

È CONFIGURABILE UN SISTEMA PENALE NON CARCERO-CENTRICO? (*)

di Adelmo Manna

L'autore si interroga sul se sia configurabile un sistema penale non carcere-centrico e quindi analizza le sanzioni penali non appartenenti alla sfera della pena detentiva, iniziando con la pena pecuniaria a tassi giornalieri, con l'appendice relativa alla confisca "per equivalente", proseguendo con le sanzioni interdittive come pene principali, nonché con le pene prescrittive. Vengono analizzate altresì la detenzione domiciliare ed il lavoro di pubblica utilità, nonché la parziale applicazione dei principi della restorative justice nel sistema penale italiano. Quanto alle prospettive di riforma l'autore ritiene che la pena carceraria svolga solo un aspetto custodiale, perché i profili attinenti alla rieducazione sono più che altro formali e quindi ritiene che la stessa pena carceraria non debba riguardare ogni reato ma solo quelli in materia di criminalità terroristica ed organizzata, nonché i delitti contrassegnati dall'elemento della violenza. Negli altri casi, viceversa, sarebbe opportuno utilizzare, o a livello legislativo, o mediante la discrezionalità del giudice, le pene di carattere non detentivo che sono state analizzate in questo saggio.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La pena pecuniaria a tassi giornalieri. – 2.1. La confisca "per equivalente" – 3. Le sanzioni interdittive come pene principali – 4. Le pene prescrittive – 5. La detenzione domiciliare ed il lavoro di pubblica utilità – 6. La parziale applicazione dei principi della *restorative justice* nel sistema penale italiano – 7. La pena carceraria ove prevalgono decisamente gli aspetti custodiali rispetto a quelli rieducativi, puramente nominali, che, pertanto, dovrebbe essere limitata solo a determinate categorie di reati – 8. Conclusioni e prospettive di riforma.

1. Introduzione.

In primo luogo, intendiamo ringraziare gli organizzatori di questo denso ed importante convegno. In secondo luogo vorremmo – riagganciandoci alla Relazione introduttiva del collega Vincenzo Garofoli¹, primo preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Foggia, che faceva riferimento al periodo di

(*) Testo, debitamente ristrutturato e con l'aggiunta delle note, della Relazione tenuta al Convegno: "Metavalori e Carceri. La mancata giurisdizionalizzazione dell'Esecuzione", Bari, 29 gennaio 2021. Questo saggio è destinato anche agli Scritti in onore del Prof. Nicola Mazzacupa.

¹ V. GAROFOLI, *La giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale e i rapporti (L. n. 354 del 26 luglio 1975) tra organo amministrativo ed organo giurisdizionale in executivis: la certezza dell'Umanità*, in AA.VV., *Metavalori e carcere*, cit.

gestazione della legge di riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975, ed in particolare il periodo che va dal 1973 al, appunto, 1975 – ricordare un importante fatto storico che ha contribuito decisamente a varare la legge 26 luglio 1975 n. 354, sull'ordinamento penitenziario e le misure alternative alla detenzione.

In quel torno di tempo si verificò un grave fatto di cronaca, cioè la rivolta degli ergastolani nel carcere di Porto Azzurro, che avevano preso in ostaggio le guardie carcerarie.

I detenuti chiesero l'intervento di due importanti figure, l'una dell'Accademia e l'altra dell'Avvocatura, il prof. avv. Giuliano Vassalli e l'avv. Adolfo Gatti, entrambi socialisti, che si recarono nel carcere dagli ergastolani di Porto Azzurro, per trattare subito una resa dei rivoltosi e, quindi, una liberazione delle guardie carcerarie. L'intervento dei due penalisti riuscì, ma al prezzo di esaudire le richieste degli ergastolani, ovverosia l'introduzione di una riforma dell'ordinamento penitenziario e, soprattutto, delle misure alternative alla detenzione, che significava, in altri termini, ciò che ha sovente affermato un importante magistrato del Tribunale di sorveglianza di Firenze, da lui presieduto, Alessandro Margara, che infatti ha sempre predicato il c.d. carcere della speranza². Quanto testé affermato contribuì, come spesso accade, a fornire la spinta decisiva al varo della legge n. 354/1975, anche perché allora il ministro della giustizia era pure del PSI, ovverosia l'on. Mario Zagari.

Bisogna ora verificare se eventuali prospettive di riforma debbano iniziare dal reato, oppure dalla pena. Abbiamo, a questo proposito, trovato assai interessante la prospettiva, in questa sede, avanzata dal collega Andrea R. Castaldo³ che ha ritenuto di partire dal reato, anziché dalla pena, proponendo, da un lato, l'estensione del fenomeno della depenalizzazione e, dall'altro, l'utilizzazione dell'amnistia, entrambe evidentemente allo scopo di rendere una realtà operativa e non un mero *flatus vocis* l'idea del diritto penale come *extrema ratio*. Le argomentazioni del collega Castaldo risultano assai suggestive ma, ci sia consentito, di non facile realizzazione pratica, per due ordini di ragioni. La prima è la notoria resistenza del legislatore di fronte alla depenalizzazione, con la scusa che non funziona, ma ciò è tutto da dimostrare, il che, però, nasconde la vera ragione dell'avversione e cioè che in un'epoca caratterizzata dal populismo legislativo ed anche giudiziario, l'utilizzazione del diritto penale per nuovi fenomeni antisociali apparsi alla ribalta consiglia, come è noto, il legislatore ad optare per l'utilizzazione del diritto penale, proprio perché quest'ultimo calma i "bisogni emotivi di pena" della popolazione e, quindi, comporta un ben maggiore ritorno a livello elettorale, rispetto all'illecito amministrativo depenalizzato⁴.

² Cfr. A. MARGARA, *Aspetti pratico-operativi delle misure alternative alla detenzione*, in AA.VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1977, 47 ss.

³ A.R. CASTALDO, *Depenalizzazione e amnistia: la medicina necessaria*, in *Metavalori e carcere*, cit.; da ultimo anche il collega Manes ha affermato che il legislatore ha reso le depenalizzazioni un tabù: cfr. A. Stella, *Intervista al prof. Vittorio Manes: "Overdose di reati inchieste show, la giurisdizione sull'orlo del crac"*, in *Il Riformista*, 30 gennaio 2021; ID, *L'amnistia servirebbe al di là del Covid...*, in *ibid*, 21 novembre 2020.

⁴ Sui populismi penali cfr. G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.; nonché D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *ibid*, 123 ss.

Il discorso si fa ancora più arduo per quanto attiene l'amnistia, a causa della riforma operata durante l'epoca di Tangentopoli, della Carta costituzionale, per cui attualmente, per il varo di un provvedimento di amnistia o indulto, ci vuole addirittura la maggioranza di 2/3 del Parlamento, che, in un'epoca così procellosa a livello politico, appare purtroppo un'impresa assai ardua, tanto è vero che l'ultimo provvedimento di amnistia risale a reati commessi entro il 24 ottobre 1990 e un provvedimento unicamente di indulto è stato possibile sol perché l'allora Papa Giovanni Paolo II si recò in Parlamento con un importante discorso per indurre i parlamentari al varo del provvedimento stesso, onde, soprattutto, far diminuire la popolazione carceraria, da sempre sovradimensionata. Tanto ciò è vero che, al posto dell'amnistia, si è fatto leva sulla prescrizione che, però, anch'essa risulta tuttora bloccata dopo la sentenza di primo grado e sino a quella definitiva, con la legge c.d. spazzacorrotti⁵, tanto da creare l'anomala categoria degli "eterni imputati" ed infatti proprio sul tema della giustizia, ed in particolare sulla c.d. "sospensione" della prescrizione dopo la sentenza di primo grado, è sostanzialmente caduto il Governo Conte *bis*. Bisognerebbe, quindi, in primo luogo, onde far di nuovo operare l'amnistia in chiave deflattiva, modificare sul punto la Carta costituzionale, ma ci domandiamo se in questo momento politico così complicato, ove altre risultano le esigenze, cioè quella pandemica e quelle, conseguenziali, economiche, il Parlamento, che già si riunisce solo un paio di giorni alla settimana, abbia anche il tempo e, soprattutto, la voglia, di modificare sul punto la Carta costituzionale.

Per iniziare ad introdurre le nostre proposte alternative dobbiamo sfatare un modello tradizionale che si è inserito nella mentalità di ogni legislatore, ovverosia che per ogni reato è comunque stabilita la pena carceraria e ciò dimostra come il nostro sistema penale, pur con le misure alternative e le sanzioni sostitutive⁶, resti sostanzialmente un sistema "carcero-centrico", nemmeno scalfito dalla riforma Orlando, che, infatti, ha ampliato soprattutto le misure alternative ed ha introdotto ulteriori novità, in particolare con riferimento alla detenzione domiciliare, ma, appunto, è restata dentro l'universo concentrazionario⁷.

⁵ Cfr., in argomento, ad es., G. FLORA – A. MARANDOLA, *La nuova disciplina dei delitti di corruzione-Profilo penali e processuali* (L. 9 gennaio 2019, n. 3 c.d. "spazzacorrotti"), Pisa, 2019, spec. 13 ss. Va, tuttavia, a favore dell'amnistia, registrata un'altra voce illustre nella dottrina, cioè quella di M. DONINI, *Amnistia: è la premessa per la riforma*, in *Il Riformista*, 23 febbraio 2021, 3, che infatti afferma: «Solo un esecutivo di unità nazionale ha l'opportunità di azioni parlamentari sorrette da una maggioranza altrimenti impensabile».

⁶ Circa la funzione delle sanzioni sostitutive, introdotte, come è noto, con la legge n. 689/1981 di depenalizzazione, mostriamo riserve sulla tesi, a nostro avviso troppo *tranchant*, manifestata, a suo tempo, dal collega M. TRAPANI, *Le sanzioni penali sostitutive*, Padova, 1985, spec. 107 ss., che ritiene estranee tali nuove specie sanzionatorie ad una logica positiva di "risocializzazione" del reo. A suo avviso, infatti, le sanzioni sostitutive integrerebbero strumenti intimidativo-dissuasivi per i reati in concreto non gravi. Sia consentito esprimere a questo proposito le nostre critiche giacché in realtà le sanzioni sostitutive riguardano proprio le pene detentive brevi e la *ratio* fondante della sostituzione risiede proprio nell'evitare di fare entrare in carcere, nota scuola del crimine, i soggetti che devono rimanere reclusi per un breve lasso di tempo ed in ciò si disvela proprio quella logica di risocializzazione, invece, a nostro giudizio, in modo non convincente, negata dal collega Trapani.

⁷ Sia consentito, sul punto, il rinvio a A. MANNA, *Corso di diritto penale, Parte generale*, 5^a, Milano, 2020, spec. 541 ss.

2. La pena pecuniaria a tassi giornalieri.

Affinché la pena carceraria risulti pertanto davvero come *extrema ratio* e non integri al contrario un astratto ma vuoto slogan, va, a nostro avviso, ripensato l'intero armamentario di carattere sanzionatorio penale, cercando di individuare pene del tutto diverse dal carcere, che quindi possano integrare reali alternative a quest'ultimo.

In questo ambito viene in primo luogo in considerazione la pena pecuniaria, che tuttavia dal codice penale Rocco in poi e forse anche prima, è sempre stata considerata un'ancella della pena detentiva, soprattutto per il sistema di commisurazione della stessa. Tale sistema è, infatti, com'è noto, "a somma complessiva", nel senso che il giudice penale, al pari della pena detentiva, individua tra il minimo ed il massimo edittale la pena pecuniaria in concreto da erogare, appunto a somma complessiva. È pur vero che il giudice penale, a seguito di recenti riforme, può o diminuire di 1/3 la pena pecuniaria, così come calcolata, oppure aumentarla fino al triplo in base alle condizioni economiche del reo, ma costituendo tutto ciò l'espressione di un potere discrezionale del giudice penale e non di un obbligo, nella concreta prassi giudiziaria avviene che lo stesso giudice difficilmente si "prenderà la briga" di utilizzare tale potere discrezionale. In tal modo è, quindi, dimostrata *per tabulas* la ragione per cui, allo stato, la pena pecuniaria risulta un'ancella della pena detentiva.

Il problema, però, è che non esiste soltanto il sistema tradizionale di commisurazione della pena pecuniaria a somma complessiva, perché già da tempo nei Paesi scandinavi e, successivamente nella Repubblica federale tedesca, si è introdotto il sistema c.d. a tassi giornalieri⁸. Questo sistema risulta così strutturato: il numero dei tassi è calcolato sulla gravità del fatto e sull'intensità dell'elemento psicologico, mentre l'ammontare del singolo tasso è commisurato alla capacità economica del reo. In tal modo la pena pecuniaria fotografa esattamente la capacità economica del soggetto e, quindi, si rapporta, in particolare, a quest'ultimo dato, che consente alla stessa di non risultare più una mera ancella della pena detentiva, bensì una *reale* alternativa alla pena

⁸ In argomento, per un esauriente quadro comparatistico, cfr. H. JESCHECK – G. GREBING, *Die Geldstrafe in deutschen und ausländischen Recht*, Baden Baden, 1978; da ultimo, circa l'introduzione del sistema dei tassi giornalieri anche nel codice penale svizzero, a seguito della riforma entrata in vigore il 1° gennaio 2007, cfr. P. BERNASCONI, *Dalla Svizzera: un "nuovo" codice penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 432 ss. Nella dottrina italiana, meno recente, in argomento, ad es., E. MUSCO, *La pena pecuniaria*, Catania, 1984; F. MOLINARI, *La pena pecuniaria*, Verona, 1983; T. PADOVANI, *La pena pecuniaria nel progetto di modifica al sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 1184 ss.; E. DOLCINI, *Pene pecuniarie e principio costituzionale di uguaglianza*, in *ibid*, 1972, 408 ss.

detentiva medesima⁹, tanto è vero che il sistema è stato, ad esempio, introdotto anche in Francia con il modello dei *jours-amende*¹⁰.

Se, poi, viene adottato il modello della c.d. *Laufzeitgeldstrafe* tedesca, ovverosia la pena pecuniaria c.d. a tempo, proposta dal *leader* dei c.d. *Alternativen-Professoren*, ovverosia Jürgen Baumann¹¹, ne consegue un abbassamento stabile dello *standard* di vita del condannato, che ancor di più rende la pena pecuniaria una reale alternativa alla pena detentiva, e ciò sia nell’ottica della prevenzione generale, che in quella della prevenzione speciale. Un esempio potrà chiarire meglio il nostro assunto: laddove un dipendente, o un dirigente pubblico, si veda decurtato ogni mese il proprio stipendio in una misura anche rilevante, ne consegue che costui certamente non sarà indotto in futuro a commettere reati, quanto meno del tipo di quello per cui è stato condannato, ma ciò sarà di monito per i suoi colleghi e, più in generale, per la collettività, laddove la sua condanna sarà divulgata attraverso i mezzi di comunicazione di massa.

Ad ogni buon conto – e come è noto – il sistema di commisurazione a tassi giornalieri non costituisce soltanto un’esperienza interessante a livello comparatistico, giacché, con il modello definito *per quote*, da noi è stato introdotto in primo luogo per la responsabilità da reato degli enti, ex D.lgs. n. 231/2001¹² ed inoltre, anche per quanto riguarda la competenza penale del giudice di pace¹³.

Bisogna allora domandarsi, nonostante l’esistenza anche nel nostro sistema penale o para-penale del modello di commisurazione della pena pecuniaria a tassi giornalieri, per quale ragione non è stato esteso al diritto penale delle persone fisiche ed ai reati di competenza del giudice ordinario.

La ragione si può individuare nella ritenuta inefficacia della pena pecuniaria, che non solo scontrerebbe il fatto di possedere una natura “ontologicamente” diseguale, ma,

⁹ Cfr. in argomento, da ultimo, L. GOISIS, *La pena pecuniaria. Prospettive de lege ferenda*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2020, 369 ss.; cui adde G. Fornasari – E. Mattevi (a cura di), *Un dialogo interdisciplinare sulla sanzione*, Napoli, 2020; L. GOISIS, *La pena pecuniaria. Un’indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Milano 2008, spec. 34 ss.; ID, *Le pene pecuniarie: storia, comparazione, prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 11 ss.; E. DOLCINI, *Superare il primato del carcere: un possibile contributo della pena pecuniaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 403 ss.; E. DOLCINI – C.E. PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, Milano, 1989, spec. 15 ss.; nonché nella dottrina tedesca H.J. ALBRECHT, *Strafzumessung und Vollstreckung bei Geldstrafen unter Beruecksichtigung des Tagessatzsystems*, Berlin, 1980, spec. 233 ss.; in quella Nord Americana S.T. HILLSMAN, *Fines and Day Fines*, in M. Tonry – N. Morris (a cura di), *Crime and Justice. A Review of Research*, XII, Chicago, 1990, 74; va, infine, rilevato che anche per la dottrina spagnola il mantenimento del sistema a somma complessiva appare, per il sistema sanzionatorio, “contraddittorio e destabilizzante”: così J.L. MANZANARES SAMANIEGO, *La pena de multa*, in *LL*, 1996-1537.

¹⁰ Cfr. L. GOISIS, *La pena pecuniaria*, cit., 242 ss.; 263 ss.

¹¹ J. BAUMANN, *Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1963.

¹² In argomento, per tutti, PIERGALLINI, *I reati presupposto della responsabilità dell’ente e l’apparato sanzionatorio*, in G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, Milano, 2010, 211 ss.

¹³ Fra l’altro, la prassi del giudice di pace, ove trova applicazione quasi esclusiva la pena pecuniaria, sino addirittura ad una quota del 99,7%, mostra quindi, evidentemente, un buon funzionamento: cfr. per tali dati, nella manualistica, G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 8ª, Milano, 2019, 692; nonché L. GOISIS, *La pena pecuniaria. Prospettive*, cit., 376-377.

soprattutto, che verserebbe nel nostro Paese in uno stato di *assoluta ineffettività*¹⁴. Particolarmente le statistiche, infatti, evidenziano un grave stato di inefficacia della pena pecuniaria: esse mostrano, difatti, che le pene pecuniarie “non vengono né eseguite, né convertite”¹⁵. Orbene, che la pena pecuniaria risulti “diseguale”, non deve condurre, almeno a nostro avviso, a non utilizzarla, perché, a ben considerare, anche la pena detentiva inevitabilmente risulta “diseguale” laddove, naturalmente, sia effetto del processo di individualizzazione. Se, poi, la diseguaglianza la si intende mettere in relazione alle diverse capacità economiche dei singoli soggetti, anche qui l’*argumentum ex adverso* prova troppo, perché è evidente che la pena pecuniaria, per sua stessa natura, dovrà differenziarsi in base alla capacità economica del reo, ma, appunto, il sistema migliore per ottenere un vero processo di individualizzazione della pena pecuniaria, anche ex art. 27, 3° comma, Cost., è proprio quello dei tassi giornalieri. D’altro canto, un problema organizzativo non può, tuttavia, arrivare a non utilizzare il sistema più moderno e sperimentato di commisurazione della pena pecuniaria. Non va, infatti, dimenticato che sussiste l’Ufficio Recupero Crediti delle diverse autorità giudiziarie e, soprattutto, l’Agenzia delle Entrate, che concretizzano istituzioni che, se fatte ben funzionare, possono essere di grande ausilio per rendere la pena pecuniaria, soprattutto se a tassi giornalieri, davvero efficace.

D’altro canto, non è nemmeno vero che la pubblica Amministrazione non sia efficace nella riscossione, ad esempio, delle sanzioni amministrative di carattere pecuniario, come dimostrano le sanzioni del Codice della Strada per eccesso di velocità, che non solo sono assai elevate¹⁶, ma, addirittura, da noi si raddoppiano laddove il soggetto non riveli chi fosse alla guida della sua auto e, d’altro canto, la connessione anche con la cancellazione dei punti patente e quindi, seppure a lungo termine, con la necessità di rifare gli esami di guida, dimostra l’assoluta efficacia, *in subiecta materia*, della sanzione pecuniaria, seppure di carattere amministrativo.

In definitiva non può essere un problema organizzativo, nell’ambito della pubblica Amministrazione, ad impedire l’introduzione di un sistema di commisurazione della pena pecuniaria, come quello relativo ai tassi giornalieri, che non solo contribuisce anche a rendere la pena pecuniaria più effettiva, ma consente anche, come abbiamo potuto constatare, di costruirla come una *reale alternativa* alla pena detentiva. Di quanto appena affermato abbiamo una riprova nella Repubblica Federale tedesca, ove, infatti, si è stimato che l’85% delle pene irrogate dal giudice penale sono, per l’appunto, pene pecuniarie e solo il 15% risultano, invece, pene detentive. Come se ciò non bastasse, si può fare riferimento al famoso processo penale, per finanziamento illecito ai partiti, che subì l’allora cancelliere tedesco, Helmut Kohl, che infatti fu

¹⁴ In tal senso, in particolare, E. DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in E. Dolcini – C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, II, 1098-1099.

¹⁵ Cfr. E. Dolcini, *op. loc. ult. cit.*

¹⁶ Tanto è vero che la Corte EDU 24 febbraio 1994, Bendenoun c. Francia, n. 12547/86, § 47, ha ritenuto che le sanzioni amministrative pecuniarie, soprattutto del tipo di quelle indicate nel testo, relative al Codice della Strada francese, rientrano nella c.d. *matière pénale*, evidentemente utilizzando i ben noti criteri Engel, del 1976, su cui C. SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018, 71.

condannato ad una pena pecuniaria oscillante tra i due ed i tre milioni di marchi, ma non fu ristretto in carcere, pur se, ovviamente, perse ogni credito politico, tant'è che spianò la strada alla sua allieva, la *Kanzlerin* Angela Merkel.

Si potrebbe, però, in teoria obiettare nel senso che il condannato alla pena pecuniaria potrebbe non avere la disponibilità economica per saldare la stessa, soprattutto se si intendesse introdurre la c.d. variante "a tempo".

In questa evenienza, riteniamo che comunque il sistema potrebbe funzionare lo stesso, laddove si sostituisse alla pena pecuniaria il *lavoro a favore della comunità*, ovviamente gratuito, che consentirebbe all'incapiente comunque di essere sottoposto ad una sanzione, per di più con un chiaro effetto risocializzante.

In tal modo, la pena pecuniaria a tassi giornalieri non sarebbe espressione di una giustizia penale adatta alle classi più agiate e, quindi, tendenzialmente in contrasto con il principio di uguaglianza, perché, se fosse combinata con il lavoro socialmente utile, si otterrebbe un meccanismo sanzionatorio non di carattere "diseguale".

2.1. La confisca "per equivalente".

È risaputo come la confisca costituisca un istituto "polivalente", perché può integrare o una misura di sicurezza, ed è questa la sua origine, oppure una misura di prevenzione patrimoniale, oppure, ancora, una c.d. pena patrimoniale, di cui qui ci occuperemo, quale alternativa alla pena detentiva. In particolare, le nostre riflessioni si appuntano sulla c.d. confisca per equivalente, introdotta per la prima volta nel 1996 in tema di usura e poi estesa ai delitti dei p.u. contro la P.A., in particolare per la concussione e la corruzione. Trattasi appunto di una vera e propria pena patrimoniale che quindi va analizzata, seppur sommariamente anche in questa sede, anche perché, come constateremo in seguito, il progetto del *Pool Mani Pulite*, proprio in rapporto ai reati da ultimo indicati, proponeva, per il pubblico agente la decadenza dalla carica o l'ineleggibilità, mentre per il privato corruttore la confisca appunto del maltolto. Siccome, però, in genere la tangente viene nascosta o in luoghi difficilmente rinvenibili, addirittura in casa del pubblico agente, oppure persino all'estero in conti cifrati, si è ritenuto di utilizzare la confisca per equivalente, cioè l'apprensione di una somma di denaro di valore uguale alla tangente pagata dall'imprenditore.

Sicuramente si tratta di uno strumento sanzionatorio assai efficace, soprattutto da un punto di vista prasseologico, giacché la confisca tradizionale risulta di difficile applicazione per le ragioni dianzi indicate. Il limite, tuttavia, della confisca per equivalente è che in tal modo si va a confiscare non ciò che pertiene al reato, bensì una somma di denaro, o altra utilità, che hanno una provenienza del tutto lecita, per cui, come è stato giustamente rilevato¹⁷ non solo manca la pericolosità della *res* ma

¹⁷ Cfr., nel senso del testo, D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007; in argomento v. anche E. NICOSIA, *La confisca, le confische*, Torino, 2012.

soprattutto non appare giustificata l'apprensione di somme di denaro o di beni che nulla hanno a che vedere con il reato commesso.

Per questa ragione anche noi ci dimostriamo da un lato alquanto scettici su di una generalizzazione di una sanzione siffatta, anche se, al contempo, non possiamo non riconoscerne la notevole efficacia soprattutto general-preventiva.

3. Le sanzioni interdittive come pene principali.

Un'altra categoria di pene che potrebbero assurgere a pene principali, diverse però dalle pene carcerarie e, quindi, dal sistema penale carcere-centrico, sono costituite dalle pene accessorie, che, nel Codice Rocco sono strettamente collegate alle pene principali ma che invece, non solo a nostro giudizio, si dovrebbero autonomizzare, perché soprattutto le sanzioni interdittive hanno dimostrato di rivestire un'importante funzione di prevenzione speciale – oltre che, ben inteso, di prevenzione generale – nel senso della c.d. incapacitazione, giacché rivestono la funzione di allontanare il soggetto dal bene giuridico offeso, oppure dal soggetto passivo, come, ad esempio, avviene, seppure a livello di misura cautelare, per quanto attiene il reato di *stalking*¹⁸.

Bisogna, però, approfondire la reale funzione delle pene accessorie, perché, se indubbiamente rivestono quella c.d. di prevenzione speciale negativa, cioè di incapacitazione, bisogna altresì verificare, soprattutto nella prospettiva di una loro autonomizzazione, se esse assolvono anche ad una funzione rieducativa, affinché risultino conformi all'art. 27, 3° comma, Cost.¹⁹.

A questo proposito va ricordata una voce autorevole della dottrina penalistica, del calibro di Giuliano Vassalli, che ha affermato come, in particolare, le sanzioni interdittive assolverebbero anche ad una funzione rieducativa, seppure in senso limitato, concretizzatesi nello *shock* che il soggetto subisce, laddove viene allo stesso interdetta una determinata attività professionale e/o imprenditoriale²⁰. Tanto ciò è vero, che in Francia, già nel lontano 1975, si concesse il potere al giudice penale di applicare le pene accessorie, in particolare quelle interdittive, al posto delle pene principali²¹.

Anche da noi, peraltro, seppure alcuni lustri dopo, ci si orientò in senso analogo, anche se a livello di progetto di legge, in quanto, in particolare, il c.d. Progetto Grosso

¹⁸ Sia consentito, in argomento, il rinvio a A. MANNA, *Il nuovo delitto di «atti persecutori» e la sua conformità ai principi costituzionali in materia penale*, in S. Vinciguerra – F. Dassano (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, 469 ss., e la bibliografia ivi citata. In materia di pene accessorie cfr. S. LARIZZA, *Pene accessorie*, Padova, 1986; P. PISA, *Le pene accessorie. Problemi e prospettive*, Milano, 1984; e, da ultimo, A. MENGhini, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo*, Torino, 2008.

¹⁹ In argomento cfr., in particolare, L. VIOLANTE, *Contenuto e funzione delle pene accessorie: conseguenze in tema di applicabilità al concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 274 ss.

²⁰ G. VASSALLI, *Le interdizioni professionali e le interdizioni dall'esercizio di determinate attività – Rapporto generale sugli aspetti giuridici*, in *VII Congresso Internazionale di difesa sociale*, Lecce, 19/24 settembre 1966, *Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale*, Milano, 1966, 6 ss.

²¹ T. PADOVANI, *Evoluzione storica ed aspetti di diritto comparato delle misure alternative*, in *Cass. pen.*, 1979, 492 ss.

che, allo scopo di ridurre realmente il carcere *ad extrema ratio*, giunse a teorizzare le pene accessorie come vere e proprie pene principali²². Tale programma politico-criminale ha trovato poi prosecuzione anche nel progetto di riforma del codice penale realizzato dalla Commissione Pisapia che teorizzava, accanto alla pena detentiva ed a quella pecuniaria, da applicarsi anche disgiuntamente da queste, e, quindi, come pene principali (art. 26 Progetto Pisapia) le pene interdittive (art. 28) e anche quelle prescrittive (art. 29) delle quali ultime ci occuperemo successivamente.

Tali ultimi progetti di riforma del Codice penale, *in parte qua*, evidentemente hanno risentito soprattutto della proposta, elaborata dal c.d. *Pool Manipulite*, composta da Professori Universitari, Magistrati ed Avvocati che, in particolare, per quanto riguarda i delitti di concussione e, soprattutto, di corruzione, proponeva, da un lato, la confisca del mal tolto, ovverosia della tangente, magari utilizzando lo strumento più efficace della confisca c.d. per equivalente, per gli imprenditori, mentre, dall'altro, per i pubblici ufficiali, l'incandidabilità o la decadenza dalla carica rivestita²³. Tale Progetto fu poi trasfuso nella Proposta di legge n. 781 presentata alla Camera dei Deputati il 13 maggio 1996 ma non fu mai convertita in legge. I tempi, evidentemente, non erano ancora maturi, ma comunque il "dado era stato tratto", tanto è vero che alcuni lustri dopo, con il Governo Monti, l'allora Ministro della Giustizia, prof.ssa Paola Severino, varò il T.U. delle disposizioni in materia di incandidabilità, con il D.lgs., 31.12.2012, n. 235²⁴. Già dall'epoca di Mani Pulite era, infatti, emerso chiaramente come non fosse la pena detentiva quella che possedeva una reale funzione di prevenzione, sia generale che speciale, perché spesso si risolveva nella sua anticipazione a livello di custodia cautelare e, soprattutto, nella liberazione dell'imputato, laddove avesse collaborato con la giustizia, condizione, quest'ultima, per ottenere, da parte del P.M., l'agognato consenso al patteggiamento. Era, quindi, emerso *ictu oculi* come svolgessero una funzione molto più efficace a livello preventivo da un lato, la confisca per equivalente, e, dall'altro, per quello che qui più interessa, la sanzione dell'incandidabilità o della decadenza, cioè a dire una sanzione di carattere interdittivo. Da ciò, naturalmente, il recepimento a livello legislativo della sanzione dell'incandidabilità o decadenza nel Decreto Severino, che presupponeva, però, ovviamente il passaggio in giudicato della sentenza di condanna. Da qui è sorta un'interessante questione giuridica relativa alla natura giuridica di tale sanzione e quindi al problema della sua retroattività o no, che ovviamente derivava dalla natura amministrativa o penale della sanzione stessa. In altra sede abbiamo approfondito la questione cui, pertanto, rinviamo, ma ora basti rilevare che a favore della natura amministrativa della sanzione e, quindi, della sua retroattività vi è il rilievo per cui la sanzione in oggetto riveste lo scopo di proteggere l'integrità dell'istituzione

²² C.F. GROSSO, *Per un nuovo codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 117, ss.; ID, *Su alcuni problemi generali del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 18 ss.

²³ Trattasi della Proposta c.d. Di Pietro, su cui cfr., in particolare, G. FIANDACA, *Legge penale e corruzione*, in *Foro it.*, 1998, n. 1, 1 ss.

²⁴ In *Gazz. Uff.*, 4 gennaio 2013; in argomento sia consentito il rinvio a A. MANNA, *L'incandidabilità sopravvenuta nel corso del mandato parlamentare e l'irretroattività della norma penale*, in *Arch. Pen.*, 2014, n. 1, 10 ss.

parlamentare. All'opposto, militano, invece, i ben noti criteri *Engel*, in particolare, il carattere "punitivo" della sanzione e, soprattutto, il suo notevole grado di afflittività. Seguendo quest'ultima soluzione, ne consegue pianamente come la sanzione *de quo agitur* sia di carattere irretroattivo, ex art. 25, co. 2 Cost., a differenza dell'art. 23 sempre della Carta costituzionale, che, invece, si applicherebbe laddove la sanzione dell'incandidabilità e/o decadenza fosse ritenuta di natura amministrativa e, pertanto, retroattiva. Non interessa in questa sede, come abbiamo già rilevato, addentrarci in questa sottile, ma assai rilevante, disquisizione dogmatica, perché ai nostri fini interessa soprattutto rilevare come il legislatore abbia iniziato ormai da tempo a rendersi conto delle notevoli potenzialità insite nelle sanzioni interdittive, tanto è vero che sono state utilizzate addirittura per i parlamentari, segno evidente del riconoscimento della loro notevole capacità di prevenzione generale e/o speciale.

4. Le pene prescrittive.

Altre sanzioni, che pur non appartenendo all'universo carcerario, tuttavia, anche se in determinati settori, possono dare buona prova di sé e, quindi, fungere da ulteriore, *reale* alternativa alla pena detentiva, sono le c.d. sanzioni prescrittive, cioè legate ad obblighi di fare. L'ambito nel quale tali pene appaiono svolgere una reale funzione deterrente risulta, in particolare, il diritto penale ambientale, soprattutto in relazione all'inserimento nel c.p. dei cc.dd. delitti ambientali. Tanto ciò è vero che il ripristino dello stato dei luoghi prima del dibattimento, dà luogo soltanto ad una diminuzione di pena, mentre, con la sentenza di condanna, diventa una vera e propria sanzione penale che si affianca a quella di carattere principale²⁵.

Questo sistema, però, risulta nettamente squilibrato, nel senso che i costi di un ripristino, soprattutto nel caso di alterazione di un intero ecosistema, risultano del tutto superiori ai benefici che ne può trarre colui che ripristina, prima del dibattimento, che, infatti, allo stato, beneficia esclusivamente di una diminuzione e, dunque, può non avere interesse al ripristino stesso, magari fidando in un istituto come la prescrizione che, spesso, può verificarsi a causa della complessità dei processi relativi ai reati *de quo*. Ecco perché in tale situazione una commissione di Professori universitari, Magistrati e Avvocati presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Roma avanzò una Proposta di riforma in materia, in particolare trasformando la diminuzione relativa al ripristino in una causa estintiva del reato, giacché appare del tutto disfunzionale alle esigenze della giustizia penale continuare un processo nell'ipotesi in cui si sia già reintegrato il bene giuridico offeso²⁶.

²⁵ In argomento, C. RUGA RIVA, *Bonifica e ripristino nel diritto penale dell'ambiente. Il ruolo delle condotte riparatorie nelle dinamiche della punibilità e la natura degli obblighi ripristinatori*, in C.E. Paliero – F. Viganò – F. Basile – G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione, Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, I, 719 ss.

²⁶ Sia consentito, in argomento, in generale, il rinvio a A. MANNA, *Il nuovo diritto penale ambientale nel quadro della politica criminale espressione dell'attuale legislatura*, in Id (a cura di), *Il nuovo diritto penale ambientale (legge*

Tale proposta, purtroppo, non fu fatta propria dal legislatore, ma comunque dimostra l'importanza, in determinate materie, soprattutto afferenti al diritto penale dell'economia, l'importanza anche delle sanzioni prescrittive che, quindi, anche per la loro afflittività, come dimostra l'ipotesi relativa ai delitti ambientali di nuovo conio, potrebbero benissimo rientrare nel novero delle sanzioni penali, alternative alla pena carceraria.

5. La detenzione domiciliare ed il lavoro di pubblica utilità.

Nel novero delle sanzioni diverse dal circuito carcerario propriamente detto, dobbiamo annoverare anche la detenzione domiciliare, pur se è quella che è più vicina al sistema carcere-centrico. Non va, infatti, dimenticato che la detenzione domiciliare, nelle sue diverse forme, è stata introdotta proprio con la legge sull'ordinamento penitenziario del 26 luglio 1975 n. 354 e successive modificazioni e/o integrazioni. In questa prospettiva, quindi, la detenzione domiciliare diventa una misura alternativa nei confronti di determinati soggetti, come quelli afflitti da AIDS, nonché la detenzione domiciliare *speciale*²⁷, che riguarda, ad esempio, madri con prole di età non superiore ad anni 10, nonché i condannati ad una pena detentiva che hanno superato i 70 anni di età.

Di recente, il problema della detenzione domiciliare si è posto anche nei confronti di detenuti al 41-bis, che però stessero per terminare il periodo di reclusione in carcere e fossero affetti da malattie incurabili. L'originaria normativa prevedeva che se restavano solo 4 mesi di detenzione e l'amministrazione penitenziaria fosse dotata di braccialetti elettronici potessero uscire in detenzione domiciliare. Vi furono, infatti, alcune importanti pronunce di Tribunali di Sorveglianza, come Milano e Cagliari, che provvidero alla sostituzione del carcere con la detenzione domiciliare, ma ciò scatenò una notevole reazione, in quanto si trattava di soggetti ad alta caratura criminale. Ecco che l'allora Ministro della Giustizia, on. Bonafede, intervenne in un primo tempo per fermare, da parte sua, questi provvedimenti, invadendo, però, in tal modo il potere giudiziario, ma, successivamente, *re melius perpensa*, decise di emanare una legislazione in base alla quale i Tribunali di Sorveglianza avrebbero dovuto continuare a monitorare i detenuti messi in detenzione domiciliare per questioni di salute, anche per evitare l'assembramento *anti Covid*, e poi, in primo luogo, entro 15 giorni, ed in secondo luogo, entro 30 giorni, eventualmente confermare oppure revocare la detenzione domiciliare. Ciò, naturalmente, scatenò la reazione dei componenti dei Tribunale di Sorveglianza, che fecero presente come tali ultimi provvedimenti legislativi fossero espressione di una sfiducia nei confronti del loro operare, ma ormai il dado era stato tratto e, quindi,

22 maggio 2015, n. 68), Roma, 2016, 19 ss. e, *quivi*, 41 ss.; autorevolmente già da tempo aveva rilevato come, in definitiva, lo scopo classico del processo penale è costituito dalla reintegrazione del bene giuridico offeso, T. PADOVANI, *La soave inquisizione – Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 529 ss.

²⁷ Cfr. F. FIORENTIN, [La Consulta nuovamente chiamata a pronunciarsi sulla detenzione domiciliare speciale per condannate madri](#), in *Sist. pen.*, 19 febbraio 2021, nota a Mag. Sorv. Siena, ord. 1° febbraio 2021, Est. Venturini.

continuava senza interruzione quella politica ben nota come “populismo legislativo” di cui già ci siamo occupati e di cui è stato indubbiamente importante alfiere proprio l'ex Ministro della Giustizia²⁸.

Evidentemente, le ragioni di sicurezza pubblica hanno prevalso rispetto a quelle relative al diritto alla salute, sia dei detenuti, che anche degli agenti di custodia ed in ciò si avverte una singolare inversione di metodo, giacché si fanno prevalere non meglio precisate esigenze di ordine pubblico, rispetto ad un diritto costituzionalmente previsto e garantito come quello di cui all'art. 32 Cost. Tanto ciò è vero che un giurista del calibro di Giovanni Fiandaca, che è anche da 4 anni Garante dei detenuti in Sicilia, ha sostenuto come l'*optimum* sarebbe la previsione di una misura di deflazione penale che punti a ridurre la presenza dei detenuti in una scala tra 10 e 20 mila presenze. Per ottenere ciò, occorrerebbe consentire, secondo il chiaro Autore, l'introduzione di misure alternative ove si deve scontare non quel ridotto periodo di pena, di cui abbiamo fatto cenno in precedenza, ma 4, o, al limite 3, anni di pena. Da ultimo, si è auspicato un provvedimento di amnistia, o, quanto meno, di indulto, che, tuttavia, si scontra con una maggioranza addirittura di 2/3 del Parlamento. Resterebbe, sempre per il Fiandaca, come *extrema ratio*, la concessione di una grazia in forma cumulativa, che, però, rischierebbe di esporsi all'obiezione di una forma “mascherata” di amnistia²⁹.

Stando così la questione, riteniamo che, *de iure condendo*, perché assuma maggiore efficacia la detenzione domiciliare, come reale alternativa alla pena carceraria, la stessa dovrebbe, o staccarsi nettamente dalla riforma penitenziaria, oppure assumere, più realisticamente, una duplice natura, da valere alternativamente, o come misura alternativa alla detenzione, oppure come sanzione autonoma nell'ambito del diritto penale.

In questa seconda prospettiva, la detenzione domiciliare non solo fungerebbe, come testé rilevato, da reale alternativa alla pena carceraria, ma soprattutto risulterebbe altresì funzionale, molto più della prima, alla realizzazione nella prassi dell'art. 27, 3° comma, della Costituzione.

Non vi è dubbio che la detenzione domiciliare, con un adeguato corredo securitario esterno, consentirebbe al condannato di vivere in famiglia e quindi, in tal modo, di potersi progressivamente sempre più integrare nel contesto non solo familiare,

²⁸ Sia consentito, sul punto, il rinvio a A. MANNA, *Coronavirus, emergenza carceraria ed il ruolo della magistratura di sorveglianza*, in *Diritto di Difesa*, 2020, 407 e la bibliografia ivi citata; in argomento cfr. anche G. GIOSTRA, *L'emergenza carceraria non è un incendio al di là del fiume*, in *ibid*, 2020, 169 ss.; nonché R. POLIDORO, *Costituzione, carcere, coronavirus e “diritto di difesa”*, in *ibid*, 178 ss.

²⁹ G. FIANDACA, *“Gratteri irresponsabile. Mattarella dai la grazia!”*, in *Il Riformista*, 4 aprile 2020, 3 ss. Va a questo proposito rilevato, per maggiore precisione, che l'odierna soluzione ricalca il modello di cui alla L. n. 199/2010, c.d. “legge ponte”. La novità più rilevante e che attualmente la detenzione domiciliare si estende sino a 18 mesi, ma da 6 a 18 mesi risulta obbligatorio il braccialetto elettronico. Quest'ultimo, tuttavia, non è richiesto per i minorenni e per i condannati che non hanno più di 6 mesi da scontare nell'arco di tempo che va dal 17 maggio al 30 giugno 2020: cfr. A. NATALINI, *Detenuti: domiciliari con “braccialetto” per pene fino a 18 mesi*, in *Guida al Dir.*, n. 15, 28 marzo 2020, 18 ss. In tal modo, quindi, si comprendono meglio da un lato le proposte avanzate dal collega Fiandaca e, dall'altro, l'atteggiamento di segno opposto portato avanti dall'ex ministro Bonafede. In argomento v. anche D. PULITANÒ, *Pena e carcere alla prova dell'emergenza*, in *Diritto di Difesa*, ult. cit., 420 ss.

ma, conseguentemente, anche sociale, pur se va avvertito che la detenzione domiciliare medesima risulta, ovviamente, adatta soprattutto per delitti di piccola o, al più, di media gravità, ma non certo per quelli di notevole gravità, che possono seriamente mettere in pericolo le esigenze di tutela della collettività, che certamente non vengono garantite dalla sola detenzione domiciliare. Accanto ad essa si può poi porre il lavoro a favore della collettività, che può addirittura arricchire la detenzione domiciliare, in modo da dar luogo ad un percorso progressivo, che porti ad applicazione di misure via via meno severe, fino alla totale dismissione del soggetto davvero meritevole, dal circuito sanzionatorio penale.

A nostro avviso, il lavoro a favore della comunità in realtà dal *genus* "misure alternative alla detenzione, può essere efficacemente utilizzato come strumento sanzionatorio c.d. di secondo grado, nel senso, cioè, che può integrare la pena pecuniaria e, anzi, sostituirla, laddove il soggetto risulti incapiente; così può anche avvenire per quanto riguarda la c.d. giustizia riparativa, di cui ci occuperemo qui di seguito.

6. La parziale applicazione dei principi della *restorative justice* nel sistema penale italiano.

Per affrontare adeguatamente il problema della giustizia riparativa crediamo sia opportuna una, seppur breve, premessa storica. L'utilizzazione del risarcimento del danno come sanzione penale risale addirittura all'epoca positivista, tanto è vero che il Codice penale italiano del 1930 è l'unico, a quei tempi, tra i codici penali europei, che ha disciplinato nel suo seno anche le restituzioni ed il risarcimento del danno, quindi non più affidati esclusivamente all'originaria disciplina civilistica.

Alla metà degli anni '80 del secolo breve, una serie di giuristi illuminati, fra i quali primeggiava senza dubbio il compianto Franco Bricola, si interrogò sulla funzione che avrebbero potuto rivestire, in un'ottica evidentemente non più soltanto carcerocentrica, le c.d. "pene private"³⁰.

L'idea, in particolare, propugnata da Bricola, era quella di utilizzare le pene private, derivanti dal combinato disposto tra l'art. 185 c.p. e l'art. 2059 c.c. soprattutto per quanto riguarda i diritti della personalità e la loro lesione. Questa prospettiva fu poi sviluppata dal sottoscritto alla fine degli anni '80, ove si propugnava una tesi per allora assai avveniristica, cioè quella di una trasformazione dell'ingiuria e della diffamazione come illeciti civili, sulla falsariga del modello anglosassone, con sanzioni, appunto, di carattere essenzialmente risarcitorio, sul modello nord americano dei c.d. *punitive or exemplary damages*³¹.

³⁰ F. BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, in *Foro it.*, 1985, V, 1 ss., nonché ID, *Scritti di diritto penale*, I, II, Milano, 1997, 1557 ss.; in argomento cfr., anche, T. PADOVANI, "Lectio brevis" sulla sanzione, in AA.VV., *Le pene private*, Milano, 1985, 55 ss.

³¹ Cfr. A. MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale – Le alternative di tutela*, Padova, 1989, spec. 651 ss.; nonché ID, *Tutela penale della personalità*, Bologna, 1993 e, da ultimo, ID., *La vittima del reato: "à la recherche" di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in E. Dolcini – C.E. Paliero (a cura di), *Studi in*

Andiamo per gradi. Proprio in quel torno di tempo in Germania, da parte dei c.d. *Alternativenprofessoren*, fu elaborato il c.d. Progetto alternativo sul risarcimento del danno nel diritto penale³², il cui principale artefice è stato, come noto, Claus Roxin³³.

Fu, infatti, dimostrato da un valente criminologo, Frehsee³⁴, come il risarcimento del danno non solo rivestisse un'importante funzione general-preventiva – soprattutto laddove fossero stati introdotti nel sistema penale i c.d. danni punitivi³⁵ principalmente nell'ottica non solo general-preventiva della deterrenza e, conseguentemente anche funzione di orientamento culturale dei *cives* – ma pure special-preventiva.

Laddove, infatti, l'autore avesse risarcito il danno alla vittima anche a livello "simbolico", cioè a dire mediante lettere di scuse, *aut similia*, ciò avrebbe dato luogo alla c.d. "*Täter-Opfer-Ausgleich*", ovverosia con la c.d. "compensazione autore-vittima", si sarebbe anche raggiunta un'intesa fra i due soggetti e da qui lo sviluppo della prevenzione speciale, nel senso che, risarcendo il danno, l'autore avrebbe dimostrato di "andare incontro alla vittima", che costituisce, indubbiamente, il primo passo verso un'opera di risocializzazione.

Si mossero, tuttavia, due obiezioni a questa nuova prospettiva di politica criminale, di cui l'una riguarda i soggetti incapienti e la seconda attiene al meccanismo assicurativo. Quanto alla prima, è facile trovare, almeno a nostro avviso, un antidoto alla impossibilità per il soggetto attivo del reato di risarcire il danno in termini monetari, giacché, laddove, appunto, il soggetto risultasse incapiente, bene è possibile sostituire il risarcimento del danno con lavori di pubblica utilità. Quanto alla seconda ipotesi, è pur vero che se il soggetto attivo è assicurato, pagherà l'assicurazione e, quindi, il

onore di Giorgio Marinucci, Milano, 2006, 957 ss. Va rilevato che, di recente, la Cass., SS.UU. civili, 5 luglio 2017, n. 16601, Pres. Rordorf, ha affermato come non sia ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano, l'istituto, di origine statunitense, dei risarcimenti punitivi: cfr. A. MANNA, *Manuale di Diritto penale, Parte generale*, Milano, 2020, 792 ss.

³² A. ESER – G. KAISER – K. MADLENER (Hrsg.), *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht. Internationales strafrechtlich-kriminologisches Kolloquium in Freiburg*. Freiburg, MPI f. ausländ. und int. Strafrecht, 1990; AE-WGM, *Alternativentwurf zur Wiedergutmachung, hrsg. vom Arbeitskreis deutscher und schweizerischer Strafrechtslehrer*, München, 1992.

³³ C. ROXIN, *Zur Wiedergutmachung als einer "dritten Spur" im Sanktionensystem*, in *Fest. Baumann*, Bielefeld, 1992, 243 ss.; ID., *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 3 ss., 9 ss.; in argomento, di recente, nella dottrina italiana, per un ampio quadro della materia, cfr. M. DONINI, [Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, 236 ss.

³⁴ D. FREHSEE, *Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Berlin, 1987.

³⁵ In argomento, nella letteratura italiana, M. ROMANO, *Pene pecuniarie, esborsi in denaro, risarcimento del danno, danni punitivi*, in *Studi in onore di Emilio Dolcini*, cit., I, II, 501 ss.; nonché, soprattutto, S. SEMINARA, *Riflessioni sulla "riparazione" come sanzione civile e come causa estintiva del reato*, in *ibid*, 553 ss.; G. MANNOZZI, *Pena commisurata, pene patteggiate, pena da eseguire: il contributo reale e potenziale della giustizia riparativa*, in *ibid*, 607 ss.; G.P. DEMURO, *L'incerta parabola della riparazione del danno nel sistema penale*, in *ibid*, 691 ss.; C. PIERGALLINI, *Pene "private" e prevenzione penale: antitesi o sincrasi?*, in *ibid*, 131 ss.; M.C. BARBIERI, *Il risarcimento come pena? Il "danno morale" (ri)visto con le lenti del penalista*, in *ibid*, 819; M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, in *ibid*, 579 ss.; C. BENUSSI, *"Riparazione pecuniaria" una riscoperta o la metamorfosi di un remoto istituto?*, in *ibid*, 741 ss. Va, tuttavia, rilevato come per la D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, il risarcimento del danno potrebbe lecitamente fungere solo in chiave di depenalizzazione e non già nell'interno del diritto penale.

risarcimento del danno sarà adempiuto da un soggetto diverso rispetto all'autore del reato, ma comunque quest'ultimo ne subirà conseguenze negative, sotto il profilo dell'aumento del premio assicurativo.

Ciò condusse in Germania, come noto, nella riforma della parte generale del 1975, alla modifica del § 46a, nel senso che, quando il soggetto avesse risarcimento il danno prima del dibattimento, ciò avrebbe costituito obbligatoriamente una causa estintiva del reato e della pena, laddove quest'ultima non avesse superato, in concreto, un anno di reclusione. Se, invece, la pena irrogata fosse stata sino a due anni di reclusione, sarebbe stato nella discrezionalità del giudice non applicare la pena principale, ma, appunto, il risarcimento del danno, in luogo della prima.

Nel nostro Paese la prospettiva di politica criminale testé indicata, è stata, tuttavia, solo parzialmente accolta ed in via "sperimentale" con particolare riguardo, in primo luogo, al giudice di pace, nonché al processo penale minorile. Non si seguì pertanto, ad esempio, l'interessante modello del codice penale austriaco, ovverosia la c.d. *taetige Reue*, ove il risarcimento del danno svolge la funzione di estinguere la pena per reati di piccola e media criminalità economica, in quanto il soggetto, attraverso il c.d. pentimento operoso, dimostra di aver reintegrato il bene giuridico offeso.

Per tornare al sistema penale italiano, quanto meno con riferimento ai reati contro l'onore, ci si è avvicinati alle problematiche che stiamo trattando perché con l'art. 1, d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, si è depenalizzato il delitto di ingiuria divenuto illecito civile, ma anche qui con un'evidente contraddizione, giacché si è prevista una sanzione pecuniaria civile, tuttavia da versare alla cassa delle ammende, anziché alla vittima dell'illecito, con una duplice conseguenza negativa: la prima, trattandosi di un illecito civile, appare un controsenso che la sanzione, pur se definita civile, venga destinata alla cassa delle ammende come una qualunque sanzione amministrativa ed in secondo luogo sussiste il fondato rischio che l'autore dell'illecito, una volta versata la somma stabilita alla cassa delle ammende, diventi poi incapiente per le restituzioni ed il risarcimento del danno.

Una seconda riforma ha riguardato l'introduzione dell'art. 162-ter intitolato: "Estinzione del reato per condotte riparatorie"³⁶, nel senso che con tale riforma è stata prevista la facoltà, prima del dibattimento, concessa all'imputato, di risarcire il danno nei reati perseguibili a querela, ma anche in questo caso la giustizia riparativa appare del tutto parziale, in quanto viene solo avvisata la persona offesa di tale intenzione del reo, ma la stessa non ha la facoltà di opporsi, né con riferimento all'*an*, né, tanto meno, con riguardo al *quantum* della prestazione offerta. In altre parole, è il giudice penale che stabilisce la congruità dell'offerta, sostituendosi, così, alla persona offesa e rendendo, quindi, non solo parziale l'ipotesi di giustizia riparativa, ma fondato il sospetto che la riforma da ultimo menzionata non realizzi una funzione di carattere riparatorio, ma, in realtà, svolga una funzione tutt'affatto diversa, cioè quella della deflazione processuale³⁷.

³⁶ Ex art. 1 e ss. L. 23 giugno 2017 n. 103

³⁷ In tale ultimo senso, in particolare, R.G. 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 deflative: prime riflessioni de iure condito*, in *Questione Giustizia*, 20 giugno 2017.

Ad ogni buon conto e tornando al delitto di diffamazione, è pur vero che quest'ultimo è ancora annoverato nell'ambito dei delitti ma sia a livello sovranazionale, che pure in chiave interna, ci si è interrogati sulla legittimità di una sanzione detentiva per un reato classificabile *lato sensu* fra quelli di opinione, tanto è vero che l'orientamento della CEDU è nel senso che la pena della reclusione in tale ipotesi risulti in conflitto con l'art. 10 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, proprio così come interpretato dalla costante giurisprudenza della Corte Edu in materia di libertà di espressione, che ritiene, di regola, sproporzionate le pene detentive applicate a giornalisti condannati per diffamazione.

La Corte costituzionale italiana nel 2020 ha – come già avvenuto altra volta, cioè quella relativa all'aiuto al suicidio³⁸ – rinviato al 22 giugno 2021 la trattazione della questione di legittimità costituzionale degli artt. 595, 3° comma, e 13, L. 8 febbraio 1948, n. 47, nella parte in cui prevedono, in via alternativa o cumulativa, la pena della reclusione a carico di chi sia ritenuto responsabile del delitto di diffamazione a mezzo stampa, allo scopo di consentire al legislatore di approvare, nel frattempo, una nuova disciplina, in linea con i principi costituzionali e convenzionali indicati nell'ordinanza medesima³⁹.

Sinora abbiamo esaminato la giustizia riparativa da un punto di vista essenzialmente di carattere pecuniario ed abbiamo, altresì, potuto constatare come la stessa sia stata applicata, nei suoi principi, solo parzialmente, nell'ambito del sistema penale italiano.

Esiste, però, un altro modello di giustizia riparativa, ancora più avanzato, dove cioè si passa dalla *res* alla persona, nel senso che la *restorative justice* può riguardare anche la risocializzazione del detenuto, mediante ripetuti colloqui con lo stesso⁴⁰ e, quindi, attraverso la c.d. mediazione penale, che può avvenire anche in carcere a contatto con detenuti, pure di notevole pericolosità. A questo proposito è davvero istruttivo il libro del collega Ceretti che attraverso, appunto, la mediazione penale, soprattutto nelle carceri milanesi, ha potuto mettere in pratica la mediazione penale medesima con detenuti di notevole spessore criminale, come, ad es., Renato Vallanzasca⁴¹.

³⁸ Sia consentito il rinvio a A. MANNA, *Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca*, in *disCrimen*, 26 maggio 2020; nonché, seppure in una prospettiva parzialmente diversa, S. CANESTRARI – M.L. CAPRONI, *Suicidio e aiuto al suicidio: diritto e psicoanalisi in dialogo*, in *ibid*, 27 gennaio 2021; cfr., anche, G. FIANDACA, *Le questioni di fine-vita tra filosofia e diritto*, in *Politeia*, 2020, 126 ss. (commento al volume di G. FORNERO, *Indisponibilità e disponibilità della vita. Una difesa filosofico-giuridica del suicidio assistito e dell'eutanasia*, Milano, 2020).

³⁹ Corte cost., ord. 26 giugno 2020 n. 132, Pres. Cartabia, Est. Viganò, in *Foro it.*, 2020, I, 3709 ss., con nota di E. LA ROSA, *Diffamazione a mezzo stampa e (s)proporzione del trattamento sanzionatorio: la Corte costituzionale concede al Parlamento un anno per intervenire sulla disciplina vigente*, in *ibid.*, loc.ult.cit., con ivi riferimenti anche alla giurisprudenza della CEDU; nonché, da ultimo, cfr. anche A. GULLO, *Diffamazione, pena detentiva e chilling effect. La Consulta bussa alla porta del legislatore*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 217 ss.

⁴⁰ G. MANNOZZI – G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015; nonché già G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003.

⁴¹ A. CERETTI (con N. NISIVOCIA), *Il diavolo mi accarezza i capelli – Memorie di un criminologo*, Milano, 2020, spec. 123 ss. e 167 ss.

Ciò dimostra come l'orizzonte della giustizia riparativa si sia notevolmente ampliato, perché, attraverso la mediazione penale, su cui, spiace affermarlo, il sistema penale italiano è ancora indietro, si può addirittura trasformare, in senso qui veramente risocializzante, addirittura la pena carceraria.

7. La pena carceraria ove prevalgono decisamente gli aspetti custodiali rispetto a quelli rieducativi, puramente nominali, che, pertanto, dovrebbe essere limitata solo a determinate categorie di reati.

Se, quindi, esiste, ed è anzi in continua evoluzione, un sistema penale non carcerocentrico, bisogna iniziare a domandarsi la ragione per cui nel codice penale italiano, seppure del 1930, la pena detentiva è prevista per tutti i reati, comprese le contravvenzioni, ove infatti si utilizza la pena dell'arresto. Evidentemente il modello politico-criminale che aveva in mente il legislatore del 1930 era di carattere essenzialmente retributivo e ciò spiega, infatti, perché la pena carceraria costituisca il *leit motiv* che caratterizza addirittura l'intero codice penale.

Ciò dimostra, conseguentemente, il potenziale conflitto con l'art. 27, 3° comma, della Costituzione, primariamente nel senso che le pene non devono essere contrarie al senso di umanità, come ci ha insegnato di recente la Corte Europea dei diritti dell'uomo in tema di ergastolo ostativo, mentre la risposta della Corte costituzionale italiana è stata molto più riduttiva, nel senso di consentire solo i permessi-premio⁴².

In secondo luogo, e soprattutto, ci si deve domandare se davvero il carcere svolge una funzione rieducativa e ci sia consentito manifestare il più netto dissenso sotto questo profilo, giacché il carcere medesimo svolge, anche a nostro avviso, soltanto una funzione di carattere custodiale, alla Foucault, in quanto non possono certo ritenersi funzionali ad una reale rieducazione/risocializzazione i mestieri, in genere di carattere manuale, che si svolgono in carcere, oppure anche le attività ricreative di studio, che certo non vengono favorite da siffatta privazione della libertà personale⁴³.

Stando così la questione, bisogna iniziare a domandarsi se la pena carceraria, sotto il profilo della detenzione e, ancor di più, dell'arresto, debba essere utilizzata per ogni tipo di delitto o contravvenzione, come pena principale ineliminabile, oppure, tenendo conto di quanto sinora evidenziato circa le potenzialità, sia a livello di prevenzione generale, che di prevenzione speciale, di un catalogo di pene, già sperimentate in altri Paesi e anche da noi, diverse dal carcere, se non sia opportuno

⁴² Sia, di nuovo, consentito il rinvio a A. MANNA, *L'ergastolo ostativo alla luce delle pronunce delle Corti interne ed internazionali*, in *Penale diritto e procedura*, 3 dicembre 2020; in argomento, in generale, cfr. anche A. DELLA BELLA, *Il divieto (relativamente) assoluto di trattamenti inumani e degradanti*, in *Scritti in onore di Emilio Dolcini*, cit., 783; nonché, da ultimo, L. D'ALTILIA, *Nello specchio dell'ergastolo ostativo. Visioni e rifrazioni di una pena senza fine e senza fini*, Roma, 2020.

⁴³ Cfr. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1976; in argomento v. anche F. PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in *Scritti in onore di Emilio Dolcini*, cit., 521 ss.; M. MIEDICO, *Le sanzioni penali: funziona qualcosa? Spunti di riflessione*, in *ibid*, 757 ss.

ripensare tutto l'armamentario sanzionatorio del diritto penale, a cominciare proprio dalla pena detentiva.

La pena detentiva, infatti, si caratterizza, come abbiamo cercato di dimostrare, soprattutto per la sua funzione custodiale, in quanto la rieducazione risulta più che altro una finalità non adatta al carcere in sé e per sé, per cui riteniamo che quest'ultimo debba essere utilizzato non per tutti i reati, bensì per un *ristretto numero di essi*, ove, per la gravità degli stessi, l'aspetto custodiale diventi necessario per allontanare il soggetto dal contesto sociale. Siamo dell'avviso che, seguendo questo ragionamento, la pena carceraria debba essere utilizzata per la criminalità terroristica, per quella *lato sensu* mafiosa, nonché, infine, per quei delitti caratterizzati dall'uso della violenza in modo assai rilevante ed indiscriminato come l'omicidio, nelle sue varie forme, le lesioni volontarie, gravi o gravissime, la rapina, il sequestro di persona, soprattutto se a scopo di estorsione, e così via e, quindi, in definitiva, per quei delitti per i quali risulti necessario allontanare il soggetto dal contesto sociale di riferimento⁴⁴.

Tuttavia, un sistema penale di tal fatta, cioè avente essenzialmente una funzione custodiale, potrebbe porsi comunque in contrasto con l'art. 27, 3° comma, della Costituzione e da qui, appunto, non solo le aperture in materia di ergastolo ostativo, ancora troppo timide, della Corte costituzionale italiana, rispetto alla CEDU e l'utilizzazione, comunque, qui davvero importante, delle misure alternative alla detenzione, affinché l'aspetto custodialistico possa, anche in questi casi molto gravi, integrarsi con la funzione rieducativa della pena, affinché quest'ultima non rimanga *in subiecta materia*, un mero *flatus vocis* o, peggio, un "mito", bensì una realtà operante anche in queste ipotesi di reati così gravi, in relazione ai quali deve comunque valere sempre il monito del Margara del "carcere della speranza", ma soprattutto onde evitare che la pena carceraria, anche in questi casi, confligga con i principi costituzionali e/o comunitari. Certo ci rendiamo perfettamente conto del notevole salto, a livello culturale, di tale nuova prospettiva, perché significa scalzare una tradizione, quanto meno bisecolare e, quindi, prevedere reati per i quali non è stabilita la pena detentiva, bensì una delle pene di cui ci siamo occupati in questa Relazione.

8. Conclusioni e prospettive di riforma.

Per comprendere l'entità dello iato, può essere interessante ricordare come, nella sede convegnistica che ci ha ospitato, alle riflessioni dello scrivente ha fatto da contraltare l'on. avv. Francesco Paolo Sisto, per il quale sarebbe sufficiente la detenzione o gli arresti domiciliari in fase cautelare, con il braccialetto elettronico⁴⁵.

Pur condividendo l'opinione di Sisto, ci appare tuttavia una proposta davvero minimale, ove, in particolare, si denota la distanza fra la Politica e l'Accademia: la prima

⁴⁴ In generale, in argomento, G. FIANDACA – C. VISCONTI (a cura di), *Punire, mediare, riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Torino, 2009.

⁴⁵ F.P. SISTO, *Calibro e gittata delle esigenze cautelari carcerarie: inguaribile "dolo eventuale" del Legislatore?*, in AA.VV., *Meta valori e carcere*, cit.

deve infatti tener conto ed ottenere la maggioranza parlamentare, affinché la proposta stessa venga trasfusa in legge, mentre l'Accademia è più libera, perché ciò che conta, nell'ambito della scienza giuridica, è l'argomentazione e, quindi, la capacità di convincimento in un ambito molto più vasto ed è per questa ragione che l'Accademia ha la facoltà di spingersi molto più in là della politica, perché non deve raggiungere alcuno scopo immediato, ma agisce talvolta nel breve periodo, ma soprattutto nel medio e nel lungo periodo.

D'altro canto, non convince nemmeno quanto sostenuto in quella sede dal collega Riitano, che propone di creare "case di detenzione" per coloro che non hanno fissa dimora e per i quali, quindi, non è applicabile né la detenzione domiciliare, né tan poco gli arresti domiciliari⁴⁶. Pur comprendendo la nobile funzione delle sunnominate case di detenzione, ci sia permesso, tuttavia, avanzare talune osservazioni critiche, la prima consiste in quell'universo concentrazionario che vorremmo proprio ormai evitare, cioè il carcere per i tossicodipendenti e, soprattutto, per gli extracomunitari, per i quali dovrebbero valere sanzioni di tipo diverso, come, ad esempio, le comunità terapeutiche e non già le case di detenzione perché esse suscitano una seconda obiezione critica, cioè quella di una "riedizione", seppure sotto una forma più civile, dei tradizionali istituti carcerari. Non possiamo non tener conto del difficile rapporto tra la rieducazione e la realtà carceraria, ove si dimostra come la rieducazione stessa risulti di nuovo un *flatus vocis*, di fronte una realtà carceraria i cui dati evidenziano come «la centralità del rinchiudere l'autore di un reato in un mondo "altro" rimane il cardine della reazione statuale al reato stesso, sia che la si giudichi sul piano preventivo intimidatorio, sia su quello retributivo oppure utilitaristico. La detenzione sopravvive come risposta quasi unica al nostro dibattere sul perché e come punire...»⁴⁷.

Ci rendiamo conto che, probabilmente, non è opportuno giungere fino alle c.d. *shame sanctions*, cioè, appunto, le pene della vergogna, in cui il tratto comune è costituito dall'intento di rendere "pubblico" il reato commesso, con modalità tali da offrire un rinforzo alla disapprovazione sociale della condotta censurata ed indurre al reo una "penosa esperienza emotiva", sotto forma di un acuto senso di vergogna. Siamo, infatti, dell'opinione che questo tipo di sanzione, utilizzata negli Stati Uniti, seppure possa raggiungere un'efficacia deterrente molto alta, appare del tutto carente sotto il profilo della rieducazione e, quindi, diventa difficilmente esportabile in un sistema penale come il nostro⁴⁸. Tanto ciò è vero che per la nostra cultura, non solo giuridica, ma anche sociale, diventa difficile accettare come sanzione mettere, ad esempio, un cartello sull'auto, oppure all'ingresso della propria abitazione, ove vi sia scritto "sono una persona dedita all'alcool oppure agli stupefacenti"; per cui anche sotto questo profilo non riteniamo tale sanzione, alquanto estrema, dal nostro punto di vista, adatta alla nostra cultura giuridica. Ebbene, in conclusione, a parte gli estremismi delle *shame sanctions*, riteniamo di aver dimostrato non solo la sussistenza, ma anche la praticabilità di sanzioni del tutto

⁴⁶ G. RIITANO, *Funzione rieducativa e misura alternative*, in AA.VV., *Metavalori e carcere etc. cit.*

⁴⁷ M. PALMA, *Il difficile rapporto tra le teorie della pena e la realtà carceraria*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 1297 ss.

⁴⁸ Cfr. A. VISCONTI, *Teorie della pena e "shame sanctions": una nuova prospettiva di prevenzione o un caso di atavismo del diritto penale?*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, I, 633 ss.

diverse dal carcere e dalle misure alternative alla detenzione e dalle sanzioni sostitutive, che dovrebbero, in un diritto penale della *post-modernità*, sostituire il monolite carcerario con le sue modalità alternative di esecuzione, con, invece, una pluralità di risposte sanzionatorie, adatte alle diverse tipologie di reati e che davvero consentano anche un'applicazione *reale* dei principi costituzionali e/o comunitari.

L'ostacolo, tuttavia, è rappresentato dalla forza della tradizione e soprattutto dalla "concezione del mondo"⁴⁹ predominante, ove il modello unitario prevale decisamente sui modelli differenziati, per cui risulta molto difficile modificare una tradizione quanto meno bisecolare.

A questo proposito crediamo che si prospettino due distinte modalità di intervento, una più radicale, ove si sostituiscano le pene carcerarie, tranne le ipotesi su nominate, con altri tipi di pena, fra quelle indicate nel corso delle nostre osservazioni, con particolare riguardo sia ai reati contro la P.A., che al diritto penale dell'economia.

Ci rendiamo conto, però, che questa strada è attualmente irta di difficoltà, soprattutto perché si tratterebbe di porre in essere una sorta di "rivoluzione copernicana", che appare molto difficile venga assunta dal Parlamento, sia pure attraverso la creazione di commissioni *ad hoc*. Una strada meno "avventurista", ma più realista, potrebbe essere quella di mantenere lo *status quo* delle pene carcerarie, ma con la possibilità, a discrezione del giudice penale, nei singoli casi concreti, di sostituire alla pena detentiva una delle pene sinora analizzate. Quest'ultimo modello appare sicuramente meno "rivoluzionario", ma trova un ostacolo non di poco conto, cioè sul modello francese già indicato, di lasciare la scelta, in definitiva, della tipologia sanzionatoria alla discrezionalità del giudice penale, per di più quando, con il codice di procedura penale del 1988, non abbiamo adottato il c.d. processo bifasico, in vigore, invece, negli Stati Uniti d'America, ove la prima fase è destinata ad accertare la colpevolezza o l'innocenza dell'imputato, devoluta alla giuria, e la seconda fase è funzionale, invece, alla scelta, appunto, della sanzione, riservata al giudice togato. Se, come da noi, il processo penale è invece di carattere unitario, può apparire pericoloso affidarsi alla discrezionalità del giudice, per di più quando da noi non è stata introdotta nel giudizio di cognizione la perizia criminologica, o personologica, relegata soltanto nella fase esecutiva.

Sussiste, pertanto, il fondato rischio che in questo ideale secondo modello la discrezionalità del giudice penale, legata inevitabilmente al caso concreto, trasmodi *in arbitrium iudicis*, come ammoniva, a suo tempo, un processualpenalista del calibro di Massimo Nobili⁵⁰, tanto è vero che i suoi ammonimenti hanno prodotto, seppure a livello di *standard* probatorio, cioè in altro settore, «il principio della certezza oltre ogni ragionevole dubbio».

In conclusione, non si può, per le ragioni rispettivamente indicate, non chiudere le presenti osservazioni con una nota di scetticismo, anche perché attualmente non solo il potere governativo e quel che resta del potere legislativo sono concentrati sulla

⁴⁹ J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 2010.

⁵⁰ M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974.

pandemia e sui connessi problemi economici, ma, da un punto di vista del potere giudiziario, sono continui i riferimenti alle ragioni per cui il 41-bis non andrebbe cancellato, evidentemente in quanto la presenza della criminalità organizzata costituisce un freno difficilmente superabile sulla strada delle riforme in materia penale⁵¹.

Tuttavia, non solo ciò dimostra come la magistratura effettui scelte di politica-criminale, che potrebbero suscitare, se inserite in provvedimenti giurisdizionali, conflitti di attribuzione con il Potere legislativo⁵², ma anche, tornando al tema che qui ci occupa, risultano del tutto condivisibili i tre importanti assunti da cui dovrebbe partire la riforma carceraria e cioè: 1) abbandonare l'“abuso della pena detentiva”, che crea effetti desocializzanti e disturbi psicologici; 2) un carcere più “umano” rende più credibile l'offerta rieducativa; 3) le “sanzioni extradetentive” agevolano il risarcimento. Tre condizioni che generano maggiore sicurezza per la collettività⁵³.

⁵¹ Cfr., da ultimo, G. PIGNATONE, *Se il boss comanda anche dal carcere – Perché il 41 bis non va cancellato*, in *La Repubblica*, 22 febbraio 2021, 25; *contra*, B. DE GIOVANNI, *Leggo un brano di Hegel e penso al 41 bis*, in *Il Riformista*, 23 febbraio 2021, 3; più in generale, sul tema, da ultimo, A. BONDI, *Legislatore, cavaliere dalla triste figura. Sul diritto penale del lavoro, la responsabilità degli enti, la legislazione*, Urbino, 2019, 11 ss; e 65 ss.

⁵² G.D. CAIAZZA, *Il vecchio del “nuovo” e il nuovo del “vecchio”*. A proposito di legalità penale, in *Diritto di difesa*, 27 gennaio 2021; intervista rilasciata da Tullio Padovani a Valentina Stella ne *Il dubbio*, 30 gennaio 2021; A. MANNA, *La storia del diritto penale “giurisprudenziale”*, in *Diritto di difesa*, 14 febbraio 2021, spec. 7.

⁵³ Fiandaca, *Il governo ora affronti la questione carceraria*, in *Il Foglio*, 22 febbraio 2021.