva non superiore ad un anno, anche residua di pena maggiore⁸³. Successivamente fu promulgata la legge 62/2011 sulle detenute madri, finalizzata a ridurre a casi eccezionali la custodia cautelare in carcere privilegiando il ricorso ad istituti a custodia attenuata e ad ampliare l'ambito di applicazione della detenzione domiciliare speciale per le madri in espiazione di pena.

Queste misure si rivelarono però insufficienti di fronte ad una emergenza delle carceri ormai non più sostenibile. Il 16 dicembre 2011 il nuovo governo Monti approvò in Consiglio dei Ministri una serie di provvedimenti, alcuni ad effetti immediati, altri programmatici, volti a risolvere la situazione emergenziale: il cosiddetto "Pacchetto Severino", dal nome del Ministro della Giustizia Paola Severino. Di immediata attuazione il decreto legge 211/2011, era finalizzato da un lato a ridurre il fenomeno delle "porte girevoli"84 e, dall'altro, a consentire una maggiore applicazione della detenzione presso il domicilio introdotta dalla 199 del 2010, portando la pena eseguibile in detenzione domiciliare da dodici a diciotto mesi. Oltre alle misure più urgenti contenute nel decreto venne previsto un d.p.r. di modifica del regolamento penitenziario, istituente una "Carta dei diritti dei detenuti" e un disegno di legge che comprendeva interventi di depenalizzazione e di riforma delle sanzioni85. Questo intervento del legislatore, nelle speranze della dottrina, sembrava indicare un cambio di passo in senso razionale e programmatico nella politica criminale, che, come abbiamo visto, era stata caratterizzata negli anni precedenti da frenesia legislativa e dal continuo ricorso ad operazioni di emergenza⁸⁶.

Ciononostante tra gli anni di inizio del piano carceri e la successiva caduta del Governo,

⁸² Contestualmente dichiarava lo stato di emergenza nazionale, che fu prorogato da ultimo fino al 31 dicembre 2012.

⁸³ La misura, che doveva rimanere di carattere temporaneo ed eccezionale in attesa di una riforma più organica, prevedeva all'art. 1 comma 2 alcune esclusioni per determinate categorie di condannati.

⁸⁴ Cioè la distorsione della norma attraverso il quale chi veniva colto in fragranza di reato doveva entrare in carcere per l'immatricolazione per poi uscirne in tempi brevissimi. Con il decreto veniva reintrodotta la possibilità per i detenuti di essere ospitati nelle celle di sicurezza dei commissariati.

⁸⁵ Atto Camera n. 5019: "Delega al Governo in materia di depenalizzazione, sospensione del procedimento con messa alla prova, pene detentive non carcerarie, nonché sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili". Comprendeva anche l'ipotesi di configurare l'arresto domiciliare e la detenzione domiciliare come pene principali.

⁸⁶ Palazzo, «Segni di svolta nella politica criminale italiana, tra ritorni al passato e anticipazioni del futuro», cit.

che tra l'altro impedì l'approvazione del disegno di legge, il quadro di sovraffollamento mostrò una nuova lieve tendenza all'aumento: al 28 febbraio 2013, a capienza praticamente invariata (47.041 posti) erano infatti presenti nelle nostre carceri 65.906 detenuti⁸⁷. Già anticipata dal caso Suljemanovic⁸⁸ del 2009, di fronte all'insostenibilità del numero dei detenuti, tale ormai da essere considerato "strutturale", la Corte Europea dei diritti dell'uomo emanò la storica sentenza pilota Torreggiani che condannava l'Italia per la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani. Lo Stato italiano fu obbligato a due piani di intervento: riparare le violazioni in atto a i diritti dei detenuti, e porre in essere misure strutturali contro il sovraffollamento, ricorrendo maggiormente a sanzioni non detentive e una minore utilizzazione della custodia cautelare in carcere⁸⁹.

A questi fini furono emessi i decreti-legge 1° luglio 2013 n. 78 (convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 94) e 23 dicembre 2013 n. 146, (convertito dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10) che vennero chiamati, in gergo giornalistico, "svuota carceri". Gli interventi seguivano diverse direttrici di sfoltimento attraverso la parziale rimozione delle presunzioni assolute di pericolosità a carico di determinate categorie di condannati e la riduzione del flusso di detenuti⁹⁰. Furono rimosse infatti le preclusioni all'accesso delle misure alternative e alla sospensione esecuzione ex art 656 co. 5 c.p.p per i recidivi reiterati, mentre furono allargate le maglie per l'accesso alle misure alternative, introducendo un tipo di affidamento in prova allargato, da 3 a 4 anni⁹¹. Per favorire l'uscita detenuti in uscita, acquisì carattere permanente la disposizione che consentiva l'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiore a 18 mesi, e fu introdotta una forma straordinaria di liberazione anticipata speciale per condannati meritevoli⁹².

Per queste e altre modifiche⁹³, il bilancio delle riforme fu complessivamente positivo,

⁸⁷ Ministero della Giustizia, Statistiche, detenuti presenti italiani e stranieri - Anni 1991-2017 https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page? facetNode_1=0_2&facetNode_2=1_5_2&facetNode_3=2_4&facetNode_4=4_54&contentId=SST16 5666&previsiousPage=mg_1_14.

⁸⁸ Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sulejmanovic c. Italia, 16 luglio 2009 - (Ricorso n. 22635/03).

⁸⁹ Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, Torreggiani e altri c. Italia, 8 gennaio 2013 (Ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10).

⁹⁰ Angela Della Bella, *L'esperienza italiana*, relazione al convegno "Sovraffollamento carcerario e alternative alla detenzione: esperienze europee a confronto", Milano, 2014.

⁹¹ Tuttavia per esse non poteva disposta la sospensione dell'esecuzione in attesa della decisione del tribunale di sorveglianza poiché non fu adeguato il limite triennale previsto dall'art. 656 c.p.p., v. infra cap. III, 1.1.

^{92 75} gg di sconto invece che 40 ogni 6 mesi, da avere efficacia solo fino al 23 dicembre 2015.

⁹³ Altre misure di carattere deflattivo contenute nei decreti comprendevano una lieve restrizione all'utilizzo della carcerazione preventiva, l'introduzione di una "attenuante di "lieve entità" nel

perché oltre ad aver risolto il sovraffollamento, portava una razionalizzazione complessiva di molti istituti sia processuali e penali che penitenziari, quali ad esempio la riduzione delle odiose preclusioni repressive contro i recidivi introdotti dalla ex-Cirielli, seppure rimanessero quelle previste dal 4-bis⁹⁴.

In prospettiva di maggiore riforma del diritto penale operava la legge 28 aprile 2014, n. 67, contenente la delega per la depenalizzazione, la previsione di ampliamenti delle pene alternative, oltre all'introduzione come pene principali della reclusione domiciliare e dell'arresto domiciliare. Dal punto di vista delle disposizioni applicabili la 67/2014 introdusse la sospensione del procedimento con messa alla prova, già prevista nella legislazione minorile⁹⁵. Alla delega fecero seguito tre decreti legislativi, nessuno dei quali però diede seguito alla delega per l'introduzione delle sanzioni alternative come pene principali⁹⁶.

Il processo di riforma proseguì con l'istituzione, ad opera dell'allora Guardasigilli Andrea Orlando, degli "Stati Generali dell'esecuzione penitenziaria" L'iniziativa previde la costituzione di un Comitato di esperti e l'istituzione di 18 Tavoli tematici, sotto la guida del Prof. Glauco Giostra, magistrati, avvocati, docenti, esperti, rappresentanti della cultura e dell'associazionismo civile, finalizzata aprire il dialogo con i portatori di diverse esperienze e con gli studiosi di altre discipline, in vista di una riforma organica che riuscisse a coinvolgere anche l'opinione pubblica98. Le relazioni prodotte dai Tavoli furono pubblicate sul sito del Ministero della Giustizia per essere sottoposte a consultazione pubblica99, al quale fece seguito una relazione finale il 18

delitto di detenzione e cessione illecita di stupefacenti come fattispecie di reato autonoma e l'ampliamento del campo dell'espulsione come misura alternativa alla detenzione.

⁹⁴ Emilio Dolcini, «La "questione penitenziaria" nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2015, 1666

⁹⁵ Per l'analisi dell'istituto, v. capitolo III.

⁹⁶ D.lgs. 16 marzo 2015, n. 28 "Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67"; D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 "Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'articolo 2, comma 3, della legge 28 aprile 2014, n. 67"; D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 8 "Disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell'articolo 2, comma 2, della legge 28 aprile 2014, n. 67".

⁹⁷ Decreto Ministeriale 8 maggio 2015 - Costituzione Comitato di esperti per lo svolgimento della consultazione pubblica sulla esecuzione della pena denominata "Stati Generali sulla esecuzione penale".

⁹⁸ Secondo il Ministro Orlando, l'istituzione degli Stati Generali si prefiggeva l'obiettivo di "Riformare il sistema penitenziario, prevedere forme di pena alternative al carcere, combattere il pregiudizio e parlare all'esterno per rifondare il senso comune e arrivare ad avere non solo un sistema più civile, ma anche un paese più civile che non contempli più la logica del 'buttare via la chiave'" - Bollate (Mi), 19 maggio 2015 (Adnkronos)

⁹⁹ Il contenuto della relazione dei 18 tavoli è consultabile nel sito del Ministero della Giustizia: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.page?

Aprile 2016¹⁰⁰. Redatta dopo sei mesi di lavoro, questa comprendeva numerose proposte che dovevano servire da spunto a elaborare le riforme degli anni successivi¹⁰¹.

Di queste elaborazioni il legislatore tenne conto, anche se lungo il percorso di elaborazione che portò alla legge 1. 23 giugno 2017, n. 103 (cosiddetta "riforma Orlando"), che conteneva la delega per la riforma, alcune proposte degli Stati generali vennero ridimensionate o addirittura messe da parte. Uno dei motivi fu la sua collocazione all'interno di un articolato di riforma complesso ed eterogeneo, che incontrava per altri contenuti forti resistenze¹⁰². Nonostante se ne riconoscesse a tratti il poco coraggio (ad esempio rispetto al definitivo superamento del doppio binario), e in alcuni punti l'eccessiva genericità, la delega fu, nel suo complesso, valutata positivamente dalla dottrina¹⁰³.

Le procedure di esercizio della delega, avviate dal Governo Gentiloni, nonostante le speranze suscitate¹⁰⁴, non completarono interamente i lavori, anche e soprattutto per la conclusione della legislatura dopo lo scioglimento delle Camere da parte del Presidente della Repubblica, avvenuto il 28 dicembre 2017, e la costituzione della nuova maggioranza parlamentare risultante dalle elezioni del 4 marzo 2018.

Quanto alla complessiva riforma dell'ordinamento penitenziario, il Governo ha emanato il decreto legislativo n. 123 del 2018. A fronte dei pareri contrari espressi dalla nuova maggioranza parlamentare, si scelse di non dare attuazione alla delega nella parte volta alla facilitazione dell'accesso alle misure alternative e alla eliminazione degli automatismi preclusivi, mentre furono introdotti i provvedimenti su assistenza sanitaria

contentId=SPS1195280&previsiousPage=mg_2_19

¹⁰⁰ Stati Generali dell'Esecuzione Penale - Documento finale, 18 Aprile 2016, consultabile al link: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_3.page?previsiousPage=mg_2_19

¹⁰¹ Per un commento sul lavoro della commissione: Fabio Fiorentin, «La conclusione degli Stati Generali per la riforma dell'esecuzione penale in Italia», in *Diritto Penale Contemporaneo*, 6 giugno 2016 (https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1465161679FIORENTIN_2016a.pdf); e Marco Ruotolo, «Gli stati generali dell'esecuzione penale: finalità e obiettivi», in *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 marzo 2016 (https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1457530812RUOTOLO_2016a.pdf).

¹⁰² Glauco Giostra e Pasquale Bronzo, a cura di, «Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria», in *Diritto Penale Contemporaneo*, 17 luglio 2017 (https://www.penalecontemporaneo.it/d/5548-proposte-per-l-attuazione-della-delega-penitenziaria).

¹⁰³ Paola Maggio, «La delega in materia penitenziaria», in *Archivio della nuova procedura penale*, 2017, 67–81; Angela Della Bella, «Il carcere oggi:tra diritti negati e promesse di rieducazione», *Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 4 (2017): 48-50; Idem, «La delega in materia penitenziaria», in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 6 (2017); Fabio Fiorentin, «Ampio accesso a misure alternative, ma il 41-bis resta fuori», in *Guida al diritto*, n. 32 (29 luglio 2017).

¹⁰⁴ Emilio Dolcini, «La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione», in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2 (2018).

in ambito penitenziario, vita all'interno del carcere, semplificazione dei procedimenti, e potenziamento degli uffici di esecuzione penale esterna. Con il decreto legislativo n. 121 del 2018 il Governo ha attuato la delega relativa all'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni e dei giovani al di sotto dei venticinque anni, mentre con l'emanazione del decreto legislativo n. 124 del 2018 il Governo ha attuato la delega in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario.

Con il cambio di legislatura, rimangono dunque non esercitate, non solo la delega riguardante la revisione delle modalità e dei presupposti di accesso alle misure alternative e ai benefici penitenziari, ma anche quelle relative alla giustizia riparativa e alla mediazione reo-vittima, su parere contrario della Commissione Giustizia della Camera del 10 settembre 2018, e quelle riguardanti l'affermazione del diritto alla affettività, la tutela del rapporto tra detenute e figli minori e la tutela della libertà di culto¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Per una analisi più dettagliata dei lavori parlamentari di approvazione dei decreti legislativi, v. Camera dei Deputati – Servizio Studi – XVIII Legislatura – Giustizia, *Riforma dell'ordinamento penitenziario*, al link:

https://temi.camera.it/leg18/provvedimento/riforma_dell_ordinamento_penitenziario.html.

CAPITOLO III LA DISCIPLINA ATTUALE

1 Premessa: l'ordine di esecuzione e i limiti d'accesso alle misure

1.1 La sospensione dell'ordine di esecuzione

Dopo più di 40 anni di riforme disomogenee dalla legge 354 del 1975, la legislazione dell'ordinamento penitenziario e delle misure alternative è quanto mai più complessa e disomogenea¹. In questa sede, dopo un breve excursus sull'esecuzione, ci concentreremo sui caratteri e l'applicazione dei vari istituti nella loro forma attuale.

La fase dell'esecuzione è disciplinata nel libro X, titolo II, del codice di procedura penale, ed è governata dal giudice dell'esecuzione^{2.}

Il giudicato copre l'oggetto della decisione del giudice di cognizione, e cioè tutti gli elementi di fatto e di diritto necessari per l'emanazione della decisione medesima; con l'avvertenza che tale decisione è soggetta a modifiche in senso favorevole al condannato per la sopravvenienza di fatti nuovi (giudizio di revisione) e con l'ulteriore avvertenza che la legge appresta numerosi strumenti per il riesame del rapporto punitivo nel corso della fase dell'esecuzione in vista degli scopi cui deve tendere la pena. Infatti, in applicazione della finalità rieducativa prevista dall'art. 27, comma 3 della Costituzione, il condannato ha diritto a un esame periodico della pretesa punitiva³. L'entità della pena principale, ad esempio, può essere soggetta a modificazioni per effetto della legge sul concorso dei reati e delle pene inflitte anche con sentenze diverse quando, in sede di esecuzione, si proceda a unificare le pene concorrenti⁴.

Il titolare dell'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali è, a sensi dell'art. 655 c.p.p., il pubblico ministero. Egli propone le sue richieste al Giudice competente ed interviene in tutti i procedimenti di esecuzione. Cardine dell'esecuzione delle pene detentive è l'art. 656, comma 1 del c.p.p.: quando deve essere eseguita una sentenza di condanna a pena detentiva, il pubblico ministero emette ordine di esecuzione con il

¹ Per una panoramica dell'evoluzione legislativa, v. il precedente capitolo.

² Art. 665 e ss. c.p.p.

³ Corte Cost., 27 giugno 1974 n. 204

⁴ Art. 663 c.p.p.

quale, se il condannato non è detenuto, ne dispone la carcerazione.

Ai sensi dell'articolo 656 comma 5 (introdotto originariamente dalla Legge Simeone, v. retro II, 3.2) il p.m., emanato l'ordine di esecuzione, se la pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, rientra nei limiti di per l'applicazione delle misure alternative^{5,} è tenuto a sospenderlo immediatamente con apposito decreto. L'ordine di esecuzione e il decreto di sospensione devono essere notificati al condannato e al difensore nominato per la fase dell'esecuzione o, in difetto al difensore che lo ha assistito nella fase del giudizio, con l'avviso che, entro trenta giorni può essere presentata istanza, corredata dalle indicazioni e documentazione necessarie, al Tribunale di Sorveglianza, volta ad ottenere la concessione di una delle misure alternative alla detenzione.

È stata risolta, dalla Corte costituzionale, la evidente distonia fra la soglia prevista dal comma V dell'art. 656 c.p.p e quella prevista dall'art. 47 comma 3-bis ord. pen. in tema di affidamento in prova al servizio sociale (affidamento cosiddetto "allargato"), dichiarando la illegittimità costituzionale, per evidente disparità di trattamento, "nella parte in cui si prevede che il p.m. sospende l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggior pena, non superiore a tre anni anziché a quattro anni".

Ai sensi dell'art. 656 comma 9, la sospensione dell'esecuzione di cui al comma 5 non può essere disposta:

a) nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, nonché di cui agli articoli 423-bis, 572, secondo comma, 612-bis, terzo comma, 624-bis del codice penale, fatta eccezione per coloro che si trovano agli arresti domiciliari disposti ai sensi dell'articolo 89 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni⁷;

b) nei confronti di coloro che, per il fatto oggetto della condanna da eseguire, si trovano

Tre anni in generale, quattro in caso di applicabilità della detenzione domiciliare ex art 47-ter ord. pen., sei in caso di applicabilità della affidamento in prova per tossicodipendenti di cui agli articoli 90 e 94 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309 (t.u. stupefacenti).

⁶ Corte cost. 6 febbraio 2018, n. 41; per approfondire, v. il commento alla detta sentenza di Daniele Vicoli, «Sospensione dell'ordine di esecuzione e affidamento in prova: la Corte costituzionale ricuce il filo spezzato dal legislatore», in *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 aprile 2018; per una prima applicazione v. Cass. Pen, Sez. I, n. 34427/2018.

Ta presente lettera è stata dichiarata costituzionalmente illegittima, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, limitatamente alle parole "e per i delitti in cui ricorre l'aggravante di cui all'art. 61, primo comma, numero 11-bis), del medesimo codice", Corte Cost. 8 luglio 2010, n. 249.

in stato di custodia cautelare in carcere nel momento in cui la sentenza diviene definitiva⁸.

Infine, la sospensione dell'esecuzione per la stessa condanna non può essere disposta più di una volta, anche se il condannato ripropone nuova istanza sia in ordine a diversa misura alternativa, sia in ordine alla medesima, diversamente motivata, sia in ordine alla sospensione dell'esecuzione della pena di cui all'articolo 90 del testo unico approvato con decreto del presidente della repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni⁹.

Ai sensi del comma 10 se il condannato si trova agli arresti domiciliari per il fatto oggetto della condanna da eseguire, e se la residua pena da espiare rientra nei limiti della cosiddetta pena breve, il pubblico ministero sospende l'esecuzione dell'ordine di carcerazione e trasmette gli atti senza ritardo al tribunale di sorveglianza perché provveda alla eventuale applicazione di una delle misure alternative di cui al comma 5. Fino alla decisione del Tribunale di Sorveglianza, il condannato permane nello stato detentivo nel quale si trova e il tempo corrispondente è considerato come pena espiata a tutti gli effetti¹⁰.

Va evidenziato che, ai sensi del comma 4-bis, quando la pena da espiare non supera i limiti del comma 5, il Pubblico Ministero, prima di emettere l'ordine di esecuzione, dopo avere verificato la sussistenza di periodi di custodia cautelare o di pena dichiarata fungibile, relativi al titolo da eseguire trasmette gli atti al Magistrato di Sorveglianza affinché provveda all'eventuale applicazione della liberazione anticipata. Una volta ottenuto il provvedimento che abbia applicato lo sconto per la liberazione anticipata, il pubblico ministero deve valutare se la pena residua da applicarsi è da considerarsi breve e chiedere, di conseguenza, la sospensione, anche ai fini dell'eventuale accesso alle misure alternative (commi 4-ter e 4-quater).

⁸ Tuttavia, per il principio della scindibilità del cumulo delle pene ai fini della fruizione di benefici penitenziari, deve ritenersi che possa farsi luogo alla sospensione dell'ordine di esecuzione anche qualora - pur comprendendo il medesimo anche una pena inflitta per delitto facente parte di quelli indicati nell'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario - detta pena possa considerarsi già espiata in virtù dell'imputazione della custodia cautelare sofferta per altro reato commesso successivamente. Cass. Pen., Sez. I, 3 giugno 2013, n. 23902.

⁹ Va evidenziato che la sospensione dell'ordine di esecuzione, se già disposta con riguardo ad alcuna delle condanne oggetto di un provvedimento di unificazione di pene concorrenti, non può essere reiterata in relazione a successivo provvedimento che inglobi il precedente, qualora l'istanza di misura alternativa presentata a seguito dell'originaria sospensione sia stata rigettata, a nulla rilevando che la pena complessiva risultante dal cumulo rientri nei limiti previsti per disporre la sospensione. Cass. Pen., Sez. I, 23 aprile 2015, n. 17045.

¹⁰ Cass. Pen., Sez. I, 3 gennaio 2013, n. 104.

L'emissione di un titolo esecutivo durante il corso di una misura cautelare, non esclude l'operatività della sospensione e l'eventuale concessione di una misura alternativa, in quanto quest'ultima e la misura cautelare possono anche essere irrogate contestualmente. Sarà, tuttavia, necessario valutare la compatibilità delle due misure, conferendo, laddove vi sia contrasto, alla misura cautelare¹¹.

Va, comunque, evidenziato che ai sensi dell'art. 51 bis ord. pen., di recente modificato dal d.lgs. 123/2018, "Quando, durante l'esecuzione di una misura alternativa alla detenzione, sopravviene un titolo esecutivo di altra pena detentiva, il pubblico ministero competente ai sensi dell'articolo 655 del codice di procedura penale informa immediatamente il magistrato di sorveglianza formulando contestualmente le proprie richieste. Il magistrato di sorveglianza, tenuto conto del cumulo delle pene, se rileva che permangono le condizioni di applicabilità della misura in esecuzione, ne dispone con ordinanza la prosecuzione; in caso contrario, ne dispone la cessazione e ordina l'accompagnamento del condannato in istituto".

Ai fini della determinazione della pena da eseguire, il p.m. computa la custodia cautelare e le pene espiate senza titolo ai sensi dell'art. 657 c.p.p. In ogni caso sono computate soltanto la custodia cautelare subita o le pene espiate dopo la commissione del reato per il quale deve essere determinata la pena da eseguire (art. 657 comma 4).

E' opportuno precisare, infine, che il d.lgs. 2 ottobre 2018, n.123, con il chiaro intento di snellire il procedimento di sorveglianza, ha modificato il comma 1-bis ed introdotto il comma 1-ter all'art. 678 c.p.p. disponendo che quando la pena da espiare non è superiore a un anno e sei mesi, per la decisione sulle istanze di cui all'articolo 656, comma 5, il presidente del tribunale di sorveglianza, acquisiti i documenti e le necessarie informazioni, designa il magistrato relatore e fissa un termine entro il quale questi, con ordinanza adottata senza formalità¹², può applicare in via provvisoria una delle misure menzionate nell'articolo 656, comma 5¹³. L'ordinanza di applicazione provvisoria della misura è comunicata al pubblico ministero e notificata all'interessato e al difensore, i quali possono proporre opposizione al tribunale di sorveglianza entro il termine di dieci giorni. Il tribunale di sorveglianza, decorso il termine per l'opposizione, conferma senza formalità la decisione del magistrato. Quando non è stata emessa o confermata l'ordinanza provvisoria, o è stata proposta opposizione, il tribunale di

¹¹ Cass. Pen., Sez. I, 11 febbraio 2009, n. 5995; si segnala una interessante pronuncia della Corte di Cassazione (4 maggio 2016 n° 18512) che attesta la compatibilità della custodia cautelare in carcere con la detenzione per la espiazione di una pena detentiva

¹² Cioè secondo il procedimento "de plano".

¹³ Art. 47, 47 ter e 50 ord. pen.

sorveglianza procede a norma del comma 1. Durante il termine per l'opposizione e fino alla decisione sulla stessa, l'esecuzione dell'ordinanza è sospesa.

Per quanto riguarda la revoca delle misure, l'art. 5, comma 1, lett. b) del d.lgs. 123/2018 ha riformulato l'art. 51-ter ord. pen., che eliminando i precedenti automatismi, prevede che in caso di comportamenti suscettibili di determinare la revoca, la sospensione della misura venga rimessa alla valutazioni del magistrato di sorveglianza, in attesa della decisione del tribunale di sorveglianza; che, oltre alla conferma o la revoca della misura, può adesso deciderne anche la trasformazione.

La competenza a decidere sulle misure alternative è del tribunale di sorveglianza ai sensi del combinato disposto dell'art. 656 comma 4 e dell'art. 677 e ss. del c.p.p.

1.2 I divieti di concessione dei benefici

Come già accennato, nonostante le speranze di molta dottrina che da tempo ne auspica l'abolizione, vige tuttora nell'ordinamento il sistema del doppio binario penitenziario. Il 4-bis ord. pen. impone per i detenuti condannati o internati per taluni delitti un divieto di concessione dei benefici penitenziari (fatta salva la liberazione anticipata) assieme all'accertamento della pericolosità sociale, previsione che riprova la difficoltà di concepire le misure alternative come strumento di recupero del detenuto a prescindere dal tipo di reato commesso. L'articolo, frutto di numerose modifiche spesso frutto di momenti politici contingenti¹⁴, risulta ora enormemente complesso, distinguendo, a seconda della disciplina applicabile, quattro categorie di soggetti, per le quali valgono diverse regole ed eccezioni¹⁵. All'interno della prima categoria includiamo gli autori di una serie di reati, previsti dal comma 1¹⁶, per i quali i benefici possono essere concessi

E più volte oggetto di numerose pronunce della Corte Costituzionale, la quale ha sempre evidenziato nella legislazione del doppio binario una rilevante compromissione della finalità rieducativa della pena (Corte Cost. 306/1993; 349/1993; 357/1994; 68/1995; 504/1995; 445/1997; 97/1997; 239/2014)

¹⁵ Leonardo Filippi, Giorgio Spangher, e Maria Francesca Cortesi, *Manuale di diritto penitenziario*, Quarta ed. (Milano: Giuffrè, 2016).

Delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza; delitti di cui agli articoli 416-bis e 416-ter del codice penale; delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste; delitti di cui agli articoli 600, 600-bis, primo comma, 600-ter, primo e secondo comma, 601, 602, 609-octies, e 630 del codice penale; all'articolo 12, commi 1 e 3, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni; all'articolo 291-quater del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43; e all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309.

se vi sia stata la collaborazione a norma dell'art. 58-ter ord. pen.; per gli stessi reati, secondo il comma 1-bis, l'accesso è consentito quando la limitata partecipazione al fatto criminoso renda impossibile o inutile la collaborazione, o se la partecipazione sia stata minima, o se vi sia stata applicata la circostanza attenuante dell'avvenuto risarcimento, ovvero se il reato commesso è più grave di quello voluto (seconda categoria). Per un'altra serie di reati (art. 4-bis comma 1-ter ord. pen.)¹⁷ l'accesso alle misure è consentito quando vi siano elementi tali da escludere la sussistenza dei rapporti con la criminalità organizzata (terza categoria). Mentre per quanto riguarda alcuni reati concernenti la sfera sessuale (quarta categoria)¹⁸, l'ammissione è concessa solo dopo i risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno anche con la partecipazione degli esperti di cui al quarto comma dell'articolo 80 della presente legge¹⁹.

A queste limitazioni si aggiunge l'art. 58-quater ord. pen. che, tra altre limitazioni, vieta espressamente l'accesso ai benefici per i condannati per il delitto di evasione ex art. 385 c.p. (comma 1), e ai condannati nei cui sia stata disposta la revoca di una misura alternativa, quest'ultima limitazione vale per un periodo di tre anni successivo alla revoca (commi 2 e 3).

2 Le misure alternative alla detenzione

2.1 Le misure in generale e la liberazione condizionale

Come già rammentato nel capitolo precedente, il legislatore, con la legge delega del 23 giugno 2017 n. 103, aveva emanato delle importanti direttive volte alle esigenze di "un

Detenuti o internati per i delitti di cui agli articoli 575, 600 bis, secondo e terzo comma, 600 ter, terzo comma, 600 quinquies, 628, terzo comma, e 629, secondo comma, del codice penale, all'articolo 291 ter del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, all'articolo 73 del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, del medesimo testo unico, all'articolo 416, primo e terzo comma, del codice penale, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474 del medesimo codice, e all'articolo 416 del codice penale, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del medesimo codice, dagli articoli 609 bis, 609 quater e 609 octies del codice penale e dall'articolo 12, commi 3, 3-bis e 3-ter, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni.

¹⁸ Articoli 600-bis, 600-ter, 600-quater, 600-quinquies, 609 bis, 609 ter, 609 quater, 609-quinquies, 609-octies e 609-undecies del codice penale.

¹⁹ Inoltre se questi reati sono commessi in danno di persona minorenne, salvo quanto previsto dal comma 1, ai fini della concessione dei benefici il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza valuta la positiva partecipazione al programma di riabilitazione specifica di cui all'articolo 13-bis della presente legge.

allineamento dell'ordinamento penitenziario alle coordinate della umanizzazione e dell'attitudine rieducative della pena" di cui all'art. 27 della Costituzione e dell'art. 3 CEDU²⁰. Rinunciando ad esercitare, nella sostanza, la delega su importanti settori della originaria riforma, volta alla facilitazione all'accesso alle misure alternative alla detenzione ed all'eliminazione degli automatismi preclusivi alla concessione delle medesime, previste nelle lettere b) c) ed e) dell'articolo unico della legge delega, ne deriva che l'organigramma delle misure alternative è rimasto sostanzialmente immutato.

A norma degli artt. 47 e ss. dell'ordinamento penitenziario le misure alternative alla detenzione, cosiddette "classiche", sono l'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47), la detenzione domiciliare (art. 47-ter), la semilibertà (art. 48) e la liberazione anticipata (art. 54 e 55).

A ciò si aggiungono le misure alternative alla detenzione nei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria (art. 47-quater)²¹, la detenzione domiciliare speciale (art. 47-quinques), quella prevista per i tossicodipendenti o alcool dipendenti all'art. 94, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, nonchè l'affidamento in prova del condannato militare di cui all'art. 1 della legge 29 aprile 1983, n. 167.

Altra misura è la forma di detenzione domiciliare introdotta dalla legge 16 novembre 2010, n. 199, applicabile nei confronti dei condannati ad una pena detentiva, anche se costituente residuo di maggior pena, non superiore a diciotto mesi.

Prima procedere all'analisi degli istituti, appare opportuno ricordare la liberazione condizionale, antesignana delle alternative alla detenzione. Prevista dall'art. 176 del codice penale, può essere concessa dal Tribunale di sorveglianza qualora il condannato, nel periodo trascorso in carcere, abbia tenuto un comportamento tale "da far ritenere sicuro il suo ravvedimento"²². È necessario inoltre aver adempiuto alle obbligazioni civili derivanti dal reato, come risarcimenti, multe o ammende, e spese di giustizia (art. 176 comma 4). Dall'entrata in vigore della legge di riforma dell'ordinamento

²⁰ Fabio Fiorentin, *La riforma penitenziaria*, in *Il Penalista*, *Officina del Diritto*, (Milano: Giuffrè, 2018).

²¹ Sia l'affidamento in prova che la detenzione domiciliare possono essere applicati ai soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria senza limiti di pena e senza i limiti previsti dall'art. 4-bis ord. pen. La richiesta di applicazione dell'affidamento va, ovviamente, corredata da una certificazione medica attestante sia lo stato di salute che la fattibilità.

²² Dovrà inoltre aver scontato in carcere almeno trenta mesi e comunque, qualora la pena che rimane da scontare sia inferiore a cinque anni, almeno metà della pena. Per i recidivi la pena già scontata deve essere di quattro anni, e non meno di tre quarti del totale. Gli ergastolani devono aver trascorso 26 anni in carcere.

penitenziario l'utilizzo si è sempre più contratto, sia perché le misure alternative dell'affidamento in prova ai servizi sociali, della detenzione domiciliare e della semilibertà sono più articolate e flessibili, sia perché il requisito del "sicuro ravvedimento" è difficilmente verificabile. In taluni casi viene tuttora richiesta per i condannati a lunghe pene detentive. La liberazione condizionale prevede che l'interessato, ottenutala, sia sottoposto alla misura di sicurezza della libertà vigilata, con eventuali prescrizioni, per il periodo rimanente di pena da espiare (art. 230 c.p.). La liberazione condizionale viene revocata in caso di altra condanna o di mancato rispetto delle prescrizioni e il tempo trascorso fuori dal carcere potrà non essere considerato come pena espiata.

2.2 L'affidamento in prova "ordinario"

L'affidamento in prova ai servizi sociali consiste un misura alternativa alla detenzione, da scontare in libertà, sotto il controllo del servizio sociale, costituendo dunque una ipotesi di probation²³ applicabile in fase esecutiva²⁴.

Ai sensi dell'art. 47 ord. pen., il condannato può essere affidato al servizio sociale fuori dall'istituto per un periodo uguale a quello da scontare quando:

- a) la pena detentiva inflitta non superi i tre anni;
- b) l'affidamento contribuisca alla rieducazione del reo (art. 47 comma 1);
- c) la misura alternativa in questione sia sufficiente a prevenire la commissione di ulteriori reati da parte del condannato (art. 47 comma 2).

Ai sensi del comma 3-bis (cosiddetto affidamento allargato, introdotto dal d.l. 146/2013 convertito con modificazioni dalla l. 10/2014) l'affidamento in prova al servizio sociale può, inoltre, essere concesso al condannato che deve espiare una pena, anche residua, non superiore a quattro anni di detenzione, purché abbia mantenuto, quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, un comportamento tale da far ritenere che la misura contribuisca alla sua rieducazione e assicuri la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati. Tale condizione può essere verificata non solo se

²³ La nozione di *probation* in ambito penitenziario, è ricavabile dalla raccomandazione R(2010)1 del Comitato dei Ministri del Consiglio di Europa agli stati membri in materia di *probation*, adottata dallo stesso il 20 gennaio 2010: "Tale termine descrive l'esecuzione in area penale esterna di sanzioni e misure definite dalla legge e pronunciate nei confronti di un autore di reato. Essa consiste in tutta una serie di attività e di interventi, che comprendono supervisione, consiglio ed assistenza allo scopo di reintegrare socialmente l'autore di reato nella società e contribuire alla sicurezza pubblica".

²⁴ Filippi-Spangher, op. cit., 78.

il soggetto sia stato detenuto in applicazione di pena o di misura cautelare, ma anche se il medesimo si sia trovato in stato di libertà²⁵.

Come ampiamente descritto nel cap. II, riguardo il limite di pena previsto per l'affidamento in prova, è pacifico ritenere che si tratti di un limite in concreto²⁶.

Ai sensi dell'art. 47 comma 2, ai fini di effettuare la prognosi di rieducazione e prevenzione, la regola ordinaria prescrive, prima dell'applicazione della misura, un periodo di osservazione collegiale da compiersi per almeno un mese in istituto. Tuttavia è ormai generalizzato l'accesso alla misura direttamente dallo stato di libertà, previsto al terzo comma, applicabile quando vi sia la prova che il condannato, dopo la commissione del reato, abbia tenuto un comportamento tale da consentire il giudizio di cui al comma 2²⁷.

In questi casi in cui il condannato si trovi libero o in regime di arresti domiciliari, l'Ufficio Penale di Esecuzione Esterna (UEPE) è chiamato a svolgere le inchieste utili a fornire i dati occorrenti per l'applicazione della misura alternativa²⁸. L'importanza di questo ufficio è andata via via accrescendosi nel tempo, da ultimo con l'art. 7 del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, che modificando l'art. 47 comma 2, specifica che l'UEPE svolga nei confronti dei condannati in stato di libertà non più una semplice indagine sociofamiliare, bensì una più approfondita osservazione della personalità, analogamente a quanto già avviene per i condannati detenuti²⁹. Nonostante non viene necessariamente richiesta né la disponibilità di un domicilio adeguato, né la sussistenza di una regolare attività lavorativa, né l'avvenuto risarcimento del danno cagionato dal reato³⁰, tali elementi, uniti ad una rivisitazione critica della propria condotta da parte del condannato, sono ritenuti dalla Giurisprudenza di merito molto importanti per la concessione del beneficio³¹. Una volta terminata l'osservazione l'ufficio propone alla

²⁵ Cass. Pen., Sez. I, 18 giugno 2015, n. 25841

²⁶ V. retro, II, 2.3 e 3.2.

²⁷ Sempre più frequentemente l'osservazione della personalità prescinde dall'ingresso del condannato nell'istituto e avviene direttamente dallo stato di libertà, evitando qualsiasi contatto con la struttura carceraria. Infatti i dati del Ministero indicano, nell'arco del 2018, 17.400 accessi alla misura dallo stato di libertà, e 6.335 dallo stato di detenzione, v. la *Sintesi della Relazione del Ministro sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2019, ai sensi dell'art. 86, R.D. 30 gennaio 1941, n.12,* 129-130. https://www.gnewsonline.it/wp-content/plugins/download-attachments/includes/download.php?id=7651

²⁸ La composizione e i compiti di questi uffici sono stabiliti nell'art. 72 ord. pen.

²⁹ Sempre l'art. 7 del decreto integra l'art. 72 comma 2 lett. b), ord. pen., in merito ai compiti dell'UEPE, aggiungendo un riferimento all'attività di osservazione.

³⁰ Il mancato risarcimento del danno cagionato non è ostativo alla concessione della misura alternativa quando sia dovuto a una difficoltà economica del condannato nullatenente, v. *sub*, n. .

³¹ Cfr. Cass. Pen., Sez. I, 11 maggio 2017 n. 23343

magistratura di sorveglianza il programma di trattamento da applicare al condannato in caso di affidamento in prova.

Secondo il comma 4 dell'art. 47³², nel caso in cui l'esecuzione della pena abbia già avuto inizio, l'istanza di affidamento in prova al servizio sociale è proposta al Tribunale di Sorveglianza competente in relazione al luogo dell'esecuzione. Il Magistrato di sorveglianza, quando sono offerte concrete indicazioni in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'ammissione all'affidamento in prova e al grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione e non vi sia pericolo di fuga, dispone la liberazione del condannato e l'applicazione provvisoria dell'affidamento in prova con ordinanza. L'ordinanza conserva efficacia fino alla decisione del tribunale di sorveglianza, cui il magistrato trasmette immediatamente gli atti, che decide entro sessanta giorni.

All'atto dell'affidamento in prova viene redatto un verbale (art. 47 comma 5) in cui sono dettate le prescrizioni che il condannato dovrà seguire ai fini del buon esito della misura. Il provvedimento di ammissione si contraddistingue per una elasticità di contenuto, funzionale al perseguimento della migliore possibilità di reinserimento sociale³³, prevedendo, ad esempio, prescrizioni riguardo i rapporti con i servizi sociali, la dimora, la libertà di locomozione, gli eventuali limiti o divieti di frequentare determinati locali, di detenere e/o assumere sostanze stupefacenti e di fare uso di bevande alcoliche, oltre alle disposizioni relative all'attività lavorativa, l'obbligo di dedicarsi all'attività di volontariato, ecc. Può inoltre essere stabilito il divieto o l'obbligo di soggiorno per tutto il (o per parte del) periodo di affidamento. In particolare sono stabilite prescrizioni che impediscano al soggetto di svolgere attività o di avere rapporti personali che possono portare al compimento di altri reati. Nel verbale deve anche stabilirsi che l'affidato si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato ed adempia puntualmente agli obblighi di assistenza familiare (comma 7)³⁴.

³² Introdotto dalla l. Simeone (v. supra II, 3.3)

³³ Teresa Travaglia Cicirello, «L'affidamento in prova al servizio sociale: da misura "alternativa" alla detenzione a "misura penale di comunità" a contenuto riparativo?», in *Giurisprudenza Italiana*, giugno 2016, 1538.

La genericità di questa norma ha suscitato non poche problematiche interpretative. Dal quadro emerso della giurisprudenza della Suprema Corte si ritiene che la prescrizione di cui all'art. 47 comma 7 ord. pen. sia una prescrizione risarcitoria, in favore della vittima del reato, intesa come la persona che direttamente ha subito il danno, che consiste dell'obbligazione di tipo pecuniario che deve essere indicata in modo preciso nel suo ammontare dal tribunale di sorveglianza, dopo aver valutato le condizioni economiche del condannato ed ogni elemento utile per la sua determinazione. La violazione dell'obbligo può comportare la revoca retroattiva del beneficio o la non estinzione della pena per esito negativo della prova, seppur il mancato o non integrale risarcimento del danno non può, da solo e se incolpevole, essere di ostacolo all'affidamento in prova. V. tra tutte, Cass. Pen., Sez. I, 13 settembre 2017, 41762; Cass. Pen., Sez. I, 27 maggio 2004, n. 37049; Cass. Pen. Sez. V, 21

Nel caso in cui il condannato fosse detenuto, il verbale sarà da lui sottoscritto davanti al direttore dell'istituto detentivo. Nel caso, invece, in cui il soggetto sia libero o sottoposto a detenzione domiciliare, dovrà sottoscrivere il verbale davanti al direttore dell'UEPE³⁵.

Nel corso dell'affidamento l'UEPE controlla la condotta del soggetto le prescrizioni possono essere modificate dal magistrato di sorveglianza. Le deroghe temporanee alle prescrizioni sono autorizzate, nei casi di urgenza, dal direttore dell'ufficio di esecuzione penale esterna, che ne da' immediata comunicazione al magistrato di sorveglianza e ne riferisce nella relazione periodica periodicamente al magistrato di sorveglianza sul comportamento del soggetto. I servizi sociali riferiscono periodicamente (in genere ogni tre mesi) al magistrato di sorveglianza sul comportamento del soggetto affidato ai sensi dell'art 10. Si è discusso sulla compatibilità tra le funzioni di "aiuto" e "controllo" riconosciute all'UEPE, evidenziando le contraddizioni tra le due attribuzioni, rischiando che il servizio sociale prediliga il momento del controllo, trasformandosi così in una misura di sicurezza in forma "umanitaria" del controllo, trasformandosi così in una misura di sicurezza in forma "umanitaria".

L'inosservanza delle prescrizioni non comporta automaticamente la revoca della misura alternativa applicata. La revoca interverrà infatti solo ove il comportamento del condannato appaia incompatibile con la prosecuzione della prova (comma 11). In caso di revoca dell'affidamento in prova ai servizi sociali, il Tribunale di Sorveglianza può tenere in conto di tutto o di parte del tempo trascorso ai fini del computo della pena espiata.

In rapporto alla liberazione anticipata, il legislatore ha espressamente previsto la possibilità di concedere la detrazione di pena di cui all'art. 54 ord. pen. anche in relazione ai periodi trascorsi in affidamento (art. 47 comma 12-bis). A tal fine, l'affidato in prova al servizio sociale deve aver dato prova nel periodo di affidamento di un suo concreto recupero sociale, desumibile da comportamenti rivelatori del positivo evolversi

gennaio 2014, n. 7476.

³⁵ Ciò sia perché, in caso di mancata sottoscrizione l'affidamento in prova non ha effetto (v. art. 97, comma 3, d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230), sia perché il momento di inizio dell'affidamento coincide con la data di sottoscrizione del verbale di accettazione delle prescrizioni (v. art. 97, comma 4, D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230).

³⁶ La dicotomia controllo-aiuto caratteristica dell'affidamento in prova, è sempre stato uno dei punti più controversi dell'istituto, a cui la dottrina ha sempre dedicato ampio spazio. Si rimanda, senza pretese di esaustività, a: Franco Bricola, «L'affidamento in prova al servizio sociale: "fiore all'occhiello" dell'ordinamento penitenziario», in *La questione criminale*, 1976; Giuseppe Di Gennaro, Massimo Bonomo, e Renato Breda, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, (Milano: Giuffrè, 1997); Adonella Presutti, a cura di, Esecuzione penale e alternative penitenziarie (l. 27 maggio 1998 n. 165), (Padova: Cedam, 1999).

della sua personalità. Quest'ultimi non coincidenti con i presupposti per accertare l'esito del trattamento.

Secondo l'articolo 47 comma 12 l'esito positivo del periodo di prova estingue la pena e ogni altro effetto penale, esclusa la parte pecuniaria. Tuttavia il Tribunale di Sorveglianza, qualora l'interessato si trovi in disagiate condizioni economiche, può dichiarare estinta anche la pena pecuniaria che non sia stata già riscossa.

Vi erano contrasti giurisprudenziali sulla questione se l'esito positivo della prova escludesse la recidiva³⁷. Il contrasto risolto dalle Sezioni Unite confermando che l'estinzione di ogni effetto penale prevista dall'art. 47 comma 12 comprende anche gli effetti della recidiva³⁸.

Nonostante le mutazioni ideologiche e sostanziali che negli anni ne sono derivate dalle numerose modifiche legislative³⁹, l'affidamento in prova al servizio sociale continua a essere la misura alternativa per antonomasia, e, sicuramente, la più utilizzata, anche osservando i dati statistici del Ministero della Giustizia, che indicano che le forme di affidamento in prova ai servizi sociali costituiscano quasi la metà delle misure alternative emesse⁴⁰.

2.3 Affidamento in prova in casi particolari e affidamento del condannato militare

L'art. 94 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, t.u. sugli stupefacenti, prevede che se la pena detentiva deve essere eseguita nei confronti di persona tossicodipendente o alcool dipendente che abbia in corso un programma di recupero o che ad esso intenda sottoporsi, l'interessato può chiedere in ogni momento di essere affidato in prova al servizio sociale per proseguire o intraprendere l'attività terapeutica sulla base di un programma da lui concordato con una azienda unità sanitaria locale o con una struttura privata autorizzata ai sensi dell'articolo 116. Questo "affidamento in prova in casi particolari" in tal caso può essere concesso solo quando deve essere espiata una pena detentiva, anche residua e congiunta a pena pecuniaria, non superiore a sei anni od a quattro anni se relativa a titolo esecutivo comprendente reato di cui all'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni.

³⁷ Filippi-Spangher, *op. cit.*, 88-89; Claudio Coratella, «Le misure alternative alla pena: l'affidamento in prova a i servizi sociali», in *Ventiquattrore Avvocato*, n. 2 (febbraio 2018), 50.

³⁸ Cass. Pen, S.U., 27 ottobre 2011, n. 5859.

³⁹ Supra, Cap. II.

⁴⁰ Relaz. Ministro della Giustizia 2019, cit., 129-130.

Pur ribadendo la facoltà e il dovere - da parte del Tribunale di Sorveglianza - di acquisire elementi comprovanti la sussistenza o meno dei requisiti richiesti per l'accesso alla misura alternativa alla detenzione, l'interessato deve allegare all'istanza con cui si richiede l'applicazione delle misura la certificazione rilasciata dalla struttura sanitaria che attesti lo stato di tossicodipendenza (o alcool dipendenza), l'andamento del programma eventualmente già iniziato e la sua idoneità ai fini del recupero. Tale documentazione è infatti prevista a pena di inammissibilità.

A seguito della legge n. 49 del 21 febbraio 2006 (che ha convertito il decreto legge n. 272/05) il legislatore ha introdotto una disciplina specifica per i soggetti che, nel corso dell'affidamento terapeutico, completino il programma di recupero prima della fine del periodo di affidamento previsto. In tal caso, il magistrato di sorveglianza, previa rideterminazione delle prescrizioni, può disporre la prosecuzione della misura, ai fini del reinserimento sociale, anche se la pena residua ancora da eseguire superi quella prevista per l'affidamento ordinario ex art. 47 ord. pen. 41.

Per quanto riguarda l'affidamento in prova del condannato militare, anche i soggetti che stanno espiando la pena detentiva militare in uno stabilimento militare di pena possono accedere all'affidamento in prova ai servizi sociali. Sul punto si rimanda alla normativa prevista dall'art. 1, legge 29 aprile 1983, n. 167, anche alla luce della pronuncia della Corte Costituzionale n. 49 del 1995, che ha ampliato la portata di tale strumento, rendendolo più simile alla misura prevista dall'Ordinamento penitenziario.

2.4 La detenzione domiciliare

La misura della detenzione domiciliare è disciplinata dall'art. 47-ter della Legge n. 354/1975, introdotto dall'art. 13 della legge 663/1986. Consiste nella possibilità di scontare la pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza, o in specifiche ipotesi, in case famiglie protette, eventualmente con sottoposizione a mezzi elettronici di controllo (il cosiddetto braccialetto elettronico). L'istituto, nato per garantire l'umanizzazione del trattamento, in caso particolari necessità del condannato, si è arricchito negli anni di numerose previsioni puramente deflattive.

⁴¹ Art. 94, comma 6-bis, t.u. cit. A tal proposito, si noti come (ai sensi dell'art. 99, comma 4, D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230) il magistrato di sorveglianza possa trasformare un affidamento terapeutico in un affidamento non terapeutico senza passare dal Tribunale di Sorveglianza nel caso in cui la pena residua non oltrepassi i 3 anni. In caso di pena superiore, invece, il magistrato di sorveglianza dovrà trasmettere gli atti al Tribunale di Sorveglianza.

Possiamo distinguere quattro ipotesi di detenzione domiciliare ordinaria⁴².

- 1) La prima ipotesi (che configura la fattispecie originariamente introdotta dalla legge Gozzini), è principalmente volta a perseguire una funzione umanitario-assistenziale. Ai sensi dell'art. 47-ter comma 1, permette ai condannati alla pena dell'arresto o della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, di espiare la stessa nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza, quando trattasi di:
- a) donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente, in questo caso la pena è scontabile anche in case famiglia protette;
- b) padre, esercente la potestà, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole;
- c) persona in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali;
- d) persona di età superiore a sessanta anni, se inabile anche parzialmente;
- e) persona minore di anni ventuno per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia.

All'accesso si ritiene siano esclusi i condannati ai reati ostativi di cui all'art. 4-bis⁴³.

- 2) La seconda ipotesi, prevista dal 47-ter comma 01 (introdotto dall'art.7 comma 2 1. 5 dicembre 2005, n. 251), è applicabile, senza limiti di pena, quando trattasi di persona che, al momento dell'inizio dell'esecuzione della pena, o dopo l'inizio della stessa, abbia compiuto i settanta anni di età purché non sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza né sia stato mai condannato con l'aggravante di cui all'articolo 99 del codice penale. Essa può essere espiata nella propria abitazione o in altro luogo pubblico di cura, assistenza ed accoglienza. È applicabile alla reclusione per qualunque reato ad eccezione di quelli previsti e dall'articolo 4-bis ord. pen. 44, e ad eccezione dei reati previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, e dagli articoli 609 bis, 609 quater e 609 octies del codice penale, e quelli elencati all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale.
- 3) Terza ipotesi è quella del comma 1-bis dello stesso articolo, è la detenzione

⁴² Filippi-Spangher, op. cit., 93 ss.

⁴³ Ad eccezione delle lettere a) e b).

⁴⁴ Vedi supra 2.1.

domiciliare c.d. "biennale", introdotta dalla legge Simeone. Questa è applicabile per l'espiazione della pena della reclusione o dell'arresto inflitta in misura non superiore a due anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, indipendentemente dalle condizioni di cui al comma 1 quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale e sempre che tale misura sia idonea ad evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati. La presente disposizione non si applica ai condannati per i reati di cui all'articolo 4 bis. Questa tipologia di detenzione domiciliare richiama fortemente lo spirito deflattivo della norma che lo ha introdotto, essendo sganciata dalle finalità umanitarie della fattispecie originale.

4) L'ultima ipotesi, detta detenzione "umanitaria" o "detenzione domiciliare sostitutiva del differimento", è prevista all'art. 47-ter, comma 1-ter, ord. pen. Anch'essa ispirata ad una logica umanitaria ed assistenziale, richiede per la sua applicazione la sussistenza delle condizioni per la concessione del differimento dell'esecuzione ex artt. 146 e 147 c.p. indipendentemente dalla quota di pena detentiva da espiare. Dunque quando potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena, il tribunale di sorveglianza, anche se la pena supera il limite di cui al comma 1, può disporre la applicazione della detenzione domiciliare, stabilendo un termine di durata di tale applicazione, termine che può essere prorogato. L'esecuzione della pena prosegue durante la esecuzione della detenzione domiciliare.

Analogamente all'affidamento in prova, dopo che ha avuto inizio l'esecuzione della pena, l'istanza di applicazione della detenzione domiciliare è rivolta al tribunale di sorveglianza competente in relazione al luogo di esecuzione. Allo stesso modo, nei casi in cui vi sia un grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione, l'istanza di detenzione domiciliare di cui ai precedenti commi è rivolta al magistrato di sorveglianza che può disporre l'applicazione provvisoria della misura (art. 47-ter, comma 1-quater).

Il tribunale di sorveglianza, nel disporre la detenzione domiciliare con ordinanza, ne fissa le modalità secondo quanto stabilito dall'articolo 284 del c.p.p.; determina e impartisce, altresì, le disposizioni per gli interventi del servizio sociale. Tali prescrizioni e disposizioni possono essere modificate dal magistrato di sorveglianza competente per il luogo in cui si svolge la detenzione domiciliare. Il detenuto ammesso al regime di detenzione domiciliare può anche essere autorizzato allo svolgimento di attività lavorativa. In tal caso, tuttavia, il provvedimento deve essere motivato in riguardo alle condizioni economiche del condannato, agli elementi di prova forniti dall'interessato e agli accertamenti eventualmente svolti d'ufficio, e deve limitare temporalmente il

permesso di allontanarsi dal domicilio, risolvendosi altrimenti in un'incontrollabile autorizzazione alla più ampia libertà di movimento⁴⁵.

Secondo il comma 6, la detenzione domiciliare deve essere revocata se il comportamento del soggetto, contrario alla legge o alle prescrizioni dettate, appare incompatibile con la prosecuzione della misura⁴⁶ o, al successivo comma, nel momento in cui cessino le condizioni di cui ai commi 1 e 1-bis.

Per il successivo comma 8, il condannato che, essendo in stato di detenzione nella propria abitazione o in un altro dei luoghi indicati nel comma 1, se ne allontana, è punito per il delitto di evasione ai sensi dell'articolo 385 del codice penale⁴⁷. Specularmente, la condanna per il delitto di cui al comma 8, salvo che il fatto non sia di lieve entità, importa la revoca del beneficio.

Infine, se nel corso della detenzione domiciliare sopraggiunge un nuovo titolo di esecuzione di altra pena detentiva, il pubblico ministero ne informa il magistrato di sorveglianza, formulando le proprie richieste. Il magistrato di sorveglianza, se rileva che, tenuto conto del cumulo delle pene, permangono le condizioni per la detenzione domiciliare, ne dispone la prosecuzione con ordinanza, altrimenti ne dispone la cessazione.

2.5 La detenzione domiciliare "speciale"

Oltre alle variegate formule previste dell'art. 47-ter ord. pen., vi sono altre due tipologie di detenzione domiciliare.

La detenzione domiciliare speciale (introdotta dalla 1. 8 marzo 2001, n. 40), prevista

⁴⁵ Cass. Pen., Sez. I, 5 dicembre 2007, n. 45581

⁴⁶ Il Tribunale di Sorveglianza deve verificare la gravità della trasgressione ed il comportamento complessivo del ricorrente durante l'intero periodo di detenzione domiciliare, non dovendo la revoca essere disposta automaticamente al semplice violare di una singola disposizione. Cass. Pen., Sez. I, 2 aprile 2015, n. 13951

⁴⁷ Si rileva che l'art. 47-ter, commi 1, lettera a), seconda parte, e comma 8, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non limita la punibilità ai sensi dell'art. 385 del codice penale al solo allontanamento che si protragga per più di dodici ore, come stabilito dall'art. 47-sexies, comma 2, della suddetta legge n. 354 del 1975, su l presupposto, di cui all'art. 47-quinquies, comma 1, della medesima legge, che non sussista un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti (Corte cost., 12 giugno 2009 n. 177). Analogamente l'art. 47-ter, comma 1, lettera b), e comma 8, della legge 26 luglio 1975, n. 354, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non limita la punibilità ai sensi dell'art. 385 del codice penale al solo allontanamento che si protragga per più di dodici ore, come stabilito dall'art. 47-sexies, commi 2 e 4, della suddetta legge n. 354 del 1975, sul presupposto, di cui all'art. 47-quinquies, comma 1, della medesima legge, che non sussista un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti (Corte cost. 22 novembre 2018, n. 221).

dell'art. 47-quinques ord. pen. dispone che quando non ricorrono le condizioni per la concessione della detenzione domiciliare di cui all'art. 47-ter, le condannate madri di prole di età non superiore ad anni dieci⁴⁸, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e se vi è la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli, possono essere ammesse ad espiare la pena nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e alla assistenza dei figli, dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena ovvero dopo l'espiazione di almeno quindici anni nel caso di condanna all'ergastolo. Tale forma speciale di detenzione domiciliare, può essere concessa, alle stesse condizioni previste per la madre, anche al padre detenuto, se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre.

Dopo un intervento della Corte costituzionale, per tale misura non operano i divieti di concessione previsti dall'art. 4-bis comma 1 ord. pen.⁴⁹

Il procedimento e la disciplina sono analoghi a quelli per la detenzione domiciliare ordinaria. L'istanza di detenzione domiciliare speciale deve essere proposta al tribunale di sorveglianza, il quale nel disporla, ne fissa le modalità di attuazione, precisa il periodo di tempo che la persona può trascorrere all'esterno del proprio domicilio, detta le prescrizioni relative agli interventi del servizio sociale. All'atto della scarcerazione è redatto verbale in cui sono dettate le prescrizioni che il soggetto deve seguire nei rapporti con il servizio sociale. Inoltre, il servizio sociale controlla la condotta del soggetto e lo aiuta a superare le difficoltà di adattamento alla vita sociale, anche mettendosi in relazione con la sua famiglia e con gli altri suoi ambienti di vita; riferisce periodicamente al magistrato di sorveglianza sul comportamento del soggetto.

La detenzione domiciliare speciale è revocata se il comportamento del soggetto, contrario alla legge o alle prescrizioni dettate, appare incompatibile con la prosecuzione della misura. Secondo il successivo art. 47-sexies, può essere altresì revocata anche quando il soggetto rimanga assente dal proprio domicilio, senza giustificato motivo, per non più di 12 ore.

Al compimento del decimo anno del figlio, su domanda del soggetto già ammesso alla detenzione domiciliare speciale, il tribunale di sorveglianza può:

a) disporre la proroga del beneficio, se ricorrono i requisiti per l'applicazione della

⁴⁸ Da intendersi al momento della presentazione della domanda. Cass. Pen., Sez. I, 27 febbraio 2015, n. 8860.

⁴⁹ Corte Cost. 22 ottobre 2014, n. 239. Allo stesso tempo, in via consequenziale la corte ha escluso dall'art. 4-bis comma 1 anche la detenzione domiciliare all'art. 47-ter comma 1 lett. a) e b).

semilibertà di cui all'articolo 50, commi 2, 3 e 5

b) disporre l'ammissione all'assistenza all'esterno dei figli minori di cui all'articolo 21 bis, tenuto conto del comportamento dell'interessato nel corso della misura, desunto dalle relazioni redatte dal servizio sociale nonché della durata della misura e dell'entità della pena residua⁵⁰.

2.6 La detenzione domiciliare ex l. 199/2010.

Come abbiamo già raccontato (supra II, 4.1), al fine di combattere la impellente situazione di sovraffollamento carcerario, la legge 16 novembre 2010, n. 199, detta "svuotacarceri", introdusse come soluzione temporanea, poi resa ampliata e resa permanente, una nuova forma di detenzione domiciliare. Secondo il comma 1 dell'articolo unico della legge, ai condannati alla pena detentiva (anche residua) non superiore a diciotto mesi, può essere concessa dal tribunale di sorveglianza la possibilità di scontare la pena presso la propria abitazione o un altro luogo, pubblico o privato.

L'art. 1 comma 2 della 199/2010 prevede che la detenzione presso il domicilio non è applicabile:

- a) ai soggetti condannati per taluno dei delitti indicati dall'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni;
- b) ai delinquenti abituali, professionali o per tendenza, ai sensi degli articoli 102, 105 e 108 del codice penale;
- c) ai detenuti che sono sottoposti al regime di sorveglianza particolare, ai sensi dell'articolo 14-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, salvo che sia stato accolto il reclamo previsto dall'articolo 14-ter della medesima legge;
- d) quando vi è la concreta possibilità che il condannato possa darsi alla fuga ovvero sussistono specifiche e motivate ragioni per ritenere che il condannato possa commettere altri delitti ovvero quando non sussista l'idoneità e l'effettività del domicilio anche in funzione delle esigenze di tutela delle persone offese dal reato.

Nel caso la condanna a diciotto mesi - o meno - di reclusione sia comminata a una persona in libertà, è lo stesso pubblico ministero che, salvo debba emettere il decreto di sospensione di cui al comma 5 del citato articolo 656 del codice di procedura penale, sospende l'esecuzione della condanna, previo accertamento dell'esistenza e

⁵⁰ Art. 47-quinquies comma 8.

dell'idoneità dell'alloggio, nonché, se si tratta di persona tossicodipendente o alcooldipendente, previa verifica della documentazione medica attestante lo stato di tossicopendenza o alcooldipendenza e del programma di recupero, trasmettendo quindi gli atti al magistrato di sorveglianza per la concessione della detenzione domiciliare (art. 1 comma 3 l. 199/2010). È ovvio che, pur non avendo autonomo potere di iniziativa, sarà cura dell'interessato coadiuvare il pubblico ministero a preparare la documentazione⁵¹.

Se il condannato è già detenuto, la pena detentiva non superiore a diciotto mesi, anche se costituente parte residua di maggior pena, è eseguita nei luoghi di cui al comma 1. Nei casi in cui il soggetto al momento della sentenza da eseguire, si trovi in stato di custodia cautelare in carcere, non è consentita la sospensione dell'esecuzione della pena⁵², il pubblico ministero o le altre parti fanno richiesta, per l'applicazione della misura, al magistrato di sorveglianza (art. 1 comma 4). In ogni caso - anche senza la richiesta dell'interessato - la direzione dell'istituto di pena preparerà per ciascun detenuto che rientra nelle condizioni previste dalla legge una relazione sul comportamento tenuto durante la detenzione e sulla idoneità dell'alloggio, oppure raccoglierà la documentazione medica e terapeutica, qualora si tratti di persona dipendente da droga o alcool, intenzionata a seguire un programma di cura che potrà essere eseguita presso una struttura sanitaria pubblica o una struttura privata accreditata ai sensi del t.u. sugli stupefacenti.

Ai sensi del comma 5 dello stesso articolo, il magistrato di sorveglianza provvede, de plano, ai sensi dell'articolo 69-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, nelle forme del procedimento per la liberazione anticipata, ma il termine di cui al comma 2 del predetto articolo è ridotto a cinque giorni. In ogni caso, il magistrato di sorveglianza può imporre le prescrizioni e le forme di controllo necessarie per accertare che il tossicodipendente o l'alcoldipendente inizi immediatamente o prosegua il programma terapeutico. Durante l'esecuzione, l'UEPE competente per gli interventi di sostegno e controllo segnala ogni evento rilevante sull'esecuzione della pena e trasmette le relazioni trimestrali e conclusiva.

L'istituto, nella sua attuale formulazione, si sovrappone sostanzialmente a quello previsto dall'art. 47-ter ord. pen, alla cui disciplina direttamente richiama (art. 1 comma 8 l. 199/210). Sotto il profilo procedurale il legislatore ha rimesso l'applicazione della misura di cui all'art. 1 esclusivamente al Magistrato di Sorveglianza che, in misura

⁵¹ Filippi-Spangher, op. cit., 220-1.

⁵² Art. 656, comma 9, lettera b) c.p.p

quasi speculare, è oggi competente, ai sensi dell'art. 678 comma 1 ter, per l'applicazione in via provvisoria delle misure alternative alla detenzione menzionate nell'art. 656 comma 5 c.p.p., e quindi anche della detenzione domiciliare, quando la pena da espiare non è superiore, appunto, ad un anno e sei mesi.

Negli intenti, e nella pratica, attraverso l'art. 1 comma 3 legge n. 199/2010, al condannato libero o detenuto si offre ora una chance ulteriore, con un procedimento in qualche misura più veloce, per il caso in cui non sia possibile emettere il decreto di sospensione, o che sia rimasto inattivo e non abbia chiesto l'applicazione di una misura alternativa, o anche, per il caso in cui la relativa istanza sia stata respinta⁵³.

2.7 La semilibertà

La misura della semilibertà è disciplinata dagli artt. 48 e ss. della legge n. 354/1975 e consiste nella concessione al condannato e all'internato di trascorrere parte del giorno fuori dell'istituto di pena per partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili al reinserimento sociale, in base ad un programma di trattamento, la cui responsabilità è affidata al direttore dell'istituto di pena. Si tratta però, come si osserva comunemente, non tanto di una misura alternativa alla detenzione, quanto piuttosto di una modalità di esecuzione della pena detentiva, anche se l'espansione della libertà personale che consegue alla sua concessione ne ha giustificato la collocazione sistematica⁵⁴.

L'art. 50 prevede tre diverse tipologie di semilibertà:

1) La prima è la semilibertà alternativa alle pene di breve durata: ai sensi dell' art. 50 comma 1 ord. pen., possono essere espiate in regime di semilibertà la pena dell'arresto e

Un contrasto giurisprudenziale nasceva dalla clausola prevista dall'art. 1 comma 3 l. 199/2010, che permette la sospensione prevista dalla legge "salvo che debba emettere il decreto di sospensione di cui al comma 5 del citato articolo 656 del codice di procedura penale". Tale ambigua clausola di esclusione non chiarisce se la sospensione ex l. 199/2010 possa operare solo laddove vi siano delle condizioni ostative che precludano, in astratto, l'applicabilità dell'art. 656 co. 5 c.p.p., ovvero se essa possa operare anche nei casi nei quali, pur essendo astrattamente applicabile la norma del codice di procedura, essa non possa, in concreto, operare. Dopo alcune prime pronunce restrittive, secondo le quali il condannato che ha già beneficiato della sospensione dell'esecuzione della pena ex art. 656, comma 5, c.p.p. non può usufruire di una ulteriore sospensione dell'esecuzione ai sensi dell'art. 1 della l. 199/2010, la Cassazione ha poi ritenuto di dover aderire all'opposta tesi della "doppia sospensione" quantomeno per l'ipotesi in cui il condannato, che aveva beneficiato della sospensione, non aveva avanzato alcuna richiesta di misura alternativa. Angela Della Bella «Un revirement della Cassazione in tema di doppia sospensione dell'ordine di esecuzione», in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 febbraio 2015, https://www.penalecontemporaneo.it/d/3666-un-revirement-della-cassazione-in-tema-di-doppia-sospensione-dell-ordine-di-esecuzione.

⁵⁴ Mario Canepa e Sergio Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, quinta ed., (Milano: Giuffrè, 1999), 335-336;

la pena della reclusione non superiore a sei mesi, se il condannato non è affidato in prova al servizio sociale.

- 2) La seconda, la semilibertà alternativa alla reclusione superiore ai tre anni e all'ergastolo, ex art. 50 comma 2 primo periodo, prevede che, fuori dei casi previsti dal comma 1, il condannato può essere ammesso al regime di semilibertà soltanto dopo l'espiazione di almeno metà della pena ovvero, se si tratta di condannato per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater dell'articolo 4 bis, di almeno due terzi di essa⁵⁵. L'internato può esservi ammesso in ogni tempo. Allo stesso tempo il condannato all'ergastolo può esservi ammesso dopo avere espiato almeno venti anni di pena (comma 6).
- 3) Infine la semilibertà "surrogatoria" dell'affidamento in prova, ex. art. 50 comma 2 secondo periodo, opera nei casi previsti dall'articolo 47 comma 1, quando mancano i presupposti per l'affidamento e permette al condannato per un reato diverso da quelli indicati nel comma 1 dell'articolo 4 bis di essere ammesso al regime di semilibertà anche prima dell'espiazione di metà della pena. Quest'ulteriore ipotesi di semilibertà è stata introdotta dalla legge Gozzini al fine di aumentare le possibilità di accedere alla misura della semilibertà e, soprattutto, per coordinare la sua disciplina con quella dell'affidamento in prova al servizio sociale, nella prospettiva di un trattamento progressivo che consenta un graduale reinserimento nell'ambiente libero⁵⁶.

Per il computo della durata delle pene non si tiene conto della pena pecuniaria inflitta congiuntamente a quella detentiva (art. 50 comma 3 ord. pen.).

I condannati e gli internati ammessi alla semilibertà sono assegnati in appositi istituti o in apposite sezioni autonome degli istituti ordinari (art. 48 comma 2 ord. pen.). Se l'ammissione alla semilibertà riguarda una detenuta madre di un figlio di età inferiore a tre anni, essa ha diritto di usufruire della casa per la semilibertà di cui all'ultimo comma

⁵⁵ In ogni caso, ai fini della determinazione della pena espiata, la Suprema Corte ha chiarito che "nel computo del periodo minimo di pena espiata previsto come condizione per la concessione di misure alternative alla detenzione, il dies a quo decorre, nel caso di cumulo materiale comprensivo anche di pene inflitte per reati ostativi, dal momento in cui si è esaurita l'espiazione delle pene relative a tali reati e non da quello di inizio della detenzione", Cass. Pen., Sez. I, 8 novembre 2017, n. 51037. Inoltre "Ai fini del computo della pena scontata per la concessione della misura non deve tenersi conto dell'indulto, ma solo dei periodi di pena effettivamente espiata, ai quali va sommato l'eventuale beneficio della liberazione anticipata", Cass. Pen., Sez. I, 13 marzo 2008, n. 11265.

⁵⁶ Infatti, prima della sua introduzione si era creata una situazione irragionevole in cui, per le pene non superiori a 3 anni, era possibile chiedere l'affidamento in prova, misura alternativa che elimina del tutto lo stato detentivo, mentre per l'ammissione al regime della semilibertà, misura sicuramente più afflittiva, era necessario aver espiato un certo quantum di pena in istituto penitenziario, a meno che la pena non fosse inferiore ai 6 mesi. Tuttavia ciò comportava problemi di sistematicità e di coordinamento con la semidetenzione, v. supra II, 2.2, n. 33.

dell'articolo 92 del decreto del Presidente della Repubblica 29 aprile 1976, n. 431.

È stata a lungo discussa la possibilità di applicare il regime di semilibertà anche agli stranieri in condizione di clandestinità: la questione è stata risolta con la nota sentenza della Corte Costituzionale n. 78 del 2007⁵⁷.

Le semilibertà alternativa alle pene di breve durata e la semilibertà surrogatoria possono ottenersi senza passare per l'espiazione di una parte della pena, attraverso la sospensione "automatica" ex art. 656, comma 5 c.p.p., presentando l'istanza ad hoc alla Procura della Repubblica che ha emesso l'ordine di carcerazione entro trenta giorni dalla notifica dell'ordine di carcerazione. Allo stesso tempo, ai sensi del comma 6 dell'art. 50, nei casi previsti dal comma 1, se il condannato ha dimostrato la propria volontà di reinserimento nella vita sociale, la semi-libertà può essere altresì disposta successivamente all'inizio dell'esecuzione della pena, con l'applicazione del meccanismo dell'art. 47 comma 4 in quanto compatibile⁵⁸.

Quando il soggetto è detenuto, la richiesta è fatta al magistrato di sorveglianza competente in relazione al luogo dell'esecuzione, il quale può sospendere l'esecuzione, e trasmette gli atti al Tribunale di Sorveglianza. Ai sensi del comma 4, l'ammissione al regime di semilibertà è disposta in relazione ai progressi compiuti nel corso del trattamento, quando vi sono le condizioni per un graduale reinserimento del soggetto nella società. "La semilibertà, in quanto misura alternativa alla detenzione che consente al detenuto di trascorrere parte del giorno all'esterno, sia pure in attività lavorative e risocializzanti, non può essere deliberata se non all'esito di previe e positive esperienze di concessioni all'esterno meno significative" 59.

Dopo la presentazione dell'istanza, il Tribunale di Sorveglianza dovrà svolgere due indagini, una diretta a verificare i risultati del trattamento individualizzante, l'altra l'esistenza delle condizioni che assicurino un graduale reinserimento nella società anche

⁵⁷ La Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 47, 48 e 50 ord, pen, se interpretati nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l'accesso alle misure alternative alla detenzione in essi previste

V. supra in tema di affidamento in prova. Riguardo il requisito della "volontà di reinserimento", secondo alcuni la stessa si risolverebbe nei meri "buoni propositi" del condannato, privi in definitiva di qualsivoglia capacità selettiva, secondo altri implicherebbe una osservazione della personalità del soggetto, affiancata da una valutazione delle sue pendenze giudiziali. Antonella Massaro, «Il regime di semilibertà», in *Diritto Penitenziario e Costituzione*, 11 maggio 2018, 6, https://www.dirittopenitenziarioecostituzione.it/images/Massaro_semiliberta.pdf

⁵⁹ Nella specie è stato ritenuto corretto l'operato del giudice di merito che aveva motivato la reiezione dell'istanza con la mancata fruizione dei permessi-premio da parte del detenuto, Cass. Pen., Sez. I, 3 novembre 2008, n. 40992.

grazie a una rivisitazione critica del proprio passato e a un concreto impegno per un diverso stile di vita⁶⁰. Oltre al buon esito di un giudizio di tipo prognostico, relativo al comportamento futuro del condannato (secondo quanto previsto dall'art. 47, comma 2 ord. pen.), il comma 4 dell'art. 50 ord. pen. aggiunge che "l'ammissione al regime di semilibertà è disposta in relazione ai progressi compiuti nel corso del trattamento, quando vi sono le condizioni per un graduale reinserimento del soggetto nella società". I due requisiti, distinti e cumulativi, devono sussistere congiuntamente affinché il soggetto possa accedere al regime di semilibertà. I progressi compiuti nel corso del trattamento non possono esaurirsi nella mera conformità del comportamento del detenuto alle regole carcerarie e, dunque, nel concetto di "buona condotta", sebbene quest'ultimo assuma indubbio valore sintomatico nella valutazione. Questa deve comprendere anche il percorso di evoluzione della personalità e consapevolezza del condannato rispetto alle cause e le conseguenze del reato. Per quanto riguarda le condizioni per un graduale reinserimento nella società, queste sono solitamente ritenute sussistenti in presenza di una concreta occasione lavorativa. Si tratta di un indirizzo fortemente criticato, anzitutto in virtù del fatto che la semilibertà può essere concessa anche per lo svolgimento di attività diverse da quelle lavorative e in secondo luogo perché in questo modo si finirebbe per subordinare la concessione della misura a una circostanza indipendente dalla volontà del condannato⁶¹.

Nei confronti del detenuto o internato ammesso alla semilibertà è formulato un programma di trattamento (art. 101, comma 2, reg. esec.), che stabilisce le prescrizioni alle quali il semilibero deve attenersi durante il tempo trascorso fuori dall'istituto anche in riferimento ai rapporti con la famiglia e con il servizio sociale, nonché quelle relative agli orari di uscita e di rientro. L'attività di vigilanza e di assistenza dei semiliberi nell'ambiente esterno è svolta anzitutto dall'Ufficio per l'esecuzione penale esterna, il quale a richiesta del magistrato o del tribunale di sorveglianza, riferisce in ordine all'evoluzione del trattamento e informa immediatamente il magistrato di sorveglianza dei comportamenti dai quali potrebbe derivare la sospensione cautelativa della misura ex art. 51-ter ord. pen. Durante la misura il programma di trattamento può essere modificato dal magistrato di sorveglianza su segnalazione del direttore dell'istituto di pena. Al soggetto in stato di semilibertà, possono essere concessi i benefici previsti dalla normativa per tutti i detenuti, quali la libertà anticipata e possono essere concesse una o più licenze.

⁶⁰ Cass. Pen., Sez. I, 5 agosto 2008, n. 32932.

⁶¹ Massaro, op. cit., 8.

Il provvedimento di semilibertà può essere revocato in ogni momento quando il soggetto non appare idoneo al trattamento. Può essere revocato, inoltre, nel caso in cui sopraggiunge un altro titolo di esecuzione di pena detentiva che faccia venir meno le condizioni per la concessione della semilibertà⁶². Se il condannato ammesso al regime di semilibertà, si assenta dall'istituto per non più di dodici ore dall'istituto senza giustificato motivo, è punito in via disciplinare e può subire la revoca della misura. Se si assenta per più di dodici ore, è punibile a norma del primo comma dell'art. 385 c.p. In tal caso, la denuncia sospende il beneficio, e l'eventuale condanna comporta la revoca della semilibertà. Se l'internato si assenta per oltre tre ore dall'istituto senza giustificato motivo, è punito in via disciplinare e può subire la revoca della misura ex art. 53 ord. pen. ultimo comma.

Svolgendo un ruolo sussidiario rispetto alle altre alternative, la semilibertà è la misura quantitativamente meno utilizzata, con un totale di 872 incarichi in corso alla data del 15 dicembre 2018⁶³.

2.8 La liberazione anticipata e i permessi

La liberazione anticipata consiste in una detrazione pari a 45 giorni per ogni singolo semestre di pena scontata da persona detenuta che abbia dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione. Inserita all'art. 54 dell'Ordinamento Penitenziario fra le misure alternative alla detenzione, è in realtà strumento giuridico di natura premiale: funzione principale dell'istituto è quella di gratificare un comportamento dell'interessato, mirando ad indirizzare i detenuti alla partecipazione all'opera di rieducazione.

Il presupposto sostanziale della liberazione anticipata è il riconoscimento della partecipazione del soggetto all'opera di rieducazione. La finalità del più valido reinserimento nella società si realizza, pertanto, attraverso la riduzione della pena detentiva in corso di esecuzione, che determina l'anticipazione del ripristino dello stato di libertà per il condannato. La liberazione anticipata è, inoltre, uno strumento per il governo disciplinare degli istituti penitenziari, dal momento che la partecipazione all'opera di rieducazione si esprime, principalmente, nell'osservanza delle norme che regolano la vita negli istituti.

Come già accennato, ai fini della concessione della liberazione anticipata non valgono

⁶² Cass. Pen., Sez. I, 10 febbraio 2009, n° 5628

⁶³ Relaz. Ministro della Giustizia 2019, cit., 133 ss.

le preclusioni previste dell'art. 4-bis ord. pen.⁶⁴ Sono computabili ai fini della detrazione soltanto i semestri interamente compiuti⁶⁵. Per la formazione dei semestri da prendersi in considerazione per la liberazione anticipata è valutato anche il periodo trascorso in custodia cautelare o di detenzione domiciliare; allo stesso modo, ai sensi dell'art. 47 comma 12-bis, la liberazione anticipata è concedibile anche al soggetto affidato in prova al servizio sociale (retro 2.2).

È da rilevare, però, che il giudizio sul comportamento del detenuto varia a seconda dell'offerta e degli strumenti di rieducazione che gli sono forniti in concreto dall'Amministrazione penitenziaria: nel caso in cui questi strumenti siano modesti o insufficienti l'interessato può accedere più facilmente al beneficio, poiché l'effettiva partecipazione all'opera di rieducazione coincide, di fatto, con l'assenza di negativi rilievi disciplinari. Viceversa, qualora gli strumenti di rieducazione siano presenti ed efficaci, il detenuto deve dimostrare di aver usufruito con successo delle opportunità offertegli.

I parametri che sono valutati per la concessione del beneficio, sono: la diligenza e la puntualità nell'osservanza delle prescrizioni, l'assiduità nello svolgimento dell'eventuale attività lavorativa o di studio, l'impegno nella cura della prole o nel mantenere i contatti con i presidi sanitari territoriali.

Ai sensi dell'art. 69-bis ord. pen., il Magistrato di Sorveglianza procede sull'istanza con provvedimento de plano, salvo reclamo al tribunale.

Ai sensi del comma 3 dell'art. 54 la condanna per delitto non colposo commesso nel corso dell'esecuzione successivamente alla concessione del beneficio ne comporta la revoca. Tuttavia la Corte Costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il comma 3, nella parte in cui prevede la revoca della liberazione anticipata nel caso di

⁶⁴ Conferma la possibilità di concessione anche nei casi di collegamento del condannato con la criminalità organizzata, Cass. Pen., Sez. I, 25 marzo 2008, n. 12713, la quale ricorda come la giurisprudenza della Cassazione "ha ripetutamente ritenuto che la esclusione, espressamente prevista dalla L. 26 luglio 1975, n. 354, art. 4 bis, comma 1 della liberazione anticipata dalle limitazioni in esso contemplate, non è estensibile, per analogia, al divieto, stabilito dall'ultimo comma del citato art., di tale concessione nel caso di ritenuto collegamento dell'interessato con la criminalità organizzata".

⁶⁵ La valutazione sull'ammissibilità del beneficio va effettuata dunque in accordo al "principio della semestralizzazione", cioè "senza che la negativa valutazione di uno o più di essi possa comportare la decadenza dal diritto di vedere riconosciuto il beneficio per quello o quelli nei quali le condizioni di legge si siano verificate", Corte cost., 31 maggio 1990, n. 276. Tuttavia non si esclude che un fatto negativo possa riverberarsi sulla valutazione dei semestri anteriori, quando si tratti di condotta particolarmente grave e snitomatica, tale da lasciar dedurre la mancata partecipazione del condannato all'opera di rieducazione, anche nel periodo precedente a quello cui la condotta si riferisce, v. Filippi-Sprangher, *op. cit.*, 134-135, n.130.

condanna per delitto non colposo commesso nel corso dell'esecuzione successivamente alla concessione del beneficio anziché stabilire che la liberazione anticipata è revocata se la condotta del soggetto, in relazione alla condanna subita, appare incompatibile con il mantenimento del beneficio⁶⁶.

Ricordiamo che con il d.l. 23 dicembre 2013 n. 146, (convertito dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10), fu introdotta una speciale forma di liberazione anticipata, di carattere temporaneo, (in quanto destinata ad operare soltanto fino al 24 dicembre 2015) che comporta una detrazione di settantacinque giorni, anziché quarantacinque, per ogni sei mesi di pena scontata⁶⁷.

Accenniamo infine ai permessi di necessità e i permessi-premio, consistenti in strumenti di sostegno al detenuto. I primi (art. 30 ord. pen.) possono essere concessi in ogni tempo "nel caso di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente" oppure "eccezionalmente per eventi familiari di particolare gravità", e possono essere concessi anche agli imputati e agli internati. I permessi-premio (art. 30-ter, ord. pen.), sono concessi ai condannati alla reclusione o all'ergastolo che abbiano tenuto "regolare condotta", dopo l'avvenuta espiazione di una parte della pena, "per consentire di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro".

Competente alla concessione del permesso è il magistrato di sorveglianza⁶⁸ che decide con provvedimento motivato. Questo può essere soggetto a reclamo entro ventiquattro ore dalla comunicazione.

3 Le sanzioni sostitutive

3.1 La sostituzione delle pene detentive brevi

Come già ricordato⁶⁹, la legge 24 novembre 1981, n. 689, al capo III, ha introdotto nel nostro ordinamento l'istituto della sostituzione di pene detentive brevi, configurando una serie di sanzioni alternative a quelle tradizionali, applicate in sostituzione della pena detentiva della reclusione o dell'arresto. Misure queste, che non si configurano come meramente clemenziali, ma dotate piuttosto di contenuto sanzionatorio.

Ai sensi dell'art. 53 della 1. 689/1981 il giudice, nel pronunciare la sentenza di

⁶⁶ Corte cost., 23 maggio 1995 n. 186.

⁶⁷ V. Retro, II, 4.2.

⁶⁸ Nel caso di imputato, procede direttamente l'autorità giudiziaria secondo le prescrizioni dell'art. 240 norme coord. c.p.p..

⁶⁹ V. Retro, II, 2.1.

condanna, quando ritiene di dovere determinare la durata della pena detentiva entro il limite di due anni, può sostituire tale pena con quella della semidetenzione; quando ritiene di doverla determinare entro il limite di un anno, può sostituirla anche con la libertà controllata; quando ritiene di doverla determinare entro il limite di sei mesi, può sostituirla altresì con la pena pecuniaria della specie corrispondente (multa o ammenda). Secondo l'art. 58 della predetta legge, nei limiti fissati dalla legge e tenuto conto dei criteri indicati nell'art. 133 c.p., il giudice quindi sostituisce la pena detentiva con la pena sostitutiva più idonea al reinserimento sociale del condannato, dando motivazione della sua scelta.

Sono previste alcune condizioni oggettive che vietano la sostituzione nei confronti di determinati imputati, previste dall'art. 59 l. 689/1981, mentre, a differenza delle misure alternative, non vi sono preclusioni riguardanti il tipo di reato.

Ai fini del computo della pena per la sostituzione, secondo i 657 comma terzo, nei casi primo e secondo comma il condannato può chiedere al pubblico ministero che i periodi di custodia cautelare e di pena detentiva espiata, operato il ragguaglio, siano computati per la determinazione della pena pecuniaria o della sanzione sostitutiva da eseguire; nei casi previsti al punto b), può altresì chiedere che le sanzioni sostitutive espiate siano computate nelle sanzioni sostitutive da eseguire per altro reato.

Nei casi previsti dall'articolo 81 del codice penale, quando per ciascun reato è consentita la sostituzione della pena detentiva, si tiene conto dei limiti indicati nel primo comma soltanto per la pena che dovrebbe infliggersi per il reato più grave. Quando la sostituzione della pena detentiva è ammissibile soltanto per alcuni reati, il giudice, se ritiene di doverla disporre, determina, al solo fine della sostituzione, la parte di pena per i reati per i quali opera la sostituzione (art. 53 comma 4).

3.2 La semidetenzione e la libertà controllata

Secondo i criteri indicati dall'articolo 57 comma 1 l. 689/81, la semidetenzione e la libertà controllata si considerano a tutti gli effetti giuridici pene detentive della specie corrispondente a quella della pena sostituita⁷⁰.

⁷⁰ Ad esempio, è da tempo pacifica la possibilità di applicare la sospensione condizionale della pena alle sanzioni sostitutive, Cass. Pen., Sez. IV, 25 giugno 1997, n. 6112; lo stesso in caso di pena pecuniaria sostitutiva, Cass. Pen., Sez. VI, 14 settembre 1994, n. 9915. Un dubbio giurisprudenziale verteva sulla possibilità di espiare in affidamento una condanna a una sanzione sostitutiva di pene detentive brevi, infatti, se la disposizione di cui all'art. 57 legge n. 689/1981 stabilisce l'equivalenza della pena sostituita e della pena sostitutiva, si deve però tenere presente che l'art. 47 O.P. si riferisce esplicitamente alle sole pene detentive. Se si è ritenuta applicabile alla semidetenzione (Cass. Pen.,

La semidetenzione (art. 55 l. 689/1981) comporta l'obbligo di trascorrere almeno dieci ore al giorno negli istituti o nelle sezioni indicati nel secondo comma dell'articolo 48 della legge 26 luglio 1975, n. 354, e situati nel comune di residenza del condannato o in un comune vicino. La determinazione delle ore e l'indicazione dell'istituto sono effettuate in relazione alle comprovate esigenze di lavoro o di studio del condannato. La semidetenzione comporta altresì:

- 1) il divieto di detenere a qualsiasi titolo armi, munizioni ed esplosivi, anche se è stata concessa la relativa autorizzazione di polizia;
- 2) la sospensione della patente di guida⁷¹;
- 3) il ritiro del passaporto, nonché la sospensione della validità, ai fini dell'espatrio, di ogni altro documento equipollente;
- 4) l'obbligo di conservare e di presentare ad ogni richiesta degli organi di polizia e nel termine da essi fissato l'ordinanza emessa a norma dell'articolo 62 e l'eventuale provvedimento di modifica delle modalità di esecuzione della pena, adottato a norma dell'articolo 64.

Durante il periodo di permanenza negli istituti o nelle sezioni indicate nel primo comma, il condannato è sottoposto alle norme della 1. 26 luglio 1975, n. 354 e d.P.R .29 aprile 1976, n. 431 in quanto applicabili.

Evidenti le somiglianze tra semidetenzione e la semilibertà, vi sono tuttavia alcune profonde differenze. Mentre la prima sostituisce la pena, la seconda è una particolare modalità del trattamento del detenuto che durante la misura mantiene tale veste. Questo è evidente nel momento di irrogazione: mentre la prima è applicata ab initio al momento della condanna, con competenza del giudice di cognizione, la seconda in fase di esecuzione dal tribunale di sorveglianza. Differente è anche la disciplina in caso di violazione: in caso mancato rientro, la semidetenzione si converte in pena detentiva (v. infra), per la semilibertà si configura il reato di evasione.

La libertà controllata, disciplinata dall'art. 56 della stessa legge, è sia una modalità di sostituzione delle pene detentive brevi sia, come già detto, una modalità di conversione delle pene pecuniarie. Modellata sulle misure della libertà vigilata e della sorveglianza

Sez. I, 2 agosto 1989, Ridha, Riv. Pen., 1990, 595.), alla luce della pronuncia Baffico (Cass. Pen., S.U. 27 febbraio 2002, n. 8058,), si deve ritenere che l'affidamento in prova non possa essere concesso in relazione alla sanzione della libertà controllata applicata in sostituzione di pena detentiva.

⁷¹ Qualora sia necessaria per l'attività lavorativa il Magistrato di Sorveglianza può regolamentare tale sospensione in base all'art. 62 comma 2 l. 689/81

speciale, essa comporta il divieto di allontanarsi dal Comune di residenza, salvo autorizzazione, di volta in volta⁷², per motivi di studio, di lavoro, di famiglia o di salute.

Presenta, con riguardo alle prescrizioni, tratti analoghi con la semidetenzione:

- 1) l'obbligo di presentarsi almeno una volta al giorno nelle ore fissate presso l'ufficio di Pubblica Sicurezza, o, in mancanza di questo, presso il Comando dei Carabinieri territorialmente competente;
- 2) il divieto di detenere a qualsiasi titolo armi, munizioni ed esplosivi;
- 3) la sospensione della patente di guida⁷³;
- 4) il ritiro del passaporto, nonché la sospensione della validità ai fini dell'espatrio di ogni altro documento d'identità;
- 5) l'obbligo di conservare e di presentare ad ogni richiesta degli organi di polizia e nel termine fissato, la copia dell'ordinanza del Magistrato di Sorveglianza nella quale sono indicate le modalità di esecuzione della pena sostitutiva e delle eventuali modificazioni.

Ai sensi dell'art. 62 le modalità di esecuzione della semidetenzione e della libertà controllata sono disposte dal magistrato di sorveglianza, in osservanza delle disposizioni della legge 354/1975 relative al procedimento di sorveglianza. Per quanto riguarda l'esecuzione, e le eventuali modifiche, delle due misure, si provvede seguendo gli articoli 63 e 64.

La specificità delle prescrizioni lascia poco margine alla discrezionalità del magistrato di sorveglianza, escludendo la possibilità di imporre obblighi aggiuntivi, quali il divieto di frequentare pregiudicati o determinati locali, che sono, invero, propri delle misure di sicurezza⁷⁴. Questa rigidità è strettamente collegata al principio di tassatività delle violazioni: quando è violata anche solo una delle prescrizioni inerenti alla semidetenzione o alla libertà controllata, la restante parte della pena si converte, ai sensi dell'art. 66 689/81 nella pena detentiva sostituita. In caso di violazione degli adempimenti, gli organi addetti ai rispettivi controlli, quali gli ufficiali e gli agenti della polizia giudiziaria o il direttore dell'istituto o della sezione a cui il condannato è assegnato devono informare, senza indugio, il magistrato di sorveglianza che ha emesso l'ordinanza prevista dall'articolo 62. Questi trasmette gli atti alla sezione di

⁷² L'autorizzazione concessa "di volta in volta", non prevista per la semidetenzione, costituisce, per qualche autore, un eccessivo rigorismo, necessitante, ai fini dell'ottenimento, di interpretazioni elastiche. Canepa-Merlo, *op. cit.*, 317.

⁷³ v. nota 71.

⁷⁴ Canepa-Merlo, op. cit., 319.

sorveglianza, la quale, compiuti, ove occorra, sommari accertamenti, qualora ritenga doversi procedere alla conversione prevista dal primo comma, provvede con ordinanza, osservate le norme contenute nel capo II bis del titolo II della legge 26 luglio 1975, n. 354. L'ordinanza è trasmessa al pubblico ministero competente, il quale provvede mediante ordine di carcerazione.

Se sopravviene una delle condanne previste nell'articolo 59, commi primo e secondo, lettera a), ovvero la condanna a pena detentiva per un fatto commesso successivamente alla sostituzione della pena, questa viene revocata per la parte non ancora eseguita e convertita a norma dell'articolo 66⁷⁵.

Secondo la Corte di Cassazione⁷⁶, "la revoca della pena sostitutiva di cui all'art. 72 della legge 24 novembre 1981 n. 689 trova applicazione soltanto per le sanzioni sostitutive della semidetenzione e della libertà controllata, perché soltanto a queste si applica il disposto dell'art. 66 della stessa legge, al quale fa specifico riferimento il citato art. 72".

La semidetenzione o la libertà controllata possono essere sospese in due distinte ipotesi. All'art. 68, la prima, obbligatoria, si applica in caso di notifica di un ordine di carcerazione o di consegna o in caso di arresto in flagranza ai sensi degli articoli 235 e 236 del codice di procedura penale, di fermo o di cattura del condannato o di applicazione provvisoria di una misura di sicurezza. La semidetenzione o la libertà controllata riprendono a decorrere dal giorno successivo a quello della cessazione della esecuzione della pena detentiva. Nel secondo caso, all'art. 69, la sospensione opera a favore del condannato: per motivi di particolare rilievo, attinenti al lavoro, allo studio o alla famiglia, possono essere concesse, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 52 della legge 26 luglio 1975, n. 354, sospensioni della semidetenzione e della libertà controllata per la durata strettamente necessaria e comunque per non più di sette giorni per ciascun mese di pena. In questi casi possono essere imposti al condannato limitazioni o divieti di comunicare con soggetti diversi da quelli che con lui abitano o lo assistono, richiamando il secondo comma dell'articolo 284 del codice di procedura penale. Se il condannato viola le prescrizioni o non si presenta all'ufficio di polizia indicato nell'articolo 65 nelle dodici ore successive alla scadenza del periodo di sospensione, la pena sostitutiva si converte in quella sostituita, a norma dell'articolo 66.

Nei casi di rinvio dell'esecuzione previsti dai numeri 2 e 3 del primo comma dell'articolo 147 del codice penale, quando l'esecuzione della semidetenzione o della

⁷⁵ Art. 72 l. 689/81

⁷⁶ Cass. Pen., Sez. I, 24 novembre 2015, n. 46602.

libertà controllata è già iniziata, la sospensione può essere ordinata dal magistrato di sorveglianza che ha determinato le modalità di esecuzione della pena. Negli altri casi si applicano le disposizioni dell'articolo 684 del codice di procedura penale sul rinvio dell'esecuzione.

3.3 La pena pecuniaria sostitutiva

Ai sensi dell'articolo 53, primo comma, il giudice può sostituire la pena detentiva con la pena pecuniaria della specie corrispondente (multa o ammenda) quando ritiene che essa non debba essere superiore ai sei mesi.

A differenza della semidetenzione e della libertà controllata, 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. 57 comma 2).

Per determinare l'ammontare della pena pecuniaria, in base all'art. 4, comma 1, lett. a) della l. 12 giugno 2003 n.134, che ha riformulato l'art. 53, comma 2 della l. 689/1981, il giudice individua il valore giornaliero al quale può essere assoggettato l'imputato e lo moltiplica per i giorni di pena detentiva. Nella determinazione dell'ammontare il giudice tiene conto della condizione economica complessiva dell'imputato e del suo nucleo familiare. Il valore giornaliero non può essere inferiore alla somma indicata dall'articolo 135 del codice penale, dunque €. 250, o frazione di €. 250, per ogni giorno di pena detentiva, e non può superare di dieci volte tale ammontare ⁷⁷. Alla sostituzione della pena detentiva con la pena pecuniaria si applica l'articolo 133-ter del codice penale, che prevede la possibilità di una sua rateizzazione.

Riguardo il procedimento, secondo il richiamo dell'articolo 53 comma 3, si utilizzano le norme del procedimento per decreto (art. 459 ss. c.p.p.). Si segnala che, l'art. 1 comma 53 della 1. 3 agosto 2017 n. 103 ha introdotto nell'art. 459 c.p.p. un nuovo comma 1-bis, il quale prevede che nel caso il cui la sanzione pecuniaria sostitutiva di una pena detentiva breve venga irrogata con decreto penale, la somma giornaliera può spaziare entro una forbice di gran lunga inferiore, dovendo essere contenuta tra 75 e 225 euro. È evidente come questa previsione normativa, rendendo più appetibile il tasso di conversione pecuniaria delle pene detentive brevi, sia sostanzialmente volta a disincentivare il ricorso all'opposizione.

⁷⁷ Riflessioni riguardo il limite minimo, ritenuto eccessivamente elevato, sono presenti in Emilio Dolcini, «Superare il primato del carcere: il possibile contributo della pena pecuniaria», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2018, 421–422.

L'esecuzione segue le norme del d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia" (T. U. spese di giustizia).

Ai sensi dell'art. 102 della l. 689/1981, le pene pecuniarie non eseguite per insolvibilità del condannato si convertono nella libertà controllata nella misura massima di un anno per la multa e di mesi sei per l'ammenda, con i criteri di ragguaglio indicati dallo stesso articolo.

3.4 L'ordine di espulsione dello straniero ex art. 16 t.u. Immigrazione

L'ordine di espulsione dello straniero previsto dall'art. 16 del t.u. Immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286) è sia sanzione sostituiva della detenzione disposta dal giudice con la sentenza, sia alternativa alla detenzione stessa applicata dal magistrato di sorveglianza. L'istituto prevede dunque due differenti ipotesi.

1) Nel primo caso, si concede al giudice di cognizione, nel pronunciare sentenza di condanna per reato non colposo o nell'applicare la pena su richiesta delle parti o condanna per il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato di cui all'art. 10-bis del citato testo unico, il potere discrezionale di irrogare, nei confronti dello straniero che si trova in taluna delle situazioni che impongono al prefetto l'espulsione amministrativa⁷⁸, l'espulsione dal territorio dello Stato italiano per un periodo non inferiore a cinque anni, quale sanzione sostituiva di quella detentiva contenuta nel limite di due anni, quando non ricorrono le condizioni per la sospensione condizionale della pena, né le cause ostative di cui all'art. 14 comma 1 dello stesso testo unico che impediscono l'esecuzione immediata dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica⁷⁹.

La stessa misura sostitutiva può essere disposta anche 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 (art. 62-bis, d.lgs. 274/2000, aggiunto dalla l. 15 luglio 2009, n. 94).

2) Nel secondo caso, previsto dal comma 5 del medesimo articolo, è disposta (obbligatoriamente) l'espulsione nei confronti dello straniero, identificato e detenuto, che si trova in taluna delle situazioni indicate nell'articolo 13, comma 2, che deve

⁷⁸ Art. 13 del t.u. Immigrazione.

⁷⁹ Tali disposizioni si applicano anche in caso di sentenza di condanna per i reati di violazione dell'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato (art. 14 commi 5-ter e 5-quater dello stesso t.u.), ma in ipotesi casi la durata dell'espulsione è indicata ai sensi dell'art. 13 comma 14.

scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni. Essa non può essere disposta nei casi di condanna per i delitti previsti dall'articolo 12, commi 1, 3, 3-bis e 3-ter, del testo unico, ovvero per uno o più delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a) del codice di procedura penale, fatta eccezione per quelli consumati o tentati di cui agli articoli 628, terzo comma e 629, secondo comma, del codice penale. In caso di concorso di reati o di unificazione di pene concorrenti, l'espulsione è disposta anche quando sia stata espiata la parte di pena relativa alla condanna per reati che non la consentono.

La decisione sull'espulsione è assunta dal magistrato di sorveglianza, il quale decide con decreto motivato "senza formalità". Il decreto è comunicato al pubblico ministero, allo straniero ed al suo difensore, i quali nel termine di dieci giorni possono proporre opposizione al tribunale di sorveglianza. L'esecuzione del decreto di espulsione è sospesa fino alla decorrenza dei termini di impugnazione o della decisione del tribunale di sorveglianza e, comunque, lo stato di detenzione permane fino a quando non siano stati acquisiti i necessari documenti di viaggio.

L'espulsione è eseguita con accompagnamento immediato alla frontiera, tramite le forze dell'ordine (secondo le modalità disciplinate dall'art. 13 comma 4, d.lgs. 286/1998)⁸⁰. Ai sensi del comma 8 la pena è estinta alla scadenza del termine di dieci anni dall'esecuzione dell'espulsione di cui al comma 5, sempre che lo straniero non sia rientrato illegittimamente nel territorio dello Stato. 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).

4 Le misure sospensive

4.1 La sospensione condizionale

La sospensione condizionale, disciplinata dagli artt. 163 e ss. del codice penale, origina, come abbiamo raccontato (retro cap. I, 2.3) dalla misura della "condanna condizionale" introdotta nel 1904 e ispirata dal modello francese di sursis simple. All'atto

⁸⁰ L'art. 19 del t.u. stabilisce divieti di espulsione e di respingimento, tra i quali, anzitutto, "verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinviato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione".

dell'introduzione nel codice Rocco, la sospensione si prefiggeva lo scopo di sottrarre agli effetti criminogeni e desocializzanti del carcere gli autori primari di reati non gravi, in un'ottica ispirata ad obiettivi di prevenzione speciale. Da questa scelta della tipologia di destinatari, deriva la sua configurazione come misura essenzialmente priva di contenuti, nel quale la sola minaccia di revoca e conseguente esecuzione della pena detentiva sarebbe stato un deterrente sufficiente a trattenere il soggetto dalla commissione di nuovi reati⁸¹.

Nel suo assetto attuale, la sospensione può essere concessa solamente nei casi in cui il giudice ritenga che per il reato commesso la condanna non debba superare i due anni di reclusione o arresto, soli o ragguagliati a norma dell'art. 135 c.p. con pena pecuniaria congiunta (art. 163 primo comma). Per i minori di anni diciotto il limite temporale di condanna è pari a tre anni ed è pari a due anni e sei mesi per maggiorenni di età inferiore ad anni ventuno e per gli ultrasettantenni (art. 163 commi 2 e 3).

La concessione della misura comporta che l'esecuzione della pena rimanga sospesa per il termine di cinque anni se la condanna è per delitto, e di due anni se la condanna è per contravvenzione. Il reato è estinto se nei termini stabiliti l'imputato non commette un delitto o una contravvenzione della stessa indole (art. 167) e adempie agli obblighi impostigli dal giudice (infra). La sospensione si estende anche alle pene accessorie (art. 166).

Le condizioni di accesso alla misura sono indicate nell'art. 164: la sospensione non può essere concessa "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". Inoltre, la sospensione condizionale della pena non può essere concessa più di una volta. Tuttavia il giudice, nell'infliggere una nuova condanna, può disporre la sospensione condizionale qualora la pena da infliggere, cumulata con quella irrogata con la precedente condanna anche per delitto, non superi i limiti stabiliti dall'articolo 163.

Inoltre, in base al primo comma dell'articolo 164, la sospensione può essere concessa "soltanto se, avuto riguardo alle circostanze indicate nell'articolo 133 c.p., il giudice

⁸¹ Angela Della Bella, *Un viaggio tra le misure sospensive: i nodi da sciogliere in attesa della promessa riforma del sistema sanzionatorio*, in Alessandro Bernardi e Marco Venturoli, a cura di, *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena e di esecuzione nell'esperienza comparata* (Napoli: Jovene editore, 2018), 230-231.

presume che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati". Dunque il cui potere di applicazione di tale beneficio è subordinato ad una sua valutazione discrezionale, che deve tenere conto sia del ravvedimento dell'imputato condannato, che della gravità del reato, ai fini della considerazione della probabilità di commissione di nuovi reati⁸².

A seguito di molteplici interventi riformatori, si è cercato, rispetto alla formulazione originale, di dotare la misura di alcuni contenuti. Secondo l'attuale art. 165 c.p. la sospensione condizionale della pena può essere subordinata dal giudice all'adempimento di una serie di obblighi da parte del beneficiario, in tale disposizione tassativamente elencati. Tra le condizioni che il giudice può assegnare vi sono l'adempimento dell'obbligo delle restituzioni, il pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno e la pubblicazione della sentenza a titolo di riparazione del danno; può inoltre essere subordinata "all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, ovvero, se il condannato non si oppone, alla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività per un tempo determinato comunque non superiore alla durata della pena sospesa, secondo le modalità indicate dal giudice nella sentenza di condanna"83.

La subordinazione della concessione all'adempimento delle prescrizioni è invece obbligatoria quando è concessa a persona che ne ha già usufruito (art. 165 comma 2)⁸⁴. Lo stesso avviene in caso di condanna per una serie di reati previsti contro la pubblica amministrazione commessi da pubblici ufficiali⁸⁵, dove "la sospensione condizionale della pena è comunque subordinata al pagamento di una somma equivalente al profitto del reato ovvero all'ammontare di quanto indebitamente percepito dal pubblico ufficiale

⁸² La possibilità di concedere la sospensione condizionale della pena non si limita ma presuppone l'assenza di condizioni ostative ai sensi dell'art. 163, con la conseguenza che "il giudice di merito, una volta accertato che non vi sono ostacoli alla concessione della sospensione condizionale della pena, deve passare a formulare una prognosi sulla probabilità che in futuro 'il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati', e solamente nel caso in cui tale prognosi (da effettuarsi 'avuto riguardo alle circostanze indicate nell'art. 133') sia favorevole, può concretamente concedere il beneficio di cui si tratta", Cass. Pen., Sez. I, 6 agosto 1992, n. 8865. Presupposto confermato, da ultimo, in Cass. Pen., Sez. IV, 14 settembre 2017, n. 41988, secondo il quale il giudizio prognostico "non può essere limitato alla verifica della mancanza delle condizioni ostative (l'entità della pena, i precedenti penali dell'imputato ecc.) ma che, al contrario, esclude ogni automatismo, implicando l'esercizio di un potere discrezionale, così come espressamente stabilito dall'art. 133 al quale l'art. 164 rinvia".

⁸³ Previsione aggiunta dalla l. 11 giugno 2004, n.145.

⁸⁴ Il successivo comma 3 dispone che questa norma non si applica qualora la sospensione condizionale della pena sia stata concessa ai sensi del quarto comma dell'articolo 163, il quale prevede che "qualora la pena da infliggere non sia superiore ad un anno e l'imputato abbia interamente riparato il danno (mediante risarcimento alla persona offesa o mediante le restituzioni quando possibile) ovvero si sia realmente adoperato per elidere le conseguenze dannose o pericolose del reato, la sospensione condizionale può essere stabilita per un solo anno, al termine del quale, se non verrà commesso altro reato della stessa indole, il reato sarà dichiarato estinto".

⁸⁵ Artt. 314, 317, 318, 319, 319 ter, 319 quater, 320 e 322 bis c.p.

o dall'incaricato di un pubblico servizio", a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta, "fermo restando il diritto all'ulteriore eventuale risarcimento del danno" (art. 165 comma 4). Il termine entro il quale gli obblighi devono essere adempiuti sono stabiliti dal giudice nella sentenza (art. 165 comma 5).

Nonostante le specifiche previsioni, nella prassi i giudici hanno assecondato la tendenza espansiva della misura: "di fatto rinunciando ad esercitare i poteri discrezionali loro attribuiti in relazione all'an e al *quomodo* dell'applicazione della misura, essi hanno finito per applicarla sempre, in modo automatico, laddove ne sussistano i requisiti oggettivi"⁸⁶. Quanto al contenuto, nella quasi totalità dei casi la misura è vuota: solo nel 2% dei casi i giudici prevedono l'imposizione di un obbligo, tendenza però inversa nei casi di sospensione condizionale "breve" ex art. 163 comma 4, e alla ipotesi "speciali" per i delitti contro la pubblica amministrazione ex art. 165 comma 4, dove la riparazione del danno è sempre richiesta ai fini della concessione della misura⁸⁷.

La sospensione può essere revocata nei casi previsti dall'art. 168, revoca che può essere di carattere obbligatorio o facoltativo. Oltre al già detto caso del non adempimento degli obblighi o della commissione di un altro reato della stessa indole (art. 168 comma 2, n. 1), la sospensione è revocata anche in caso di condanna per un delitto commesso anteriormente, che cumulata alla pena sospesa, superi i limiti stabiliti dall'art. 163 (art. 168 comma 2, n. 2). Se invece il limite non viene superato, il giudice può scegliere, tenuto conto dell'indole e della gravità del reato, di revocare l'ordine di sospensione condizionale della pena (art. 168 comma 3). Infine, la sospensione deve essere obbligatoriamente revocata quando è stata concessa in violazione dell'art. 164, quarto comma, in presenza di cause ostative.

4.2 La sospensione del procedimento con messa alla prova

Terminiamo la analisi degli istituti con la sospensione del procedimento con messa alla prova, istituto introdotto relativamente di recente, con la legge 28 aprile 2014 n. 67, al capo II. L'istituto si colloca nel più ampio contesto della probation, ma differenza dell'affidamento in prova, col quale ovviamente nutre affinità, non si produce in fase di

esecuzione, bensì prima ancora che si arrivi a una condanna⁸⁸.

⁸⁶ In presenza dei presupposti, la probabilità di ottenere la concessione è in pratica vicina alla certezza, Della Bella, «Un viaggio tra le misure sospensive», cit. 231.

⁸⁷ Ivi, 232.

⁸⁸ Maria Sabina Calabretta e Attilio Mari, *La sospensione del procedimento (l. 28 aprile 2014, n° 67)*, in *Il Penalista*, *Officina del Diritto* (Milano: Giuffrè, 2014), 7-8, Della Bella, «Un viaggio tra le misure

Il modello trae ispirazione dalla messa alla prova processuale nel processo penale a carico di minorenni già introdotta con la l. 22 settembre 1988 n. 448, seppure in realtà vi siano pochi punti di contatto tra i due istituti, in quanto il sistema penale dei minori non risponde propriamente a una logica punitiva o rieducativa-risocializzante, ma è volto alla stessa formazione di una personalità che, proprio in ragione dell'età, non risulta ancora formata⁸⁹.

La ratio dell'introduzione dell'istituto è data dalla necessità di deflazionare il carico dei processi dibattimentali e di diminuire il flusso carcerario in entrata, sollecitando l'imputato o l'indagato a riparare le conseguenze dannose delle proprie condotte e ad adempiere alle prescrizioni ed agli obblighi stabiliti dal giudice, al fine di ottenere una pronuncia di estinzione del reato. La messa alla prova rispecchia dunque due finalità: la prima marcatamente specialpreventiva, costituendo essa una sorta di affidamento in prova al servizio sociale anticipato dalla fase esecutiva a quella processuale; dall'altro lato persegue una funzione "premiale", interpretando una specie di rito alternativo per cui l'imputato rinuncia alla cognizione piena, (con tutto ciò che significa in termini di garanzie), in cambio di altri un trattamento sanzionatorio più mite⁹⁰.

Ai sensi dell'art. 168-bis del c.p., introdotto dall'art. 3 della l. 67/2014, l'imputato, dopo l'esercizio dell'azione penale, può chiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova, quando si tratta di reati (sia delitti che contravvenzioni) puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni⁹¹, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, nonché per i delitti indicati dal comma 2 dell'articolo 550 del codice di procedura penale⁹². La misura non può essere concessa più di una volta e non può essere applicata nei casi previsti dagli artt. 102 (abitualità presunta dalla legge), 103 (abitualità ritenuta dal giudice), 104 (abitualità nelle contravvenzioni), 105 (professionalità nel reato) e 108 (tendenza a delinquere) c.p. Nulla si dice a proposito della recidiva, la quale, tuttavia, potrà essere

sospensive», cit. 237.

⁸⁹ *Ibidem*; Roberto Bartoli, «La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova», in *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 dicembre 2015, 2, https://www.penalecontemporaneo.it/d/4343-la-novita-della-sospensione-del-procedimento-con-messa-alla-prova, 2.

⁹⁰ Bartoli, op. cit., 1.

⁹¹ Ai fini dell'individuazione di tali reati si deve considerare il mero riferimento edittale. Si deve guardare unicamente alla pena massima prevista per la fattispecie base, prescindendo dal rilievo che nel caso concreto potrebbe assumere la presenza della contestazione di qualsivoglia aggravante, comprese quelle ad effetto speciale", Cass. Pen., Sez. VI, 13 febbraio 2015, n. 6483. Questa interpretazione è stata confermata dalle Sezioni Unite, cfr. Cass. Pen., S.U., 1° settembre 2016 n. 36272.

⁹² La cui pena può superare in alcuni casi il limite di 4 anni, come ad esempio l'art. 590 bis e l'art. 648 c.p.

valutata dal Giudice a proposito del giudizio prognostico di cui all'art. 464 quater c.p.p.

A differenza della sospensione condizionale, l'istituto in esame risulta ricco di contenuti⁹³. La messa alla prova comporta la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato. Comporta altresì l'affidamento dell'imputato al servizio sociale, per lo svolgimento di un programma che può implicare, tra l'altro, attività di volontariato di rilievo sociale, ovvero l'osservanza di prescrizioni relative ai rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali⁹⁴. La concessione della messa alla prova è inoltre subordinata alla prestazione di lavoro di pubblica utilità⁹⁵.

Sotto il profilo procedurale, la 1. 67 del 2014 ha introdotto, al libro VI del c.p.p., il titolo V-bis, dedicato al nuovo istituto della messa alla prova (art. dal 464-bis al 464 novies). Ai sensi dell'art. 464-bis c.p.p., nei casi previsti dall'articolo 168-bis del codice penale l'imputato può formulare richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova⁹⁶. La volontà dell'imputato è espressa personalmente o per mezzo di procuratore speciale e la sottoscrizione è autenticata nelle forme previste dall'articolo 583, comma 3. All'istanza è allegato un programma di trattamento⁹⁷, elaborato d'intesa con l'ufficio di esecuzione penale esterna, ovvero, nel caso in cui non sia stata possibile, la richiesta di elaborazione del predetto programma⁹⁸.

⁹³ Della Bella, «Un viaggio tra le misure sospensive», cit. 238 ss.

⁹⁴ Art. 168-bis comma 2.

^{95 &}quot;Il lavoro di pubblica utilità consiste in una prestazione non retribuita, affidata tenendo conto anche delle specifiche professionalità ed attitudini lavorative dell'imputato, di durata non inferiore a dieci giorni, anche non continuativi, in favore della collettività, da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni, le aziende sanitarie o presso enti o organizzazioni, anche internazionali, che operano in Italia, di assistenza sociale, sanitaria e di volontariato. La prestazione è svolta con modalità che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute dell'imputato e la sua durata giornaliera non può superare le otto ore", art. 168-bis, comma 2. Con il d.m. 8 luglio 2015, n. 88 è stato adottato il regolamento per disciplinare le convenzioni che il Ministero della giustizia o, su delega di quest'ultimo, il Presidente del Tribunale, può stipulare con gli enti o le organizzazioni di cui al terzo comma dell'articolo 168-bis c.p.

⁹⁶ La richiesta può essere proposta, oralmente o per iscritto, fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli articoli 421 e 422 o fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado nel giudizio direttissimo e nel procedimento di citazione diretta a giudizio. Se è stato notificato il decreto di giudizio immediato, la richiesta è formulata entro il termine e con le forme stabiliti dall'articolo 458, comma 1. Nel procedimento per decreto, la richiesta è presentata con l'atto di opposizione.

⁹⁷ L'art. 141-ter disp, att. c.p.p. elenca e disciplina le attività dei servizi sociali nei confronti degli adulti ammessi alla prova

⁹⁸ Il programma in ogni caso prevede: a) le modalità di coinvolgimento dell'imputato, nonché del suo nucleo familiare e del suo ambiente di vita nel processo di reinserimento sociale, ove ciò risulti necessario e possibile; b) le prescrizioni comportamentali e gli altri impegni specifici che l'imputato

Al fine di decidere sulla concessione, nonché ai fini della determinazione degli obblighi e delle prescrizioni cui eventualmente subordinarla, il giudice può acquisire, tramite la polizia giudiziaria, i servizi sociali o altri enti pubblici, tutte le ulteriori informazioni ritenute necessarie in relazione alle condizioni di vita personale, familiare, sociale ed economica dell'imputato. Tali informazioni devono essere portate tempestivamente a conoscenza del pubblico ministero e del difensore dell'imputato.

La richiesta può, inoltre, essere presentata dall'indagato durante la fase delle indagini preliminari: in tal caso il Pm potrà esprimere un consenso o un dissenso che, tuttavia, non è vincolante per il giudice per le indagini preliminari che deciderà sull'istanza. In caso di rigetto la richiesta potrà essere ripresentata prima dell'apertura del dibattimento.

Ai sensi dell'art. 464-quater c.p.p. il giudice, se non deve pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'articolo 129, decide con ordinanza nel corso della stessa udienza, sentite le parti nonché la persona offesa, oppure in apposita udienza in camera di consiglio, della cui fissazione è dato contestuale avviso alle parti e alla persona offesa.

Il giudice dispone la sospensione del procedimento con messa alla prova quando in base ai parametri di cui all'articolo 133 del codice penale, reputa idoneo il programma di trattamento presentato e ritiene che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati, con un giudizio prognostico simile alla concessione della sospensione condizionale della pena. A tal fine, il giudice valuta anche che il domicilio indicato nel programma dell'imputato sia tale da assicurare le esigenze di tutela della persona offesa dal reato.

Il giudice, anche sulla base delle informazioni acquisite ai sensi del comma 5 dell'articolo 464-bis, e ai fini di cui al comma 3 del presente articolo può integrare o modificare il programma di trattamento presentato, con il consenso espresso dell'imputato, mentre le prescrizioni durante la sospensione del procedimento possono essere modificate dal Giudice solo sentiti l'imputato e il p.m.⁹⁹.

Ai sensi dell'art. 464-quater comma 5 c.p.p., il procedimento non può essere sospeso per un periodo:

a) superiore a due anni quando si procede per reati per i quali è prevista una pena detentiva, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria;

assume anche al fine di elidere o di attenuare le conseguenze del reato, considerando a tal fine il risarcimento del danno, le condotte riparatorie e le restituzioni, nonché le prescrizioni attinenti al lavoro di pubblica utilità ovvero all'attività di volontariato di rilievo sociale; c) le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa.

⁹⁹ Art. 464-quinques c.p.p.

b) superiore a un anno quando si procede per reati per i quali è prevista la sola pena pecuniaria.

Durante il periodo di sospensione il decorso della prescrizione rimane sospeso¹⁰⁰. Tuttavia, durante tale periodo, il giudice, con le modalità stabilite per il procedimento, acquisisce, a richiesta di parte, le prove non rinviabili e quelle che possono condurre al proscioglimento dell'imputato¹⁰¹.

La revoca della sospensione può avvenire, ai sensi dell'art. 168-quater c.p., in caso di grave o reiterata trasgressione al programma di trattamento o alle prescrizioni imposte, ovvero di rifiuto alla prestazione del lavoro di pubblica utilità; oppure in caso di commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo ovvero di un reato della stessa indole rispetto a quello per cui si procede¹⁰².

La revoca dell'ordinanza di sospensione del procedimento con messa alla prova è disposta dal Giudice, anche d'ufficio, con ordinanza, ricorribile in Cassazione per violazione di legge.

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 168-ter c.p. e 464-septies c.p.p., il giudice, decorso il periodo di sospensione del procedimento con messa alla prova, dichiara con sentenza estinto il reato se, tenuto conto del comportamento dell'imputato e del rispetto delle prescrizioni stabilite, ritiene che la prova abbia avuto esito positivo. A tale fine acquisisce la relazione conclusiva dell'ufficio di esecuzione penale esterna che ha preso in carico l'imputato e fissa l'udienza per la valutazione dandone avviso alle parti e alla persona offesa. Anche in ciò si differenzia dall'affidamento in prova ordinario, che non estingue il reato bensì la pena.

In caso di esito negativo della prova, il giudice dispone con ordinanza che il processo riprenda il suo corso. Ma è previsto lo scomputo dalla pena da eseguire di un periodo corrispondente a quello della prova eseguita e la positività dell'esito è rimessa ancora una volta alla valutazione discrezionale del giudice (art. 464-sexies comma 2).

Dai dati pubblicati dal Ministero della Giustizia relativi all'applicazione dei numerosi strumenti "alternativi" al carcere, la messa alla prova ha avuto un indiscutibile successo;

¹⁰⁰ Art. 168-ter c.p.p.

¹⁰¹ Art. 464-sexies c.p.p.

^{102 &}quot;In tema di revoca dell'ordinanza di sospensione del processo con messa alla prova, ai sensi dell'art. 168-quater cod. pen., il giudice può valutare anche un procedimento penale in corso, in quanto, ove la violazione di obblighi sia costitutiva di un'ipotesi di reato, possono essere apprezzati i fatti storicamente accertati e non è necessario attendere il passaggio in giudicato dell'eventuale condanna per stabilire se il condannato sia ancora meritevole del beneficio ottenuto", Cass. Pen., Sez. VII, ord. 28 luglio 2017, n. 37680.

seppure, trattandosi di istituto che opera in una fase anticipata rispetto alla condanna, non si è in grado di sapere se e quanto incida sulla popolazione carceraria¹⁰³.

Uno delle motivazioni della sua affermazione deriva dal forte vantaggio che ne deriva al richiedente, poiché nel sottoporsi al trattamento conserva la chance di beneficiare di altri istituti, ad esempio la sospensione condizionale, capaci di evitare in futuro possibili afflizioni nell'ipotesi in cui si torni a delinquere. Tuttavia, questa scelta di usufruire della misura, da un calcolo prettamente strumentale, è sostanzialmente disfunzionale rispetto alla logica punitiva¹⁰⁴.

Nonostante costituisca comunque l'ennesimo strumento di fuga dalla pena detentiva, la messa alla prova possiede grandi potenzialità, poiché configurando uno spazio flessibile in sede processuale che modula la risposta sanzionatoria sulla persona del reo, mutua le prospettive e le finalità del processo penale, promuovendo un'attività di rieducazione già interna al processo¹⁰⁵. Inoltre la previsione all'interno dell'istituto di momenti di giustizia riparativa, molto rari nel sistema punitivo "tradizionale", introduce spazi di incontro e di mediazione applicabili durante la fase processuale, "anche al fine di andare a incidere sulle cause sostanziali che stanno alla base del conflitto di cui la realizzazione del reato non costituisce altro che l'espressione ultima"¹⁰⁶.

Nel complesso, le potenzialità della misura trovano il favore di buona parte della dottrina, sia in termini di deflazione carceraria che di impatto sulla recidiva¹⁰⁷. Alcuni dubbi sorgono in relazione alla legittimità della sua applicazione in una fase in cui manca ancora l'accertamento della responsabilità e, in secondo luogo, riguardo la mancanza di coordinamento normativo con le altre misure sospensive¹⁰⁸.

¹⁰³ Secondo i dati contenuti nella relazione del Ministero, in data del 15 dicembre 2018, erano presenti 14.996 incarichi in corso, *Relaz. Ministro della Giustizia 2019*, cit., 133-134. Nella stessa sede si evidenziano "i risultati ugualmente lusinghieri sortiti dall'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, tenuto conto del trend applicativo in costante e progressiva ascesa e dalla scarsità della percentuale delle revoche". *Ivi*, 10-11.

¹⁰⁴ Bartoli, op. cit., 7.

¹⁰⁵ Calabretta e Mari, op. cit., 9.

¹⁰⁶ Cfr. Bartoli, op. cit., 8

¹⁰⁷ Grazia Mannozzi, Tipi sanzionatori e modelli sospensivi del processo: le ricadute sui tassi di recidiva, in La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa, cit. 225-26; v. infra cap. V, 1.3. 108 Della Bella, Un viaggio tra le misure sospensive, cit., 239-240.

CAPITOLO IV LA GIUSTIZIA RIPARATIVA

1 Teoria e applicazione

1.1 Definizione e storia. Il problema della vittima.

La giustizia riparativa è un tema vasto e complesso, che, nelle differenze anche rilevanti tra le interpretazioni, nutre interesse crescente da parte della scienza penale, per le sue potenzialità applicative in sedi di riforma. Nella letteratura, anche nazionale, si parla frequentemente di giustizia riparativa attraverso il termine restorative justice, vista la fortuna incontrata da questo modello nel mondo anglosassone, dove si sono sviluppate le prime elaborazioni dottrinali¹. Il termine restorative justice è stato coniato dal criminologo americano Howard Zehr, considerato il "padre" dello studio in materia²; secondo Zehr per giustizia riparativa si intende una serie molto varia di pratiche e programmi, che hanno in comune un unico fondamento filosofico garantire una architettura alternativa per la risoluzione dei conflitti³. Si tratta di paradigmi atti a fare giustizia non tramite una punizione, bensì attraverso la riparazione del danno del reato; detto questo, una delimitazione pura del termine è comunque molto difficile, anche per via dei mutamenti delle pratiche nel tempo, con numerose differenze teoriche e applicative anche tra i vari paesi⁴. Una definizione "ufficiale" in ambito europeo è contenuta nella Direttiva 2012/29/UE, all'art. 21.d, secondo la quale la giustizia riparativa è "qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale"5.

¹ Elena Mattevi, *Una giustizia più riparativa: mediazione e riparazione in materia penale* (Università degli Studi di Trento, 2017), 1, https://iris.unitn.it/retrieve/handle/11572/189343/160551/COLLANA %20DELLA%20FACOLTA%20VOLUME%2014.pdf.

² Il termine è apparso per la prima volta nella sua opera *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, pubblicato nel 1990.

³ Howard Zehr, The Little Book of Restorative Justice (Intercourse, PA: Good Books, 2002), 5.

⁴ Pierluca Massaro, *Dalla punizione alla riparazione: La promessa della restorative justice* (Milano: FrancoAngeli, 2012), 42. e 83 ss. È interessante notare come nella maggior parte dei casi le prassi applicative abbiano preceduto l'elaborazione teorica, cfr. Grazia Mannozzi, «Le aperture alla giustizia riparativa nell'ambito delle misure alternative alla detenzione», in *Giurisprudenza Italiana*, giugno 2016, 1513; Zehr, *The Little Book of Restorative Justice*, 61.

⁵ Questa definizione si allinea a quella contenuta nei *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters* delle Nazioni Unite: "'Restorative process' means any processin which the victim and the offender, and where appropriate, any other individuals or community

Le prime forme di giustizia riparativa vengono comunemente fatte risalire agli Stati Uniti degli anni Settanta, in un momento storico caratterizzato da movimenti sociali che chiedevano maggiori diritti delle vittime di reato (in una cornice più ampia di lotte per i diritti civili), e dalla diffusione di movimenti abolizionisti nel nord Europa⁶. Ispirandosi a pratiche esistenti negli ambienti cristiani mennoniti, si auspicava un nuovo approccio alla giustizia penale lontano dalla logica tradizionale del castigo connesso al reato con l'utilizzo di strumenti che promuovessero la riconciliazione tra il reo e la vittima e la possibilità di riparare consensualmente alle conseguenze del reato⁷. Da questo substrato giunsero le esperienze, vicine alla *probation*, del *community service* nordamericano, attraverso il quale al colpevole viene offerta la possibilità di riparare al danno commesso prestando il proprio lavoro in favore della comunità, evitando in questo modo il processo⁸. Inizialmente congegnate per reati minori quali furti e simili reati contro il patrimonio, le pratiche di restorative justice in alcune comunità sono oggi applicabili anche a gravi delitti, come lesioni, violenza sessuale, o addirittura l'omicidio⁹.

Lo studio delle pratiche di *restorative justice* ha avuto forte successo e diffusione anche grazie alla messa in luce, seppur spesso approssimativa, delle sue "radici antiche" ¹⁰. In diverse società "premoderne", caratterizzate da un elevato livello di coesione interna, è appurato che vi fossero modalità di risoluzione dei conflitti informali o comunque non pienamente giurisdizionali, dove i crimini venivano presi in carico dalla comunità, secondo il principio che il danno di uno è il danno di tutti¹¹. Questo ad esempio avveniva tra alcune popolazioni africane o nelle comunità indigene nordamericane, dove fino alla colonizzazione vigevano vecchie forme tradizionali di giustizia ¹². Anche

members affected by a crime, partecipate together actively in the resolution of matters arising from the crime, generally with the help of a facilitator. Restorative processes ay include mediation, conciliation, conferencing and sentencing circles". *Basic Principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters* adottati dalle Nazioni Unite il 24 luglio 2002.

⁶ Massaro, op. cit., 40.

⁷ Zehr, op. cit., 11–12; Mattevi, op. cit., 2–3.

⁸ Massaro, *op. cit.*, 54. Uno dei primi istituti di giustizia riparativa sono le *Victim Offender Conferences*, sviluppatesi tra USA e Canada tra gli anni '70 e '80. Antesignani della mediazione (v. *infra*), si tratta di incontri che coinvolgono principalmente vittime e trasgressori, all'inizio individualmente, in seguito congiuntamente in una riunione o una conferenza. Sono finalizzate a raggiungere un accordo di riparazione per la vittima, a queste possono partecipare, in ruoli secondari, familiari dei soggetti o membri della comunità, Zehr, op. cit., 47.

⁹ Zehr, op. cit., 4.

¹⁰ Mattevi, *op. cit.*, 3. Secondo Zehr, *Ibidem*, le pratiche ristorative sono "antiche come la storia umana". Massaro, *op. cit.*, 45 ss, sottolinea però la tendenza di molti studiosi a mitizzare queste pratiche, decontestualizzandole e eludendone i punti deboli.

¹¹ Mattevi, *op. cit.*, 11.

^{12 &}quot;Esse, seppur non perfette, funzionavano per quelle società", Zehr, *op. cit.*, *43*. Pratiche simili si trovavano, e in alcuni casi vivono tuttora, nelle tradizioni maori della Nuova Zelanda, nelle comunità

nelle società dove c'era la vendetta si riporta che questa non fosse del tutto arbitraria e avulsa dalla realtà sociale, poiché grazie a regole di comportamento e forme di conciliazione si manteneva comunque un equilibrio, non essendo scontato il rischio di sanguinose escalation¹³. In altre fasi storiche, come nella Grecia e nella Roma arcaica il comportamento vendicatorio avveniva comunque sotto la regia o il controllo di un potere terzo e pubblico, che si occupava dell'accertamento dei fatti, lasciando poi alla parte la possibilità di esercitare la giustizia privata¹⁴.

Pratiche riparative, o comunque di gestione negoziale delle controversie, erano comuni in Europa anche dopo il Medioevo. È attraverso il percorso storico verso la creazione dello Stato moderno, e poi definitivamente con la codificazione, che si è avuto il progressivo passaggio all'esclusività del potere pubblico penale, caratteristica intrinseca del "potere" Infatti man mano che vanno eliminandosi clan, tribù e comunità allargate, per ottenere giustizia l'uomo deve rivolgersi allo stato, che di essa detiene l'egemonia, mentre i concetti di violenza e vendetta divengono eticamente sempre meno accettabili. Allo stesso tempo, grande punto di favore della pubblicità del diritto penale, e il conseguente principio di legalità, era il principio di uguaglianza, caratteristica assente nel diritto penale "privato", foriero di disuguaglianze e discriminazioni Info

Nonostante questi meriti, il sistema legale e criminale dei paesi occidentali patisce oggi una forte crisi, sia sul piano dell'effettività della pena, sia sul piano della sua adeguatezza rispetto agli scopi che la legittimano. Secondo Bartoli, già nel suo fondamento il diritto penale moderno è "meno umanizzato e razionalizzato" di quanto si creda, poiché esso mantiene ancora una logica vendicativa: basandosi sulla "giusta" punizione applicata coattivamente, seppur attraverso le garanzie e le regole procedimentali, costituisce in fondo un modo per "razionalizzare la vendetta" Nella sempre più diffusa crisi del diritto della modernità, che da tempo ha rinunciato alla sua pretesa di scientificità e di perfezione, il sistema legale ha quindi cercato di reagire alla crisi cercando di riappropriarsi dei modelli informali cresciuti al suo esterno 18.

In quest'ottica, la giustizia riparativa trova la sua maggiore giustificazione

aborigene del Canada del nord, nelle "corti pacificatrici" navajo, nelle "jirqa" afgane, ivi, 62.

¹³ Roberto Bartoli, «Il diritto penale tra vendetta e riparazione», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2016, 98–99.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Mattevi, op. cit., 7.

¹⁶ Bartoli, op. cit., 100–101.

¹⁷ Al contrario, mentre nella giustizia "a due", tra vittima e reo, può avvenirsi la conciliazione, nella giustizia "a tre", dove vi è anche il potere pubblico, la violenza della pena è un fattore ineliminabile. *Ivi*, 105 ss.

¹⁸ Mattevi, *op. cit.*, 17 ss.

nell'inadeguatezza del diritto penale classico di occuparsi della "cura" del conflitto, di indagare le cause del crimine e le necessità che esso crea, soprattutto riguardo i suoi partecipanti: vittime, colpevoli e membri della comunità, presi dalla sensazione che la giustizia non risponda a i loro bisogni¹⁹. Come accennato, è soprattutto riguardo la vittima che queste elaborazioni hanno trovato maggiore sviluppo²⁰. Nel diritto moderno, la "deprivatizzazione" del diritto penale e il monopolio statale della coercizione hanno determinato l'estromissione della vittima, sia per non legittimarne l'istanza di vendetta, sia per preservare le garanzie del reo. La problematica fondamentale è infatti la difficile convivenza tra presunzione di innocenza e principio di colpevolezza (e guindi il favor rei in generale) con il riconoscimento dei diritti della vittima²¹. Per questo che il diritto penale ha scelto di separare autore del reato e vittima, de-emozionalizzando la risposta penale, rendendola razionale e proporzionata. In maniera anche un po' paternalistica, lo stato prende a sé l'interesse della vittima, inglobato nell'interesse astratto dei consociati a restaurare l'ordine giuridico violato. In questa situazione la vittima è "forgotten man", inaccettabilmente marginalizzata, e che reclama e trova sempre più spazio²², nella storia recente infatti le istanze di riconoscimento dei diritti della vittima sono in espansione, e sempre trovano più interesse e riconoscimento anche in ambito europeo²³. Desta però attenzione il fatto che la prospettiva vittimocentrica e l'interesse per le vittime di reato, nonostante le sue lodevoli finalità, è spesso strumentalizzata a fini mediatici, spesso traducendosi in messaggi politici populisti. In altra modalità di "paternalismo" verso le vittime, che non si tramuta in un'effettiva maggiore tutela, si produce ad un aumento

¹⁹ La pretesa della giustizia di riparare il "male col male", anche in caso di condanna non necessariamente si traduce in una soddisfazione o un guadagno della vittima. Cfr. Massaro, *op. cit.* 92 ss.; Zehr, *op. cit.*, 3 e 13 ss.; Bartoli, *op. cit.*, 97.

²⁰ In generale per vittima qui intenderemo la definizione della dottrina italiana come il soggetto passivo del reato/persona offesa, e non necessariamente come danneggiato, pur cogliendo un riferimento privilegiato, implicito nell'utilizzo del termine "vittima", proprio alla "figura umana della vittima" o alla "vittima individuale".

²¹ La presenza dell'offeso con la qualifica che individua il suo status è qualcosa di incerto prima che si sia accertata la colpevolezza dell'accusato (anche già da un punto di vista semantico, se nel processo presumiamo una vittima, di conseguenza logica c'è un colpevole, non un innocente), mentre la sua partecipazione al processo è già di base finalizzata a una pretesa economica, il risarcimento del danno. Inoltre la pretesa restaurativa della persona offesa, sia come punizione sia come riparazione in senso stretto, visto che non sarebbe oggettiva (legata alla colpevolezza) ma legato a una esigenza soggettiva (in termini di *harm*), può mettere in discussione la relazione simmetrica tra crimine e pena. Cfr. Luigi Cornacchia, «Vittime e giustizia criminale», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 4 (2013), 1762-67.

²² Ibidem; Massaro, *op. cit.*, 40; Mattevi, *op. cit.* 40; Mario Trapani, «La rieducazione del condannato tra "ideologia correzionalistica" del trattamento e "garanzie" costituzionali di legalità e sicurezza», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2018, 1711 ss.

²³ Ottavia Murro, *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, (Padova: Cedam, 2016). Si segnala *in primis* la già citata direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

della repressione penale e alla compressione delle garanzie costituzionali dei presunti colpevoli²⁴.

La giustizia riparativa apre dunque una strada promettente, e non paternalistica, per la difesa dei diritti della vittima, e che si collega a quella funzione della pena che è la risocializzazione del reo. Se valutiamo l'illiceità del fatto non solo come violazione di beni collettivi, ma anche degli interessi della vittima, l'impegno del delinquente a riparare il danno è un ottimo sintomo di risocializzazione o volontà di risocializzazione²⁵. In questo percorso la vittima non deve necessariamente perdonare, bensì accettare la reintegrazione come membro della comunità, in una riabilitazione "laica", configurando un sistema punitivo che ha come scopo ultimo quello di garantire una pace sociale inclusiva mediante il rafforzamento dei legami anche interpersonali²⁶. Secondo una impostazione simile, ma letta in chiave di prevenzione generale, la pena restituiva soddisfa in sé la vittima, non come vendetta ma come riparazione della situazione soggettiva, anche tramite una restituzione simbolica, a garanzia del ripristino dell'ordine violato²⁷. Entrambe le forme (specialrestitutiva e generalrestitutiva) scontano obiezioni: l'immanente tendenza espansiva dei diritti partecipativi della vittima e la sua aspirazione della punizione del reo, e l'impossibilità di circoscrivere esattamente la misura della sanzione. Inoltre, il diritto soggettivo della vittima a ottenere la giusta riparazione, si scontrerebbe di nuovo con i principi costituzionali legati alla colpevolezza²⁸.

1.2 La *restorative justice* e la sua applicazione, rapporto con la giustizia ordinaria

Le pratiche di *restorative* justice, vengono definite da Zehr come "processi che coinvolgono, nei limiti possibili, tutte le persone coinvolte in una specifica offesa/reato e in maniera collettiva indagare ed identificare i danni, le necessità e le obbligazioni,

²⁴ Le vittime, attraverso narrazioni politiche che evocano paure e pericoli, divengono pedine per consenso elettorale, incrementando la severità del sistema penale mentre la maggiore tutela accordata rimane simbolica o addirittura retorica. Questo processo si traduce non solo in via legislativa, nazionale e internazionale, ma anche sul piano prasseologico, Cornacchia, *op. cit.*, 1770 ss; cfr. sull'argomento Massaro, *op. cit.* 64 ss.; A proposito del populismo penale v. infra cap. V.

²⁵ Da questo punto di vista si nota il passaggio concettuale dalla riparazione "afflittiva", come sanzione analoga alla pena classica, alla riparazione "premiale". Così intesa, diviene elemento indice di minore capacità a delinquere del reo, ed è pertanto idonea a produrre un beneficio, che può essere l'attenuazione o la cessazione della pretesa punitiva, Murro, *op. cit.*, 3-9.

²⁶ Cornacchia, op. cit., 1780; Bartoli, op. cit., 107.

²⁷ Cfr. Cornacchia, op. cit., 1783-84.

²⁸ Ibidem.

allo scopo di curare e riparare le cose meglio possibile"²⁹. La giustizia riparativa quindi, si sforza di allargare il campo dei soggetti in gioco del crimine, coinvolgendo, oltre l'autore e lo stato, anche la vittima e la comunità³⁰. In alcune concezioni, la commissione del reato è un fatto pubblico, cui l'intera comunità è interessata, non perché compiuto verso di essa, ma perché produce una lacerazione che coinvolge tutta la comunità. Il reo è quindi tenuto a fare ammenda non solo verso la vittima diretta, ma anche verso la comunità di cittadini nella sua interezza³¹.

Fondamento di questa impostazione è la partecipazione, dovendo consistere in procedimenti collaborativi e inclusivi, con risultati il più possibile condivisi dalle parti e non imposti. Per questo sono necessari momenti di dialogo, soprattutto tra vittima e autore, che non necessariamente deve avvenire faccia a faccia (cosa che a volte può essere sconsigliata), ma anche in forma indiretta o mediata, per esempio dalla comunità, dallo stato, o da terzi³². Non vi sono in genere obbligazioni specifiche, privilegiandoli più come un'occasione per esprimersi, riconoscendo i torti o le ingiustizie, per riportare l'equità e indicare le intenzioni future. In questo senso la riparazione è finalizzata a "mettere le cose a posto", guardando il delitto partendo dall'indagarne i danni e indagarne le cause. Nei casi in cui non si possa riparare il danno (ad es. di un omicidio) si può spingere riparare anche in forma simbolica, cercando di favorire un processo di recupero o ripristino, che, comunque, dipende solo dalla vittima³³. Per analizzare le cause del crimine, si pone l'attenzione sul reo, indagando sulle cause che lo hanno spinto a commettere il fatto, e spingendolo a prendere consapevolezza delle proprie responsabilità. Pur nell'ovvia diversità delle posizioni, la riparazione è infatti un processo che coinvolge sia la vittima che il reo³⁴. La partecipazione, diretta o meno, tra i soggetti, avviene in presenza di un mediatore o un facilitatore, ed è in genere di carattere volontario, al massimo potendo questa essere promossa o indirizzata³⁵.

²⁹ Zehr, op. cit., 36-37.

³⁰ Il concetto di comunità è abbastanza astratto. Ai fini della *restorative justice*, Zehr lo identifica come una comunità di luogo, o, microcomunità, cioè dove la gente che vive vicina e interagisce, ma comunque concependolo in maniera elastica, anche in base al reato e di quante e quali persone questo abbia influenzato. In ogni caso mantiene la differenza tra comunità e società, Zehr, *op. cit.* 27-28.

³¹ Cornacchia, op. cit. 1767-68.

³² Zehr op. cit., 24 ss.

³³ *Ivi*, 28 ss. Secondo Cornacchia, i capisaldi della giustizia ricostruttiva sono restituzione, compensazione e riabilitazione, sulla base dei principi di mutuo rispetto e legittimazione di tutte le parti. La restituzione è volta a ripristinare lo status quo ante della vittima, con sistemi di compensazione non solo economica ma anche mentale o simbolica, ad esempio in termini anche di narrativa del fatto e di pubblica ammenda dei colpevoli. Nel contempo si dispongono misure atte a garantire che quanto accaduto non si ripeterà più, Cornacchia, *op. cit.*, 1788-89..

³⁴ Zehr, Ibidem.

³⁵ Ivi, 46.

Quando la concezione della giustizia riparativa si è affacciata, con le sue sperimentazioni, sulla scena del dibattito giuridico, per la scienza penalistica si sono aperte due strade: una orientata al paradigma abolizionista, auspicandone cioè l'utilizzo in luogo del diritto penale punitivo; e un'altra che propugna l'integrazione tra diritto penale e giustizia riparativa, "secondo un modello direttamente orientato sul conflitto". Divenute minoritarie le posizioni più estreme, nonostante le difficoltà applicative (*in primis*, le considerazioni già fatte sul principio di colpevolezza), negli anni si sono rese più evidenti le affinità funzionali tra il sistema della giustizia riparativa e quello punitivo, permettendo che si integrassero al fine di offrire una risposta non violenta al reato³⁶.

Tra chi è d'accordo nel collegamento tra pratiche riparative e sistema penale, vi sono alcune differenze tra chi auspica un utilizzo decentrato, che quindi integri il procedimento penale dall'esterno; e tra chi promuove una interazione all'interno delle fasi o dei procedimenti della giustizia ordinaria. I due approcci concettuali-applicativi sono radicalmente diversi, il primo intendono la riparazione come strumento esterno e sostanzialmente contrapposto alle definizioni e tecniche del diritto penale; il secondo come subalterna e complementare allo stesso; tuttavia la maggior parte delle posizioni si collocano in uno spazio intermedio tra i due poli³⁷.

Il primo modello evidenzia che è nel contesto extrapenale non punitivo, che la vittima può trovare il ruolo fondamentale, vedendosi riconosciuto il potere di decidere se accettare l'espressione di scusa e il piano di riparazione da parte del reo; anche perché il modello ristorativo è sganciato dalla proporzionalità dovuta nella risposta classica penale, permettendo più ampia discrezionalità per raggiungere il fine riparativo e pacificatore sociale³⁸. In questa funzione, il sistema legale si occupa del lato "pubblico" o "sociale" del crimine, mentre la giustizia riparativa si preoccupa, dall'altra parte, di bilanciare le necessità private dal primo tralasciate³⁹. In questo modo si possono

³⁶ Mattevi, *op. cit.*, 15-16. Anche partendo dalla base teorica, non necessariamente retribuzione e riparazione sono in opposizione, poiché entrambe partono dallo stesso principio, cioè che l'illecito o la violazione abbiano alterato un equilibrio; la distinzione tra le due istanze sta nel modo di rimediare a questa violazione, nel primo caso con la punizione, nel secondo, appunto con la riparazione, che in ogni caso non è né una panacea, né un sostitutivo del diritto penale. Zehr, *op. cit.*, 12-13 e 58-59.

³⁷ Associazione Antigone, «La giustizia riparativa: definizioni, interpretazioni, applicazioni: a proposito de lavori del tavolo XIII degli Stati Generali dell'Esecuzione penale», a cura di Giuseppe Mosconi, in *Un anno in carcere – XIV rapporto sulle condizioni di detenzione a cura di Associazione Antigone*, contributo registrato in occasione della lezione tenuta alla Scuola di formazione di Antigone, svoltasi a Castel Gandolfo nel novembre 2017, http://www.antigone.it/quattordicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/giustizia-riparativa/

³⁸ Cornacchia, op. cit., 1786 ss.

³⁹ Zehr, op. cit., 12.

costituire programmi alternativi a tutto o parte del processo penale, ad esempio l'accusa può deferire il procedimento a istituti o programmi di giustizia riparativa; oppure a completare alcuni elementi necessari al giudice, ad esempio quantificando il danno ai fini del risarcimento; in altri casi lo stesso giudice o altri soggetti del processo possono partecipare alle conferenze⁴⁰. Non finalizzati all'esito del procedimento a carico del reo, che a volte per il fatto può anche trovarsi già in prigione, sono i programmi di sostegno e terapia alle vittime, che possono prevedere o meno la partecipazione e comunicazione diretta delle parti principali⁴¹.

Il secondo modello, seppur con differenze rilevanti (anche riguardanti il momento processuale o esecutivo degli istituti) auspica che la giustizia riparativa venga per così dire integrata nel processo penale, a colmare al suo interno le necessità che lo stesso non può colmare. Se si considera la pena, sanzione *negativa*, ultima ratio del sistema sanzionatorio, essa non dovrebbe negare, ma presupporre la sanzione *positiva*, che è quella riparatoria-risarcitoria⁴². Allo stesso modo, integrando la mediazione con la giustizia punitiva, quest'ultima si porterebbe sullo sfondo, sotto forma di minaccia o incentivo, per spingere in questo modo verso procedure di mediazione/riparazione, nella sola mancanza delle quali si rileverebbe la necessità della pena⁴³.

In questa prospettiva, se consideriamo le condotte attive di riparazione nel segno di cause di non punibilità o di estinzione del reato, si inseriscono a pieno titolo alla base della risposta penale, fungendo, nei confronti di essa, una funzione pienamente alternativa⁴⁴. Se invece queste vengono applicate all'interno della fase esecutiva, troveranno valore in termini di riconoscimento e soddisfazione della vittima, e di riconciliazione di questa col reo, come ad esempio nei casi di circles e conference groups (v. infra); oppure, ricollegandosi allo scopo della riparazione come parte del recupero sociale, come avviene in alcuni casi all'interno delle misure di probation (ad

⁴⁰ Ivi, 52-54.

⁴¹ Ad esempio, nei casi di cosiddetti *victim impact panels*, utilizzati anche per reati sessuali, i colpevoli, come parte di un processo di trattamento, possono interagire con vittime dello stesso reato commesso, incoraggiandoli a comprendere e prendere responsabilità dei danni prodotti, *Ibidem*.

⁴² Cfr. Massimo Donini, «Per una concezione post-riparatoria della pena: contro la pena come raddoppio del male», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2013, 1206–9, suggerisce di considerare la "riparazione / risarcimento come premesse epistemologiche e politiche della sussistenza della pena".

⁴³ Bartoli, *op. cit.*, 106–8, al dubbio che ciò porterebbe a dei semplici calcoli utilitaristici, risponde che questo avverrebbe solo riguardo il momento di attivazione, mentre decisivo è comunque il sostanziale andamento del procedimento di mediazione. Contra cfr. Donini, *op. cit.*, 1208, secondo il quale mediazione dovrebbe un istituto che non attiene al sistema delle sanzioni, ma al recupero parallelo (al di fuori o successivamente al processo) di un rapporto tra autore e vittima.

⁴⁴ Bartoli, *Ibidem*. Riguardo alla condotta riparativa come causa di estinzione del reato, si rimanda all'esaustiva opera di Ottavia Murro, *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, cit.

1.3 Modelli applicativi

Poiché questi si evolvono e si differenziano in base al tempo e alle culture, non esiste un modello ideale di *restorative justice*, anche perché vanno sempre nascendo e sperimentandosi nuove forme che combinano caratteristiche delle differenti tipologie⁴⁶. Così come per la *probation*, i paesi di common law si sono dimostrati più permeabili alla introduzione e all'implementazione di modelli alternativi di risoluzione dei conflitti, sia dentro che fuori l'ambito penale⁴⁷. Tra le numerose tipologie, ricordiamo tre principali processi, indicati dalla Risoluzione delle Nazioni Unite del 2002 e dalla Direttiva 2012/29/UE, che sono qualificati costantemente come riparativi dalla dottrina sostanzialmente unanime: i primi due, il *conferencing* e i *circles*, sviluppati soprattutto oltreoceano; e, più vicina alle esperienze italiane ed europee, la mediazione⁴⁸.

Il conferencing o, più precisamente, *Community* o *Family Group Conferencing* ("dialogo esteso ai gruppi parentali") costituisce una specie di mediazione, che allarga la platea dei partecipanti includendo da subito i familiari o altri soggetti importanti per le parti direttamente interessate, che decidono collettivamente come gestire la soluzione del conflitto⁴⁹. È molto diffusa negli Stati Uniti e soprattutto in Nuova Zelanda, dove origina da più antiche tradizioni maori, e dove costituisce il modello normale della giustizia minorile⁵⁰. L'ammissione di colpevolezza da parte del reo – almeno di regola – costituisce un presupposto fondamentale per l'attivazione, anche perché vittima e reo vengono trattati in modo molto diverso nel corso della procedura⁵¹.

I peacemaking circles, o community sentencing circles ("consigli commisurativi"), diffusi in Nord America ma sostanzialmente sconosciuti in Europa, costituiscono una sorta di collaborazione tra la comunità di appartenenza ed il sistema di giustizia formale, di norma, per la determinazione della sanzione a contenuto riparativo da infliggere al reo (quindi una sentenza concordata), tenendo conto delle necessità di tutte le parti⁵². Tale processo è pensato soprattutto per i casi più gravi, già accertati o confessati, e si svolge in forma pubblica, con la presenza di molte persone: il reo, la vittima, i legali, le

⁴⁵ Mannozzi, op. cit., 1533-34.

⁴⁶ Ivi, 44.

⁴⁷ Massaro, op. cit., 42.

⁴⁸ Mattevi, op. cit., 121.

⁴⁹ Ivi, 123; Zehr, op. cit., 47-48.

⁵⁰ Massaro, op. cit., 101.

⁵¹ Mattevi, op. cit., 123.

⁵² Mattevi, op. cit., 125 ss.; Zehr op. cit., 50-52.

famiglie, membri della comunità, ma anche i giudici, il pubblico ministero, i funzionari dei servizi sociali. Disposti attorno ad un "cerchio", le persone parlano una alla volta, sotto guida di uno o due facilitatori, permettendo discussioni di più ampio spettro⁵³, che possono ripetersi in fasi successive⁵⁴. Il modello, nato tra gli ambienti dei nativi canadesi, è utilizzato anche al di fuori della giustizia penale, ad esempio nei cosiddetti *healing circles*, o per risolvere conflitti nel settore lavorativo⁵⁵.

La mediazione penale (*victim-offender mediation*), quale modello consensuale di gestione dei conflitti, è indubbiamente la più diffusa e studiata forma di giustizia riparativa, tanto da essere spesso identificata con la *restorative justice* stessa⁵⁶. Di fronte ad una certa confusione terminologica che si è riscontrata nella prassi, nel momento in cui tale pratica si è affermata anche in ambito europeo, la dottrina maggioritaria ha trovato una definizione nel: "processo, il più delle volte formale, attraverso il quale una terza persona neutrale tenta, attraverso l'organizzazione di scambi tra le parti, di permettere loro di confrontare i propri punti di vista e di cercare, con il suo aiuto, una soluzione al conflitto che li contrappone"⁵⁷.

A seconda degli ordinamenti, la mediazione può costituire sia un percorso totalmente "alternativo" al giudizio, o piuttosto configurarsi come una "parte" del processo, ad esempio nella mediazione nell'ambito della messa alla prova⁵⁸; normalmente è attivato nel corso di un procedimento penale, di regola ad impulso di un soggetto pubblico (che, a seconda della fase in cui si colloca la mediazione, può essere il pubblico ministero o un'autorità che collabora con questo, la polizia, il giudice), il quale investe della controversia il mediatore o l'ufficio di mediazione⁵⁹. All'interno dei diversi modelli procedurali, in generale, a seguito dell'invio del caso e della relativa presa in carico da parte dell'Ufficio di mediazione, vi è una importante fase preparatoria dove l'autore e la vittima vengono prima contattati singolarmente, proprio perché essi possano essere adeguatamente informati e liberi di esprimere il loro consenso a partecipare alla

⁵³ Ad esempio problemi che possono aver fatto scaturire il crimine, supporto dovuto a vittime e familiari, obblighi dei soggetti, e comunque ogni problematica riguardante la comunità.

⁵⁴ Ibidem

⁵⁵ Zehr, op. cit., 50; Massaro, op. cit., 103.

⁵⁶ Zehr, *op.* cit., 8-9; Mattevi, *op.* cit., 126.; Massaro, *op.* cit., 8-9. La dottrina è concorde nel sottolineare che la mediazione penale, seppur costituisca una architettura ideale per l'applicazione della giustizia riparativa, non coincide con essa, ma a seconda di come viene utilizzata potrebbe addirittura prescinderne.

⁵⁷ Riportata in egual modo da Massaro, op. cit., 104; e Mattevi, op cit., 126-127.

⁵⁸ V. infra.

⁵⁹ Mattevi, *op. cit.*, 133. Può aversi anche una forma di mediazione "adiacente" al sistema di giustizia, operata al termine del giudizio e dell'eventuale relativa condanna, Massaro, *op. cit.*, 105.

procedura⁶⁰. Seppur la partecipazione delle parti è volontaria, non si può pensare ad una "spontaneità totale", poiché il consenso dell'autore del reato è ovviamente condizionato dalla minaccia implicita rappresentata dallo strumento penale⁶¹. Promuovere la mediazione e i suoi benefici è compito del mediatore, che deve essere assolutamente terzo e imparziale, anche per portare i soggetti alla ricostruzione del conflitto.

Partecipando alla mediazione, la vittima può soddisfare in primo luogo il suo bisogno di esprimersi, descrivere quali conseguenze anche emotive il reato ha comportato per la sua vita e vedendo riconosciuta così la propria dignità; in secondo luogo, ricevere informazione sul fatto di reato, confrontandosi direttamente con chi l'ha posto in essere; l'autore, infatti, può liberamente fornire la sua versione dell'accaduto, spiegare le ragioni del suo comportamento e descrivere il contesto in cui esso è maturato⁶². Alla fase dell'incontro segue l'eventuale accordo e la redazione del verbale da parte del mediatore. Il monitoraggio degli esiti conclude la procedura. Secondo l'opinione più diffusa, il dialogo "comprensivo" nella maggior parte dei casi non è sufficiente per un esito pienamente positivo del percorso: il mediatore penale non deve sottovalutare la ricerca di soluzioni e con essa la definizione della lite, il raggiungimento di un accordo, normalmente con forme di adeguata compensazione materiale e/o simbolica a favore della vittima⁶³.

Le conseguenze dell'esito della mediazione sul procedimento penale eventualmente attivato per il reato dipende dall'architettura dell'istituto all'interno dell'ordinamento. In programmi "dipendenti" o "relativamente indipendenti", l'esito positivo può comportare un diverso trattamento procedimentale o processuale dell'accordo raggiunto con eventuale condotta riparatoria, *in primis*, l'estinzione della pena⁶⁴, o una sentenza di non luogo a procedere; in altri casi può produrre l'interruzione del procedimento con esenzione da pena, o la mera attenuazione della pena. Nelle forme di mediazione "indipendenti", questa avviene al di fuori del procedimento penale, potendo rilevare, al massimo, ai fini della valutazione del condannato nella fase esecutiva⁶⁵.

Come già detto, dei programmi di giustizia riparativa se è molto interessata sia la

⁶⁰ Massaro, op. cit. 104.

Dalla parte della vittima, invece, si possono incontrare delle difficoltà nella prestazione del consenso alla procedura mediativa: la partecipazione può comportare sofferenza, oltre ad un dispendio di energie e di tempo, Mattevi, *op. cit.*, 133.

⁶² Ivi, 130-131.

⁶³ Ivi, 136.

⁶⁴ Ad esempio nei casi di messa alla prova conclusasi positivamente.

⁶⁵ Cfr. Massaro, op. cit., 104-105; Mattevi, op. cit., 137.

legislazione europea come il consiglio d'Europa⁶⁶. Nel quadro del potenziamento dei diritti delle vittime, la già citata direttiva 2012/29/UE sollecita (ma non obbliga) gli Stati membri a provvedere affinché alle vittime sia data la possibilità di ricorrere ai servizi di giustizia riparativa. Il punto focale è dunque sulla vittima, ma coinvolgendo necessariamente anche il reo, ai fini di una piena comprensione della propria responsabilità nonché di un effettivo reinserimento sociale⁶⁷. Allo stesso tempo processi di giustizia riparativa all'interno delle alternative alla detenzione sono promosse nelle Raccomandazioni del Consiglio d'Europa⁶⁸.

Forme di giustizia riparativa, soprattutto nel modello della mediazione penale, sono presenti da tempo un po' in tutta Europa. Tra questi ad esempio la Francia rappresenta senza dubbio lo Stato in cui la prospettiva riparativa è stata indagata fin dalle prime esperienze in misura più approfondita, favorita dal fatto che a differenza del nostro ordinamento, è caratterizzato oltre che dal principio di opportunità dell'azione penale, dall'esistenza di istituti che consentono al giudice di rinunciare alla sanzione⁶⁹. La mediazione penale è da tempo lì praticata, così come avviene in Austria e Germania, all'interno dell'istituto della "*Diversion*" Dopo alcune ostilità, anche in Spagna recentemente si rilevano le prime aperture a forme di giustizia riparativa, dove parte della dottrina ha stimolato una revisione del rigido principio di legalità processuale, anche per consentire lo sviluppo della mediazione⁷¹.

⁶⁶ A proposito della mediazione penale, *Guidelines for a better implementation of the existing recommendation concerning mediation in penal matters* - CEPEJ(2007)13E / 7 dicembre 2007

⁶⁷ Mannozzi, op. cit., 1531.

^{68 &}quot;Raccomandazione R(2010) del Consiglio dei Ministri d'Europa agli Stati membri in materia di *probation*", che promuove all'interno del trattamento: la riparazione del danno riportato dalla vittima; meccanismi per favorire la comprensione e presa di responsabilità da parte del reo dell'illiceità del proprio comportamento e delle conseguenze negative per la vittima e la società; la necessità della vittima di esprimere i propri bisogni conseguenti al danno subito e avanzi le richieste più adeguate alla soddisfazione degli stessi; la partecipazione della comunità nel processo riparativo. La presa di posizione a favore forme di giustizia riparativa è confermata, da ultimo, nella "Raccomandazione R(2017)3 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sulle regole europee sulle misure e sanzioni di comunità".

⁶⁹ Mattevi, op. cit., 252-253.

⁷⁰ V. in merito Kolis Summerer, «"*Diversion*" e giustizia riparativa: definizioni alternative del procedimento penale in Austria», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2018, 143-176.

Si è rilevato che quest'ultima, oltre a costituire un veicolo fondamentale per l'umanizzazione della giustizia penale, può rivestire una certa utilità per l'efficienza del sistema processuale, soprattutto se utilizzata anticipatamente, in fase di indagini, come avviene sia in Francia che in Germania, Mattevi, op. cit., 256-257.

2 La giustizia riparativa in Italia

2.1 Previsioni legislative

A differenza di altri paesi, in Italia la giustizia riparativa non ha ancora acquisito uno spazio rilevante nell'ordinamento, essendo stata relegata principalmente all'ambito della giustizia minorile e della competenza del giudice di pace. Anche in dottrina, nonostante il trend stia migliorando negli ultimi anni, si evidenzia una minore produzione scientifica su principi, concetti e obiettivi della *restorative justice*⁷². Il *gap* di elaborazione e applicazione con gli altri Paesi si rileva anche nel quadro degli istituti di giustizia riparativa applicabili nel nostro ordinamento che, come si è potuto vedere attraverso i lavori del Tavolo 13 degli Stati Generali dell'esecuzione penale⁷³, è molto complesso, pieno di sovrapposizioni e diversificazioni di ambiti, in una somma finale piena di incoerenze e distonie⁷⁴. Andremo ora ad elencare le varie fattispecie che prevedono, in un modo o nell'altro, momenti riparativi:

- a) Possiamo innanzitutto mettere in luce istituti precedenti la condanna penale, inclusivi di misure risarcitorie e di mediazione penale che, in caso di esito positivo, comportano l'estinzione del reato⁷⁵:
- 1. Il primo caso è l'estinzione del reato pronunciata dal giudice di pace, per reati di sua competenza, quando risulti l'avvenuto risarcimento del danno subito dalla vittima (art 35 d.lgs., 274/2000.) La competenza penale del giudice di pace (che comprende, tra i molti, i reati di diffamazione, danneggiamento, minacce e percosse) è stata introdotta nel 2000 con il d.lgs. n. 274, ed è caratterizzata, rispetto al tribunale, da una generale "mitezza", che si rileva anche nell'esclusività dell'emanazione di sanzioni non detentive, quali pena pecuniaria e lavoro pubblica utilità. Diversamente da quanto consentito, salvo rare eccezioni, per i giudici togati, il giudice di pace è comunque chiamato a pronunciarsi *ex aequo et bono*, al fine di realizzare la c.d. "giustizia del caso concreto" Nelle sue caratteristiche, costituisce quindi l'architettura ideale per

⁷² Ciò dovuto anche a "la mancanza di un movimento sociale che della mediazione penale ne abbia preceduto o accompagnato l'affermazione, la mancanza della previsione di programmi di riparativi diversi da questa, il modo in cui è stata introdotta, l'assenza di una consolidata cultura vittimologica e le resistenze da parte di una cultura giuridica fortemente incentrata sulla figura del condannato e sulla sua rieducazione", cfr. Massaro, *op. cit.*, 8 e 98-99.

⁷³ La relazione è accessibile sul sito del Ministero, al link: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_1_13.page

⁷⁴ Relaz. Antigone sulla giustizia riparativa, cit., 4.

⁷⁵ Possiamo inoltre distinguere la riparazione come causa di estinzione *generale*, in riferimento a norme applicabili a indeterminate fattispecie di reato (ad esempio nella fattispecie del giudice di pace e nel 162-ter c.p.), e la riparazione come causa di estinzione *speciale*, prevista per singole fattispecie di reato (ad esempio 341-bis c.p., oltraggio a pubblico ufficiale) Murro, *op. cit.*, 37 ss.

⁷⁶ Massaro, op. cit. 32-33.

l'inclusione dei programmi di giustizia riparativa, come è espressamente stabilito nell'art. 2 del decreto legislativo⁷⁷, che garantisce la riparazione come principio operativo fondamentale⁷⁸, indicando la possibilità per il giudice di rivolgersi all'attività di mediazione di centri pubblici o privati, al fine di favorire la conciliazione tra le parti. Per quanto l'istituto in esame, si mantiene comunque fermo il principio per il quale la disponibilità dell'imputato ad esplorare le possibilità conciliative non può essere interpretata come tacita ammissione di responsabilità⁷⁹. Le problematiche applicative possono semmai derivare dai criteri per sindacare la congruità dell'attività risarcitoria ai fini di dichiarare l'estinzione (a causa dell'ampia discrezionalità data al giudice), e se ai fini dell'estinzione sia necessaria una riparazione integrale o parziale del danno⁸⁰. La Cassazione a Sezioni Unite, nel 2015 ha preso posizione su quest'ultimo argomento, escludendo la legittimazione della parte civile ad impugnare, in ragione della ritenuta insoddisfazione del quantum risarcitorio, la sentenza che definisce il processo ai sensi dell'art. 35 d.lgs. 274/2000, rimarcando la profonda differenza che c'è tra la riparazione che fonda l'estinzione del reato ed il ristoro civilistico della persona danneggiata, che, se insoddisfatta, può sempre agire in altra sede per ottenere un'integrazione risarcitoria⁸¹. Bisogna infine ricordare che in caso di fallimento della mediazione, le condotte riparatorie possono comunque trovare rilievo ai sensi dall'art.34 d.lgs. 274/2000, configurando ipotesi di tenuità del fatto⁸².

2. La rilevanza della riparazione trova da tempo introduzione nella giustizia minorile, nel caso degli artt. 28 e 29 del d.P.R. 448/1988, che disciplinano rispettivamente, la sospensione del procedimento con messa alla prova e la successiva estinzione del reato in seguito di esito positivo della stessa. La mediazione penale non viene espressamente evocata nel processo penale minorile ma è stata valorizzata con una declinazione particolare. Assume qui le vesti di una speciale modalità di trattamento, orientata in prospettiva special-preventiva, in quanto il giudice può introdurre delle prescrizioni riparative e conciliative nell'ambito del progetto di intervento elaborato dai servizi sociali minorili: il giudice può impartire prescrizioni "dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del reo con la persona offesa dal reato".

^{77 &}quot;Nel corso del procedimento il giudice di pace deve favorire, per quanto possibile, la conciliazione tra le parti".

⁷⁸ Mattevi, op. cit., 270.

⁷⁹ Ivi, 315.

⁸⁰ Cfr. Ivi, 357 ss.; Massaro, op. cit., 108; Murro, op. cit., 49-51.

⁸¹ Nella pronuncia è stato chiarito che non vi sia interesse della parte civile ad impugnare, vista l'impossibilità, di tale sentenza, di rivestire autorità di giudicato nel giudizio civile per le restituzioni o per il risarcimento del danno, Cass., SS.UU., 23 aprile 2015, n. 33864

⁸² Cfr. Mattevi, op. cit., 312-313.

Questa modalità di mediazione desta un'immediata assonanza con istituti di *probation* come il *sursis avec mise à l'épreuve* dell'ordinamento francese, con la peculiarità di intervenire nella fase processuale⁸³. Decorso il periodo di sospensione, il giudice fissa una nuova udienza nella quale dichiara con sentenza estinto il reato se, tenuto conto del comportamento del minorenne e della evoluzione della sua personalità (valutata già in fase preprocessuale ai sensi dell'art. 9), ritiene che la prova abbia dato esito positivo.

- 3. Come abbiamo già visto, dopo una lunga gestazione la disposizione prevista nell'ambito minorile è stata estesa (con profonde differenze) al processo ordinario per adulti dall'innovativo articolo 168 bis del c.p, che introduce la sospensione del procedimento con messa alla prova. Riguardo l'analisi di questo istituto e i suoi contenuti riparativi si rimanda all'apposita parte di questa trattazione (*retro*, cap. III, 4).
- 4. Altra previsione generale di estinzione, più recente, è stata introdotta dalla Riforma Orlando, all'articolo 1 comma 1 della legge 103/2017. L'art. 162-ter (Estinzione del reato per condotte riparatorie) dispone: "Nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato⁸⁴ ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato''85. All'esito positivo delle condotte riparatorie, il giudice dichiara l'estinzione del reato. Dal tenore della norma, si ritiene che tale dichiarazione di estinzione consegua automaticamente all'accertamento da parte del giudice dell'avvenuta riparazione del danno cagionato dal reato; con la conseguenza che il dovere di sentire le parti e la persona offesa, che in ogni caso non ha alcun potere di veto, non conferisce comunque un potere discrezionale al giudice nel disporre l'effetto estintivo. Si dubita del suo inserimento di questo istituto tra i programmi di giustizia riparativa, mentre è più evidente la sua introduzione in chiara funzione deflattiva,

⁸³ Ivi. 397 ss.

A favore della possibilità l'indagato di accedere all'istituto anche prima dell'esercizio dell'azione penale, Stefano Maria Corso, «La condotta riparatoria come causa estintiva del reato. Ricadute Processuali», in *Archivio della nuova procedura penale*, 2017, 25–26

^{85 &}quot;Il risarcimento del danno può essere riconosciuto anche in seguito ad offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo. Quando dimostra di non aver potuto adempiere, per fatto a lui non addebitabile, entro il termine di cui al primo comma, l'imputato può chiedere al giudice la fissazione di un ulteriore termine, non superiore a sei mesi, per provvedere al pagamento, anche in forma rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento; in tal caso il giudice, se accoglie la richiesta, ordina la sospensione del processo e fissa la successiva udienza alla scadenza del termine stabilito e comunque non oltre novanta giorni dalla predetta scadenza, imponendo specifiche prescrizioni. Durante la sospensione del processo, il corso della prescrizione resta sospeso".

cercando di snellire la macchina della giustizia penale favorendo l'estinzione dei reati⁸⁶. L'istituto presenta alcune problematiche di coordinamento con gli istituti vigenti⁸⁷, mentre, per l'assenza di discrezionalità del giudice, non è priva di dubbi di incostituzionalità⁸⁸.

- b) Un'altra categoria di provvedimenti invece presuppongono la condanna penale e prevedono la riparazione sotto forma di lavoro di pubblica utilità, come modalità di riparazione pubblica sostitutiva della sanzione detentiva. È il caso di quanto previsto dalla 1. 689/1981, per le condanne seguenti a reati previsti dal Codice stradale, delle condanne ex art. 73 d.P.R. 309/1990, per quanto previsto al comma 5-bis, in materia di stupefacenti, dell'attivazione del lavoro all'esterno di cui all'art. 21 dell'ord. pen.
- c) Come già accennato, la giustizia riparativa può trovare facilmente applicazione nella fase esecutiva, come misure aggiuntive di carattere riparatorio nel corso delle misure alternative alla detenzione o come prerequisito per valutarne l'eventuale accesso. Il Regolamento penitenziario del 2000⁸⁹, all'articolo 27 prevede che nell'ambito dell'osservazione della personalità si espleti "una riflessione sulle condotte antigiuridiche poste in essere, sulle motivazioni e sulle conseguenze negative delle stesse per l'interessato medesimo e sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento dovuto alla persona offesa." All'articolo 118 la stessa previsione viene ripresa come compito del Servizio sociale, il quale "deve adoperarsi per una sollecitazione ed una valutazione critica adeguata da parte della persona, degli atteggiamenti che sono stati alla base della condotta penalmente

⁸⁶ Murro, *op. cit.*, 179; Rocco Gustavo Maruotti, «La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162-ter c.p. tra (presunta) restorative justice ed effettive finalità deflattive: prime riflessioni de iure condito», in *Questione giustizia*, http://www.questionegiustizia.it/articolo/la-nuova-causa-di-estinzione-del-reato-per-condott_20-06-2017.php, sostiene che "La nuova causa di estinzione del reato di cui al nuovo art. 162-ter c.p., pertanto, non può ricondursi alla categoria della giustizia riparativa, in quanto la stessa, lungi dal valorizzare le potenzialità intrinsecamente sanzionatorie del risarcimento del danno, non contempla una pena, né presuppone un effettivo pentimento, né si pone come obiettivo la rieducazione del reo, ma prevede soltanto la tacitazione della vittima a fronte del risarcimento del danno, anche quando tale "riparazione" non è accettata dalla persona offesa".

⁸⁷ Tra questi l'art. 35 d.lgs. n. 274/2000 nell'ambito della giurisdizione di pace, Murro, *op. cit.*, 183-189.

⁸⁸ Violando l'art. 24, comma 1 Cost., secondo cui "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi", "la capacità di agire viene frustrata da una nuova disposizione che va ad incidere sull'esito di un processo instaurato dalla parte lesa, senza che questa abbia alcuna possibilità di opporsi, nonostante a livello di diritto sostanziale si mantenga la qualificazione del comportamento in causa come reato", Giovanni Vagli, «Brevi considerazioni sul nuovo articolo 162-ter c.p. (estinzione del reato per condotte riparatorie)», in *Giurisprudenza penale*, 2017, http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2017/10/vagli_gp_2017_10-1.pdf, 3.

⁸⁹ D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 - Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà.

sanzionata, nella prospettiva di una reinserimento sociale compiuto e duraturo". Una previsione espressa di riparazione si ritrova nell'affidamento in prova al servizio sociale, che al comma 7 dell'art. 47 ord. pen., si prevede che l'affidato "si adoperi, in quanto possibile, a favore della vittima del suo reato". Nella pratica questo articolo che si sostanzia nel risarcimento del reato oppure lavori di pubblica utilità per la famiglia, come indicatore di volontà di risocializzazione, in questa accezione non si configura come una vera e propria forma di riparazione, ma come una prescrizione di contenuto sanzionatorio. Sarebbe auspicabile invece valorizzare le potenzialità dell'affidamento in prova, che per la sua elasticità e le istanze di risocializzazione è particolarmente idoneo di combinarsi pratiche di giustizia riparativa⁹⁰. Valutazioni analoghe valgono per l'istituto della semilibertà, soprattutto configurandole come pre-condizioni per l'accesso alla misura⁹¹. Infine, va considerato il necessario adempimento degli obblighi civili ai dell'ottenimento della liberazione condizionale e della riabilitazione (rispettivamente artt. 176 e 179 c.p.).

d) Infine, le condotte riparatorie trovano valore come modalità di comportamento del reo, al fine dell'ottenimento di alleggerimenti di pena. È il caso di quanto previsto dall'art.133 c.p., lì dove si dice che, nella modulazione della pena il giudice deve tener conto della condotta del reo, contemporanea e successiva al reato e alla capacità a delinquere; e più specificamente dell'art. 62 n.6 c.p., dove l'attività riparativa è considerata un'attenuante specifica ai fini della riduzione della pena.

2.2 La (mancata) mediazione penale e uno sguardo d'insieme

In merito alla mediazione penale per gli adulti, il nostro ordinamento manca tuttora di una compiuta disciplina normativa $ad\ hoc^{92}$.

Uno dei progetti di d.lgs. attuativo della riforma Orlando⁹³, anche grazie all'elaborazione degli Stati Generali, introduceva formalmente la nozione di giustizia

⁹⁰ Teresa Travaglia Cicirello, «L'affidamento in prova al servizio sociale: da misura "alternativa" alla detenzione a "misura penale di comunità" a contenuto riparativo?», in *Giurisprudenza Italiana*, giugno 2016, 1535-40; secondo Mannozzi, *op. cit.*, 1532-33, oggi si dovrebbe rileggere la norma anche in base alla direttiva UE, quindi inserendo momenti di conciliazione e/o riparazione, con una linea di azione tendente a dare più rilievo alla soddisfazione delle aspettative della vittima di reato.

⁹¹ Mannozzi, op. cit., 1534.

^{92 &}quot;La mediazione penale in Italia si scontra con una cultura giuridica restia a concedere spazi informali per contenziosi di natura penale, soprattutto quando di rilevante gravità, sottraendoli a principi costituzionali del contraddittorio, della parità delle parti e della terzietà del giudice", Massaro, *op. cit.*, 108.

⁹³ Schema di decreto legislativo A.G. n. 29 recante disposizioni in materia di giustizia riparativa e mediazione reo-vittima, in attuazione della legge delega n. 103/2017, trasmesso alla Presidenza il 21 maggio 2018.

riparativa⁹⁴ e la qualifica di mediatore penale, prevedendo (art. 6) tre diverse tipologie di procedimento: una mediazione per così dire diretta fra reo e vittima; una mediazione fra un reo e una vittima di altro analogo reato; una mediazione svolta in modo collegiale, fra gruppi di rei e gruppi di vittime. Oltre alla mediazione, promuoveva l'istituzione e il coordinamento, in collaborazione con gli enti locali, di centri di ascolto e terapia per le vittime di reato (art. 3). Come già accennato (v. *retro*, cap. II, 4.2) in seguito al parere contrario della commissione Giustizia della Camera sul finire dello scorso anno, questa delega non è stata esercitata⁹⁵. Una piccola apertura vi è stata con la modifica dell'art. 13 ord. pen., che stabilisce l'opportunità di avviare, nel corso del trattamento, "una riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze prodotte, in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di riparazione"⁹⁶; mentre la mediazione penale è stata confermata e ampliata nell'ambito della giustizia minorile⁹⁷.

Considerando complessivamente le disposizioni, ad eccezione della prima categoria, la giustizia riparativa si muove sostanzialmente nella cornice del processo penale, dove risulta come un aspetto secondario alla sanzione penale che viene irrogata, al fine aggiuntivo di dare soddisfazione alla vittima, o di favorire il reinserimento o la rieducazione del reo⁹⁸. Allo stesso tempo, il contenuto delle prescrizioni, lungi da rappresentare forme di incontro e conciliazione, si sostanzia, nella stragrande maggioranza dei casi, nel mero risarcimento del danno, o comunque, in forme di compensazione economica.

Bisogna infatti tenere a mente la distinzione tra semplici *sanzioni* riparatorie, e le *pratiche* e i *metodi* della giustizia riparativa⁹⁹. D'altra parte si evidenzia, come già accennato, la disorganicità di definizioni e di formulazioni che caratterizzano lo spazio

⁹⁴ All'art. 1.1: "La giustizia riparativa consiste in ogni procedimento che coinvolga l'autore di reato, la vittima e, ove possibile, la comunità, diretto a comporre il conflitto generato dal reato e a ripararne le conseguenze".

⁹⁵ Il parere negativo è conforme a quello contrario espresso dalla Conferenza unificata il 1°agosto. Per la maggioranza il d.lgs. "non assicura alla vittima efficaci forme di riparazione delle conseguenze del fatto di reato, non essendo riconosciuta alla stessa un effettiva centralità nel procedimento di conciliazione". Il parere, tra le altre cose, evidenzia come "i programmi di giustizia riparativa possono essere avviati esclusivamente con il consenso delle persone coinvolte e non possono essere previsti come sanzione o condizione per l'accesso a benefici. Tale ultima disposizione – si legge – suscita rilevanti perplessità, rappresentando un implicito disincentivo al ricorso alla mediazione penale" - Roma, 12 settembre 2018 (Public Policy).

⁹⁶ Così sostituito dall' art. 11, comma 1, lett. d), d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123.

⁹⁷ Decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 121.

⁹⁸ Relaz. Antigone sulla giustizia riparativa, cit., 6 ss.

⁹⁹ Francesco Palazzo, «Crisi del carcere e culture di riforma», in *Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 4 (2017): 10-11.

della giustizia riparativa nella nostra legislazione; già solo tra le fattispecie estintive, previsioni generali e speciali si accavallano scevre di un qualsivoglia coordinamento¹⁰⁰. Anche nella relazione al Tavolo 13 degli Stati Generali, nonostante i compiuti sforzi, nell'elencare gli scopi della giustizia riparativa si continua a mantenere una pluralità di letture e chiavi interpretative, a conferma della difficoltà di giungere a una definizione univoca di ciò che deve essere inteso come *restorative justice*¹⁰¹.

La problematica definitoria riflette in fondo l'incertezza sulla natura e lo scopo degli istituti: se cioè in fin dei conti sono una alternativa alla sanzione penale o una modalità di ricomposizione del conflitto tra autore e vittima. Distinzione che, come abbiamo visto, rileva anche ne momento applicativo, poiché tanto più avviene nelle fasi iniziali del procedimento, tanto più diventa una forma di *diversion*; mentre in fase esecutiva, si configura come semplice ridimensionamento della sanzione penale, se non come onere aggiuntivo ad una sanzione già inflitta e in corso di applicazione (v. *retro*, 1.2). Nel dubbio, rischia di "restare costretta tra il rischio di un riassorbimento a pieno titolo nel macchinario penal-penitenziario¹⁰², e una tensione all'alternatività che non riesce a definirsi e ad affermarsi abbastanza da dischiudere una reale e concreta via d'uscita rispetto alla struttura concettuale e operativa attuale della penalità" on come onere

Nell'attesa di una riforma organica e di una compiuta previsione di mediazione penale, sono auspicabili quindi, ulteriori approfondimenti e riflessioni non solo sulle basi teoriche, ma che si confrontino con le esperienze di altri paesi e gli esiti delle pratiche ad oggi maturate.

¹⁰⁰ Murro, op. cit., 196.

¹⁰¹ Relaz. Antigone sulla giustizia riparativa, cit.,19 ss.

¹⁰² Col rischio di snaturarla facendola diventare una formalità procedimentale, o peggio, una fonte di strumentalizzazioni o di ricatti.

¹⁰³ Ivi, 1.

CAPITOLO V DIBATTITO ATTUALE E PROSPETTIVE

1 Permanenza della crisi carceraria

1.1 Il fondamento punitivo e il principio di rieducazione

Come già diverse volte ripetuto in questa trattazione, la crisi del carcere è strettamente collegata alla crisi della pena; pena in crisi sia nei presupposti ideologici, sia nella drammatica divaricazione che si riscontra tra scopi teoricamente assegnabili alla pena e funzioni di fatto svolte dai sistemi punitivi nella realtà concreta.

Con estrema sintesi possiamo dire che, abbandonate da tempo le teorie assoluteretributive, nello stato moderno postilluminista il fondamento politico della pena e del sistema penale nel suo complesso è, secondo le teorie relativo-utilitaristiche, la protezione dei beni giuridici e la pace sociale; fondamento che si riflette nell'idea di prevenzione, generale e speciale¹. L'impostazione di Donini ci suggerisce tuttavia di differenziare tra "fini" e "funzioni" della pena: i primi, concetti tecnico-giuridici, sono obiettivi realizzabili al momento dell'applicazione della norma (cioè la condanna), mentre le "funzioni" agiscono nell'ambito politico-sociologico; in questo senso, la prevenzione generale costituisce solo funzione e non fine della pena². Questa funzione si traduce appunto in una scelta politica: i bilanciamenti tra la prevenzione generale, le garanzie del singolo e il principio dell'extrema ratio, sono variabili a seconda del momento politico, sia nella scelta dei beni giuridici meritevoli di tutela penale, sia nella commisurazione edittale³. La prevenzione generale si sostanzia dunque nella funzione intimidativa-deterrente della minaccia penale, la cui efficacia, tuttavia, secondo l'insegnamento di Andenaes, non segue parametri scontati corrispondenti alla severità della sanzione, essendo semmai più influenzata dalla prontezza e certezza della loro

Massimo Donini, «Per una concezione post-riparatoria della pena: contro la pena come raddoppio del male», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2013, 1184; Giovanni Fiandaca, «Il 3° comma dell'art. 27», in *Commentario della costituzione*, *Rapporti civili*, *artt.* 27 -28, di Giuseppe Branca e Alessandro Pizzorusso (Bologna: Zanichelli, 1991), 263–64.

² Donini, op. cit., 1187 ss.

^{3 &}quot;Il diritto penale può anche avere una spiegazione scientifica, ma la pena ha ancora solo o soprattutto una spiegazione politica", *Ivi*, 1192-93.

effettiva applicazione⁴. Chiarita la sua importanza nel momento della creazione della norma, la prevenzione generale non deve però trovare spazio come criterio di discrezionalità giudiziale in sede di commisurazione: strumentalizzare l'uomo (condannato) per fini di politica criminale sarebbe in contrasto, oltre che col principio di colpevolezza, con qualunque altro obiettivo che si vorrebbe realizzare attraverso la pena, *in primis*, la rieducazione⁵.

Il principio di rieducazione del condannato costituisce, insieme alla neutralizzazione e alla intimidazione del reo, una delle modalità attraverso cui si realizza la funzione di prevenzione speciale⁶. Specifichiamo innanzitutto che rieducazione, come è ormai pacifico, non equivale a correzione morale del delinquente. Lo stato moderno, laico e pluralista, non può farsi portatore e garante di un sistema di valori assoluti etico-morali, coartandone l'accettazione a tutti i consociati⁷. L'unica possibile accezione della rieducazione è la legalità esteriore, cioè far acquisire al reo l'attitudine a vivere nella società senza incorrere nella commissione di reati; ricollegandosi d'altronde in questo modo con lo scopo delle istituzioni penali nel suo complesso: la prevenzione dei futuri illeciti penali⁸. Affinché non vada in contrasto col principio di autodeterminazione, da un lato l'impegno rieducativo deve essere subordinato alla disponibilità psicologica del reo e, dall'altro, promosso senza ricorrere a tecniche manipolatrici o comunque

Pensare che i destinatari delle norme penali agiscano come "homo economicus", secondo cioè un semplice calcolo utilitaristico, è una eccessiva semplificazione del comportamento umano: l'effetto motivante dipende più dalla percezione e dalla conoscenza della norma dei cittadini, e la sua conformità rispetto alla sensibilità morale – culturale dei valori della popolazione. Non tutte le norme sono uguali, essendo la forza deterrente di una sanzione direttamente collegata alla riprovazione morale provocata dal fatto oggetto della stessa. Questa funzione è destinata infatti a fallire laddove risulti insufficiente o incerta la stigmatizzazione della morale collettiva, esemplificata dalla nota difficoltà di usare lo strumento penale per i reati economici o per la tutela di beni giuridici di pura creazione legislativa. Allo stesso tempo la condizione di efficacia dipende dal buon grado di credibilità dell'apparato giudiziario nel suo complesso. Si sottolinea invece l'efficacia del diritto penale in ottica di formazione della moralità del cittadino medio, in termini di orientamento culturale: in questo modo l'apparato coercitivo penale funge da strumento di socializzazione, al pari della famiglia o di altre strutture sociali, stabilizzando e rafforzando gli standard morali dei cittadini. Per l'approfondimento di queste valutazioni, Cfr. Johannes Andenaes, Punishment and Deterrence (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1974); sulla stessa linea, Fiandaca, op. cit., 264 ss., anche egli ispirato dall'opera del giurista norvegese.

⁵ Cfr. in merito Donini, *op. cit.*, 1185-86 e 1188-89; più approfonditamente, Emilio Dolcini, *La commisurazione della pena* (Padova: Cedam, 1979), 219 ss.

⁶ Mario Trapani, «La rieducazione del condannato tra "ideologia correzionalistica" del trattamento e "garanzie" costituzionali di legalità e sicurezza», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2018. 1694.

⁷ Qualunque sistema di "valori" finirebbe per essere espressione di uno stato "eticamente orientato", mentre un processo di rieducazione "coattivo" o di manipolazione sarebbe inoltre assolutamente vietato in quanto incostituzionale, anche per rispetto della tutela della "dignità dell'uomo" e quindi la sua libertà morale o di autodeterminazione, Trapani, *op. cit.*, 1697-70; Cfr. Dolcini, *La commisurazione*, cit. 173-176.

⁸ Trapani, *Ibidem*; Fiandaca, op. cit., 276 ss.

limitatrici dell'autonomia personale del reo⁹.

Abbiamo già parlato di come l'idea rieducazione si è accompagnata al progressivo affermarsi della pena detentiva come sanzione dominante (*retro* cap I.), e di come in Italia è avvenuta l'evoluzione dottrinale sul principio ex art. 27 comma 3 della Costituzione, nelle difficoltà e nei contrasti nell'interpretazione del principio dovute alla voluta "ambiguità" della norma (*retro* cap. II, 1.1). Allo stesso modo abbiamo visto come soprattutto a partire dalla riforma penitenziaria del '75 in poi, al principio è stata riconosciuta una funzione sempre più importante: anche la Corte costituzionale, abbandonata da tempo ormai l'ideologia polifunzionale, conferma l'essenzialità della rieducazione come scopo della pena¹⁰, sebbene non tutti gli input di dottrina, legislazione, e Corte costituzionale hanno trovato attuazione, anche a causa delle cicliche tendenze securitarie.

Inizialmente la valenza del principio rieducativo è stata limitata alla fase esecutiva, naturalmente più predisposta ad assumerne la funzione. La dottrina maggioritaria e la giurisprudenza costituzionale al seguito, hanno ormai accolto il principio rieducativo come finalità prevalente di tutti i momenti della pena: da quello legislativo¹¹, a quello applicativo-commisurativo¹², a quello esecutivo¹³. La rieducazione ha quindi avuto applicazione sia declinata come istanza di umanizzazione della pena, (in questo senso intesa oltre che dall'art. 27 Cost., anche dall'art. 3 CEDU), sia in relazione col principio di proporzionalità, secondo la consapevolezza che una pena sproporzionata e quindi avvertita come ingiusta non potrà mai sortire un ruolo rieducativo¹⁴. La pena può anche cambiare forma in base a quale sia la più efficace, fino addirittura escludere una sanzione, se questa non sia necessaria ai fini dell'emenda del reo.

In questa fase storica tuttavia il principio attraversa un momento di difficoltà. Critiche vengono poste sia dal punto di vista teorico, non essendo mai cessate le accuse di chi lo

⁹ 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.

¹⁰ Emilio Dolcini, «Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi domani», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2018, 1674-75, n. 25.

¹¹ Seppur le esigenze di prevenzione, come già detto, predominano ovviamente la fase della minaccia, il legislatore dovrebbe ab origine introdurre tipologie sanzionatorie adatte ad agevolare un'esecuzione personalizzata o comunque non desocializzante. Fiandaca, *op. cit.* 274 ss.; contra, Trapani, *op. cit.*, 1701-2.

¹² In merito si rimanda di nuovo all'importante opera di Dolcini, La commisurazione, cit. 176 ss.

¹³ Trapani, op. cit. 1701-2.

¹⁴ Dolcini, «Il principio della rieducazione del condannato», cit., 1677.

ritiene una "ossessione pedagogica"¹⁵, ma soprattutto dal lato del confronto tra teoria e prassi¹⁶; tanto da correre il rischio che il principio di rieducazione venga definitivamente liquidato come utopia.

Il problema della rieducazione riguarda soprattutto il carcere, anche perché non può esserci nessuna rieducazione nelle condizioni di vita miserabili in cui vivono i condannati¹⁷. Nella consapevolezza della congenita inadeguatezza del carcere a favorire la rieducazione, ma anzi della sua tendenza desocializzante (v. *retro*, cap I), le alternative alla detenzione si sviluppano e si diffondono quindi come "pilastro" della funzione rieducativa, consacrando l'istanza di individualizzazione della pena, in vista di un graduale (progressivo) reinserimento del reo nella società¹⁸. Tuttavia, la perdita di fiducia dell'idea rieducativa riguarda oggi anche le alternative alla detenzione, dovuto alla funzione, ormai quasi puramente deflattiva, per esse ritagliata all'interno dell'attuale diritto penale.

1.2 Ipertrofia penale, demagogia della pena e distorsione del sistema

Nonostante i dubbi dottrinali sulla pena, il diritto penale moderno è caratterizzato da una incessante espansione¹⁹. L'architettura punitiva si arricchisce ogni giorno di più di nuove fattispecie di reato o illecito amministrativo, in questo stimolata anche da fonti sovranazionali, specialmente con la pervasiva penetrazione del diritto europeo²⁰. C'è

Dolcini, «Il principio della rieducazione del condannato», cit. 1668-69. Critiche più vecchie sono riportate già da Fiandaca, *op. cit.* 281 ss, come l'approccio marxista che definiva l'idea risocializzativa "mito borghese", "in quanto la pretestuosa attenzione dedicata alle presunte carenze personali del delinquente occulterebbe il vero problema, rappresentato dalla necessità di modificare le strutture sociali cui sono direttamente riconducibili i fenomeni della criminalità". L'A. tuttavia rispondeva che questo approccio confonde la lotta al crimine con la lotta alla corrente società, come se abbattendo il capitalismo automaticamente si abbattesse la devianza.

¹⁶ Luigi Manconi et al., *Abolire il carcere: una ragionevole proposta per la sicurezza dei cittadini* (Milano: Chiarelettere, 2015), 31, sottolinea come "nonostante siamo dotati di ottime leggi in tema di esecuzione penale, la distanza tra quanto scritto sulla carta e quello che avviene nella realtà è abissale".

¹⁷ Trapani, *op. cit.*, 1718, Marco Pellissero, «La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzi della politica, i compiti della dottrina», in *Diritto penale e processo*, n. 3 (2013): 263.

¹⁸ Carlo Florio, «Alternative alla detenzione e procedimenti di sorveglianza: prospettive *de iure condendo*», in *Giurisprudenza Italiana*, giugno 2016, 1518 ss.; Trapani, *op. cit.*, 1705-1706.

¹⁹ Mario Romano, «Ripensare il diritto penale (a dieci anni dalla scomparsa di Federico Stella)», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2017, 4.-5

²⁰ Quasi a costituire un "diritto penale europeo", attraverso decisioni quadro, direttive, e dubbie autoattribuzioni della corte di giustizia, *Ibidem*; v. inoltre, sull'argomento, Marco Pellissero, «La crisi del sistema sanzionatorio», cit., 264-265; Luigi Cornacchia, «Vittime e giustizia criminale», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 4 (2013), 1172 ss., che sottolinea come attraverso convenzioni e trattati internazionali riguardo i diritti umani, in modo paradossale questi diventano da garanzia contro la legge penale motivi di impulso della stessa; Alessandro Bernardi, «Il costo "di sistema" delle opzioni europee sulle sanzioni punitive», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura*

però da dire che la spinta di organismi sovranazionali non è necessariamente negativa, visto che, nell'inerzia delle legislazioni nazionali, è stata spesso utile a colmare vuoti di tutela, soprattutto nell'ambito economico-finanziario²¹.

In ogni caso, è indubbio il carattere ipertrofico del moderno diritto penale che, spesso assume purtroppo una funzione prettamente politica, soprattutto alla luce della sua traslazione in quello che alcuni chiamano "diritto penale della sicurezza"22. L'utilizzo politico della pena come soluzione dei problemi sociali, "con una valenza puramente simbolico-espressiva", non è una novità²³, ma, nel periodo contemporaneo, appare particolarmente intenso. Nell'orizzonte di disarmante precarietà schiuso dalla globalizzazione, nelle incertezze, nelle paure, con uno Stato che non riesce a reagire ai problemi che esso comporta, il cittadino della società "liquida" rimane senza niente cui ancorarsi. Su questo subconscio collettivo di paure trovano terreno fertile speculazioni politiche demagogiche, che offrono repressione, sicurezza e disciplina come panacea a queste problematiche²⁴. Complici di questo clima di allarmismo e del "populismo penale" che ne consegue, i servizi di informazione, che, "in un palinsesto mediatico largamente incentrato sulla cronaca nera e una politica che ha nella fomentazione delle paure il suo core business"²⁵, indugiano morbosamente sui più efferati misfatti e sul dolore delle vittime²⁶ con un'informazione "banalizzante, emotiva ed ansiogena"²⁷. Cavalcando l'onda dell'allarme di turno²⁸, non potendo, o non volendo, mettere in atto i rimedi socio-economici e culturali per risolvere le cause dei problemi, la politica mette mano alla fondina legislativa, ricorrendo all'antiquato strumento, meno impegnativo ma più velleitario, dell'inasprimento della repressione penale e della restrizione delle misure alternative al carcere²⁹. Esempio di uno dei vari "pacchetti sicurezza" e della loro

Penale, 2018, 557-94.

²¹ Romano, op. cit., 7-8.

²² Donini, op. cit., 1190.

²³ V. retro, cap. II, 1.1, n. 12.

²⁴ Glauco Giostra, «Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale», *Questione giustizia*, 2014, 3, http://www.questionegiustizia.it/articolo/questione-carceraria-insicurezza-sociale-e-populismo-penale_27-06-2014.php.; Alberto Gargani, «Il diritto penale quale *extrema ratio* tra post-modernità ed utopia», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2018, 1494.

²⁵ Glauco Giostra, «La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione», in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 10 (2018): 121.

²⁶ V. retro cap. IV, n. 24

²⁷ Giostra, «Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale», cit., 4. Ad esempio dell'importanza del linguaggio, si ricorda la definizione mediatica della riforma del 2014 come "svuotacarceri" (*retro*, cap II, 4.2), come se, seppur questa prevedesse dei criteri basati su dati criminologici, dovesse riversare nella società una quantità di criminali pericolosi e assetati di violenza, banalizzando con una parola anni di studi e di elaborazioni scientifiche.

²⁸ Di volta in volta pedofilia, stupefacenti, sequestri di persona, furti in appartamento, incidenti stradali, e, da ultimo, l'immigrazione.

²⁹ Cfr. Gargani, op. cit., 1494-1495; Giostra, «La riforma penitenziaria», cit., 120, la definisce

inefficacia, la criminalizzazione dell'immigrazione clandestina della legge Bossi-Fini, le cui sanzioni, vessatorie e difficilmente applicabili, ebbero l'unico scopo di creare fasce di emarginati³⁰. Come abbiamo già raccontato (*retro*, cap. II), tutte le "folate securitarie", che introdussero divieti, preclusioni e automatismi, hanno fortemente pregiudicato l'ordinamento penitenziario del 1975, snaturandone la filosofia, compromettendone la coerenza sistematica e la legittimazione costituzionale³¹.

L'emergenza criminalità, certamente utile in campagna elettorale, non trova però riscontro nella realtà, come si vede se si vanno a guardare i dati più recenti a nostra disposizione³². Laddove sono stati creati nuovi reati o sono state aumentate le pene, anche per rafforzarne l'effetto preventivo, le condanne in concreto inflitte si mantengono comunque su livelli più modesti³³. Ma del resto ben si sa che la criminalità non si risolve con istanze securitarie e repressive, ma "ponendo le premesse socioeconomiche per ridurre al minimo le ragioni per delinquere e fornendo alle forze di polizia le possibilità e gli strumenti per prevenire e contrastare i fenomeni delittuosi"³⁴. Paradossale è il fatto che sovente quegli stessi paladini della "certezza della pena", che si scandalizzano per l'individualizzazione della pena durante l'esecuzione, difendano un sistema che rinuncia a monte, troppo spesso, ad accertare se di pena ci sia bisogno, visto l'enorme numero di processi che ogni anno cadono in prescrizione senza arrivare all'accertamento delle responsabilità penali³⁵.

Figlio dell'ipertrofia penale e dell'impostazione carcerocentrica è la distorsione nell'utilizzo delle sanzioni alternative. Come abbiamo visto (*retro*, cap. II), le alternative alla detenzione, create nel '75 con lo specifico scopo di circoscrivere gli effetti desocializzanti legati alla permanenza in carcere rispetto a condanne a pene detentive brevi, hanno nel tempo assunto funzioni eterogenee, talvolta di contrasto alla criminalità, o più spesso di mera deflazione penitenziaria. In questo senso hanno costituito il principale strumento di "fuga della pena detentiva": portate avanti dal legislatore italiano come mezzo di deflazione penitenziaria, a risolvere il solo problema

[&]quot;democrazia emotiva".

³⁰ Se il problema migratorio è difficilmente gestibile già un punto di vista geopolitico, sicuramente non è con la sanzione penale che si possa trovare la soluzione, cfr. Pellissero, «La crisi del sistema sanzionatorio», cit., 261 e 264.

³¹ Paradigmatico, l'art. 4-bis ord. pen., cfr. Giostra, «La riforma penitenziaria», cit., 120.

³² Associazione Antigone, «Reati e carcere. Un rapporto non lineare», a cura di Andrea Oleandri, in *Un anno in carcere – XIV rapporto sulle condizioni di detenzione a cura di Associazione Antigone*, 2018, http://www.antigone.it/quattordicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/criminalita-e-sicurezza/

³³ Romano, *op. cit.*, 8.

³⁴ Giostra, «Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale», cit., 9.

³⁵ Giostra, «La riforma penitenziaria», cit., 123-124.

del sovraffollamento, coprendo ogni altra valutazione sulla efficacia della pena e della rieducazione³⁶.

Nel sistema italiano, dove vige il principio dell'obbligatorietà della legge penale, le alternative alla detenzione hanno reagito alle rigidità vecchie e nuove del codice penale attraverso una progressiva dilatazione della discrezionalità riconosciuta al giudice³⁷: come sintetizzato da Palazzo, "hanno consentito di portare avanti la politica legislativa di crescente carcerizzazione senza incorrere nell'implosione del sistema e lasciando invece al giudice, segnatamente quello di sorveglianza, il compito di gestire complessivamente l'universo carcerario assicurandone la compatibilità con l'ininterrotto abuso che del carcere ha fatto il legislatore" Il peso sul giudice grava inoltre sia in fase di cognizione, a causa alla cronica mancanza di determinatezza nella ricostruzione delle fattispecie penali³⁹; che nel momento commisurativo, se si evidenzia come "il giudice è imbrigliato da vincoli e calcoli aritmetici a posteriori effettuati al fine di correggere le distorsioni delle cornici edittali e del sistema delle circostanze", cercando di partire dai minimi edittali perché già troppo elevati, e privilegiando una qualificazione idonea a evitare la prescrizione⁴⁰.

Nella presa d'atto dalla dottrina e dal sistema, l'esito finale, attraverso il totale scollegamento tra pena edittale, pena commisurata, e pena in concreto espiata (la "disintegrazione del sistema sanzionatorio", di cui avevamo parlato in *retro*, cap II, 3), è un pesante deficit di effettività e certezza del sistema penale in generale⁴¹.

³⁶ Trapani, *op. cit.*, 1706; cfr. Chiara Perini, «Prospettive attuali dell'alternatività al carcere tra emergenza e rieducazione», in *Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 4 (2017): 79–80.

³⁷ Lucia Risicato, «Le alternative alla detenzione: profili critici e prospettive di riforma», in *Giurisprudenza Italiana*, 2016, 1517.

³⁸ Francesco Palazzo, «Crisi del carcere e culture di riforma», in *Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 4 (2017): 8.

³⁹ Sul punto, cfr. Romano, op. cit., 10 ss.

⁴⁰ Il procedimento si sostanzia in una grottesca inversione del paradigma commisurativo, in cui il giudice cerca di ricostruire la pena legalmente inflitta partendo da quella finale intuita come giusta, Donini, *op. cit.*, 1199-1200.

^{41 &}quot;La dottrina italiana, infatti, ha preso atto della pesante frattura che separa l'essere dal dover essere del sistema penale nazionale, in cui esistono moltissime norme ma mancano le strutture adeguate, le risorse e le forze necessarie per farle rispettare e, di conseguenza, il sistema è costretto a tollerare prassi certamente lesive del principio di obbligatorietà e comunque processi dalla durata 'irragionevole'", rendendo inevitabile "meccanismi, sostanziali e processuali, 'di correzione, di aggiramento ed elusione dell'obbligatorietà'", Elena Mattevi, *Una giustizia più riparativa: mediazione e riparazione in materia penale* (Università degli Studi di Trento, 2017), 78, https://iris.unitn.it/retrieve/handle/11572/189343/160551/COLLANA%20DELLA%20FACOLTA %20VOLUME%2014.pdf; Secondo Pellissero, «La crisi del sistema sanzionatorio», cit., 263, l'eccessiva elasticità si traduce in termini di mancate promesse del diritto penale sia nei confronti sia della vittima che dell'autore del reato; v. in merito anche Perini, *op. cit.*, 79-80.

1.3 Alcuni numeri sulla situazione carceraria

Dopo la "bacchettata" ricevuta con la Sentenza Torreggiani, il Pacchetto Severino e il progetto Orlando, preceduto dagli Stati Generali, sembravano aver inaugurato un percorso verso maggiore raziocinio legislativo; ma questo positivo trend sembra essersi interrotto con l'attuale governo. Il "Contratto di Governo" dell'attuale maggioranza ha in larga parte rifiutato l'avviata riforma penitenziaria e sembra indirizzato verso il preciso scopo di preservare la pena detentiva come unica pena, da eseguirsi integralmente in carcere⁴²; cosa che suscitato in dottrina numerose delusioni e preoccupazioni⁴³. Il Contratto di Governo d'altronde traduce, in una forma che si sforza di essere elegante, affermazioni più volte risuonate nel corso dell'ultima campagna elettorale da parte di membri dell'attuale governo⁴⁴.

La tendenza si è manifestata anche con le (mancate) deleghe esercitate previste dalla legge delega Orlando (*v. retro*, cap. II, 4.2): nei decreti di riforma dell'ordinamento penitenziario (d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123 e n. 124), si nota l'assenza di disposizioni per eliminare preclusioni e automatismi relativi all'accesso ai c.d. benefici penitenziari; di tentativi per valorizzare e meglio coordinare fra loro le misure alternative alla detenzione; nulla nella direzione di un approccio più adeguato alle situazioni di disagio psichico di detenuti e internati; nulla (o poco più di nulla) in materia di affettività dei detenuti⁴⁵. "Con pochi interventi di facciata, rimane immutata la sostanza del carcere, del quale si conferma la fisionomia (nulla concedendo, ad esempio, alla 'sorveglianza dinamica', e cioè alla libertà di movimento nelle ore diurne all'interno della sezione) e

⁴² Alcune previsioni, elencate in ordine sparso: "revisione delle linee guida sul c.d.41-bis per ottenere effettivo rigore nel regime di carcere duro"; "revisione della c.d. riforma dell'ordinamento penitenziario per garantire la certezza della pena per chi delinque"; "inasprimento delle pene per alcuni reati come il furto in abitazione, il furto aggravato, la rapina e la truffa agli anziani"; "inapplicabilità del rito abbreviato ai reati puniti con l'ergastolo e a quelli di particolare gravità"; "rivisitazione organica di tutte le misure premiali". Consultato su http://www.astrid-online.it/static/upload/misu/misure-contratto-di-governo-punto12.pdf

⁴³ Emilio Dolcini, «Carcere, problemi vecchi e nuovi», in *Diritto Penale Contemporaneo*, 19 novembre 2018, https://www.penalecontemporaneo.it/upload/6181-dolcini2018a.pdf; Franco Della Casa, «L'urgenza della riforma penitenziaria: un malinconico anacronismo nell'era della riscoperta centralità del carcere», in *Diritto Penale Contemporaneo*, 25 giugno 2018, 1–10; Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, «Due comunicati dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale su recenti modifiche e progetti di riforma del sistema penale: pena carceraria e politiche criminali», in *Diritto Penale Contemporaneo*, 23 novembre 2018, https://www.penalecontemporaneo.it/d/6347-due-comunicati-dell-associazione-italiana-dei-professori-di-diritto-penale-su-recenti-modifiche-e-p.

⁴⁴ Come questa dell'attuale Ministro dell'Interno Matteo Salvini: "Si parla di pene alternative... Noi faremo l'esatto opposto. Chi deve fare 20 anni di galera ci resta 20 anni", *Meloni e Salvini contro la riforma carceri: "Con questa legge meno delinquenti in galera*", in Huffingtonpost.it, 22 febbraio 2018.

⁴⁵ Dolcini, «Carcere, problemi vecchi e nuovi», cit., 4–5.

la centralità nel sistema sanzionatorio"46.

Riguardo la situazione carceraria, negli anni che ci separano dalla sentenza Torreggiani si può dire che in media vi siano stati dei miglioramenti; ad esempio si è ridotto il ricorso alla custodia cautelare in carcere, si è avuta una diminuzione del numero di detenuti con problemi di droga e la quota di detenuti stranieri si va lentamente riducendo⁴⁷.

Ciononostante, siamo ancora lontani da condizioni di vita in carcere degne di un Paese civile, a partire dal persistente dato sul sovraffollamento carcerario. Nonostante i risultati ottenuti dopo il 2014, da un po' di anni la percentuale di detenuti è tornata a salire: i dati statistici al 31 dicembre 2018, dimostrano che nelle carceri italiane risultano ristrette 59655 persone, di cui 57079 uomini e 2576 donne con un tasso di sovraffollamento totale pari a 126,84%⁴⁸. Rimane inoltre alto il numero dei detenuti in stato di custodia cautelare: il 34% dei detenuti è in attesa di una sentenza definitiva, con percentuali più altre tra gli stranieri, pari addirittura al 39%⁴⁹.

Il tema del sovraffollamento è direttamente collegato al problema delle condizioni di vita dei detenuti, i quali diritti sono spesso pregiudicati⁵⁰, a partire da spazi, condizioni igieniche, istruzione⁵¹ e accesso al lavoro⁵², nonostante negli ultimi anni vi siano stati alcuni interventi anche della Corte costituzionale⁵³. I problemi derivano anche da una

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Dolcini, «Carcere, problemi vecchi e nuovi», cit., 2; Raffaella Sette, «Prison, Recidivism, and Alternative Measures to Detention in Italy over the Past Ten Years», in *Rivista Di Criminologia*, *Vittimologia e Sicurezza*, n. 1 (2018), 82–83.

⁴⁸ Relaz. Ministro della Giustizia 2019, cit., 9.

⁴⁹ Associazione Antigone, «Il carcere che non cambia: tendenze e numeri del sistema penitenziario italiano alla vigilia di un'importante stagione, mancata, di riforma», a cura di Michele Miravalle e Alessio Scandurra, in *Un anno in carcere – XIV rapporto sulle condizioni di detenzione a cura di Associazione Antigone*, 2018, https://www.antigone.it/quattordicesimo-rapporto-sulle-condizioni-didetenzione/wp-content/uploads/2018/06/XIVrapporto-sulle-condizioni-di-detenzione-carcere-non-cambia.pdf

⁵⁰ Sette, op. cit., 89-90.

⁵¹ *Relaz. Antigone sui detenuti*, cit., Segnala che solo il 23% delle persone detenute partecipa ad un corso scolastico di qualsiasi grado,

⁵² *Ivi*, si riporta che il tasso di occupazione in carcere è solo del 30%, di cui appena il 2,2% dei detenuti lavora per datori di lavoro diversi dall'amministrazione penitenziaria, mentre sotto questa la maggior parte (l'82%) è impegnata nei servizi di istituto (pulizia delle sezioni, distribuzione del vitto, mansioni di segreteria, scrittura di reclami e documenti per altri detenuti). Lavori svolti a turnazione e con difficile spendibilità nel mondo del lavoro esterno.

⁵³ Si segnalano due interventi recenti in tema di ergastolo; il primo è la sentenza n. 149/2018, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di una particolare forma di ergastolo, destinata ai condannati per alcune ipotesi di sequestro di persona seguite dalla morte della vittima (art. 58 quaterco. 4 ord. penit.). Basandosi sul principio della rieducazione del condannato, la Corte ha fornito una lettura che potrebbe aprire le porte, in futuro, anche ad un ripensamento a proposito dell'ergastolo ostativo. Il secondo intervento è la pronuncia della Corte costituzionale (26

cronica carenza di fondi, rilevata anche dalle istituzioni⁵⁴. La situazione drammatica si manifesta guardando l'indicatore del numero di suicidi, che si attesta su livelli sempre elevati⁵⁵; mentre ancora più inquietante è il capitolo delle morti in carcere sulle quali "si allunga, più o meno evidente, l'ombra di una responsabilità diretta delle istituzioni"⁵⁶.

Per quanto riguarda il numero di stranieri in carcere, il numero rimane piuttosto alto, 20.255, più di un terzo dei detenuti totali. Tuttavia se guardiamo il dato percentuale, a partire dal 2003, alla più che triplicazione degli stranieri residenti in Italia è seguita, in termini percentuali, una quasi riduzione di tre volte del loro tasso di detenzione⁵⁷. È interessante notare come il numero degli stranieri è in larga parte dovuto a una loro sovra-rappresentazione tra i detenuti in stato di custodia cautelare, e al loro minore accesso alle misure alternative rispetto ai detenuti italiani⁵⁸. Ai fini di ridurre il tasso di detenuti stranieri, si segnala che l'attuale Ministro propone di risolvere il problema con

settembre 2018, n. 186) relativa al regime detentivo differenziato di cui all'art. 41-bis ord. pen., riguardante il divieto di cuocere cibi, previsto all'art. 41 bis comma 2-quater, lett. f, nel quale la Corte ha riconosciuto "una deroga ingiustificata al regime penitenziario ordinario, non congrua rispetto ad esigenze di ordine e di sicurezza, che sono le uniche in grado di legittimare un'ulteriore compressione degli spazi di libertà individuale" riportato da Dolcini, «Carcere, problemi vecchi e nuovi», cit. 3.

^{54 &}quot;Invero la scopertura di personale, sia amministrativo che della magistratura, la mancata razionalizzazione delle piante organiche e le carenze di beni, materiali e di strutture adeguate rappresentano uno dei maggiori ostacoli al raggiungimento degli obiettivi prefissati, ossia a garantire al contempo la certezza della pena, la durata effettivamente ragionevole del processo penale e la capacità di far espiare una pena secondo modalità concretamente rieducative", *Relaz. Ministro della Giustizia 2019*, cit., 106-107

^{55 &}quot;Se consideriamo il più drammatico degli indicatori del benessere detentivo, quello del numero di suicidi, dobbiamo constatare che in questi dieci anni poco o nulla è successo, anzi il tasso di suicidi (morti ogni 10.000 persone) è salito dall'8,3 del 2008 al 9,1 del 2017, in numeri assoluti significa passare dai 46 morti nell'anno di entrata in vigore della riforma ai 52 del 2017", *Relaz. Antigone sui detenuti*, cit., 7; cfr. Della Casa, *op. cit.*, 5.

⁵⁶ Emilio Dolcini, «La rieducazione del condannato: un'irrinunciabile utopia? Riflessioni sul carcere, ricordando Vittorio Grevi», in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7 dicembre 2011, 6-7, https://www.penalecontemporaneo.it/upload/La%20rieducazione%20del %20condannato_Dolcini_Pavia.pdf. A proposito del clima di violenza purtroppo spesso insito nelle carceri, ed ad alcune testimonianze, cfr. il capitolo dedicato in Manconi et al., *op. cit.*, 36–51, che sottolinea tra l'altro come il problema dei suicidi non coinvolga soltanto i detenuti, ma anche un allarmante numero di agenti di polizia penitenziaria.

⁵⁷ Nonostante i "messaggi populisti", si conferma come più tempo gli stranieri passano nel Paese, più creano comunità integrate, rendendo meno favorevole il ricorso alla delinquenza, Associazione Antigone, «Stranieri in carcere: il grande bluff populista», a cura di Patrizio Gonnella, in *Un anno in carcere – XIV rapporto sulle condizioni di detenzione a cura di Associazione Antigone*, 2018, http://www.antigone.it/quattordicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/wp-content/uploads/2018/06/XIVrapporto-sulle-condizioni-di-detenzione-stranieri-in-carcere.pdf

⁵⁸ La maggiore difficoltà all'accesso deriva probabilmente a causa delle minori risorse economiche, linguistiche, tecniche e sociali, mentre l'assenza di un numero adeguato di interpreti, traduttori e mediatori culturali induce all'isolamento, alla non conoscenza, e alla non attivazione di percorsi verso l'esterno, *Ivi*, 7.

un maggiore uso delle espulsioni⁵⁹.

È ormai dato comune che l'utilizzo delle misure alternative, o comunque di sanzioni penali "aperte alla comunità esterna" produca un miglioramento dei tassi di recidiva, rispetto alla pena detentiva classica⁶⁰. Nonostante l'incremento avvenuto a partire dal 2014, rispetto ad altri stati europei, l'Italia risulta in forte ritardo quanto al ricorso alle sanzioni alternative nel loro complesso, sia come elaborazione dottrinale, sia nel loro utilizzo numerico⁶¹. Il numero delle condanne a pene brevi è infatti abbastanza elevato: il 4,9% dei detenuti è in carcere per condanne fino ad un anno, e la percentuale sale al 7,1% se si considerano i soli stranieri⁶². Problema fondamentale, anche riguardo alla effettiva efficacia delle misure, è anche la cronica scarsità delle risorse stanziate per le misure alternative e, in generale, per l'esecuzione penale esterna⁶³. Le linee programmatiche del ministero della Giustizia dichiarano tuttavia di voler promuovere le alternative alla detenzione⁶⁴, ma per vedere se questo si realizzerà e in che misura, aspetteremo la prova dei fatti.

^{59 &}quot;Occorre, tuttavia, precisare che il problema del sovraffollamento può essere efficacemente affrontato anche creando le condizioni affinché i detenuti stranieri, che rappresentano una percentuale significativa della popolazione carceraria, possano espiare la pena nelle carceri dei paesi di provenienza. Proprio in tale direzione si sta muovendo l'azione di questo Dicastero, impegnato ad avviare e proseguire percorsi volti a sottoscrivere trattati e/o accordi bilaterali per agevolare e semplificare il trasferimento dei detenuti al fine dell'esecuzione penale nello Stato di provenienza", *Relaz. Ministro della Giustizia 2019*, cit., 114.

⁶⁰ È noto l'esito dello studio condotto dal DAP nel primo decennio di questo secolo dal quale è risultato che il condannato che espia le pena in carcere torna a delinquere nel 68,4 % dei casi, laddove chi ha fruito di misure alternative alla detenzione ha un tasso di recidiva del 19%, che si riduce all'1% tra coloro che sono stati inseriti nel ciruito produttivo; cfr. Fabrizio Leonardi, «Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale e abbattimento della recidiva», in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n. 2, Ministero della Giustizia, Roma 2007, 7 ss. Si segnala più recentemente lo studio di Grazia Mannozzi, *Tipi sanzionatori e modelli sospensivi del processo: le ricadute sui tassi di recidiva*, in Alessandro Bernardi e Marco Venturoli, a cura di, *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena e di esecuzione nell'esperienza comparata* (Napoli: Jovene editore, 2018), 220 ss., riguardo gli effetti positivi riscontrati, in termini di recidiva, che derivano dall'espiazione della pena in un carcere "aperto", come quello milanese di Bollate.

⁶¹ Riguardo alle alternative il nostro paese si trova tuttora in una posizione di "retroguardia", in questo favorito dall'atteggiamento di diffidenza della pubblica opinione, la scarsa considerazione della scienza penale in ambito accademico e la tradizionale carenza di sinergie tra i giuristi e i soggetti portatori di altre competenze. Alessandro Bernardi, «L'evoluzione in Europa, 44 ss.

⁶² Relaz. Antigone sui detenuti, cit., 4.

⁶³ Bortolato, op. cit., 1524; Manconi, op. cit., 61 ss.

^{64 &}quot;L'esperienza degli operatori del settore conferma quindi che le ricadute benefiche, anche in termini di efficacia, effettività e speditezza dell'esecuzione, suggeriscono di indirizzare le linee operative dell'Amministrazione in un'ottica di sempre maggiore valorizzazione delle potenzialità dell'esecuzione penale esterna", Sintesi della Relazione del Ministro sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2019, ai sensi dell'art. 86, R.D. 30 gennaio 1941, n.12, 131, al link: https://www.gnewsonline.it/wp-content/plugins/download-attachments/includes/download.php? id=7651.

2 La necessaria riforma

2.1 Necessità di riforma organica del codice penale secondo il principio dell'extrema ratio

In questa crisi del sistema, è ormai chiaro che una decisa e indifferibile riforma penitenziaria non può prescindere da una compiuta rivisitazione del catalogo sanzionatorio⁶⁵. Troppo tempo è passato nelle more di una vera riforma complessiva, che riuscisse a dare sistematicità e ordine non solo nel momento esecutivo, ma anche al livello sostanziale e processuale. Numerosissimi sono stati i tentativi di riforma⁶⁶, ciononostante abbiamo ancora un codice penale, che nella carta, è lo stesso del 1930⁶⁷, mentre parte rilevanti della normativa si trovano in leggi speciali. Nel corso degli anni il legislatore italiano si è limitato ad apportare modifiche del codice, ma non ha mai attuato una revisione generale dello stesso che individuasse i valori meritevoli di essere tutelati con una sanzione penale, che precisasse le fattispecie e che ammodernasse il sistema delle sanzioni⁶⁸. I difetti e le incongruenze del sistema rendono ora il nostro ordinamento penale privo di una logica univoca, inadeguato a seguire gli scopi che si prefigge.

Il punto di partenza dovrebbe consistere in una riforma della parte speciale, che ritrovi la ragionevolezza sanzionatoria e il rispetto dei principi di offensività in astratto, proporzionalità e sussidiarietà del diritto penale⁶⁹, tendente nel complesso a invertire la situazione di ipertrofia penale, attraverso un minor numero di fattispecie di reato e una diminuzione dei minimi edittali⁷⁰.

Punto di partenza di un nuovo sistema deve essere comunque il superamento della logica carcerocentrica, poiché solo così sarà infatti possibile concepire l'istituzione

⁶⁵ Florio, op. cit. 1521.

⁶⁶ Si ricordano negli ultimi vent'anni: il progetto Pagliaro del 1988, il progetto Riz del 1994, il progetto Grosso del 1998, il progetto Nordio del 2001, il progetto Pisapia del 2006 e, il progetto Palazzo del 2013. Da ultimo si ricorda la Commissione Marasca istituita il 3 maggio 2016, riguardante la riforma della parte speciale - Commissione di studio per l'elaborazione dello schema di decreto legislativo per un riordino della parte speciale del codice penale Scheda di sintesi, marzo 2017 https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/Marasca_relazione_3mag2016.pdf

A questo proposito sarebbe interessante sapere cosa ne penserebbe oggi Marinucci, che nel '74 non avrebbe mai scommesso altri 40 anni di vita legislativa del codice Rocco, Giorgio Marinucci, «Politica criminale e riforma del diritto penale», in *Jus: rivista di scienze giuridiche*, 1974, 465.

⁶⁸ Si rimanda per approfondire alla *relaz. della commissione Marasca*, cit.

⁶⁹ Donini, *op. cit.*, 1198 ss., si riferisce ad esempio a istituti come il concorso di persone e le fattispecie di responsabilità oggettiva, figure che "inquinano" il principio di colpevolezza.

⁷⁰ *Ibidem;* Manconi et al., *op. cit.*, 85-87; Pellissero, «La crisi del sistema sanzionatorio», cit., 263, che auspica un diritto penale "minimo", o quanto meno ridotto; Romano, *op. cit.*., 9 ss., sottolinea inoltre l'importanza di una maggiore attenzione allo stile legislativo, partendo dalla chiarezza e dalla comprensibilità delle disposizioni, per ridurre il lavoro ermeneutico chiesto agli operatori.

carceraria come luogo di rieducazione e non più meramente contenitivo⁷¹. "Mai come oggi la pena carceraria si trova ad essere 'contestata' in modo così radicale", dall'analisi dei dati, dall'esperienza storica e dalle valutazioni pressoché unanimi della dottrina, è ormai chiaro che il carcere è qualcosa che non funziona, non produce sicurezza né risocializzazione, ma anzi amplifica i problemi. Con la consapevolezza della sua permanente relazione con la struttura sociale⁷³, il carcere si condensa ancora in una logica vendicativa⁷⁴, che traduce la violenza nelle forme di esclusione e segregazione⁷⁵.

È purtroppo vero che, nella sua genericità, l'uso del termine *extrema ratio* è spesso abusato⁷⁶: il difetto di univocità inficia l'efficacia e la forza del principio che, nella sostanziale insindacabilità delle scelte polico-criminali⁷⁷, rischia spesso di diventare una regola vuota, anche per la sua inidoneità ad utilizzarlo come criterio di legittimità costituzionale al di fuori dei limiti di ragionevolezza⁷⁸. Seppur nell'attuale momento storico-culturale è forse troppo presto per abbandonare definitivamente la pena detentiva, è sicuramente certo che il suo utilizzo deve essere quanto il più possibile ridotto, riservandolo solo quando sia indispensabile per la tutela dalle aggressioni ai beni giuridici fondamentali⁷⁹.

La spinta della riduzione dell'area penale opera, generalmente, attraverso interventi di depenalizzazione o, in alcuni casi, di decriminalizzazione. Per quanto questi (rari) interventi di depenalizzazione siano tendenzialmente da applaudire, la trasformazione generalizzata di reati in illeciti amministrativi necessita di alcune riflessioni, sia riguardo l'effettività sanzionatoria, sia riguardo alla conseguenza che alla fuoriuscita dal diritto penale si accompagnano minori garanzie⁸⁰. Tuttavia, visto la tendenza attuale di

⁷¹ Florio, *op. cit.*, 1521.

⁷² Roberto Bartoli, *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, in *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa*, cit., 185.

⁷³ Queste considerazioni sono state in parte affrontate nel primo capitolo. Per un approfondimento, si rimanda, tra tutti, a Michael Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (Torino: Einaudi, 1976), 299 ss.

⁷⁴ V. retro, cap. IV, 1.1, n. 16.

⁷⁵ Cfr. Gustavo Zagrebelsky, *Postfazione*, in *Abolire il carcere*, cit., 107 ss.; Bartoli, *Il carcere come extrema ratio*, cit, 188–93, secondo il quale l'attuale modello si pone in netto contrasto con il diritto penale "inclusivo" forgiato dal moderno costituzionalismo.

⁷⁶ Fiandaca, *ivi*, 265.

⁷⁷ V. retro, 1.1.

⁷⁸ Gargani, op. cit, 1492-1493.

⁷⁹ La dottrina è praticamente unanime riguardo la necessità di ridurre il campo della pena carceraria, senza pretese di esaustività riportiamo, tra gli autori già citati, Zagrelbesky, *op. cit.*, 116-117; Bartoli, *Il carcere come extrema ratio*, cit., 193-94; Romano, *op. cit.*, 10; Trapani, *op. cit.*, 1703; Fiandaca, *op. cit.*, 342-345.

⁸⁰ Dubbi sull'effettività vengono posti da Pellissero, «La crisi del sistema sanzionatorio», cit., 264-265,

attrarli nell'ambito delle garanzie del diritto penale⁸¹, ci si chiede se la promozione degli illeciti amministrativi abbia ancora senso, visto che bisogna in qualche modo distinguerli dal diritto penale: o negando le garanzie proprie a quest'ultimo o attraverso la creazione di un "sistema amministrativo punitivo" autonomo⁸².

È da segnalare l'intervento di depenalizzazione e di abrogazione di reati operato nei decreti legislativi nn. 7 e 8 del 2016, oggetto della legge delega n. 67/2014, basata sui lavori della Commissione ministeriale presieduta dal Prof. Francesco Palazzo⁸³. La novità di questo intervento risiede nel fatto che accanto a reati trasformati in illeciti amministrativi puniti con sanzioni pecuniarie, altri, come l'ingiuria, vengono degradati in una nuova forma di illecito civile, sanzionato, oltre che con il risarcimento del danno, con una sanzione pecuniaria civile (simile ai *punitive damages* dei sistemi di *common law*). La creazione di questa nuova categoria è stata apprezzata, poiché idonea a coprire illeciti di natura squisitamente privata (e per questo naturalmente soggetti a querela), permettendo di ottenere effetto deflattivo già nella fase sia delle indagini preliminari; bisogna tuttavia considerare il rischio che si traduca in una sorta di monetizzazione della tutela, con risultati potenzialmente discriminatori⁸⁴.

Oltre alla riduzione dell'area del diritto penale, applicazione nodale del principio dell'*extrema ratio* deve essere la predisposizione di sanzioni principali differenti dalla pena detentiva⁸⁵.

Impostazione questa che non è nuova, ma che è già da tempo proposta dalla dottrina ⁸⁶, e presente anche negli ultimi progetti di riforma del sistema sanzionatorio ⁸⁷. Le proposte

secondo il quale in alcuni settori, ad esempio quello urbanistico, gli illeciti amministrativi scontano una ridotta efficacia, anche a causa di eccessiva "vicinanza" tra amministratori e violatori delle norme.

⁸¹ Essendo anche gli illeciti amministrativi riconducibili alla nozione sostanziale e trasversale di "materia penale", elaborata dalla corte di Strasburgo, in riferimento agli artt. 6 e 7 CEDU, Gargani, *op. cit.*, 1502.

⁸² Più approfonditamente, ivi, 1503-1505.

⁸³ Schema e relazione finale del progetto sono consultabili sul sito del Ministero della Giustizia al link: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_36_0.page;jsessionid=zOX2N-LaQysgJ+8FEw0LdwAX? facetNode_1=0_10_17&contentId=COS119205&previsiousPage=mg_1_36

⁸⁴ Gargani, op. cit., 1500-2.

⁸⁵ Come già avviene nell'ambito di competenza del giudice di pace.

⁸⁶ Tra i molti, ricordiamo già Luciano Eusebi, «Tra crisi dell'esecuzione penale e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio: il ruolo del servizio sociale», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 2 (1992): 493–513; e Paolo Pittaro, *La sanzione penale come realtà giuridica in divenire*, in Adonella Presutti, a cura di, *Esecuzione penale e alternative penitenziarie* (l. 27 maggio 1998 n. 165), (Padova: Cedam, 1999), 265-268.

⁸⁷ L'art. 1, rubricato "Pene principali per i delitti: specie" del Progetto della Commissione Palazzo, disponeva: "Prevedere che siano stabilite per i delitti le seguenti specie di pene principali: 1) la multa; 2) la pena prescrittiva; 3) la detenzione domiciliare; 4) la detenzione; 5) la detenzione speciale; 6) l'ergastolo", *Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di*

volgono soprattutto sulla promozione della detenzione domiciliare a sanzione principale, o sull'introduzione delle sanzioni interdittive, seppur quest'ultime sarebbero per loro natura necessariamente limitate ad un utilizzo circoscritto⁸⁸.

In ogni caso, la scelta di punire una condotta con una pena piuttosto che un altra potrebbe già essere predisposta al livello edittale, al fine valorizzare il profilo criminologico corrispondente alle varie fattispecie di reato⁸⁹; allo stesso tempo si potrebbe permettere una decarcerizzazione, aumentando il limite minimo per l'applicazione della pena detentiva (oggi di 15 giorni), escludendola a priori al di sotto di quella soglia⁹⁰. Ma è soprattutto in fase di commisurazione che le pene non detentive potrebbero avere maggiore rilevanza, permettendo al giudice, in piena applicazione del principio di rieducazione, la scelta della pena più idonea anche sulla base delle considerazioni criminologiche sull'autore⁹¹: esempio di applicazione potrebbe essere l'introduzione su larga scala delle *comminatorie alternative di pena* sul modello tedesco⁹².

Da qui ci colleghiamo all'idea della trasformazione delle attuali misure alternative in sanzioni principali, prospettiva che si riflette anche nel campo terminologico, volto a superare la logica dell'"alternatività". In linea con la normativa europea, il tavolo 12 degli Stati Generali⁹³ proponeva il cambio di lessico da "alternative" alla detenzione, a

riforma del sistema sanzionatorio penale, dicembre 2013, https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1392021132Comm_Palazzo.pdf

⁸⁸ Pellissero, «La crisi del sistema sanzionatorio», cit., 263, in alcuni settori, come ad esempio la responsabilità medica o lesioni non gravi da circolazione stradale, potrebbero essere più efficaci di pene brevi, spesso nella prassi sospese; cfr. *Schema riforma Comm. Palazzo*, cit., 7.

⁸⁹ Differenziando in questo modo i condannati a seconda del "tipo" di reati commessi, Trapani *op. cit.*, 1717. Riflessioni simili erano già presenti in Eusebi, *op. cit.*, 496-498 e 504 ss., secondo il quale in questo modo si risolverebbero anche molte delle difficoltà attinenti alla formulazione dei giudizi prognostici, mentre il servizio sociale, liberatosi dal ruolo di controllo, potrebbe dedicarsi totalmente al ruolo di aiuto.

⁹⁰ Bartoli, *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, cit., 195, propone un minimo di due anni; lo stesso principio è presente nel progetto Palazzo: "siffatta soluzione è parsa, infatti, alla Commissione l'unico modo per dare reale spazio alle pene non carcerarie mediante la creazione di una sorta di sbarramento, la soglia dei due anni appunto, che impedisca la coesistenza di pene non carcerarie e carcerarie sulla stessa fascia bassa di criminalità, con perenni tentazioni di 'passaggio' dalle une alle altre o di 'reviviscenza' di quelle carcerarie", *Schema riforma Comm. Palazzo*, cit., 5, idea questa che si è tradotta in parte nel potenziamento, previsto dalla l. 67/2014, della detenzione domiciliare ex l. 199/2010 (retro, cap III, 2.5). Il rifiuto delle pene carcerarie brevi già nella fase edittale del resto è proposta vecchia più di cento anni, come da insegnamento di Von Liszt (*retro* cap. II, 2.1, n. 55).

⁹¹ Trapani, *op. cit.*, 1717-18, nell'esempio dei reati commessi da "colletti bianchi", che non derivano da problemi di socializzazione, la funzione "rieducativa" potrebbe maggiormente funzionare tramite una pena detentiva, con la semplice *afflizione-intimidazione*.

⁹² Emilio Dolcini, «Superare il primato del carcere: il possibile contributo della pena pecuniaria», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2018, 424–25.

⁹³ Cfr. la relazione finale, par. 3, del Tavolo n. 12 "Misure e sanzioni di comunità",

"misure e sanzioni di comunità", in un'ottica volta ad invertire il paradigma del carcere come regola, concependolo invece eccezione⁹⁴. Una eventuale riforma del sistema sanzionatorio che preveda le alternative come sanzioni principali è una prospettiva promettente, anche se bisogna considerare le difficoltà che ne deriverebbero riguardo il momento della commisurazione. È infatti arduo poter ipotizzare di affidare al giudice di cognizione le valutazioni riguardanti la personalità e pericolosità, già complesse per il tribunale di sorveglianza, finalizzate scelta della sanzione alternativa⁹⁵. Da lì nascerebbe forse la necessità di fare propria quella corrente di pensiero che propugna l'opportunità di incamminarsi con decisione verso il cosiddetto "processo bifasico": che riservi al giudice di cognizione, quindi *del fatto*, il giudizio sulla responsabilità, lasciando ad altro giudice "della pena", la sua determinazione; giudice questo che sarebbe libero di approfondire tutte le valutazioni necessarie anche derivate dal fatto così come accertato dal primo giudice⁹⁶.

Tra le proposte ricordiamo infine il potenziamento dell'istituto della confisca, "a considerazione dell'ormai acquisita sua natura pluridimensionale", non solo sanzionatoria, ma anche con funzione "di riequilibrio economico rispetto all'illecito arricchimento prodotto dal reato".

2.2 Alcune proposte concrete riguardo le alternative

Nell'attesa di una riforma più ampia, per la quale sarebbe necessario un contesto politico-culturale differente⁹⁸, è forse il caso di concentrare l'attenzione su interventi di riforma del sistema che migliorino l'esistente senza sovvertirlo: agire sul piano pratico verso il potenziamento e il miglioramento delle misure alternative. Del resto indicazioni in tal senso, vengono anche dalla prassi e dalla legislazione europea⁹⁹, da ultimo, con la "Raccomandazione R(2017)3 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sulle regole

https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/sgep_tavolo12_relazione.pdf

⁹⁴ Bortolato, op. cit., 1529

⁹⁵ Ivi, 1530.

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ Cfr. *Schema riforma Comm. Palazzo*, cit., 9; cfr. in merito il lavoro della Commissione Marasca sulla "rivisitazione della materia della confisca da inserire nella parte generale del codice penale", che suggerisce di "imboccare una corsia preferenziale e completamente autonoma per la riscrittura unitaria di questo istituto, ormai disseminato anche in numerose norme di parte speciale del codice e leggi speciali, oltre che soggetto a interventi sovranazionali di indubbio rilievo e novità", *Relaz. Comm. Marasca*, cit.108 ss.

⁹⁸ Dolcini, «Superare il primato del carcere: il possibile contributo della pena pecuniaria», cit., 395–96.

⁹⁹ Bernardi, *L'evoluzione in Europa delle alternative alla pena detentiva*, cit.; idem, «L'evoluzione in Europa delle alternative alla pena detentiva tra comparazione e impulsi sovranazionali», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2016, 52-95.

europee sulle misure e sanzioni di comunità" 100.

Riguardo le misure alternative, sarebbe innanzitutto necessario rivedere la disciplina dei limiti di accesso, al fine di eliminare la maggior parte degli automatismi e delle preclusioni, da preservare solo nei casi di eccezionale gravità o pericolosità; previsione questa, contenuta anche nel progetto Giostra¹⁰¹. Con uno sguardo più ampio, sarebbe fondamentale intervenire riguardo i criteri di concessione in generale. Punto debole della normativa è infatti da sempre la carenza dei contenuti, essendo le alternative concedibili sulla base di presupposti scarsamente tassativi: seppur permetta al tribunale di sorveglianza maggiore elasticità nella valutazione, questa eccessiva discrezionalità mina comunque il principio di certezza della pena¹⁰². I difetti si evidenziano anche nelle stesse valutazioni prognostiche, che nella carenza di figure specializzate, come psicologi e criminologi, sono necessariamente limitate alla sola analisi dei dati fattuali (casa, famiglia, lavoro), penalizzando proprio le categorie svantaggiate¹⁰³. Allo stesso tempo, la qualità e la tempestività degli interventi è pregiudicata dalle carenze amministrative e dall'eccessivo carico di lavoro che grava sui tribunali e sugli UEPE; scontando, nella prassi, una eccessiva formalizzazione-burocratizzazione¹⁰⁴. Per risanare queste problematiche, oltre che indispensabili miglioramenti di natura organizzativa (riguardo fondi, personale, opportunità lavorative, anche in relazione alle differenze tra Nord e Sud), sarebbe necessaria una riorganizzazione legislativa che ponga criteri più precisi per lo meno riguardo l'accesso alle misure¹⁰⁵.

In riferimento ai contenuti dell'affidamento in prova, è necessario spingere maggiormente verso l'obiettivo di risocializzazione, riducendo le prescrizioni che attengono alla fase del controllo - prevenzione della recidiva, concentrandosi piuttosto sugli obblighi positivi, ad esempio riguardo i rapporti con la vittima. Inoltre, la concreta possibilità di intervento del servizio sociale è spesso inficiata dalla breve durata della prova, coincidente con quella della pena inflitta; per questo è da valutare la proposta di ispirarsi agli istituti di altri ordinamenti, come il *sursis* francese o la messa alla prova

¹⁰⁰ Il cui testo è consultabile al link: https://rm.coe.int/cm-rec-2017-3-it-final/1680765e56

¹⁰¹ Bortolato, *op. cit.*, 1528; contro la permanenza dell'"anacronistico" doppio binario, cfr. Florio, *op. cit.*, 1520-21.

¹⁰² Sul punto, cfr. Trapani, op. cit., 1706 ss.

¹⁰³ Bortolato, op. cit., 1526-27; Nicola Mazzamuto, Ridentem dicere verum: quid vietat? Il sistema sanzionatorio e penitenziario italiano "messo alla prova" dopo la sentenza Torreggiani, in La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa, cit., 132–33.

¹⁰⁴ Mazzamuto, *ivi*, 122-124; Florio, *op. cit.*, 1520. Queste considerazioni erano già presenti in Paolo Pittaro, *La sanzione penale come realtà giuridica in divenire*, in *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, cit., 260-261.

¹⁰⁵ Trapani, op. cit., 1710 ss.

tedesca, che sono sganciate dalla pena inflitta e prevedono una durata solo compresa da un minimo ad un massimo¹⁰⁶.

A proposito della detenzione domiciliare, è ormai noto come sia priva di contenuti risocializzativi ma sia principalmente rivolta alla funzione umanitario-deflattiva. Se del ruolo svolto dalla detenzione domiciliare non si può realisticamente fare a meno, è tuttavia necessario che essa venga conciliata con la finalità rieducativa della pena e con il principio di uguaglianza¹⁰⁷. Non si vede perché la rieducazione/trattamento deve avvenire per forza in carcere e non anche nel domicilio¹⁰⁸: stesse indicazioni sembrano arrivare anche dal Ministero, il quale sottolinea come sia "sempre più evidente la necessità che la detenzione domiciliare si arricchisca di elementi di risocializzazione, anche al fine di ridurre i rischi di recidiva", sostenendo "azioni di miglioramento nella gestione della detenzione domiciliare, anche per la costruzione di opportunità che consentano il 'traghettamento' da tale misura, più restrittiva, verso l'affidamento in prova al servizio sociale, appena possibile" 109.

Per quanto riguarda la compatibilità col principio di uguaglianza, non è semplice fare in modo che la pena in domicilio abbia un contenuto ugualmente afflittivo per tutti i condannati¹¹⁰; ma partendo dalle basi, è comunque ormai imprescindibile che si pongano in essere luoghi dove i soggetti senza dimora o con dimora non adeguata possano scontare comunque la pena¹¹¹.

Infine, al di là della posizione da destinare nell'ordinamento alla pena domiciliare, se come alternativa o come sanzione principale¹¹², è sicuramente doverosa la riorganizzazione della disciplina, se, come si ci rende conto (v. *retro*, cap. III, 2) all'interno dell'ordinamento esistono attualmente sei diverse tipologie di detenzione domiciliare, ciascuna con contenuti e presupposti differenti.

Sempre in prospettiva de iure condendo, è da valorizzare la pena pecuniaria principale,

¹⁰⁶ Bortolato, op. cit., 1526-27.

¹⁰⁷ Marco Pellissero, «La detenzione domiciliare: i vantaggi in chiave deflattiva e il problema dell'offerta trattamentale», in *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa*, cit., 251.

¹⁰⁸ David Brunelli, *Qualche riflessione sulla pena al domicilio all'indomani del mancato esercizio della delega*, in *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa*, cit., 269 ss.

¹⁰⁹ *Relaz. Ministro della Giustizia 2019*, cit., 139 ss., che riferisce inoltre di sperimentazioni avvenute nel corso del 2018, ad opera di alcuni UEPE, di progetti di socializzazione a favore dei detenuti domiciliari, anche con un maggiore coinvolgimento delle associazioni di volontariato.

¹¹⁰ Brunelli, *op. cit.*, 271 ss., secondo cui il modello ideale deve permettere al giudice, per lo meno nella fascia di reati di gravità medio-alta, la scelta della alternativa pena carceraria-pena domiciliare in fase di commisurazione, in base alle sue valutazioni sull'autore di reato.

¹¹¹ Marco Pellissero, La detenzione domiciliare, cit., 256.

¹¹² Per le differenze tra le proposte, cfr. ivi, 252 ss.

il cui ricorso in Italia, anche storicamente (*retro*, cap I, 2.2 e 2.3), si attesta su livelli modesti, e non solo per la concorrenza che multa e ammenda soffrono da parte della sanzione pecuniaria amministrativa¹¹³. Il problema principale riguarda l'effettività: se si guardano i numeri dell'esecuzione, quelle pagate senza esecuzione forzata rappresentano appena l'1%, quelle eseguite (anche con esecuzione forzata), il 3%¹¹⁴. Questo in "imbarazzante deficit di effettività"¹¹⁵, si rileva anche riguardo la pene pecuniarie sospese¹¹⁶. Per restituire un ruolo fondamentale alla pena pecuniaria, strumento sanzionatorio "classico", si può innanzitutto partire, come consiglia Dolcini, con la generalizzazione della pena pecuniaria per "tassi", previsto finora per la sola sanzione pecuniaria sostitutiva¹¹⁷.

Aspettando la riforma di domani, è probabile che sia giunto il momento di mettere in discussione la sospensione condizionale. Strumento "classico" di decarcerizzazione, la dottrina da un lato ne stigmatizza l'uso distorto, per via del pregiudizio che essa reca alle esigenze di prevenzione generale e speciale; dall'altro lato ne riconosce l'ineliminabilità, essendo evidente che il sistema non reggerebbe il riassorbimento delle condanne detentive sospese¹¹⁸. La sua attuale fisionomia tuttavia diviene sempre più irragionevole, vista la coesistenza di altri istituti sospensivi come l'affidamento in prova e da ultimo la sospensione del procedimento con messa alla prova, che a differenza della sospensione condizionale, sono dotati di maggiori contenuti risocializzativi. Per questo buona parte della dottrina ipotizza di concentrare tutte le ipotesi di *probation* ponendole in fase di cognizione, affiancandola ad una sospensione "vuota" in sede di condanna¹¹⁹. In un'ottica di razionalizzazione complessiva, quest'ultima fattispecie sospensiva, destinata alle condanne più lievi, potrebbe essere applicata in maniera automatica, col semplice scopo di reprimenda morale¹²⁰; oppure subordinandola a

¹¹³ Dolcini, «Superare il primato del carcere: il possibile contributo della pena pecuniaria», cit., 401.

¹¹⁴ *Ivi*, 402 ss, sottolinea come il mancato pagamento non comporta sistematicamente la conversione per insolvibilità, a causa di una procedura "farraginosa e complessa", che difetta di comunicazione tra organi di riscossione e autorità giudiziaria. Tutto ciò comporta naturalmente anche una perdita consistente nel bilancio dello Stato.

¹¹⁵ Angela Della Bella, Un viaggio tra le misure sospensive: i nodi da sciogliere in attesa della promessa riforma del sistema sanzionatorio, in La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa, cit., 242–43.

¹¹⁶ La pena pecuniaria sospesa è sanzione "priva di efficacia", e sarebbe pertanto necessaria la sua esclusione, Dolcini, «Superare il primato del carcere: il possibile contributo della pena pecuniaria», cit., 421; della stessa idea Della Bella, *ibidem*. Sempre Dolcini, *ivi*, 404-405, evidenzia inoltre che il dato delle pene pecuniarie sospese (come tra l'altro anche di quelle detentive), rimane da sempre un incognita, visto che non è presente nel sito del Ministero.

¹¹⁷ Dolcini, ivi, 416 ss.

¹¹⁸ Della Bella, *Un viaggio tra le misure sospensive*, cit., 230–32.

¹¹⁹ Ivi, 240 ss.

¹²⁰ In questo senso Bartoli, Il carcere come extrema ratio, cit., 199 ss.

2.3 Potenzialità del paradigma riparativo

Si è già parlato nel precedente capitolo delle inadeguatezze del diritto penale a risolvere le esigenze della vittima, e di come la *restorative justice* offre uno sguardo diverso alla risoluzione dei problemi del diritto penale. Concordemente al principio di *extrema ratio*, la giustizia riparativa, attraverso modalità applicative che subordino la pena alla ristorazione del danno o alla riconciliazione tra vittima e reo, offre inoltre opportunità di deflazione mediante la "privatizzazione" del conflitto penalistico¹²². Questo approccio è d'altronde congruente con una visione "moderna" della Costituzione, nel quale lo Stato, lontano da una visione "paternalistica", non deve necessariamente sostituirsi ai cittadini, ma, nel rispetto della loro libertà e responsabilità, lasciare loro spazi per risolvere i propri conflitti, anche penali¹²³. Questa accezione si riferisce ovviamente a strumenti che operano prima della condanna penale (*retro*, IV, 1.2), che, ponendosi come premessa in relazione alla pena, possano "superare il 'polifinalismo' verso una sussidiarietà penale integrata"¹²⁴.

Oltre alle potenzialità nella prospettiva di ultima ratio, la giustizia riparativa può offrire molto riguardo gli scopi di risocializzazione-rieducazione, *in primis*, come controllo della recidiva. Pur se la riduzione della recidiva non costituisca un obiettivo primario di queste pratiche, studi suggeriscono come vi siano dei rilevanti effetti positivi, in termini di controllo della recidiva, riguardo i condannati che in fase di esecuzione abbiano partecipato a programmi di giustizia riparativa, come *victim impact panels* e *victim empathy groups*, anche per reati gravi¹²⁵.

Delle potenzialità del paradigma riparativo, anche in termini di prevenzione generale e di percezione della difesa sociale, ci convincono anche alcuni recenti studi sulle neuroscienze; i quali suggeriscono che lungi dal possedere una psicologia punitiva profondamente retributiva, le persone siano principalmente interessate all'effettività della pena, e quindi ad una trasformazione del trasgressore, in perfetto accordo alle aspirazioni della teoria della prevenzione-riparazione¹²⁶.

¹²¹ Ibidem; Donini, op. cit., 1206 ss.

¹²² Gargani, op. cit., 1498-1500.

¹²³ Bartoli, *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, cit., 192–93.

¹²⁴ Donini, op. cit., 1210-13

¹²⁵ Howard Zehr, The Little Book of Restorative Justice (Intercourse, PA: Good Books, 2002), 8 ss.; Mannozzi, *Tipi sanzionatori e modelli sospensivi nel processo*, cit., 222 ss.

¹²⁶ Maria Beatrice Magro, «Neuroscienze e teorie "ottimiste" della pena: Alla ricerca del fondamento ontologico dei bisogni di pena», in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 10 (2018): 203-205.

Consapevoli delle problematiche teoriche e applicative della giustizia riparativa (*retro*, cap. IV, 2.2), riteniamo che sia comunque necessario operare il potenziamento degli strumenti di *restorative justice* non soltanto in fase di cognizione, nella forma della mediazione penale o all'interno di istituti sospensivi, ma anche in fase di esecuzione, dove, come abbiamo visto, potrebbero a pieno fare parte del processo risocializzativo.

CONCLUSIONI

Ripercorrendo il percorso di questa trattazione, abbiamo visto come il carcere abbia assunto il ruolo di pena generalizzata, e di come in poco tempo questo si sia rivelato inadeguato ai suoi scopi generando la necessità di alternative. Il modo in cui nell'ordinamento italiano si è concretizzata la "fuga dalla pena detentiva", e di come questa sia stata alternata a politiche securitarie e repressive, ha prodotto, come abbiamo visto, una legislazione estremamente complessa e contraddittoria, che non ha mai abbandonato al suo interno il ruolo centrale della pena carceraria.

Nonostante sembra avere perso da tempo ogni connotato di scientificità e razionalità¹, il carcere rimane dunque ancora il protagonista, in un particolare momento storico che conosce un diffuso "neo-retribuzionismo" e una forte esigenza di "moralizzazione sociale"². Mentre nella società contemporanea la scienza penale ha già, di suo, difficoltà a ritrovare il suo ruolo e la sua legittimazione, viene sferzata costantemente da tendenze securitarie e populiste, che banalizzano e distorcono il concetto di giustizia. Nel tempo che assistiamo al crollo della società occidentale tardo-capitalista, la insicurezza e precarietà crescenti, e la definitiva sconfessione delle strategie di governo dei problemi sociali (e quindi della questione criminale), producono terreno fertile per quella che Garland chiamava "cultura del controllo"³, che si illude di recuperare coesione sociale attraverso la demonizzazione dei criminali.

La complessità del momento si nota anche dalla difficoltà nel giungere a una compiuta riforma: ogni volta che si cerca di promuovere le alternative o, in generale, un modello di giustizia lontano da logiche reazionarie, si sollevano cori indignati di chi lo ritiene un attentato alla "certezza della pena" e alla sicurezza sociale, nonostante non sia

Come abbiamo visto (cap. V, 1.3), è ormai chiara la differenza, in termini di impatto sulla recidiva, tra i crimini commessi da ex condannati a seconda che abbiano subito "una pena ciecamente segregativa, orfana di ogni speranza", o "una pena pur severa, ma non insensibile alla loro effettiva partecipazione ad un progetto di riabilitazione che li abbia preparati a rientrare nella società civile, con l'intento e la capacità di viverci come avrebbero dovuto". Quindi il senso di ragionevolezza, anche solo dal punto di vista pratico, dovrebbe spingere lo Stato alla promozione di queste opportunità, da cui la collettività "trae un beneficio molto significativo", Glauco Giostra, «La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione», in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 10 (2018): 124.

² Francesco Palazzo, «Crisi del carcere e culture di riforma», in *Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 4 (2017): 7.

³ David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, (Oxford: Oxford University Press, 2001).

dimostrata alcuna correlazione tra il tasso di incarcerazione e il livello di criminalità⁴. Lo stesso progetto di riforma Orlando sulla riforma dell'ordinamento penitenziario, al di là della sua incompleta traduzione in legge, difettava del coraggio necessario ad una riforma veramente globale, ma conteneva numerosi compromessi, e aveva abbandonato, nel corso del dibattito parlamentare, molte delle indicazioni degli Stati Generali cui la legge delega si doveva ispirare⁵.

Proprio gli Stati Generali sono stati, sicuramente, uno dei momenti più luminosi nel panorama del diritto penale degli ultimi anni, che ha ampliato il campo di indagine coinvolgendo diversi portatori di esperienze che non si limitavano al mondo strettamente giuridico, producendo un lavoro, seppur solo in piccola parte concretizzato, che rimane una base di studio utilissima per le riforme di domani⁶. Come sintetizzato da Giostra, nella politica e nella cultura più attenta è infatti maturata la consapevolezza che "ogni sforzo innovativo che voglia incidere in profondità e durevolmente sull'esecuzione penale deve cercare di abbracciarla nella sua poliedrica complessità per intervenire sui piani, intimamente interconnessi, delle norme, delle strutture architettoniche, della formazione professionale, dell'organizzazione del regime penitenziario, del coinvolgimento del territorio nell'esecuzione esterna della pena; deve cercare, soprattutto, di predisporre una sorta di "placenta culturale" che sappia accogliere e nutrire le novità"⁷.

Ed è proprio del coinvolgimento dei cittadini che una riforma non può prescindere: nonostante la tendenziale scarsità di formazione nel diritto, non solo penale, all'interno della società; nonostante stiamo vivendo l'epoca di sfiducia verso le "caste" e dei detentori del sapere; deve essere fatto uno sforzo serio, aprendosi maggiormente alla

⁴ Timori che sembrano provenire da una "oscura spelonca psicologica" abitata da insicurezza sociale, senso di vulnerabilità e paura, Glauco Giostra, «Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale», in *Questione giustizia*, 2014, 2, http://www.questionegiustizia.it/articolo/questione-carceraria-insicurezza-sociale-e-populismo-penale_27-06-2014.php; idem, «La riforma penitenziaria» cit., 122 ss.

In primis, il mancato abbandono del doppio binario penitenziario, mentre, da un punto di vista più pratico, si rilevava il deficit di investimenti economici che dovevano servire alla compiuta attuazione della riforma, Paola Maggio, «La delega in materia penitenziaria», *Archivio della nuova procedura penale* V (2017): 67–68. Al contempo, dando un colpo al cerchio a uno alla botte, la stessa riforma inaspriva le pene carcerarie comminate, oltre che per il reato di scambio elettorale politico-mafioso, per reati "classicamente rappresentativi della criminalità comune, in grado di destare particolare allarme sociale, come il furto in abitazione, il furto aggravato, la rapina, l'estorsione", Chiara Perini, «Prospettive attuali dell'alternatività al carcere tra emergenza e rieducazione», in *Crisi del carcere e interventi di riforma*, cit., 80

⁶ Esprime tutto il dispiacere per la mancata riforma Franco Della Casa, «L'urgenza della riforma penitenziaria: un malinconico anacronismo nell'era della riscoperta centralità del carcere», in *Diritto Penale Contemporaneo*, 25 giugno 2018.

⁷ Giostra, «La riforma penitenziaria», cit.,120.

società, anche mediaticamente, cercando di spezzare il flusso retorico di paura e repressione.

Il diritto penale del futuro, in fin dei conti, non può che essere il riflesso della stessa nostra concezione di Stato, e del modo in cui, attraverso l'interpretazione costituzionale, questo deve rapportarsi coi cittadini. Tutti noi dobbiamo scegliere se vogliamo uno Stato che, ergendosi a paladino della sicurezza, elargisce punizioni per i malfattori, colpendoli dall'alto come Giove coi suoi fulmini; o uno Stato che, partendo dal basso, guida, educa e aiuta tutti i cittadini, che solidalmente si prende carico delle difficoltà e delle disuguaglianze.

A questo proposito ritengo sia ormai imprescindibile il forte contributo che può derivare dagli strumenti della giustizia riparativa. Se è utopico pensare possano sostituire *in toto* tutto il diritto penale, sono innegabili le potenzialità intrinseche per realizzare l'idea del diritto penale, della pena, in particolare di quella detentiva, come *extrema ratio*⁸: la riparazione, soluzione "nuova" e al tempo stesso "antica", volta a riappacificare la società e gli individui, fuggendo da ottiche manichee di bene/male.

⁸ Cfr. Nicola Mazzamuto, «Ridentem dicere verum: quid vietat? Il sistema sanzionatorio e penitenziario italiano "messo alla prova" dopo la sentenza Torreggiani», in *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena e di esecuzione nell'esperienza comparata* (Napoli: Jovene editore, 2018), 120–22. Come ricordava anche Howard Zehr, *The Little Book of Restorative Justice* (Intercourse, PA: Good Books, 2002), 59 ss. bisogna concepire il rapporto tra i due modelli di giustizia come un *continuum* non separato nettamente, e l'obiettivo deve essere tendere sempre di più verso la giustizia riparativa. Un percorso questo che non dimentichi tutte le conquiste della giustizia ordinaria (principio di legalità, giusto processo, rispetto dei diritti umani quali la difesa) ma che tenga conto delle necessità sociali, utilizzando e valorizzando le esperienze delle pratiche antiche e moderne, e adattandole ai contesti socio-culturali.

⁹ Cfr. Gustavo Zagrelbesky, *Postfazione*, in Luigi Manconi et al., *Abolire il carcere: una ragionevole proposta per la sicurezza dei cittadini* (Milano: Chiarelettere, 2015), 118 ss.

BIBLIOGRAFIA

Anastasia, Stefano, e Patrizio Gonella, a cura di. *Inchiesta sulle carceri italiane*. Roma: Carocci, 2002.

Andenaes, Johannes. *Punishment and Deterrence*, Ann Arbor: University of Michigan press, 1974.

Mosconi, Giuseppe, a cura di. La giustizia riparativa: definizioni, interpretazioni, applicazioni: a proposito de lavori del tavolo XIII degli Stati Generali dell'Esecuzione penale in Un anno in carcere – XIV rapporto sulle condizioni di detenzione a cura di Associazione Antigone, http://www.antigone.it/quattordicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/giustizia-riparativa/

Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale. «Due comunicati dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale su recenti modifiche e progetti di riforma del sistema penale: pena carceraria e politiche criminali», in *Diritto Penale Contemporaneo*, 23 novembre 2018. https://www.penalecontemporaneo.it/d/6347-due-comunicati-dell-associazione-italiana-dei-professori-di-diritto-penale-su-recenti-modifiche-e-p.

Bartoli, Roberto. «Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta», in Bernardi, Alessandro e Marco Venturoli, a cura di, in Bernardi, Alessandro e Marco Venturoli, a cura di, *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena e di esecuzione nell'esperienza comparata*, Napoli: Jovene editore, 2018.

——. «Il diritto penale tra vendetta e riparazione», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2016, 96-108.

——. «La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova», in *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 dicembre 2015. https://www.penalecontemporaneo.it/d/4343-la-novita-della-sospensione-del-procedimento-con-messa-alla-prova.

Beccaria, Cesare. *Dei delitti e delle pene*, 1764, edizione a cura di Renato Fabietti, Milano: Mursia, 1973.

Bentham, Jeremy. *Panopticon: Or the Inspection House*, Londra: Thomas Payne and Son, 1791.

Bernardi, Alessandro. «Il costo "di sistema" delle opzioni europee sulle sanzioni punitive» in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2018, 557–94.

———. «L'evoluzione in Europa delle alternative alla pena detentiva», in Bernardi, Alessandro e Marco Venturoli, a cura di, *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena e di esecuzione nell'esperienza comparata*, Napoli: Jovene editore, 2018.

Bernasconi, Alessandro. Affidamento in prova e semilibertà nell'epoca post-rieducativa, in Presutti, Adonella, a cura di, Esecuzione penale e alternative penitenziarie (l. 27 maggio 1998 n. 165), Padova: Cedam, 1999.

Bertoni, Raffaele, Giorgio Lattanzi, Ernesto Lupo, Luciano Violante. *Modifiche al sistema penale: legge 24 novembre 1981 n 689, vol. III, Sanzioni sostitutive*. Vol. III. Milano: Giuffrè, 1982.

Bricola, Franco. «L'affidamento in prova al servizio sociale: "fiore all'occhiello" dell'ordinamento penitenziario» in *La questione criminale*, n. 2–3 (1976), 373-408

———. «Le misure alternative alla pena nel quadro di una nuova politica criminale», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (1977), 13-76.

Brunelli, David. «Qualche riflessione sulla pena al domicilio all'indomani del mancato esercizio della delega», in Bernardi, Alessandro e Marco Venturoli, a cura di, *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena e di esecuzione nell'esperienza comparata*, Napoli: Jovene editore, 2018.

Bruno, Desi. «Strutture carcerarie e trattamento penitenziario», in Bernardi, Alessandro e Marco Venturoli, a cura di, *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena e di esecuzione nell'esperienza comparata*, Napoli: Jovene editore, 2018.

Calabretta, Maria Sabina e Attilio Mari. La sospensione del procedimento (l. 28 aprile 2014, n° 67), in Il Penalista, Officina del Diritto, Milano: Giuffrè, 2014.

Canepa, Mario, e Sergio Merlo. *Manuale di diritto penitenziario*. Quinta ed., Milano: Giuffrè, 1999.

Carrara, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale*, Parte generale, Prato: Giachetti, 1886.

Casaroli, Guido. «Misure alternative alla detenzione», in *Digesto delle discipline* penalistiche, vol. III, 1994.

Cattaneo, Carlo, Di varie opere sulla riforma delle carceri, in Il Politecnico, vol. 3, 1840, 543-582.

Cesaris, Laura. *Esigenze di ordine e sicurezza e ordinamento penitenziario*, Università di Pavia - Biblioteca Delle Scienze (Dispense Online), 2010.

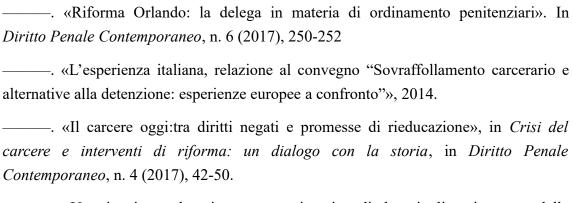
Colao, Floriana. "Un fatale andare". Enrico Ferri dal socialismo all'"accordo pratico" tra fascismo e Scuola positiva. in Birocchi, Italo e Luca Loschiavo, I giuristi e il fascino del regime (1918-1925), RomaTrE-Press, 2016, 129-157.

Coratella, Claudio. «Le misure alternative alla pena: l'affidamento in prova a i servizi sociali», in *Ventiquattrore Avvocato*, n. 2 (febbraio 2018), 48-62.

Cornacchia, Luigi. «Vittime e giustizia criminale», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2013, 1760-93.

Corso, Stefano Maria. «La condotta riparatoria come causa estintiva del reato. Ricadute Processuali», in *Archivio della nuova procedura penale*, 2017, 25-26.

Della Bella, Angela. «Un revirement della Cassazione in tema di doppia sospensione dell'ordine di esecuzione», in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 febbraio 2015, https://www.penalecontemporaneo.it/d/3666-un-revirement-della-cassazione-in-tema-didoppia-sospensione-dell-ordine-di-esecuzione.



———. «Un viaggio tra le misure sospensive: i nodi da sciogliere in attesa della promessa riforma del sistema sanzionatorio», in Bernardi, Alessandro e Marco Venturoli, a cura di, *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena e di esecuzione nell'esperienza comparata*, Napoli: Jovene editore, 2018.

Della Casa, Franco. «L'urgenza della riforma penitenziaria: un malinconico anacronismo nell'era della riscoperta centralità del carcere», in *Diritto Penale Contemporaneo*, 25 giugno 2018, 1–10.

——. «Corte costituzionale e affidamento "anticipato": perfezionamento e rilancio del più recente modello di probation», in <i>Cassazione Penale</i> , 1990, 1448-1455.
——. Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa" anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del "doppio binario", in Grevi, Vittorio, a cura di, L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza, Padova: Cedam, 1994.
Di Gennaro, Giuseppe, Massimo Bonomo, e Renato Breda. <i>Ordinamento penitenziario</i> e misure alternative alla detenzione. Milano: Giuffrè, 1997.
Dolcini, Emilio. La commisurazione della pena. Padova: Cedam, 1979.
——. «La rieducazione del condannato, un'irrinunciabile utopia? Riflessioni sul carcere, ricordando Vittorio Grevi», in <i>Diritto Penale Contemporaneo</i> , 7 dicembre 2011, https://www.penalecontemporaneo.it/upload/La%20rieducazione%20del%20condannato_Dolcini_Pavia.pdf.
——. «La "questione penitenziaria" nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio», in <i>Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale</i> , 2015, 1655-74.
——. «La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione», in <i>Diritto Penale Contemporaneo</i> , n. 2 (2018): 175-181.
——. «Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi domani», in <i>Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale</i> , 2018, 1666-91.
——. «Carcere, problemi vecchi e nuovi», in <i>Diritto Penale Contemporaneo</i> , 19 novembre 2018. https://www.penalecontemporaneo.it/upload/6181-dolcini2018a.pdf .
Dolcini, Emilio, e Carlo Enrico Paliero. <i>Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea</i> . Milano: Giuffrè, 1989.

Donini, Massimo. «Per una concezione post-riparatoria della pena: contro la pena come raddoppio del male», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2013, 1162-1218.

Durkheim, Émile. The rules of sociological method, Parigi: Libraires Félix Alcan, 1895.

Eusebi, Luciano. «Tra crisi dell'esecuzione penale e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio: il ruolo del servizio sociale», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura*

Penale, 1992, 493-513.

Fassone, Elvio. La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria. Bologna: Il Mulino, 1980.

von Feuerbach. Paul Johann Anselm Ritter, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gueltigen peinlichen Rechts, Gießen: Presso Georg Friedrich Heyer, 1812.

Fiandaca, Giovanni. «Il 3° comma dell'art. 27». In *Commentario della costituzione, Rapporti civili, artt. 27 -28*, di Giuseppe Branca e Alessandro Pizzorusso. Bologna: Zanichelli, 1991.

Filangieri, Gaetano. *La scienza della legislazione*, tomo IV, Napoli: Stamperia Raimondiana, 1785.

Filippi, Leonardo, Giorgio Spangher, Maria Francesca Cortesi. *Manuale di diritto penitenziario*, quarta ed., Milano: Giuffrè, 2016

Fiorentin, Fabio. «La conclusione degli Stati Generali per la riforma dell'esecuzione penale in Italia». In *Diritto Penale Contemporaneo*, 6 giugno 2016. https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1465161679FIORENTIN 2016a.pdf.

———. «Ampio accesso a misure alternative, ma il 41-bis resta fuori», in Guida al diritto, n. 32 (29 luglio 2017): 74-82.

— . La riforma penitenziaria, in Il Penalista, Officina del Diritto, Milano: Giuffrè, 2018.

Florio, Carlo. «Alternative alla detenzione e procedimenti di sorveglianza: prospettive de iure condendo», in *Giurisprudenza Italiana*, giugno 2016, 1518-22.

Fornace, Pietro, Mara Teresa Gandini, Paola Velludo. «Riflessioni sul fenomeno della decarcerizzazione conseguente all'applicazione della "Legge Gozzini" con particolare riguardo all'istituto dell'affidamento in prova al servizio sociale senza osservazione e della liberazione anticipata prevista per il periodo trascorso agli arresti domiciliari», in *La Magistratura di sorveglianza, Quad. C.S.M.*, n. 80 (1995): 413-422.

Michel Foucault. Sorvegliare e punire. Nascita della prigione, Torino: Einaudi, 1976.

Gargani, Alberto. «Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità ed utopia», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2018, 1488-1513.

Garlati, Loredana. «Sepolti vivi. Il carcere al tempo delle Pratiche criminali: riti antichi per funzioni nuove», in *Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la*

storia, in Diritto Penale Contemporaneo, n. 4 (2017): 12-27.

Giostra, Glauco. «La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione» in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 10 (2018): 119-125.

——. «Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale». In *Questione giustizia*, 27 giugno 2014. http://www.questionegiustizia.it/articolo/questione-carceraria-insicurezza-sociale-e-populismo-penale 27-06-2014.php.

Giostra, Glauco, e Pasquale Bronzo, a cura di. «Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria», in *Diritto Penale Contemporaneo*, 17 luglio 2017. https://www.penalecontemporaneo.it/d/5548-proposte-per-l-attuazione-della-delega-penitenziaria.

Grevi, Vittorio. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia, in Grevi, Vittorio, a cura di, L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza, Padova: Cedam, 1994.

Jocteau, Giovanni, e Giovanni Torrente. «Indulto e recidiva, uno studio dopo sei mesi dall'approvazione del provvedimento», 16 febbraio 2007, https://www.giustizia.it/data/multimedia/1960.pdf.

Lacchè, Luigi. «Un Code Pénal Pour l'Unité Italienne: le code Zanardelli (1889) – La Genèse, le Débat, le Projet Juridique», in *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, n. 68 (20 giugno 2014): 37-57, https://doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p37.

von Liszt, Franz. Kriminalpolitische Aufgaben, 1889-1892, in Strafrechliche Aufsätze und Vorträge Berlino: Guttentag, 1905.

Lombroso, Cesare. L'uomo delinquente, Milano: Hoepli, 1876.

——. Troppo presto, in Appunti al nuovo Codice penale, Torino: Bocca, 1889.

Maccora, Vincenza. La disciplina dell'articolo 656 c.p.p. ed i provvedimenti di urgenza del magistrato di sorveglianza alla luce della riforma operata dalla l. 27 maggio 1998 n. 165, in Presutti, Adonella, a cura di. Esecuzione penale e alternative penitenziarie (l. 27 maggio 1998 n. 165). Cedam, 1999.

Maggio, Paola. «La delega in materia penitenziaria». *Archivio della nuova procedura penale* V (2017): 67–81.

Magro, Maria Beatrice. «Neuroscienze e teorie "ottimiste" della pena: Alla ricerca del

fondamento ontologico dei bisogni di pena», in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 10 (2018): 171-205

Manconi, Luigi, Stefano Anastasia, Valentina Calderone, Federica Resta. *Abolire il carcere: una ragionevole proposta per la sicurezza dei cittadini*. Milano: Chiarelettere, 2015.

Mannozzi, Grazia. «Le aperture alla giustizia riparativa nell'ambito delle misure alternative alla detenzione». in *Giurisprudenza Italiana*, 2016, 1530-35.

———. «Tipi sanzionatori e modelli sospensivi del processo: le ricadute sui tassi di recidiva», in Bernardi, Alessandro e Marco Venturoli, a cura di, *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena e di esecuzione nell'esperienza comparata*, Napoli: Jovene editore, 2018.

Marinucci, Giorgio. «Politica criminale e riforma del diritto penale» in *Jus: rivista di scienze giuridiche*, 1974, 463-498.

Maruotti, Rocco Gustavo. «La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162-ter c.p. tra (presunta) restorative justice ed effettive finalità deflattive: prime riflessioni de iure condito», in *Questione giustizia*, 20 giugno 2017, http://www.questionegiustizia.it/articolo/la-nuova-causa-di-estinzione-del-reato-per-condott_20-06-2017.php

Massaro, Antonella. «Il regime di semilibertà», in *Diritto Penitenziario e Costituzione*, 11 maggio 2018,

https://www.dirittopenitenziarioecostituzione.it/images/Massaro semiliberta.pdf

Massaro, Pierluca. Dalla punizione alla riparazione: La promessa della restorative justice. Milano: FrancoAngeli, 2012.

Mattevi, Elena. *Una giustizia più riparativa: mediazione e riparazione in materia penale*. Università degli Studi di Trento, 2017. https://iris.unitn.it/retrieve/handle/11572/189343/160551/COLLANA%20DELLA%20FACOLTA%20VOLUME%2014.pdf.

Mazzamuto, Nicola. «Ridentem dicere verum: quid vietat? Il sistema sanzionatorio e penitenziario italiano "messo alla prova" dopo la sentenza Torreggiani», in Bernardi, Alessandro e Marco Venturoli, a cura di, *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena e di esecuzione nell'esperienza comparata*, Napoli: Jovene editore, 2018.

Miletti, Marco Nicola. «La pena nel processo. Giurisdizionalizzazione dell'esecuzione nella penalistica dell'Italia liberale», in *Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 4 (2017): 28-41.

Muratori, Ludovico Antonio. *Dei difetti della giurisprudenza*, Venezia: Presso Giambatista Pasquali, 1742.

Murro, Ottavia. Riparazione del danno ed estinzione del reato. Padova: Cedam, 2016.

Padovani, Tullio. «La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1992, 419-452.

——. L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica. Milano: Giuffrè, 1981.

———. «Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili» in *Guida al diritto* (dossier), n. I (2006), 32-37.

Palazzo, Francesco. «Crisi del carcere e culture di riforma», in *Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 4 (2017): 4-12.

——. «Segni di svolta nella politica criminale italiana, tra ritorni al passato e anticipazioni del futuro», in *Diritto Penale Contemporaneo*, 19 dicembre 2011. https://www.penalecontemporaneo.it/d/1104-segni-di-svolta-nella-politica-criminale-italiana-tra-ritorni-al-passato-e-anticipazioni-del-futuro.

Pavarini, Mario. «Pena, istituti di». Enciclopedia delle scienze sociali. I. Treccani, 2001.

Pellissero, Marco. «La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzi della politica, i compiti della dottrina». *Diritto penale e processo*, n. 3 (2013), 261-266.

———. «La detenzione domiciliare: i vantaggi in chiave deflattiva e il problema dell'offerta trattamentale», in Bernardi, Alessandro e Marco Venturoli, a cura di, *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa. Modelli di pena e di esecuzione nell'esperienza comparata*, Napoli: Jovene editore, 2018.

Perini, Chiara. «Prospettive attuali dell'alternatività al carcere tra emergenza e rieducazione», in *Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 4 (2017): 77–88.

Presutti, Adonella. «Affidamento in prova al servizio sociale e affidamento con finalità

terapeutiche», in Grevi, Vittorio, a cura di, *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova: Cedam, 1994.

———, a cura di. Esecuzione penale e alternative penitenziarie (l. 27 maggio 1998 n. 165). Cedam, 1999.

de Rémusat, Charles-François-Marie. Archives parlamentaires, tomo LXXII, 1831.

Risicato, Lucia. «Le alternative alla detenzione: profili critici e prospettive di riforma», in *Giurisprudenza Italiana*, 2016, 1517.

Romano, Mario. «Ripensare il diritto penale (a dieci anni dalla scomparsa di Federico Stella)», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2017, 1–13.

Ruotolo, Marco. «Gli stati generali dell'esecuzione penale: finalità e obiettivi». In *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 marzo 2016. https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1457530812RUOTOLO_2016a.pdf.

Rusche, Georg e Otto Kircheimer. Pena e struttura sociale, Bologna: Il Mulino, 1978.

Sette, Raffaella. «Prison, Recidivism, and Alternative Measures to Detention in Italy over the Past Ten Years», in *Rivista Di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, n. 1 (2018): 81–91.

Summerer, Kolis. «"Diversion" e giustizia riparativa: definizioni alternative del procedimento penale in Austria», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2018, 143-176.

Trapani, Mario. «La rieducazione del condannato tra "ideologia correzionalistica" del trattamento e "garanzie" costituzionali di legalità e sicurezza», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2018, 1693-1719.

Travaglia Cicirello, Teresa. «L'affidamento in prova al servizio sociale: da misura "alternativa" alla detenzione a "misura penale di comunità" a contenuto riparativo?», in *Giurisprudenza Italiana*, 2016, 1535-40.

Vagli, Giovanni. «Brevi considerazioni sul nuovo articolo 162-ter c.p. (estinzione del reato per condotte riparatorie)», in *Giurisprudenza penale*, 20 ottobre 2017, http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2017/10/vagli_gp_2017_10-1.pdf

Zagrebelsky, Gustavo. «Postfazione». In *Abolire il carcere: una ragionevole proposta per la sicurezza dei cittadini*, Milano: Chiarelettere, 2015.

Zehr, Howard. *The Little Book of Restorative Justice*. Intercourse, PA: Good Books, 2002.