

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
Cattedra di Diritto dell'Esecuzione Penale

LA DETENZIONE DOMICILIARE

RELATORE:
Chiar.ma Prof.ssa
Paola Balducci

CANDIDATO:
Elisabetta Donato
matr. 121063

CORRELATORE:
Chiar.ma Prof.ssa
Maria Lucia Di Bitonto

Anno Accademico 2016/2017

Alla mia famiglia

INDICE

| | |
|---------------------------|---|
| INTRODUZIONE | 5 |
|---------------------------|---|

CAPITOLO 1

LE MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE

| | |
|--|----|
| 1. La finalità rieducativa della pena nella Costituzione e nella giurisprudenza costituzionale..... | 7 |
| 2. Analisi normativa in tema di “differenziazione carceraria”..... | 25 |
| 3. Le misure alternative alla detenzione: inquadramento generale degli istituti penitenziari..... | 43 |
| 3.1 L’affidamento in prova ai servizi sociali..... | 45 |
| 3.2 La liberazione condizionale..... | 50 |
| 3.3 Il regime di semilibertà..... | 54 |
| 3.4 La liberazione anticipata..... | 58 |

CAPITOLO 2

LA MISURA DELLA DETENZIONE DOMICILIARE

| | |
|--|----|
| 1. Considerazioni generali..... | 62 |
| 2. L’introduzione della detenzione domiciliare (l. n. 663 del 1986)..... | 64 |
| 2.1 Interventi normativi successivi alla legge Gozzini..... | 66 |
| 2.2 La legge Simeone – Saraceni 27 maggio 1998, n. 165 (c.d. “svuota carceri”)..... | 68 |
| 2.3 I più recenti interventi di riforma..... | 75 |
| 3. L’istituto della detenzione domiciliare..... | 84 |

| | | |
|-----|--|-----|
| 3.1 | Le preclusioni..... | 87 |
| 3.2 | La detenzione domiciliare per il condannato ultrasettantenne non pericoloso (art. 47-ter, comma 01 ord. penit.)..... | 96 |
| 3.3 | La detenzione domiciliare per motivi di salute, famiglia o studio (art. 47-ter, comma 1 ord. penit.)..... | 100 |
| 3.4 | La detenzione domiciliare “generica” (art. 47-ter, comma 1-bis ord. penit.)..... | 110 |
| 3.5 | La detenzione domiciliare ”umanitaria” (art. 47-ter, comma 1-ter ord. penit.)..... | 113 |
| 4. | La detenzione domiciliare in casi particolari: premessa..... | 116 |
| 4.1 | Misure alternative alla detenzione nei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria (art. 47-quater ord. penit.)..... | 118 |
| 4.2 | La detenzione domiciliare speciale (art. 47-quinquies ord. penit.)..... | 127 |
| 4.3 | Art. 16-nonies d.l. 15 gennaio 1991, n. 8 (i collaboratori di giustizia)..... | 134 |
| 5. | Esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi (l. 26 novembre 2010, n. 199)..... | 141 |

CAPITOLO 3

L’APPLICAZIONE DELLA MISURA

| | | |
|-----|--|------------|
| 1. | Il procedimento di sorveglianza..... | 154 |
| 2. | Le modalità di accesso alla misura..... | 154 |
| 3. | Il contenuto e il regime della detenzione domiciliare..... | 163 |
| 3.1 | Il c.d. “braccialetto elettronico”..... | 166 |
| 4. | La disciplina della sospensione e della revoca della misura..... | 174 |
| | BIBLIOGRAFIA..... | 182 |

INTRODUZIONE

Il presente lavoro di ricerca persegue la finalità di approfondire, nel modo più esaustivo possibile, l'istituto della detenzione domiciliare, introdotto nel novero delle misure alternative ad opera della l. 10 ottobre 1986, n. 663.

Con la consapevolezza delle problematiche legate agli innumerevoli requisiti e preclusioni per accedere al beneficio penitenziario in questione, si cercherà di descrivere il quadro giuridico completo delle varie tipologie di detenzione domiciliare, peculiari in relazione al profilo dei destinatari e delle finalità perseguite.

Si è ritenuto, però, necessario far precedere l'analisi suddetta da una breve riflessione legata al principio della finalità rieducativa della pena, sancito all'art. 27, comma 3 Cost., e all'interpretazione che la giurisprudenza costituzionale ne ha dato negli anni; in quanto non può sottacersi che la finalità rieducativa della pena trovi la sua massima espressione proprio nel corso della fase dell'esecuzione, durante la quale il sistema sanzionatorio si fa più flessibile per individuare il percorso trattamentale idoneo per il condannato.

Una volta analizzata la pena e le sue funzioni astrattamente intese, si potrà procedere ad esaminare l'esecuzione concreta della stessa fornendo una breve descrizione delle misure alternative alla detenzione previste nell'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354), le quali sono state introdotte per perseguire l'obiettivo, sopra citato, di dare attuazione al principio costituzionale sancito nell'art. 27 Cost. e, soltanto successivamente, il loro ambito operativo è stato ampliato al fine di arginare la situazione emergenziale di sovraffollamento che caratterizzava le carceri del nostro paese.

Conclusa tale parte introduttiva, il presente lavoro di ricerca avrà ad oggetto esclusivamente l'istituto della detenzione domiciliare, del quale verranno esaminati sia i profili statici che quelli dinamici.

Nel secondo capitolo, infatti, dopo aver affrontato le origini storiche della misura in esame e le numerose riforme legislative che si sono susseguite in materia, verranno approfondite tutte le tipologie di custodia domestica sancite nell'art. 47-ter ord. penit., per poi dedicare attenzione ad alcune ipotesi particolari, facendo riferimento alla

detenzione domiciliare per soggetti affetti da AIDS conclamata ovvero da grave deficienza immunitaria, alla detenzione domiciliare riservata alle madri condannate con prole di età inferiore ai dieci anni, alla disciplina *ad hoc* prevista nei confronti dei collaboratori di giustizia. Considerato l'intento di fornire un quadro il più possibile completo del beneficio *de quo*, al termine di questa disamina si terrà conto anche dell'istituto dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive inferiori a diciotto mesi, di recente introduzione; verranno sottolineati gli aspetti in comune con la disciplina ordinaria, gli aspetti difformi e particolare attenzione verrà riservata al suo ambito applicativo.

Terminato l'esame dei profili statici della materia, verranno trattati gli aspetti dinamici della stessa. Nel terzo e ultimo capitolo, infatti, si analizzeranno gli aspetti procedurali a partire dalle modalità di accesso alla detenzione domiciliare, per poi giungere al contenuto e al regime della stessa (con particolare riferimento alle prescrizioni e agli strumenti utilizzati per assicurare il rispetto delle stesse) e, infine, concludere con la disciplina della sospensione e della revoca. Particolare attenzione si riserverà alla materia della sorveglianza elettronica e all'introduzione del c.d. "braccialetto elettronico", innovazione prevista al fine rendere più effettivi i controlli esercitati e di conseguenza ampliare il numero dei fruitori del beneficio.

CAPITOLO 1

LE MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE

1. La finalità rieducativa della pena nella Costituzione e nella giurisprudenza costituzionale

Il termine pena evoca i concetti di sofferenza e castigo inflitti nei confronti dell'autore di un fatto illecito e antisociale e sua caratteristica essenziale è l'afflittività¹. È da tempo aperto il dibattito in dottrina e giurisprudenza circa la funzione che la stessa riveste nell'ordinamento giuridico italiano².

Le diverse teorie sulla funzione della pena corrispondono alle principali linee-guida che dominano il dibattito: la funzione retributiva, di prevenzione generale e di prevenzione speciale.

La retribuzione rimanda all'idea secondo la quale la sanzione penale deve svolgere «il compito di compensare la colpa per il male commesso (*puniatur quia peccatum est*)»³: la pena non altro sarebbe che una ricompensa. Strettamente connessa a tale teoria vi è il concetto della proporzione della sanzione penale secondo cui la pena deve essere proporzionata alla gravità del reato commesso⁴. La finalità di evitare la commissione di illeciti non può in alcun caso «giustificare l'inflizione di una sanzione penale “esemplare” [...] e manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità del reato commesso»⁵ anche perché il processo rieducativo non può dirsi realizzato nelle ipotesi in cui il condannato non avverta come giusta la pena comminatagli.

La prevenzione generale, invece, si basa sulla necessità di distogliere la generalità dei consociati dal compimento di fatti socialmente dannosi attraverso la minaccia della pena⁶, «fa da presupposto a questa idea la convinzione che la minaccia

¹ «Una pena non afflittiva, infatti, è una vera *contradictio in terminis*; sarebbe come dire: luce buia o fuoco freddo», F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2003, p.675.

² Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Ed. VI, Zanichelli, 2015, p. 695.

³ *Ut supra*, p. 696.

⁴ Cfr. G. BETTIOL, *Diritto penale: parte generale*, CEDAM, 1982, p. 725 ss; l'autore è sicuramente fra i più autorevoli sostenitori della teoria retributiva della pena.

⁵ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Ed. VI, Zanichelli, 2015, p. 715.

⁶ Per un approfondimento sul tema della prevenzione generale della pena cfr. AA. VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Il Mulino, 1980.

della sanzione operi, dal punto di vista psicologico, come contropinta alla spinta criminosa»⁷.

Infine, la teoria della prevenzione speciale si fonda sul presupposto per cui l'inflizione della sanzione penale attenua il pericolo che il soggetto possa commettere in futuro ulteriori reati⁸, le opinioni dottrinali che hanno patrocinato questa idea della pena partono dal presupposto che il delinquente, compiendo l'atto illecito, ha dimostrato di essere incline a commettere azioni criminose e al fine di prevenire la ricaduta nel delitto occorre procurare il suo ravvedimento⁹.

Per quanto concerne la posizione originaria in tema di sanzione penale assunta dal Codice Rocco del 1930, il legislatore, in conformità con l'ideologia fascista di quegli anni, introdusse nell'ordinamento penale italiano il sistema del c.d. "doppio binario" vale a dire un meccanismo che prevedeva l'applicazione di una misura di sicurezza in aggiunta alla tradizionale sanzione penale; la prima basata sulla necessità di arginare le condotte di un soggetto socialmente pericoloso nell'intento di pervenire ad una sua risocializzazione, la seconda basata sul presupposto della colpevolezza. Alla pena veniva, pertanto, attribuita una funzione di prevenzione generale mentre quella di prevenzione speciale veniva completamente affidata alle misure di sicurezza¹⁰. Il meccanismo del doppio binario mostrò, immediatamente dopo l'introduzione, i suoi limiti in quanto «la sua natura eccessivamente compromissoria

⁷ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Ed. VI, Zanichelli, 2015, p. 696.

⁸ Per un'articolata disamina degli orientamenti in tema di prevenzione speciale si rimanda a E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, CEDAM, 1979 p. 72 ss.

⁹ L'idea dell'emenda si trova affermata anche nel Digesto, ove è presente la celebre frase del giureconsulto latino Paolo: *poena constituitur in emendationem hominum* ed ha trovato seguito in molti fautori, tra i quali è necessario ricordare ROEDER, *Sul fondamento e sullo scopo della teoria dell'emenda*, in *Riv. Pen.*, 1875. Secondo l'autore, il reo attraverso il compimento dell'atto illecito ha dimostrato di aver bisogno di una guida affinché possa diventare elemento integrante della società. A tale scopo provvede la pena, la quale deve necessariamente avere contenuto educativo (pena educativa).

¹⁰ Dalla *Relazione ministeriale al codice penale*, in *Lavori preparatori*, si evince: «Delle varie funzioni che la pena adempie, le principali sono certamente la funzione di prevenzione generale, che si esercita mediante l'intimidazione derivante dalla minaccia e dall'esempio, e la funzione c.d. satisfattoria, che è anch'essa, in un certo senso, di prevenzione generale, perché la soddisfazione che il sentimento pubblico riceve dall'applicazione della pena, evita le vendette e le rappresaglie». Dal passo riportato si evince come alla retribuzione, definita dall'autore come funzione c.d. satisfattoria, sia attribuito non un ruolo autonomo bensì strumentale rispetto alla finalità della prevenzione generale.

si evidenzia[va] in alcune palesi contraddizioni teoriche e in alcune incongruenze pratiche»¹¹.

La questione relativa al fondamento e alla funzione della pena viene a collocarsi in una nuova prospettiva in seguito all'entrata in vigore della Costituzione. Il legislatore costituzionale, infatti, prende esplicita posizione al riguardo, affermando all'art. 27 comma 3: «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato».

Il primo principio espresso dalla disposizione in esame è quello della c.d. umanizzazione della pena, la norma, infatti, stabilisce che «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità», principio ripreso dall'art. 4 della Carta europea dei diritti fondamentali e successivamente nella Raccomandazione adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa.¹²

Il postulato rafforza il valore riconosciuto all'interno della Costituzione all'individuo in quanto persona, di cui devono essere tutelati i diritti considerati inviolabili anche nell'ipotesi in cui tale soggetto versi nella condizione di restrizione della libertà¹³; l'umanizzazione trova concreta attuazione attraverso il divieto di imporre sanzioni afflittive particolarmente gravose o degradanti.

Inizialmente l'espressione suggerita nei lavori preparatori al testo costituzionale era «trattamenti crudeli e disumani» ma, su proposta dell'On. Leone, essa venne

¹¹ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Ed. VI, Zanichelli, 2015, p. 699. L'autore per quanto concerne le contraddizioni teoriche sottolinea «l'impossibilità di concepire l'individuo come diviso in due parti: da un lato, soggetto libero e responsabile e in quanto tale assoggettabile a pena» (la quale presuppone la volontà di agire e la colpevolezza); dall'altro lato, soggetto pericoloso e quindi per tale ragione assoggettabile a misura di sicurezza. (In linea con queste critiche cfr. NUVOLNE, *Il rispetto della persona umana nell'esecuzione della pena*, in *Iustitia*, 1956). Per quanto concerne, invece, le incongruenze sul piano della disciplina positiva, il sistema del doppio binario rende incerta la linea di demarcazione tra i criteri che presidono all'applicazione della pena e quelli relativi alla misura di sicurezza. Per entrambi, lo stesso legislatore rimanda all'art. 133 c.p. Ciò significa che per il giudizio di pericolosità sociale assumono rilevanza i medesimi elementi necessari per la quantificazione della pena.

¹² «Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti», art. 4 Carta dei diritti fondamentali; secondo la disposizione contenuta nella parte I della Raccomandazione dell'11 gennaio 2006 «tutte le persone private della libertà devono essere trattate nel rispetto dei diritti dell'uomo, le persone private della libertà conservano tutti i diritti che non sono tolti loro secondo la legge con la loro condanna».

¹³ Cfr. Corte Cost., 23 maggio 1990, n. 274.

sostituita in Commissione nell'inciso attuale «trattamenti contrari al senso di umanità»¹⁴.

In dottrina la portata di tale principio venne fin subito definita «estremamente elastica», in quanto si riteneva che esso sicuramente escludesse l'ammissibilità nella fase dell'esecuzione di ogni forma di tortura o di qualsiasi altro trattamento che potesse incidere negativamente sulla salute del detenuto ma rimanevano dubbi i casi in cui l'assenza di umanità del trattamento non fosse così palese come nel caso della tortura; la questione poteva, ad esempio, assumere rilevanza in tutte le ipotesi in cui la pena detentiva fosse particolarmente lunga.

Se per un verso è vero che «un simile principio esclude implicitamente, dal novero delle legittime sanzioni penali, certi tipi di pena [...] come i supplizi efferati e crudeli, le pene corporali e lesive della dignità umana, [...] le mutilazioni di ogni specie»¹⁵, compresa anche la pena di morte; dall'altro, vi sono ipotesi in cui stabilire se il trattamento punitivo sia o no conforme al senso di umanità risulta assai più complesso, tenendo presente che «il giudice condanna a un certo numero di anni di reclusione, e non anche ad altre sofferenza che vi si possono accompagnare»¹⁶. Si può pacificamente sostenere che il divieto di tortura durante l'esecuzione del trattamento è sicuramente riconducibile al principio dell'umanizzazione della pena. Nell'ordinamento italiano sono, però, assenti disposizioni che abbiano ad oggetto questo specifico divieto sia durante la fase esecutiva della pena (ed in questo caso, molto probabilmente, la lacuna normativa può essere colmata per il tramite dell'art. 27, comma 3, Cost.), sia in riferimento al momento processuale dell'acquisizione della prova (il principio in questione difficilmente può essere esteso fino a ricomprendere questa fase dal momento che l'esecuzione penale prende avvio proprio successivamente ad essa)¹⁷.

¹⁴ CAMERA DEI DEPUTATI – SEGRETARIATO GENERALE, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Volume VI, p. 181.

¹⁵ M. A. CATTANEO, *Il problema filosofico della pena*, Ed. Universitaria, Ferrara, 1978, pp. 137-139.

¹⁶ *Ut supra*.

¹⁷ Il divieto di tortura è, invece, espressamente sancito nelle norme internazionali, in particolare nell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che a sua volta richiama l'art. 5 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo dispone che «no one shall be subjected to torture or to inhuman or degradating treatment or punishment». Per una trattazione più ampia della materia si rimanda agli scritti di M. FORNARI, *L'art. 3 della Convenzione europea sui diritti umani*, e *La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti* in PINESCHI, L. (*a cura*

La disposizione sovraordinata sin qui esaminata stabilisce, inoltre, che le pene devono tendere alla rieducazione del condannato, in questo modo la questione delle finalità della sanzione penale assume all'interno dell'ordinamento una rilevanza di ordine costituzionale.

La finalità rieducativa della pena, successivamente entrata a far parte anche dello scenario giuridico europeo, costituisce l'elemento più innovativo, all'epoca dell'entrata in vigore della Costituzione, del trattamento sanzionatorio. Se, infatti, la sanzione penale era, precedentemente, considerata in senso retributivo, quale corrispettivo al comportamento socialmente dannoso realizzato dal condannato, e in senso preventivo, quale deterrente per la generalità dei consociati dal compimento di nuovi atti illeciti, in forza dell'art 27, comma 3 Cost. la sanzione penale assume come funzione primaria quella di "recupero sociale", finalizzata, cioè, al reinserimento all'interno della società del reo.

È opportuno sottolineare che la giurisprudenza ha talvolta considerato l'art. 27, comma 3, Cost. quale «*quid unicum* in cui il principio di umanizzazione e quello di tendenziale finalità rieducativa delle pene sono collegati inscindibilmente al principio dell'individualizzazione del trattamento penitenziario»¹⁸. Sono «facilmente intuibili (...) le ragioni di fondo che radicano nel terreno costituzionale la "filosofia" della

di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Giuffrè, Milano 2006, p. 352 ss. e 203 ss. Per il tramite dell'articolo 3 CEDU sono state sottoposte alla Corte di Strasburgo molte questioni relative alle condizioni di vita all'interno degli istituti penitenziari: problemi legati al sovraffollamento nelle celle delle carceri, allo scarso igiene, all'indigenza, ai trasferimenti continui dei detenuti. Cfr. BIANCO, C., *L'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza recente della Corte di Strasburgo*, in GONNELLA, P. – MARCHESI, A., *Onorare gli impegni. L'Italia e le norme internazionali contro la tortura*, Sinnos, Roma 2006., pp. 47 ss. Nel caso *Izet Sulejmanovic contro Italia* (Sez. II, 16 luglio 2009), l'Italia è stata condannata dalla Corte EDU per aver violato l'art. 3 CEDU, in quanto il detenuto bosniaco era stato costretto a vivere, nel carcere romano di Rebibbia, in una cella le cui dimensioni non superavano i 3 mq. Lo spazio vitale così ridotto ha integrato le condizioni inumane e degradanti che l'articolo in questione espressamente vieta: «La Cour observe que (...) pendant une période de plus de deux mois et demi chaque détenu ne disposait que de 2,70 m2 en moyenne. Elle estime qu'une telle situation n'a pu que provoquer des désagréments et des inconvénients quotidiens pour le requérant, obligé de vivre dans un espace très exigü, bien inférieur à la surface minimum estimée souhaitable par le CPT. Aux yeux de la Cour, le manque flagrant d'espace personnel dont le requérant a souffert est, en soi, constitutif d'un traitement inhumain ou dégradant. Il s'ensuit qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention à raison des conditions dans lesquelles le requérant a été détenu jusqu'en avril 2003»; successivamente la Corte Edu, considerata la natura sistemica del fenomeno del sovraffollamento in Italia e del problema strutturale del disfunzionamento del sistema penitenziario italiano, interviene nuovamente adottando lo strumento della sentenza pilota con la sentenza *Torreggiani e altri contro Italia* (Sez. II, 8 gennaio 2013).

¹⁸ D'AMICO, M., *Art. 27*, in BIFULCO, R. – CELOTTO, A. – OLIVETTI, M., *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Utet, Milano 2006, p. 574.

pena»¹⁹.

Nelle ipotesi in cui la pena inflitta dovesse comportare la privazione della libertà personale del condannato, potrebbero sorgere dei problemi di legittimazione della stessa all'interno di tutti quegli stati di diritto (tra i quali ben può essere annoverata l'Italia), ispirati al garantismo dei diritti fondamentali, che tutelano il diritto alla libertà personale. Per tale ragione, l'introduzione all'interno della Carta Costituzionale della finalità rieducativa della pena è dovuta anche alla «dimensione “sociale” o “solidaristica” che caratterizza non pochi ordinamenti contemporanei»²⁰.

Il principio di rieducazione è, dunque, divenuto, attraverso la sua introduzione nella Costituzione, un criterio di politica criminale.

È necessario precisare quale sia il ruolo della rieducazione nelle diverse fasi del processo punitivo²¹: senza dubbio la funzione rieducativa svolge il suo ruolo principale nella fase dell'esecuzione della pena, questo sta a significare che il legislatore, *in primis*, dovrà adottare delle sanzioni che siano idonee a instaurare un trattamento punitivo personalizzato e non desocializzante, trattamento che poi verrà eseguito nella fase *de qua*. Il principio della rieducazione deve, inoltre, essere preso in considerazione quale parametro di riferimento anche durante la fase di commisurazione giudiziale della pena; mentre durante la fase della minaccia della sanzione penale predominano esigenze di prevenzione generale in quanto si persegue la finalità di dissuadere i consociati dal compiere atti illeciti.

A seguito dell'entrata in vigore della Carta Costituzionale, si svilupparono varie elaborazioni dottrinali incentrate sul tema del finalismo rieducativo della pena. Si è assistito ad una lenta ma significativa evoluzione della concezione di tale principio, partendo da una originaria idea “polifunzionale”²² della sanzione penale si è giunti, con

¹⁹ FIANDACA, G., *Il 3° comma dell'art. 27*, in BRANCA, G. – PIZZORUSSO, A. (a cura di), *Commentario alla Costituzione - Rapporti Civili. Art. 27 – 28*, Bologna, Zanichelli, 1991, p. 222.

²⁰ FIANDACA, G., *Il 3° comma dell'art. 27*, in *op. cit.*, p. 224.

²¹ A sua volta l'idea rieducativa ha ispirato una serie di interventi riformistici volti a rendere l'ordinamento vigente più rispondente al principio espresso nell'art. 27 Cost. (basti pensare alla l. 25 novembre 1962, n. 1634 che ha modificato l'art. 176 c.p. secondo il quale il condannato all'ergastolo può essere ammesso alla liberazione condizionale quando abbia scontato almeno ventisei anni di pena). L'espressione più significativa del finalismo rieducativo è costituita senza dubbio dalla riforma dell'ordinamento penitenziario attuata con la l. 26 luglio 1975, n. 354 (si veda *infra*).

²² La dottrina accenna alla teoria polifunzionale della pena per la prima volta, negli anni Sessanta del secolo scorso (cfr. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, cit., p. 308 e ss): secondo tale posizione,

il passare del tempo, a considerare la rieducazione del condannato come scopo primario e ineludibile della pena stessa.

La dottrina contemporanea all'entrata in vigore del testo costituzionale ha interpretato in modo restrittivo il principio della finalità rieducativa della sanzione penale, al fine di ridurre il suo ambito operativo. Tale scelta esegetica si fondava sull'interpretazione letterale del verbo «tendere», invero si sosteneva che il fine suddetto consisteva in «uno scopo eventuale della pena»²³ e non in un fine perseguito dalla pena in modo imprescindibile e sulla base dell'esame testuale della successione dei due proposizioni all'interno della disposizione in esame, cioè sottolineando la circostanza che il riferimento al divieto di trattamenti inumani precede la finalità della rieducazione, se ne poteva dedurre che la rieducazione verrebbe presa in considerazione soltanto nella fase dell'esecuzione²⁴; mentre veniva, in precedenza, attribuita prevalenza alla finalità retributiva della pena dato che l'accento era posto dalla dottrina dell'epoca sulla general-prevenzione. Tanto è vero che già nei lavori preparatori al testo costituzionale si leggeva «non si è voluto risolvere la questione delle finalità della pena. La pena ha – secondo alcuni – un fine di intimidazione; secondo altri, un fine di prevenzione; secondo altri ancora, deve avere soltanto il fine della rieducazione del colpevole. Si è voluto evitare di accettare nella Costituzione una di queste teorie, trattandosi di materia di Codice penale. Ecco perché si è usata la parola: “tendere”; perché si è voluto dire, in un senso altamente sociale ed umano, che una delle finalità della pena in tutti i casi deve essere la rieducazione del condannato»²⁵.

rimasta dominante per circa un trentennio, la pena svolge contemporaneamente la funzione retributiva, generalpreventiva e specialpreventiva; esclusivamente durante la fase dell'esecuzione trova spazio anche la funzione retributiva. Tutte le diverse funzioni attribuite alla pena vengono sommate e tra loro, in assenza di un ordine gerarchico sarà compito del giudice individuare lo strumento sanzionatorio adeguato al fine di soddisfare le esigenze politico-criminali considerate prevalenti nel singolo caso di specie (si veda FIANDACA, *Scopi della pena fra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale*, cit., p. 135). Secondo la teoria polifunzionale sebbene la funzione retributiva della pena sia quella prevalente, questa non è in grado da sola di assicurare una effettiva lotta alla criminalità, la pena resta, quindi, «retributiva» nella sua essenza ma, al contempo, persegue finalità di prevenzione generale e speciale (Cfr. G. VASSALLI, *Funzioni ed insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, I, 297).

²³ FIANDACA, *Diritto penale – parte generale*, loc. cit., p. 700

²⁴ Cfr. G. BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, in AA. VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, 15; B. PETROCELLI, *Retribuzione e difesa nel progetto di codice penale del 1949*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, 593.

²⁵ CAMERA DEI DEPUTATI – SEGRETARIATO GENERALE, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Volume VI, p. 181.

Successivamente all'affermarsi della teoria "polifunzionale" della sanzione, intorno agli Settanta, la dottrina ha mostrato un interesse maggiore per le tematiche legate all'esecuzione della pena e alle condizioni di vita dei detenuti all'interno degli istituti penitenziari²⁶: il finalismo rieducativo della pena non solo era riconosciuto quale principio prevalente, sulla scia della *voluntas* del legislatore costituzionale, ma era «altresì assunto a principale criterio ispiratore delle proposte di modifica relative al catalogo delle sanzioni».²⁷

Il dibattito dell'epoca era fondamentalmente incentrato sull'abbandono dell'esclusività della pena detentiva, a favore dell'ingresso nell'ordinamento penitenziario di misure che potessero far espriare la pena *extra moenia*²⁸ e sull'effettiva adozione di sanzioni che rispettassero il principio della finalità rieducativa della pena, in linea con quanto sancito all'art. 27 Cost.²⁹

Il dibattito dottrinale sulle finalità della pena è oggi giunto ad una conclusione pacifica: la sanzione penale, all'interno di un stato democratico moderno, può ritenersi legittima dal momento che persegue scopi socialmente utili. Nell'attuale momento storico la dottrina è concorde nell'assegnare alla norma penale il compito di

²⁶ Il movimento politico sociale e culturale del Sessantotto esercitò la sua influenza anche sul dibattito legato all'esecuzione della pena dal momento che i protagonisti del movimento provarono personalmente l'esperienza della detenzione nel carcere. Fu DE VITO, nella sua opera *Camosci e girachiavi – Storia del carcere in Italia*, Laterza, Roma-Bari 2009, a descrivere tale situazione. L'autore segnala che in quegli anni i detenuti del penitenziario romano Regina Coeli hanno avuto la possibilità, a seguito di un lungo sciopero della fame, di partecipare ad un incontro con una Commissione parlamentare e con il Ministro della giustizia Zagari avente ad oggetto la riforma dell'ordinamento penitenziario.

²⁷ FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in *op. cit.*, p. 243.

²⁸ Cfr. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale – parte generale*, *cit.*, p. 695. Tale obiettivo venne raggiunto attraverso l'entrata in vigore della legge di riforma dell'ordinamento penitenziario n. 354 del 1975. La riforma venne peraltro preceduta dalla l. 7 giugno 1974, n. 220, la quale ha reso più flessibile il sistema sanzionatorio previsto dall'ordinamento attraverso l'introduzione di alcuni istituti di diritto penale come la recidiva e il bilanciamento fra le circostanze aggravanti e attenuanti; PULITANÒ, *Diritto penale*, II Ed., Giappichelli, Torino, 2007, p. 94.

²⁹ Inoltre, in questi anni, veniva consacrata l'idea in base alla quale il potenziamento del principio rieducativo della pena produce effetti anche sul piano del principio di colpevolezza e sulla struttura dell'illecito penale (cfr. RONCO, *Il problema della pena – Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Giappichelli, Torino 1996, p. 5). Proprio in questo periodo, infatti, si affermava la concezione del reato costituzionalmente orientata sostenuta da Bricola (v. BRICOLA, F., *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, Utet, Torino 1973, c. 38 ss.), il quale riteneva che il finalismo rieducativo della sanzione penale debba essere incluso tra i criteri necessari al fine di individuare le caratteristiche dell'illecito penale. La teoria, però, non è rimasta immune da critiche, Cfr. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, pp. 246 – 252.

tutela dei beni giuridici³⁰; considerando, inoltre, lo stretto collegamento sussistente tra il finalismo della pena e le funzioni esercitate dal sistema penale nel suo complesso si può dedurre che la legittimazione della pena trova fondamento nella sua attitudine a tutelare i beni giuridici. «Siffatta attitudine strumentale è paradigmaticamente espressa dall'idea di *prevenzione*, che individua lo specifico scopo delle sanzioni penali nell'inadempimento o contenimento delle offese a beni o interessi considerati bisognosi e meritevoli di tutela penalistica»³¹. Dunque, prevenzione generale e prevenzione speciale rappresentano quegli obiettivi socialmente utili perseguiti dal sistema sanzionatorio.

È bene sottolineare, ad ogni modo, che il diritto penale è soltanto uno degli strumenti per esercitare un controllo sulle condotte della generalità dei cittadini e il ricorso ad esso può essere giustificato soltanto nel caso in cui tutti gli altri strumenti di tutela extrapenale non dovessero essere sufficienti nel perseguire l'obiettivo della lotta alla criminalità, in linea con il principio di *extrema ratio* del diritto penale.³²

Per quanto riguarda l'*iter* interpretativo seguito dalla Corte Costituzionale, possono distinguersi, secondo la dottrina³³, tre stagioni giurisprudenziali che si sono susseguite in materia di funzione della pena.

Invero in una prima fase, che si sviluppava tra il 1966 e il 1988, secondo una giurisprudenza che può definirsi omogenea³⁴, la Consulta aveva interpretato restrittivamente il principio del finalismo rieducativo sullo sfondo di una concezione "polifunzionale" della pena³⁵; in alcune decisioni risalenti l'obiettivo di

³⁰ Nonostante la dottrina maggioritaria è in linea con quanto sopra affermato, non bisogna esimersi dal sottolineare che vi sono autori che prendono al riguardo posizioni diverse, inclini a respingere l'idea della tutela dei beni giuridici e a collocare la legittimazione del diritto penale in un quadro soltanto teorico di natura sociologico (v. W. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale*, in *Delitti e pene*, 1984, p. 104 s.; per una posizione più radicale cfr. A. BARATTA, *Integrazione – prevenzione. Una «nuova» fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, in *Delitti e pene*, 1984, p. 5 s.).

³¹ FIANDACA G., *Il 3° comma dell'art. 27*, in BRANCA G., PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario alla Costituzione - Rapporti Civili. Art. 27 – 28*, Zanichelli, Bologna, 1991, p. 263.

³² Cfr. *ut supra*

³³ Cfr. G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in VASSALLI, G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2006, p. 131.

³⁴ Cfr. *ibidem*, p. 134. L'Autore fa riferimento alle sentenze della Corte Cost. n. 48 del 1962, n. 67 del 1963, n. 12 del 1966, n. 124 del 1970, n. 179 del 1973, n. 264 del 1974 e n. 306 del 1993.

³⁵ Teoria che gode di ampio successo tra la dottrina dei primi anni Sessanta, secondo la quale «la pena assolve contemporaneamente più funzioni, e cioè afflittivo-retributiva, general preventiva, special

risocializzazione veniva addirittura considerato come «marginale o eventuale» e comunque circoscritto «entro gli angusti limiti del trattamento penitenziario»³⁶.

Un esempio di tale linea di lettura è offerto dalla sentenza n. 12 del 1966³⁷, avente ad oggetto una spinosa questione relativa alla legittimità costituzionale delle pene pecuniarie in quanto secondo il giudice remittente esse dovevano essere considerate intrinsecamente non conformi al principio della finalità rieducativa della pena, espresso dal terzo comma dell'art. 27 Cost.

La Consulta, nonostante abbia dichiarato non fondato il dubbio di costituzionalità, ha esaminato a fondo il merito della questione giungendo a dichiarare che la «vera portata del principio rieducativo» emerge da una lettura combinata dei due enunciati, di cui si compone il terzo comma dell'art. 27 Cost., che formano un tutt'uno «chiaramente unitario, non dissociabile [...] in una prima e in una seconda parte separate e distinte tra loro»; i due principi sanciti nel testo dell'articolo in questione non potevano essere separati e distinti l'uno dall'altro in quanto soltanto insieme costituivano i connotati della pena, fino a porre in essere uno scenario unitario e indissolubile. Nel dispositivo della sentenza veniva, infatti, sottolineato che: «è arbitrario, innanzi tutto, il modo con cui viene presentato il comma terzo dell'art. 27, del quale l'ordinanza pone in esclusiva evidenza una parte tacendone del tutto l'altra. Invero la norma non si limita a dichiarare puramente e semplicemente che "le pene devono tendere alla rieducazione del condannato", ma dispone invece che «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato»: un contesto, dunque, chiaramente unitario, non dissociabile in una prima e in una seconda parte separate e distinte tra loro, né, tanto meno, riducibile a una di esse soltanto. Oltre tutto, le due proposizioni sono congiunte [...] anche perché logicamente in funzione l'una dell'altra. Da un lato infatti un

preventiva e satisfattoria o di reintegrazione dell'ordine giuridico violato. In questo quadro composito trova spazio anche la finalità rieducativa, la quale viene tuttavia tendenzialmente circoscritta alla sola fase dell'esecuzione penitenziaria» G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2006, p. 134.

³⁶ Corte Cost., 4 febbraio 1966, n. 12 (si veda più diffusamente *infra*)

³⁷ Si veda Corte Cost., 4 febbraio 1966, n. 12 (pres. Ambrosini, rel. Petrocelli) in *Giur. Cost.*, 1966, I, 143, p. 150: il giudice remittente aveva sollevato la questione di costituzionalità circa la pena pecuniaria, se essa «in quanto ritenuta, a differenza della pena detentiva, non idonea a svolgere funzione rieducativa, sia da considerarsi non conforme al principio costituzionale di cui al comma terzo, seconda parte, dell'art. 27 della Costituzione».

trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato; dall'altro è appunto in un'azione rieducativa che deve risolversi un trattamento umano e civile, se non si riduca a una inerte e passiva indulgenza»³⁸. Si ribadisce in motivazione che, pertanto, il principio della finalità rieducativa della sanzione penale, «dovendo agire in concorso con le altre funzioni della pena, non può essere inteso in senso esclusivo ed assoluto» e la rieducazione deve essere, quindi, collocata «nell'ambito della pena, umanamente intesa ed applicata». I giudici della Corte Costituzionale chiariscono che dalla stessa interpretazione letterale dell'art. 27 Cost. si possono evincere i limiti della funzione rieducativa in quanto l'utilizzo dell'espressione «le pene devono tendere» al suddetto fine, «sta ad indicare unicamente l'obbligo per il legislatore di tenere costantemente di mira, nel sistema penale, la finalità rieducativa e di disporre tutti i mezzi idonei a realizzarla». La Consulta ha, dunque, colto l'occasione per fornire l'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione *de qua*, sulla base della quale, nonostante venga riconosciuta un'importanza notevole alla rieducazione del condannato, questa è pur sempre allocata nella fase del trattamento penale, il quale, è necessario sottolineare, non può avere ad oggetto pene che si pongano in contrasto col senso di umanità³⁹.

In conclusione, dunque, proseguendo nell'analisi della presente pronuncia, si può ritenere che si volle che «il principio della rieducazione del condannato, per il suo alto significato sociale e morale, fosse elevato al rango di precetto costituzionale» ma ciò è stato realizzato «senza negare la esistenza e la legittimità della pena là dove essa non contenga, o contenga minimamente, le condizioni idonee a realizzare tale finalità», tenendo, chiaramente, in considerazione «le altre funzioni della pena⁴⁰ che [...] sono essenziali alla tutela dei cittadini e dell'ordine giuridico contro la delinquenza, e da cui dipende la esistenza stessa della vita sociale».

³⁸ Corte Cost., 4 febbraio 1966, n. 12, *loc. cit.*, pp. 151-152.

³⁹ Nella motivazione emerge infatti che «la rieducazione del condannato, pur nella importanza che assume in virtù del precetto costituzionale, rimane sempre inserita nel trattamento penale vero e proprio».

⁴⁰ Le «altre funzioni della pena» a cui si riferisce espressamente la Consulta sono gli scopi di prevenzione generale e di retribuzione attribuiti alla pena, i quali vengono perseguiti nelle fasi precedenti a quella dell'esecuzione della sanzione penale.

È opportuno, inoltre, far riferimento alla sentenza della Corte Costituzionale n. 264 del 1974⁴¹ in quanto presenta numerosi spunti di riflessione critica. Nel caso di specie i giudici della Consulta erano stati chiamati a pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale della sanzione penale dell'ergastolo. La motivazione in esame risulta, però, molto sintetica e tale concisione non si sarebbe aspettate in merito ad una questione così rilevante; tra l'altro, la decisione è stata assunta con procedura camerale dal momento che le parti private decisero di non costituirsi.

Dopo avere ribadito che «funzione della pena non è certo il solo riadattamento dei delinquenti, purtroppo non sempre conseguibile», la Consulta sottolineava che «a prescindere sia dalle teorie retributive secondo cui la pena è dovuta per il male commesso, sia dalle dottrine positiviste, secondo cui esisterebbero criminali sempre pericolosi e assolutamente incorreggibili, non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena». Ciò sarebbe sufficiente «per concludere che l'art. 27 della Costituzione, usando la formula “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”, non ha proscritto la pena dell'ergastolo (come avrebbe potuto fare), quando essa sembri al legislatore ordinario, nell'esercizio del suo potere discrezionale, indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi, o mezzo per isolare a tempo indeterminato criminali che abbiano dimostrato la pericolosità e l'efferatezza della loro indole».

La pronuncia sembrerebbe in questo modo assai evasiva e probabilmente inconciliabile con l'attuazione del principio del finalismo rieducativo anche nei confronti del soggetto condannato all'ergastolo, in quanto rimane complesso comprendere come tale obiettivo sia raggiungibile se la pena oggetto della condanna non prevede un termine finale. Senonché, successivamente la Corte ha ricordato che, con l'importante modifica, recata all'art. 176 c.p. dall'art. 2 l. 25 novembre 1962, n. 1634, la liberazione condizionale può essere applicata, sulla base di determinate condizioni, anche ai condannati all'ergastolo, in modo da consentirne la reintroduzione nel tessuto sociale.

⁴¹ Si veda Corte Cost., 7 novembre 1974, n. 264 (pres. Bonifacio, rel. Rossi), in *Giur. Cost.*, 1974, III, 2897.

È necessario, inoltre, sottolineare che mediante una pronuncia di qualche mese antecedente, la sentenza n. 204 del 1974⁴², i giudici della Corte Costituzionale sono intervenuti sull'attribuzione della competenza circa la concessione della liberazione condizionale, escludendo che questa appartenga al Ministro della giustizia e attribuendola invece alla sede giurisdizionale. Dunque, il condannato per fruire del beneficio suddetto dovrà rivolgersi all'autorità giudiziaria, alla quale spetterà il compito di accertare la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge, quali il sicuro ravvedimento dell'interessato e l'idoneità della condotta.

La sentenza sopracitata merita una accorta analisi e una speciale attenzione in quanto ha proposto un'interpretazione innovativa circa la finalità rieducativa della pena, discostandosi dall'orientamento dominante e assumendo una posizione di controtendenza rispetto ad esso.

La Corte Costituzionale nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 43 Disposizioni di attuazione del codice di procedura penale del 1931 (r.d. 28 maggio 1931, n. 602), il quale riconosceva in capo al Ministro della giustizia di disporre con proprio decreto la liberazione condizionale a seguito di un periodo determinato di esecuzione della pena, si è soffermata a descrivere la natura dell'istituto in questione, riconoscendone l'importanza sempre maggiore rispetto al passato, in special modo a seguito della applicabilità generalizzata anche nei confronti dei condannati alla pena dell'ergastolo; tanto è vero che il beneficio *de quo*, ha affermato la Consulta, ha assunto «una fisionomia e una dimensione diverse da quelle attribuitegli dal legislatore del 1930». La liberazione condizionale «rappresenta un particolare aspetto della fase esecutiva della pena restrittiva della libertà personale e si inserisce nel fine ultimo e risolutivo della pena stessa, quello, cioè, di tendere al recupero sociale del condannato». In tutti i casi in cui, sussistendo i requisiti, la domanda venga accolta, il risultato è di «interrompere l'esecutorietà di una sentenza passata in giudicato, legata al principio dell'intangibilità fino a determinare la estinzione della pena, una volta adempiuti gli obblighi imposti». Da ciò ne deriva «una vera e propria rinuncia da parte dello Stato alla ulteriore realizzazione della pretesa punitiva che non può certamente

⁴² Si veda Corte Cost., 27 giugno 1974, n. 204 (pres. Bonifacio, rel. Amadei), in *Giur. Cost.*, 1974, 1707.

far capo ad un organo esecutivo, ma ad un organo giudiziario, con tutte le garanzie sia per lo Stato che per il condannato stesso».

La pronuncia in esame giunge a due importantissimi risultati: in primo luogo qualifica il «recupero sociale del condannato» come «fine ultimo e risolutivo della pena»; e, in secondo luogo, individua una sorta di “diritto alla rieducazione” come mai prima era stato fatto, vale a dire il «diritto per il condannato a che [...] il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo».

La Corte, dunque, ravvisa nella liberazione condizionale uno specifico strumento che, seppur introdotto prima dell'entrata in vigore della Costituzione, ben si coordina con l'art. 27, comma 3, adeguandosi alle correlative esigenze ivi concepite mediante la “giurisdizionalizzazione” del relativo procedimento.

«Con l'art. 27, terzo comma, della Costituzione l'istituto ha assunto un peso e un valore più incisivo di quello che non avesse in origine; rappresenta, in sostanza, un peculiare aspetto del trattamento penale e il suo ambito di applicazione presuppone un obbligo tassativo per il legislatore di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle».

Ed è proprio attraverso questa pronuncia che viene sancito il principio secondo il quale la rieducazione del condannato viene sottratta dall'ambito esclusivo della mera esecuzione della pena, affidando al legislatore il compito di introdurre tutti gli strumenti normativi atti a conseguire quel medesimo scopo.

In particolare, nel corso di questa rassegna giurisprudenziale, è opportuno soffermarsi sulla basilare e notissima sentenza n. 364 del 1988⁴³, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p. «nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile».

Nel caso in esame, per la prima volta, si descrive il principio di colpevolezza come strettamente congiunto a quello del finalismo rieducativo della sanzione penale.

⁴³ Cfr. Corte Cost., 23-24 marzo 1988, n. 364 (Pres. Saja, rel. Dell'Andro), in *Giur. Cost.*, 1504.

«Collegando il primo al terzo comma dell'art. 27 Cost., agevolmente si scorge che, comunque si intenda la funzione rieducativa [...], essa postula almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica», dal momento che «non avrebbe senso la “rieducazione” di chi, non essendo almeno “in colpa” (rispetto al fatto), non ha certo “bisogno” di essere “rieducato”. Soltanto quando alla pena venisse assegnata esclusivamente una funzione deterrente (ma ciò è sicuramente da escludersi, nel nostro sistema costituzionale, data la grave strumentalizzazione che subirebbe la persona umana) potrebbe configurarsi come legittima una responsabilità penale per fatti non riconducibili alla predetta colpa dell'agente, nella prevedibilità ed evitabilità dell'evento».

Da ciò deriva che «l'impossibilità di conoscenza della disposizione penale non ascrivibile alla volontà del soggetto interessato non può comportare la sua punibilità, anzi quest'ultima sarà esclusa per ciò solo».

Nella sentenza sovraordinata sin qui analizzata erano descritti tutti i presupposti per svincolare pienamente la finalità rieducativa della sanzione penale dalle limitazioni imposte dal sistema penitenziario. Tale obiettivo viene raggiunto con la sentenza n. 313 del 1990⁴⁴, inerente un istituto completamente inedito, quale l'applicazione della pena su richiesta delle parti (il c.d. “patteggiamento”), introdotto nell'ordinamento dal nuovo codice di procedura penale, entrato in vigore nel 1989.

La sentenza in questione ha rappresentato il punto di svolta nello scenario del principio del finalismo rieducativo della pena in quanto viene definitivamente abbandonata la teoria polifunzionale della pena a favore delle finalità di prevenzione generale e speciale della sanzione penale; la finalità retributiva non viene completamente trascurata in quanto svolge, ad ogni modo, la mera funzione di prevedere che la pena concretamente inflitta sia proporzionale al grado di colpevolezza del soggetto⁴⁵.

Nel caso di specie, la Corte ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 444, comma 2, c.p.p. «nella parte in cui non prevede che, ai fini e nei limiti di cui all'art. 27, comma 3, della Costituzione, il giudice possa valutare la congruità della

⁴⁴ Corte Cost., 26 giugno 1990, n. 313 (pres. Saja, rel. Gallo); consultabile sul sito seguente <http://www.giurcost.org/decisioni/1990/0313s-90.html>.

⁴⁵ Cfr. G. FIANDACA, *op. cit.*, p. 136.

pena indicata dalle parti, rigettando la richiesta in ipotesi di sfavorevole valutazione» e ha, al contempo, sottolineato come la finalità rieducativa della sanzione penale si sostanzia in uno strumento indefettibile del giudice del procedimento di cognizione. Ciò vale a dire che la pena applicata in concreto deve sempre risultare adeguata al perseguimento del suddetto fine, anche nelle ipotesi in cui questa sia stata determinata sulla base di un accordo tra le parti.

Trattasi, dunque, di una vera e propria “svolta di principio”⁴⁶.

La Consulta, in un primo momento, si è occupata di approfondire in modo critico la giurisprudenza passata della medesima Corte in materia di teoria polifunzionale della pena; infatti, una parte cospicua della motivazione è, proprio, dedicata al precetto costituzionale relativo alla rieducazione.

Il giudice costituzionale, procedendo nella suddetta rassegna, ha sottolineato come in precedenza la medesima Corte avesse confinato il principio del finalismo rieducativo esclusivamente al trattamento penitenziario e, «deducendo dal principio di umanizzazione la conferma del carattere afflittivo e retributivo della pena», avesse escluso la possibilità di un’applicazione generalizzata del principio suddetto sulla base dell’interpretazione testuale del precetto costituzionale dalla quale si evincerebbe che tale finalità «doveva essere intesa esclusivamente quale “tendenza” del trattamento». Nel sostenere la natura polifunzionale della sanzione penale, la giurisprudenza costituzionale previgente poneva attenzione principalmente sugli obiettivi tradizionali che la pena persegue quali «la dissuasione, la prevenzione, la difesa sociale, mentre veniva trascurato il *novum* contenuto nella solenne affermazione della finalità rieducativa [...] assunta in senso marginale o addirittura eventuale e comunque ridotta entro gli angusti limiti del trattamento penitenziario»⁴⁷.

Nella pronuncia *de qua* viene inoltre ribadita la natura necessariamente afflittiva della pena, la Corte Costituzionale ha infatti sottolineato che «indipendentemente da una considerazione retributiva, essa [debba avere] necessariamente anche caratteri in qualche misura afflittivi» ma ha proseguito ribadendo che qualora la pena perseguisse esclusivamente finalità di difesa sociale e di prevenzione generale, nelle quali si

⁴⁶ L’espressione è tratta da D. PULITANÒ, *Diritto penale*, II Ed., Giappichelli, Torino, 2007, p. 173.

⁴⁷ Corte Cost., n. 313 del 1990, *loc. cit.*, p. 1994.

esplica la natura afflittiva della stessa, si potrebbe profilare il rischio di «sacrificare il singolo attraverso l'esemplarità della sanzione».

Proprio per queste ragioni si ritiene che dal momento in cui la pena viene comminata in sede giudiziale fino al suo estinguersi, questa debba “tendere” alla rieducazione del condannato: l'espressione contenuta nel testo della Carta fondamentale non può considerarsi riferita soltanto alla fase trattamentale in quanto rappresenta uno degli elementi caratterizzanti la pena stessa. Si legge, infatti, in motivazione che «ciò che il verbo “tendere” vuole significare è soltanto la presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione».

La Corte, dunque, attraverso la sentenza in esame estende l'ambito di operatività del principio del finalismo rieducativo della pena oltre la fase esecutiva in quanto ritiene che qualora la finalità rieducativa fosse circoscritta alla sola fase esecutiva si rischierebbe di violare il dettato dell'art. 27 Cost. in tutti i casi in cui la pena (sia durante la fase della sua determinazione giudiziale che durante la scelta legislativa di particolari tipologie sanzionatorie) non fosse stata idonea a perseguire le esigenze rieducative del condannato, per tale ragione viene affermato che «il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie».

Al termine della motivazione, la Corte ricorda che oramai il principio in questione è divenuto «patrimonio della cultura giuridica europea».

Sono trascorsi, ormai, venticinque anni da questa pronuncia magistrale e non sorprende il fatto che durante questo lungo periodo siano state sollevate molte questioni di legittimità costituzionale di norme che risultavano violare l'art. 27, comma 3 Cost. relativamente alla natura e alla misura della pena che infliggevano; veniva invocata la violazione di un parametro che avrebbe dovuto invece costituire il *limen* della discrezionalità del legislatore.

La sentenza n. 313 del 1990 è stata al centro di vivaci dibattiti; giurisprudenza e dottrina si sono divise fra coloro i quali hanno sostenuto attivamente la finalità rieducativa della pena e coloro che, invece, la consideravano esclusivamente una sorta

di progetto utopico mai realizzabile⁴⁸.

È necessario sottolineare che la stessa Corte Costituzionale non rimase ferma sulle posizioni descritte nella sentenza sopra analizzata in quanto ben presto tornò a prevalere nelle aule della Consulta il vecchio principio della polifunzionalità della pena.

Si affermava, infatti, nella sentenza n. 306 del 1993⁴⁹, «tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena – [...] quella di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività e [...] quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo – non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione». Il legislatore, ad ogni modo, sulla base di una valutazione da svolgersi in concreto caso per caso, ha la facoltà di esprimere la propria propensione per una delle finalità che la sanzione penale persegue purché non vi sia una totale obliterazione di una di queste. In ragione di ciò, la realizzazione della tutela delle esigenze di sicurezza sociale e prevenzione generale non si può estendere sino a sacrificare la finalità rieducativa; così come il perseguimento di quest'ultimo fine non può autorizzare il venir meno dell'afflittività che connota le pene detentive.

Quindi, se per un verso il legislatore ha deciso di esprimere la sua preferenza a favore degli obiettivi di difesa sociale garantendo la fruibilità di determinati vantaggi soltanto ai condannati che decidano di collaborare con le autorità giudiziarie, al fine di contrastare il fenomeno diffuso della criminalità organizzata; per altro verso, si ritiene che escludere la possibilità di accedere alle misure alternative alla detenzione nei confronti dei detenuti che abbiano commesso gravi reati senza l'opportuno accertamento circa la sussistenza di rapporti con le associazioni criminali ha «comportato una rilevante compressione della finalità rieducativa».

È, infine, opportuno far riferimento alla più recente sentenza n. 129 del 2008⁵⁰, la quale, sulla scia della svolta di principio posta dalla pronuncia del 1990, ha,

⁴⁸ Cfr. G. FIANDACA, *op. cit.*, p. 139: l'autore individua fra l'autorevole dottrina più vicina al tema del finalismo rieducativo della pena EMILIO DOLCINI; al contrario tra i meno sensibili al tema LUCIO MONACO e CARLO ENRICO PALIERO.

⁴⁹ Corte Cost., 11 giugno 1993, n. 306 (pres. Casavola, rel. Spagnoli), in *Giur. Cost.*, 1993, II, p. 2466.

⁵⁰ Corte Cost., 16 aprile 2008, n. 129 (pres. Bile, rel. Flick), in *Giur. Cost.*, 2008, II, p. 1506.

innanzitutto, ribadito la necessaria scissione che deve sussistere tra il finalismo rieducativo della sanzione penale e il principio del c.d. “giusto processo” ed ha, in seguito, sostenuto che l’espressione prevista all’art. 27, comma 3 Cost. secondo la quale la sanzione penale deve “tendere” alla rieducazione del condannato indica una finalità che dovrà necessariamente sussistere non solo durante la fase esecutiva della pena bensì fin dal momento della commisurazione giudiziale della stessa fino alla sua estinzione, in quanto la locuzione utilizzata dal legislatore individua «una delle qualità essenziali della pena nel suo contenuto ontologico».

Una volta appurato ciò, è necessario considerare che il notevole aumento della popolazione ristretta in carcere che si è realizzato a partire dagli anni Settanta del secolo scorso e il sovraffollamento degli istituti penitenziari che ne è derivato, è anche dovuto al massiccio ricorso allo strumento normativo ispirato ad una visione “carcerocentrica”, la quale si è potuta concretizzare attraverso la forte prevalenza della pena detentiva sulle altre modalità di esecuzione della pena.

La situazione appena descritta non fa altro che sottolineare l’inadeguatezza delle misure adottate dallo Stato per garantire una delle sue funzioni principale, quella di rieducare i condannati. Dinanzi a tale scenario emergenziale, è, dunque, lecito interrogarsi su come possa il detenuto rieducarsi se le condizioni detentive a cui è sottoposto sono contrarie al senso di umanità e quindi violano i principi sanciti nella Costituzione.

Lo svilimento del principio sancito nell’art. 27, comma 3, Cost. è testimoniato dai recenti interventi del legislatore in materia penitenziaria⁵¹, i provvedimenti vengono definiti “svuota carceri” poiché posti in essere al fine di individuare soluzioni effettive alla questione emergenziale del sovraffollamento carcerario; gli interventi normativi in questione avevano, quindi, come obiettivo quello di introdurre nell’ordinamento rimedi idonei a tutelare la popolazione carceraria ogni qual volta si

⁵¹ Si fa soprattutto riferimento: al d.l. 1 luglio 2013, n. 78, recante “Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena”, convertito con modificazioni in l. 9 agosto 2013, n. 94; al d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, recante “Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria” convertito in l. 21 febbraio 2014, n. 10; al d.l. n. 36 del 2014, convertito in legge n. 79 del 2014. Per un’analisi completa di tali interventi di riforma cfr. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti del 2013 e la sentenza della Corte Cost. 32/2014*, Giappichelli, Torino, 2014; DEGL’INNOCENTI, FALDI, *I benefici penitenziari*, Giuffrè, Milano, 2014; C. CONTI, A. MARANDOLA, G. VARRASO, *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Cedam, Padova, 2014.

violassero i diritti fondamentali dei detenuti, superando le soglie minime di vivibilità nelle strutture penitenziarie: la riforma è stata posta in essere, anche e soprattutto, a seguito dei duri rimproveri mossi dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per violazione dell'art. 3 CEDU nella sentenza *Torreggiani e altri contro Italia*⁵², nonché a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale n. 279 del 2013⁵³.

2. Analisi normativa in tema di differenziazione carceraria

Sul piano normativo⁵⁴, il finalismo rieducativo della pena viene concretizzato dalla riforma dell'ordinamento penitenziario realizzatasi mediante la legge 26 luglio 1975, n. 354⁵⁵ ("Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà").⁵⁶

La genesi della legge in esame è davvero singolare se si pensa che la stessa è entrata in vigore al fine di adeguare la fase dell'esecuzione penale al principio costituzionale della rieducazione della pena, sancito nell'art. 27 comma 3 Cost., senza

⁵² Nella sentenza *Torreggiani e altri contro Italia* (Sez. II, 8 gennaio 2013) la Corte EDU ha deciso di adottare lo strumento della sentenza pilota al fine di arginare il fenomeno, ormai generalizzato, ed endemico del sovraffollamento carcerario in Italia. Nel caso *de quo* i sette ricorrenti erano costretti a vivere nel carcere di Busto Arsizio e Piacenza all'interno di una medesima cella di 9 mq, potendo così godere di uno spazio vitale inferiore ai 3 mq. La Corte di Strasburgo ha ravvisato nella situazione in questione una chiara violazione dell'art. 3 CEDU condannando l'Italia ad individuare uno o più rimedi idonei a superare l'emergenza carceri. Sulla questione si veda G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, p.11 ss.

⁵³ La sentenza della Corte Costituzionale n. 279 del 2013 contiene un duro monito nei confronti del legislatore italiano, nonostante la questione sollevata dal giudice *a quo* circa la non previsione nell'art. 147 c.p. del rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena nel caso in cui quest'ultima sia scontata in condizioni tale da arrecare offesa alla dignità umana sia stata considerata inammissibile, la Consulta intima al legislatore di introdurre adeguati rimedi al fine di risolvere il problema del sovraffollamento nelle carceri italiane, altrimenti sarà la stessa Corte ad intervenire in futuro adottando le pronunce necessarie. La questione verteva essenzialmente intorno al principio secondo il quale la libertà personale rappresenta quel «residuo irriducibile» che nemmeno lo *status* detentivo può comprimere. Il detenuto è titolare di diritti soggettivi che godono di tutela anche nella fase dell'esecuzione della pena in carcere.

⁵⁴ È opportuno sottolineare che prima dell'avvento della legge sull'ordinamento penitenziario, la materia penitenziaria era esclusivamente devoluta alla disciplina contenuta nel Regolamento per gli istituti di prevenzione e pena risalente al 1931 (regio decreto 18 giugno 1931, n. 787).

⁵⁵ Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 9 agosto 1975, n. 212, S.O.

⁵⁶ È opportuno prestare attenzione alla scelta, di natura squisitamente politica, del legislatore di disciplinare la materia penitenziaria con legge formale di rango primario piuttosto che con la forma del regolamento. Tale decisione viene considerata adeguata in relazione al riconoscimento nei confronti del detenuto o dell'internato di quel nucleo irriducibile di diritti che nemmeno la restrizione carceraria può sopprimere, cfr. GALLI, *La politica criminale in Italia negli anni 1974- 1977*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1978, p. 128. L'autore testé citato infatti ritiene che «lo *status* di detenuto o di internato non solo non fa venir meno la posizione di lui come titolare di diritti soggettivi connessi a tale *status*, ma, anzi, altri gliene attribuisce». Cfr, inoltre, F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Edizione V, CEDAM, 2015, p. 5.

che contestualmente si provvedesse a modificare il codice penale e quello di rito; ciò ha comportato una profonda frattura ideologica tra la disciplina costituzionalmente orientata dell'esecuzione penale e il sistema punitivo penale nel suo complesso, rimasto legato ad una concezione retributiva della pena. Si può pacificamente affermare che proprio gli strumenti di repressione della criminalità previsti nel Codice Rocco del 1930 hanno favorito il fiorire del problema del sovraffollamento carcerario che ha caratterizzato gli ultimi decenni del secolo scorso. Gli interventi novellistici del legislatore che si sono susseguiti nel tempo perseguono, infatti, lo scopo di arginare tale fenomeno e di rendere l'applicazione della pena detentiva non più indiscriminata come un tempo.

Come è stato più volte sottolineato dalla dottrina, quindi, deve essere riconosciuto il merito a questa prima legge di riforma della materia penitenziaria di aver stravolto il concetto di esecuzione della pena, passando da una concezione c.d. "carcerocentrica" in cui la detenzione veniva considerata l'unico strumento idoneo per "punire" il condannato, all'introduzione nell'ordinamento giuridico italiano di modalità alternative di espiazione della pena all'esterno delle mura penitenziarie⁵⁷.

Il carcere diviene, così, un luogo in cui devono essere predisposti tutti gli strumenti sia materiali che psicologici affinché il soggetto possa essere adeguatamente orientato nelle scelte inerenti la sua vita futura; prima dell'avvento di tale riforma la pena contenuta nel dispositivo della sentenza di condanna non poteva considerarsi suscettibile di modificazione in quanto «prevaleva [...] una concezione di immutabilità della sanzione inflitta»⁵⁸.

Proprio per ragioni testé citate, il legislatore, attraverso l'intervento normativo in esame, ha introdotto nell'ordinamento penitenziario le misure alternative alla detenzione: inizialmente, soltanto, affidamento in prova al servizio sociale, liberazione anticipata e semilibertà (per un'analisi più dettagliata si veda *infra*), le quali sono non solo idonee ad evitare la commissione di ulteriori reati da parte del reo ma permettono anche di superare l'esclusività della pena detentiva, come sopra accennato.

⁵⁷ Cfr. G. CECANESE, *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, in GAITO, (a cura di), *Digesto delle discipline penalistiche*, IV Ed., Tomo II, Aggiornamento 2005, UTET Giuridica, Torino, 2005, p. 1004.

⁵⁸ *Ut supra*.

Si tratta, dunque, di una legge "rivoluzionaria", che ha riconosciuto agli individui diritti tutelabili davanti ad organi giurisdizionale (in quanto viene istituita la carica del magistrato di sorveglianza, il quale compito principale è quello di garantire la legalità della fase dell'esecuzione della pena) e che ha introdotto quel principio di flessibilità nella esecuzione della sanzione che rappresenta il concreto segnale del passaggio da una giurisdizione repressiva, basata sulla concezione meramente retributiva della sanzione penale, ad una rieducativa, fondata sulla finalità risocializzante della pena *ex art. 27 Cost.*, nei confronti di quelle persone detenute con minori prospettive e maggiore insofferenza.

Si può, dunque, pacificamente affermare che mediante la l. n. 354 del 1975 il detenuto ha acquisito una dimensione diversa poiché, a differenza del passato in cui l'esigenza principale era quella di garantire un sistema penale fortemente repressivo per la sicurezza della collettività tenendo conto in modo soltanto residuale delle necessità della popolazione carceraria, egli viene considerato una persona e in quanto tale si vede riconosciuti tutti i diritti fondamentali sanciti in Costituzione, i quali si ritiene non possano venire meno nemmeno nei confronti di un soggetto la cui libertà personale sia stata oggetto di restrizione⁵⁹.

Per tali motivi, quindi, sarà necessario che le autorità giudiziarie individuino per ogni singolo detenuto, in base ad una valutazione che dovrà realizzarsi caso per caso, il percorso trattamentale che più si addice alla sua personalità nell'ottica del reinserimento dello stesso all'interno della società; viene abbandonata la rigidità che connotava la pena in passato, a seguito dell'intervento normativo in questione il trattamento dovrà essere assunto con una certa elasticità.

La legge di riforma in materia penitenziaria ha dato concreta attuazione al principio sancito in Costituzione all'art. 27, comma 3, in quanto ha previsto quale obiettivo primario della sanzione penale il reinserimento sociale del condannato, scopo che non poteva in alcun modo prescindere dall'esigenza di avere dei contatti con la

⁵⁹ Più volte la giurisprudenza europea e quella costituzionale italiana si sono soffermate sul tema, giungendo alla conclusione unanime che sussiste un nucleo irriducibile di diritti che deve essere garantito anche nei confronti del detenuto il quale è considerato titolare di situazioni giuridiche soggettive anche durante l'esecuzione della pena detentiva. Cfr. Corte Cost. 22 novembre 2013, n. 279.

società esterna; è, inoltre, opportuno evidenziare che la legge presupponeva, in ogni caso, una volontaria adesione del reo a qualsiasi modalità di trattamento⁶⁰.

Non sarebbe quindi errato, *rebus sic stantibus*, affermare la sussistenza di un vero e proprio “diritto” al percorso trattamentale penitenziario.

Le previsioni contenute nella l. n. 354 del 1975 sono sicuramente idonee, avendo carattere precettivo, a stabilire dei limiti nei confronti degli organi che operano in materia penitenziaria ma «impongono ai medesimi una serie di canoni di comportamento e di regole di organizzazione più o meno direttamente incidenti, in termini di vantaggio, sulla posizione dei detenuti. [...] Non è azzardato cogliere nella legge – ovviamente senza ridurla a questo soltanto – i profili di una sorta di “carta dei diritti” dei detenuti».⁶¹

Sul finire degli anni di piombo, negli anni Ottanta, in concomitanza con il ridimensionamento dell'allerta terroristica, si è assistito ad una nuova riforma del sistema penitenziario italiano con l'adozione della l. 10 ottobre 1986, n. 663 (cd. Legge Gozzini) indirizzata a superare il più possibile l'esclusività della detenzione, favorisce il ricorso alle misure alternative al carcere (per completezza sistematica della trattazione è opportuno sottolineare che qualche anno addietro il legislatore era già intervenuto, mediante la l. n. 689 del 1981 recante “Modifiche al sistema penale” che, perseguendo scopi deflattivi, introduceva istituti caratterizzati dalla flessibilità, si pensi ad esempio alla libertà controllata e alla semidetenzione⁶²).

⁶⁰ Quanto appena affermato trova concreto riscontro nell'art. 1 ord. penit., del quale se ne riporta il testo per comodità di consultazione: «Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona.

Il trattamento è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose.

Negli istituti devono essere mantenuti l'ordine e la disciplina.

Non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con le esigenze predette o, nei confronti degli imputati, non indispensabili a fini giudiziari.

I detenuti e gli internati sono chiamati o indicati con il loro nome.

Il trattamento degli imputati deve essere rigorosamente informato al principio che essi non sono considerati colpevoli sino alla condanna definitiva.

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».

⁶¹ Cfr. V. GREVI, *Art. 1*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, V Ed., CEDAM, Padova, 2015, p. 5.

⁶² Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, loc. cit., p. 696.

La riforma del 1986, perseguendo gli obiettivi che avevano ispirato il legislatore nel 1975, ha realizzato una consistente opera di aggiornamento e modifica in materia di esecuzione della pena⁶³; la legge perseguiva quelle finalità di flessibilità della pena poc'anzi ricordate, in quanto ha disposto per l'appunto l'introduzione di strumenti idonei a garantire «una modulazione e una graduazione della pena nel corso dell'esecuzione in modo da favorire il processo rieducativo del condannato»⁶⁴. Per tali ragioni sono stati adottati nell'ordinamento penitenziario dei benefici, la cui applicazione, è necessario sottolinearlo, non avviene “automaticamente”, in quanto l'ammissione è sempre subordinata ad una valutazione complessiva della condotta del soggetto interessato e della sua effettiva partecipazione al processo rieducativo.

La Legge Gozzini ha introdotto nel nostro ordinamento i permessi premio (art. 30-ter ord. penit.), la detenzione domiciliare⁶⁵ (della quale più diffusamente *infra*), la possibilità di accedere alle misure alternative alla detenzione senza aver prima, necessariamente, sofferto un periodo in detenzione carceraria⁶⁶, alcuni istituti in materia di lavoro penitenziario⁶⁷. L'obiettivo di queste modifiche era quello di consentire un rapporto tra i detenuti ed il mondo libero al fine di un effettivo reinserimento sociale, finalità già astrattamente perseguite dal legislatore del 1975 ma non concretamente attuate. Bisogna, però, sottolineare che la disposizione in esame non si è occupata della differenziazione carceraria⁶⁸ soltanto introducendo modalità

⁶³ Cfr. M. PAVARINI, *Riflessioni in merito alle modifiche sull'ordinamento penitenziario*, in *Marginalità e società*, n. 1-2, 1987, p. 105.

⁶⁴ CALANDRIELLO G., *Ristrette. Una storia minore*, Primiceri editore, Padova, 2016, p. 25.

⁶⁵ È opportuno sottolineare che l'ambito di concessione delle misure alternative viene, inoltre, ampliato ulteriormente in quanto il soggetto vi potrà essere ammesso in caso di commissione di qualsiasi reato, mentre il regime previgente escludeva dall'affidamento in prova ai servizi sociali e dalla semilibertà i condannati per i reati di estorsione, associazione di tipo mafioso, rapina, sequestro di persona per estorsione. Cfr. M. PAVARINI, *Riflessioni in merito alle modifiche sull'ordinamento penitenziario*, in *Marginalità e società*, 1987, n. 1-2, 102, pp. 105-108.

⁶⁶ Cfr. G. CECANESE, *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, *Digesto delle discipline penali*, *loc. cit.*, p. 1006.

⁶⁷ Il legislatore ha previsto, tra le altre novità, la possibilità per il detenuto di svolgere attività lavorative *extra moenia* senza la necessità di essere accompagnato dalle autorità penitenziarie; Cfr. M. PAVARINI, *Riflessioni in merito alle modifiche sull'ordinamento penitenziario*, in *loc. cit.*, p. 112- 115.

⁶⁸ Con l'espressione “differenziazione carceraria” si fa riferimento al processo trasformativo che ha investito gli istituti penitenziari: si è così abbandonata la classica struttura monolitica delle carceri per lasciare posto a strutture maggiormente articolate e composite, all'interno delle quali possono essere detenuti soggetti che necessitano di regimi di reclusione diversi. Il fenomeno ha, inoltre, comportato la creazione di istituti autonomi destinati ad ospitare condannati che presentano determinati problemi sociali. La dottrina ha spesso qualificato tale trasformazione come un “doppio binario della pena”. Cfr. M. PAVARINI, *L'inferno esiste, anche se all'inferno non c'è nessuno*, in *Questione giustizia*, 4, 1986, pp. 805-806.

di esecuzione della pena più miti ma è intervenuta anche inasprendo tale disciplina prevedendo modalità più “dure e severe”: in questa ottica è stato introdotto l’art. 14-*bis* ord. penit., rubricato “regime di sorveglianza particolare”, il quale ha ad oggetto una disciplina di maggior sicurezza all’interno delle carceri.

Segnatamente, tale regime di sorveglianza prevede la possibilità che siano limitati determinati diritti dei detenuti nel caso in cui la loro condotta negli istituti di pena possa, effettivamente ovvero soltanto potenzialmente, nuocere alla sicurezza dell’istituto stesso⁶⁹ (si usa in proposito l’espressione “pericolosità penitenziaria” in quanto è necessario che il comportamento sia tenuto dal detenuto all’interno della struttura) ma vengono, nel medesimo tempo, riconosciuti alcuni diritti considerati imprescindibili, come quelli relativi alla persona, l’articolo fa espressamente riferimento al vitto, all’igiene, al vestiario o alle pratiche di culto, la cui ulteriore limitazione sarebbe certamente contraria al senso di umanità e contrasterebbe di conseguenza con i principi sanciti nell’art. 27 Cost. ed emerge in questo modo la natura fortemente garantista della riforma legislativa *de qua*.

Il legislatore ha introdotto l’art. 14-*quater* nell’ordinamento penitenziario proprio al fine di evitare che l’Amministrazione penitenziaria possa impartire delle prescrizioni che incidano sul percorso trattamentale e sui diritti dei detenuti in termini meramente restrittivi, comportando quale conseguenza il solo aggravio dell’afflittività della pena da scontare⁷⁰. Come brevemente accennato sopra, è, infatti, statuito che le limitazioni all’esercizio dei diritti dei soggetti reclusi in regime di sorveglianza particolare può verificarsi esclusivamente se queste risultino necessarie al fine di mantenere l’ordine e di assicurare la sicurezza all’interno degli istituti di pena ove il destinatario è ristretto, come espressamente sancito ai sensi del comma 1 della fattispecie in questione.

In conclusione, cercando di trarre un quadro completo della legge Gozzini, si può senz’altro sostenere che essa ha modificato completamente l’intera impalcatura della

⁶⁹ Il primo comma del neo introdotto art. 14-*bis* ord. pen., così stabilisce: «Possono essere sottoposti a regime di sorveglianza particolare per un periodo non superiore a sei mesi, prorogabile anche più volte in misura non superiore ogni volta a tre mesi, i condannati, gli internati e gli imputati: a) che con i loro comportamenti compromettono la sicurezza ovvero turbano l’ordine negli istituti; b) che con la violenza o minaccia impediscono le attività degli altri detenuti o internati; c) che nella vita penitenziaria si avvalgono dello stato di soggezione degli altri detenuti nei loro confronti».

⁷⁰ Cfr. V. SALVI, *Il Regime di sorveglianza particolare*, in *Rass. pen. crim.*, 1988, p. 149.

struttura del carcere: il processo rieducativo del condannato, ora, non comporta più l'esclusione dello stesso dal mondo libero e si prendono in considerazione nuove modalità per scontare la pena al di fuori delle mura carcerarie⁷¹.

Obiettivo primario della legge di riforma, come più volte ribadito, era sicuramente quello di assicurare ai detenuti modalità di esecuzione della pena alternative rispetto al carcere ma al fine di perseguire tale scopo si sarebbe potuto correre il rischio di svilire la funzione retributiva della sanzione penale. Anche in dottrina è stato, infatti, avvertito il pericolo di «forzare il limite strettamente retributivo della pena»⁷².

La componente retributiva della pena ha subito, infatti, un forte ridimensionamento che si realizza non tanto durante la fase in cui la sanzione viene determinata ad opera dell'autorità giudiziaria, quanto piuttosto durante l'esecuzione della stessa; ed infatti, proprio durante quest'ultimo momento la pena assume i connotati della flessibilità in quanto è suscettibile di modifiche relative alla durata e alla modalità di espiazione sulla base dei benefici che verranno concessi al condannato; si è dunque innanzi ad un forte potenziamento della rieducazione e della necessità di valutare in base alla personalità del detenuto quale sia il trattamento più idoneo a discapito della certezza nella determinazione in sede giudiziale della pena.

Procedendo nell'analisi delle riforme legislative che hanno profondamente innovato la materia penitenziaria, è necessario segnalare che il legislatore intervenne nuovamente negli Novanta del secolo scorso al fine di introdurre nell'ordinamento delle disposizioni *ad hoc*, dedicate ai condannati per i gravi delitti commessi avvalendosi delle associazioni per delinquere, che hanno ad oggetto un regime molto più rigido relativamente alle modalità di esecuzione della pena tanto che in dottrina si è parlato di «pena detentiva a doppio binario: nei confronti degli esponenti del crimine organizzato il cui collegamento con le organizzazioni di appartenenza non si è

⁷¹ La legge Gozzini ha trasformato completamente la vita dentro al carcere. È necessario ricordare che, prima della sua entrata in vigore, negli anni Settanta, le rivolte dei detenuti erano all'ordine del giorno, la mancanza di attività all'interno degli istituti penitenziari, le condizioni di degrado, la prospettiva di uscire soltanto con il fine pena avevano reso il clima incandescente. Si è infatti sostenuto che con la l. n. 663 del 1986 è nato il "carcere della speranza". Cfr. L. CASTELLANO – D. STASIO, *Diritti e Castighi, storie di umanità cancellate in carcere*, Il Saggiatore, 2009

⁷² M. PAVARINI, *L'inferno esiste, anche se all'inferno non c'è nessuno*, in *Questione giustizia*, 4, 804, 1986, pp. 808-809.

interrotto, l'ordinamento italiano mette in primo piano le esigenze di neutralizzazione». ⁷³

La l. 12 luglio 1991, n 203, recante “Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata” rappresenta la concretizzazione del rigorismo sopra accennato; la disposizione in esame ha, infatti, introdotto l'art. 4-*bis* ord. penit., il quale preclude ai condannati che abbiano commesso delitti connotati da gravità oggettiva ⁷⁴ la possibilità di fruire dei benefici penitenziari, tra i quali fa eccezione la liberazione anticipata, a meno che tali soggetti decidano di collaborare con la giustizia, come previsto ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit. ⁷⁵

Dopo solo un anno dall'introduzione dell'articolo in esame, questo è stato oggetto di modificazioni ad opera del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, il quale ha introdotto il presupposto della collaborazione con le autorità giudiziarie come requisito necessario per la fruibilità dei benefici penitenziari da parte dei condannati per i reati ostativi di c.d. “prima fascia”. La fattispecie è stata successivamente oggetto di varie riforme legislative che ne hanno modificato la struttura e l'ambito operativo, fino a giungere al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, recante “Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in materia di atti persecutori”, che ne ha fornito la fisionomia attuale. Nell'intenzione di rendere meno rigorosa la disciplina, è stata introdotta una “terza fascia” di reati, all'interno della quale sono stati ricondotti i delitti sessuali, per i quali l'applicazione delle misure alternative è concessa «solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta

⁷³ E. DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in DOLCINI, PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, *Teoria della pena – Teoria del reato*, Giuffrè, Milano 2006, p. 1080.

⁷⁴ Tra questi delitti, ai sensi dell'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario, figurano il delitto di eversione dell'ordine democratico, quello di associazione di tipo mafioso ex art. 416-*bis* c.p., i molteplici reati connessi a queste associazioni, i delitti di terrorismo, la prostituzione minorile e la pornografia. Per un'analisi approfondita della disciplina in esame cfr. L. CESARIS, *Art. 41-*bis* ord. penit.*, in V. GREVI – G. GIOSTRA – F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, IV Ed., CEDAM, 2011, p. 421.

⁷⁵ La nozione di collaborazione con la giustizia rilevante ai fine della concessione dei benefici penitenziari è desumibile dal diritto penale sostanziale, il quale rinvia a condotte che permettono la concessione di attenuanti e dunque trattasi di comportamenti diretti ad evitare che l'attività delittuosa giunga a conseguenze ulteriori e che siano in grado di apportare concreti benefici alla polizia o all'autorità giudiziaria nella raccolta delle prove decisive per l'individuazione dei concorrenti nell'illecito. Cfr. F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Edizione V, CEDAM, 2015, p. 724.

collegialmente per almeno un anno anche con la partecipazione degli esperti» (art. 4-*bis*, comma 1-*quater* ord. penit.).

La norma più efficacemente rappresentativa della suddetta rigidità e inflessibilità che l'ordinamento prevede per alcuni dei soggetti condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* è, senza dubbio, l'art. 41-*bis*, introdotto nel 1986 ed oggetto di numerose modifiche successive (l'ultima della quale risale alla l. 2 luglio 2009, n. 733), balzato agli onori della cronaca per aver introdotto il regime del c.d. "carcere duro".

Nel 1992, il legislatore intervenne nuovamente sulla materia introducendo all'art. 41-*bis* ord. penit. il secondo comma il quale, accentuando il meccanismo appena citato del c.d. doppio binario della pena, ha stabilito la possibilità di sospendere nei confronti dei detenuti o internati, che abbiano commesso uno dei delitti sanciti nell'art. 4-*bis*, comma 1, primo periodo, l'applicazione di alcuni degli istituti previsti nella legge sull'ordinamento penitenziario che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza, qualora vi sia il fondato motivo di ritenere che tale soggetti abbiano ancora delle relazioni con l'associazione criminale alla quale appartenevano.

La *ratio* ultima della disposizione in esame è certamente quella di recidere ogni collegamento tra il condannato e il mondo libero esterno, al fine di evitare contatti con l'organizzazione e, di conseguenza, indebolirla; il soggetto viene, così, posto in un vero e proprio regime di "isolamento".

Intervenendo nel modo appena descritto, la l. n. 203 del 1991, e successive modifiche, stabilì una "rinuncia" da parte dell'ordinamento a garantire determinate tutele e determinati diritti nei confronti di alcuni detenuti o internati, i quali si consideravano intrinsecamente pericolosi e per ciò solo esclusi dal processo di rieducazione, che restava uno dei fini perseguiti dal legislatore nel 1975; «il trattamento rieducativo da obbligatorio diventa subordinato a condizione e sul trattamento penitenziario potevano essere disposte delle modificazioni all'interno delle quali la tutela dei diritti fondamentali assumeva contorni incerti»⁷⁶.

⁷⁶ M. TIRELLI, *Sicurezza penitenziaria e rieducazione: obiettivi tendenzialmente incompatibili?*, in E. DOLCINI – C. E. PALIERO, *op. cit.*, p. 1271.

La recente l. 2 luglio 2009, n. 94, recante “Disposizioni in materia di sicurezza pubblica”, ha comportato delle modifiche all’art. 41-*bis* ord. penit., inasprendone ulteriormente la disciplina: in particolare, è stata prevista come obbligatoria la videoregistrazione ovvero la sola registrazione dei colloqui dei condannati detenuti in regime di c.d. “carcere duro”; è stato inoltre ridotto il numero dei suddetti colloqui, il soggetto potrà ottenerne soltanto uno nell’arco del mese; le telefonate sono invece, ora, consentite esclusivamente a coloro i quali non effettuano colloqui. La riforma in esame ha, però, svilito il contenuto della legge Gozzini, tanto che lo stesso relatore ha mostrato immediatamente la sua diffidenza sostenendo che un regime così rigoroso altro non farebbe che aumentare la violenza all’interno degli istituti penitenziari in quanto «gli eccessi nella custodia non servono a combattere la mafia»⁷⁷.

Il sistema penitenziario subì una nuova modifica dopo l’entrata in vigore della l. 27 maggio 1998, n. 165⁷⁸, conosciuta come “legge Simeone”, recante “Modifiche all’articolo 656 del codice di procedura penale, ed alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni”⁷⁹: il legislatore intervenne modificando il ventaglio delle misure alternative alla detenzione che possono essere concesse e mutando la disciplina relativa alla sospensione dell’esecuzione della pena detentiva prevista all’art. 656 c.p.p.

La *ratio* di tale intervento è essenzialmente duplice: in primo luogo, vi è l’intenzione di arginare il fenomeno del sovraffollamento degli istituti penitenziari attraverso il ridimensionamento della popolazione carceraria⁸⁰; in secondo luogo, la

⁷⁷ M. GOZZINI, *E nelle carceri sparì la legalità*, in l’Unità, 22 ottobre 1992, p. 2, nell’archivio online del giornale in questione.

⁷⁸ Nella disciplina della materia penitenziaria accade spesso, dato verificabile in base alla comune esperienza, che ad interventi legislativi di tono restrittivo facciano seguito delle innovazioni di ampio respiro, maggiormente permissive. Dunque, non stupisce affatto che poco dopo l’entrata in vigore della legislazione di contrasto alla criminalità organizzata (si fa riferimento al d.l. 13 maggio 1991 n. 152, convertito dalla legge 12 luglio 1991, n. 356), il legislatore si sia mosso a favore di una ulteriore riforma delle misure alternative alla detenzione. Cfr. V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in AA. VV., *L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura del medesimo, Padova, 1994, p. 3 ss.

⁷⁹ Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale il 30 maggio 1998, n. 124.

⁸⁰ Nella *Relazione della II Commissione permanente (Giustizia)*, l’On. Saraceni, relatore della legge, osservava infatti come, «il sovraffollamento negli istituti penitenziari condizioni gravemente l’intero sistema penitenziario italiano, talvolta addirittura vanificando le finalità che il legislatore e, ancora prima, il costituente hanno inteso attribuire alla pena detentiva». *Relazione n. 464-C, presentata alla Presidenza il 23 aprile 1998* (Relatore: SARACENI), in *Camera dei Deputati. XIII legislatura, sulla Proposta di Legge n. 464-B, approvata dalla Camera dei Deputati il 1° ottobre 1996*.

legge persegue anche la finalità di eliminare ogni differenza trattamentale tra i detenuti, evitando che i soggetti più disagiati e deboli non possano accedere, sulla base delle loro condizioni economiche, alle misure alternative; infatti, molto spesso, nel sistema previgente, tali soggetti non riuscivano ad ottenere la sospensione dell'esecuzione della pena e l'applicazione della misura alternativa alla detenzione a causa di difensori "poco accorti" che non presentavano l'istanza entro i rigidi termini indicati dalla legge.

Il duplice obiettivo di cui sopra viene raggiunto dal legislatore, *in primis*, modificando la disciplina prevista all'art. 656 c.p.p. Il relatore On. Saraceni aveva, però, perspicacemente osservato⁸¹ che sebbene la norma in questione prevedesse la possibilità di accedere alle misure alternative alla detenzione senza la necessità di fare ingresso in carcere, «tale effetto [era però subordinato] alla presentazione dell'istanza da parte dell'interessato prima dell'emissione o dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione, con la conseguenza che soltanto coloro i quali presenteranno l'istanza tempestivamente potranno beneficiare dell'effetto sospensivo»⁸²; risultava evidente la disparità di trattamento tra i condannati che disponevano di adeguate condizioni economiche per godere di attenta assistenza legale e coloro i quali non godevano delle stesse risorse, sottolinea, infatti, il relatore che in questo modo si otteneva «l'iniquo risultato pratico - puntualmente confermato dall'esperienza - che talune categorie di soggetti [...] non riescono a fruire delle misure alternative alla detenzione per la sola e ingiustificata ragione della loro appartenenza a categorie sociali estremamente deboli».

La legge Simeone – Saraceni si adopera per risolvere il problema suddetto modificando la disciplina prevista all'art. 656 del codice di rito penale ridefinendo il ruolo del pubblico ministero e la posizione del condannato: sul primo viene a gravare non solo l'obbligo di emettere l'ordine di esecuzione ma anche il dovere di sospenderla contestualmente; il condannato, una volta ricevuti i provvedimenti in questione, ha la possibilità di richiedere al pubblico ministero, entro il termine di trenta giorni, l'applicazione di una misura alternativa fra quelle contemplate nel comma 5 del medesimo articolo; dunque, si stabilisce che in tutte le ipotesi in cui la pena non sia

⁸¹ Si fa riferimento alla Relazione della II Commissione Permanente (Giustizia), loc. cit.

⁸² On. L. SARACENI, *Relazione n. 464-C*, loc. cit.

superiore a tre anni di reclusione, il pubblico ministero emette contemporaneamente l'ordine di esecuzione e il decreto di sospensione dell'esecuzione; quest'ultimo deve essere notificato al condannato e al suo difensore, i quali hanno trenta giorni di tempo per presentare istanza al fine di ottenere la concessione *ab initio* della misura alternativa alla detenzione.

La l. n. 165 del 1998 intervenne, come già accennato precedentemente, anche sulle misure alternative alla detenzione, ampliandone l'ambito di operatività.

Nello specifico, si è occupata di modificare la disciplina prevista all'art. 47 ord. penit. in materia di affidamento in prova al servizio sociale stabilendo, al comma 3, la possibilità per il condannato di accedere alla misura senza la previa osservazione in istituto qualora abbia, però, dato prova di partecipare attivamente al programma di rieducazione⁸³; il legislatore del 1998 intervenne anche sul testo del comma 4 prevedendo che nelle ipotesi in cui l'istanza di richiesta di applicazione della misura sia presentata dopo l'inizio dell'esecuzione della pena, sarà il magistrato di sorveglianza (e non più il pubblico ministero) a sospendere l'esecuzione ed a disporre l'immediata liberazione del detenuto, avendo precedentemente verificato la sussistenza dei presupposti, la sospensione opera fino alla decisione definitiva del tribunale di sorveglianza; infine, venne abrogato l'art. 47-*bis* ord. penit. relativo alla concessione del beneficio in questione in casi particolari.

Inoltre, venne introdotta la c.d. detenzione domiciliare generica, art. 47-*ter* comma 1-*bis* ord. penit., (della quale più diffusamente *infra*)⁸⁴, istituto che prevede la possibilità, per i detenuti che devono scontare una pena non superiore ad anni due di reclusione, di poterla espiare presso il proprio domicilio ovvero altro luogo pubblico o privato, di cura, assistenza o accoglienza senza la necessità che sussistano le prerogative tipiche della misura stessa. La finalità è quella evitare la detenzione in carcere, con i costi economici che ne comporta, nei confronti di quei detenuti non

⁸³ La fattispecie previgente prevedeva ugualmente la possibilità di accedere alla misura senza la previa osservazione ma richiedeva che il condannato avesse trascorso un periodo di libertà dopo essere stato sottoposto al regime della custodia cautelare, al fine di dimostrare il suo sicuro ravvedimento. L'anacronista condizione della previa custodia cautelare venne dichiarata incostituzionale ad opera della sent. 22 dicembre 1989, n. 569, in *Cass. pen.*, 1990, I, p. 1442 con nota di F. DELLA CASA, *Corte Costituzionale e affidamento «anticipato»*, *ivi*, p. 1448 ss.

⁸⁴ Il quadro completo delle modifiche in materia di detenzione domiciliare apportate dalla Legge Simeone – Saraceni è fornito al Capitolo 2 della presente trattazione.

considerati pericolosi socialmente in quanto condannati ad una pena detentiva non superiore ai due anni⁸⁵.

La riforma del sistema penitenziario adottata attraverso la legge *de qua* non rimase scevra da critiche, successivamente all'entrata in vigore della stessa i motivi di contestazione erano essenzialmente due: si lamentava, innanzitutto, la scarsità di risorse fornite all'amministrazione penitenziaria per dare concreta applicazione alle nuove modalità di applicazione delle misure alternative alla detenzione; inoltre, è stato oggetto di contestazione anche l'esplicitato scopo di natura deflattiva della legge, ad esempio in materia di affidamento in prova al servizio sociale, la dottrina più accorta riteneva che si era abbandonata l'originaria funzione dell'istituto di tutela dei soggetti deboli della società a favore di una mera riduzione della popolazione ristretta⁸⁶.

Inoltre, alcuni autori ravvisarono nella novella alcune lacune determinate dal difetto di coordinamento con le numerose pronunce della Corte Costituzionale che richiedevano espressamente un intervento da parte del legislatore di adeguamento.

Per quanto concerne il momento storico attuale⁸⁷, infine, sono intervenute, nell'ultimo decennio, numerose leggi di modifica della disciplina penitenziaria, tra queste hanno rivestito un ruolo di preminenza la l. n. 40 del 2001 che ha introdotto la detenzione domiciliare per le condannate madri e la l. n. 251 del 2005 (c.d. legge *ex Cirielli*), la quale rappresenta la massima espressione delle diverse finalità che muovono il legislatore in quanto la disposizione, da un lato prevede la riduzione dei termini prescrizionali⁸⁸, riforma fortemente garantista; e dall'altro, viene prevista una disciplina estremamente severa e repressiva nei confronti dei condannati recidivi⁸⁹.

⁸⁵ Cfr. V. MACCORA, *Ordinamento penitenziario e legge Simeone: buone intenzioni e strumenti discutibili*, in *Questione Giustizia*, 1998, 2, p. 291 e 297.

⁸⁶ Si veda G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 1, p. 168.

⁸⁷ Cfr. la *Premessa* alla terza edizione di V. GREVI – G. GIOSTRA – F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario, cit.*, pp. IX-X, ove l'autore fornisce il quadro completo degli interventi legislativi che si sono susseguiti negli ultimi dieci anni.

⁸⁸ Per quanto concerne le novità introdotte dalla l. n. 251 del 2005 in materia di prescrizione, si veda C. BRUNETTI, *Le principali novità introdotte dalla legge 251/05 (cd. ex-Cirielli) in materia di esecuzione penale e di diritto penitenziario - Questioni interpretative*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2006, 3, 47, pp. 68 ss.

⁸⁹ Cfr. C. BRUNETTI, *Le principali novità introdotte dalla legge 251/05 (cd. ex-Cirielli) in materia di esecuzione penale e di diritto penitenziario - Questioni interpretative*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2006, 3, 47, p. 48.

La legge da ultimo citata riguarda, dunque, principalmente il condannato al quale sia stata applicata ad opera del giudice nella sentenza di condanna la recidiva prevista dall'art. 99 c.p., vale a dire colui il quale commette un ulteriore reato dopo essere già stato condannato, tale soggetto soggiacerà ad un aumento fino a un sesto della pena da infliggere per il nuovo reato. La riforma si basa sulla presunzione secondo la quale il soggetto che reitera la condotta antisociale merita un trattamento sanzionatorio più rigido⁹⁰: in particolare, diviene più gravoso l'accesso alle misure premiali ed alternative per i recidivi (soprattutto per i recidivi reiterati⁹¹), è infatti aumentato il periodo di pena che è necessario aver scontato per poter accedere ai permessi premio (art. 7, comma 1, l. n. 251 del 2005) ed alla semilibertà (art. 7, comma 5, l. n. 251 del 2005). Inoltre, la legge esclude la possibilità, per i recidivi, di accedere alla detenzione domiciliare c.d. generica, mentre consente quella c.d. speciale⁹²(art. 7, comma 1.1, l. n. 251 del 2005).

Come ben si evince, la legge *ex Cirielli* è espressione di un «atteggiamento di chiusura da parte del legislatore»⁹³ in quanto, tralasciando la disciplina che ha ampliato le maglie della detenzione domiciliare prevedendo la possibilità per gli ultrasessantenni di accedere all'istituto senza la sussistenza di particolari requisiti, prevede un forte inasprimento della disciplina penitenziaria: sono stati introdotti limiti stringenti per i recidivi reiterati per accedere alle misure alternative alla detenzione, tali soggetti erano inoltre espressamente esclusi dalla possibilità di ottenere il decreto di sospensione dell'esecuzione da parte del pubblico ministero (art. 656, comma 9, lett. c), c.p.p.⁹⁴) ed infine, erano destinatari di forti limitazioni in materia di accesso benefici penitenziari.

Si può ben notare come la l. n. 251 del 2005 si pone nettamente in conflitto con le finalità perseguite dal legislatore nel 1975 e nei successivi interventi normativi, soprattutto sembrerebbe completamente dimenticato il principio di flessibilità della

⁹⁰ Cfr. C. BRUNETTI, *op. cit.*, p. 51.

⁹¹ Si parla di recidiva "reiterata" nel caso in cui un determinato soggetto, già dichiarato recidivo, commetta un altro delitto non colposo. L'art. 99, comma 4 c.p. prevede in queste determinate ipotesi un aumento di pena che può essere della metà o, nei casi aggravati, di cui al comma 2, di due terzi.

⁹² Secondo l'interpretazione di C. BRUNETTI, *op. cit.*, pp. 60-63, i commi 1 ed 1.1 dell'art. 7 della legge *ex Cirielli* limitano infatti la detenzione domiciliare speciale, mentre consentono «la detenzione domiciliare istituita a favore dei condannati in particolari situazioni personali, tali da consentire di scontare in modalità non carceraria una pena residua fino a tre anni se recidivo reiterato».

⁹³ C. BRUNETTI, *op. cit.*, p. 54.

⁹⁴ È opportuno sottolineare che la lett. c) comma 9, art. 656 è stata successivamente abrogata ad opera dell'art. 1 d.l. n. 78 del 2013.

pena, secondo il quale è necessario che sia concessa la possibilità di espiare la pena in modalità diverse dalla detenzione; la neo introdotta disciplina sembrerebbe superare anche il precetto costituzionale sancito al comma 3 dell'art. 27 Cost.

All'indomani dell'entrata in vigore della legge, infatti, si è levato l'eco di coloro che temevano un ulteriore collasso del sistema carcerario e richiedevano il ritorno al carcere come *l'extrema ratio* delle soluzioni penali possibili⁹⁵.

Conclusivamente, per completare il quadro delle riforme normative in materia penitenziaria è necessario accennare agli interventi⁹⁶ che il legislatore ha posto in essere in attuazione delle pronunce della Corte di Strasburgo; non si tratta di interventi che hanno inciso profondamente nel tessuto del sistema penitenziario italiano bensì, piuttosto, di «semplici aggiustamenti di meccanismi già collaudati»⁹⁷, in quanto l'obiettivo che il legislatore perseguiva non consisteva nella modifica della fase dell'esecuzione penitenziaria quanto nell'adozione di strumenti efficaci per ottenere un'immediata riduzione numerica dei detenuti all'interno degli istituti di pena.

In particolare, si fa riferimento, in primo luogo, al d.l. 1 luglio 2013, n. 78, recante “Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena”, convertito con modificazioni in legge 9 agosto 2013, n. 94, il quale contiene una serie di misure in materia dell'esecuzione della pena volte a fronteggiare il sovraffollamento carcerario;

⁹⁵ Cfr. sul punto V. L. BRESCI, *op. cit.*, cap. III, punti 3 e 4; C. BRUNETTI, *op. cit.*, p. 74 e B. GUAZZALOCA, *Le più recenti riforme della disciplina penitenziaria*, in M. PAVARINI – B. GUAZZALOCA, *Saggi sul governo della penalità*, Martina, Bologna, 2007, p. 123 ss. Si rammenta che il legislatore, nell'agosto del 2006, reagì al problema del sovraffollamento delle carceri e alle proteste sollevate dai detenuti attraverso l'adozione di un istituto premiale, quale l'indulto: la l. 31 luglio 2006, n. 241 (rubricata “Concessione di indulto”), infatti, permetteva ai condannati per i reati commessi precedentemente al 2 maggio 2006, di ottenere uno sconto di pena pari a tre anni. Dal provvedimento di clemenza vennero esclusi gli autori di gravi delitti quali, il terrorismo, la pedo-pornografia, l'associazione a delinquere, la strage; vennero esclusi anche condannati per alcuni reati comuni ma venne invece considerato oggetto dell'indulto il reato di falso in bilancio. Cfr. C. G. DE VITO, in *op. cit.*, p. 156 ss., l'autore considera questo intervento legislativo una strategia ambigua di natura squisitamente politica e ne descrive l'intero svolgimento storico. Il DE VITO nella sua opera stima che sono stati circa 24.500 i fruitori dell'istituto premiale, ai quali è necessario aggiungere 7000 persone che versavano in regime di custodia cautelare e circa 17500 soggetti che invece scontavano la pena con modalità alternative.

⁹⁶ Per una panoramica completa sugli interventi normativi si veda P. CORVI, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti de detenuto*, in *Riv. It. Dir. pen. proc.*, 2013, p. 1133 ss; A. DELLA BELLA, *Convertito in legge il “decreto svuota carceri” 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, in *Dir. Pen. cont.*, 15 settembre 2013; C. FIORIO, *Strasburgo chiama. Roma non risponde*, in *Dir. pen. proc.*, 5, 2013, 1794 ss.

⁹⁷ M. F. CORTESI, *I giudici europei dettano le linee guida contro il sovraffollamento carcerario*, in *Dir. pen. e proc.*, 2, 2014, p. 72.

nello specifico apporta delle modifiche al codice di procedura penale, all'ordinamento penitenziario e al testo unico in materia di stupefacenti e sostanze psicotrope⁹⁸.

Per quanto concerne il codice di rito penale, il d.l. n. 78 del 2013 è intervenuto sulla disciplina dettata dall'art. 656 introducendo i commi 4-*bis*, 4-*ter*, 4-*quater* vale a dire anticipando la possibilità di applicare l'istituto della liberazione anticipata al fine di ottenere la sospensione dell'esecuzione della pena. Sarà, dunque, possibile procedere alla sospensione dell'ordine di esecuzione in tutti i casi in cui, a seguito del computo del pre-sofferto e della conseguente concessione del beneficio penitenziario, la pena da espiare, anche residua, non risulti essere superiore a 3 anni ovvero a 6 anni, «per i reati commessi in relazione al proprio stato di tossicodipendente»⁹⁹ o a 4 anni, nel caso in cui il soggetto versi nelle condizioni indicate nell'art. 47-*ter*, comma 1 ord. penit.

È stata abrogata la lett. c), comma 9 che escludeva l'emanazione del decreto di sospensione nei confronti dei condannati recidivi reiterati, anche per tale categoria di soggetti sarà, dunque, possibile la concessione delle misure alternative alla detenzione *ab initio*; è stata, inoltre, modificata la lett. a), del medesimo comma, prevedendo l'eliminazione tra i reati ostativi alla sospensione in esame delle fattispecie di furto pluri-aggravato e di delitto comunque aggravato *ex art. 61 n. 11-bis c.p.*

Infine, il legislatore ha innalzato il limite di pena per ottenere la sospensione dell'ordine di esecuzione da tre a quattro anni nei confronti di alcune categorie di soggetti che in base al proprio *status* potrebbero usufruire della detenzione domiciliare *ex art. 47-ter*, comma 1 ord. penit., il quale subordina la concessione del beneficio al medesimo limite di pena.

Numerose le riforme che il primo decreto c.d. “svuota carceri” ha apportato nell'ordinamento penitenziario: in materia di detenzione domiciliare ha abrogato il comma 1.1 dell'art. 47-*ter* ord. penit. il quale prevedeva un innalzamento del *quantum*

⁹⁸ Il d.l. n. 78 del 2013, in particolare, interviene sull'articolo 73 del TU in materia di stupefacenti e sostanze psicotrope (D.P.R. n. 309 del 1990), per consentire al «condannato tossicodipendente o assuntore di sostanze stupefacenti o psicotrope di essere ammesso al lavoro di pubblica utilità, anche in caso di commissione di reati diversi da quelli di produzione, traffico e detenzione illecita di sostanze stupefacenti o psicotrope».

⁹⁹ Art. 90, comma 1, testo unico in materia di stupefacenti e sostanze psicotrope (d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309).

di pena *espianda* (da quattro a tre anni) per la concessione del beneficio nei confronti dei condannati recidivi reiterati; ha abrogato la disposizione che precludeva l'accesso ai recidivi reiterati alla semilibertà (art. 50-*bis* ord. penit.); ha ampliato la disciplina dei permessi premio nei confronti dei detenuti minorenni; ed ha, infine, introdotto la possibilità per i detenuti e gli internati di svolgere attività di pubblica utilità, a titolo gratuito e volontario (art. 21, comma 4-*ter*, ord. penit.).

Successivamente con la l. 21 febbraio 2014, n. 10, il Parlamento ha convertito il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, recante “Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria”, «diretto, [non solo], ad affrontare la questione del sovraffollamento carcerario [ma, anche], a garantire il pieno esercizio dei diritti fondamentali dei reclusi»¹⁰⁰ nonché a dar seguito alla recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il decreto, in particolare, ha modificato il codice di procedura penale, l'ordinamento penitenziario (l. n. 354 del 1975), il testo unico sugli stupefacenti e il testo unico in materia di immigrazione¹⁰¹. È stato istituito poi il Garante nazionale dei detenuti (art. 7) e sono stati prorogati i termini per l'adozione dei regolamenti relativi ai crediti d'imposta e agli sgravi contributivi per imprese e cooperative sociali che assumono detenuti.

Tra gli interventi più pregnanti vi è sicuramente, in materia di ordinamento penitenziario, l'innalzamento a quattro anni del *quantum* di pena *espianda* necessario per fruire dell'affidamento in prova al servizio sociale e l'ampliamento dei poteri del magistrato di sorveglianza per la sua concessione; l'abrogazione del divieto inerente la concessione per più di due volte dell'affidamento in prova c.d. terapeutico; è stata, inoltre, disposta la stabilizzazione dell'istituto temporaneo dell'esecuzione della pena non superiore a 18 mesi presso il domicilio (l. n. 199 del 2010); ed infine, è stato introdotto, a causa delle spinte sovranazionali, il reclamo giurisdizionale ai sensi dell'art. 35-*bis* ord. penit.

¹⁰⁰ D. ERMINI (relatore), *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari Giustizia (II)*, *Comunicato*, p. 4.

¹⁰¹ È stato esteso l'ambito applicativo dell'espulsione come misura alternativa alla detenzione, prevista dal testo unico in parola.

In questa breve rassegna dei più recenti interventi del legislatore in materia penitenziaria, è necessario annoverare anche il d.l. 26 giugno 2014, n. 92, recante “Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all'ordinamento penitenziario, anche minorile”, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 117. Mediante tale decreto legge viene data attuazione alla sentenza pilota pronunciata dalla Corte di Strasburgo¹⁰², introducendo l'art. 35-*ter* ord. penit. relativo al rimedio risarcitorio che sarà versato nei confronti del detenuto o internato che abbia scontato la pena in violazione dell'art. 3 CEDU, disposizione che prevede che «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

Mediante tale disposizione il legislatore è intervenuto per dare attuazione alla pronuncia della Corte EDU che intimava all'Italia la necessaria introduzione di strumenti idonei a far cessare in modo rapido la violazione dei diritti (c.d. rimedio preventivo) e a garantire un adeguato ristoro nei confronti di coloro i quali abbiano subito il pregiudizio (c.d. rimedio compensativo). La sentenza della Corte di Strasburgo si basava sulla inadeguatezza dei rimedi che l'ordinamento italiano all'epoca forniva, in quanto la procedura risarcitoria prevista era assai complessa e non prevedeva un'efficacia vincolante del provvedimento di ripristino del diritto violato posto in essere dalle autorità giudiziarie nei confronti dell'amministrazione penitenziaria. Proprio per le ragioni appena citate, viene introdotto un rimedio risarcitorio che può essere esperito dinnanzi al magistrato di sorveglianza nelle ipotesi in cui l'amministrazione penitenziaria tenga una condotta non conforme alla legge che arrechi un pregiudizio grave ed attuale all'esercizio dei diritti dei detenuti; si aggiunge, inoltre, che le condizioni di detenzione in cui versa l'interessato devono essere tali da comportare una violazione dell'art. 3 CEDU (condizioni inumane e degradanti). L'articolo stabilisce in queste ipotesi la competenza in capo al magistrato di sorveglianza di “risarcire” il detenuto riducendo la pena detentiva ancora da scontare di un giorno per ogni dieci giorni, durante i quali il condannato ha subito il pregiudizio

¹⁰² Si veda Corte EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*.

ovvero liquidando al richiedente una somma di denaro pari ad otto euro per ciascun giorno in cui i suoi diritti sono stati violati (art. 35-ter, comma 2 ord. penit.).

L'effetto scaturente dagli interventi legislativi in parola è, in realtà, quello di svilire la funzione di prevenzione generale e speciale della pena a favore di una "frenetica" riduzione della popolazione carceraria.

Parte della dottrina¹⁰³ avvertiva la necessità di una riforma del sistema sanzionatorio penale in quanto le novelle legislative intervenute per perseguire esclusivamente scopi deflattivi non avevano raggiunto gli scopi sperati; la soluzione proposta era quella di considerare le pene pecuniarie e le misure alternative alla detenzione come delle vere e proprie pene principali, cosicché i requisiti per la loro applicazione sarebbero stabiliti direttamente dal legislatore e non più dall'autorità giudiziaria sulla base di scelte discrezionali fondate sulla necessità di risocializzare il condannato¹⁰⁴.

Per tali ragioni, è infine entrata in vigore la legge 28 aprile 2014, n. 67, recante "Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili", la quale ha comportato l'introduzione, all'interno dell'ampia categoria delle pene principale, della reclusione domiciliare per i delitti e dell'arresto domiciliare relativamente alle contravvenzioni.

«Si può forse dire, senza enfasi, che siamo all'inizio di una nuova stagione nei rapporti tra detenuto, amministrazione penitenziaria e giurisdizione di sorveglianza; e che si è altresì intrapresa una incisiva opera di "smantellamento" dei divieti e delle preclusioni che ostacolano la realizzazione di un trattamento rieducativo individualizzato»¹⁰⁵.

Conclusivamente si può affermare che la *ratio* di questa lunga sequenza di interventi legislativi è da ravvisare nella necessità di aggiornare e coordinare un testo venuto alla luce nel 1975, ed ampliato nel 1986 soprattutto relativamente alle misure

¹⁰³ Cfr. F. PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Diritto penale e processo*, 2013, p. 102.

¹⁰⁴ *Ut supra*.

¹⁰⁵ F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Edizione V, CEDAM, 2015, p. XVII.

alternative alla detenzione, con le riforme che si sono susseguite, per essere al passo con le esigenze di una società in continua evoluzione. È interessante notare come le novelle che si sono realizzate in materia penale in questi anni hanno riguardato inizialmente la parte finale dell'intero sistema penale, quella dell'esecuzione, per poi proseguire a ritroso ed infatti, soltanto nel 1988 si è assistito alla modifica del codice di procedura penale e solo oggi, nelle aule parlamentari si discute la riforma del codice penale¹⁰⁶.

3. Le misure alternative alla detenzione: inquadramento generale degli istituti penitenziari

La l. 26 luglio 1975, n. 354 “Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà”, come testé accennato, rappresenta una vera e propria riforma del sistema penitenziario, i cui tratti qualificanti consistono, da un lato, nella ricezione dell'ideologia del trattamento rieducativo e, dall'altro, nell'introduzione di misure alternative alla detenzione ispirate all'idea di *probation*.

Per quanto concerne il primo aspetto, si colgono chiari segni di una disciplina ispirata al trattamento rieducativo in quelle norme del nuovo ordinamento penitenziario che prevedono l'indagine scientifica sulla personalità e interventi di psicologi ed esperti diretti a modificare le condotte del condannato che non permettono di realizzare una sua idonea reintroduzione nel mondo libero, così ad esempio si pensi alle norme che prevedono che il percorso trattamentale del reo sia realizzato mediante le attività lavorative, l'istruzione, la religione e l'instaurazione di rapporti con la realtà esterna.

La legge in questione si è occupata, inoltre, di introdurre nel nostro ordinamento le cc.dd. misure alternative alla detenzione¹⁰⁷, perseguendo l'obiettivo preminente della rieducazione del condannato attraverso il suo graduale reinserimento nel tessuto

¹⁰⁶ Cfr. L. EUSEBI, *Tra crisi dell'esecuzione penale e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 493.

¹⁰⁷ Si fa riferimento al Titolo I, Capo VI, recante “Misure alternative alla detenzione e remissione del debito”.

sociale, reso possibile anche grazie al sostegno che gli viene fornito dal personale tecnico di assistenza dei servizi sociali.

Si tratta, nello specifico, di: affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 ord. penit.); detenzione domiciliare *ex art. 47-ter* ord. penit. (materia oggetto della presente trattazione, alla quale sono interamente dedicati i capitoli successivi, si veda *infra*); affidamento e detenzione domiciliare nei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria (art. 47-*quater* ord. penit.); detenzione domiciliare speciale (art. 47-*quinquies* ord. penit.); semilibertà (art. 48 ord. penit.); liberazione anticipata (art. 54 ord. penit.).

Parte della dottrina annovera tra le misure alternative alla detenzione anche altri istituti, quali i permessi premio (art. 30-*ter* ord. penit.) e l'istituto stabilito per i collaboratori di giustizia (art. 4-*bis* ord. penit.)¹⁰⁸, benché contenuti nel Titolo I, Capo III (rubricato “Modalità di trattamento”), della legge sull'ordinamento penitenziario.

Nel novero delle misure alternative è necessario inserire anche la liberazione anticipata (art. 176 c.p.), introdotta nel nostro ordinamento dal codice penale Zanardelli del 1889, poiché ritenuto uno strumento idoneo a permettere al condannato di scontare la pena in modalità extra muraria in regime di libertà vigilata.

Mediante l'introduzione nel nostro ordinamento delle misure alternative alla detenzione viene data applicazione al principio di “flessibilità dell'esecuzione penale”¹⁰⁹, il quale non solo risponde alle necessarie esigenze di natura umanitaria che connotano la fase dell'esecuzione della pena, ma rappresenta anche la traduzione della stessa natura umana, mutevole e cangiante.

In forza del suddetto principio, la pena non costituisce più, dunque, un elemento non suscettibile di modificazioni che assume una connotazione di immutabilità nel tempo in quanto viene riconosciuto al detenuto il diritto di poterla espiare al di fuori dell'istituto penitenziario ovvero che, ad ogni modo, la sua sanzione sia nuovamente

¹⁰⁸ Cfr. G. FIANDACA, *op. cit.*, p. 746. Secondo A. PENNISI, *Le misure alternative alla detenzione*, in CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, III ed., Monduzzi, Bologna, 2006, p. 168, la liberazione condizionale disciplinata ai sensi dell'art. 176 c.p. dovrebbe essere considerata una misura alternativa alla detenzione. *Contra*, cfr. M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 243.

¹⁰⁹ Si veda F. PALAZZO, *Esecuzione progressiva e benefici penitenziari*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Giuffrè, Milano 2002, p. 149 e ss.

analizzata da parte dell'autorità giudiziaria, purché il condannato abbia dimostrato di partecipare attivamente al programma rieducativo.

Per quanto concerne la natura delle misure in questione si può affermare che trattasi di modalità di esecuzione della condanna “alternative” rispetto alla tradizionale esecuzione negli istituti penitenziari: dette misure potranno essere concesse soltanto nei confronti di coloro i quali siano stati condannati con sentenza definitiva, non più suscettibile di impugnazione, alla pena della reclusione. La pena, per poter accedere a tali modalità di esecuzione, deve essere contenuta entro una certa soglia ovvero il detenuto deve aver scontato un residuo di pena che sia ricompreso entro limiti fissati *ex lege*.

Si può, senza dubbio, sostenere che le misure alternative alla detenzione rappresentano la massima espressione del principio del finalismo rieducativo della pena sancito nell'art. 27, comma 3, Cost.¹¹⁰

3.1 L'affidamento in prova ai servizi sociali

Sulle orme della *probation*¹¹¹ prevista in altri ordinamenti – pur discostandosi dai diversi modelli stranieri per la sua collocazione in sede penitenziaria - anche il legislatore italiano ha introdotto una misura alternativa alla detenzione che permette al condannato di espriare in stato di libertà pene detentive brevi sotto il controllo costante del servizio sociale. Si tratta, però, di un'ipotesi di *probation* che può essere applicata esclusivamente durante la fase esecutiva (nella fase di cognizione è invece concedibile la sospensione del processo e la messa alla prova dell'imputato).

L'affidamento in prova ai servizi sociali costituisce la più ampia misura alternativa di corrente attuazione, essa è disciplinata dall'art. 47 della l. 26 luglio 1975,

¹¹⁰ Cfr. G. FIANDACA, *op. cit.*, p. 746.

¹¹¹ Il *probation order* è utilizzato dai giudici anglosassoni nei casi in cui ritengono che la detenzione non sia idonea al recupero del soggetto, e quindi si astengono dal condannarlo lasciandolo in libertà, ma prevedendo l'obbligo che questi rispetti determinate prescrizioni. Al contrario, nel diritto italiano l'affidamento in prova presuppone una sentenza di condanna e si colloca interamente nell'ambito penitenziario, non in quello del processo di cognizione. Cfr. M. PAVARINI – B. GUAZZALOCA, *Corso di diritto penitenziario*, Ed. Martina, Bologna 2004, p. 121. Per alcuni accenni all'istituto del *probation order* cfr. A. MENGHINI, *Sistemi sanzionatori a confronto*, in G. FORNASARI – A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale, cit.*, p. 151 ss.

n. 354 e si attua con l'affidamento del condannato ad un servizio sociale fuori dall'istituto penitenziario, per un periodo corrispondente alla pena da scontare. A differenza degli altri istituti previsti nel Capo VI della legge sull'ordinamento penitenziario, quella *de qua* è l'unica in grado di far venir meno ogni tipo di rapporto esistente tra il condannato con l'istituto penitenziario, in quanto consiste in un trattamento che si realizza in libertà sostituendosi completamente alla detenzione; proprio per questa ragione è stata definita la più significativa tra le misure alternative alla pena detentiva¹¹².

Tra i presupposti di concessione della misura in questione è necessario annoverare sia il *quantum* di pena espianda, non superiore a 3 anni, inteso anche come residuo di maggior pena (nonostante il legislatore abbia utilizzato l'espressione «pena inflitta», l'interpretazione data dalla Corte Costituzionale¹¹³ e dalla Suprema Corte permetteva di considerare non solo la pena irrogata con la sentenza di condanna bensì anche la pena residua, vale a dire quella che si ottiene a seguito della detrazione della pena già espiata o condonata; dunque, sulla base di questo orientamento ormai consolidato, il condannato può richiedere l'affidamento in prova anche per gli ultimi tre anni di pena da scontare), sia l'esito positivo della osservazione della personalità.

Per quanto concerne il primo aspetto, il legislatore è intervenuto ampliando l'area di operatività dell'affidamento in prova al servizio sociale, «sempre più lontano dalla sua natura originaria, che lo delineava quale misura trattamentale destinata al recupero di autori di manifestazioni criminose di modesta entità, frutto di emarginazione e disadattamento»¹¹⁴. Dunque, alla misura alternativa *de qua* è ora possibile accedere anche se la pena detentiva ancora da scontare sia superiore a tre anni, ma non a quattro.

¹¹² Cfr. F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Edizione V, CEDAM, 2015, p. 502 s.

¹¹³ Corte Cost., 11 luglio 1989, n. 386 (Pres. Sava, Rel. Gallo), il testo della sentenza è consultabile sul sito <http://www.giurcost.org/decisioni/1989/0386s-89.html>.

¹¹⁴ F. CAPRIOLI – L. SCOMPARIN, *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 85. Per una sintesi sull'evoluzione della struttura e delle finalità dell'affidamento in prova al servizio sociale si rinvia a A. PRESUTTI, *Art. 47 ord. penit.*, in V. GREVI - G. GIOSTRA - F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, IV ed., t. 1, Cedam, 2011, p. 514 s. Cfr., inoltre, L. DEGLI INNOCENTI - F. FALDI, *I benefici penitenziari*, Giuffrè, 2014, p. 99.

Il legislatore non ha provveduto ad innalzare genericamente il limite di pena indicato nel comma primo dell'art. 47 ord. penit., ma ha ritenuto opportuno introdurre una fattispecie *ad hoc*. Si tratta del comma 3-*bis* dell'articolo in questione, inserito dall'art. 3, comma 1, lett. c), d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. con modificazioni in legge 21 febbraio 2014, n. 10 il quale prevede che, in aggiunta ai casi già previsti, «l'affidamento in prova può, altresì, essere concesso al condannato che deve espiaire una pena, anche residua, non superiore a quattro anni di detenzione, quando abbia serbato, quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, trascorso in espiazione di pena, in esecuzione di una misura cautelare ovvero in libertà, un comportamento tale da consentire il giudizio di cui al comma 2», ossia una prognosi favorevole circa la capacità della misura di contribuire alla rieducazione del reo e di assicurare la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati.

La riforma è stata disposta con il secondo decreto c.d. svuota-carceri adottato a seguito della dichiarazione da parte del Governo nel 2010 dello stato di emergenza nelle carceri dovuto al sovraffollamento e successivamente all'intervento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che, nella sentenza Torreggiani ed altri, ha condannato lo Stato Italiano a causa dei trattamenti inumani e degradanti subiti dai detenuti negli istituti penitenziari italiani in violazione dell'art. 6 CEDU. La *ratio* di tale riforma è evidente: introdurre nel nostro ordinamento uno strumento che abbia capacità deflative tali per ovviare, anche soltanto parzialmente, al problema del sovraffollamento denunciato anche a livello europeo.

Relativamente al secondo requisito, è richiesto da parte del legislatore che il tribunale di sorveglianza nell'applicare la misura in questione verifichi, ai sensi del secondo comma dell'art. 47 ord. penit., che il condannato «[abbia] contribuito alla sua rieducazione e [abbia] assicurato la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati».

È necessario che l'organo collegiale verifichi effettivamente l'idoneità della misura a evitare la recidiva e l'idoneità della condotta del soggetto, in quanto è pacificamente esclusa una presunzione di concedibilità dell'affidamento in prova, secondo la quale esso debba concedersi salvo la sussistenza di motivi ostativi. È opportuno evidenziare che «l'osservazione della personalità – da condursi collegialmente in istituto per il periodo minimo di un mese – sebbene sia qualificata

“scientifica” dall’ordinamento, non implica necessariamente un’indagine integrata da specifiche attività tecniche ma può essere attuata sulla base di schemi liberi purché idonei a consentire l’indagine sulla personalità del condannato, sulla sua evoluzione e sulla sua idoneità a fruire, con prognosi ragionevolmente favorevole, della misura alternativa»¹¹⁵.

Non sono previsti ulteriori requisiti nell’ipotesi in cui al soggetto sia stata applicata l’aggravante della recidiva reiterata, di cui all’art. 99, comma 4, c.p.; infatti, per quanto riguarda la concessione della misura alternativa *de qua*, la l. 5 dicembre 2005, n. 251¹¹⁶, non aveva introdotto preclusioni analoghe a quelle previste in materia di detenzione domiciliare o semilibertà. In verità, è bene sottolineare che gli spazi per l’applicazione dell’affidamento in prova ai servizi sociali per i soggetti di cui sopra sono stati, ad ogni modo, significativamente limitati attraverso un intervento del legislatore che ha comportato l’introduzione dell’art. 58-*quater* ord. penit. Infatti il comma 7-*bis*¹¹⁷ – tutt’ora vigente, nonostante la proposta, non accolta, del Governo di abrogarlo – vieta di concedere più di una volta la misura alternativa in esame al condannato cui sia stata applicata la recidiva, presumendone la riluttanza al trattamento rieducativo già disposto.

La misura può essere applicata nei confronti dei soggetti condannati per aver commesso uno dei reati di quelli indicati all’art. 4-*bis* ord. penit. solamente in presenza delle condizioni ivi stabilite; quindi, a seconda dei casi, collaborazione con la giustizia, osservazione scientifica della personalità per un anno, recisione dei legami con la criminalità organizzata.

Per quanto attiene al contenuto della misura, nel disporre l’affidamento in prova, il tribunale di sorveglianza redige un verbale avente ad oggetto le prescrizioni che il soggetto è tenuto a seguire in ordine ai rapporti con il servizio sociale, alla dimora, alla

¹¹⁵ M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano 2010, p. 258.

¹¹⁶ Si fa riferimento alla c.d. legge *ex Cirielli*, la quale aveva introdotto una disciplina *ad hoc* nei confronti dei recidivi reiterati, nell’ottica del “tipo d’ autore”, tali soggetti venivano considerati dal legislatore dell’epoca socialmente pericolosi e assoggettabili alle misure alternative esclusivamente in presenza di determinati presupposti.

¹¹⁷ Sull’introduzione del comma 7-*bis* nell’art 58-*quater* ord. penit. si veda, fra gli altri, C. FIORIO, *Le disposizioni esecutive e penitenziarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 317 s; cfr. inoltre A. MARTINI, *Commento agli artt. 7, 8 e 9 legge 5 dicembre 2005, n. 251*, in *Legisl. pen.*, 2006, p. 488 s.

libertà di locomozione, al divieto di frequentare determinati locali ed all'attività lavorative (come espressamente sancito nel comma 5, art. 47 ord. penit.).

È, inoltre, prevista, ai sensi del comma successivo, la possibilità di disporre, nello stesso provvedimento, il divieto di soggiornare in uno o più comuni ovvero l'obbligo di soggiorno in un comune determinato; è obbligatoria la statuizione di prescrizioni che impediscano al soggetto di svolgere attività o di avere rapporti personali che possono portare al compimento di altri reati.

Ai sensi del comma 8 dell'articolo in questione, il legislatore ha previsto, in materia di prescrizioni, che il reo ha il dovere di adoperarsi nei confronti della vittima del suo reato,¹¹⁸ un chiaro segno di avvicinamento al fenomeno della “mediazione penale”.

Relativamente all'imposizione suddetta, è opportuno sottolineare che questa può sostanzialmente consistere in una obbligazione avente natura risarcitoria ovvero riparatoria. Nel primo caso al condannato sarà imposto il pagamento di una somma di denaro da versare nei confronti della persona offesa dal reato; nella seconda ipotesi, invece, il soggetto interessato dovrà adoperarsi per eliminare le conseguenze dannose derivanti dalla commissione del fatto illecito, in aderenza alle prescrizioni previste dal giudice di cognizione nella sentenza di condanna¹¹⁹.

Ad ogni modo, questa «è strutturata, nel sistema dell'ordinamento penitenziario, quale strumento per un più efficace reinserimento sociale del condannato», dunque

¹¹⁸ Le prescrizioni devono contribuire alla rieducazione del condannato e devono essere impartite tenendo conto della pericolosità sociale del soggetto interessato. Cfr. Cass., Sez. I, 4 novembre 1987, in *Cass. pen.*, 1988, 2147.

¹¹⁹ Una parte della giurisprudenza ha ritenuto possibile valutare tali atteggiamenti al fine della concessione dell'istituto in esame, anche se gli stessi non sono annoverati tra le condizioni di applicabilità della misura in quanto si fa riferimento a comportamenti che devono essere tenuti dal condannato nel caso in cui gli siano imposte determinate prescrizioni. I giudici di legittimità hanno, in particolare, sostenuto che la gravità oggettiva del reato commesso e il mancato risarcimento del danno possono consistere in elementi significativi del difetto di ravvedimento del condannato, in base ai quali può ben essere negata la fruibilità del beneficio (Cass. 15 dicembre 2000, Veneziano, *Cass. pen.* 2002, p. 2896; Cass. 9 luglio 2001, Legiani, *Cass. pen.* 2002, p. 3556). Altro orientamento della giurisprudenza sottolinea, invece, la possibilità di impiegare tali condotte come prescrizioni da impartire al condannato durante il periodo di prova al fine di dimostrare la sua volontà di recupero sociale, sempre considerando il rapporto tra l'obbligazione risarcitoria e le condizioni economiche del reo (Cass. 21 novembre 2012, Mariotti, *C. pen.* 2013, p. 3694).

potrà essere imposta legittimamente purché miri «all'esclusivo obiettivo di rendere la misura concessa più efficace sotto il profilo del recupero sociale del reo»¹²⁰.

Le prescrizioni, come già poc' anzi sottolineato, sono statuite originariamente dal tribunale di sorveglianza con atto contestuale all'ordinanza di concessione della misura. L'art. 47-ter, comma 8 ord. penit., per ragioni di immediatezza e celerità delle decisioni, ha riservato al magistrato di sorveglianza la facoltà di modificare le prescrizioni nel corso dell'affidamento; a seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 146 del 2013 si è aggiunta alla regola generale una disciplina speciale per le deroghe temporanee: esse «sono autorizzate, nei casi di urgenza, dal direttore dell'ufficio esecuzione penale esterna, che ne dà immediata comunicazione al magistrato di sorveglianza e ne riferisce nella relazione» periodica sul comportamento del soggetto¹²¹. L'intervento riformatore è chiaramente ispirato a ridurre il carico di lavoro della magistratura di sorveglianza.

L'affidamento in prova ai servizi sociali viene revocato (e, di conseguenza, il condannato riprenderà a scontare la propria pena all'interno dell'istituto penitenziario) nei casi in cui il comportamento del soggetto appaia incompatibile con la prosecuzione della prova a causa della violazione delle prescrizioni dettate o della legge. La revoca viene disposta dal tribunale di sorveglianza che ha applicato la misura¹²² e deve necessariamente essere tenuta distinta dalla valutazione finale del complessivo periodo. Infatti, giunto a termine l'affidamento in prova ai servizi sociali, il tribunale

¹²⁰ Cfr. F. FIORENTIN, *Riparazione e mediazione dopo il giudizio nel quadro dell'esecuzione penitenziaria e delle misure alternative alla detenzione*, in *Legislazione penale*, 2004, p. 389 e ss.

¹²¹ Cfr. F. FIORENTINI, *Decreto svuotacarceri*, cit., p. 58, l'autore osserva che «non pare necessaria una ratifica da parte del magistrato di sorveglianza, che, tuttavia», potrà comunque «indirizzare al Direttore dell'U.E.P.E. eventuali direttive generali cui attenersi nella concessione delle deroghe temporanee richieste dall'affidato».

¹²² È opportuno sottolineare che relativamente alla competenza a decidere in ordine alla revoca dell'affidamento in prova al servizio sociale la giurisprudenza non è unanime, si sono infatti contrapposti due orientamenti giurisprudenziali. Il primo sostiene che la competenza a disporre la revoca sussiste in capo al tribunale di sorveglianza che ha disposto l'applicazione della misura alternativa. Tale organo, secondo quanto previsto dai giudici di legittimità, è competente, indipendentemente dal fatto che il magistrato di sorveglianza che si occupa di svolgere gli opportuni controlli sullo svolgimento della misura e di provvedere alla sospensione cautelativa *ex art. 51-ter* ord. penit. appartenga ad una circoscrizione diversa (Cass., Sez. I, 24 dicembre 2002, Capocchia, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, p. 288).

La seconda interpretazione, invece, ritiene che la competenza in materia appartenga al tribunale di sorveglianza che ha giurisdizione nel luogo ove è in corso lo svolgimento del beneficio penitenziario e non all'organo collegiale che ha applicato precedentemente la misura, considerata l'assoluta autonomia del procedimento di revoca rispetto a quello di ammissione (Cass., Sez. I, 28 gennaio 2005, Passerella, in *Dir. e giust.*, 2005, n. 22, p. 92).

di sorveglianza esamina la condotta tenuta dall'interessato e può dichiarare l'esito positivo della prova con la conseguente estinzione della pena detentiva, ovvero l'esito negativo determinando così il *quantum* di pena residua.¹²³

3.2 La liberazione condizionale

Introdotta nel nostro ordinamento dal codice penale Zanardelli del 1889 «quale prima vera alternativa alle pene di lunga durata»¹²⁴, sul presupposto che «la legge penale deve essere non solo coercitiva, ma anche correttiva»¹²⁵, la liberazione condizionale costituisce la prima forma di “miglioramento” del sistema sanzionatorio penale.

L'istituto originariamente faceva parte delle misure di grazia la cui concessione, seppur subordinata al requisito del ravvedimento del reo, era rimessa alla valutazione discrezionale del Ministro di Grazia e Giustizia¹²⁶.

A seguito delle modifiche apportate dalla l. n. 1634 del 1962 esso è stato adeguato alle finalità di prevenzione speciale di cui all'art. 27, comma 3, Cost.¹²⁷, così

¹²³ Nel caso in cui il tribunale di sorveglianza dovesse valutare negativamente l'esito della prova, questi ha l'obbligo di stabilire il *quantum* di pena (che potrà eventualmente corrispondere anche a quella inflitta originariamente) che il condannato dovrà espiare all'interno dell'istituto penitenziario. È bene sottolineare che la determinazione della pena da parte dell'organo collegiale dovrà essere effettuata valutando prevalentemente la condotta tenuta dal soggetto durante l'affidamento in prova ai servizi sociali. Si veda Cass., Sez. Un., 13 marzo 2002, Martola, in *Dir. proc. e pen.*, 2002, p. 580 ss.

¹²⁴ P. CORSO, *Liberazione condizionale e processo*, CEDAM, 1979, p. 29

¹²⁵ E. BOTTERO, *La liberazione condizionale del condannato ed altri istituti liberali nel nuovo codice penale*, in *Giur. it.*, 1890, IV, p. 198.

¹²⁶ In questo primo senso, la liberazione condizionale si avvicinava ai tradizionali istituti della clemenza, come amnistia, indulto e grazia. Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale, cit.*, p. 581. Parzialmente diversa la lettura di G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in *loc. cit.*, p. 294, che la definisce «una sorta di “anticipazione” del principio contenuto nella norma costituzionale in commento». È per merito della sent. n. 204 del 1974 della Corte Costituzionale che la competenza a decidere in materia è stata attribuita al giudice, in quanto trattasi pur sempre di un provvedimento sulla libertà personale. La legge Gozzini ha in seguito codificato la regola secondo la quale la competenza a decidere spetta alla Corte d'Appello nel cui distretto il condannato espia la pena al momento della presentazione della domanda. La Corte procede a seguito parere del magistrato di sorveglianza. Cfr. P. NUVOLONE, *Pena (dir. pen.) in Enc. del diritto, cit.*, p. 814.

¹²⁷ La stessa Corte Costituzionale, in una sentenza relativa all'applicazione della libertà condizionale ai condannati per i reati di cui all'art. 4-bis ord. penit., ha sostenuto che: «l'istituto della liberazione condizionale (artt. 176 e 177 c.p.), già presente nel testo originario del codice penale tra le cause di estinzione della pena, è stato oggetto di successive modifiche, che hanno consentito di superare la logica esclusivamente premiale a cui era ispirato - nell'ambito di una concezione prevalentemente retributiva della pena - e di renderlo coerente con il principio della funzione rieducativa, enunciato

che ora la liberazione condizionale «viene a caratterizzarsi quale istituto di diritto penitenziario orientato, nell'attuazione del programma di trattamento, alla risocializzazione del condannato»¹²⁸.

La liberazione condizionale, prevista agli artt. 176 e 177 c.p., consiste nella sospensione dell'esecuzione della pena per un periodo determinato, decorso il quale la pena si estingue, purché il condannato non abbia commesso un altro reato.

L'istituto viene collocato dal legislatore tra le cause estintive della pena, ma in realtà questo sembra piuttosto essere assimilabile ad una modalità alternativa dell'esecuzione poiché reintroducendo il condannato nella società, ne viene favorita la sua risocializzazione¹²⁹.

La misura può essere concessa soltanto qualora siano contemporaneamente presenti i tre seguenti presupposti sostanziali: il primo di natura soggettiva, il secondo di natura oggettivo-temporale e il terzo di natura patrimoniale.

Per quanto concerne quello di natura soggettiva, esso consiste nel ravvedimento del reo. «La condotta della persona che chiede di essere ammessa al beneficio deve essere tale, durante l'esecuzione della pena, da far ritenere sicuro il suo ravvedimento»¹³⁰. La giurisprudenza ha tentato soltanto recentemente di definire i confini poco determinati di questo requisito stabilendo che, affinché possa essere concessa la misura in questione, «la nozione di ravvedimento comprende il complesso dei comportamenti concretamente tenuti ed esteriorizzati dal soggetto durante il tempo dell'esecuzione della pena, obiettivamente idonei a dimostrare, anche sulla base del progressivo percorso trattamentale di rieducazione e di recupero la convinta revisione critica delle pregresse scelte criminali e a formulare in termini di certezza [...] un serio, affidabile e ragionevole giudizio prognostico di pragmatica conformazione della futura condotta di vita del condannato all'osservanza delle leggi, in precedenza violate con la commissione dei reati per i quali quest'ultimo ebbe a subire la sanzione

dall'art. 27, terzo comma, Cost., e con gli istituti dell'ordinamento penitenziario del 1975 rivolti al raggiungimento di tale finalità». (Corte Cost., 5-20 luglio 2001, n. 273, in *Giur. cost.* 2001, p. 2286).

¹²⁸ M. PAVARINI – B. GUAZZALOCA, *Corso di diritto penitenziario, cit.*, pp. 150-151.

¹²⁹ Si può ritenere pacifico che la liberazione condizionale, afferendo alla libertà personale del condannato, consista in un vero e proprio diritto soggettivo dello stesso. Si veda, inoltre, la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 1974.

¹³⁰ L. FILIPPI – G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano 2011, p. 152.

criminale»¹³¹. Il giudice chiamato a decidere dovrà, in ogni caso, per effettuare la valutazione del processo di ravvedimento del soggetto dovrà adottare dei criteri oggettivi al fine di escludere un'eccessiva discrezionalità nell'analisi condotta.

Il secondo presupposto attiene al decorso del tempo di espiazione prescritta. Sono ravvisabili, ai sensi dell'art. 176 c.p., tre distinte ipotesi.

Nel caso c.d. ordinario, la liberazione condizionale viene concessa nei confronti del condannato che abbia già, però, espiauto trenta mesi in stato di reclusione e almeno, comunque, la metà della pena inflittagli, purché la pena residua non sia in concreto superiore a cinque anni (art. 176, comma 1, c.p.).

Nell'ipotesi in cui al soggetto sia stata applicata la recidiva reitera, per godere del beneficio è necessario che questi abbia scontato almeno quattro anni di reclusione e, comunque, non in misura inferiore ai tre quarti della pena comminata, purché, in ogni caso, la pena residua non sia in concreto superiore a cinque anni (art. 176, comma 2, c.p.).

Infine, la terza ed ultima ipotesi concerne i soggetti condannati alla pena dell'ergastolo, in questo caso si può accedere alla misura soltanto dopo aver almeno scontato ventisei anni di reclusione (art. 176, comma 3, c.p.).

Si precisa, inoltre, che nei casi in cui il detenuto sia stato condannato per aver commesso uno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis* ord. penit., la liberazione condizionale potrà essere concessa soltanto nei casi in cui questi decida di collaborare con la giustizia (*ex* art. 58-*ter* ord. pen.) e purché siano già stati scontati i due terzi della pena; per quanto concerne, invece, l'ammissione alla misura da parte dei condannati per i delitti commessi per perseguire finalità terroristiche o di eversione dell'ordine democratico, non è solo sufficiente la loro collaborazione ma è necessario anche il parere positivo del Procuratore generale presso la Corte d'Appello o del Procuratore generale antimafia (d.l. n. 8 del 1991).

Per quanto concerne, infine, il requisito di natura patrimoniale, esso si identifica nel risarcimento del danno; vale a dire nell'adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato (art. 176, comma 4, c.p.), salvo che il condannato dimostri di essere

¹³¹ Cass., Sez. I, 17 luglio 2012; cfr., inoltre, Cass., Sez. I, 27 giugno 2013.

nell'impossibilità di adempiere, secondo quanto previsto dalla seconda parte del comma 4. È necessario che il soggetto interessato fornisca «la prova dell'avvenuto risarcimento del danno o, in difetto, dell'impossibilità di adempiere tale obbligazione»¹³².

Il giudice, dopo aver verificato la sussistenza dei requisiti sopra citati, ha l'obbligo di concedere la misura in questione; qualora la liberazione non venisse applicata «per difetto del requisito di ravvedimento, la richiesta non può essere riproposta prima che siano decorsi sei mesi dal giorno in cui è divenuto irrevocabile il provvedimento di rigetto» (art. 682, comma 2, c.p.p.).

Competente a decidere circa l'ammissione dell'interessato alla liberazione condizionale è il tribunale di sorveglianza. Successivamente alla decisione dello stesso sull'istanza, al soggetto in questione sarà imposto di rispettare determinate prescrizioni adottate dal magistrato di sorveglianza, nel rispetto degli artt. 177 e 230, n. 2 c.p. in materia di libertà vigilata.

È necessario sottolineare che il regime di libertà vigilata che viene applicato nei confronti del condannato ammesso al beneficio in questione, non può essere assimilato alla omonima misura di sicurezza in senso stretto poiché le prescrizioni impartite dal magistrato di sorveglianza sono soltanto funzionali ad assicurare che il soggetto tenga una condotta idonea alla società libera esterna e per agevolarne il controllo.

La liberazione condizionale viene revocata, ai sensi dell'art. 177 c.p., in tutte le ipotesi in cui il soggetto che ne abbia beneficiato commetta un reato della stessa specie¹³³ di quello per cui venne condannato ovvero nelle ipotesi in cui siano violate

¹³² Cfr. Cass., Sez. I, 14 aprile 1989, in *Foro it.*, 1990, II, p. 111. L'espressione è stata, inoltre, ripresa da M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano 2010, p. 294 e L. FILIPPI – G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano 2011, p. 143.

¹³³ È opportuno, però, sottolineare che la Corte Costituzionale con la sentenza n. 282 del 1989 è intervenuta sulla materia e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 177, comma 1, c.p. «nella parte in cui, nel caso di revoca della liberazione condizionale, non consente al tribunale di sorveglianza di determinare la pena detentiva ancora da espiare, tenendo conto del tempo trascorso in libertà condizionale nonché delle restrizioni di libertà subite dal condannato e del suo comportamento durante tale periodo». La Consulta si è pronunciata nuovamente sul tema nel 1997 con sentenza n. 161, dichiarando incostituzionale l'ultimo periodo del primo comma dell'art. 177 c.p. «nella parte in cui non prevede che il condannato alla pena dell'ergastolo, cui sia stata revocata la liberazione condizionale, possa essere nuovamente ammesso a fruire del beneficio, ove ne sussistano i relativi presupposti». Nell'anno successivo la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 418 del 1998 ha stabilito la illegittimità costituzionale dell'art. 177, comma 1, c.p. nella parte in cui prevede la revoca della misura in questione

le prescrizioni imposte relative alla libertà vigilata (art. 177, comma 1, seconda parte, c.p.).

La competenza a disporre la revoca dell'istituto *de quo* viene riconosciuta in capo al tribunale di sorveglianza che ha giurisdizione nel luogo ove il soggetto interessato risiede in stato di libertà vigilata. Si provvede con procedimento di sorveglianza ai sensi dell'art. 667, comma 2, c.p.p.

3.3 Il regime di semilibertà

La semilibertà è disciplinata ai sensi degli artt. 48 e ss. ord. penit. e consiste nella possibilità di concedere al condannato e all'internato di trascorrere parte del giorno fuori dall'istituto penitenziario per partecipare ad attività lavorative, istruttive o qualsiasi altra attività utile al fine del reinserimento sociale¹³⁴ (art. 48, comma 1, ord. penit.); i soggetti ammessi al regime di semilibertà sono assegnati in appositi istituti o apposite sezioni autonome di istituti ordinari e sono, inoltre, autorizzati ad indossare abiti civili (art. 48, comma 2, ord. penit.).

«Il regime della semilibertà rappresenta più che una misura alternativa alla detenzione, una speciale modalità di esecuzione di essa. Infatti lo stato detentivo continua a permanere, anche se giornalmente intervallato da contatti con l'ambiente esterno»¹³⁵.

Dunque, si può parlare di misura alternativa alla detenzione soltanto in senso lato, dal momento che il soggetto è sempre privato della libertà e sconta la sua pena all'interno dell'istituto penitenziario; «tuttavia gli ampi margini di libertà che vengono concessi all'interessato e la possibilità di avere contatti con il mondo libero integrano

a seguito di condanna per un qualsiasi delitto o contravvenzione della stessa indole invece che stabilire che la liberazione condizionale viene revocata nelle ipotesi in cui la condotta del liberato non sia idonea con la prosecuzione dell'applicazione del beneficio.

¹³⁴ Il riferimento accanto alle attività lavorative e istruttive di quelle «comunque utili al reinserimento sociale» rende puramente indicativa l'elencazione delle occasioni per le quali la misura è ammissibile pur sottolineando l'indispensabile finalizzazione alla rieducazione, cfr. Cass. 10 aprile 1984, Paganello, *R. pen.* 1985, p. 82.

¹³⁵ L. FILIPPI – G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano 2011, p. 143.

gli estremi di una vicenda profondamente modificativa delle modalità di esecuzione della pena. Può pertanto parlarsi di “misura alternativa impropria”¹³⁶.

La collocazione sistematica della fattispecie è giustificabile in base all’effetto attenuativo della detenzione che scaturisce dalla concessione della semilibertà e soprattutto in base alla conseguente espansione della libertà personale, caratteristiche che rendono assimilabile l’istituto in questione alla *species* dei trattamenti in libertà¹³⁷.

Prima di procedere all’analisi dei presupposti per la concessione della semilibertà, è necessario sottolineare che l’istituto in esame va tenuto distinto dalla semidetenzione, quale modalità di sostituzione delle pene detentive brevi, in quanto quest’ultima, applicata dal giudice di cognizione seguendo i criteri dettati dall’art. 133 c.p., concerne l’obbligo per il soggetto di trascorrere almeno dieci ore al giorno in istituto, restando indifferente l’impiego del tempo residuo. Nel caso *de qua*, invece, il tempo trascorso in libertà deve essere impiegato nel rispetto delle prescrizioni indicate dal tribunale di sorveglianza e svolgendo una delle attività contemplate nell’art. 48 ord. penit.¹³⁸.

Affinché il soggetto possa essere ammesso a tale regime è necessaria la sussistenza di due requisiti, uno di natura soggettivo e l’altro di natura oggettivo.

Per quanto riguarda il primo, come previsto ai sensi dell’art. 50, comma 4, ord. penit., il tribunale di sorveglianza nel disporre l’ammissione del soggetto alla misura in questione dovrà valutare l’idoneità risocializzante prospettata dall’interessato ed opportunamente verificata. Dalla lettura del testo normativo si evince che l’analisi di cui sopra dovrà essere imperniata su due elementi: uno avente ad oggetto l’apprezzamento dei progressi compiuti durante il percorso trattamentale; l’altro relativo, invece, all’accertamento della sussistenza delle condizioni per il reinserimento graduale del condannato.

¹³⁶ M. CANEPA – S. MERLO, *op. cit.*, p. 336.

¹³⁷ Cfr. F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Edizione V, CEDAM, 2015, p. 611.

¹³⁸ Sul punto, CRISTILLO, *Le misure alternative alla detenzione*, in VENEZIANI, *Trattato di diritto penale-Parte generale*, Vol. II, La punibilità, Cedam, 2015.

Queste disposizioni offrono al giudice un ampio spazio di discrezionalità da un lato, e impongono una approfondita motivazione del provvedimento di concessione o di diniego del beneficio, dall'altro.

Il secondo requisito concerne la pena in esecuzione, il regime di semilibertà può essere disposto nei confronti dei condannati all'arresto senza limite alcuno di durata e dei condannati alla reclusione non superiore a sei mesi, sola o congiunta alla pena dell'arresto, se il condannato non è affidato in prova al servizio sociale (art 50, comma 1, ord. penit.), tali soggetti possono chiedere l'ammissione al beneficio *ab initio* ovvero ai sensi del comma 6 anche una volta iniziata l'esecuzione della pena purché il reo dimostri la propria volontà di reinserimento nella vita sociale; dei condannati che abbiano espiato almeno metà della pena ovvero se si tratta di condannato per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter, 1-quater dell'art. 4-bis ord. penit., di almeno due terzi di essa (art. 50, comma 2, ord. penit.); un'ulteriore forma di semilibertà è quella surrogatoria dell'affidamento in prova al servizio sociale, disposta nel caso in cui non sussistano i requisiti per l'affidamento soltanto nell'ipotesi in cui il soggetto abbia commesso un reato diverso da quelli indicati nel comma 1 dell'art. 4-bis (art. 50, comma 2, ultimo periodo, ord. penit.); i condannati all'ergastolo possono accedere al beneficio solo dopo aver espiato venti anni di pena (comma 5).

L'internato può essere ammesso alla liberazione condizionale in ogni tempo, in considerazione della forte esigenza di un'esperienza di reinserimento nella vita sociale per questi soggetti in difficoltà.

Sono esclusi dal novero dei soggetti destinatari della semilibertà gli imputati sia pure detenuti, nei cui confronti non risulta essere consentita l'applicazione né di questa né delle altre misure alternative dal momento che non è ipotizzabile alcun trattamento rieducativo.

Il provvedimento di semilibertà può essere in ogni tempo revocato, *ex art. 51* ord. penit., ad opera del tribunale di sorveglianza nelle ipotesi in cui il soggetto non si dimostri più idoneo al trattamento. L'inidoneità del soggetto al trattamento costituisce la prima ipotesi di revoca della semilibertà contemplata nell'art. 51 ord. penit., la seconda, più specifica, è collegata al mancato o tardivo rientro del condannato o dell'internato in istituto. Se l'assenza senza giustificato motivo dall'istituto

penitenziario si protrae per non più di dodici ore, il condannato sarà punito soltanto in via disciplinare, altrimenti egli sarà punibile ai sensi dell'art. 385, comma 1, c.p., del delitto di evasione. La denuncia per il delitto testé citato importa la sospensione dal beneficio, la condanna ne importa la revoca.

Infine, per ragioni di completezza della trattazione, è necessario accennare alla recente riforma legislativa che ha comportato l'abrogazione dell'art. 50-*bis* ord. penit., il quale disponeva una disciplina *ad hoc* nei confronti dei detenuti cui fosse stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, comma 4, c.p. La concessione della semilibertà nei confronti di questi ultimi era, infatti, subordinata alla previa espiazione di una quota di pena particolarmente significativa: 2/3 oppure, se il recidivo fosse stato condannato per la commissione di uno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis*, commi 1, 1-*ter*, 1-*quater*, ord. penit., almeno 3/4.

Tali soggetti erano considerati portatori di particolare pericolosità sociale e per questa ragione era necessario per accedere alla misura in questione che avessero scontato buona parte della pena.

Il legislatore è intervenuto con il d.l. n. 78 del 2013, convertito con modificazioni dalla legge n. 94 del 2013 abrogando la disposizione in questione in quanto legata a quella politica indiscriminatamente punitiva del "tipo di autore" risalente alla cd. legge *ex Cirielli* (l. 5 dicembre 2005, n. 251), la quale rappresenta un ritorno ad un atteggiamento di chiusura da parte del legislatore caratterizzato da un inasprimento del sistema penale, soprattutto nei confronti dei recidivi.

Ad ogni modo resta salva l'applicazione dell'art 58-*quater*, comma 7-*bis*, ord. penit., il quale prevede la possibilità di applicare il regime della semilibertà non più di una volta nei confronti dei condannati di cui sopra; dunque l'applicazione della recidiva reiterata osta tutt'ora alle concessioni successive alla prima dell'istituto *de quo*.

3.4 La liberazione anticipata

La liberazione anticipata è disciplinata ai sensi dell'art. 54 ord. penit. e consiste nella detrazione di 45 giorni per ogni singolo semestre di pena espiata come

riconoscimento dell'attiva partecipazione del condannato all'opera di rieducazione, ai fini di un suo più efficace reinserimento nella società.

Nonostante la collocazione sistematica (introdotta da legislatore nel Capo VI della l. n. 354 del 1975, dedicato alle “Misure alternative alla detenzione e remissione del debito”), la dottrina ritiene che la liberazione anticipata non possa certamente considerarsi una misura alternativa alla detenzione; essa, infatti, si sostanzia in una pura riduzione di pena e persegue esclusivamente la finalità di anticipare il fine-pena ovvero quella di permettere al soggetto di raggiungere, quanto prima, i termini per fare istanza per ottenere l'applicazione di una misura alternativa c.d. “propria”.

Si ritiene che il legislatore del 1975 nel disciplinare l'istituto della liberazione anticipata «sia incorso in due “improprietà” [...]. Impropria è la rubrica dell'articolo in esame. Denominando l'istituto *de quo*, liberazione anticipata, il legislatore ha confuso il contenuto con l'effetto più tipico della misura. Addirittura anomala è la sua collocazione sotto il Capo VI, tra le misure alternative alla detenzione: la riduzione di pena, limitando ad anticipare il fine-pena, non è una misura alternativa»¹³⁹.

Al fine della concessione del beneficio in esame, il magistrato di sorveglianza dovrà valutare in modo prevalente la partecipazione dell'interessato all'opera rieducativa; tale analisi avrà ad oggetto la condotta tenuta dal condannato durante il percorso trattamentale, con particolare riferimento ai rapporti con gli altri detenuti, con l'amministrazione penitenziaria e con la società libera.

La valutazione *de qua* dovrà essere svolta per ogni singolo semestre di pena scontata (cd. semestralizzazione), pur dovendosi precisare che il principio c.d. atomistico può essere concepito secondo un'accezione relativa e non assoluta. La giurisprudenza ha, infatti, introdotto un temperamento di tale valutazione frammentaria stabilendo che la valutazione della condotta per gli effetti di cui all'art. 54 ord. penit. possa estendersi anche ai semestri contigui nei casi in cui sia stato posto in essere un comportamento «idoneo a far presumere che l'istante non abbia partecipato in modo pieno ed incondizionato all'opera di rieducazione per tutto il periodo in valutazione»¹⁴⁰; vale a dire che nei casi di commissione di fatti

¹³⁹ F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Edizione V, CEDAM, 2015, p. 662.

¹⁴⁰ Cass., 22 novembre 2011, Palamara, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3863.

oggettivamente gravi, la loro natura negativa potrà essere trasmessa anche ai semestri precedenti¹⁴¹.

Al fine dell'applicazione del beneficio potranno essere computati non solo i periodi di espiazione della pena in detenzione *stricto sensu* bensì anche i semestri trascorsi in stato di detenzione domiciliare, di affidamento in prova al servizio sociale, di semidetenzione, di custodia cautelare, di arresti domiciliari, si prenderanno in considerazione anche le pene espiate in regime di libertà vigilata e di detenzione presso uno Stato estero.

Ai sensi del comma 4, ultimo periodo, dell'articolo in questione si stabilisce che il beneficio si applica e potrà essere concesso anche nei confronti dei condannati all'ergastolo.

«Sull'istanza di concessione della liberazione anticipata provvede il magistrato di sorveglianza, con ordinanza adottata in camera di consiglio senza la presenza delle parti, comunicata o notificata senza ritardo ai soggetti indicati nell'art. 127 c.p.p.» come previsto ai sensi dell'art. 69-*bis*, comma 1, ord. penit.; avverso tale ordinanza è esperibile, entro dieci giorni, reclamo al tribunale di sorveglianza competente per territorio.

La misura può essere revocata, ai sensi dell'art. 54, comma 3, ord. penit., nei casi di condanna (si intende quella inflitta con sentenza divenuta irrevocabile ai sensi dell'art. 648 c.p.p.) del beneficiario per delitto non colposo commesso nel corso dell'esecuzione della pena e comunque successivamente alla concessione della liberazione anticipata; in proposito è, però, intervenuta la Corte Costituzionale la quale, con sentenza n. 186 del 1995¹⁴², ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione nella parte in cui non prevede la revoca dell'istituto nel caso in cui la condotta del soggetto, in rapporto alla condanna subita, appare incompatibile con il mantenimento del beneficio, eliminando in questo modo l'automaticità del meccanismo. Competente per la revoca è il tribunale di sorveglianza.

¹⁴¹ Cfr., tra le altre, Cass., Sez. I, 14 gennaio 2014; conf. Cass., Sez. I, 12 marzo 1998.

¹⁴² Corte Cost., 17 maggio 1995, n. 186 (Pres. Baldassarre, Rel. Vassalli); consultabile sul seguente sito <http://www.giurcost.org/decisioni/1995/0186s-95.htm>.

In materia di liberazione anticipata si sono di recente susseguite due importanti riforme: la prima, introdotta con il d.l. n. 78 del 2013 convertito in legge n. 94 del 2013, ha comportato la modifica dell'art. 656 c.p.p. introducendo il comma 4-*bis* secondo il quale il pubblico ministero, nel calcolare il *quantum* di pena espianda per l'emanazione dell'ordine di esecuzione e dell'eventuale decreto sospensivo, deve tener conto delle detrazioni in astratto concedibili al condannato in caso di applicazione della liberazione anticipata¹⁴³. In particolare, qualora la pena, considerate anche le detrazioni potenziali, non sia superiore a tre (quattro o sei) anni, così come sancito ai sensi del comma quinto dell'art. 656 c.p.p., il pubblico ministero deve trasmettere gli atti al magistrato di sorveglianza affinché questi provveda all'applicazione del beneficio *ex art. 54 ord. penit.*; solo a seguito della decisione del suddetto giudice, il pubblico ministero pone fine a tale fase di c.d. "congelamento" dell'esecuzione della pena emettendo l'ordine di carcerazione e il decreto di sospensione, ovvero solamente il primo a seconda che la pena residua rientri o meno nei limiti previsti *ex lege*.

La seconda riforma, attuata con il decreto "svuota carceri" n. 146 del 2013 convertito con modificazioni dalla legge n. 10 del 2014, ha previsto nel nostro ordinamento la c.d. "liberazione anticipata speciale", rimedio straordinario e temporaneo introdotto per arginare il problema emergenziale del sovraffollamento. Fino al 24 dicembre 2015, «la detrazione di pena concedibile a titolo di liberazione anticipata viene aumentata da quarantacinque a settantacinque giorni per ogni singolo semestre di pena scontata»¹⁴⁴.

L'istituto, oltre a perseguire l'obiettivo del ridimensionamento numerico della popolazione carceraria, assolve una funzione compensativa nei confronti dei soggetti

¹⁴³ Si riporta di seguito, per completezza di trattazione ma soprattutto per comodità di consultazione, il testo del neo introdotto comma 4-*bis* dell'art. 656 c.p.p.: «Al di fuori dei casi previsti dal comma 9, lett. b) [ndr. nei confronti di coloro che, per il fatto oggetto della condanna da eseguire, si trovano in stato di custodia cautelare in carcere nel momento in cui la sentenza diviene definitiva], quando la residua pena da espiare, computando le detrazioni previste dall'articolo 54 della legge 26 luglio 1975, n. 354, non supera i limiti indicati dal comma 5 il pubblico ministero, prima di emettere l'ordine di esecuzione, previa verifica dell'esistenza di periodi di custodia cautelare o di pena dichiarata fungibile relativi al titolo esecutivo da eseguire, trasmette gli atti al magistrato di sorveglianza affinché provveda all'eventuale applicazione della liberazione anticipata. Il magistrato di sorveglianza provvede senza ritardo con ordinanza adottata ai sensi dell'articolo 69-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354. La presente disposizione non si applica nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354».

¹⁴⁴ F. CAPRIOLI – L. SCOMPARIN, *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 124.

detenuti all'interno di istituti penitenziari, che in ragione del sovraffollamento, hanno scontato la pena in condizioni inumane e degradanti¹⁴⁵. Lo scopo parzialmente compensativo dell'istituto *de quo* si sostanzia nella possibilità di applicare retroattivamente lo stesso, per espressa volontà del legislatore; ciò comporta che il beneficio può essere applicato nei confronti di tutti i condannati che nei mesi precedenti, a partire dal primo gennaio 2010¹⁴⁶, abbiano già usufruito della liberazione anticipata "ordinaria". In conseguenza, dunque, costoro potranno ottenere un'ulteriore detrazione di trenta giorni per ogni semestre di pena espiata, purché abbiano continuato a dare prova di partecipazione attiva all'opera di rieducazione anche successivamente alla concessione del beneficio, durante l'esecuzione della pena.

¹⁴⁵ Così, esplicitamente, la *Relazione di accompagnamento al decreto legge*. La dottrina è pressoché unanime nel riconoscere all'istituto una funzione, almeno parzialmente, compensativa: A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri*, p. 116; F. FIORENTINI, *Decreto svuotacarceri*, p. 65.

¹⁴⁶ La scelta della data non è causale, essendo strettamente correlata alla dichiaratoria dello stato di emergenza conseguente all'eccessivo sovraffollamento degli istituti penitenziari italiani, contenuta nel d.p.c.m. 13 gennaio 2010. Cfr. L. DEGLI INNOCENTI – L. FALDI, *I benefici penitenziari*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 50, i quali ricollegano il termine alla pronuncia della sentenza della Corte eur., sez. II, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, con la quale l'Italia è stata condannata per la prima volta per la violazione dell'art. 3 CEDU relativamente al sovraffollamento carcerario.

CAPITOLO 2

LA MISURA DELLA DETENZIONE DOMICILIARE

1. Considerazioni generali

Nell'originaria formulazione data dal legislatore alla materia penitenziaria, la l. n. 354 del 1975 prevedeva, nel titolo dedicato alle misure alternative alla pena, soltanto l'affidamento in prova al servizio sociale, la semilibertà e la liberazione anticipata¹⁴⁷. Inoltre, in passato, la richiesta per essere ammessi a tali misure poteva essere presentata soltanto dal soggetto detenuto in carcere ovvero da chi fosse sottoposto al regime della misura di sicurezza detentiva¹⁴⁸.

Mediante le riforme che si sono susseguite dall'entrata in vigore della legge sull'ordinamento penitenziario, il legislatore è intervenuto ampliando gli istituti che permettono di scontare la pena in modalità differenti dalla detenzione carceraria e ha, inoltre, modificato la disciplina generale relativa all'ammissione¹⁴⁹.

Il precursore della detenzione domiciliare è costituito dagli arresti domiciliari, previsti nel codice di rito penale, oggigiorno abrogato, a partire dal 28 luglio 1984, con la l. n. 398; istituto inserito nell'ambito della carcerazione preventiva, denominata da

¹⁴⁷ Titolo I, "trattamento penitenziario"; Capo VI "misure alternative alla detenzione e remissione del debito".

¹⁴⁸ La prima ipotesi di accesso ad una misura alternativa dalla libertà si è verificata con l'entrata in vigore della l. n. 297 del 1985 ma soltanto nei confronti del condannato tossicodipendente ovvero alcolodipendente che avesse intenzione iniziare o proseguire un programma terapeutico, con obbligo per il pubblico ministero di non emettere l'ordine di carcerazione o, qualora questo fosse stato già emesso, di sospenderlo fino alla decisione nel merito ad opera del magistrato di sorveglianza.

¹⁴⁹ Per una trattazione completa delle riforme legislative che hanno modificato la l. n. 354 del 1975 si rimanda al capitolo 1, § 2.

quel momento custodia cautelare¹⁵⁰. Successivamente alla previsione di tale istituto, si è manifestato un «notevole squilibrio derivante dalla situazione di chi, avendo trascorso la custodia cautelare nella propria abitazione, in altro luogo di privata dimora ovvero in un luogo pubblico di assistenza o di cura¹⁵¹ (e ciò in prossimità della commissione del reato, con una potenziale maggiore pericolosità), si trovi, con il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, ad essere inserito in ambiente carcerario con completa modificazione, in senso peggiorativo, delle modalità di espiazione della condanna»¹⁵².

La detenzione domiciliare è stata, quindi, introdotta nell'ordinamento penitenziario anche al fine di arginare tali situazioni; infatti, da un lato, è venuta alla luce per garantire la prosecuzione delle attività in corso durante il periodo trascorso in custodia cautelare, quali, ad esempio, l'istruzione, l'assistenza sanitaria e familiare, purché compatibili con lo *status* di detenuto; dall'altro «per permettere l'apprezzamento di queste esigenze nel quadro dell'evoluzione della personalità del soggetto sottoposto a espiazione di pena o chiamato alla espiazione della medesima»¹⁵³.

La misura *de qua* è stata, così, inserita nel novero delle misure alternative alla detenzione dalla l. 10 ottobre 1986, n. 663, nota come legge Gozzini, la quale ha comportato un profondo mutamento nella morfologia della materia penitenziaria introducendo, tra le altre novità, la possibilità di accedere alle misure alternative direttamente dalla libertà senza la necessità che il soggetto faccia ingresso nel carcere, evitando tutte le conseguenze negative che un contatto con tale realtà potrebbe comportare; purché, ovviamente, la pena da espianare sia contenuta nei limiti fissati dalla legge.

La detenzione domiciliare viene, dunque, alla luce come beneficio volto ad evitare la reclusione in carcere in tutti i casi in cui potrebbero derivare dei gravi pregiudizi ai beni, costituzionalmente tutelati, differenti dalla libertà personale, quali, ad esempio, la salute, la maternità, l'istruzione ovvero per soggetti diversi dal

¹⁵⁰ M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, 2010, p. 312.

¹⁵¹ Gli arresti domiciliare vengono disposti dal giudice di cognizione in quanto ritenuti idonei a contenere la pericolosità sociale del soggetto.

¹⁵² M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano 2010, p.312.

¹⁵³ M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano 2010, p.313.

condannato, come i figli in tenera età, a tal punto da essere stata definita come misura “umanitaria”¹⁵⁴; le categorie soggettive, tassative, tutelate dal legislatore sono tali per cui il contatto con la realtà carceraria o la permanenza in esso avrebbe delle conseguenze fortemente negative sulla sfera psicofisica del condannato fino al punto di costituire una sofferenza ulteriore rispetto alla privazione della libertà, in violazione del dettato costituzionale dell’art. 27, comma 3.

Con il susseguirsi delle riforme normative, i limiti di applicabilità della misura si sono molto ampliati, così che al momento attuale essa è divenuta una misura “ad ampio spettro” utilizzata per sottrarre alla pena detentiva soggetti non pericolosi¹⁵⁵.

Inoltre, la detenzione domiciliare «si caratterizza per l’assenza di una qualsivoglia finalità rieducativa, configurandosi piuttosto come modalità alternativa di esecuzione della pena. Evidente è infatti la carica afflittiva dell’istituto, che limita fortemente il beneficiario della libertà, assumendo una funzione scevra di elementi che determinano valenza promozionale dei comportamenti del condannato verso il reinserimento sociale»¹⁵⁶ (v. diffusamente *infra*, § 3).

2. L’introduzione della detenzione domiciliare (l. n. 663 del 1986)

La l. n. 663 del 1986¹⁵⁷ nel modificare il sistema penitenziario, ha seguito due linee-guida: per un verso, ha ampliato il ventaglio di misure alternative alla detenzione concedibili dagli organi giurisdizionali di sorveglianza; lungo la seconda direttrice, ha esteso l’ambito operativo delle misure già previste nell’ordinamento, incidendo sulle condizioni, soggettive e oggettive, di ammissibilità.

Sulla scia della prima finalità perseguita dal legislatore si colloca l’introduzione di una nuova e ulteriore misura alternativa quale la detenzione domiciliare (art. 13 l.

¹⁵⁴ Tale aggettivo viene spesso utilizzato dalla dottrina. Fra i primi autori, si veda PAVARINI, M., *Riflessioni in merito alle modifiche sull’ordinamento penitenziario*, loc. cit., p. 110.

¹⁵⁵ Cfr. DOLCINI, E., *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, III, 857, p. 860. L’autore si sofferma in particolar modo sulle riforme introdotte dalla legge Simeone relative ai requisiti soggettivi per accedere alla misura.

¹⁵⁶ PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, cit., p. 136.

¹⁵⁷ La legge rappresenta la massima espressione del principio della flessibilità della pena.

n. 663 del 1986)¹⁵⁸, e la previsione di una forma particolare di affidamento in prova al servizio sociale per i condannati tossicodipendenti e alcolodipendenti (attualmente disciplinata dall'art. 94 del d.P.R. n. 309 del 1990).

Misura alternativa peculiare, «alternativa, se si vuole, al carcere, ma non alla detenzione, perché si esegue in stato detentivo, con la previsione dell'evasione»¹⁵⁹. La formulazione originaria della detenzione domiciliare evidenziava chiaramente le finalità umanitarie e assistenziali che il legislatore aveva intenzione di perseguire mediante l'applicazione di tale istituto; in conseguenza di ciò veniva concessa la possibilità di scontare la pena, intesa anche quale residuo di maggior pena, nella «propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza» (ex art. 47-ter ord. penit.) soltanto a determinate categorie di soggetti, il cui *status* veniva ritenuto meritevole di tutela. In materia sono, però, intervenute numerose riforme legislative e varie pronunce della Corte Costituzionale che hanno, tra le altre novità apportate, ampliato le categorie in esame (come si vedrà diffusamente *infra*).

La *ratio* dell'introduzione della detenzione domiciliare non era, però, solo quella di assicurare al condannato la possibilità, in presenza di determinati requisiti oggettivi e soggettivi, di scontare la pena presso il proprio domicilio o presso altro luogo di assistenza, cura o accoglienza, così evitando, qualora il reo vi accedesse dalla libertà, il forte impatto con la realtà carceraria; ma obiettivo del legislatore era anche quello di consentire a coloro i quali si trovavano in regime di arresti domiciliare, il transito da tale fase cautelare a quella dell'esecuzione della pena comminata con sentenza di condanna divenuta definitiva, senza arrecare pregiudizi al condannato, il quale continuerà a permanere, e a scontare la sanzione penale, in regime di detenzione domestica. Dunque, secondo tale concezione, si può agevolmente sostenere che: «la detenzione domiciliare, che chiaramente costituisce una modalità esecutiva della pena, si pone come lo sviluppo logico dell'analogo istituto degli arresti domiciliari previsto nella fase di giudizio di cognizione dall'art. 284 c.p.p.»¹⁶⁰.

¹⁵⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte Generale*, Bologna, 1995, p.246.

¹⁵⁹ A. MARGARA, *Il carcere in Europa fra reinserimento ed esclusione*, relazione al convegno dell'Associazione degli avvocati democratici europei (AED), Pisa, 29 febbraio/01 marzo 2008.

¹⁶⁰ M. CANEPA - S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano 2010, p. 354.

L'obiettivo di decarcerizzazione a cui si è ispirata la riforma legislativa del 1986 ha da subito portato a conseguenze pratiche dal risvolto positivo: si è infatti verificata una drastica riduzione numerica della popolazione reclusa¹⁶¹, accertabile anche sulla base di dati statistici oggettivi: il numero delle unità all'interno del carcere raggiunge quota 26000 nel 1990 a fronte delle 40000 presenze registrate negli anni precedenti¹⁶². Dati sufficienti per considerare più che soddisfacente l'intervento normativo in questione.

2.1 Interventi normativi successivi alla legge Gozzini

Il quadro così promettente introdotto dalla legge Gozzini si andò profondamente deteriorando nei primi anni successivi all'entrata in vigore della stessa, già nel 1990 il legislatore avvertì la necessità di intervenire nuovamente in materia di misure alternative alla detenzione al fine di ricalibrare restrittivamente la riforma normativa del 1986.

Dottrina e giurisprudenza, coeve all'entrata in vigore della legge, criticarono aspramente l'eccessivo favore espresso dalla stessa nei confronti di chi aveva compiuto reati gravi e a volte anche in modo reiterato, senza, tra l'altro, prendere in considerazione le conseguenze negative che un'indiscriminata diminuzione della risposta punitiva comporta¹⁶³. Analizzando più nello specifico le critiche in questione, si può affermare che esse riguardavano, soprattutto, la mancanza di collegamento che si poneva in essere tra la pena astrattamente irrogata con la sentenza di condanna e quella che in concreto finiva per essere scontata in carcere. Era, inoltre, oggetto di disapprovazione l'ampia discrezionalità concessa alla magistratura di sorveglianza, la quale veniva accusata di permettere la reintroduzione anticipata nella società di soggetti ad elevato tasso di pericolosità, ciò si riteneva possibile sulla base dell'assenza di criteri predeterminati sui quali l'organo giudicante avrebbe dovuto improntare le proprie decisioni e della mancata previsione di fattispecie *ad hoc* che stabiliscano requisiti per accedere alle misure *extra moenia*, al fine di evitare un accesso

¹⁶¹ Tale risultato positivo fu raggiunto anche in merito del concomitante provvedimento di amnistia adottato con il d.P.R. 16 dicembre 1986, n. 865.

¹⁶² M. GOZZINI, *Bilancio della riforma penitenziaria*, in *Legislazione e Giustizia*, 1988, pp. 1-2.

¹⁶³ M. NIRO – M. SIGNORINI, *Arresti domiciliari e detenzione domiciliare*, Padova, 2010, pp. 130- 135.

generalizzato ad esse.

Una prima modifica alla detenzione domiciliare si rinviene nella l. 12 luglio 1991, n. 203, la quale ha convertito con modificazioni il d.l. 13 maggio 1991, n. 152, recante "Provvedimenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa".

La riforma prevedeva l'abrogazione del comma 2 dell'art. 47-ter (art. 1, comma 7 della legge di modifica) che così recitava «la detenzione domiciliare non può essere concessa quando è accertata l'attualità di collegamenti del condannato con la criminalità organizzata o di una scelta di criminalità». Le forti perplessità che questo comma aveva suscitato hanno portato alla sua abrogazione: si riteneva, infatti, che la disciplina in questione contrastasse con la *ratio* stessa della detenzione domiciliare, vale a dire se quest'ultima è disposta al fine di evitare la reclusione in carcere nei confronti di condannati che presentano esigenze tali da poter subire gravi pregiudizi dalla permanenza negli istituti penitenziari, ne consegue, dunque, che una disciplina così fatta potrebbe risultare particolarmente contraddittoria e ambigua se posta in relazione all'intervento normativo del 1986; il legislatore del 1991 sembra stravolgere gli scopi umanitari e assistenziali del beneficio finendo col manipolarne la finalità essenziale¹⁶⁴.

Per ragioni di completezza di indagine, è necessario, inoltre, accennare al d.l. n. 187 del 14 giugno 1993, convertito in legge n. 296 del 1993. Tale novella ha ad oggetto l'ampliamento dell'ambito operativo della detenzione domiciliare, modificando sia i criteri oggettivi che soggettivi di fruibilità della misura: sono stati innalzati i limiti di pena originariamente previsti per la concessione di essa e sono stati modificati i requisiti soggettivi di concedibilità del beneficio, indicati nell'art. 47-ter, comma 1¹⁶⁵.

Ci si è domandati, però, se la legge di modifica rappresentasse una vera e propria inversione di rotta destinata a divenire definitiva ovvero se si trattasse soltanto di una

¹⁶⁴ L. CESARIS, *La detenzione domiciliare*, AA.VV., *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, (a cura di) V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, Padova, 1994, p. 467.

¹⁶⁵ Il decreto legge in parola ha modificato il comma 1, dell'art. 47-ter ord. penit. prevedendo che la pena da scontare non sia superiore ad anni tre (in precedenza la reclusione non poteva superare i due anni); viene concessa, inoltre, la possibilità di accedere a detta misura alla madre con prole convivente di età inferiore a cinque anni e non più tre anni, come indicato dalla disciplina previgente; infine, viene abbassato a 60 anni, il limite di età, ai sensi del n. 3 del comma in questione.

norma meramente “emergenziale” necessaria, in quel momento storico, per arginare problemi di natura strutturale legati al sovraffollamento carcerario. Il dubbio appare legittimo dal momento che era fortemente evidente la connessione tra la situazione drammatica di sovraffollamento¹⁶⁶ caratterizzante gli istituti penitenziari italiani in quegli anni e il decreto legge adottato nel 1993.

È sufficiente volgere lo sguardo ai dati relativi alla situazione carceraria di quegli anni, sicuramente molto eloquenti: nei primi mesi del 1993 i detenuti all’interno delle carceri italiane erano circa 50 mila, a differenza degli ultimi mesi del 1990 in cui il numero si aggirava intorno ai 25 mila; sempre tenendo in considerazione che la capienza di allora dei suddetti istituti era di molto inferiore (circa 30 mila posti)¹⁶⁷. Non sorprende, allora, che all’interno delle carceri si sia creato un clima fortemente teso da portare il legislatore ad intervenire per diminuire numericamente la popolazione detenuta.

La situazione di sovraffollamento carcerario che ha dominato la scena dell’ultimo decennio del secolo scorso, con conseguenze fortemente negative sulle condizioni di vita all’interno delle carceri, portò all’approvazione della l. 27 maggio 1998, n. 165.

2.2 La legge Simeone – Saraceni 27 maggio 1998, n. 165 (c.d. “svuota carceri”)

A dare una nuova fisionomia alla detenzione domiciliare è intervenuta la l. 27 maggio 1998, n. 165, c.d. legge Gozzini, la quale costituisce una vera e propria inversione di tendenza rispetto al rigorismo che aveva segnato le riforme precedenti per favorire l’applicazione dei benefici penitenziari.

¹⁶⁶ Tale situazione di sovraffollamento era dovuta, inoltre, allo scarsissimo ricorso alle misure alternative alla detenzione.

¹⁶⁷ I dati sono stati ricavati dal sito https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.wp?facetNode_1=1_5_13&previousPage=mg_1_14_1&contentId=SST165666, consultato in data 3 marzo 2017.

Nell'opera di decongestionamento carcerario¹⁶⁸, cui espressamente si ispira l'intervento normativo in questione¹⁶⁹, la detenzione domiciliare viene considerata la massima concretizzazione della politica deflattiva nell'ambito delle ipotesi di pene da scontare medio-basse. La disciplina dell'art. 47-ter ord. penit. viene ridefinita al fine di garantire una maggiore fruibilità del beneficio.

In verità, la novella legislativa in questione ha sollevato pareri discordanti: una parte dei commentatori ha ritenuto che tale intervento volesse tutelare e favorire i condannati che si erano congruamente reinseriti all'interno del mondo civile libero; mentre altri vi hanno ravvisato una minaccia al principio del finalismo rieducativo della pena previsto nel testo costituzionale.

La legge Simeone (successivamente divenuta Simeone – Saraceni) non ha apportato, però, novità davvero rilevanti nel sistema penitenziario dal momento che l'obiettivo perseguito dal legislatore era esclusivamente quello di razionalizzare e rendere più funzionale la disciplina della concessione dei benefici penitenziari extra murari e dei requisiti per accedere agli stessi, al fine di rendere il concetto di pena maggiormente conforme al dettato costituzionale; proprio per tale ragione ha suscitato un acceso dibattito, si riteneva che tale intervento legislativo minasse ulteriormente la certezza della pena¹⁷⁰.

La legge di riforma ha sostanzialmente incrementato le ipotesi di fruibilità delle misure alternative alla detenzione: ha ampliato l'ambito di operatività dell'affidamento in prova al servizio sociale, modificando la disciplina prevista al comma 3 dell'art. 47 ord. penit., prevedendo per il condannato la possibilità di accedervi senza la necessità della previa osservazione della condotta dello stesso all'interno dell'istituto

¹⁶⁸ Cfr. *Relazione della II Commissione permanente della Camera (Giustizia)* (rel. On. Saraceni) presentata alla Presidenza il 23 aprile 1998, in *Camera dei deputati. XIII legislatura. Disegni di legge e relazioni*, stampato n. 464-C, p. 3.

¹⁶⁹ M. D'ONOFRIO – M. SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, 2004, p. 11

¹⁷⁰ Il mancato perseguimento da parte del legislatore di finalità maggiormente ambiziose rispetto a quelle sopra citate si evince dalle considerazioni argomentate dal relatore nell'illustrare la proposta di legge presso la Camera dei Deputati il 9 maggio 1996: «il fenomeno del sovraffollamento degli istituti di pena richiede un intervento legislativo finalizzato ad agevolare una diminuzione del numero dei detenuti e a limitare il ricorso ai provvedimenti limitativi della libertà personale [...] in particolare, sarebbe opportuna evitare che i condannati con pena definitiva, quando debbono espiare pene brevi o residui di pena brevi anche per reati gravi, contribuiscano ad infoltire le già consistenti schiere di detenuti». Tutti gli atti parlamentari precedenti all'entrata in vigore della legge del 1998 sono riprodotti in AA.VV. *Esecuzione penale e alternative penitenziarie* a cura di A. Presutti, Padova, 1999, p. 230.

penitenziario; anche il regime di semilibertà è stato oggetto di significative modifiche¹⁷¹; infine, è mutata profondamente la disciplina della detenzione domiciliare, è stato esteso il raggio di azione dell'istituto, modificandone caratteristiche e finalità.

È necessario fin da subito evidenziare le nuove condizioni legittimanti l'accesso all'istituto: la pena o il residuo di pena viene elevato dal legislatore da tre a quattro anni¹⁷² e l'età della prole convivente con la madre viene innalzata a dieci anni¹⁷³; è stato rimosso l'allattamento quale presupposto necessario per l'accesso per le condannate madri alla custodia domiciliare; viene introdotta, inoltre, la possibilità di usufruire della misura anche da parte del padre che abbia la patria potestà, qualora la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole¹⁷⁴.

La legge di riforma ha introdotto la c.d. detenzione domiciliare generica biennale, aggiungendo all'art. 47-ter il comma 1-bis: più precisamente, il legislatore, attraverso questo intervento, prescinde dalle finalità umanitarie assistenziali che avevano caratterizzato le origini dell'istituto per creare uno strumento teso a costituire un rimedio efficace al problema del sovraffollamento delle carceri, così come

¹⁷¹ Per un'analisi completa delle novità introdotte dalla legge n. 165 del 1998 si veda *supra* (Capitolo I, § 2)

¹⁷² Come in passato, restano esclusi dall'ambito di operatività dell'istituto i condannati all'ergastolo, pena tendenzialmente indeterminata, di specie diversa quindi rispetto alle pene temporanee cui è applicabile la detenzione domiciliare. Giurisprudenza e dottrina si sono, in realtà, pronunciate favorevolmente circa l'ammissibilità di tali soggetti al beneficio *de quo* in tutte le ipotesi in cui collaborino con la giustizia e siano inseriti negli speciali programmi di protezione (in particolare, si veda A. PRESUTTI, *Condannato all'ergastolo ammesso allo speciale programma di protezione e detenzione domiciliare: un freno all'applicazione «illimitata» dei benefici penitenziari nella linea di una preannunciata svolta legislativa*). Si è realizzata, però, un'inversione di tendenza con la pronuncia della Corte di Cassazione, Sez. I, 5 novembre 1996, Correale, in *Cass. pen.*, 1998, p. 635 e ss.

¹⁷³ L'innalzamento dell'età del minore determinato dalla legge di riforma ha comportato una sostanziale differenza rispetto alla disciplina degli arresti domiciliare che prevede un limite di età nettamente inferiore. Alcuni autori hanno, inoltre, sottolineato come tale innalzamento risulta essere incoerente rispetto alla finalità perseguita dal legislatore di tutelare i bambini nei primi anni di vita e assicurare loro un percorso di crescita assistito da almeno uno dei due genitori. In questo modo, la tutela della prole risulterebbe estesa a tal punto da sacrificare l'applicazione dei principi generali in materia di esecuzione della pena. Cfr. M. VAUDANO, *Con un intervento frettoloso e approssimativo si amplia il ricorso alla detenzione domiciliare*, in *Guida dir.*, 1998, n. 23, p. 25 ss.

¹⁷⁴ Sul tema era già intervenuta la Corte Cost. con la sentenza n. 215 del 1990 con la quale veniva dichiarato illegittimo costituzionalmente l'art. 47-ter nella parte in cui non prevedeva che la detenzione domiciliare concedibile alla madre di prole di età inferiore a cinque anni con essa convivente potesse essere concessa al padre detenuto, qualora la madre sia deceduta o altrimenti impossibilitata a dare assistenza alla prole.

chiaramente si evince dai lavori preparatori, senza prevedere, però, un effettivo contenuto rieducativo dello stesso¹⁷⁵. È stata così introdotta una figura di detenzione domiciliare “generalizzata” in quanto non prevede delimitazioni di natura soggettiva.

Con l'intervento normativo del 1998, la detenzione domiciliare viene, dunque, a connotarsi di nuove finalità, prima fra tutte la riduzione numerica della popolazione carceraria.

Altra importante innovazione ha riguardato l'ipotesi della detenzione domiciliare da applicarsi in alternativa al rinvio dell'esecuzione della pena, c.d. “detenzione domiciliare a termine”, prevista dal comma 1-*ter*, il quale consente al tribunale di sorveglianza di applicare *ex officio* la misura in esame in luogo della richiesta di differimento obbligatorio o facoltativo della pena ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p.

Tra i soggetti legittimati a richiedere il rinvio obbligatorio, ai sensi dell'art. 146 c.p., vi è anche la donna incinta: il richiamo non sembra essere pleonastico in quanto consente alla donna di manifestare la propria volontà a favore dell'espiazione della pena.

L'introduzione dei due commi suddetti, ha reso tale beneficio penitenziario uno degli istituti più flessibile e maggiormente idoneo a garantire il perseguimento di contrapposti interessi quali la tutela dei diritti del detenuto in quanto persona e la difesa nella società¹⁷⁶.

Infine, viene prevista la possibilità di applicare provvisoriamente l'istituto *de quo* ad opera del magistrato di sorveglianza, attraverso l'introduzione del comma 1-*quater* dell'art. 47-*ter*. La *ratio* è proprio quella di evitare che le lungaggini dei processi decisionali del tribunale di sorveglianza per la concessione delle misure alternative possano arrecare pregiudizi ai detenuti, i quali finirebbero per non usufruire

¹⁷⁵ Cfr. L. CESARIS, op. cit., secondo l'autrice «tale intento è particolarmente evidente nelle modifiche apportate alla disciplina della detenzione domiciliare, nelle quali è ravvisabile uno strumento idoneo a raggiungere tale scopo. In altri termini, denotando scarsa fantasia e una visione miope ed offuscata dei problemi penitenziari, il legislatore ricorre ancora una volta alla detenzione domiciliare, rinunciando a scelte e ad interventi più qualificati sotto il profilo qualitativo».

¹⁷⁶ F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione, normativa e giurisprudenza ragionata*, Padova, 2013, p. 532.

del beneficio.

Per quanto attiene il comma 1 dell'art. 47-*ter* ord. penit., anche questo è stato oggetto di modifiche: in primo luogo, è stato eliminato l'inciso che prevedeva quale requisito necessario per l'accesso alla misura il mancato affidamento in prova al servizio sociale del soggetto condannato¹⁷⁷, in questo modo la detenzione domiciliare non viene più subordinata alla misura prevista all'art. 47 ord. penit.; sono poi aggiunte al novero dei luoghi in cui il condannato può espiare la pena anche le comunità di accoglienza, non richiamate nel testo previgente.

Senza dubbio la legge Simeone – Saraceni presenta alcune anomalie frutto dei tempi celeri e i ritmi serrati con i quali è stata approvata dal momento che si cercava di dare risposte immediate al mondo penitenziario in fermento. Bisogna, però, specificare che non si è realizzato il tanto voluto (ma al contempo temuto) sfollamento delle carceri quanto piuttosto si è evitato a molti di farvi ingresso.

La detenzione domiciliare sembra la «misura privilegiata dal legislatore, nell'ottica di ridimensionamento della pena carceraria»¹⁷⁸ prevista per i soggetti che presentano un livello di pericolosità sociale moderato, il quale è facilmente desumibile dall'entità esigua di pena ancora da scontare necessaria per poter fruire della misura.

Tale privilegio accordato dal legislatore alla custodia domestica trova conferma nell'ampliamento dei presupposti per accedere alla misura, verificatosi negli interventi normativi successivi, e nella maggiore concessione in concreto della stessa, al punto che «si può oggi parlare di un vero e proprio sistema di esecuzione penale domiciliare»¹⁷⁹.

Per completezza di trattazione, è necessario far riferimento alle altre riforme che hanno riguardato la misura alternativa *de qua* durante gli anni Novanta e che hanno portato alla nascita di due nuove figure di detenzione domiciliare “speciale”.

¹⁷⁷ L'inciso in questione veniva considerato dai più come una «oscura clausola», si veda E. FASSONE – T. BASILE – G. TUCCILLO, *La riforma penitenziaria*, Napoli, 1987, p. 153; ora la clausola in questione è stata più correttamente inserita nel comma successivo dell'articolo in questione («quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale»), il quale prevede un'ipotesi di detenzione domiciliare concedibile in assenza di particolari condizioni soggettive. In questo caso, quindi, la custodia domestica ben potrà essere considerata “gerarchicamente inferiore” rispetto all'altra misura, in base al maggior contenuto affittivo che la caratterizza.

¹⁷⁸ L. CESARIS, sub art 47-*ter*, cit, p. 498.

¹⁷⁹ M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano 2010, p. 313.

Per quanto concerne la prima, essa è riservata ai collaboratori di giustizia ed è stata introdotta con l'art. 16-*nonies* del d.l. n. 8 del 1991, convertito in legge nel 15 marzo 1991, n. 82. Il legislatore ha tentato, attraverso l'introduzione di questa disciplina, di effettuare un bilanciamento tra due interessi contrapposti e contraddittori, quali l'esigenza di perseguire e punire penalmente i responsabili di condotte oggetto di gravi delitti da un verso, e la necessaria collaborazione che quest'ultimi dovranno prestare al fine di contrastare in modo efficace i fenomeni, oramai endemici, di criminalità organizzata. Nel trovare questo complicato punto di equilibrio si dovrà garantire una natura premiale considerevole della misura affinché la collaborazione possa essere considerata allettante; ma al contempo non potranno essere sacrificate le esigenze di prevenzione che si sostanziano nella rigidità e nel rigore delle sanzioni penali.

L'altra tipologia di detenzione domiciliare è stata introdotta dall'art. 5 della legge 12 luglio 1999 n. 231 ed ha previsto l'accesso a tale misura in favore dei condannati affetti da AIDS conclamata o da grave deficit immunitario, attraverso l'inserimento nella legge sull'ordinamento penitenziario dell'art. 47-*quater*.

La legge di modifica partendo dal presupposto che sussiste una «oggettiva incompatibilità tra il sistema carcerario [...] e la situazione clinica di chi è affetto da AIDS conclamato o grave deficienza immunitaria»¹⁸⁰, ha introdotto una disposizione *ad hoc* che fosse idonea a tutelare il diritto alla salute, riconosciuto quale diritto fondamentale dal testo costituzionale (art. 32 Cost.), il quale viene dunque considerato un «residuo irriducibile»¹⁸¹ e in quanto tale deve essere garantito anche ai detenuti. Tale finalità di tutela si sostanzia, inoltre, nell'esclusione dall'applicare nei confronti dei soggetti sopra citati il regime della custodia cautelare in carcere¹⁸².

Nell'anno successivo, mediante l'art. 17 d.l. n. 341 del 2000 convertito in l. 19 gennaio 2001, n. 4, il legislatore è intervenuto nuovamente in materia di detenzione

¹⁸⁰ Deputato PISAPIA, in *Atti camera. XIII leg. Giunte e Commissioni*, sed. 11 gennaio 1999, n. 25.

¹⁸¹ Corte Cost., 22 novembre 2013, n. 279, si veda il punto 6 del considerato in diritto.

¹⁸² Cfr. L. CESARIS, *Art. 47-ter*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Edizione V, CEDAM, 2015, p. 586.

domiciliare introducendo il comma 4-*bis* (oggi giorno oggetto di abrogazione¹⁸³) all'art. 47-*ter* ord. penit., il quale riconosceva al tribunale di sorveglianza, «quando ne abbia accertato la disponibilità da parte delle autorità preposte al controllo»¹⁸⁴, la facoltà di disporre la misura in esame corredata dal c.d. “braccialetto elettronico”¹⁸⁵. Si evince dal testo stesso della disposizione la finalità di tale intervento normativo in quanto viene sancito che si introducono «modalità di verifica per l'osservanza delle prescrizioni imposte anche mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici»; la *ratio* ultima è, dunque, quella di intensificare i controlli sul rispetto delle prescrizioni impartite dalla magistratura sorveglianza al fruitore della custodia domestica.

La *ratio* della previsione era proprio quella di incrementare i controlli sull'osservanza delle prescrizioni impartite in caso di accesso alla misura in quanto da sempre la difficoltà nello svolgere tale accertamento aveva rappresentato la maggiore debolezza dell'istituto in questione e aveva contribuito alla sua scarsa efficacia.

È bene specificare che la scelta del legislatore di adottare il verbo “potere” nel comma in esame, non è assolutamente causale ma è volta a sottolineare l'ampia discrezionalità attribuita al tribunale di sorveglianza nel valutare la sussistenza di quelle finalità umanitarie e assistenziali descritte nel primo comma dell'art. 47-*ter* ord. penit. e proprio quando sussistono esigenze di tal genere, lo strumento del braccialetto elettronico permette di conciliare le istanze di sicurezza sociale con l'esigenza di tutela del condannato. La presunzione di pericolosità sociale attenuata, nei casi indicati nel comma 1, dovuta alla particolare situazione in cui versa il soggetto è soltanto di natura relativa ed è compito del giudice, quindi, accertarla e disporre le prescrizioni più idonee per contrastarla, tra cui anche il controllo elettronico.¹⁸⁶

¹⁸³ Il comma 4-*bis* dell'art. 47-*ter* ord. penit. è stato abrogato per il tramite del d.l. n. 146 del 2013 convertito con modificazioni dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10, al fine di garantire un più ampio spazio di utilizzo di questo strumento estendendolo, come vedremo *infra*, anche alle altre tipologie di misure alternative.

¹⁸⁴ È bene sottolineare che l'imposizione della sorveglianza elettronica non dipendeva esclusivamente dalla disponibilità oggettiva degli strumenti da parte delle autorità preposte al controllo ma anche dalla sussistenza delle «condizioni tecniche necessarie a garantire il corretto funzionamento dei mezzi elettronici presso il domicilio del soggetto», sulla base di quanto sancito all'art. 2 del d.m. 2 febbraio 2001, che ha dato attuazione alla l. n. 4 del 2001.

¹⁸⁵ La disciplina relativa al braccialetto elettronico sarà analizzata diffusamente *infra*, si veda Capitolo 3.

¹⁸⁶ L. CESARIS, *Art. 47-ter*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Edizione V, CEDAM, 2015, p. 575.

È opportuno, inoltre, effettuare una precisazione relativamente al rapporto sussistente tra la disciplina degli arresti domiciliari disposti con sorveglianza elettronica e il regime di custodia domestica, in caso di passaggio dall'una all'altra. Dal momento che l'art. 656 c.p.p. prevede la possibilità di ottenere, mediante la sospensione dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione ad opera del pubblico ministero, la conversione degli arresti domiciliari in una delle misure alternative indicate nel comma 5 del medesimo articolo, è bene sottolineare che in tutti i casi in cui gli arresti domiciliari siano stati disposti corredati dalla applicazione del braccialetto elettronico, ciò non necessariamente dovrà comportare che anche la misura della detenzione domiciliare lo sia; in quanto i due istituti potrebbero essere stati adottati sulla base di presupposti e finalità diversi.

Un'altra importante riforma in materia di detenzione domiciliare ha avuto luogo con la legge 8 marzo 2001, n. 40, la quale ha introdotto all'art. 47-*quinquies* una disciplina *ad hoc* nei confronti delle madri detenute o dei padri, in caso di morte della madre ovvero di impossibilità della stessa a prestare assistenza alla prole; disciplina riformata con il successivo intervento operato con legge 21 aprile 2011, n. 62.

Il legislatore ha avvertito l'esigenza di intervenire sulle problematiche relative al rapporto sussistente tra madre o il padre detenuti e il figlio in quanto la disciplina previgente prevedeva la possibilità di accedere alla misura alternativa della detenzione domiciliare soltanto alle madri che dovevano scontare una pena non superiore a quattro anni di reclusione, intesa anche come residuo di maggior pena, qualora il figlio non avesse superato i dieci anni di età; altrimenti, in caso di assenza di tali requisiti, la prole poteva seguire la madre all'interno dell'istituto fino al raggiungimento dei tre anni di età.

La disciplina prevista prima dell'entrata in vigore della legge n. 40 del 2001¹⁸⁷, la quale prevedeva di fatto la "carcerazione" dei bambini, era contraria ai contenuti della Convenzione ONU sui diritti all'infanzia, oltre ad essere al limite dell'incostituzionalità, in quanto il dettato dell'art. 27 Cost. è chiaro nel sostenere che

¹⁸⁷ Sulla base dell'analisi dei dati dell'epoca, si è rilevato come a partire dal 1997, ogni anno, facevano ingresso negli istituti penitenziari italiani dai 30 ai 100 bambini di età inferiore ai 3 anni assieme alle loro madri condannate. I dati sono consultabili sul sito https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.wp?facetNode_1=1_5_13&previousPage=mg_1_14_1&contentId=SST165689 (visitato in data 6 marzo 2017).

mai la pena possa consistere «in trattamenti contrari al senso di umanità»: una sanzione penale che prevede quale unica possibilità per far vivere assieme madre e figlio quella dell'ingresso in carcere di entrambi può ben essere considerata disumana non solo nei confronti della condannata ma, di riflesso, anche per il suo bambino. Si era, infatti, sostenuto che «questi bimbi innocenti soffrono quindi un doppio trauma, quello della vita reclusa fino a tre anni, e quello della separazione traumatica dalla madre poi. A volte, se mancano persone di fiducia o parenti a cui affidarli vengono mandati in istituto, passando così dall'istituzione totale del carcere a quella dell'istituto, senza la madre. Questa è una legge che contribuisce a dare corpo al processo di riforma verso il carcere trasparente intrapreso in questi anni»¹⁸⁸.

Fu proprio per queste ragioni che il legislatore decise di approvare il testo di legge licenziato dal Senato nel febbraio 2001 introducendo due nuovi istituti: la detenzione domiciliare speciale, *supra* menzionata, e l'assistenza all'esterno dei figli minori; raggiungendo così lo scopo fondamentale di assicurare alla prole adeguata tutela in un ambiente familiare e assistenza materna in modo continuato¹⁸⁹.

2.3 I più recenti interventi di riforma

L'*excursus* normativo della misura in rassegna prosegue con la l. 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. legge *ex* Cirielli), nota per le specifiche preclusioni imposte nei confronti dei condannati a cui sia stata applicata la recidiva reiterata (art. 99, comma 4, c.p.) per accedere alla detenzione presso il domicilio.

L'art. 7, comma 3, della legge in questione ha introdotto nell'art. 47-*ter* ord. penit., il comma 1.1, il quale abbassava a tre anni il limite massimo della pena detentiva

¹⁸⁸ F. CORLEONE, sed. n. 771, 27 luglio 2000.

¹⁸⁹ Il legislatore nell'introdurre nell'ordinamento penitenziario i nuovi istituti sopra citati era stato spinto dalla convinzione della esigua pericolosità sociale di una detenuta madre. Tale teoria era stata, però, confermata da oggettivi dati statistici. Nel 1996 le donne che popolavano le carceri italiane costituivano circa il 4% dell'intera popolazione carceraria (la quale ammontava ad un totale di circa 49000 detenuti, di cui soltanto 2000 donne). Le detenute condannate per gravi reati quali ad esempio associazione mafiosa, traffico di droga costituivano, tra l'altro, una percentuale ancora più bassa (circa il 2,65% del 4%). Dunque si poteva ben ritenere che, considerato il numero esiguo di donne reclusi, la realtà di detenute con prole era ancora più limitata. Dati consultabili sul sito https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.wp?facetNode_1=1_5_13&previousPage=mg_1_14_1&contentId=SST165689 (visitato in data 6 marzo 2017).

(anche residua) che permetteva l'accesso alla detenzione domiciliare a norma del comma precedente, quindi si estendeva al recidivo quanto previsto nel comma 1, con la sola differenza relativa all'innalzamento del limite massimo di pena. Tale previsione metteva da subito in risalto la severità del legislatore del 2005 nei confronti di questi soggetti: in quanto, da un lato, tale disciplina non era applicabile nei confronti dei condannati per i reati di cui all'art. 4-*bis* ord. penit; dall'altro lato, veniva irrigidito l'accesso a una misura prevista al fine di perseguire finalità umanitarie e assistenziali¹⁹⁰.

Il comma 4 del medesimo articolo (l. n. 251 del 2001) ha, invece, introdotto una completa equiparazione nel trattamento sanzionatorio tra i condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. e i soggetti a cui sia stata applicata la recidiva reiterata, con la conseguenza che la detenzione domiciliare c.d. "generica" (comma 1-*bis*, art. 47-*ter*) non poteva essere concessa né nei confronti degli uni né degli altri. È necessario, però, sottolineare che mentre per la seconda categoria di condannati il divieto è venuto meno mediante l'introduzione del d.l. n. 78 del 2013, il quale ha arginato la politica restrittiva basata sul "tipo di autore" della legge *ex Cirielli*, per i soggetti che hanno commesso uno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis* ord. penit non è stata prevista alcuna riforma normativa che sottoponesse alla discrezionalità della magistratura di sorveglianza la possibilità di fruire della misura alternativa *de qua*, dunque per tale categoria di detenuti rimane in vigore il divieto.

Non appare superfluo, però, sottolineare che il venire meno del divieto di concessione della detenzione suddetta nei confronti dei recidivi reiterati non comporta un'applicazione automatica dell'istituto¹⁹¹ in quanto, in presenza dei requisiti oggettivi previsti dalla norma, sarà sempre necessario che il giudice chiamato a decidere tenga conto della condotta anti sociale ripetuta posta in essere dal soggetto e sottoponga al suo vaglio critico la effettiva idoneità della stessa ad arginare il pericolo di compimento di nuovi reati. Nelle ipotesi in cui il soggetto debba scontare una pena non superiore a due anni e in mancanza dei requisiti necessari per disporre l'affidamento in prova al servizio sociale, dunque dovrà essere valutato in concreto se

¹⁹⁰ Cfr. F. FIORENTIN, *L'esecuzione penale nei confronti dei condannati tossicodipendenti*, in *Legisl. pen.*, 2006, p. 271

¹⁹¹ Cfr. A. PULVIRENTI, *Le modifiche dell'ordinamento penitenziario alla ricerca di nuovi spazi di libertà (art. 2 d.l. n. 78 del 2013, conv., con modif., in l. n. 94 del 2013)*, in *Legisl. pen.*, 2013, p. 1042.

la concessione della misura extra muraria sia effettivamente congrua e adeguata all'indice di pericolosità del condannato.

Il problema maggiore derivante dalla introduzione della l. 5 dicembre 2005, n. 251 riguardava l'efficacia temporale delle disposizioni in essa contenute, la questione riguardava soprattutto l'applicabilità immediata o meno della disciplina restrittiva e rigorosa in materia di misure alternative alla detenzione. I dubbi interpretativi erano sorti soprattutto a causa della mancata previsione da parte del legislatore di una disposizione *ad hoc* relativa all'applicazione temporale della legge *ex Cirielli*. L'efficacia retroattiva delle suddette limitazioni avrebbe comportato il rischio di una violazione del dettato costituzionale (art. 27 Cost.) in quanto si sarebbe verificata una regressione del percorso trattamentale di rieducazione.

Al riguardo si è pronunciata la Corte Costituzionale con la sentenza n. 137 del 1999, nella quale è stato espresso chiaramente il principio della non regressione del trattamento rieducativo, la Consulta ha, infatti stabilito: «non si può ostacolare il raggiungimento della finalità rieducativa, prescritta dalla Costituzione nell'art. 27, con il precludere l'accesso a determinati benefici o a determinate misure alternative in favore di chi, al momento in cui è entrata in vigore una legge restrittiva, abbia già realizzato tutte le condizioni per usufruire di quei benefici o di quelle misure». Da ciò ben può dedursi che non è concessa un'applicazione della nuova disciplina in modo retroattivo.

Oltre a questi interventi di natura restrittiva, la legge *ex Cirielli* ha apportato anche una modifica all'ordinamento penitenziario di carattere permissivo, conformemente ai principi sanciti in Costituzione all'art. 27, introducendo una nuova ipotesi di detenzione domiciliare nell'art. 47-*ter*, comma 01 (sul cui contenuto si veda diffusamente *infra*, § 3.2). La *ratio* della disposizione è quella di assicurare il rispetto della dignità, quale elemento essenziale a cui deve volgere la pena, mediante la possibilità di concedere l'esecuzione della pena presso il domicilio nei confronti dei condannati ultrasessantenni indipendentemente dal requisito oggettivo del *quantum* di pena *espiananda*; è, però, necessario che tali soggetti non presentino un elevato indice di pericolosità, desumibile dalla gravità del reato commesso (per questa ragione sono esclusi *a priori* dalla fruibilità della misura tutti coloro i quali siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza, i condannati ai quali sia stata

applicata la recidiva reiterata, i soggetti che abbiano commesso delitti considerati di rilevante gravità oggettiva quali ad esempio i reati sessuali o di associazione a delinquere di stampo mafioso).

È necessario, però, fare una notazione di carattere meramente formale: il legislatore del 2005 ha aggiunto all'art. 47-*ter*, la cui formulazione letterale era già abbastanza tormentata, addirittura un comma 01, precedente al comma 1, con le conseguenze problematiche che questo concerne sul piano applicativo relativamente alla competenza da parte del magistrato di sorveglianza ad adottare il provvedimento in via provvisoria.

Infatti, sulla base di un'interpretazione letterale del comma 1-*quater* dell'art. 47-*ter* sembrerebbe esclusa la possibilità di concedere, in via provvisoria, la detenzione domiciliare sancita nel comma 01, in quanto il comma di cui sopra prevede in modo esplicito la competenza del magistrato di sorveglianza in via temporanea esclusivamente nei casi indicati al comma 1 e 1-*bis*.

Da ciò deriva l'esclusione della concedibilità soltanto provvisoria della misura in esame da parte del magistrato di sorveglianza; dunque, il condannato ultrasettantenne che intende presentare istanza per accedere al beneficio penitenziario dovrà necessariamente attendere l'intervento dell'organo collegiale di sorveglianza con le lungaggini che questo comporta¹⁹².

Un ulteriore ampliamento della detenzione domiciliare è stato realizzato con la legge 26 novembre 2010, n. 199, recante "Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ad un anno". Sebbene l'istituto sembrerebbe avere natura diversa dalla detenzione domestica, ne condivide tutte le caratteristiche strutturali, differenziandosi da essa soltanto per i requisiti di accesso¹⁹³.

¹⁹² M. CANEPA – S. MERLO, *op. cit.*, p. 313.

¹⁹³ F. FIORENTIN, *op. cit.*, p. 533. L'autore ritiene che il neo introdotto istituto dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi consista in una sorta di «snaturalizzazione» della misura alternativa "ordinaria", in quanto esso costituisce una modalità di esecuzione della sanzione penale prevista per perseguire solamente la finalità utilitaristica di riduzione numerica dei soggetti reclusi e poiché essa prevede quale unico requisito per la sua fruibilità l'assenza in concreto di pericolosità sociale. L'autore sottolinea, inoltre, che il difetto di interesse circa il reinserimento nel mondo libero di tali soggetti si evince, non solamente dall'assenza di presupposti soggetti ai quali subordinare l'applicazione del beneficio, ma anche dalla mancata assistenza durante l'esecuzione della pena.

Successivamente, con l'intervento del d.l. 22 dicembre 2011, n. 211 (art. 3), durante il governo Monti, il limite di pena per poter accedere alla misura viene innalzato passando da dodici a diciotto mesi.

Bisogna sottolineare che l'istituto in questione nasce con una durata soltanto provvisoria al fine di arginare il problema del sovraffollamento che in quegli anni aveva raggiunto il suo apice; in seguito prorogato per un anno e, infine, stabilizzato nel 2013 ad opera del d.l. n. 146, art. 3.

Trascorsi pochi anni da questo intervento normativo, il legislatore ha avvertito la necessità di pronunciarsi nuovamente in quanto ha rilevato che «il perdurare del sovraffollamento delle carceri e il conseguente stato di tensione all'interno degli istituti evidenziano l'insufficienza dell'attuale disciplina (l. n. 199 del 2010) a fronteggiare situazioni contingenti legate alla inadeguatezza delle strutture penitenziarie e del regime di esecuzione delle pene detentive; [...] tenendo conto anche della sentenza 8 gennaio 2013 con cui la Corte europea dei diritti dell'uomo, ha assegnato allo Stato italiano il termine di un anno entro cui procedere all'adozione delle misure necessarie a porre rimedio alla constatata violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che sancisce il divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti»¹⁹⁴; viene così emanato il d.l. del 1 luglio 2013, n. 78, contenente «Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena», convertito con modificazioni in legge 9 agosto 2013, n. 94.

Le modifiche che hanno interessato la detenzione domiciliare sono molteplici e tutte destinate a potenziare le modalità extra murarie di esecuzione della pena. Esse perseguono principalmente due scopi: in primo luogo, quello di eliminare alcuni meccanismi automatici previsti dall'ordinamento penitenziario al fine di dare concreta attuazione al principio della finalità rieducativo della sanzione penale; in secondo luogo, quello di ridurre numericamente la popolazione reclusa per garantire migliori condizioni di vita all'interno degli istituti di pena. Per raggiungere l'obiettivo indicato nel primo profilo è necessario sopprimere i «rigidi automatismi» e procedere, invece, ad «una valutazione individualizzata caso per caso»¹⁹⁵; relativamente al secondo

¹⁹⁴ A. PULVIRENTI, *La quarta edizione dell'ordinamento penitenziario commentato: un "buon viatico" per una (auspicata) riforma del sistema sanzionatorio penale* in CP, fasc.9, 2012, p. 3145B.

¹⁹⁵ Cfr. Corte Cost., 28 maggio 2010, n. 189.

profilo, è oramai appurata la capacità deflattiva delle misure alternative in quanto allontanano il condannato dalla dura realtà carceraria e riducono, inoltre, la possibilità che il soggetto compia altri atti antisociali e, quindi, che faccia nuovamente ingresso nel sistema carcerario¹⁹⁶.

Il d.l. n. 78 del 2013 si occupa, in un primo momento, dei condannati ai quali sia stata applicata la recidiva reiterata di cui all'art. 99, comma 4, c.p., abrogando il comma 1.1 dell'art. 47-ter secondo il quale tali soggetti potevano accedere alla detenzione domiciliare per motivi di salute, famiglia o studio (comma 1, art. 47-ter) soltanto nei casi in cui la pena (anche residua) non avesse superato i tre anni; e abrogando il divieto di concessione della detenzione domiciliare cd. generica.

Ad ogni modo, nei confronti dei condannati recidivi reiterati non è caduto il divieto di concedere «più di una volta» la detenzione domiciliare, stabilito dall'art. 58-quater, comma 7-bis, ord. penit.¹⁹⁷, «presumendone la refrattarietà al trattamento rieducativo già sperimentato: il notevole impatto della preclusione si coglie facilmente soprattutto ove si consideri che ad essa non sono apposti limiti temporali»¹⁹⁸. Tale preclusione dovrebbe, ora, riguardare anche la detenzione domiciliare “generica” che in precedenza non poteva essere concessa nemmeno per una volta ai soggetti colpiti dall'applicazione della recidiva reiterata¹⁹⁹.

È necessario aggiungere che il testo del decreto-legge si occupa di modificare, inoltre, la disciplina relativa alla sospensione e alla revoca della misura al fine di superare i meccanismi di esclusione automatica del beneficio. È stato, *in primis*, eliminato il carattere obbligatorio che connotava la revoca in caso di condanna per il

¹⁹⁶ Relativamente alla necessaria applicazione “personalizzata” della pena e alla natura sicuramente deflattiva degli interventi normativi volti ad escludere la presenza di limitazione per poter accedere alle misure alternative alla detenzione, si veda il *Parere reso ai sensi dell'art. 10 della legge 24 marzo 1958, n. 195, sul testo del decreto legge 1 luglio 2013, n. 78, approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 26 giugno 2013, concernente Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena*, p. 6 (consultabile sul seguente sito www.csm.it). Nel parere sono in inseriti dati significativi relativamente alla concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei recidivi reiterati: «il condannato che espia la pena in carcere recidiva 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 circuito produttivo».

¹⁹⁷ Si veda C. CESARI, *Art 58-quater o.p.*, in V. GREVI – G. GIOSTRA – F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento Penitenziario*, cit., p. 876.

¹⁹⁸ K. NATALI, *L'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi*, in *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, F. CAPRIOLI – L. SCOMPARIN (a cura di), Giappichelli Editore, 2015, p. 93.

¹⁹⁹ Cfr. L. DEGL'INNOCENTI – F. FALDI, *I benefici penitenziari*, Giuffrè, 2014, p. 224 s.

delitto di evasione ai sensi dell'art. 385 c.p. Il nuovo testo del comma 9, dell'art. 47-ter, stabilisce che la detenzione presso il domicilio potrà proseguire qualora il giudice ritenga «di lieve entità» il fatto per il quale il soggetto è stato condannato *ex art. 385 c.p.*

In secondo luogo, è stata abrogata l'originaria ipotesi di sospensione della fruibilità del beneficio penitenziario basata sulla mera presentazione di una denuncia per il delitto di evasione *ex art. 385 c.p.* In materia era già intervenuta la Corte Costituzionale, sentenza n. 173 del 1997²⁰⁰, privando la sospensione del suo carattere automatico e subordinandola alla valutazione concreta, da esercitarsi caso per caso, del giudice chiamato a decidere. Successivamente, mediante il d.l. 78 del 2013 il legislatore sopprime l'intero comma 9 dell'art. 47-ter ord. penit. andando, in questo modo, ad estendere il *dictum* della Consulta anche l'ipotesi di condanna per il delitto di allontanamento dal domicilio. La legge di conversione 9 agosto 2013, n. 94 non ha recepito tale orientamento e ha disposto la revoca automatica della detenzione domiciliare a seguito della condanna per il reato di cui all'art. 385 c.p., ma ha aggiunto, salvo che il fatto sia di lieve entità.

Soppressa la speciale ipotesi di sospensione di cui all'art. 47-ter, comma 9, ord. penit., sussiste comunque la possibilità che il magistrato di sorveglianza disponga la sospensione cautelativa della misura alternativa, ai sensi dell'art. 51-ter ord. penit., nei casi in cui il soggetto pone in essere comportamenti tali da determinare la revoca del beneficio²⁰¹.

Nonostante le numerose migliorie apportate dal decreto legge in esame al sistema penitenziario, è stato necessario predisporre ulteriori modifiche per arginare la grave situazione sistemica ed emergenziale di sovraffollamento all'interno degli istituti penitenziari, la quale ha portato la Corte EDU, attraverso numerose pronunce, ad intimare più volte all'Italia l'adozione di rimedi idonei per porre fine in modo

²⁰⁰ Corte Cost., 13 giugno 1997, n. 173 (Pres. Granata, Rel. Vassalli), il testo della sentenza è reperibile sul seguente sito <http://www.giurcost.org/decisioni/1997/0173s-97.html>.

²⁰¹ In tal senso v. A. PULVIRENTI, *Le modifiche dell'ordinamento penitenziario alla ricerca di nuovi spazi di libertà*, in *Legisl. pen.*, 2013, p. 1047: l'autore osserva che «anche in questo caso il magistrato di sorveglianza agisce al di fuori di qualsiasi automatismo, considerato che il presupposto della sospensione si realizza soltanto quando la violazione accertata sia idonea alla revoca della misura alternativa; ciò che, in rapporto alla detenzione domiciliare, richiederà una valutazione *prima facie* del suddetto magistrato sull'effettiva gravità dell'allontanamento».

definitivo e stabile alla questione.

È proprio questo scenario che induce il legislatore a emanare il secondo decreto c.d. “svuota carceri”, si tratta del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazione in legge 21 febbraio 2014, n. 10, recante “Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria”.

Con riferimento alla materia della detenzione domiciliare, è stata modificata la collocazione sistematica della disciplina inerente al controllo elettronico. Infatti, ai sensi dell’art. 3 del sopra citato decreto, essa è ora contenuta all’interno del nuovo art. 58-*quinquies*, comportando l’abrogazione del comma 4-*bis* dell’art. 47-*ter* ord. penit. Non appare sicuramente incoerente la scelta del legislatore di intervenire in materia di monitoraggio a distanza nell’ambito di una riforma posta in essere al fine di ridurre numericamente la popolazione carceraria e di garantire condizioni di vita migliori all’interno degli istituti di pena, ciò in quanto tale braccialetto elettronico (trattasi in verità di una cavigliera) può considerarsi una valida risorsa per innalzare il numero dei destinatari dei benefici penitenziari. È opportuno precisare che il mutamento della collocazione della disposizione avente ad oggetto il controllo elettronico era stato auspicato per ampliare l’ambito applicativo dello stesso disponendone la concessione a tutte le misure alternative alla detenzione; in precedenza quest’estensione non era possibile in quanto la disposizione era contenuta nella fattispecie che regolava complessivamente e unicamente la detenzione domiciliare. Il tanto agognato ampliamento dell’operatività della sorveglianza elettronica non si è di fatto compiutamente realizzato poiché l’art. 58-*quinquies* ord. penit. individua quali unici destinatari di tale sistema i soggetti che si trovano a scontare la pena in regime di custodia domestica. Nonostante ciò, si deve ritenere applicabile il monitoraggio a distanza anche alla detenzione domiciliare speciale di cui all’art. 47-*quinquies* ord. penit. e all’esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi *ex art. 1 l. 199 del 2010*, sebbene in quest’ultimo caso è necessario un intervento di adeguamento da parte del legislatore in quanto la fattispecie fa ancora esplicito rinvio all’abrogato comma 4-*bis*²⁰².

²⁰² In tal senso, v. A. CORBO – L. PASTORELLI, *Novità legislative. D.l. 23 dicembre 2013, n. 146. Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione*

L'introduzione della disciplina relativa al controllo elettronico comporta che si abbia a disposizione un ampio numero di questi strumenti tecnici, il cui utilizzo potrà risultare molto utile al fine di compiere le opportune verifiche circa il rispetto delle prescrizioni impartite dalla magistratura di sorveglianza che ordinariamente vengono compiute dalle autorità di polizia. Il legislatore ha previsto che la disposizione di cui all'art. 58-*quinquies* ord. penit. abbia una efficacia differita²⁰³ proprio al fine di assicurare un approvvigionamento adeguato di tali apparecchiature al fine di poterle disporre in futuro in tutti i casi necessari. Dunque si è stabilito che la fattispecie in esame produce i suoi effetti dal «giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana della legge di conversione del decreto».

Il d.l. n. 146 del 2013 all'art. 5 dispone, inoltre, la stabilizzazione dell'istituto della esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi, il quale originariamente sarebbe dovuto rimanere in vigore «fino alla completa attuazione del piano straordinario penitenziario nonché in attesa della riforma della disciplina delle misure alternative alla detenzione e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2013».²⁰⁴

La nuova misura venne coniata dal legislatore al fine di rimediare al problema del sovraffollamento e di evitare ulteriori condanne da parte della Corte di Strasburgo²⁰⁵, «come è noto, il beneficio fu pensato principalmente per aggirare la preclusione assoluta di concessione della detenzione domiciliare “penitenziaria” di cui all'art. 47-*ter*, comma 1-*bis* ord. penit. – in forza del periodo finale della evocata disposizione penitenziaria, introdotto dalla l. n. 251 del 2005 (c.d. legge *ex* Cirielli) –

carceraria – Rel. n. III/01/2014, p. 8; reperibile in www.cortedicassazione.it. Si veda, A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Giappichelli, 2014, p. 28 s.; Cfr., inoltre, C. FIORIO, *Diritto penitenziario e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Proc. pen. e giust.*, 2014, p. 123. *Contra* F. FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri*, Giuffrè, 2014, p. 59; il quale il quale solleva diverse perplessità circa la nuova collocazione della materia della sorveglianza elettronica, sottolineando l'incoerenza di tale intervento se posto in relazione con l'effettivo raggio di azione del braccialetto in questione.

²⁰³ Cfr. il *Dossier del Servizio Studi del Senato*, n. 105 del 2014, p. 18, nel quale viene fornita una giustificazione alla scelta del legislatore di differire l'efficacia della materia della sorveglianza elettronica, nonostante sia stato ritenuto dalla Corte Costituzionale che la legge di riforma «entrebbe in contraddizione con le sue stesse premesse se contenesse disposizioni destinate ad avere effetti pratici differiti nel tempo» (Corte Cost., 19 luglio 2013, n. 220).

²⁰⁴ Viene, inoltre, sottolineato che «tale misura consentirà una ulteriore deflazione della popolazione detenuta considerato che in applicazione della citata legge sono stati scarcerati circa 12.000 detenuti».

²⁰⁵ L'anno precedente all'entrata in vigore della l. n. 199 del 2010, la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte eur., Sez. II, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia) si era pronunciata sulla situazione disagiata delle carceri italiane, sostenendo come l'inadeguatezza delle strutture presenti sul territorio nazionale comportasse un difetto di tutela dei diritti dei detenuti, i quali erano sottoposti a trattamenti inumani e degradanti, in violazione dell'art. 3 CEDU.

che colpiva i condannati cui fosse stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, comma 4, c.p., soggetti, quest'ultimi, interessati anche dal divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione ai sensi dell'art. 656, comma 9, lett. c, c.p.p.»²⁰⁶. Successivamente all'abrogazione delle limitazioni suddette mediante il d.l. n. 78 del 2013, erano sorti alcuni dubbi sulla effettiva necessità di tenere ancora in vita l'istituto dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi, il quale stava perdendo la sua *ratio essendi*. La maggior parte della dottrina era concorde nel ritenere che il beneficio straordinario sarebbe venuto meno in poco tempo.

Tuttavia, proprio nel momento in cui sembrava non esserci più *chance* alcuna di sopravvivenza all'interno dell'ordinamento del beneficio in questione, è intervenuto il legislatore del nuovo piano carceri a favore dello stesso, attribuendogli carattere permanente ed obbligando l'interprete ad individuare ambiti applicativi dell'istituto non meramente residuali, sarebbe infatti irragionevole che l'istituto perdesse operatività nel momento in cui gli viene conferito il carattere della stabilità.

Si può conclusivamente affermare che pur mantenendo le originarie finalità assistenziali ed umanitarie, la detenzione domiciliare ha assunto un ruolo e una dimensione ben più ampia, «giacché sembra la misura privilegiata dal legislatore»²⁰⁷, come confermato dall'estensione dell'ambito di operatività della stessa.

3. L'istituto della detenzione domiciliare

Introdotta, come già analizzato in precedenza, nel novero delle misure alternative alla detenzione con l'art. 13 della legge Gozzini nel 1986, la detenzione domiciliare consiste nell'esecuzione della pena presso «la propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza ovvero, nell'ipotesi di cui alla lettera a, in case famiglia protette», luogo quest'ultimo introdotto dall'art. 3, comma 1, della l. 21 aprile 2011, n. 62.

²⁰⁶ F. FIORENTINI, *Decreto Svuotacarceri*, cit., p. 76.

²⁰⁷ L. CESARIS, *Art. 47-ter*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Edizione V, CEDAM, 2015, p. 553.

I requisiti che permettono al condannato di accedere alla misura sono indicati nell'art. 47-ter ord. penit: comma 01, detenzione domiciliare per ultrasessantenni; comma 1, lett. a) per madre e lett. b) per padre, di prole di età inferiore ad anni dieci; lett. c) per motivi di salute; lett. d) per ultrasessantenne parzialmente inabile; lett. e) per persona minore di anni ventuno per comprovate esigenze di salute, studio, lavoro e famiglia; comma 1-bis, detenzione domiciliare generica biennale; comma 1-ter, detenzione domiciliare sostitutiva o anche denominata a termine; all'art. 47-quater viene, poi, prevista una disciplina *ad hoc* per i malati di AIDS e, infine, all'art. 47-quinquies viene introdotta la detenzione domiciliare speciale (tali condizioni saranno diffusamente esaminate *infra*).

La sussistenza delle condizioni appena descritte non comporta l'applicazione automatica dell'istituto in rassegna in quanto è sempre necessario che sia verificata, ad opera del giudice, la pericolosità sociale del soggetto condannato e la sua concreta possibilità di recupero e reinserimento sociale²⁰⁸.

Prima di procedere ad un'analisi analitica della detenzione domiciliare, è necessario soffermarsi sulla natura giuridica della stessa, della quale si è molto discusso, soprattutto in dottrina.

Il legislatore, come già sottolineato in precedenza, ha inizialmente previsto tale istituto come avente finalità esclusivamente umanitarie e assistenziali, accantonando le finalità di prevenzione sia generale e speciale tipiche della pena, e ne ha, successivamente, ampliato il campo operativo per esigenza di natura deflattiva, senza però introdurre nell'ordinamento penitenziario prescrizioni che avessero una funzione rieducativa o risocializzante, così come espressamente richiesto nell'art. 27, comma 3, Cost., tanto da limitarsi a richiamare le prescrizioni proprie di una misura cautelare (art. 284 c.p.p.), le quali sono lontane dalle finalità rieducative di cui sopra proprio perché dedicate a persone non ancora condannate in via definitiva e che, quindi, potrebbero essere innocenti.

La dottrina maggioritaria ha a lungo qualificato la detenzione domiciliare, al pari del regime di semilibertà, «strumenti di diversificazione alternativa all'esecuzione

²⁰⁸ È proprio per tale ragione che il legislatore utilizza in tutte le fattispecie che concernono la detenzione domiciliare, il verbo "potere", al fine di sottolineare che sarà il giudice a stabilire l'effettiva applicazione del beneficio.

delle sanzioni penali»²⁰⁹, nonostante la loro collocazione sistematica all'interno del Capo VI della l. n. 354 del 1975; mentre ha ritenuto misure alternative in “senso proprio” soltanto l'affidamento in prova al servizio sociale e la liberazione condizionale.

È stato, inoltre, più volte, sottolineato lo scopo esclusivamente custodialistico della misura in questione nonché la sua forte carica afflittiva, poiché «priva di elementi che assumono valenza promozionale dei comportamenti del condannato verso il reinserimento sociale»²¹⁰; la detenzione domiciliare è stata per molto tempo ritenuta un «caso limite tra la condizione carceraria e la misura alternativa»²¹¹ in quanto si ritiene non essere caratterizzata da alcuna valenza risocializzante, «eccettuata quella, certo non trascurabile di evitare gli effetti desocializzanti del carcere»²¹².

È opportuno, però, specificare che, nonostante il tenore letterale delle norme e la *voluntas* del legislatore, la detenzione domiciliare ha assunto nel tempo natura risocializzante attraverso l'adozione di prescrizioni, introdotte nell'ordinamento dalle modifiche via via susseguitesi, non solo di carattere negativo ma anche permissivo-positivo finalizzate alla rieducazione del condannato²¹³.

Ad essa, tra l'altro, viene spesso riconosciuta natura di misura alternativa “intermedia” in quanto può essere concessa prima del più ampio affidamento in prova al servizio sociale, sempre che il condannato abbia conseguito dei progressi durante il percorso trattamentale, in aderenza al principio di progressione trattamentale sul quale si basa «la giurisdizione rieducativa»²¹⁴.

La giurisprudenza di legittimità e quella costituzionale è stata, già dall'introduzione della misura in questione, costante nel riconoscere alla detenzione domiciliare la componente rieducativa, in virtù della finalità impressa alla pena ad

²⁰⁹ M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, 2010, p. 242.

²¹⁰ M. PAVARINI, *Codice Commentato dell'Esecuzione Penale*, UTET, 2002, p. 129.

²¹¹ M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, 2010, p. 335.

²¹² L. CESARIS, in, V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento Penitenziario Commentato*, Cedam, 2006, p. 206.

²¹³ Le prescrizioni che sono impartite dal Tribunale di sorveglianza ben possono avere un contenuto risocializzante, non limitandosi pertanto ad una regolamentazione in “negativo”, cioè fatta di esclusivi divieti. Cfr. G.M. Pavarin, *Misure alternative alla detenzione*, (a cura di) F. Fiorentin, Giappichelli, 2012, p. 246.

²¹⁴ G.M. PAVARIN, *Misure alternative alla detenzione*, (a cura di) F. Fiorentin, Giappichelli, 2012, p. 249.

opera dell'art. 27 Cost.²¹⁵ Così, già con la sentenza n. 422 del 1999, pronunciata successivamente all'ampia riforma del sistema penitenziario del 1998, la Consulta ha disposto che la misura della custodia domestica «ha assunto aspetti più vicini e congrui alla ordinaria finalità rieducativa e di reinserimento sociale della pena, non essendo più limitata alla protezione dei “soggetti deboli” prima previsti come destinatari esclusivi della misura, ed essendo applicabile in tutti i casi di condanna a pena non superiore a due anni (anche se residuo di maggior pena), purché idoneo ad evitare il pericolo di recidiva. [...] La stessa detenzione domiciliare concessa “d’ufficio” al condannato che ne abbia titolo non soltanto non è in contrasto, ma piuttosto realizza lo scopo rieducativo di cui all’art. 27 Cost.».

La Corte Costituzionale ha, successivamente, nella sentenza n. 350 del 2003, ribadito che «la detenzione domiciliare, contraddistinta all’origine da finalità prevalentemente umanitarie e assistenziali, ha visto, attraverso i successivi interventi del legislatore, ampliare notevolmente il proprio ambito di applicazione e costituisce ora una modalità di esecuzione prevista per una pluralità di ipotesi, fra loro eterogenee e, in parte, sganciate dalle condizioni soggettive del condannato»²¹⁶. Il caso di specie aveva ad oggetto la dichiarazione di incostituzionalità della lett. a), comma 1 dell’art. 47-ter ord. penit. nella parte in cui non prevedeva la possibilità di fruire della misura della custodia domestica alla condannata madre di un bambino portatore di handicap che lo rendeva completamente invalido e non autosufficiente.

Sulle orme della giurisprudenza costituzionale, anche la Corte di Cassazione²¹⁷ si è più volte pronunciata sottolineando che la detenzione domiciliare, al pari delle altre misure alternative, prevede come finalità ultima il reinserimento del condannato nella società. La misura in questione, del resto, non viene disposta automaticamente nei confronti del soggetto che versi nelle condizioni previste dalle norme ma è sempre subordinata ad una valutazione discrezionale ad opera del Tribunale di sorveglianza, il quale non dovrà esclusivamente verificare la sussistenza dei criteri per accedere all’istituto ma anche la compatibilità o meno del beneficio con la necessità di una

²¹⁵ *Ibidem*, p. 248.

²¹⁶ Corte Cost., 10 dicembre 2003, n. 350 (Pres. Chieppa, Rel. Contri); consultabile sul sito <http://www.giurcost.org/decisioni/2003/0350s-03.html>.

²¹⁷ Cass., Sez. I 30 gennaio 1995, n. 542; Cass., Sez. I 19 dicembre 1997, n. 7189; Cass., Sez. I 19 ottobre 1999, n. 5715; Cass., Sez. I 30 gennaio 1995, n. 542.

espiatione effettiva della pena, tenendo sempre in considerazione le finalità afflittive, preventive e rieducative che essa prevede.

3.1 Le preclusioni

La detenzione domiciliare, come d'altronde anche le altre misure alternative alla detenzione disciplinate nell'ordinamento penitenziario, nonché l'assegnazione al lavoro all'esterno e la disciplina dei permessi premio, soggiacciono alle preclusioni dettate dall'art. 4-*bis* ord. penit.; disposizione introdotta dalla l. 12 luglio 1991, n. 203, che ha convertito con modificazioni il d.l. n. 152 del 1991, e in seguito più volte modificata fino a giungere alla sua versione definitiva prevista dal d.l. n. 11 del 2009, recante "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in materia di atti persecutori", convertito in l. 23 aprile 2009, n. 38; la norma suddetta ha previsto una sorta di sistema di c.d. "doppio binario"²¹⁸ per l'accesso al beneficio in esame da parte di quei soggetti che abbiano commesso reati ritenuti di particolare allarme sociale.

Nei loro confronti la norma prevede una disciplina speciale al fine dell'applicabilità delle misure suddette in quanto a seguito della commissione di particolari delitti sorge una «presunzione pressoché assoluta di pericolosità sociale»²¹⁹ in linea con le finalità general-preventive della pena ma in contrasto col principio di uguaglianza che caratterizza la fase dell'esecuzione; la differenza rispetto agli altri detenuti si basa sul tipo di reato che è stato commesso e sul quale l'ordine di carcerazione si fonda. L'articolo costituisce il punto di arrivo «di quell'orientamento favorevole a ritenere che la linea di difesa dell'ordinamento penitenziario nei confronti della criminalità organizzata dovesse essere costruite differenziando il regime

²¹⁸ Cfr. V. GREVI, *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenze*, V. GREVI (a cura di), CEDAM, Padova, 1994, p. 12; B. GUZZALOCA, *Criterio del "doppio binario", utilizzo della "premiabilità" e "degiurisdizionalizzazione" del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza*, in G. GIOSTRA - G. INSOLERA (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 141 s, dove l'Autore fa riferimento anche ad un "terzo binario" con riferimento ai collaboratori di giustizia sottoposti agli speciali programmi di protezione; si vede, inoltre, M. CANEPA - S. MERLO, *op. cit.*, p. 486.

²¹⁹ B. GUZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, f. 3 del 1992, p. 130

probatorio afferente alla concessione delle varie misure rieducative»²²⁰.

Ai sensi del comma 1 dell'art. 4-*bis* sussiste una preclusione assoluta di accesso alla detenzione domiciliare nei confronti dei condannati che abbiano commesso i delitti ivi tassativamente elencati (c.d. fattispecie di prima fascia), quali:

- quelli commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico realizzato attraverso il compimento di atti di violenza;
- associazione per delinquere di tipo mafioso *ex art. 416-bis c.p.*;
- i delitti commessi «avvalendosi delle condizioni previste [dal suddetto articolo] ovvero compiuti al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste»;
- il delitto di scambio elettorale politico-mafioso ai sensi dell'art. 416-*ter*;
- i delitti di riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.) e tratta di essere umani (artt. 601 e 602 c.p.), prostituzione minorile (art. 600-*bis c.p.*), pornografia minorile (art. 600-*ter c.p.*), violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies c.p.*);
- sequestro di persona a scopo di estorsione previsto dall'art. 630 c.p.;
- i delitti in materia di immigrazioni clandestine disciplinati nel testo unico sull'immigrazione (d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286) all'articolo 12, comma 1 e 3;
- associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-*quater* del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43);
- associazione finalizzata al traffico di stupefacenti *ex art. 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309* (testo unico in materia di stupefacenti e sostanza psicotrope).

Tuttavia l'art. 4-*bis* stabilisce che le preclusioni testé descritte possono essere

²²⁰ F. DELLA CASA, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenze*, V. GREVI (a cura di), CEDAM, Padova, 1994, p. 90.

superate nell'ipotesi di collaborazione con la giustizia²²¹ da parte del condannato ai sensi dell'art. 58-ter ord. penit.; si fa riferimento ai casi in cui il soggetto interessato abbia fornito in concreto elementi di ausilio per l'identificazione dell'autore del reato ovvero abbia tenuto una condotta idonea ad evitare che l'attività delittuosa abbia conseguenze ulteriori. Inoltre, si ritiene che soltanto la collaborazione oggettivamente "utile" fornita da tali soggetti possa far ritenere ormai reciso il collegamento con l'associazione criminale di appartenenza.

Qualora il soggetto dovesse rifiutare di prestare il proprio ausilio alle autorità giudiziarie non potrà fruire della misura alternativa e saranno considerate irrilevanti le ragioni della sua mancata collaborazione²²²; al contrario, ove quest'ultima sia prestata, i benefici penitenziari potranno comunque essere negati nel caso in cui non sussistano gli specifici presupposti.

La valutazione relativa alla "importanza" della collaborazione viene realizzata dal tribunale di sorveglianza il quale, acquisito il parere del pubblico ministero e analizzato tutte le informazioni necessarie, decide in camera di consiglio in via incidentale. L'organo collegiale si attiva su istanza presentata ad opera del soggetto interessato ad essere ammesso al beneficio penitenziario.

Ai sensi del comma 2 dell'articolo 4-bis ord. penit., le informazioni suddette vengono assunte per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica²²³, il quale assume, dunque, un ruolo rilevante nel procedimento di sorveglianza che lascia, però, alcuni autori perplessi²²⁴. Al suddetto comitato vi può

²²¹ In particolare, si fa riferimento alla collaborazione "piena" e non a quella "attenuata", in quanto quest'ultima non viene considerata idonea a far venire meno le preclusioni per l'accesso ai benefici penitenziari nei confronti di condannati ritenuti pericolosi socialmente. Cfr. C. Fiorio, *G. Cost.*, 93, 2507.

²²² Cfr. Cass. 18 gennaio 1993, De Paola, in *Cass. pen.*, 31994, 1067.

²²³ D'ora in poi c.p.o.s

²²⁴ Tra i motivi di tale perplessità si può annoverare la parzialità nel giudizio che la tutela della sicurezza pubblica necessariamente comporta, essendo davvero poco probabile che l'organo compia valutazioni a favore del condannato; l'imparzialità è, inoltre, minata dalla composizione dell'organo in quanto il comitato è presieduto dal prefetto e ne fanno parte il questore, il sindaco del comune capoluogo, il presidente della regione, comandante provinciale dei Carabinieri e della Guardia di finanza tutte cariche preposte alla difesa sociale. Un'ulteriore questione problematica riguarda la natura amministrativa del comitato in quanto ciò comporta una pesante ed indebita ingerenza dell'Esecutivo nello svolgimento di un procedimento giurisdizionale. Infine, suscita dubbi il fatto che la relazione che il c.p.o.s. trasmette non è suscettibile di impugnabilità in sede giurisdizionale o amministrativa ad opera del soggetto interessato. Per tali ragioni taluno ha preferito definirlo «consulente» della magistratura di sorveglianza, SCHINZARI, *Riv. pol.*, 1992, 35.

anche partecipare il direttore dell'istituto di pena all'interno del quale il condannato è detenuto ma tale partecipazione di natura meramente eventuale è stata ritenuta dai più un'ulteriore burocratizzazione della procedura²²⁵.

La giurisprudenza di legittimità ha statuito che la qualifica di collaboratore di giustizia non può essere oggetto di una pronuncia dichiarativa fine a se stessa che mira all'accertamento di uno *status*, in modo indipendente rispetto alla richiesta di concessione del beneficio penitenziario nei confronti del quale sussiste la preclusione derivante dalla natura del reato commesso, ma tale condizione deve essere accertata nel procedimento di merito, attivato a seguito della richiesta dell'interessato di essere ammesso alla misura alternativa, con lo scopo di verificare se sussistono le condizioni per derogare alla disciplina sancita nell'art. 4-*bis* ord. penit.²²⁶

Oltre alla collaborazione piena, risultano oggi disciplinate, a seguito dell'intervento del legislatore del 2002, la collaborazione ininfluente e quella inesigibile o impossibile; scaturite dalle pronunce della Corte Costituzionale n. 357 del 1994 e n. 68 del 1995 ed ora espressamente disciplinate al comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* ord. penit. Si tratta di ipotesi in cui la cooperazione del condannato è solamente ipotetica in quanto egli, indipendentemente dalla sua volontà, non può fornire una collaborazione utile ai fini giudiziari dal momento che la sua conoscenza relativamente al fatto criminoso è soltanto limitata, elemento accertato nella sentenza di condanna, ovvero si è realizzato un accertamento pieno dei fatti e della responsabilità con sentenza divenuta irrevocabile.²²⁷

La prima delle due sentenze sopracitata individua, con riferimento specifico alla collaborazione impossibile, la *ratio* di tale riforma: la finalità rieducativa prevista all'art. 27, comma 3, Cost. verrebbe svilita nei casi in cui si richiedesse al condannato di porre in essere un comportamento che obiettivamente non può essere tenuto, in quanto non apporterebbe alcuna novità ai fatti accertati con sentenza irrevocabile, al fine di ottenere l'ammissione ai benefici penitenziari²²⁸; tale *ratio* è riscontrabile anche

²²⁵ Cfr. F. DELLA CASA, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenze*, V. GREVI (a cura di), CEDAM, Padova, 1994, p. 98.

²²⁶ Cass., Sez. I, 31 gennaio 2006 n. 7267.

²²⁷ Cfr. F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Edizione V, CEDAM, 2015, p. 69.

²²⁸ Corte Cost., 19 luglio 1994, n. 357 (Pres. Casavola, rel. Spagnoli); cfr. Cass., Sez. I, 9 giugno 2004, n. 29109.

nell'introduzione della collaborazione inesigibile a causa della limitata partecipazione all'accaduto.

La Corte di Cassazione²²⁹ ha ripetutamente e opportunamente sottolineato che il diritto di difesa e il principio del contraddittorio, entrambi costituzionalmente tutelati, devono essere rispettati anche nella valutazione della collaborazione, vale a dire che l'oggettiva impossibilità del soggetto interessato a cooperare con le autorità giudiziarie dovrà risultare dai fatti e dalle responsabilità accertate nel giudizio di merito ed è da escludere il dovere in capo al condannato di allegare ulteriori circostanze da cui desumere l'impossibilità della sua collaborazione.

L'ipotesi della collaborazione oggettivamente irrilevante era già disciplinata ad opera del previgente comma 1-*bis* dell'articolo in esame ed il legislatore ne ha mantenuto ferma l'applicazione nei casi in cui ad essere commesso sia un reato di "prima fascia".

In questa ipotesi, però, requisito necessario è l'avvenuta applicazione, mediante sentenza di merito, di una circostanza attenuante *ex art. 62*, numero 6 c.p. anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna²³⁰, ovvero *ex artt. 114 o 116*, comma 2 c.p. (sono così esclusi dall'operatività della norma gli imputati in regime di custodia cautelare in carcere dal momento che nei loro confronti non è ancora stata pronunciata una sentenza di condanna); è bene sottolineare che sono, però, valutate le attenuanti applicate con sentenza non passata in giudicato in quanto la presunzione di non colpevolezza prevista nell'ordinamento italiano prevede che siano presi in considerazione «tutti gli elementi favorevoli per il condannato emersi nel corso del giudizio, anche se non ancora definito»²³¹.

La *ratio* dell'ultimo periodo del comma in esame si basa sul riconoscimento, da parte del legislatore, di un attenuato pericolo sociale del detenuto e sulla presenza di chiari segnali di ravvedimento²³².

²²⁹ Cfr. Cass., Sez. I, n. 40130 del 2011; Cass., Sez. I, n. 36999 del 2012; Cass., Sez. I, 10929 del 2012.

²³⁰ L'avvenuto risarcimento del danno viene nel caso di specie preso in considerazione per i suoi «effetti pratici, a prescindere dalle motivazioni soggettive» che spingono l'interessato a richiederlo. F.P.C. IOVINO, *Cass. pen.*, 1993, p. 1264.

²³¹ A. MARTINI, *Legislazione penale*, 1993, p. 194.

²³² Cfr. P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, CEDAM, 2010, p.242.

L'art. 4-*bis* prevede come presupposto generale, applicabile a tutte le suddette ipotesi di collaborazione (quella impossibile, inesigibile e oggettivamente irrilevante), l'acquisizione di elementi tali da poter escludere un collegamento attuale con l'organizzazione criminosa di appartenenza ovvero con la criminalità terroristica o eversiva. La mancata recisione di tali rapporti viene interpretata dal legislatore come un'assenza di volontà del condannato di ravvedersi e superare, di conseguenza, in modo definitivo il suo passato deviante; è evidente che a nulla rileva la qualità della collaborazione che potrebbe essere prestata.

L'organo competente a valutare la sentenza di condanna divenuta irrevocabile al fine di accertare la sussistenza dei requisiti previsti nel comma 1-*bis* è, come nelle ipotesi descritte nel comma precedente, il tribunale di sorveglianza, il quale decide in camera di consiglio in via incidentale.

Procedendo con questa breve analisi in materia di preclusioni per la concessione dei benefici penitenziari e specificamente della detenzione domiciliare, è opportuno sottolineare che quest'ultima può essere concessa ai detenuti e agli internati che abbiano commesso uno dei reati indicati nel comma 1-*ter*, art. 4-*bis* ord. penit. purché non sussistano elementi tali da far ritenere attualmente esistente un collegamento con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. È necessario, nonostante la disposizione non lo stabilisca espressamente, la sussistenza dell'attualità del collegamento; mentre non è richiesto in questo caso la collaborazione con le autorità giudiziarie²³³.

L'accertamento relativo alla sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzato dovrà essere condotto in negativo, vale a dire il giudice dovrà accertare l'assenza di elementi sintomatici di tale collegamento a differenza della verifica che dovrà, invece, essere realizzata ai sensi dei commi 1 e 1-*bis* in cui la preclusione è assoluta, qui l'accertamento sarà condotto in modo positivo valutando, cioè, la presenza di elementi che facciano supporre la mancata cooperazione con l'attività criminosa. Un'ulteriore differenza nei due procedimenti si ravvisa nel fatto che nel primo caso è il questore a fornire, ai sensi del comma 2-*bis*, dettagliate informazioni

²³³ Cfr. A. SAMMARCO, *La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 903; si veda, inoltre, P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, CEDAM, 2010, p. 64.

al magistrato o al tribunale di sorveglianza; nel secondo caso, invece, il comma 2 stabilisce che la magistratura di sorveglianza potrà svolgere l'accertamento una volta acquisite le informazioni necessarie per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica del luogo in cui è detenuto il condannato²³⁴. Ad ogni modo, il giudice potrà decidere trascorsi trenta giorni dalla richiesta delle informazioni qualora le stesse non siano pervenute²³⁵.

La preclusione *de qua* opera nei confronti dei condannati per:

- il delitto di omicidio (art. 575 c.p.);
- prostituzione minorile (art. 600-*bis*, comma 2 e 3, c.p.), pornografia minorile (art. 600-*ter*, comma 3, c.p.), iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*quinqies* c.p.);
- rapina aggravata (art. 628, comma 3, c.p.) ed estorsione aggravata (art. 629, comma 2, c.p.);
- il delitto di contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-*ter* d.P.R. n. 43 del 1973);
- produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope aggravati dall'ingente quantità (art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990);
- associazione a delinquere (art. 416 c.p.) realizzata allo scopo di commettere i delitti previsti agli artt. 473 e 474 c.p.; i delitti contro la personalità individuale (libro II, titolo XII, capo III, sezione I c.p.); quelli sanciti agli artt. 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*octies*; i delitti relativi all'immigrazione clandestina sanciti nell'art. 12, commi 3, 3-*bis* e 3-*ter* del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina

²³⁴ Si sottolinea che le informazioni che pervengono al giudice devono essere "dettagliate" il che implica che queste «non possono essere generiche ma, al contrario, debbono consistere nell'esposizioni di concreti elementi di fatto i quali siano idonei a sorreggere la conclusione che vi siano, o siano invece assenti, elementi tali da far ritenere, sia pure solo a livello di giustificata congettura (non richiedendosi certamente la ricerca di prove utili per un'accusa), la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva» Cass., 2 marzo 1993, D'Angelo, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1069.

²³⁵ Si ritiene pacificamente in dottrina che la richiesta delle dettagliate informazioni costituisce un obbligo a carico del giudice, ma che il parere fornito dal c.p.o.s. non abbia natura vincolante (Cfr. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, in *loc. cit* p. 96; M. PAVARINI – B. GUAZZALOCA, *Corso di diritto penitenziario*, Martina, Bologna, 2004, p. 188).

dell'immigrazione (d. lgs. n. 286 del 1998).

Il legislatore ha preso in considerazione quei reati ai quali è stato riconosciuto un maggiore allarme sociale; tuttavia col passare degli anni, o meglio col susseguirsi delle riforme, il novero dei delitti ha subito un forte ampliamento e ciò è stato dovuto non tanto all'oggettiva gravità degli stessi quanto piuttosto a ragioni di politica contingente: per questo motivo ad oggi vengono collocati sul medesimo piano delitti connotati da un grado di gravità differente.

Un'ulteriore preclusione per l'accesso ai benefici penitenziari, e nel caso che qui interessa alla detenzione domiciliare, è prevista dai commi 1-*quater* e 1-*quinqües* nei confronti dei c.d. "sex offenders", vale a dire per gli autori di delitti che ledono la libertà sessuale. La disciplina *ad hoc* loro riservata si basa sulla premessa che trattasi di soggetti che presentano disagi a livello psicologico; sicché risulta essere obbligatorio un attento vaglio della loro personalità²³⁶, pertanto l'ammissione ai benefici suddetti è disposta a seguito di un'osservazione scientifica della personalità del reo condotta collegialmente per almeno un anno «anche con la partecipazione degli esperti di cui al quarto comma dell'articolo 80 della presente legge»²³⁷; mentre nell'ipotesi in cui la persona offesa dal reato sia un minore (ex art 4-*bis*, comma 1-*quinqües*), la magistratura di sorveglianza dovrà valutare la positiva partecipazione al programma trattamentale di riabilitazione sancito all'art. 13-*bis* ord. penit.

A seguito di una serie di interventi della magistratura di sorveglianza che hanno ritenuto inammissibile la concessione dei benefici in questione a causa della mancata osservazione della personalità per almeno un anno all'interno delle mura carcerarie, è intervenuta la Corte di Cassazione (sent. n. 8092 del 2010) stabilendo che il testo normativo in esame non fa affatto riferimento alla sola osservazione in regime inframurario. La Suprema Corte sottolinea, inoltre, che il silenzio della disposizione sul punto è quanto mai significativo se si tiene in considerazione che il testo originario della stessa prevedeva la natura *intra moenia* dell'osservazione e che solo successivamente è stato emendato eliminando tale riferimento.

Infine, l'ultimo comma dell'art. 4-*bis*, definito «norma di chiusura del

²³⁶ Cfr. F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Edizione V, CEDAM, 2015, p. 76.

²³⁷ Art. 4-*bis*, comma 1-*quater*, ord. penit.

sistema»²³⁸, introduce un nuovo divieto di concessione nei confronti di detenuti e internati che abbiano commesso un qualsivoglia delitto doloso nelle ipotesi in cui il procuratore nazionale antimafia o il procuratore distrettuale comunichino, di propria iniziativa ovvero in base ad una segnalazione pervenuta dal c.p.o.s, la sussistenza di un collegamento attuale con la criminalità organizzata.

La norma, dunque, a differenza delle ipotesi descritte in precedenza, prescinde completamente dal titolo di reato oggetto della condanna ed include nel divieto tutti i delitti dolosi, l'ambito operativo così esteso ha fatto addirittura pensare ad un'inversione di tendenza rispetto ai commi antecedenti, capovolgendo la relazione regola-eccezione desumibile proprio da questi²³⁹. Quindi, la disposizione è «riferibile a quei condannati la cui pericolosità sociale, pur non potendo essere presunta dal titolo del reato commesso, sia ricavabile dal mantenimento dei collegamenti con un sodalizio criminoso»²⁴⁰. Tale smisurata estensione del campo operativo della disposizione in esame trova un correttivo nella competenza specifica degli organi di impulso, la preclusione potrà esclusivamente riguardare i delitti indicati nell'art. 51, comma 3-*bis* c.p.p.: si può pacificamente ritenere che le procure medesime siano in grado di fornire informazioni alla magistratura di sorveglianza soltanto in relazione ai reati ivi previsti²⁴¹.

È opportuno sottolineare che il superamento delle preclusioni poc'anzi citate non permette, ad ogni modo, l'ammissione a tutte le ipotesi di detenzione domiciliare contemplate nell'ordinamento penitenziario. La concessione della detenzione domiciliare biennale c.d. "geenrica" (art. 47-*ter*, comma 1-*bis*, ord. penit.) e della detenzione domiciliare per gli ultrasessantenni (art. 47-*ter*, comma 01, ord. penit) sono infatti sempre escluse, in quanto espressamente stabilito dalla legge n. 354 del 1975, nei confronti dei condannati per uno dei reati previsti all'art. 4-*bis* ord. penit. a prescindere dalla loro cooperazione con la giustizia, dalla verifica sull'attualità del

²³⁸ P. BERLOLOTTO, *Le competenze penitenziarie della procura antimafia introdotte dal d.l. n. 306/92: configurabilità di un potere di veto o di una mera collaborazione a fini probatori?*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2389.

²³⁹ Cfr. F. DELLA CASA, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenze*, V. GREVI (a cura di), CEDAM, Padova, 1994, p. 132.

²⁴⁰ A. PRESUTTI, in *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, A. PRESUTTI (a cura di), Cortina Raffaello, Milano, 1994, p. 85.

²⁴¹ Cfr. CORVI, *op. cit.*, p. 102; V. GREVI, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenze*, V. GREVI (a cura di), CEDAM, Padova, 1994, p. 11.

collegamento ovvero dall'osservazione della personalità per almeno un anno.

La disciplina restrittiva sancita all'art. 4-*bis* non si applica, invece, alla detenzione domiciliare sostitutiva del rinvio facoltativo o obbligatorio dell'esecuzione della pena a tutela dei diritti fondamentali di salute e di genitorialità (art. 47-*ter*, comma 1-*ter*) e, inoltre, a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale (sent. n. 239 del 2014), anche alla detenzione domiciliare speciale *ex art. 47-*quienquies** dedicata alle madri (e a padri esercenti la potestà, nelle ipotesi in cui la madre sia deceduta o altrimenti impossibilitata a prestare assistenza ai figli) di prole di età inferiore ad anni dieci, con essa convivente. La Consulta ha disposto in motivazione che in tutti quei casi in cui è necessario tutelare un interesse eterogeneo ed esterno all'associazione criminosa, quale quello della prole in tenera età, la concessione della misura in questione non potrà essere subordinata alla condotta collaborativa del condannato intesa quale suo ravvedimento; da ciò ne deriva che l'accertamento sulla prevalenza di taluni interessi su altri dovrà essere valutata in concreto e non potrà concludersi *a priori* a favore della tutela della sicurezza sociale. È, infine, esclusa dall'ambito operativo della disposizione in esame anche la detenzione domiciliare concessa nei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria poiché espressamente previsto dal comma 9 dell'art. 47-*quater* ord. penit. La dottrina ha mostrato, fin dall'introduzione della fattispecie (avvenuta con la l. 12 luglio 1999, n. 231), alcune perplessità: *in primis* è stata evidenziata la forte disparità di trattamento che si andrebbe in questo modo a verificare nei confronti dei soggetti affetti da malattie diverse dalla AIDS conclamata; inoltre, tale disciplina è stata da taluno ritenuta un "privilegio" eccessivo se paragonata all'oggettiva gravità che connota i reati indicati nell'art. 4-*bis*; infine, è stato evidenziato che soluzione più adeguata al fenomeno della numerosa presenza in carcere di soggetti affetti da HIV possa essere quella di applicare correttamente gli istituti già esistenti e rendere efficace il sistema sanitario penitenziario²⁴².

²⁴² Per un'analisi più dettagliata delle perplessità che l'introduzione dell'art. 47-*quater* ha suscitato in dottrina si veda L. CESARIS, *Art. 47-*quater**, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Edizione V, CEDAM, 2015, p. 595.

3.2 La detenzione domiciliare per il condannato ultrasettante non pericoloso (art. 47-ter, comma 01 ord. penit.)

Con l'art. 7, comma 2, l. n. 251 del 2005 (c.d legge *ex Cirielli*)²⁴³, come già sostenuto in precedenza, il legislatore ha introdotto una nuova ipotesi di detenzione domiciliare (art. 47-ter, comma 01) andando così ad ampliare la portata dell'istituto: la pena della reclusione può essere espiata in regime di detenzione domestica, presso la propria abitazione o in altro luogo pubblico di cura, assistenza ed accoglienza, dal condannato che abbia compiuto i settanta anni di età al momento dell'inizio dell'esecuzione della pena ovvero dopo che la stessa abbia preso avvio.

La concessione del beneficio è, ad ogni modo, preclusa nelle ipotesi in cui il soggetto è stato condannato per uno dei reati previsti dal libro II, titolo XII, Capo III, sezione I c.p. (delitti contro la personalità individuale), dagli artt. 609-bis c.p. (violenza sessuale), 609-quater c.p. (atti sessuali con minorenni), 609-octies c.p. (violenza sessuale di gruppo), dall'art. 51, comma 3-bis c.p.p. (associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso, associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri) e dall'art. 4-bis ord. penit. (si veda diffusamente *supra*, § 3.1); inoltre sono esclusi coloro i quali siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza nonché i condannati a cui sia stata applicata l'aggravante della recidiva di cui all'art. 99 c.p.²⁴⁴

La disposizione in esame ha, dunque, considerato rilevante al fine dell'ammissione al beneficio il superamento di una determinata soglia di età, tale condizione oggettiva viene infatti considerata incompatibile con la permanenza all'interno degli istituti penitenziari a prescindere dallo *status* psicofisico del soggetto ovvero «meritevole di minor rigore, bastando alla rieducazione un limite *de libertate* più blando»²⁴⁵

²⁴³ La disposizione è stata inserita durante i lavori preparatori mediante l'emendamento 4.25, posto in essere dalla Commissione Giustizia e approvato nella seduta del 15 dicembre 2004, in *Atti Camera. XIV leg. Discussioni*, sed. 15 dicembre 2004.

²⁴⁴ È bene sottolineare che preclude la concessione della misura *de qua* qualsiasi forma di recidiva e non soltanto quella reiterata; cfr. CANEPA - MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 314.

²⁴⁵ A. SCALFATI, *Guida al Diritto*, 2006, *Dossier* n. 1, p. 42.

Il legislatore, conformemente a quanto già previsto in altre norme quali l'art. 275, comma 4, c.p.p. e nello stesso art. 47-ter, comma 1, lett. d)²⁴⁶, mostra un particolare interesse per la tutela dei condannati in età avanzata; e soprattutto in riferimento alla seconda delle norme di cui sopra sono sorte perplessità sull'effettiva necessità di una disposizione *ad hoc* nei confronti degli ultrasessantenni ben ricompresi nella lett. d) dell'art. 47-ter²⁴⁷. Tuttavia a differenza di quanto previsto nella lett. d), la concessione del beneficio neo introdotto è subordinata esclusivamente al compimento del settantesimo anno di età del condannato senza la necessità che siano soddisfatti ulteriori requisiti.

Dunque, la *voluntas* del legislatore non sembrerebbe quella di disporre una disciplina eccezionale nei confronti dei detenuti che versino nelle condizioni su descritte, quanto piuttosto quella di arginare il fenomeno del sovraffollamento carcerario che aveva raggiunto un'estensione preoccupante e che proprio attraverso la legge *ex Cirielli* aveva subito un forte incremento²⁴⁸: la nuova disposizione avrebbe quindi avuto un effetto deflattivo della popolazione carceraria ultra settantenne²⁴⁹. È bene sottolineare che lo stesso dettato normativo rende l'attuazione concreta di tale finalità difficilmente realizzabile: se da un lato, infatti, il legislatore non ha stabilito alcun limite di pena né la sussistenza di una grave patologia per poter accedere alla detenzione domiciliare ai sensi del comma 01; dall'altro, ha imposto gravi preclusioni, quali ad esempio l'applicazione della recidiva e la commissione di una dei reati annoverati all'art. 4-bis ord. penit., che ne escludono l'applicabilità alla quasi totalità

²⁴⁶ Per comodità di consultazione si riporta il testo delle due norme: l'art. 275, comma 4, c.p.p. così stabilisce «non può essere disposta la custodia cautelare in carcere, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, quando imputati siano donna incinta o madre di prole di età inferiore a tre anni con lei convivente, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, ovvero *persona che ha superato l'età di settanta anni*» (il corsivo è di chi scrive); l'art. 47-ter, comma 1, lett. d) prevede la detenzione domiciliare può essere concessa nei confronti di «persona di età superiore a sessanta anni, se inabile anche parzialmente».

²⁴⁷ È opportuno sottolineare che la dottrina non è pacifica sul punto: si veda MARCHESELLI, *Guida al Diritto*, 2006, *Dossier* n. 1, p. 80, il quale ritiene, invece, che trattasi di una «norma opportuna».

²⁴⁸ La legge è intervenuta inasprendo la disciplina dell'accesso alle misure alternative alla detenzione per i condannati ai quali sia stata applicata la recidiva ai sensi dell'art. 99 c.p. Per un'analisi più approfondita degli effetti che la l. n. 251 del 2005 ha prodotto sull'ordinamento penitenziario si veda diffusamente *supra* (§ 2, capitolo 1).

²⁴⁹ Cfr. L. CESARIS, *Art. 47-ter*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Edizione V, CEDAM, 2015, p. 570. L'autrice definisce la previsione «una valvola di sfogo» proprio per sottolineare che la disposizione è stata adottata per ragioni di diminuzione del numero della popolazione carceraria di età superiore ai settanta anni.

della popolazione ultrasettantenne. L'ambito di operatività della fattispecie è così estremamente ridotto.

La giurisprudenza di legittimità ha, tuttavia, stabilito che la concessione del beneficio non avviene automaticamente in quanto è necessario che la magistratura di sorveglianza verifichi, sulla base di una valutazione discrezionale, la meritevolezza del condannato e l'idoneità della misura a favorire il suo reinserimento nella società²⁵⁰.

L'entrata in vigore di questa nuova ipotesi di detenzione domestica ha suscitato molte perplessità. In primo luogo, sono sorti dubbi relativamente all'individuazione del destinatario considerando che la norma fa riferimento alla «persona che al momento dell'inizio dell'esecuzione della pena, o dopo l'inizio della stessa, abbia compiuto i settanta anni di età», è lecito domandarsi se il legislatore abbia voluto far riferimento al momento dell'emissione dell'ordine di carcerazione e della sua sospensione contestuale ovvero al momento della decisione assunta dal tribunale di sorveglianza in merito alla concessione o meno della misura alternativa. Al di là di questo dubbio, il legislatore non ha fatto chiarezza, d'altronde, nemmeno sulla possibilità di accedere al beneficio penitenziario *de quo* prima dell'esecuzione della pena, sebbene ciò avrebbe comportato un necessario intervento riformatore della disciplina della sospensione dell'ordine di esecuzione.

Un'ulteriore perplessità deriva dall'assenza di un *quatum* di pena specificamente indicato, il che potrebbe far lecitamente ritenere che anche pene molto elevate (ad esclusione dell'ergastolo, la cui preclusione si giustifica per la gravità del fatto) possano essere scontate in regime di detenzione domiciliare, a maggior ragione se si considera che la disciplina per il condannato ultrasettantenne non è stata inserita accanto e in aggiunta alle ipotesi descritte nel comma 1 dell'art. 47-ter bensì è stato introdotto un comma specifico, anteposto a tutti gli altri aventi ad oggetto l'intera disciplina. Un'impostazione così estensiva della materia sembra irrazionale se posta in relazione alla *ratio* della l. n. 251 del 2005 che, di fatto, ha inasprito il sistema penitenziario nei confronti dei condannati recidivi. Ciò risulta ancora più evidente se si considera che il legislatore, irragionevolmente, non ha menzionato la pena

²⁵⁰ Cass., Sez. I, 8 febbraio 2012, n. 8712, Tanzi.

dell'arresto, escludendo così tali soggetti dalla nuova disciplina, anche se con elevata probabilità si è trattato di una svista legislativa²⁵¹.

È stata in questo modo introdotta una previsione che garantisce «un percorso speciale e privilegiato per coloro che abbiano compiuto i settanta anni, tale da determinare disparità di trattamento del tutto ingiustificate e a comportare il rischio che le organizzazioni criminali assoldino tra gli ultrasessantenni la manovalanza per la commissione di delitti anche di una certa gravità»²⁵².

Alla luce di quanto sopra esposto si evince la scarsa efficienza della neo introdotta fattispecie al fine di realizzare un'effettiva riduzione della popolazione carceraria, ma al contempo risulta essere difficile, anche, rinvenire nella sua formulazione il concreto interesse del legislatore alla tutela di tale categorie di condannati; sembrerebbe piuttosto che la scelta legislativa sia stata compiuta per fini meramente politici prevedendo un particolare regime nei confronti di detenuti “eccellenti” e proprio per tali ragioni la detenzione domiciliare di cui al comma 01 è stata da taluno definita “salva - Previti”²⁵³.

Dunque, per queste ragioni sarebbe stato, probabilmente, preferibile che fosse introdotta una disciplina coerente con quella prevista nel comma 1 art. 47-ter.

3.3 La detenzione domiciliare per motivi di salute, famiglia o studio (art. 47-ter, comma 1 ord. penit.)

La misura descritta nel comma 1 dell'art. 47-ter ord. penit. è rivolta a determinate categorie di soggetti che debbono espiare la pena della reclusione non

²⁵¹ È concorde con questa teoria MARCHESELLI, *Guida al Diritto*, 2006, *Dossier* n. 1, p. 80, il quale ritiene la preclusione «irragionevole»; dello steso avviso F. DELLA CASA, *Misure alternative alla detenzione*, in *Enciclopedia del Diritto – aggiornamento*, III, p. 842, l'autore sostiene che «grazie ad una ragionevole interpretazione si dovrebbe estendere il beneficio anche all'arresto».

²⁵² L. CESARIS, *Art. 47-ter*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Edizione V, CEDAM, 2015, p. 571.

²⁵³ La legge n. 251 del 2005 trovò immediata applicazione nel caso giudiziario di Cesare Previti, accusato di corruzione, nel processo IMI-SIR. La sentenza di condanna è stata pronunciata nel maggio 2006, il giorno successivo alla stessa l'Onorevole si dimetteva dall'incarico di parlamentare e si presentava nel carcere romano di Rebibbia per scontare la pena prevista. Pochi giorni dopo gli veniva riconosciuta la possibilità di usufruire della detenzione domestica ai sensi del comma 01, introdotto qualche tempo prima. Per queste ragioni, la legge in questione, entrata in vigore durante il governo Berlusconi III, quando Previti rivestiva ancora la carica di deputato, è stata definita “salva – Previti”.

superiore a quattro anni²⁵⁴, anche se costituente residuo di maggior pena. Le categorie descritte sono state oggetto di varie modifiche che hanno determinato l'ampliamento delle stesse e di conseguenza una maggiore fruibilità della detenzione domiciliare. L'art. 47-ter, comma 1, nella sua versione attuale, fornisce un elenco tassativo dei i soggetti destinatari della misura:

- a) «donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente»;
- b) «padre, esercente la potestà²⁵⁵, 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 richiedono 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».

Si tratta di soggetti che versano in condizioni particolari tali per cui è necessaria la loro sottoposizione a discipline più favorevoli sia durante il processo che nella fase dell'esecuzione della pena.

Procedendo nell'analisi delle singole categorie annoverate dal legislatore nel comma 1, si può facilmente constatare come nella lett. a)²⁵⁶ oggetto della tutela non sia esclusivamente il particolare *status* della donna, quale la gravidanza, ma l'interesse del legislatore riguarda in special modo il minore, al quale devono essere garantiti tutti gli strumenti necessari per il suo sviluppo fisico e psichico. L'intenzione di tutelare la

²⁵⁴ Il limite di pena è stato innalzato da tre a quattro anni ad opera della l. n. 165 del 1998, risultando così uniforme rispetto alle soglie di ammissione ai benefici penitenziari stabiliti agli artt. 90 e 94 d.P.R. n. 309 del 1990; per un'analisi dettagliata delle riforme che la legge Simeone ha introdotto nell'ordinamento penitenziario si veda *supra*, § 2.2, capitolo 2.

²⁵⁵ Questa espressione è stata successivamente modificata ad opera del D. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 con le parole «responsabilità genitoriale».

²⁵⁶ Al fine di garantire tutela adeguata al rapporto genitoriale, è stato firmato il 21 marzo 2014 il protocollo d'intesa fra il ministero della giustizia, l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza e l'associazione "Bambini senza sbarre onlus" che all'art. 1 sottolinea l'esigenza di «individuare nei confronti di genitori con figli di minore età, misure di attuazione della pena, che tengano conto anche del superiore interesse di questi ultimi»; nell'art. 7, inoltre, viene ribadita «la necessità di escludere per i bambini la permanenza sia in istituti di penitenziari sia in quelli a custodia attenuata (Icam) e di prevedere per il genitore misure alternative alla detenzione».

prole si evince, inoltre, dall'innalzamento dell'età del minore: inizialmente, elevata a cinque anni con la l. 296 del 1993 e successivamente a dieci mediante la l. 165 del 1998, al fine di ampliare il novero dei beneficiari dell'istituto e di garantire un processo di crescita idonee evitando brusche interruzioni del rapporto genitoriale²⁵⁷.

I numerosi interventi legislativi che si sono susseguiti in materia hanno conferito alla fattispecie in esame un ambito operativo molto più esteso, sempre nell'ottica di tutela del minore: in primo luogo, è venuto meno, ad opera della l. n. 165 del 1998, il requisito dell'allattamento della prole per la concessione della misura confermando che oggetto della tutela è il bambino in tenera età piuttosto che la madre; in seguito, la scelta dell'espressione assolutamente generica «madre di prole» non è casuale, in quanto è stato così possibile concedere l'ammissione all'istituto anche alle madri adottive, al fine di preservare il rapporto madre-figlio indipendentemente dalla forma di filiazione naturale²⁵⁸.

La norma in questione richiede quali requisiti per accedere alla detenzione domiciliare di cui al comma 1, esclusivamente la disponibilità di un domicilio idoneo per le esigenze del minore, da intendersi come una privata dimora ovvero una struttura pubblica di cura o accoglienza ovvero una casa famiglia protetta, introdotta con l. 21 aprile 2011, n. 62; e, inoltre, la convivenza della condannata con la prole. Così prevedendo, il legislatore ha ampliato l'ambito di applicabilità della detenzione domestica sia in relazione all'istituto originario previsto dalla legge Gozzini (l. n. 663 del 19896) sia rispetto alla misura della semilibertà (art. 50, comma 7, ord. penit.), che fornisce una soluzione solamente parziale al problema consentendo alla condannata madre di un figlio di età inferiore ai tre anni di usufruire della casa per la semilibertà; per accedere a tale istituto non è sufficiente la condizione oggettiva di madre in quanto è necessario che sia soddisfatto anche il requisito soggettivo del compimento di progressi durante il trattamento (come espressamente sancito ai sensi del comma 4).

²⁵⁷ In passato l'innalzamento dell'età dei minori era ritenuta una soluzione adeguata per evitare che bambini in tenera età finissero a vivere all'interno di un ambiente sfavorevole quale il carcere (si veda in particolare L. CESARIS, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenze*, V. GREVI (a cura di), CEDAM, Padova, 1994, p. 348; A. PRESUTTI, in *Legislazione Penale*, 1987, p. 164); in seguito all'innalzamento dell'età sono sorte alcune perplessità dal momento che la misura alternativa sembrerebbe essersi trasformata in uno stratagemma al fine di evitare il carcere (sul punto cfr. GRIFFEY, in *Crit. pen.*, 1998, p. 236; P. COMUCCI, in *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, A. PRESUTTI (a cura di), CEDAM, Padova, 1999).

²⁵⁸ Cfr. L. CESARIS, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenze*, V. GREVI (a cura di), CEDAM, Padova, 1994, p. 348; *contra* si veda MAMBRIANI, in *Giust. pen.*, 1988, III, p. 398 e ss.

La misura della detenzione domiciliare risulta, quindi, indubbiamente più vantaggiosa²⁵⁹.

Per quanto concerne la categoria di soggetti indicati nella lett. *b*), questa è stata introdotta nell'ordinamento penitenziario a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 215 del 1990²⁶⁰ la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*ter*, comma 1, laddove non permetteva anche al condannato padre di usufruire della detenzione domestica nei casi in cui la madre fosse deceduta o versasse in condizioni tali da non poter garantire assistenza alla prole. Secondo la Consulta, la disposizione violava il principio di tutela dell'infanzia sancito nell'art. 31 Cost. in quanto precludeva al padre la possibilità di prestare assistenza ai figli minori e non gli permetteva di svolgere un ruolo attivo nel percorso educativo del bambino; il legislatore ha recepito il monito della Corte Costituzionale subordinando, però, la concessione della misura alla sussistenza della patria potestà e alle morte o assoluta impossibilità di prestare assistenza della madre. Il legislatore, introducendo tale requisito non previsto nella sentenza citata, ha ridotto notevolmente l'ambito di fruibilità della detenzione domiciliare da parte dei detenuti padri in quanto, ai sensi dell'art. 32 c.p., la condanna a pena non inferiore ad anni cinque di reclusione può comportare la decadenza dall'esercizio della potestà genitoriale; il medesimo effetto si realizza a seguito della condanna per reati molto gravi, quali ad esempio quelli di natura sessuale (art. 609 ss. c.p.), indipendentemente dal *quantum* di pena comminata.

Qualche perplessità sorge se si considera che l'esercizio della responsabilità genitoriale riguarda entrambi i genitori e il requisito nel caso di specie sia stato introdotto solo con riferimento al padre; se ne può dedurre che il legislatore valuti in modo difforme la presenza dei coniugi durante la fase di crescita dei minori: la madre assume un ruolo indispensabile e primario e la sua presenza viene considerata positiva per lo sviluppo del bambino, la figura paterna è, invece, surrogatoria di quella materna e la sua presenza è, dunque, soltanto eventuale²⁶¹.

²⁵⁹ Cfr. L. CESARIS, *op. cit.*, p. 348.

²⁶⁰ Corte Cost., 13 aprile 1990, n. 215 (pres. Saja, rel. Gallo), in *Cass. pen.*, 1990, 1887.

²⁶¹ Cfr. L. CESARIS, *Art. 47-ter*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Edizione V, CEDAM, 2015, p. 555. L'autrice sottolinea come tale assunto trova riscontro nel dettato della legge, in quanto la lett. *b*) stabilisce che il padre può accedere alla misura soltanto in caso di decesso della madre o di sua assoluta impossibilità a prestare assistenza alla prole.

Per quanto concerne l'assoluta impossibilità della madre a prestare assistenza alla prole, sancita nella lett. *b*) dell'articolo in questione, la giurisprudenza, anche se in modo non univoco²⁶², ne ha dato un'interpretazione restrittiva, andando ad escludere, per esempio, che lo svolgimento di turni notturni da parte della donna possa integrare la fattispecie legale²⁶³. Generalmente, tale impedimento consiste in condizioni di salute gravi ovvero nell'abbandono del domicilio, deve escludersi che possano integrare il requisito l'attività lavorativa esercitata dalla donna²⁶⁴. Si è cercato in questo modo di evitare un'applicazione strumentale della misura *de qua* e «il criterio preferibile, sul piano generale, parrebbe quello che individua l'impedimento assoluto in una situazione di fatto tale che la madre, pur con la massima diligenza possibile, non sia in grado di provvedere, secondo uno standard minimo, alle esigenze della prole»²⁶⁵.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 350 del 2003, interviene nuovamente al fine di salvaguardare il minore dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*ter*, comma 1, lett. *a*) e *b*) nella parte in cui non prevede la possibilità di concedere la misura alla madre condannata o al padre, nei casi di cui sopra, conviventi con un figlio portatore di handicap totalmente invalidante, a prescindere dall'età dello stesso²⁶⁶. La Consulta ha ritenuto che la norma ponesse in essere due regime trattamentali diversi per disciplinare situazioni analoghe: la misura veniva concessa alla madre convivente con un figlio di età inferiore a dieci anni che disponesse di una certa autonomia ma non era prevista per il genitore di un figlio disabile, che necessita di un'assistenza

²⁶² Si veda Cass., Sez. I, 15 aprile 1994, Borzachelli, RP, 1995, 402: «l'assoluta impossibilità della madre di accudire la prole non deve essere intesa in modo talmente rigido da escludere la stessa applicazione del beneficio, nel senso di richiedere una difficoltà estrema, tale da superare le normali capacità reattive della persona autonomamente considerata e nel contesto familiare».

²⁶³ Cass., Sez. I, 16 febbraio 1994, Dossetti, GP, 1995, II, 2101: nel caso di specie, infatti, la donna risultava essere impiegata in servizi notturni.

²⁶⁴ Si veda più in generale sul tema, Cass., Sez. I, 28 gennaio 2009, n. 13021, Parrino, in tale sentenza viene ribadito, in primo luogo, che l'attività lavorativa non integra di per sé il requisito dell'assoluta impossibilità da parte della madre e stabilisce, inoltre, che «occorre verificare caso per caso se esistono strutture di sostegno o di assistenza sociale, ovvero se sia disponibile l'assistenza di altri familiari che possano, all'occorrenza, sostituire la madre»; inoltre, in motivazione, la Suprema Corte sottolinea come l'onere di allegazione compete al condannato, il quale dovrà dimostrare la sussistenza di situazioni che in concreto non permettono alla madre di assistere i figli. Si veda, però, in senso difforme Cass., Sez. I, 22 dicembre 1999, n. 7315, secondo tale pronuncia non sussiste l'obbligo di disporre di strutture pubbliche competenti alla cura del minore nei casi in cui la madre sia impegnata in attività lavorativa.

²⁶⁵ CANEPA - MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 316.

²⁶⁶ Cfr. F. NUZZO, *La Corte Costituzionale estende i confini della detenzione domiciliare*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 699.

continua in quanto non in grado di provvedere da solo alle sue esigenze²⁶⁷. La decisione della Corte Costituzionale ha ampliato di molto l'ambito operativo della detenzione domiciliare in quanto non solo viene riconosciuto alla madre (ed esplicitamente anche al padre nei casi determinati *ex lege*) di un minore disabile la possibilità di disporre della detenzione *ex art. 47-ter* ord. penit. ma si ritiene che la pronuncia sia destinata ad operare anche ai sensi dell'*art. 47-quinquies*, il quale tutela in egual modo il rapporto genitoriale ma in casi diversi rispetto a quelli descritti nella norma precedentemente citata; inoltre, deve anche tenersi in considerazione che l'applicazione della misura non è subordinata all'età della prole, estendendo maggiormente il raggio di applicazione della stessa. La Consulta ha cercato di limitare un'eccessiva estensione del beneficio stabilendo, nella parte finale della motivazione, che il figlio deve essere «portatore di handicap accertato come invalidante»; in questo modo la concessione della misura è consentita soltanto ai genitori di prole che presenta un handicap accertato dal medico-legale come totalmente invalidante e non sarà, di conseguenza, applicabile in caso in cui il giovane sia affetto da qualunque handicap seppur grave che non sia stato così definito²⁶⁸.

La pronuncia suddetta svolge un ruolo fondamentale nel segnare l'evoluzione della detenzione domiciliare da misura alternativa caratterizzata da finalità assistenziali e umanitarie a misura contraddistinta da elementi più prossimi alla finalità rieducativa e di reinserimento nella società del condannato. «Una misura dunque dai profili polifunzionali»²⁶⁹.

La terza categoria di condannati che possono beneficiare della detenzione domiciliare, ai sensi dell'*art. 47-ter* ord. penit., lett. *c*), sono coloro i quali versano in

²⁶⁷ La Consulta, infatti, stabilisce: «la disciplina contenuta nell'*art. 47-ter* dà luogo a disparità di trattamento tra situazioni familiari analoghe ed equiparabili fra loro, quali sono quella della madre di un figlio incapace perché minore di anni dieci, ma con un certo margine di autonomia, almeno sul piano fisico, e quella della madre di un figlio disabile e incapace di provvedere da solo anche alle sue più elementari esigenze, il quale, a qualsiasi età, ha maggiore e continua necessità di essere assistito dalla madre rispetto ad un bambino di età inferiore ad anni dieci».

²⁶⁸ Cfr. L. CESARIS, *Art. 47-ter*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Edizione V, CEDAM, 2015, p. 555. L'autrice sottolinea come tale interpretazione della formula appare inequivocabile se si considera la scelta del verbo al participio passato, «accertato», il quale presuppone che sia stata effettuata una diagnosi accurata ad opera del medico-legale e che dunque tale valutazione non debba essere svolta dal giudice chiamato a decidere (*contra* si veda F. GIRELLI, *La ragionevolezza della detenzione domiciliare per il genitore di persona totalmente invalida*, in *Giur. it.*, 2004, p. 2242).

²⁶⁹ L. CESARIS, *Art. 47-ter*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Edizione V, CEDAM, 2015, p. 556.

condizioni di salute particolarmente gravi che richiedono costanti contatti con i presidi sanitari territoriali²⁷⁰; il legislatore, in ossequio al principio stabilito nell'art. 32 Cost., individua nella misura alternativa *de qua* un adeguato strumento di raccordo e compromesso tra la tutela del diritto alla salute e la necessità di perseguire le esigenze di prevenzione generale e speciale. Le gravi condizioni di salute del detenuto non gli permettono di scontare in modo idoneo la pena all'interno del carcere, altrimenti si violerebbero i principi sanciti nell'art. 27 Cost. dal momento che la reclusione sarebbe inumana e certamente non finalizzata alla rieducazione. Tale disposizione è quanto mai attuale considerato che, nonostante la riforma attuata con il d.l. 22 giugno 1999, n. 230, rubricato "riordino della medicina penitenziaria", il sistema sanitario penitenziario è inefficace e inadeguato. L'insufficienza del sistema non riguarda indifferente tutti i servizi distribuiti sul territorio nazionale in quanto, è bene sottolineare, vi sono strutture in forte degrado ma altre che funzionano ottimamente; quello che risulta certo è che tale situazione di precarietà rende assai più intollerabile la permanenza all'interno degli istituti penitenziari e proprio al fine di rispettare le finalità della pena imposte dalla Costituzione, il legislatore ha previsto un valido strumento per scontare la pena al di fuori delle mura carcerarie in presenza di una situazione di salute di indubbia gravità.

L'integrazione della fattispecie legale *de qua* è subordinata alla presenza di una patologia del detenuto particolarmente grave e alla necessità di ricorrere a presidi medici esterni per assicurare le cure adeguate²⁷¹. Per quanto concerne lo stato di salute particolarmente grave in cui deve versare il condannato, la giurisprudenza ha sottolineato più volte che «non è sufficiente che si tratti di persona che sia in condizioni di salute gravi, ma è necessario che la particolare gravità di queste richieda un costante

²⁷⁰ Questo particolare *status* legato alle condizioni gravi di salute trova già tutela in sede di esecuzione penale nell'art. 147 c.p., il quale disciplina il differimento dell'esecuzione della sanzione penale nei casi in cui il soggetto versi in condizioni di grave infermità fisica (si veda più diffusamente nel corso del paragrafo) e nell'art. 11 ord. penit. che prevede il trasferimento in ospedali civili o altri luoghi esterni di cura nelle ipotesi in cui siano necessari cure o accertamenti diagnostici che non possono essere realizzati all'interno dei servizi sanitari degli istituti. È necessario, inoltre, sottolineare che tale *status* viene tutelato senza soluzione di continuità tra la fase processuale e quella dell'esecuzione e ciò si evince dal dettato dell'art. 275, comma 4-*bis*, c.p.p. che stabilisce il divieto di disporre la custodia cautelare nei confronti degli individui che versino in condizioni di salute molto gravi incompatibili con lo stato detentivo.

²⁷¹ Secondo Cass., Sez. I, 28 ottobre 1992, Annunziata, RV. 192461, l'esclusione della gravità delle condizioni di salute del condannato esclude per ciò solo la necessità di ricorrere a presidi sanitari esterni e quindi non integrerebbe la fattispecie in esame.

contatto»²⁷² e, inoltre, si è ribadito che «la semplice esigenza di un'assistenza fisica a soggetto impedito fin dalla nascita [...] e le cui condizioni non risultino essersi aggravate nel periodo di carcerazione con insorgenza di patologie necessitanti di costanti contatti con i presidi sanitari extracarcerari»²⁷³ non integra il presupposto di ammissibilità alla misura²⁷⁴. La giurisprudenza di legittimità ha peraltro escluso che la fattispecie possa essere integrata da qualsiasi patologia che implichi un pericolo per la vita o che possa avere un prevedibile esito nefasto, «le condizioni di salute particolarmente gravi ben possono essere ravvisate in una o più alterazioni della funzionalità psico-fisica del condannato, caratterizzate dalla necessità di costanti contatti con i presidi sanitari extracarcerari, da un elevato grado di intensità e dalla idoneità a rendere ancora più afflittiva l'espiazione della pena in istituto penitenziario»²⁷⁵, tali requisiti «devono sussistere all'epoca di espiazione della pena, indipendentemente dalla data di insorgenza della patologia»²⁷⁶.

Bisogna, per di più, evidenziare che la formula utilizzata dal legislatore risulta essere così ampia da ricomprendere sia le patologie fisiche che quelle psichiche, la misura in esame risulta così essere idonea anche ad attenuare la delicata questione della reclusione di soggetti affetti da gravi malattie psichiatriche.

Si pone, però, un problema di coordinamento con l'art. 148 c.p. il quale dispone il differimento dell'esecuzione della pena nei casi in cui il condannato sia affetto da infermità psichica sopravvenuta. La disposizione *de qua* prevede la possibilità per il magistrato di sorveglianza di autorizzare il trasferimento presso un ospedale psichiatrico civile, invece che in quello giudiziario, se il *quantum* di pena inflitta non sia superiore a tre anni e il soggetto non sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza. In conseguenza di ciò la detenzione domiciliare costituisce per i casi di soggetti affetti da infermità psichica una valida alternativa al ricovero ospedaliero, permettendo al condannato di ottenere i trattamenti sanitari necessari all'interno di strutture di cura, assistenza ovvero nella propria abitazione,

²⁷² Cass., Sez. I, 15 maggio 1989, Todice, in *Cass. pen.*, I, 1990; si veda inoltre Cass., Sez. I, 14 luglio 1998, n. 4283, Valz Blin, in *Riv. pen.*, 1999, p. 214.

²⁷³ Cass., Sez. I, 5 luglio 1994, Antonacci, in *Riv. pen.*, 1995, p. 1042.

²⁷⁴ Ad esempio, nella sentenza n. 4406 del 1991, la Suprema Corte non ha ritenuto sussistenti le caratteristiche delle condizioni di salute particolarmente grave ad un condannato da sindrome depressiva ed epilessia.

²⁷⁵ Cass., Sez. I, 14 luglio 1998, n. 4283, Valz Blin, in *Riv. pen.*, 1999.

²⁷⁶ Cass., Sez. I, 10 febbraio 1993, Porru, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1005.

caratterizzati dalla costanza e quindi da una maggiore efficacia.

È opportuno, infine, esaminare il rapporto sussistente tra l'art. 47-ter, comma 1, lett. c) ord. penit. e l'art. 147 c.p., che ha ad oggetto il rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena se il condannato si trova in condizioni di grave infermità fisica. Il primo punto di discontinuità riguarda il presupposto di concessione del beneficio in quanto quello della misura penitenziaria appare più stringente di quello richiesto per il differimento dell'esecuzione, a prescindere dalla gravità della patologia presa in considerazione. La giurisprudenza risulta essere costante²⁷⁷ nel ritenere che l'unico requisito richiesto per il rinvio facoltativo sia quello della gravità, dunque è necessario che la malattia metta in pericolo la vita del condannato. Un altro elemento distintivo tra i due istituti in esame riguarda le finalità perseguite dalla detenzione domestica. La giurisprudenza di legittimità, partendo dal presupposto che la misura penitenziaria persegue l'obiettivo di reinserire il detenuto nella società, ritiene necessario valutare, al fine della concessione del beneficio, «l'aspettativa di vita del condannato stesso, perché quando questa è ridotta è frustrato lo scopo del reinserimento sociale»²⁷⁸; secondo quest'ottica la misura alternativa sarà concedibile in tutti i casi in cui il condannato, nonostante le gravi condizioni di salute, sia in grado di tenere comportamenti orientati in modo consapevole alla sua rieducazione.

Procedendo in questa breve rassegna delle categorie di soggetti che possono beneficiare della detenzione domiciliare ai sensi dell'art. 47-ter, comma 1 ord. penit, si deve fare riferimento al condannato di età superiore ad anni sessanta se inabile, anche solo parzialmente (lett. d)). Dal tenore della norma si evince che gli *status* previsti sono due: l'età del condannato e la sua inabilità, anche solo parziale. Per quanto concerne il primo elemento, questo viene preso in considerazione anche in altre disposizioni, quali l'art. 275, comma 4 c.p.p. che sancisce il divieto di disporre la custodia cautelare in carcere nei confronti del soggetto infrasettantenne, salvo la sussistenza di esigenze cautelari di eccezionale rilevanza; nonché nel comma 01, dell'art. 47-ter (sul quale si veda diffusamente *supra*, § 3.3); e ancora, nei

²⁷⁷ Cfr. Cass., Sez. I, 10 dicembre 1997, Grandelli, in *Giust. pen.*, 1998, p.523; Cass., Sez. I, 19 giugno 1991, Scarpetti, in *Giust. pen.*, 1992, II, p. 84; si veda, inoltre, Cass., Sez. I, 14 gennaio 1999, Nirta, in *Cass. pen.*, 2000, p. 910, la Suprema Corte ha sostenuto che «si deve far riferimento soltanto all'oggettiva gravità, a nulla rilevando l'eventuale compatibilità dello stato patologico con la permanenza in carcere sotto il profilo della possibilità di apprestamento delle opportune terapie».

²⁷⁸ Cass., Sez. I, 30 gennaio 1995, De Vincenzo, in *Cass. pen.*, 1996, p. 308.

provvedimenti in materia di indulto. Si è, infatti, affermato che «è immanente al sistema una sorta di incompatibilità presunta con il regime detentivo per coloro che abbiano compiuto i settanta anni, sicché deve essere accertata la sussistenza di circostanze eccezionali tali da imporre l'inderogabilità dell'esecuzione o da contrastare con la possibilità di renderla meno afflittiva mediante la detenzione domiciliare»²⁷⁹.

Il secondo requisito attiene all'inabilità o invalidità del condannato, di cui non viene specificata l'entità al fine della concessione della misura. L'espressione non è di facile interpretazione. La giurisprudenza costituzionale ha escluso che possa trattarsi di una «incompatibilità assoluta con il regime della detenzione in carcere»²⁸⁰ mentre la dottrina ha precisato che l'espressione possa essere intesa come un «decadimento delle condizioni psico-fisiche della persona tale da limitare apprezzabilmente l'autosufficienza e la vita di relazione»²⁸¹, non è però necessario che il condannato necessiti di un rapporto costante con i presidi sanitari territoriali. A seguito dell'intervento legislativo del 1993 (l. n. 296 del 1993), avente ad oggetto l'abbassamento dell'età per accedere alla detenzione domestica dai sessantacinque ai sessant'anni, sono sorte alcune perplessità in merito alla teoria “della non autosufficienza” del detenuto poc'anzi illustrata in quanto il legislatore sembra aver perseguito lo scopo di ampliare l'ambito operativo del beneficio *de quo* conseguendo una politica deflattiva di riduzione della popolazione reclusa.

Infine, il legislatore, alla lett. e) art. 47-ter, comma 1, dedica particolare tutela alla persona minore di anni ventuno che per comprovate esigenze di salute, studio, lavoro e famiglia può accedere alla detenzione domiciliare; la *ratio* della disposizione è quella di predisporre degli strumenti adeguati affinché si possa evitare la reclusione di un soggetto così giovane e quella, inoltre, di garantire a quest'ultimo un sostegno idoneo al suo reinserimento nella società. La formula delle ragioni, non necessariamente presenti contestualmente, che rendono concedibile la misura appare molto ampia e lata, al punto da ricomprendere *status* già descritti nelle altre lettere dell'art. 47-ter ord. penit.; il compito affidato al giudice chiamato a decidere non è

²⁷⁹ L. CESARIS, Art. 47-ter, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Edizione V, CEDAM, 2015, p. 558. Si veda, inoltre, Cass., Sez. I, 12 febbraio 2001, Passafini, CED Cass. n. 218640.

²⁸⁰ Corte Cost., 16 maggio 1996, n. 165 (Pres. Ferri Rel. Onida).

²⁸¹ CANEPA - MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 303.

affatto semplice, dovrà verificare all'interno di quale ipotesi tipizzata il caso concreto sia suscettibile. L'indeterminatezza della fattispecie legale potrebbe comportare un eccessivo ampliamento del potere discrezionale del tribunale di sorveglianza nell'applicazione della misura²⁸².

È necessario, inoltre, stabilire quale sia l'interpretazione più corretta del momento al quale fare riferimento per considerare l'età del reo in quanto dalle possibili soluzioni ne derivano conseguenze assai differenti: qualora si facesse riferimento all'età del condannato nel momento della commissione del fatto illecito allora la misura sarebbe destinata ad un numero maggiore di individui²⁸³; diversamente, se si prendesse in considerazione il momento di presentazione dell'istanza. L'espressione utilizzata dal legislatore nell'*incipit* del comma 1 dell'art. 47-ter ord. penit., «le pene possono essere espiate», fa propendere per la seconda delle soluzioni appena illustrate in quanto sembra preferibile prendere in considerazione l'età del giovane durante la fase dell'esecuzione della pena, *rectius* nel momento di presentazione dell'istanza per accedere alla misura alternativa *de qua*²⁸⁴. Certamente tale interpretazione della disposizione comporta una forte riduzione dell'ambito operativo della detenzione domiciliare, causata anche dalle lungaggini processuali. È bene sottolineare, però, che il giovane rientrando nella condizione prevista nella lett. e) fruisce della detenzione domestica in quanto non si è mostrato idoneo ad ogni altro beneficio penitenziario più favorevole, quale ad esempio l'affidamento in prova al servizio sociale²⁸⁵.

A seguito di questa breve descrizione delle categorie nei cui confronti la misura alternativa *de qua* può essere concessa, è necessario analizzare i presupposti di ammissibilità alla stessa. Ai sensi dell'art. 47-ter, comma 1 ord. penit., l'ammissibilità alla detenzione domestica è subordinata, oltre che alla presenza di un particolare *status* soggettivo, alla quantità e alla specie di pena comminata, e all'assenza della

²⁸² Cfr. FASSONE E. – BASILE T. – TUCCILLO G., *La riforma penitenziaria*, Jovane, Napoli, 1987, p. 66: secondo i quali nel caso di specie si può ben parlare di «discrezionalità pressoché assoluta».

²⁸³ Cfr. A. PRESUTTI, in *Legislazione Penale*, 1987, p. 166.

²⁸⁴ Questa tesi è approvata da gran parte della dottrina, si veda tra gli altri FASSONE E. – BASILE T. – TUCCILLO G., *op. cit.*, pp. 67 e 158; L. CESARIS, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenze*, V. GREVI (a cura di), CEDAM, Padova, 1994, p. 360. Gli autori sottolineano che a sostegno di tale teoria vi sia, inoltre, il dettato del comma 7 dell'art. 47-ter, il quale prevede la revoca della misura alternativa nelle ipotesi in cui dovessero venir meno le condizioni indicate nel primo comma e dunque anche il compimento dei ventuno anni di età; revocata la misura, la pena dovrebbe essere eseguita in carcere.

²⁸⁵ Cfr. L. CESARIS, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenze*, V. GREVI (a cura di), CEDAM, Padova, 1994, p. 360; FASSONE E. – BASILE T. – TUCCILLO G., *op. cit.*, p. 152.

pericolosità sociale in capo al condannato. Per quanto attiene al primo requisito, il legislatore non prevede limite alcuno di entità di pena inflitta quando si tratta dell'arresto e per quanto riguarda la reclusione, invece, la condanna non deve essere superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena. Relativamente al secondo presupposto, è necessario per la concedibilità della misura che il condannato non abbia relazioni con la criminalità organizzata, inizialmente questa condizione era sancito nel comma 2 dell'articolo in questione²⁸⁶. L'indeterminatezza della disposizione ne ha comportato la sua abrogazione in quanto era assai complicato per il tribunale di sorveglianza verificare la sussistenza della condizione ostativa, sia per l'assenza di parametri di valutazione sia per la difficoltà nell'individuare gli elementi dai quali desumere l'attualità del collegamento con l'organizzazione criminosa. Oggigiorno il requisito viene definito espressamente negli artt. 4-*bis* e 58-*quater* ord. penit.: secondo una giurisprudenza costante si ritiene che il rinvio all'art. 4-*bis* concerne esclusivamente il catalogo dei delitti la cui commissione preclude l'applicabilità della detenzione domiciliare e non anche l'intera disciplina *ivi* sancita, dunque ne rimangono escluse le deroghe previste²⁸⁷.

La scelta del legislatore di estendere la disciplina delle condizioni ostative anche alla detenzione domestica, non è stata, secondo la dottrina prevalente, «coerente e sistematica»²⁸⁸ considerato che la misura in esame è caratterizzata principalmente da finalità assistenziali e umanitarie, anteposte alle esigenze di tutela dell'ordine sociale, non si spiega quali sia la *voluntas legis*; è necessario, inoltre, sottolineare che il condannato che non possa accedere alla misura in esame per l'attualità della relazione con la criminalità organizzata, potrà ottenere, qualora sussistano i requisiti, il rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena *ex art.* 146 c.p., godendo in questo modo di un periodo di libertà senza condizioni.

²⁸⁶ Per facilità di consultazione si riporta il testo del comma in esame, ora oggetto di abrogazione: «la detenzione domiciliare non può essere concessa quando è accertata l'attualità di collegamenti del condannato con la criminalità organizzata o di una scelta di criminalità». La formula utilizzata fu da subito aspramente criticata, al punto che durante i lavori preparatori si affermò che l'espressione era troppo generica e poco tecnica (cfr. *Atti Senato. IX leg. Giunte e commissioni*, sed. 13 marzo 1986, 14) ma questo non fu sufficiente a modificare la disposizione con elementi più circoscritti e dettagliati.

²⁸⁷ Cfr., fra le moltissime pronunce, Cass., Sez. I, 27 maggio 2010, n. 27557, Mikovic, RV. 247723 in CED Cass.; Cass., Sez. I, 27 aprile 2011, Barbato, RV. 250277 in CED Cass.

²⁸⁸ L. CESARIS, *Art. 47-ter*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Edizione V, CEDAM, 2015, p. 564.

3.4 La detenzione domiciliare “generica” (art. 47-ter, comma 1-bis ord. penit.)

La legge n. 165 del 1998 ha introdotto nell’ordinamento penitenziario un’ulteriore ipotesi di detenzione domiciliare, prevista al comma 1-*bis* dell’art. 47-ter, che può essere concessa dal tribunale di sorveglianza per l’espiazione di pene detentive non superiori ai due anni, anche se costituenti residuo di maggior pena, a prescindere delle condizioni sancite nel comma 1 (sopra descritte), quando non ricorrono i presupposti per l’affidamento in prova ai servizi sociali e sempre che tale istituto sia idoneo ad evitare il pericolo che il condannato commetta in futuro altri reati. La norma non trova applicazione nei casi in cui la condanna abbia ad oggetto uno dei delitti indicati nell’art. 4-*bis* ord. penit.²⁸⁹ Con la l. 251 del 2005 era stata disposta l’inapplicabilità della misura in esame nei confronti dei condannati ai quali era stata applicata la recidiva sancita nell’art. 99, comma 4 c.p. (recidiva reiterata), la disposizione è stata recentemente abrogata ad opera del d.l. 1 luglio 2013, n. 78 (convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 94)²⁹⁰.

Tale fattispecie legale viene comunemente definita “generica” dal momento che non è destinata a soggetti che presentano particolari condizioni soggettive in base alle quali è necessaria una particolare tutela, così come invece previsto nelle ipotesi sancite nel comma precedente, bensì l’istituto si riferisce a quei condannati che presentano un basso indice di pericolosità, desumibile dal tipo di reato, considerando l’esclusione dei condannati per i delitti indicati nell’art. 4-*bis*, e dal *quantum* di pena da espianare non superiore ai due anni di reclusione. A partire dal momento dell’introduzione della

²⁸⁹ È necessario sottolineare che in relazione all’esclusione *tout court* di tali soggetti è stata sollevata una questione di legittimità costituzionale del comma in esame in relazione agli artt. 3 e 27 Cost. nella parte in cui il condannato che ha commesso un delitto indicato nell’art. 4-*bis* non possa in nessun caso accedere alla detenzione domiciliare “generica” diversamente da quanto stabilito dalla disposizione al primo comma in relazione alla disciplina dei permessi premio e delle altre misure alternative. In questo modo si verificherebbe una grave disparità di trattamento tra coloro che pur avendo commesso un reato previsto nell’art. 4-*bis* possano godere dei benefici penitenziari e coloro che non possano godere della misura ex comma 1-*bis*, pur avendo commesso un delitto della stessa gravità. Corte Cost., ord. n. 77 del 2000. La dottrina osserva che la preclusione di tali soggetti dipenda dal fatto che la detenzione domiciliare “generica” non abbia finalità trattamentali dal momento che è priva di prescrizioni dal contenuto risocializzante

²⁹⁰ Per una disamina più approfondita dell’abrogazione del divieto di concessione della misura sancita nel comma 1-*bis* ai recidivi reiterati si veda § 2.3, cap. 3.

disposizione *de qua* si è aperto un vivace dibattito in merito ai possibili destinatari²⁹¹, «i requisiti indicati, infatti, sembrano individuare soggetti solo apparentemente a basso indice di pericolosità: il limite edittale relativamente contenuto – coincidente nell'applicazione *ab initio* con quello suscettibile di sospensione condizionale – evidenzia come destinatari possano essere soggetti che o non siano apparsi meritevoli del beneficio penalistico ora ricordato oppure ne abbiano già goduto»²⁹². Il riferimento normativo al *quantum* di pena inflitto, anche se costituente residuo di maggior pena induce a ritenere che la detenzione domiciliare “generica” possa essere concessa in presenza di pene elevate che abbiano subito una riduzione (ad esempio a causa della custodia cautelare presofferta), dunque in questi casi il soggetto non potrebbe non essere considerato pericoloso socialmente²⁹³.

La misura in esame può essere concessa soltanto qualora non sussistano i presupposti per l'ammissibilità del condannato all'affidamento in prova ai servizi sociali, tale requisito deve essere interpretato non come la dichiarazione della priorità che viene attribuita dal legislatore al beneficio penitenziario più ampio quanto piuttosto è riconducibile ad una valutazione negativa relativa alla rieducabilità del condannato, tale da non permettere la concessione dell'affidamento in prova²⁹⁴. Ad ogni modo, tale presupposto richiede necessariamente una valutazione del giudice chiamato a decidere circa la concedibilità del *probation* penitenziario e nei casi in cui la valutazione sia negativa, potrà essere verificata l'assenza del pericolo che il condannato commetta altri reati. La Corte di Cassazione ha sostenuto, in proposito, la sussistenza di un obbligo in capo al tribunale di sorveglianza di indicare le motivazioni che l'hanno spinto a considerare idoneo il soggetto in relazione al pericolo di recidiva

²⁹¹ Il dibattito si è aperto già a partire dei lavori preliminari si veda *Atti Camera. XIII leg. Discussioni*, sed. 25 settembre 1996, p. 3528 e *Atti Camera. XIII leg. Giunte e commissioni*, sed. 23 luglio 1996, p. 26 e ss. La misura viene definita «eccentrica» da PIERRO, in *Sospensione della pena ed espiazione extra moenia*, F. P. C. IOVINO – L. KALB – I. MASSARO – R. NORMANDO – G. PIERRO – E. RANIERI (a cura di), Giuffrè, Milano, 1998, p. 309.

²⁹² L. CESARIS, *ult. op. cit.*, p. 568.

²⁹³ Secondo alcuni autori sarebbe necessario introdurre degli ulteriori requisiti ai fini della concessione della misura *de qua*, si veda, fra gli altri, G. ROMANO, *Crit. pen.*, 1998, p. 2.

²⁹⁴ Cfr. F. DELLA CASA, *Misure alternative alla detenzione*, in *Enc. D. Ann.*, III, p. 844. Si veda, inoltre, CANEPA - MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 319; secondo gli autori la differenza tra gli istituti in esame dovrebbe rinvenirsi nella natura degli stessi in quanto l'affidamento in prova ha «carattere propulsivo, connesso alle prescrizioni anche di contenuto positivo», a differenza della detenzione domiciliare che ha «contenuto essenzialmente contenitivo e interdittivo». Dunque dovrà darsi attuazione alla misura del *probation* tutte le volte in cui per la rieducazione del condannato sarà necessario impartire le prescrizioni suddette.

e che tale valutazione deve «riguardare sia l'efficacia delle prescrizioni imposte, sia le caratteristiche di personalità del soggetto o i progressi fatti registrare nel corso del trattamento intramurario, sia infine gli esiti delle indagini svolte sulla sua condotta in ambiente libero»²⁹⁵. Dunque, la misura in esame sarà concessa soltanto a seguito di tale giudizio.

La completa omissione da parte del legislatore di prescrizioni dal contenuto risocializzante ha suscitato in dottrina non poche perplessità. Si è infatti ritenuto che la misura, così come descritta, non svolga una funzione rieducativa bensì soltanto quella di neutralizzare la pericolosità sociale del condannato; tale aspetto si evince anche dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 422 del 1999, nella quale la Consulta ha statuito che la detenzione domestica “generica” potesse essere concessa anche nei casi in cui la condanna avesse ad oggetto una pena superiore ai due anni di reclusione purché effettivamente idonea ad arginare il pericolo della recidiva e «in quanto volta ad assecondare il passaggio graduale allo stato di libertà pieno»²⁹⁶.

Come precedentemente accennato, la disposizione in esame escludeva, inoltre, dalla concessione della misura i condannati ai quali era stata applicata la recidiva ai sensi dell'art. 99, comma 4 c.p. (divieto introdotto con la l. n. 251 del 2005 e abrogato dal d.l. n. 78 del 2013). Secondo la giurisprudenza di legittimità la norma aveva imposto una sorta di presunzione di inidoneità della misura nei confronti dei recidivi reiterati²⁹⁷. Nonostante l'abrogazione del divieto, non è venuto meno questa visione di sfavore nei confronti dei condannati a cui sia stato applicato l'art. 99, comma 4 c.p. in quanto è rimasta immutata la disciplina sancita nell'art. 58-*quater*, comma 7-*bis* ord. penit., il quale stabilisce che la detenzione domiciliare non può essere concessa a tali soggetti per più di una volta.

Dall'analisi appena esposta si può, quindi, dedurre che la detenzione domestica “generica” persegua, per lo più, finalità deflattive di riduzione della popolazione ristretta tant'è vero che già nel corso del dibattito parlamentare si era affermato che la misura sancita nel comma 1-*bis* consiste in una «valvola di sfogo che mira appunto

²⁹⁵ Cass., Sez. I, 28 dicembre 1999, Marrone, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3436.

²⁹⁶ Corte Cost., 27 ottobre 1999, n. 422 (Pres. Granata, Rel. Vassalli).

²⁹⁷ Cass., Sez. I, 6 giugno 2006, Spada, CED Cass. n. 234714; secondo la Suprema Corte la norma in esame statuisce un divieto di natura speciale rispetto a quello generale sancito nell'art. 58-*quater*.

allo sfollamento delle carceri»²⁹⁸.

3.5 La detenzione domiciliare “umanitaria” (art. 47-ter, comma 1-ter ord. penit.)

La disposizione prevista all’art. 47-ter, comma 1-ter ord. penit., introdotta con la l. 27 maggio 1998, n. 165, consente al tribunale di sorveglianza di disporre la detenzione domiciliare, qualora sussistano i presupposti per concedere il differimento obbligatorio o facoltativo dell’esecuzione della pena previsto ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p.; la misura può essere impartita anche se la pena dovesse superare i limiti indicati nel comma 1, vale a dire i quattro anni di reclusione, anche intesi come residuo di maggior pena. Il giudice chiamato a decidere può stabilire un termine di durata di tale applicazione che può essere prorogato fin tanto che sussistano le condizioni legittimanti.

Le peculiarità di questa forma nuova di detenzione domestica sono: la possibilità di applicare la misura anche *ex officio*, senza la necessità di una richiesta da parte dell’interessato in tutti i casi in cui l’organo giudicante sia venuto a conoscenza di una particolare situazione in base alla quale deve (o può, a seconda dei casi) essere disposto il rinvio dell’esecuzione²⁹⁹; l’ammissione all’istituto anche dei condannati che abbiano commesso uno dei delitti fra quelli indicati all’art. 4-bis ord. penit., è possibile però che siano applicate le prescrizioni indicate nell’art. 284 c.p.p. con la finalità di limitare gli spazi di libertà concessi al condannato³⁰⁰; la trascurabilità del *quantum* di pena da espiare (anche il condannato all’ergastolo può beneficiare della misura in questione); la previsione di un termine di durata, eventualmente prorogabile; ed infine, la sussistenza dei medesimi presupposti per la concessione del differimento dell’esecuzione della pena, come sancito dagli artt. 146 e 147 c.p. Tale requisito ha sollevato però la questione se l’istituto *de quo* costituisse un’ulteriore ipotesi di detenzione domestica ovvero fosse soltanto una modalità di esecuzione del rinvio.

²⁹⁸ Atti Camera. XIII leg. Discussioni, sed. 25 settembre 1996, p. 3548.

²⁹⁹ Cfr. Cass., Sez. I, 20 maggio 2004, n. 25691, CED Cass. n. 228144

³⁰⁰ Si ritiene pacificamente che al beneficio in esame non si applicano le condizioni generali di ammissibilità previsti per la disciplina generale della detenzione domiciliare, questo si evince anche dalla deroga espressa prevista nel comma 1-ter che prevede la concessione della detenzione domestica “umanitaria” a prescindere dall’entità di pena inflitta.

Effettivamente, le condizioni sancite negli articoli suddetti ricalcano pressoché quelle indicate nel comma 1 dell'art. 47-ter così da far sorgere dubbi relativamente al coordinamento degli istituti; è bene sottolineare, però, che in realtà l'art. 146 c.p. prevede un'ipotesi obbligatoria di differimento (prevedendo che «l'esecuzione di una pena, che non sia pecuniaria, è differita»). La disposizione del comma 1-ter prevede, invece, un potere discrezionale in capo al tribunale di sorveglianza per la disposizione del beneficio penitenziario senza peraltro indicare i criteri sui quali basare la valutazione. Secondo la dottrina prevalente, si può ritenere che, così disponendo, il legislatore abbia permesso alla magistratura di sorveglianza di concedere la detenzione domestica in luogo del rinvio dell'esecuzione della pena, offrendo a tale organo «uno strumento flessibile, tale da consentire di superare eventuali considerazioni negative in ordine alla pericolosità del soggetto»³⁰¹; la giurisprudenza di legittimità sottolinea, infatti, come nell'applicare gli istituti penalistici in questione non viene effettuata alcuna valutazione sulla pericolosità sociale del soggetto, il quale, ad ogni modo, riacquista una libertà incondizionata³⁰².

La disposizione in esame può essere considerata un equilibrato punto di raccordo tra la necessità di tutelare il diritto alla salute del condannato, prevedendo l'espiazione della pena presso il proprio domicilio e perseguendo, dunque, quelle finalità umanitarie e assistenziali indicate in Costituzione (ciò è stato sufficiente per attribuire alla misura l'aggettivo di “umanitaria”) e l'esigenza di soddisfare le istanze di difesa sociale, attribuendo al tribunale di sorveglianza la facoltà di imporre, in base ad una valutazione realizzata caso per caso, prescrizioni (adottate sulla base del modello previsto all'art. 284 c.p.p.) per limitare gli spazi di libertà del soggetto. Come già affermato brevemente poc'anzi, al fine di contemperare le esigenze suddette il beneficio *de quo* può essere concesso anche d'ufficio, a prescindere dall'istanza presentata dall'interessato³⁰³.

Il potere discrezionale della magistratura di sorveglianza è stato limitato da varie pronunce della giurisprudenza di legittimità che hanno individuato criteri oggettivi e soggettivi di concessione della detenzione domiciliare “umanitaria”. In particolare, la

³⁰¹ L. CESARIS, *Art. 47-ter*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Edizione V, CEDAM, 2015, p. 566.

³⁰² Cfr. Cass., Sez. I, 12 giugno 2000, Sibio, CED Cass. n. 216912.

³⁰³ Cfr. Cass., Sez. I, 20 maggio 2004, Trjkovic, in *Riv. pen.*, 2005, p. 358.

Cassazione ha stabilito che il giudice chiamato a decidere dovrà effettuare una duplice valutazione: in primo luogo dovrà accertare la sussistenza dei requisiti indicati negli artt. 146 e 147 c.p. per applicare l'istituto penalistico del rinvio dell'esecuzione della pena e, soltanto successivamente, potrà disporre la misura alternativa in base ad una analisi sulle condizioni personali del condannato (stato di salute, età, compatibilità con il regime carcerario, pericolosità sociale), il giudice dovrà considerare ogni circostanza che «abbia una qualche pregnanza sul piano delle caratteristiche del reo e delle sue condizioni personali e familiari o sul piano della gravità e durata della pena»³⁰⁴. Inoltre, si è ritenuto che nella scelta tra i due istituti in questione dovrà essere verificato se «le condizioni di salute siano o meno compatibili con le finalità rieducative della pena e con le possibilità concrete di reinserimento sociale», qualora, conseguentemente alla valutazione, «l'espiazione della pena appaia contraria al senso di umanità per le eccessive sofferenze da essa derivanti o appaia priva di significato rieducativo dovrà trovare applicazione l'istituto del differimento»³⁰⁵.

È bene sottolineare, nuovamente, che la misura sancita nel comma 1-*ter* dell'art. 47-*ter* può essere disposta in tutte le ipotesi previste agli artt. 146 e 147 c.p., quindi, non solo nel caso di gravi condizioni di salute del condannato ma anche nell'ipotesi di donna incinta o di madre di prole di età inferiore ai tre anni o ancora, in caso di soggetto affetto da AIDS, se è stata presentata domanda di grazia. Inoltre, non trovano applicazione le preclusioni sancite agli artt. 4-*bis* e 58-*quater* ord. penit. per la detenzione domiciliare ordinaria.

Dunque, dagli aspetti fin qui considerati si può evincere come il legislatore, animato da «propositi di razionalizzazione»³⁰⁶, abbia effettuato un coordinamento fra istituti che presentano natura omologa e abbia attribuito alla magistratura di sorveglianza spazi di discrezionalità tali da permetterle di stabilire quale sia lo strumento più adeguato da applicare al caso concreto; ne consegue, però, che il differimento obbligatorio (*ex* art. 146 c.p.) perde la sua caratteristica originaria dal momento che è venuta meno l'alternativa tra libertà incondizionata e reclusione, in quanto il giudice dispone di una nuova misura per tutelare le condizioni di salute del

³⁰⁴ Cass., Sez. I, 28 gennaio 2000, Ranieri, CED Cass. n. 215494.

³⁰⁵ Cass., Sez. I, 19 ottobre 1999, Di Girolamo, in *Riv. pen.*, 2000, p. 271; si veda, inoltre, sull'argomento Cass., Sez. I, 18 giugno 2008, Graziano, CED Cass. n. 240602.

³⁰⁶ A. PRESUTTI, *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, (a cura di) A. PRESUTTI, Padova, 1999, p. 61.

condannato senza dover, al contempo, rinunciare all'espiazione della pena.³⁰⁷ Sull'argomento è intervenuta la Corte Costituzionale³⁰⁸ che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 146, comma 1 e 2 c.p., per contrasto con gli artt. 3, 27, comma 3 e 30 Cost., nella parte in cui non viene riconosciuta in capo al giudice la possibilità di non disporre il differimento della pena, qualora questo non sia idoneo a perseguire le finalità di prevenzione generale, sicché non ci si trova di fronte ad una rinuncia *sine die* dell'esecuzione. La Consulta in questo modo ha dato effettività all'esecuzione della pena stabilita nella sentenza di condanna; si può, infatti, ritenere che la detenzione domiciliare, nonostante costituisca una modalità alternativa di espiazione della pena, è pur sempre una forma di esecuzione.

In conclusione, la disposizione in esame oltre a costituire un valido strumento in grado di realizzare un bilanciamento fra esigenze contrapposte, quali il diritto alla salute e la tutela della difesa sociale, rappresenta un'opportunità per il condannato, che potrà espiaire la pena presso il proprio domicilio ed evitare la dura realtà carceraria, soprattutto in riferimento alle pene di lunga durata.

4. La detenzione domiciliare in casi particolari: premessa

Il legislatore ha introdotto nell'ordinamento penitenziario tre figure speciali di detenzione domiciliare: la prima disciplinata ai sensi dell'art. 47-*quater*, rivolta ai soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria; la seconda, *ex art. 47-*quienquies**, dedicata alla tutela della maternità e dell'infanzia; e, infine, l'ultima ipotesi, prevista dall'art. 16-*nonies* d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, convertito con modificazioni dalla l. 15 marzo 1991, n. 82, avente ad oggetto i collaboratori di giustizia. La *ratio* delle fattispecie è quella di assicurare particolare e speciale attenzione nei confronti di soggetti considerati deboli sulla base delle loro condizioni.

La l. 12 luglio 1999, n. 231, la quale ha introdotto la prima delle ipotesi sopra indicate, ha mirato a tutelare il diritto alla salute, così come sancito all'art. 32 Cost.,

³⁰⁷ Cfr. Cass., Sez. I, 7 dicembre 1999, n. 6952, Saraco, CED Cass. n. 215203. In questa pronuncia, la Suprema Corte ritiene che il legislatore abbia colmato una grave lacuna dell'ordinamento penitenziario introducendo questa nuova fattispecie legale di detenzione domiciliare.

³⁰⁸ Corte Cost., ord. 4 maggio 2009, n. 145 (Pres. Amirante, Rel. Maddalena).

riconosciuto anche nei confronti dei cittadini detenuti, e ad arginare il problema del numero elevatissimo di ingressi negli istituti penitenziari di soggetti affetti da AIDS con il rischio di una celere trasmissione del virus. La disposizione assicura a tali condannati le cure adeguate ed evita che possano vivere in condizioni disagiati.

Per quanto concerne la seconda disposizione fra quelle oggetto di analisi, questa è prevista dalla l. 8 marzo 2001, n. 40 ed è stata in seguito modificata ad opera della l. 21 aprile 2011, n. 62. La norma attribuisce alla madre (ovvero in caso di morte o di impossibilità di quest'ultima al padre) la possibilità di accedere alla misura alternativa alla detenzione scontando almeno un terzo di pena o quindici anni in caso di condanna all'ergastolo, qualora non sussista il pericolo di commissione di ulteriori delitti e vi sia la possibilità di ripristinare il rapporto di convivenza con la prole. Il legislatore ha cercato in questo modo di dare concreta attuazione al dettato dell'art. 31 Cost., tutelando il rapporto genitore – figlio e assicurando alla prole di crescere con la presenza costante dei genitori, quanto meno durante la fase delicata della tenera età dove si assiste al processo di sviluppo fisico e psichico del bambino.

Infine, per quanto riguarda l'ultima figura particolare di detenzione domestica, è necessario sottolineare che il d.l. 15 gennaio 1991, n. 8 è stato varato sulla scia di un complesso di norme, introdotte a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, che riguardavano principalmente l'imputato o il condannato che decidevano di prestare la propria collaborazione. La normativa di favore nei confronti dei soggetti poc'anzi citati, posta in essere in concomitanza della forte espansione del fenomeno della criminalità organizzata, ha riguardato in primo luogo l'introduzione nell'ordinamento di attenuanti speciali e successivamente la previsione di benefici penitenziari specifici per i collaboratori di giustizia. L'art. 16-*nonies*, d.l. n. 8 del 1991, rubricato "benefici penitenziari", infatti, dispone l'applicazione della liberazione condizionale, della disciplina relativa ai permessi premio e l'applicazione della misura alternativa *de qua* nei confronti di soggetti condannati per aver commesso crimini molto efferati (quali, ad esempio, quelli sanciti all'art. 51, comma 3-*bis* c.p.p.) purché questi tengano una condotta collaborativa. Lo scopo della previsione di una disciplina così vantaggiosa nei confronti di detenuti che abbiano commesso gravi crimini si spiega se si considera la necessità di arginare l'ampissimo fenomeno della criminalità organizzata; invero, la collaborazione si configura come uno strumento efficace per abbattere le organizzazioni criminali di stampo mafioso.

Nei paragrafi che seguono verranno analizzati nel dettaglio gli istituti che qui sono stati solo brevemente passati in rassegna.

4.1 Misure alternative alla detenzione nei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria (art. 47-*quater* ord. penit.)

L'art. 47-*quater* è stato introdotto nell'ordinamento penitenziario ad opera della l. 12 luglio 1999, n. 231 al fine di arginare la situazione di emergenza, sorta negli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso, caratterizzata dalla presenza di un elevato numero di soggetti affetti da HIV all'interno degli istituti penitenziari. A causa dell'inadeguatezza delle cure dell'epoca e dell'alto rischio di una contrazione del virus anche da parte degli altri detenuti, il legislatore, sotto la spinta delle critiche accese dell'opinione pubblica e della comunità medico-scientifica, decise di intervenire per trovare una soluzione adeguata al problema. La disposizione è stata, dunque, introdotta, considerando l'«oggettiva incompatibilità tra il sistema carcerario [...] e la situazione clinica di chi è affetto da Aids conclamato o grave deficienza immunitaria»,³⁰⁹ al fine di tutelare il diritto alla salute così come sancito all'art. 32 Cost., per evitare che l'espiazione della pena diventi una condizione inumana e insostenibile per il detenuto affetto dalla malattia.

Il primo intervento normativo in materia è avvenuto con il d.l. 14 maggio 1993, n. 139, convertito dalla l. 14 luglio 1993, n. 222, il quale ha introdotto l'art. 286-*bis* c.p.p., avente ad oggetto un divieto di custodia cautelare nei confronti dei soggetti affetti da AIDS, in quanto sussiste un'incompatibilità assoluta tra questa patologia e la carcerazione, a prescindere dall'esito delle valutazioni condotte sulla pericolosità sociale dell'individuo. La riforma ha riguardato anche l'art. 146 c.p. in quanto è stata prevista una nuova ipotesi di differimento obbligatorio dell'esecuzione della pena se questa deve aver luogo nei confronti di persona affetta da HIV accertata. Lo scopo perseguito dal legislatore era proprio quello di ridurre o, nei casi ove fosse possibile, escludere completamente l'ingresso in carcere dei soggetti colpiti da tale virus ma la neo introdotta disciplina ha fin da subito suscitato accese critiche e non solo da parte

³⁰⁹ Dep. PISAPIA, in *Atti Camera. XIII leg. Giunte e commissioni*, sed. 11 gennaio 1999, p. 25.

della comunità scientifica³¹⁰; tanto è vero che la disciplina è stata più volte oggetto di censure da parte degli organi giudicanti, i quali hanno spesso rimesso la questione dinnanzi alla Corte Costituzionale.

L'incompatibilità assoluta della patologia in esame con il regime carcerario si registrava in tutte le ipotesi in cui sussistevano le condizioni previste dalla circolare 13 febbraio 1987, n. 5 del Ministero della Sanità che stabiliva dei parametri fissi relativi al deficit immunitario; il meccanismo automatico che si andava instaurando non lasciava alcun margine di discrezionalità in capo al giudice, il quale finiva per svolgere funzioni meramente notarili. A causa del meccanismo appena descritto e della grave disparità di trattamento che si andava creando tra detenuti affetti da patologie molto gravi e detenuti malati di AIDS, le fattispecie previste agli artt. 286-*bis* c.p.p. e 146 c.p. sono state oggetto di alcune pronunce della Corte Costituzionale.

Inizialmente, la Consulta³¹¹ aveva ritenuto la questione di legittimità costituzionali delle norme suddette manifestamente infondata in quanto non ravvisava alcuna violazione degli artt. 2 e 3 Cost. dal momento che la scelta del legislatore ben si spiegava alla luce della drammaticità del problema relativo alla reclusione di soggetti affetti da AIDS che rischiava di sfociare in un forte contagio della popolazione carceraria accelerato dal sovraffollamento. La Corte Costituzionale aveva, quindi, ritenuto che a causa della peculiarità della patologia in esame e dei rischi ad essa connessi fosse necessario una disciplina normativa differente rispetto a quella relativa alle altre gravi malattie. Il legislatore, spinto dall'orientamento costituzionale, ha così modificato l'art. 275, comma 4 c.p.p. attraverso la l. 8 agosto 1995, n. 332; il nuovo testo della disposizione prevede il divieto di disporre «la custodia cautelare in carcere quando imputato sia una persona che si trovi in condizioni di salute particolarmente gravi [incompatibili con lo stato detentivo] e comunque tali da non consentire adeguate cure in caso di detenzione in carcere», eccezion fatta per i casi in cui vi siano esigenze cautelari di particolare rilevanza.

³¹⁰ Cfr. G. LATTANZI, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 1339.

³¹¹ Corte Cost., 21 febbraio 1994, n. 70 (Pres. Casavola, Rel. Vassalli); Corte Cost., 2 giugno 1994, n. 210 (Pres. Casavola, Rel. Vassalli); Corte Cost., ord. 4 luglio 1994, n. 300 (Pres. Casavola, Rel. Vassalli).

In seguito, con le sentenze n. 438 e 439 del 1995³¹², la Consulta ha modificato in modo radicale il precedente orientamento sostenendo la parziale illegittimità costituzionale degli artt. 286-*bis* c.p.p. e 146 c.p. e riconducendo la disciplina delle due norme sulla via della discrezionalità vincolata del giudice.³¹³ Il giudice delle leggi, nella prima delle citate sentenze, ha affermato, in relazione all'art. 146, comma 1, n. 3 c.p., che «la disposizione impugnata deve ritenersi non conforme al canone della ragionevolezza nella parte in cui non consente di accertare in concreto se, ai fini dell'esecuzione della pena, le effettive condizioni di salute del condannato siano o meno compatibili con lo stato detentivo. Allo stesso modo spetterà al giudice verificare caso per caso in relazione alle strutture disponibili se l'esecuzione della pena possa avvenire senza pregiudizio per la salute della restante popolazione carceraria».

Nella sentenza n. 439 del 1995, ispirata agli stessi principi ribaditi nella precedente, viene dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 286-*bis*, comma 1 c.p.p. «nella parte in cui stabilisce il divieto di custodia cautelare in carcere nei confronti delle persone ivi indicate, anche quando sussistono le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza di cui all'art. 275, comma 4, del medesimo codice, e l'applicazione della misura possa avvenire senza pregiudizio per la salute del soggetto e di quella degli altri detenuti». Dunque, dalla lettura di tale pronuncia emerge la possibilità di disporre la custodia cautelare in carcere anche nei confronti di quelle determinate categorie di soggetti che presentano una incompatibilità assoluta con lo *status detentionis* qualora sussistano, però, delle esigenze cautelari connotate da una rilevanza assai pregnante.

L'originario rigido automatismo introdotto nell'ordinamento ad opera del d.l. 14 maggio 1993, n. 139, convertito dalla l. 14 luglio 1993, n. 222, viene attenuato, mediante le citate pronunce della Corte Costituzionale, comportando - quale conseguenza immediata - la riproposizione del problema delle condizioni critiche dei soggetti detenuti affetti da AIDS.

³¹² Corte Cost., 18 ottobre 1995, n. 438 (Pres. Caianello, Rel. Vassalli); Corte Cost., 18 ottobre 1995, n. 438 (Pres. Caianello, Rel. Vassalli).

³¹³ La Corte Costituzionale ha modificato il suo originario indirizzo a causa delle numerose critiche mosse dagli organi istituzionali sull'inadeguatezza della normativa in relazione al meccanismo automatico di decarcerazione in caso di incompatibilità con la realtà carceraria; nonché a causa del fenomeno delle c.d. "bande dell'AIDS", vale a dire soggetti che dopo essere scarcerati tornano a delinquere e sfruttando il vantaggio della loro patologia, evitavano conseguenze sul piano giuridico.

Il legislatore interviene nuovamente in materia, affrontando il problema in modo risolutivo, attraverso la l. 12 luglio 1999, n. 231 la quale persegue l'obiettivo di evitare che gli individui affetti da AIDS o da grave deficienza immunitaria espiino la pena in carcere, favorendo l'applicazione di misure alternative, quali la detenzione domiciliare e l'affidamento in prova ai servizi sociali³¹⁴ (senza prevedere un istituto *ad hoc*, come era precedentemente accaduto per i tossicodipendenti con il d.P.R 9 ottobre 1990, n. 309).

Avvalendosi dei principi stabiliti dalla Corte Costituzionale, il legislatore ha previsto l'applicazione di misure alternative in quanto consentono al soggetto malato di avvalersi delle cure necessarie e al tempo stesso permettono comunque l'espiazione della pena senza, quindi, eliminare la pretesa punitiva, come accadrebbe in caso di applicazione della disciplina sancita negli artt. 146 e 147 c.p.; esse assicurano, inoltre, la difesa sociale e il reinserimento del condannato. Al fine di perseguire tali finalità, la disciplina attuale consente ai soggetti affetti da AIDS o da gravi deficienze immunitarie, purché siano accertate così come stabilito ai sensi dell'art. 286-*bis*, comma 2 c.p.p., che hanno intenzione di iniziare un programma di assistenza e di cura presso le unità operative di malattie infettive ospedaliere ovvero presso un centro specializzato, l'accesso ai benefici penitenziari indicati negli artt. 47 e 47-*ter* ord. penit. senza i limiti di pena previsti dalla disciplina ordinaria³¹⁵; in aggiunta, è stato limitato l'ambito di applicazione del differimento obbligatorio *ex* art. 146, comma 1 n. 3 c.p.³¹⁶ alle persone che si trovano «in una fase della malattia così avanzata da non rispondere più [...] ai trattamenti disponibili e alle terapie curative».

Per quanto concerne i criteri oggettivi legittimanti l'applicazione delle misure alternative suddette, il legislatore fa riferimento al d.m. 21 ottobre 1999³¹⁷, il quale ha

³¹⁴ La disposizione in esame ha, altresì, modificato l'art. 275, comma 4 c.p.p. e ha introdotto ai commi 4-*bis*, 4-*ter*, 4-*quater*, 4-*quienquies* che prevedono una disciplina *ad hoc* relativa all'applicazione della custodia cautelare in carcere nei confronti dei soggetti affetti da AIDS.

³¹⁵ Cfr. A. NAPPI, *Gazz. giur.*, 1999, fascicolo n. 33, p. 466.

³¹⁶ L'art. 146, comma 1 n. 3 c.p. è stato riformulato ad opera dell'art. 6 l. n. 231 del 1999; la nuova disposizione prevede che il rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena può essere disposto non solo nei confronti dei malati di AIDS o di grave deficienza immunitaria ma anche in caso di «altra malattia particolarmente grave per effetto della quale le condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione, quando la persona si trova in una fase della malattia così avanzata da non rispondere più ai trattamenti disponibili e alle terapie curative». Dunque dal dettato normativo si evince come il rinvio sarà applicabile anche in caso di malattie diverse dall'HIV purché siano caratterizzate da una oggettiva gravità mentre difficilmente i malati "comuni" potranno beneficiare dell'istituto *de quo*.

³¹⁷ Emanato dal ministro della sanità e pubblicato in *Gazz. Uff.* 22 dicembre 1999, n. 299.

definito in modo accurato i parametri per effettuare la diagnosi di AIDS conclamata ovvero di grave deficienza immunitaria; mentre per quanto concerne le malattie soltanto correlate al virus dell'HIV è necessaria una valutazione sulla gravità della patologia e sull'incompatibilità assoluta col regime carcerario³¹⁸. La ragione di tale scelta è rintracciabile nella volontà di non rendere definitivi nel testo di legge i parametri per classificare le patologie in questione, dato che essi sono oggetto di continue valutazioni in ambito scientifico. La disparità di trattamento tra soggetti affetti da AIDS e malati "comuni" affetti da patologie molto gravi sembra continuare a sussistere nonostante l'intervento della Corte Costituzionale e la riforma legislativa; probabilmente l'unica ragione plausibile di questa disciplina fortemente differenziata risiede nella estrema vulnerabilità degli individui malati di HIV o sieropositivi, la cui reclusione potrebbe rappresentare un rischio ulteriore per il loro stato di salute. Gli istituti di pena continuano ad essere considerati dei luoghi dove la possibilità di trasmissione del virus è altissima, non per le modalità in cui questo avviene dato che sono le medesime del mondo libero, quanto per l'eccessivo affollamento negli istituti di pena e l'inefficienza del sistema sanitario penitenziario³¹⁹. «L'impressione è che il legislatore abbia operato una scelta di tipo politico [...] a fronte dei pericoli di contagio e della drammaticità della situazione determinata dal sovraffollamento, ritenendo opportuno consentire un ricorso molto ampio, per non dire pressoché illimitato, all'affidamento in prova e alla detenzione domiciliare. Quasi che il problema possa trovare soluzione in un ulteriore intervento normativo piuttosto che nella realizzazione di strutture di supporto o nel miglioramento del servizio sanitario penitenziario»³²⁰.

L'istanza per richiedere al giudice l'applicazione della misura alternativa dovrà essere realizzata dall'interessato o dal suo difensore e a questa dovrà essere allegata la certificazione del servizio sanitario pubblico competente ovvero del servizio sanitario

³¹⁸ Cfr. M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 153. Si veda, inoltre, Cass., Sez. I, 30 marzo 2004, Vastante, in *Giust. pen.*, 2005, II, p. 130 dove il giudice ha rigettato le istanze di differimento della pena e di detenzione domiciliare *ex art. 47-quater* in quanto il soggetto interessato era affetto da numerose gravi patologie non rientranti nei parametri fissati dal decreto ministeriale.

³¹⁹ Si veda G. STARNINI – B. BRUNETTI, *Esecuzione penale e tossicodipendenza*, in S. ARDITA (a cura di), Giuffrè, Milano, 2005, p. 257 s., gli autori sottolineano come alle problematiche legate al sovraffollamento e alla insufficienza del sistema sanitario all'interno degli istituti di pena, deve necessariamente aggiungersi l'inerzia del legislatore nel disporre la realizzazione di strutture di cura idonee previste da vari provvedimenti legislativi ma realizzate soltanto parzialmente.

³²⁰ F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Edizione V, CEDAM, 2015, p. 588.

penitenziario, attestante le condizioni di salute del condannato e la effettiva attuabilità del programma di assistenza, come indicato nel comma 2 dell'art. 47-*quater*.

Destinatari di tale fattispecie legale non saranno esclusivamente i condannati bensì anche gli internati, al fine di evitare disparità di trattamento, diversamente da quanto stabilito in modo espresso all'art. 47-*ter* relativamente alla detenzione domiciliare ordinaria, la quale fa riferimento alla pena della reclusione, dell'arresto e ai condannati. La *ratio* della previsione in esame, contenuta nell'art. 47-*quater*, comma 10 ord. penit., è quella di garantire la possibilità di espiazione della pena con modalità meno afflittive anche a coloro che si trovano in istituti, il più delle volte maggiormente carenti delle strutture penitenziarie dal punto di vista sanitario, purché il soggetto versi nelle condizioni di salute previste; si tratta, fondamentalmente, di tutelare in modo efficace il diritto alla salute, costituzionalmente stabilito.

Per quanto attiene, invece, ai presupposti legittimanti la concessione della misura, il comma 1 dell'art. 47-*quater*, non prevede un limite di pena inflitta, diversamente da quanto previsto per l'affidamento in prova al servizio sociale e la detenzione domiciliare comuni, dove il legislatore ha fissato delle soglie da rispettare. La ragione di ciò è rinvenibile ancora una volta nelle particolari condizioni in cui versano i soggetti in questione e, dunque, nella tutela del diritto alla salute; non vi è dubbio, infatti, che il motivo ispiratore dell'intera fattispecie legale sia dare concreta ed effettiva applicazione all'art. 32 Cost. Ad ogni modo, è evidente la disparità di trattamento che in questo modo viene a verificarsi nei confronti dei condannati affetti da gravissime patologie non rientranti però nei criteri di classificazione previsti dalla legge; quest'ultimi potranno godere sia della detenzione domiciliare ordinaria nelle ipotesi in cui le loro condizioni di salute siano tali da necessitare costanti contatti con i presidi sanitari territoriali (art. 47-*ter*, comma 1, lett. *c*) ord. penit.) ovvero in luogo del rinvio obbligatorio o facoltativo della pena (art. 47-*ter*, comma 1-*ter* ord. penit.) purché siano rispettati i limiti normativamente indicati, sia del differimento dell'esecuzione della pena in caso di grave infermità fisica (art. 147, comma 1, n. 2 c.p.). Inoltre, è bene sottolineare che la detenzione domiciliare non può essere concessa a coloro che sono stati condannati per aver commesso uno dei delitti fra quelli elencati nell'art. 4-*bis* ord. penit, mentre tale divieto non opera nei confronti dei soggetti affetti da AIDS o da grave deficienza immunitaria, in forza di quanto espressamente previsto al comma 9 dell'art. 47-*quater*; sulla base dell'efferatezza dei crimini in questione,

l'esclusione del divieto suscita molte perplessità. Nonostante tale esclusione, il giudice dovrà verificare in concreto la pericolosità sociale del soggetto in quanto il testo normativo richiede che siano comunque svolti gli accertamenti previsti dai commi 2, 2-*bis* e 3 dell'art. 4-*bis* ord. penit. al fine di verificare l'assenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata; ciò comporta che in caso di esito positivo degli accertamenti, il tribunale di sorveglianza può negare la concessione delle misure. Dunque, l'assenza dei limiti di pena per la concessione dei benefici comporta un forte ampliamento dell'area di indagine del giudice in relazione alla pericolosità sociale del soggetto, *rectius* del pericolo che potrebbe derivare alla collettività dalla sua scarcerazione.

Ulteriori perplessità ha suscitato l'introduzione nell'ordinamento penitenziario dell'art. 58-*quater*, comma 7-*bis* ad opera della legge c.d. *ex Cirielli*; la disposizione stabilisce che l'affidamento in prova al servizio sociale e la detenzione domiciliare non possono essere concessi per più di una volta nei confronti dei condannati ai quali sia stata applicata la recidiva prevista all'art. 99, comma 4 c.p. I dubbi riguardano l'applicabilità o meno di tale fattispecie anche ai condannati o internati affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria che siano recidivi, considerando che gli effetti di tale applicazione potrebbero essere assai negativi e potrebbero pregiudicare la tutela del diritto alla salute cui mira l'art. 47-*quater*. Il fatto che l'art. 58-*quater*, comma 7-*bis* faccia riferimento «all'affidamento in prova ai servizi sociali nei casi previsti dall'art. 47» lascia immaginare che la disposizione non si applichi alle ipotesi sancite nell'art. 47-*quater* ma la questione si riaprirebbe nuovamente in relazione alla detenzione domiciliare che viene richiamata in modo generico; dunque, l'argomento testuale non risulta essere decisivo.

La concedibilità della misura è, inoltre, subordinata ad un altro requisito: il programma di cura e di assistenza. La formula è stata introdotta a seguito delle varie critiche mosse alla normativa previgente per la mancata previsione di una collocazione di tali soggetti in strutture ospedaliere adeguate e per l'assenza di forme di controllo terapeutico a seguito della scarcerazione³²¹. Se il diritto alla salute veniva tutelato attraverso la messa in libertà del soggetto, lo stesso non poteva dirsi per la tutela della collettività dal pericolo che tali soggetti potessero commettere ulteriori delitti. Il

³²¹ Si veda Trib. Sorv. di Perugia, 14 gennaio 1993, Avolio, in *F. it.*, 1993, II, p. 827 con nota di FIORIO.

legislatore ha cercato di arginare tali censure stabilendo che l'attuabilità del programma deve essere accertata dal servizio sanitario pubblico competente ovvero dal servizio sanitario nazionale (art. 47-*quater*, comma 2) ed inoltre che le prescrizioni da impartire devono contenere anche quelle relative alla modalità di esecuzione del programma (comma 3). È opportuno precisare che le terapie alle quali si sottopongono i malati di dette patologie non necessitano di ospedalizzazione e ciò spiega la ragione per la quale il legislatore ha disposto nei loro confronti l'affidamento in prova e della detenzione domiciliare, misure che consentono un adeguato controllo da parte della "sorveglianza specialistica".

L'ultimo requisito per accedere al beneficio penitenziario *ex art. 47-*quater** concernente le patologie (comma 1) è stato diffusamente trattato *supra*. Merita, però, un cenno l'interpretazione che viene accolta relativamente all'incompatibilità con il regime detentivo; si ritiene pacificamente che questa possa essere desunta dai test clinici condotti in laboratorio, indipendentemente delle effettive condizioni di salute del condannato³²².

Da ultimo, è necessario analizzare le condizioni ostative all'applicazione della misura e la sua revoca disciplinate ai commi 5, 6 e 7 dell'art. 47-*quater* ord. penit., previste al fine di evitare possibili strumentalizzazioni connesse alle patologie in esame³²³. Al comma 5 viene sancita la possibilità per il giudice di non disporre la misura alternativa nei casi in cui l'interessato abbia già fruito di una misura analoga e questa sia stata revocata da meno di un anno, l'espressione «analoga misura» deve essere interpretata come una concessione precedente che può avere ad oggetto sia la detenzione domiciliare e l'affidamento in prova ai servizi sociali ordinari che le misure *ex art. 47-*quater**. Inoltre, il legislatore circoscrive anche a livello temporale l'accertamento che dovrà essere svolto dato che la suddetta revoca deve essere intervenuta da meno di un anno; viene in questo modo evitato che il provvedimento sanzionatorio possa produrre i suoi effetti nel tempo. Dal dettato normativo sembrerebbe che il tribunale di sorveglianza disponga del potere di non applicare una delle misure sancite nell'articolo *de quo* solo nella ipotesi suddetta e non anche per

³²² Cfr. G. STARNINI – B. BRUNETTI, *Esecuzione penale e tossicodipendenza*, in S. ARDITA (a cura di), Giuffrè, Milano, 2005, p. 267 secondo cui per il giudizio sull'incompatibilità è necessario valutare anche «le condizioni ambientali dell'istituto penitenziario ospitante».

³²³ Cfr. M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano 2010, p. 362.

ragioni diverse ricollegate, per esempio, alle condizioni di salute dell'interessato ovvero al suo livello di determinatezza nell'intraprendere il programma terapeutico³²⁴. Per concludere, è necessario un ulteriore chiarimento in relazione all'utilizzo dell'aggettivo «analogo»: si fa sicuramente riferimento alle due misure alternative previste al comma 1 dell'art. 47-*quater* ma potrebbe ben trattarsi anche dell'affidamento in prova per i tossicodipendenti sancito all'art. 94 d.P.R. n. 309 del 1990; si potrebbe invece pacificamente escludere il richiamo alla semilibertà, la quale permette al destinatario di trascorrere parte della giornata in libertà, anche se è necessario ricordare che questa è l'unico beneficio concedibile agli internati e dunque potrebbe essere il solo parametro di riferimento per quest'ultimi. Non è casuale che la disposizione in esame (comma 5) utilizzi la generica espressione “interessato”, questa ben ricomprende, infatti, accanto al condannato anche l'internato.

La revoca della misura è disciplinata dal comma 6, questa può essere disposta dal tribunale di sorveglianza qualora il destinatario risulti imputato o sia stato sottoposto a misura cautelare per aver commesso uno dei delitti previsti all'art. 380 c.p.p., relativamente a fatti realizzati successivamente alla concessione del beneficio penitenziario. La disposizione della revoca della misura è rimessa alla discrezionalità del giudice (data l'eventualità della revoca alcuni autori la definiscono «facoltativa»³²⁵), dunque l'emissione dell'ordinanza cautelare per aver commesso un delitto *ex art. 380 c.p.p.* non comporta per ciò solo il venir meno del beneficio penitenziario in quanto dovrà essere valutata in concreto l'incompatibilità della misura alternativa disposta all'art. 47-*quater* con la custodia cautelare, considerando che l'applicazione di quest'ultima esclude, in via temporanea, la possibilità di disporre la prima.

È opportuno sottolineare che il legislatore ha utilizzato la formula generica «misura cautelare» al fine di ricomprendervi sia le misure interdittive che quelle coercitive questo in quanto ciò che rileva non è tanto la natura della misura adottata quanto piuttosto il *fumus commissi delicti*, desumibile dall'imputazione ovvero dall'adozione di una misura cautelare nella fase delle indagini preliminari. Dunque, la

³²⁴ Cfr. P. CANEVELLI, *Tutela dei soggetti affetti da AIDS o da altre malattie gravi e misure alternative al carcere*, 1999, in DPP, p. 1228.

³²⁵ F. DELLA CASA, *Misure alternative alla detenzione*, in *Enciclopedia del Diritto – aggiornamento*, III, p. 849; M. NIRO – M. SIGNORINI, *Arresti domiciliari e detenzione domiciliare*, Padova, 2010, p. 203.

revoca potrà essere disposta nelle ipotesi di commissione di delitti che comportano l'arresto obbligatorio e in presenza di gravi indizi di colpevolezza.

In caso di mancata applicazione (comma 5) o di revoca (comma 6) della misura, il comma 7 dell'art. 47-*quater* prevede che il giudice possa ordinare al soggetto di espiare la pena presso un istituto carcerario dotato di reparto per l'assistenza e le cure necessarie. La formulazione sembra quasi essere superflua considerando il fine principale della riforma normativa, vale a dire tutelare il diritto alla salute; si ritiene, però, che il legislatore abbia voluto porre in essere questa precisazione al fine di invitare le amministrazioni penitenziarie a dotare i vari istituti penitenziari dislocati sul territorio nazionale di reparti adeguati e idonei alle cure e all'assistenza dei soggetti affetti da queste gravi patologie³²⁶.

In conclusione, si deve prendere atto della scarsa applicazione del beneficio penitenziario *ex art. 47-*quater* ord. penit.* negli anni successivi alla riforma; tale limitata attuazione si ritiene essere dovuta all'assenza di limiti edittali di pena per la concedibilità della misura e alla poca considerazione della necessaria tutela della collettività³²⁷. La soluzione che si prospettava migliore, invece, era quella di rendere idonei e adeguati, sotto il profilo igienico - sanitario, gli istituti di pena già esistenti e di rendere effettiva la tutela del diritto alla salute mediante una completa rinnovazione del sistema sanitario penitenziario.

4.2 La detenzione domiciliare speciale (art. 47-*quinquies* ord. penit.)

L'art. 47-*quinquies* è stato introdotto dall'art. 3 l. 8 marzo 2001, n. 40 al fine di dare concreta attuazione al dettato dell'art. 31, comma 2 Cost. che mira a tutelare il rapporto genitori – figli, la maternità e l'infanzia. L'ordinamento penitenziario ha, fin dalla sua emanazione, mostrato un'attenzione particolare nei confronti delle detenute madri e dei loro figli prevedendo all'art. 11 l'offerta di servizi speciali per l'assistenza sanitaria delle gestanti e delle puerpere e la possibilità di tenere con sé i figli fino all'età

³²⁶ È bene evidenziare che nel 1999, anno di entrata in vigore della legge, gli istituti penitenziari italiani che disponevano di un reparto sanitario *ad hoc* per queste categorie di malati erano soltanto quattro (nelle città di Milano, Roma, Napoli e Genova).

³²⁷ Cfr. L. CESARIS, *Art. 47-*quater**, in V. GREVI – F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, CEDAM, 2000, p. 482.

di tre anni; all'art. 50, ult. comma, viene riconosciuto alle madri di prole di età inferiore a tre anni l'accesso alla semilibertà, usufruendo della casa per i soggetti semiliberi (art. 102 reg. esec.); infine, all'art. 47-ter viene disposta la detenzione domiciliare nei confronti di madre con prole di età inferiore a dieci anni con essa convivente (età innalzata al fine di garantire una maggiore tutela dei diritti dei bambini). Ad ogni modo il quadro degli strumenti offerto risultava essere inadeguato a dare concreta attuazione ai principi espressi nell'art. 31, comma 2 Cost. così che il legislatore ha deciso di intervenire nuovamente in materia con la l. 8 marzo 2001, n. 40 intitolata "Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori". La disposizione ha apportato, in primo luogo, delle modifiche alla disciplina del differimento dell'esecuzione della pena, innalzando l'età del figlio rilevante ai fini della concessione del rinvio obbligatorio da sei mesi ad un anno (art. 146, comma 1, n. 2 c.p.) e quella rilevante per il rinvio facoltativo da uno a tre anni (art. 147, comma 1, n. 3 c.p.). È stato, in secondo luogo, introdotto l'art. 21-bis, relativo all'assistenza all'esterno dei figli minori, il quale permette alle condannate e alle internate di essere ammesse alla cura e all'assistenza all'esterno di figli di età non superiore ad anni dieci. Infine, il legislatore ha previsto una nuova ipotesi di detenzione domiciliare, definita "speciale", che consente alla condannata madre di prole di età non superiore ad anni dieci (nonché al padre) di espiare la pena presso la propria abitazione ovvero in un luogo di cura, assistenza o accoglienza al fine di occuparsi della cura dei figli, purché abbia espiato almeno un terzo della pena o quindici anni nel caso di condanna all'ergastolo. Per la concessione della misura è, però, necessario l'assenza di un concreto pericolo di commissioni di ulteriori delitti e la possibilità di ripristinare la convivenza con la prole.

La disposizione in esame risponde sia alla necessità di dare attuazione ai principi sanciti in Costituzione relativi al rapporto genitori – figli, come in precedenza accennato, che all'esigenza di mantenere fede alle Convenzioni internazionali ratificate dall'Italia aventi ad oggetto la tutela dei diritti sull'infanzia, in particolare la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo entrata in vigore in Italia il 5 ottobre 1991³²⁸; è, in proposito, necessario ricordare che il Parlamento europeo, con risoluzione 13 marzo 2008, ha raccomandato agli stati membri di disporre la reclusione

³²⁸ L. 27 maggio 1991, n. 176, in *Gazz. Uff.* n. 135 del 11 giugno 1991.

«delle donne incinte e delle madri che accudiscono figli in tenera età [...] solo in ultima istanza» (punto 14). Come è stato sostenuto in dottrina, la norma è stata introdotta per fornire «un ulteriore strumento di tutela per le condannate madri [...], al fine di evitare che l'espiazione della pena, nelle tradizionali forme della coercizione segregante, influisca negativamente sul rapporto madre – figlio condizionando, spesso in maniera irreparabile, lo sviluppo del minore in una fase particolarmente delicata della sua crescita»³²⁹.

Per quanto concerne i destinatari del beneficio *de quo*, oltre alla madre di prole di età inferiore a dieci anni, questo può essere concesso anche al padre qualora la madre sia deceduta ovvero impossibilitata e i figli non possano essere affidati ad altri che al padre, come esplicitamente previsto ai sensi del comma 7 dell'art. 47-*quinquies*. Si noti come tale formula coincida con quella prevista all'art. 47-*ter*, comma 1, lett. b) nonostante sia venuto meno l'avverbio «assolutamente» in relazione all'impossibilità e sia stato sottinteso l'oggetto di quest'ultima, vale a dire il prestare assistenza alla prole. Si ritiene pacificamente che l'espressione in esame debba essere interpretata come se l'avverbio fosse implicito, data la sua funzione necessaria di evitare interpretazioni estensive e di distinguere l'impossibilità dalle gravi difficoltà; dunque, sebbene sussistano differenze testuali le due formule devono essere lette nel medesimo senso. È necessario che sussista un ulteriore requisito affinché il padre possa beneficiare della misura, ossia che non vi sia modo di affidare il figlio ad altri che a lui³³⁰; così disponendo, il legislatore probabilmente intendeva ridurre l'ambito di operatività della detenzione domestica “speciale”, a tal punto che parte della dottrina ha ritenuto trattarsi di una «facoltà residuale»³³¹. Il legislatore ha, inoltre, sottolineato che il padre sia detenuto, vale a dire che deve trattarsi di soggetto che sta espianando la pena.

La misura può essere concessa soltanto in presenza di due presupposti: il primo attiene al profilo della pericolosità sociale del soggetto e riguarda l'assenza del

³²⁹ P. CANEVELLI, *Misure alternative alla detenzione e tutela delle detenute madri*, in *Dir. pen. proc.* 2001, p. 810.

³³⁰ Si tratta di una condizione ulteriore rispetto alla formula prevista all'art. 47-*ter*, che sembra evidenziare una «*deminutio* del padre rispetto ad altri, anche terzi rispetto al consorzio affettivo di regola rappresentato da parenti ed affini» C. FIORIO, *G. cost.* 2009, p. 2452. La questione è stato anche oggetto di una pronuncia della Corte Costituzionale (ord. 8 luglio 2009, n. 211) in quanto si riteneva che l'espressione violasse gli artt. 2, 3, 30 comma 1, 31 Cost. ma la Consulta l'ha ritenuta inammissibile.

³³¹ PICCIOTTO, *Dir. e giust.* 01, fascicolo 13, p. 18.

pericolo di recidiva; il secondo concerne, invece, il rapporto genitori – figli e in particolare, la possibilità di ripristinare la convivenza con la prole. Quest’ultimo fa riferimento al fine perseguito dalla fattispecie in esame, ossia alla tutela del rapporto genitoriale e allo sviluppo del bambino in una fase delicata della vita, privilegiando l’interesse del minore ed evitando possibili strumentalizzazioni del beneficio³³². È compito del tribunale di sorveglianza verificare la sussistenza delle condizioni oggettive per il ripristino della convivenza e dei concreti benefici che il minore potrà riscontrare riacciando i rapporti con il genitore detenuto³³³; proprio per tali ragioni l’art. 6 l. 8 marzo 2011, n. 40 esclude la possibilità di accedere alla detenzione domestica “speciale” a coloro che «sono stati dichiarati decaduti dalla potestà sui figli ai sensi dell’art. 330 c.c.», in queste ipotesi è stata già posta in essere una valutazione ad opera del giudice civile che ha considerato il genitore inidoneo a prestare assistenza ai figli. Per converso, però, all’articolo successivo il legislatore dispone la sospensione dell’operatività della pena accessoria della decadenza e della sospensione della potestà genitoriale, sancite all’art. 34 c.p., in caso di applicazione della misura *ex 47-quinquies*. La disposizione mira ad arginare gli effetti scaturenti dalla condanna all’ergastolo, la quale comporta obbligatoriamente la suddetta decadenza e dalle condanne alla reclusione non inferiore ad anni cinque, in presenza delle quali è prevista un’applicazione della pena accessoria in via facoltativa, sulla base della valutazione posta in essere dal giudice di merito. Si evince, dunque, come il legislatore abbia rinunciato all’operatività dell’art. 34 c.p. al fine di ripristinare il nucleo familiare e di tutelare l’interesse del minore.

Per quanto riguarda, invece, il primo requisito, questo si estrinseca nell’insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti da parte del genitore destinatario della misura in esame. La formula utilizzata risulta, però, estremamente generica in quanto non vengono individuati i criteri sulla base dei quali verificare la sussistenza della concretezza del pericolo; la valutazione è rimessa, quindi, alla discrezionalità del tribunale di sorveglianza, che potrà liberamente stabilire se concedere o meno il beneficio, effettuando un bilanciamento tra la necessaria tutela

³³² P. CANEVELLI, *Misure alternative alla detenzione e tutela delle detenute madri*, in *Dir. pen. proc.* 2001, p. 810.

³³³ Cfr. Cass., Sez. I, 7 marzo 2013, Radouane, CED Cass. n. 257111, i giudici di legittimità hanno ritenuto necessario verificare, oltre all’attitudine al reinserimento sociale della madre, anche la sua effettiva capacità di prestare assistenza alla prole.

della difesa sociale e il diritto del minore a ripristinare il rapporto genitoriale. Si noti, ancora, che l'espressione utilizzata nella fattispecie *de qua* si allontana da quella impiegata in materia di affidamento in prova e di detenzione domiciliare "generica" (rispettivamente artt. 47 e 47-ter, comma 1-bis ord. penit.) che richiede l'idoneità delle misure testé citate a limitare il pericolo di recidiva; mentre, sembra piuttosto richiamare la formulazione prevista all'art. 274, comma 1, lett. c) c.p.p., in materia di misure cautelari. Sebbene non sia stato espressamente previsto, si ritiene applicabile il divieto di ammissione ai benefici penitenziari sancito nell'art. 4-bis ord. penit., in quanto opera verso tutte le misure alternative indicate nel Capo VI l. 26 luglio 1975, n. 354, tra le quali è stata inserita la nuova detenzione domiciliare speciale³³⁴. A sostegno di tale interpretazione si può addurre che il legislatore con il d.l. 1 luglio 2013, n. 78, convertito dalla l. 9 agosto 2013, n. 94, ha soppresso le preclusioni esistenti nei confronti dei condannati ai quali era stata applicata la recidiva *ex art. 99*, comma 4 c.p. ma non è intervenuto per modificare la disciplina prevista all'art. 4-bis né tanto meno quella sancita nell'art. 47-quinquies; si può dunque pacificamente sostenere che in questo modo si è andata rafforzando la tesi dell'estensione dell'applicazione del divieto di concessione delle misure alternative anche a quella *de qua*³³⁵. È opportuno sottolineare che in relazione all'estensione dell'operatività del divieto è stata sollevata eccezione di legittimità costituzionale da parte del tribunale di sorveglianza di Firenze³³⁶ in quanto si riteneva che l'art. 4-bis ord. penit., prevedendo una sorta di presunzione di pericolosità sociale dovuta alla gravità dei delitti commessi, non tenesse conto della valutazione della personalità del soggetto interessato. La Corte Costituzionale³³⁷ ha accolto la questione disponendo l'illegittimità dell'articolo in questione per contrasto con gli artt. 3, 29, 30 e 31 Cost., nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari la detenzione domiciliare speciale. Il giudice remittente aveva affermato che la misura *ex art. 47-quinquies* differisse dalle altre indicate nell'art. 4-bis in quanto mira esclusivamente al ripristino della convivenza tra la prole e la madre; la detenzione domiciliare speciale è stata introdotta proprio per tutelare gli interessi del minore e per far sì che questi cresca con il supporto

³³⁴ Cfr. P. CANEVELLI, *Misure alternative alla detenzione e tutela delle detenute madri*, in *Dir. pen. proc.* 2001, p. 810; L. CESARIS, in *L.p.* 2002, p. 554.

³³⁵ Si veda in questo senso Cass., Sez. I, 26 novembre 2013, Veliche, CED Cass. n. 258351.

³³⁶ Trib. sorv. Firenze 31 gennaio 2013, depositato in *Gazz. uff.* 22 maggio 2013, n. 21.

³³⁷ Corte Cost., 22 ottobre 2014, n. 239 (Pres. Tesauro, Rel. Frigo); disponibile sul sito <http://www.giurcost.org/decisioni/2014/0239s-14.html>.

dei genitori. Dunque si sosteneva, che considerando le finalità suddette perseguite dalla fattispecie in esame, le condizioni ostative previste dall'art. 4-*bis* non potevano estendersi anche alla detenzione domestica. La Consulta ha accolto i rilievi sollevati dal giudice remittente ma non si è spinta ad affermare la prevalenza indiscussa della tutela della prole né che «l'interesse a fruire delle cure materne formi oggetto di protezione assoluta»; se il legislatore avesse voluto escludere la fattispecie in esame dall'ambito di applicazione del divieto di concessione di benefici penitenziari lo avrebbe fatto espressamente e ciò non è accaduto né attraverso la l. n. 40 del 2001 che ha introdotto la detenzione domiciliare speciale né tanto meno con gli interventi legislativi successivi che hanno apportato alcune modifiche alla disciplina sancita nell'art. 47-*quinqüies* e nell'art. 4-*bis* ord. penit. A questi argomenti si può inoltre aggiungere, come ha ben sottolineato la Corte Costituzionale, che nell'art. 47-*quater*, destinato a tutelare i soggetti affetti da AIDS o da grave deficienza immunitaria, è stata esclusa espressamente l'operatività delle condizioni ostative (comma 9). Nel dispositivo della sentenza in esame, la Consulta ha esteso l'illegittimità dell'art. 4-*bis* anche alle ipotesi di detenzione ordinaria *ex* art. 47-*ter*, comma 1, lett. *a*) e *b*), dal momento che la *ratio* degli istituti è la medesima.

Si ritiene, invece, non operante il divieto previsto all'art. 58-*quater*, comma 1 ord. penit. in base al quale non possono essere concessi benefici penitenziari al condannato che sia stato riconosciuto colpevole di una condotta punibile ai sensi dell'art. 385 c.p. dal momento che il legislatore, nell'opera di coordinamento tra il nuovo istituto e le altre disposizioni penitenziarie, ha ommesso di inserire la detenzione domiciliare speciale nel dettato dell'art. 58-*quater*³³⁸. Questa disciplina privilegiata nei confronti delle madri e dei padri detenuti suscita non poche perplessità ma tale differenziazione si giustifica in quanto ispirata ad una tutela incondizionata del minore.

L'ambito operativo della misura prevista all'art. 47-*quinqüies* ord. penit. è inquadrato all'interno di due presupposti: è necessario che il destinatario abbia espiato almeno un terzo della pena ovvero quindici anni di reclusione in caso di condanna all'ergastolo e che non sussistano le condizioni di cui all'art. 47-*ter* (questa espressione

³³⁸ Per converso parte della dottrina ritiene che la detenzione domiciliare speciale sia soggetta a tutti i divieti previsti per quella ordinaria; si veda, anche, Cass., Sez. I, 1 luglio 2002, Liaci, in *Cass. pen.* 2003, p. 2044.

di apertura della fattispecie in esame deve ritenersi far riferimento ai limiti edittali piuttosto che all'età del minore, la quale è invece rimasta invariata).

L'introduzione di soglie edittali di tale entità consente un ricorso alla misura assai ampio e permette di poter perseguire al meglio, come già più volte sottolineato, la tutela degli interessi del minore e del rapporto genitori – figlio; ciò è sottolineato anche dal fatto che non stati previsti dei requisiti temporali *ad hoc* nei confronti della madre condannata per aver commesso uno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis*, diversamente da quanto espressamente stabilito in materia di semilibertà e di lavoro all'esterno³³⁹.

Dal confronto fra l'entità di pena espiata per accedere alla misura e l'età della prole si evince come l'istituto sia prevalentemente rivolto, anche se non in modo esclusivo, a coloro i quali siano divenuti genitori durante la reclusione³⁴⁰; ciò comporta, però, l'elevato rischio che le organizzazioni criminali ingaggino «manovalanza femminile per le maggiori opportunità di espiazione extracarceraria offerte dall'ordinamento in caso di maternità e che si assista dunque ad un incremento della maternità in chiave strumentale»³⁴¹. Si noti come secondo lo *status* della madre viene a modificarsi l'ambito operativo delle misure, vale a dire nelle ipotesi in cui la donna sia libera nel momento in cui viene emesso l'ordine di esecuzione, gli istituti più idonei alla salvaguarda dello sviluppo psico – fisico del minore sono il differimento obbligatorio dell'esecuzione della pena *ex art.* 146 c.p. e la detenzione domiciliare ordinaria *ex art.* 47-*ter*, comma 1, lett. *a*) ord. penit. (purché la pena da espiare non superi i quattro anni di reclusione); in tutti in cui la donna si trovi in carcere, la misura più favorevole risulta la detenzione domestica speciale dal momento che per la sua

³³⁹ Cfr. P. CANEVELLI, *Misure alternative alla detenzione e tutela delle detenute madri*, in *Dir. pen. proc.* 2001, p. 810; l'autore sostiene che la mancata previsione di limiti edittali diversi a seconda della gravità del fatto commesso confermerebbe la volontà del legislatore di tutelare in modo incondizionato i minori.

³⁴⁰ Come confermato dalla Relazione al disegno di legge dove si legge quanto segue «la detenzione domiciliare speciale è stata pensata soprattutto per salvaguardare la maternità iniziata durante l'esecuzione della pena, allo scopo di evitare un lungo periodo di interruzione della funzione genitoriale» (*Relazione* al d.d.l. governativo presentato il 24 dicembre 1997, in *Atti Camera. XIII leg.*, stamp. n. 4426).

³⁴¹ L. CESARIS, *Art. 47-quinquies*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Edizione V, CEDAM, 2015, p. 599.

concessione è sufficiente aver espiato un terzo di pena e non è necessaria una condanna che non superi i quattro anni.

Ai sensi del comma 6 dell'art. 47-*quinquies*, la detenzione domiciliare speciale può essere revocata nelle ipotesi in cui il beneficiario assuma un comportamento incompatibile con la prosecuzione della misura in quanto contrario alla legge o alle prescrizioni impartite dal tribunale di sorveglianza³⁴²; dunque non ogni comportamento provoca la revoca del beneficio bensì soltanto quelli che sottolineano l'inidoneità del soggetto a proseguire l'espiazione della pena al di fuori della mura carcerarie. La revoca non opera in modo automatico in quanto è necessaria la previa valutazione del giudice chiamato a decidere relativamente alla rilevanza e alla frequenza della violazione posta in essere; la revoca dell'istituto non esclude la concessione di una misura ulteriore e diversa. In caso di allontanamento dal domicilio senza giustificato motivo, la disciplina sulla revoca è dettata in una fattispecie *ad hoc*, art. 47-*sexies* ord. penit., in quanto si ritiene essere la violazione della più importante prescrizione. Non è prevista, invece, alcuna ipotesi di revoca nel caso in cui dovessero venire meno le condizioni legittimanti l'accesso al beneficio, diversamente da quanto previsto esplicitamente all'art. 47-*ter*, comma 7; l'omissione da parte del legislatore viene per lo più considerata priva di fondamento in quanto nella neo introdotta disciplina sul rinvio dell'esecuzione è prevista la revoca per il venire meno delle condizioni legittimanti ed anche in materia di detenzione domiciliare ordinaria è considerata la revoca «quando vengono a cessare le condizioni previste nel comma 1 e 1-*bis*» dell'art. 47-*ter*. Nonostante non sia previsto espressamente, si ritiene che il tribunale di sorveglianza qualora constatasse il venir meno dei presupposti fondanti dovrebbe disporre la revoca dell'istituto, sarebbe paradossale altrimenti che il genitore continui a fruire della modalità extramuraria di espiazione della pena.

Il legislatore, al fine di tutelare al meglio gli interessi del minore e il rapporto genitori – figli, ha ampliato il novero degli istituti applicabili alla madre condannata; sono stati, così, introdotti la proroga e l'assistenza all'esterno.

La proroga è disciplinata al comma 8 dell'articolo in questione, essa può essere richiesta dal soggetto ammesso alla detenzione domiciliare speciale, al compimento

³⁴² Il comma 3 dell'art. 47-*quinquies* in tema di prescrizioni fa esplicito rinvio alla disciplina prevista all'art. 284, comma 2 c.p.p.

del decimo anno di età del minore e viene disposta dal tribunale di sorveglianza qualora ricorrano i requisiti per l'applicazione della semilibertà, art. 50, commi 2, 3 e 5 ord. penit. Il legislatore, richiamando espressamente i commi suddetti, ha voluto far riferimento ai presupposti di natura oggettiva per la concedibilità della semilibertà, ossia le soglie di pena: aver espiaato almeno metà della pena se si tratta di condanna alla reclusione, due terzi di essa in caso di condanna per uno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis* ord. penit., venti anni nel caso di condanna all'ergastolo. A seguito dell'introduzione nell'ordinamento penitenziario dell'art. 50-*bis*, ad opera della l. 5 dicembre 2005 n. 251, la disciplina della proroga deve ricomprendere anche i neo introdotti limiti edittali, la concessione della semilibertà nei confronti di soggetti recidivi reiterati sarà, quindi, subordinata all'espiazione di almeno due terzi della pena ed in caso di condanna per uno dei delitti elencati nell'art. 4-*bis* almeno tre quarti di essa. Si è così posto, però, il problema di diritto intertemporale relativo all'applicabilità delle nuove soglie di pena nei confronti di coloro i quali già fruivano della detenzione domiciliare "speciale" e che al momento dell'entrata in vigore della legge disponessero dei requisiti per accedere alla proroga. La Corte Costituzionale³⁴³ aveva già sciolto alcuni dubbi in passato in relazione ad una questione analoga di sopravvenienza di legge più sfavorevole, affermando la prevalenza del principio di progressione trattamentale. Dunque si ritiene concedibile la detenzione "speciale" a coloro i quali hanno maturato le condizioni prima dell'ingresso nell'ordinamento della l. 251 del 2005, se così non fosse si rischierebbe di eludere le finalità perseguite dal legislatore con l'introduzione dell'art. 47-*quinquies*.

4.3 Art. 16-*nonies* d.l. 15 gennaio 1991, n. 8 (i collaboratori di giustizia)

L'esperienza nell'ambito della criminologia ha rivelato che sussistono fenomeni delinquenziali caratterizzati da una rigida e solida struttura organizzativa e da forti legami tra gli associati che partecipano congiuntamente alle attività illecite. Gli esempi sicuramente più noti riguardano la criminalità organizzata di stampo mafioso e gli avvenimenti terroristici. Considerando che per contrastare in modo efficace tali fenomeni è necessaria la collaborazione di soggetti che decidano di abbandonare

³⁴³ Corte Cost. 16 dicembre 1997, n. 445 (Pres. Granata, Rel. Vassalli); consultabile sul sito <http://www.giurcost.org/decisioni/1997/0445s-97.htm>.

l'organizzazione criminale per renderne note le strategie, il legislatore ha deciso di porre in essere una disciplina *ad hoc* per i collaboratori di giustizia dato che l'utilizzo degli strumenti ordinari non si considerava sufficiente per far fronte alla dissociazione³⁴⁴.

La disciplina relativa ai collaboratori di giustizia ha assunto, proprio in concomitanza con la diffusione del fenomeno associativo di stampo mafioso, una rilevanza sempre maggiore, infatti «a partire dai primi anni Ottanta, un complesso di disposizioni ha caratterizzato l'ordinamento penale, processuale e penitenziario alla stregua di un sistema sempre più imperniato sulla collaborazione dell'imputato; un concetto di collaborazione che si spinge, inoltre, ben al di là della semplice ricerca di confessioni e delazioni»³⁴⁵.

Il legislatore di quegli anni al fine di arginare il più possibile il fenomeno della criminalità organizzata di stampo mafioso ha previsto, da un lato, l'inasprimento del regime sanzionatorio introducendo per gli autori di delitti commessi nel contesto associativo criminoso la disciplina differenziata di cui all'art. 41-*bis* con l'intento di recidere ogni collegamento con l'organizzazione di appartenenza ed ha introdotto condizioni ostative peculiari per l'accesso ai benefici penitenziari; dall'altro, ha disposto una serie di vantaggi nei confronti di coloro che decidono di collaborare con la giustizia, in particolare si tratta di circostanze attenuanti speciali e modalità agevolate di accesso alle misure alternative alla detenzione perseguendo la medesima finalità di incentivare il condannato o l'imputato a sciogliere tutti i legami con l'associazione stessa. In questa sede si ritiene sufficiente limitarsi ad analizzare la disciplina relativa alla concessione dei benefici penitenziari e dunque a descrivere il sistema introdotto dal d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, convertito con modificazioni dalla l. 15 marzo 1991, n. 82.

La disciplina previgente stabiliva, all'art. 13-*ter* del suddetto decreto-legge, che il presupposto necessario per l'ammissione alle misure alternative alla detenzione, per l'assegnazione del lavoro all'esterno e per la concessione dei permessi premio, in

³⁴⁴ Cfr. M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano 2010, p. 503.

³⁴⁵ A. BERNASCONI, *La riforma della legge sui collaboratori di giustizia: profili generali e intersezioni con le tematiche del "giusto processo" (l. 13.02.2001, n.40)*, 2000, in LP, p. 75.

deroga alla disciplina ordinaria, fosse la partecipazione da parte del collaboratore allo speciale programma di protezione. La deroga comportava la mancata applicazione di tutte le disposizioni di legge, comprese quelle relative ai limiti edittali. L'autorità che aveva autorizzato il programma doveva rilasciare il proprio parere, sulla base delle informazioni acquisite dal pubblico ministero presso il giudice competente per i reati in base ai quali era stata concessa la collaborazione; il parere in questione, nonostante fosse obbligatorio, non era vincolante. La natura premiale della nuova disciplina era sicuramente molto significativa: al collaboratore sottoposto al programma di protezione erano concedibili tutti i benefici penitenziari a prescindere dalla sussistenza delle condizioni di legge e indipendentemente dal *quatum* di pena da espiare o già espiato; erano, inoltre, escluse le condizioni ostative previste dall'art. 4-*bis* ord. penit.

Dunque, la sola condizione necessaria e sufficiente per accedere agli istituti penitenziari era la partecipazione al programma di protezione, con la conseguenza che in caso di revoca di quest'ultimo sarebbero venuti meno tutti i benefici ottenuti, senza prendere in considerazione il percorso di risocializzazione intrapreso. Si è, infatti, ritenuto che «fondamentale caratterizzazione del peculiare sistema della l. 82/1991 era la corrispondenza biunivoca intercorrente tra il programma di protezione [...] e l'applicabilità dei benefici penitenziari di cui all'art. 13-*ter* della legge citata e delle conseguenti deroghe alla normativa ordinaria in tema di concessione di benefici»³⁴⁶.

La normativa suddetta ha mostrato fin da subito la sua lacunosità e molte sono state le critiche mosse; anche se, è necessario riconoscere, ha comportato un notevole incremento del fenomeno collaborativo. In particolare non erano stati prefissati i criteri sulla base dei quali individuare i soggetti da poter destinare al programma di protezione; non erano indicate le modalità e i tempi in cui la collaborazione doveva essere fornita; non erano stabilite le condizioni che avrebbero comportato la revoca del programma; la concessione dei benefici connessa alla sola titolarità del programma di protezione aveva comportato un maggiore ricorso a tale strumento e un innalzamento della popolazione "protetta" con la conseguenza di un impiego sempre maggiore di risorse economiche in quanto al condannato protetto e alla sua famiglia lo Stato deve assicurare il sostentamento. Inoltre, il meccanismo su descritto causava una forte compressione dell'autonomia decisionale della magistratura di sorveglianza

³⁴⁶ F. FIORENTIN - A. MARCHESELLI, *L'ordinamento penitenziario*, 2005, UTET, Torino, p. 507.

in quanto le valutazioni di quest'ultima in merito alla concessione del beneficio penitenziario rimanevano ancorate all'emanazione del provvedimento amministrativo relativo alla partecipazione del soggetto allo speciale programma di protezione, atto finalizzato esclusivamente alla tutela dell'incolumità del soggetto deciso a collaborare³⁴⁷. La giurisprudenza di legittimità³⁴⁸ aveva tentato di ridurre l'ambito operativo dell'art. 13-ter l. 82/1991, sostenendo che la discrezionalità della magistratura di sorveglianza non era stata in alcun modo limitata in quanto si riteneva sempre e comunque necessaria la sua valutazione in capo all'effettiva sussistenza dei requisiti per accedere al beneficio penitenziario; tale verifica, secondo la Suprema Corte, non poteva ritenersi vincolata al parere espresso dalla Commissione centrale per la definizione e l'applicazione dello speciale programma di protezione. Il provvedimento adottato dal giudice doveva, ad ogni modo, essere adeguatamente motivato sia nel caso in cui disattendesse il parere della Commissione che nell'ipotesi opposta.

L'esigenza di arginare le distorsioni che si erano create in materia ha comportato una revisione dell'intera disciplina sfociata, dopo circa quattro anni di lavori parlamentari, nella l. 13 febbraio 2001 n. 45, la quale ha abrogato l'art. 13-ter ed introdotto nel corpo della l. 82/1991 l'art. 16-*nonies*, disposizione che ad oggi regola completamente la concessione dei benefici penitenziari, tra i quali la detenzione domiciliare, nei confronti dei collaboratori di giustizia.³⁴⁹ La riforma legislativa è ispirata dal perseguimento di un duplice obiettivo: distinguere il profilo premiale da quello tutorio e individuare dei criteri qualitativi di selezione per divenire collaboratori. La nuova disposizione, infatti, «disciplina l'accesso ai benefici penitenziari per coloro che collaborano con la giustizia in termini che non contemplano (più) tra i presupposti essenziali per la concessione dei benefici, la titolarità (e attualità)

³⁴⁷ Cfr. L. DEGL'INNOCENTI - F. FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Edizione II, 2006, Milano, p. 273.

³⁴⁸ Cass., Sez. I, 18 aprile 1998, CED Cass. n. 210420.

³⁴⁹ È opportuno sottolineare che la giurisprudenza di legittimità è più volte intervenuta per affermare che la nuova disciplina si applica anche nei confronti dei soggetti la cui collaborazione è iniziata durante la vigenza della disciplina più favorevole prevista all'art. 13-ter dato che, in questo caso, non trova applicazione il principio di irretroattività della legge penale *ex art. 2 c.p.*, applicabile soltanto alle norme penali sostanziali. Cfr. Cass., Sez. I, 16 settembre 2003, n. 41345 e Cass., Sez. I, 18 ottobre 2007, n. 43660.

del programma di protezione e le esigenze di tutela del collaborante e dei suoi congiunti»³⁵⁰.

Venuto meno il requisito legittimante della partecipazione al programma speciale di protezione, in base al quale venivano individuati i destinatari della disciplina, l'art. 16-*nonies*, comma 1 individua la tipologia di soggetti che possono fruire della normativa in esame. Si tratta dei condannati che abbiano commesso delitti per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale ovvero altro delitto previsto all'art. 51, comma 3-*bis* c.p.³⁵¹; costoro potranno accedere ai benefici penitenziari espressamente indicati nella fattispecie (vale a dire «la liberazione condizionale, la concessione dei permessi premio e l'ammissione alla misura della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-*ter* della l. 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni») solo dopo aver prestato, anche dopo la condanna, una tra le condotte di collaborazione che permettono l'applicazione delle circostanze attenuanti sancite nel codice penale o nelle disposizioni speciali; la norma, a differenza dell'art. 58-*ter*, non descrive in modo esplicito le caratteristiche che tali condotte debbono avere, ma si limita, appunto, ad individuarle in quelle che consentono la concessione delle circostanze attenuanti. Dunque, nell'ipotesi in cui la collaborazione sia stata prestata durante il corso del procedimento penale, sarà necessario verificare se, con la sentenza di condanna, le circostanze suddette siano state concesse; diversamente, nel caso in cui la collaborazione sia stata posta in essere soltanto dopo l'emanazione della sentenza di condanna, allora dovrà accertarsi se si sarebbero potute concedere. Il beneficio penitenziario viene disposto dalla magistratura di sorveglianza, dopo che sia stata presentata la proposta ovvero siano stati sentiti i procuratori generali presso le Corti di Appello o il Procuratore nazionale antimafia (nei casi in cui il condannato abbia commesso uno dei delitti tra quelli indicati all'art. 51, comma 3-*bis* c.p.p.), l'organo inquirente assume, dunque, un ruolo fondamentale nella complessa procedura che la disposizione descrive in quanto esso dovrà essere necessariamente consultato per il parere e potrà, inoltre, proporre direttamente un soggetto alla

³⁵⁰ F. FIORENTIN - A. MARCHESELLI, op.cit., p. 510.

³⁵¹ La norma fa riferimento al delitto di associazione per delinquere (art. 416, comma 6 e 7 c.p.); di associazione per delinquere realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti agli artt. 473, 474, 600, 601, 602 c.p.; associazione di tipo mafioso anche straniera (art. 416-*bis* c.p.); sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.); associazione finalizzata al traffico di stupefacenti (art. 74 del testo unico approvato con d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309) o al contrabbando (art. 291-*quater* del testo unico approvato con d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43).

concessione del beneficio penitenziario. È onere di tale organo indicare all'interno della sua proposta o del suo parere ogni informazione utile sulla collaborazione che il soggetto ha prestato; qualora il tribunale o il magistrato di sorveglianza ne facciano richiesta, viene allegata, alla proposta o al parere, «copia del verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione e, se si tratta di persona sottoposta a speciali misure di protezione, il relativo provvedimento di applicazione» (comma 2, art. 16-*nonies*). Ai sensi del comma 3 dell'articolo in esame, la proposta o il parere devono contenere anche la valutazione sulla pericolosità sociale dell'interessato e deve essere indicato se questi durante i procedimenti penali in cui ha prestato la collaborazione si sia mai rifiutato di sottoporsi ad esami o interrogatori. In relazione a questo impegnativo sistema istruttorio sussiste, però, l'obbligo di motivazione in capo al giudice di sorveglianza che decida di concedere il beneficio penitenziario discostandosi dal parere sfavorevole espresso dal Procuratore generale ovvero dal Procuratore nazionale antimafia (comma 4, art 16-*nonies*).

Un ulteriore presupposto che la magistratura di sorveglianza è chiamata ad analizzare al fine della concessione della misura è il ravvedimento del soggetto, come sancito al comma 4 dell'art. 16-*nonies*; requisito completamente assente nella disciplina previgente, ispirato a quella logica politico-legislativa di separazione del profilo premiale da quello tutorio. La Corte di Cassazione ha precisato che il ravvedimento deve essere valutato sulla base di specifici elementi che ne dimostrino concretamente la sussistenza e non può essere considerato come una sorta di presunzione, ricavabile esclusivamente dalla collaborazione che il soggetto ha intrapreso con le autorità e dalla rottura di ogni legame con l'organizzazione criminale³⁵². La mancata indicazione da parte del legislatore di un *quantum* di ravvedimento necessario per la concessione degli istituti indicati nel comma 1 dell'art. 16-*nonies* ha sollevato molte perplessità. L'interpretazione prevalente ritiene che sia lasciata alla discrezionalità della magistratura di sorveglianza adeguare il requisito in esame alla ampiezza e alla diversità dei benefici concedibili. Dunque, sulla base della natura del beneficio, per la concedibilità dei permessi premio è sufficiente che il condannato abbia intrapreso un programma di reinserimento e revisione della sua condotta; per la detenzione domiciliare è, invece, necessario che tale percorso stia

³⁵² Cfr. Cass., Sez. I, 27 ottobre 2009, n. 1115.

giungendo a compimento; infine, relativamente alla liberazione condizionale, misura che costituisce la fase finale dell'insieme degli strumenti di progressivo reinserimento sociale, deve sussistere il consolidamento dei risultati raggiunti durante il percorso suddetto.

Ai sensi del comma 5 dell'articolo in esame, viene disciplinata la possibilità che la collaborazione prestata riguardi fatti diversi da quelli per i quali è stata disposta la condanna, in questo caso i benefici penitenziari in deroga alle disposizioni vigenti potranno essere concessi soltanto dopo l'emissione della sentenza di primo grado avente ad oggetto i fatti concernenti la collaborazione che confermi i requisiti di cui all'art. 9, comma 3 del medesimo decreto, vale a dire «il carattere di intrinseca attendibilità, [...] di novità o di completezza [...] o di notevole importanza per lo sviluppo delle indagini o ai fini del giudizio ovvero per le attività di investigazione».

Il procedimento di revoca, modifica e sospensione dei provvedimenti concessi è disciplinato dal comma 7 dell'articolo in esame. La modifica e la revoca sono disposte di ufficio ovvero su proposta o parere del Procuratore generale o del Procuratore nazionale antimafia. La sospensione dei provvedimenti può essere ordinata, nei casi di urgenza, in via puramente cautelativa dal magistrato di sorveglianza; stante, però, la competenza in materia del tribunale di sorveglianza, la sospensione cesserà di avere efficacia se questo non interviene entro sessanta giorni dalla ricezione degli atti (in deroga al termine ordinario di trenta giorni previsto all'art. 51-ter ord. penit.).

In dottrina è stato rilevato che, rispetto alla disciplina previgente, «appare evidente la contrazione della premialità insita nel nuovo dettato legislativo: essa si estrinseca non soltanto nella drastica limitazione della tipologia di benefici penitenziari concedibili ma altresì nella previsione [...] di una serie di requisiti [...] la cui *ratio* non attiene a quei profili di finalizzazione rieducativa propri degli istituti noti del diritto penitenziario, ma che rispondono all'esigenza, avvertita dal legislatore, di ricalibrare la portata delle premialità concesse dall'ordinamento a chi si è macchiato di delitti di notevole allarme»³⁵³.

Con la nuova formulazione della disposizione è, inoltre, venuto meno il problema legato alla scarsa discrezionalità valutativa riconosciuta in capo alla

³⁵³ F. FIORENTIN - A. MARCHESELLI, *L'ordinamento penitenziario*, 2005, UTET, Torino, p. 512.

magistratura di sorveglianza dal momento che il giudice chiamato a decidere dovrà verificare l'effettiva recisione di ogni tipo di legame con l'organizzazione criminale, la rilevanza del contenuto della collaborazione e il concreto ravvedimento dell'interessato. Dunque, la neo introdotta procedura richiede un vaglio più approfondito da parte dell'organo giurisdizionale³⁵⁴.

Infine, è necessario accennare al problematico rapporto tra la detenzione domiciliare *ex art. 16-nonies* l. 82/1991 e quella ordinaria sancita all'art. 47-*ter*. La giurisprudenza è, ormai, concorde nel sostenere la natura "speciale" della prima rispetto alla seconda, in quanto al comma 4 dell'art. 16-*nonies* viene stabilito che la misura *de qua* può essere concessa «anche in deroga alle vigenti disposizioni» quindi non è necessaria la sussistenza dei requisiti indicati nell'art. 47-*ter*³⁵⁵.

Conclusivamente, è opportuno riflettere sull'opportunità della scelta effettuata dal legislatore in relazione alla concessione della detenzione domestica nei confronti dei c.d. "collaboratori di giustizia". Come si è avuto modo di analizzare nel corso del capitolo precedente, la detenzione domiciliare è stata inizialmente introdotta per perseguire finalità assistenziali e umanitarie connesse alla tutela di soggetti deboli che presentano condizioni sfavorevoli e solo in un secondo momento l'istituto è stato ampliato per porre un freno al dilagante fenomeno del sovraffollamento carcerario. Le prescrizioni impartibili e la durata di tale misura presuppongono una pena da espiare o un residuo di maggior pena davvero esiguo. Le pene che, invece, devono essere scontate dai compartecipi di un'associazione criminale sono generalmente molto più elevate proprio in relazione «all'elevata caratura delinquenziale»³⁵⁶ derivante dalla partecipazione all'organizzazione; dunque, la detenzione domiciliare non appare la misura più idonea per i soggetti in questione, soprattutto considerando che la pena spesso inflitta loro è quella dell'ergastolo. Di fatto, «le detenzioni domiciliari applicate ai collaboratori di giustizia hanno finito perciò per snaturarsi del tutto, atteggiandosi ad affidamenti simulati [...] senza però il concreto supporto del servizio sociale»³⁵⁷.

³⁵⁴ Cfr. A. BERNASCONI, *La riforma della legge sui collaboratori di giustizia: profili generali e intersezioni con le tematiche del "giusto processo"* (l. 13.02.2001, n.40), 2000, in LP, p. 86.

³⁵⁵ Cfr. Cass., Sez. I, 27 maggio 2003, CED Cass. n. 22460.

³⁵⁶ M. GASPARI – M. LEONARDI, *La detenzione domiciliare*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 32.

³⁵⁷ *Ut supra*.

5. Esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi (l. 26 novembre 2010, n. 199)

L'esecuzione della pena presso il domicilio è stata introdotta ad opera della l. 26 novembre 2010, n. 199 al fine di fronteggiare il problema del sovraffollamento nelle carceri; istituto di natura straordinaria e, almeno inizialmente, temporanea, destinato prevalentemente ai condannati ai quali era stata applicata la recidiva reiterata *ex art.* 99, comma 4 c.p.

Prima di procedere all'analisi dell'istituto dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi, è necessario inquadrare l'intervento legislativo in esame nel contesto storico in cui è stato posto in essere. Agli inizi del 2010 è stato varato dal consiglio dei ministri il c.d. "Piano Carceri"³⁵⁸, vale a dire un insieme di provvedimenti finalizzati ad arginare il problema del sovraffollamento nelle carceri italiane che in quegli anni aveva creato molta tensione³⁵⁹. Tali interventi prevedevano da un lato, operazioni di edilizia penitenziaria consistenti nella ristrutturazione degli ambienti delle carceri e nella costruzione di nuovi padiglioni e l'aumento del personale di polizia penitenziaria; dall'altro, una serie di riforme normative al fine di aumentare il numero di detenuti in uscita e soprattutto per diminuire il flusso in ingresso. Proprio lungo queste linee direttrici è stata emanata la l. 26 novembre 2010, n. 199, la quale ha introdotto la possibilità di espiare le pene detentive brevi (non superiori a dodici mesi) presso un luogo esterno al carcere (l'abitazione del condannato ovvero altro luogo privato o pubblico di cura, assistenza e accoglienza). La disciplina è stata modificata trascorso soltanto un anno dalla sua entrata in vigore a causa degli scarsi risultati pratici raggiunti (durante il corso dei lavori parlamentari si era stimato che il

³⁵⁸ Contemporaneamente all'emissione del c.d. "Piano Carceri" veniva dichiarato, con d.p.c.m. 13 gennaio 2010 (in *Gazz. uff.* 29 gennaio 2010, n. 23), lo stato di emergenza a causa del numero elevatissimo di detenuti che popolavano gli istituti penitenziari italiani.

³⁵⁹ Nella relazione al disegno di legge vengono indicate le stime, basate sui dati forniti dal Ministero della giustizia, relative alla composizione della popolazione ristretta: nel settembre 2009, circa il 32% dei condannati con sentenza definitiva espiavano in carcere pene non superiori ai dodici mesi. La percentuale si era negli anni fortemente innalzata passando dal 25% nel giugno 2007 al 31% nel giugno 2008. I dati sono consultabili sul sito https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.wp?previousPage=mg_1_14&contentId=SST674033. Il disagio cagionato dal sovraffollamento carcerario, non solo comportava numerose condanne da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per violazione dell'art. 6 CEDU, ma non permetteva la piena applicazione del dettato dell'art. 27 Cost.

numero dei beneficiari della nuova misura sarebbe dovuto arrivare a circa settemila ma il risultato non è stato raggiunto) e, nonostante la critica segnalasse vari elementi critici della disciplina³⁶⁰, il legislatore ha deciso di intervenire esclusivamente sul *quantum* di pena da espiare necessario per accedere alla misura portandolo da dodici a diciotto mesi, modificando di conseguenza sia la rubrica che il comma 1 dell'art. 1 (modifica avvenuta ad opera dell'art. 3 d.l. 22 dicembre 2011, n. 211). Infine, l'ultimo momento di questo *excursus* storico dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi si è realizzato con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni dalla l. 21 febbraio 2014 n., 10, il cui art. 5 ha stabilizzato la nuova misura all'interno dell'ordinamento penitenziario, prevedendo l'eliminazione del termine finale di efficacia dell'istituto *de quo* fissato dall'art. 1 l. 199/2010, il quale disponeva la vigenza della misura «fino alla completa attuazione del piano straordinario penitenziario nonché in attesa della riforma della disciplina delle misure alternative alla detenzione e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2013». La *ratio* di tale intervento era quella di mantenere in vita un istituto che aveva avuto una forte incidenza positiva sul problema del sovraffollamento carcerario in quanto, consultando i dati del ministero della giustizia, al 30 novembre 2013 i detenuti che avevano usufruito della misura *de qua* erano circa tredici mila. Dunque, in questo modo, l'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi muta completamente il suo *status* all'interno dell'ordinamento in quanto passa dall'essere un mero rimedio emergenziale (e per tale ragione di natura temporanea e straordinaria) a divenire uno strumento ordinario di espiazione *extramoenia* della pena³⁶¹.

È bene soffermarsi brevemente sulla natura giuridica dell'istituto introdotto con l. 199/2010, sulla quale dottrina e giurisprudenza si sono spesse volte interrogate³⁶². Nonostante le analogie evidenti con la struttura e il contenuto della detenzione domiciliare (art. 47-*ter* ord. penit.), ed in particolar modo con quella c.d. “generica” (comma 1-*ter*), si è dubitato della possibilità di annoverare la modalità di esecuzione della pena *de qua* nell'ampio *genus* delle misure alternative. Tale perplessità era dovuta sia alla collocazione esterna del beneficio rispetto all'ordinamento

³⁶⁰ Cfr. L. M. CULLA, *Le due città – Rivista dell'amministrazione penitenziaria*, 2012 e L. SCOMPARIN, in *L.p.*, 2012, p. 354.

³⁶¹ Cfr. M. G. GASPARI, *Un pacchetto di innovazioni attese da tempo che deve fare i conti con la scarsità dei mezzi*, in *Guida dir.* 2014, n. 4, p. 37.

³⁶² Cfr. F. FIORENTIN, *Legge “svuota carceri” alla prova dei fatti, ma la vera sfida è la riforma delle misure alternative*, in *Guida dir.* 2011, n. 1, p. 55 e ss.

penitenziario; sia alla peculiare denominazione datane dal legislatore. In realtà, nessuna delle due considerazioni era apparsa veramente decisiva: in relazione al primo profilo, è stato, infatti, sottolineato che la scelta ben si spiegherebbe considerando la natura straordinaria e temporanea della misura in esame; mentre per quanto concerne il secondo assunto, è il legislatore stesso a non sentirsi vincolato in alcun modo alla denominazione “ufficiale” del beneficio riferendosi alla misura con l’espressione «detenzione presso il domicilio».

A sostegno della tesi opposta, secondo la quale l’istituto in esame ben può essere ricondotto all’interno delle misure alternative alla detenzione, vi sono molti elementi rinvenibili nel testo della fattispecie legale stessa: al comma 6 dell’art. 1 viene disposta la trasmissione della copia del provvedimento relativo all’esecuzione della pena presso il domicilio all’ufficio locale dell’esecuzione penale esterna affinché disponga i necessari interventi di sostegno e controllo, al pari di ciò che avviene in caso di concessione dell’affidamento in prova ai servizi sociali³⁶³; nel comma 8, invece, il legislatore ha posto in essere una serie di rinvii a disposizioni dell’ordinamento penitenziario ovvero al suo regolamento di esecuzione al fine di estendere la disciplina della detenzione domiciliare “ordinaria” anche all’ipotesi dell’esecuzione presso il domicilio³⁶⁴. Inoltre, alcuni autori hanno ritenuto che la natura di misura alternativa del beneficio *de quo* è deducibile dall’art. 3 l. 26 novembre 2010, n. 199, con il quale è stata introdotta, all’art. 61 comma 11-*quater* c.p., una nuova circostanza aggravante che comporta un aumento di pena nei casi in cui il colpevole abbia commesso «un delitto non colposo durante il periodo in cui era ammesso ad una misura alternativa»; si ritiene che la *voluntas* del legislatore fosse quella di applicare la novella a tutte le misure alternative alla detenzione, compresa, ovviamente, quella sancita all’art. 1 della medesima legge, soprattutto se si considera l’introduzione dell’aggravante come un deterrente alla commissione di ulteriori delitti da parte dei destinatari dei benefici penitenziari³⁶⁵. Ad oggi la dottrina sembra aver trovato un accordo: l’istituto introdotto nel 2010 può essere ricondotto al novero delle misure alternative alla detenzione anche se, è bene sottolineare, gli autori sono ancora divisi fra coloro che ritengono il

³⁶³ Cfr. F. FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 77.

³⁶⁴ *Ut supra*.

³⁶⁵ Cfr. G. L. GATTA, *Dir. pen. cont.* 16 dicembre 2010, p. 1; F. FIORENTIN, *op. cit.*, p. 77; S. TURCHETTI, *Legge “svuotacarceri” e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2010, p. 1798.

beneficio una *species* del più ampio *genus* della detenzione domiciliare³⁶⁶ e coloro che, invece, vi riconoscono una nuova misura *tout court* da affiancarsi a tutte le altre previste nel Capo VI ord. penit.³⁶⁷

Per converso, la giurisprudenza non appare orientata verso una soluzione univoca. Affianco all'indirizzo che riconosce all'esecuzione presso il domicilio natura di misura alternativa alla detenzione³⁶⁸ o quanto meno di istituto equiparabile alla detenzione domiciliare³⁶⁹, convive l'indirizzo maggioritario secondo il quale il beneficio in esame consisterebbe in una mera modalità di esecuzione della pena che è stato previsto dal legislatore al fine di dare concreta attuazione al dettato dell'art. 27 Cost. permettendo ai condannati di espiare pene detentive assai brevi presso il proprio domicilio ovvero in altro luogo esterno all'istituto penitenziario³⁷⁰.

Dunque, nonostante la bontà degli elementi a sostegno della tesi che riconosce all'esecuzione presso il domicilio natura di misura alternativa, non si può non evidenziarne l'atipicità sotto al profilo procedurale, si consideri che per l'applicazione dello stesso non è richiesto il consenso del destinatario né tanto meno la sua richiesta, sia sotto il profilo sostanziale, la disposizione non fa parole di un eventuale giudizio di meritevolezza del beneficiario per la concessione dell'istituto in esame.

Come si accennava all'inizio del capitolo, l'intervento legislativo in questione si era reso necessario a causa della rigida disciplina introdotta nell'ordinamento penitenziario ad opera della l. 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. legge *ex Cirielli*), la quale aveva disposto l'esclusione per i condannati cui fosse stata applicata la recidiva *ex art. 99, comma 4 c.p.* dall'accesso alla detenzione domiciliare biennale c.d. "generica" (art. 47-*ter*, comma 1-*bis* ord. penit.) e il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione (art. 656, comma 9, lett. *c*) c.p.p.), comportando un rilevante aumento del numero di

³⁶⁶ Cfr. L. DEGL'INNOCENTI – F. FALDI, *I benefici penitenziari*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 262; L. CESARIS, *Art. 47-ter*, in V. GREVI – F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Edizione IV, CEDAM, 2011, p. 665; E. M. MANCUSO, *Sovraffollamento carcerario e misure di urgenza: un intervento su più fronti per avviare un nuovo corso*, in C. CONTI – A. MARANDOLA – G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, CEDAM, Padova, 2014, p. 57.

³⁶⁷ Cfr. S. TURCHETTI, *Legge "svuotacarceri" e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2010, p. 1799.

³⁶⁸ Cass., Sez. I, 27 novembre 2012, in *Cass. pen.* 2013, p. 1932.

³⁶⁹ Cass., Sez. I, 17 maggio 2013, Lavecchia, CED Cass. n. 255812, Cass., Sez. I, 11 dicembre 2013, Caldarozi, CED Cass. n. 259469.

³⁷⁰ Cass., Sez. I, 11 gennaio 2012, Sanzo, CED Cass. n. 253333; Cass., Sez. I, 10 ottobre 2013, esposito, CED Cass. n. 257319; Cass., Sez. I, 10 giugno 2013, D'Alessio, CED Cass. n. 257214.

ingressi in carcere direttamente dalla libertà e una forte diminuzione delle possibilità di espiare la pena *extramoenia*, nonostante l'esiguità della stessa. La novella legislativa in esame era stata introdotta proprio in risposta agli effetti che la legge *ex Cirielli* aveva comportato sull'aumento del numero dei detenuti nelle carceri; la natura emergenziale della situazione ha portato il legislatore a prevedere una disciplina temporanea ed eccezionale con una procedura applicativa piuttosto snella³⁷¹. I riformatori, resisi conto della natura sistemica che il fenomeno del sovraffollamento stava assumendo, nonostante l'intervento del 2010, hanno scelto di dare stabilità alla misura in esame con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10. La questione ha assunto, però, un nuovo rilievo a seguito della soppressione delle preclusioni nei confronti dei recidivi reiterati ad opera della l. 9 agosto 2013, n. 94 che ha fatto seriamente dubitare «della stessa concreta sopravvivenza nell'ordinamento dell'istituto introdotto nel 2010»³⁷²; tuttavia il legislatore stabilendo la permanenza del beneficio nell'ordinamento ha mostrato chiaramente la sua volontà di mantenerlo in vita, sarebbe stato irragionevole altrimenti conferire stabilità all'istituto nel momento in cui questo avesse perso efficacia³⁷³. Sicuramente, ammettendo i recidivi reiterati alla sospensione dell'esecuzione ai sensi dell'art. 656 c.p.p. e concedendo loro la detenzione domiciliare “generica”, l'ambito di operatività dell'esecuzione presso il domicilio si è ridotto sensibilmente; è necessario, quindi, individuare questo campo di applicazione residuale. In primo luogo è opportuno interpretare correttamente la clausola prevista all'art. 1, comma 3 l. 199/2010 «salvo che il pubblico ministero debba emettere il decreto di sospensione di cui al comma 5 dell'art. 656 c.p.p.», che ha suscitato molte perplessità. Si ritiene che questo rinvio in negativo alla disciplina della sospensione dell'esecuzione deve essere letto come una “preferenza” del legislatore per l'applicazione delle misure alternative indicate nel Capo VI ord. penit. rispetto all'esecuzione presso il domicilio delle pene

³⁷¹ Cass., Sez. I, 26 giugno 2013, G.R., in *DeJure*; secondo i giudici: «la legge citata persegue il dichiarato scopo di introdurre una misura temporanea, applicabile sino al 31 dicembre 2013, per far fronte all'emergenza del sovraffollamento delle carceri, estendendo il beneficio della detenzione domiciliare a categorie di condannati che, in applicazione del disposto dell'art. 656 c.p.p. comma 9 non avrebbero potuto goderne, e in particolare ai condannati ai quali è stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99 c.p. comma 4».

³⁷² F. CAPRIOLI – L. SCOMPARIN, *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 69. Si veda, inoltre, F. FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 76, secondo l'autore «a seguito della soppressione delle sopra indicate disposizioni [art. 47-ter, comma 1-bis ord. penit. e art. 656, comma 9, lett. c) c.p.p.] ad opera del d.l. n. 78 del 2013, era quindi diffusa la sensazione che il beneficio straordinario avesse perso del tutto la sua *ratio essendi*».

³⁷³ Cfr. F. CAPRIOLI – L. SCOMPARIN, *op. cit.*, p. 73.

detentive brevi sul presupposto dei maggiori vantaggi che le prime attribuiscono ai condannati. Dunque, la clausola suddetta piuttosto che come esclusione *tout court* dell'istituto *ex art. 1 l. 199/2010*, deve essere interpretata come «clausola di priorità»³⁷⁴. La disciplina indicata dalla legge testé citata sarà, per ciò, applicabile sia nel caso in cui a seguito della sospensione dell'ordine di esecuzione non sia stata presentata la richiesta ovvero questa sia stata dichiarata inammissibile o rigettata nel merito; sia nel caso in cui il decreto di sospensione dell'ordine sia stato revocato dopo la sua emissione. In queste ipotesi il condannato ha ancora la possibilità di espiare la pena *extramoenia*, sarà sufficiente che il pubblico ministero sospenda l'esecuzione e trasmetta la richiesta di applicazione dell'esecuzione presso il domicilio al magistrato di sorveglianza. A supporto dell'interpretazione appena descritta milita il diverso regime procedurale per richiedere l'applicazione della misura: infatti, nei casi regolati dal comma 5 dell'art. 656 c.p.p. compete al soggetto interessato fornire le prove della sua meritevolezza e attivarsi attivamente per formulare la richiesta; mentre nell'ipotesi sancita all'art. 1 l. 199/2010 l'onere di fornire al magistrato di sorveglianza tutta la documentazione necessaria sussiste in capo al pubblico ministero in quanto il beneficio in questione non solo persegue la finalità rieducativa della pena permettendo l'espiazione della stessa al di fuori degli istituti penitenziari ma mira, inoltre, agli scopi deflattivi. È stato, in questo modo, introdotto una sorta di «meccanismo di salvataggio»³⁷⁵ attivabile ogni qual volta non sia possibile accedere alle misure alternative «ordinarie».

Relativamente all'operatività dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive inferiori a diciotto mesi, è, inoltre, opportuno sottolineare che il divieto di doppia sospensione dell'ordine di esecuzione previsto all'art. 656, comma 7 c.p.p.³⁷⁶ non sembra costituire un ostacolo per l'applicazione della disciplina in questione; ciò in quanto la l. 199/2010 risulta non solo essere posteriore rispetto alla disposizione codicistica ma anche speciale e questo si ritiene sufficiente per non estendere il divieto

³⁷⁴ F. DELLA CASA, *Esecuzione delle pene detentive (commento all'art. 656 c.p.p.)*, in V. GREVI – G. GIOSTRA – F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, CEDAM, 2011, tomo II, p. 1056.

³⁷⁵ F. CAPRIOLI – L. SCOMPARIN, *op. cit.*, p. 74.

³⁷⁶ Per comodità di consultazione si riporta il contenuto del divieto sancito all'art. 656, comma 7 c.p.p.: la sospensione dell'esecuzione non può essere concessa per più di una volta per la stessa condanna anche se il condannato dovesse proporre una nuova istanza diversamente motivata ovvero avente ad oggetto una misura alternativa diversa dalla precedente.

anche alla neo introdotta disciplina. Alla stessa soluzione si giungerebbe dalla lettura coordinata del comma 5 e 7 dell'art. 656 c.p.p., il divieto deve essere circoscritto alle sole misure alternative indicate espressamente nel comma 5 e tra queste non viene annoverata l'esecuzione presso il domicilio³⁷⁷.

Successivamente, è opportuno proseguire nell'analisi della misura *de qua* soffermandosi sui presupposti di applicabilità della stessa. Ai sensi del comma 1, art. 1 l. 199/2010 viene stabilito che la pena detentiva di diciotto mesi, intesi anche come residuo di maggior pena, può essere espiata presso l'abitazione del condannato ovvero altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza purché sussistano i requisiti oggettivi e soggettivi previsti dalla legge indicati nel comma 2 dell'articolo in esame. I presupposti soggettivi, indicati nella lett. d) del comma suddetto, sono valutati dal magistrato di sorveglianza in base alla sua discrezionalità vincolata e consistono nell'assenza di un concreto pericolo che il condannato possa darsi alla fuga, nell'assenza di specifiche e motivate ragioni per ritenere che egli commetterà altri delitti ed infine nell'idoneità ed effettività del domicilio, nel rispetto delle esigenze della persona offesa dal reato. Quest'ultimo presupposto viene valutato preventivamente ad opera del pubblico ministero, il quale trasmette poi al magistrato il verbale contenente tutte le informazioni necessarie. Il giudice di sorveglianza³⁷⁸, condotta l'analisi suddetta, decide con ordinanza adottata in camera di consiglio, *inaudita altera parte*, ai sensi dell'art. 69-bis ord. penit. ma nel termine più breve di cinque giorni³⁷⁹.

Relativamente alla prima condizione ostativa all'ammissione alla nuova forma di custodia domiciliare, ossia il pericolo di fuga, è necessario che sussista un elevato

³⁷⁷ A. DELLA BELLA, *Il caso Sallusti: la discussa applicazione della legge "svuota-carceri" al condannato che abbia già beneficiato della sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 dicembre 2012, l'autore afferma che «non esiste un dato normativo che vieti di utilizzare cumulativamente i due meccanismi sospensivi» e ribadisce che il divieto sancito nel comma 7 dell'art. 656 c.p.p. «si riferisce soltanto alla sospensione ex art. 656 comma 5 e non preclude certo [...] l'operatività di meccanismi sospensivi fondati su elementi diversi».

³⁷⁸ Competente a disporre l'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi è il magistrato di sorveglianza che ha giurisdizione sull'istituto penitenziario all'interno del quale il beneficiario è ristretto ovvero, nel caso in cui l'interessato sia libero, il magistrato presso l'ufficio di sorveglianza del distretto del tribunale, come previsto ai sensi dell'art. 656, comma 6 c.p.p.

³⁷⁹ Cfr. G. M. PAVARIN, *Le ipotesi di detenzione domiciliare*, in F. FIORENTIN (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Giappichelli, Milano, 2012, p. 315, l'autore sottolinea che è necessario ricordare che «si tratta del termine dilatorio che deve intercorrere tra il momento in cui il magistrato di sorveglianza richiede il parere al pubblico ministero e quello in cui egli può decidere». Dunque, l'ordinanza adottata prima del termine in questione deve considerarsi nulla.

rischio che il soggetto si allontani senza autorizzazione caratterizzato da elementi di attualità e concretezza³⁸⁰. La formulazione utilizzata dal legislatore richiama quella prevista all'art. 274, comma 1 lett. c) c.p.p. in materia di misure cautelari; allontanandosi, per converso, da quella utilizzata all'art. 47, comma 4 ord. penit. per definire il medesimo *periculum* relativamente all'applicazione provvisoria dell'affidamento in prova ai servizi sociali³⁸¹. *Rebus sic stantibus*, si possono considerare le interpretazioni che la giurisprudenza ha fornito della disposizione codicistica e ricavarne utili chiavi di lettura anche riguardo al beneficio penitenziario; in particolare, si ritiene possano essere trasposte in questa sede, *mutatis mutandis*, le affermazioni relative alla sussistenza dell'obbligo di motivazione circa il concreto pericolo di fuga e alla necessità che quest'ultima si basi su elementi specifici che facciano emergere l'effettiva propensione del soggetto all'evasione³⁸². Inoltre, i giudici di legittimità hanno sottolineato come non sia necessario che sussistano degli effettivi comportamenti prodromici dell'allontanamento (come, ad esempio, l'acquisto di un biglietto aereo) per dimostrare il pericolo di fuga in quanto si ritiene sufficiente dedurre la sussistenza dello stesso dalle relazioni interpersonali dell'interessato, dai suoi precedenti penali, dal comportamento tenuto durante eventuali periodi di detenzione³⁸³ ovvero durante l'applicazione di una diversa misura alternativa e da possibili procedenti in atto³⁸⁴.

Il secondo requisito per accedere alla misura *de qua* consistente nell'assenza del rischio che il condannato possa commettere altri delitti³⁸⁵. Il legislatore richiede, ai sensi del comma 2 lett. d), che il pericolo di recidiva sia sorretto da «specifiche e motivate ragioni»: l'utilizzo dell'aggettivo “specifiche” indica che non possono essere

³⁸⁰ Cfr. L. FILIPPI – G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano 2011, p. 273.

³⁸¹ Cfr. G. M. PAVARIN, *Le ipotesi di detenzione domiciliare*, in F. FIORENTIN (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Giappichelli, Milano, 2012, p. 305.

³⁸² Si veda Cass., Sez. I, 19 giugno 2013, El-mazaj, in CED Cass. n. 256568 e Cass., Sez. I, 15 gennaio 2008, Iannelli, CED Cass. n. 238393.

³⁸³ *Contra* D. VECCHIONE, Csm 14 febbraio 2011, consultabile sul sito http://www.antonocasella.eu/archiva/CSM_Vecchione_magistratura_sorveglianza_14feb2011.pdf p. 17, l'autrice ritiene che «non va confuso il pericolo di fuga con il pericolo di evasione e occorre non trarre automaticamente e semplicisticamente dalla commissione di evasioni, ancorché recenti, la prova evidente della sussistenza dei pericoli di fuga e di recidiva, specie nei casi in cui l'evasione è consistita in temporanei allontanamenti non accompagnati da particolari circostanze indizianti». Dello stesso avviso G. M. PAVARIN, *op. cit.*, p. 306.

³⁸⁴ Tra le altre cfr. Cass., Sez. I, 25 maggio 2005, Gallou, in *Cass. pen.* 2006, p. 2550.

³⁸⁵ Come sottolinea G. M. PAVARIN, *op. cit.*, p. 307 la formulazione utilizzata esclude *a priori* rilevanza alla commissione di reati di natura contravvenzionale.

utilizzate da parte della magistratura di sorveglianza a fondamento dell'*iter* decisionale espressioni generiche; la legge prevede, inoltre, che tali ragioni non siano soltanto meramente enunciate bensì anche motivate, vale a dire «adeguatamente sostenute da un apparato argomentativo reale, non generico, né ridondante, né apparente, né paralogico, ma invece idoneo a dar conto di quale sia stato l'analitico percorso logico-giuridico che si è fatto strada nella mente del giudice»³⁸⁶. Dunque, si ritiene che il giudice chiamato a decidere dovrà fondare la sua decisione valutando i precedenti penale dell'interessato, l'esito delle misure alternative alla detenzione alle quali il soggetto era stato ammesso in precedenza, nel caso in cui il soggetto sia detenuto si potranno prendere in considerazione anche le osservazioni effettuate dall'istituto penitenziario relative al suo comportamento³⁸⁷.

Infine, l'ultima condizione soggettiva per accedere all'esecuzione presso il domicilio consiste nella idoneità ed effettività del domicilio. Come già si accennava precedentemente, il vaglio preliminare sull'idoneità del domicilio viene realizzato dal pubblico ministero, il quale, ai sensi del comma 3 art. 1, deve trasmettere al magistrato di sorveglianza «un verbale di accertamento dell'idoneità» dello stesso. Ad ogni modo, ciò non esclude una verifica successiva ad opera del giudice di sorveglianza, il quale potrà discostarsi da quanto sostenuto dal p.m. È bene sottolineare che mentre i verbali trasmessi *ex art. 1, comma 3* debbano avere ad oggetto esclusivamente la verifica dell'idoneità, al giudice di sorveglianza viene richiesto espressamente di valutare anche l'effettività dello stesso. In primo luogo è, però, necessario che sia accertata la disponibilità attuale ovvero anche solo potenziale (a patto che sia garantita la possibilità d'uso del posto dichiarato dal momento dell'ammissione al beneficio) del luogo dove sarà espiata la pena. Successivamente si potrà procedere alla verifica dell'idoneità che sarà condotta principalmente in relazione alle esigenze di sicurezza, vale a dire il domicilio scelto dovrà essere adatto a permettere i controlli giornalieri da parte della polizia giudiziaria³⁸⁸. Il legislatore sottolinea, inoltre, che tale valutazione deve essere condotta nel rispetto delle «esigenze di tutela delle persone offese dal reato», la formula risulta essere generica e indeterminata ma l'interpretazione

³⁸⁶ *Ut supra*.

³⁸⁷ Cfr L. DEGLI INNOCENTI – L. FALDI, *I benefici penitenziari*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 264.

³⁸⁸ Cfr. G. M. PAVARIN, *op. cit.*, p. 309, l'autore ritiene, inoltre, necessario che il soggetto ospitante del beneficiario della misura non abbia precedenti penali ovvero procedimenti in corso in quanto vi sarebbe un rischio altissimo che l'ospitato, spinto dall'occasione, compia ulteriori delitti.

prevalente ritiene che essa sia stata introdotta al fine di assicurare protezione alle vittime dei reati commessi in ambito domestico o familiare³⁸⁹. Alcuni autori hanno correttamente evidenziato come il presupposto legittimante la concessione della misura qui analizzato potrebbe comportare una severa disparità di trattamento nei confronti di coloro che non hanno la disponibilità di un domicilio idoneo all'espiazione *extramoenia* della misura (per esempio i tossicodipendenti ovvero gli stranieri), con la conseguenza di cagionare effetti negativi sia nei confronti di costoro, sia relativamente al problema del sovraffollamento³⁹⁰. Quanto sottolineato mostra come la fattispecie legale riservi un ampissimo spazio di discrezionalità in capo alla magistratura di sorveglianza, la quale è chiamata a svolgere una valutazione tutt'altro che semplice; si va così allontanando l'idea, sostenuta da parte minoritaria della dottrina, che l'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi venga concessa sulla base di un rigido automatismo³⁹¹.

Proseguendo nell'esame dei criteri fissati *ex lege* per accedere alla misura, bisogna analizzare le condizioni di natura oggettiva previste nelle lett. *a)*, *b)* e *c)* del comma 2, le quali interdicono l'accesso alla nuova forma di custodia domiciliare ai condannati per taluno dei reati indicati nell'art. 4-*bis* ord. penit. (lett. *a)*); ai delinquenti che siano stati dichiarati abituali, professionali o per tendenza ai sensi degli artt. 102, 105 e 108 c.p. (lett. *b)*); ed infine ai detenuti sottoposti al regime di sorveglianza particolare *ex* art. 14-*bis* ord. penit. (lett. *c)*). Il legislatore ha ritenuto opportuno escludere tali soggetti sulla base di una sorta di presunzione assoluta di pericolosità sociale e di inaffidabilità che comporta l'incompatibilità degli stessi con il beneficio *de quo*³⁹². Si parla comunemente di condizioni oggettive in quanto la loro ricorrenza esclude *tout court* la possibilità di accedere alla misura senza la sussistenza degli ordinari obblighi motivazionali.

È necessario fare alcune precisazione in relazione alle condizioni ostative suddette; relativamente alla prima è opportuno sottolineare che vengono presi in considerazione tutti i delitti indicati dall'art. 4-*bis* ord. penit. senza effettuare alcuna distinzione tra i reati di c.d. "prima" e "seconda fascia", lascia molto perplessi

³⁸⁹ Cfr. S. TURCHETTI, *Legge "svuotacarceri" e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2010, p. 1795.

³⁹⁰ Cfr. F. FIORENTIN, *Guida dir.* 2011, fascicolo 1, p. 54 e F. DELLA CASA, *Dir. pen. proc.* 2011, p. 7.

³⁹¹ Si veda L. SCOMPARIN, *L.p.* 2011, p. 335.

³⁹² Cfr. L. DEGLI INNOCENTI – L. FALDI, *I benefici penitenziari*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 267.

soprattutto che la clausola in esame ricomprenda anche l'ipotesi descritta nel comma 3-*bis* del medesimo articolo, vale a dire i condannati per delitti dolosi commessi a causa della provata sussistenza di legami con la criminalità organizzata. Per quanto concerne, invece, la categoria di soggetti indicati nella lett. *b*) si è opportunamente sottolineato come la legge faccia riferimento, in relazione alla delinquenza abituale, esclusivamente all'art. 102 c.p. quindi all'ipotesi di abitualità presunta per legge e non anche a quella presunta dal giudice indicata all'art. 103 c.p. Considerando che il mancato rinvio sembrerebbe essere privo di giustificazioni³⁹³ ed assolutamente irragionevole, il problema, si ritiene in dottrina, facilmente superabile affidando alla discrezionalità del magistrato di sorveglianza la possibilità di analizzare la pronuncia di abitualità emessa dal giudice, soprattutto nell'ipotesi in cui questa sia recente. Infine, sono esclusi dall'ammissione al beneficio i detenuti che con le loro condotte compromettono la sicurezza pubblica ovvero turbano l'ordine all'interno degli istituti penitenziari ovvero ancora impediscono le attività degli altri detenuti ricorrendo alla violenza o alla minaccia; salvo il caso in cui sia stato accolto dal tribunale di sorveglianza il reclamo di cui all'art. 14-*ter* ord. penit. Quest'ultima specificazione nonostante abbia suscitato alcune perplessità (molti autori la consideravano superflua), si ritiene voglia chiaramente indicare che il divieto di accedere al beneficio penitenziario sorge solo nelle ipotesi in cui il regime di sorveglianza particolare sia in atto³⁹⁴.

In forza del rinvio previsto al comma 8, tra le cause ostative è necessario annoverare anche quelle sancite nell'art. 58-*quater*, comma 1 e 2 ord. penit.³⁹⁵ ; dunque, l'istituto in esame non può essere concesso nei confronti del soggetto ritenuto colpevole di avere commesso il delitto di evasione (art. 385 c.p.) e del condannato al quale sia stata revocata la misura alternativa dell'affidamento in prova ai servizi sociali, della detenzione domiciliare ovvero della semilibertà precedentemente concesse. Per quanto concerne l'ambito operativo delle preclusioni suddette è necessario fare una precisazione: secondo una pronuncia della Corte Costituzionale, la

³⁹³ Cfr. L. SCOMPARIN, *L.p.* 2011, p. 333, secondo l'autrice l'omesso riferimento all'art. 103 c.p. deve essere interpretato come una svista del legislatore, una «semplice omissione incolpevole» e non, invece, come una specifica scelta dello stesso.

³⁹⁴ Cfr. G. M. PAVARIN, *op. cit.*, p. 312.

³⁹⁵ In questo senso in giurisprudenza Cass., Sez. I, 17 maggio 2013, Lavecchia, CED Cass. n. 255812. In dottrina si veda L. DEGLI INNOCENTI – L. FALDI, *op. cit.*, p. 266; D. VECCHIONE, *op. cit.*, p. 16; F. FIORENTIN, *Guida dir.* 2011, fascicolo 1, p.60.

quale nel dichiarare inammissibili alcune questioni di legittimità relative all'art. 58-*quater*, ne ha fornito un'interpretazione conforme a Costituzione, il divieto non opera in modo automatico in caso di condanna per il delitto di evasione ed è compito del giudice di sorveglianza effettuare una valutazione, da condurre caso per caso, sulla pericolosità sociale dell'interessato e sulla sua personalità³⁹⁶.

È bene sottolineare che non opera alcun tipo di preclusione dalla concedibilità dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi nei confronti dei condannati ai quali sia stata applicata la recidiva reiterata *ex art. 99, comma 4 c.p.* La fattispecie in esame è stata introdotta proprio al fine di superare i rigidi divieti previsti dalla l. *ex Cirielli* verso tali soggetti, concedendo loro la possibilità di usufruire della nuova forma di custodia domestica, seppur entro limiti edittali più stringenti. Va ricordato che ad oggi la situazione è profondamente mutata a seguito dei recenti interventi normativi che hanno reso meno severa la disciplina nei confronti dei recidivi. In particolare, ad opera del d.l. 1 luglio 2013, n. 78, convertito in l. 9 agosto 2013, n. 94, è venuto meno il divieto di concessione della detenzione domiciliare biennale *ex art. 47-ter, comma 1-bis ord. penit. (sull'area di operatività dell'esecuzione presso il domicilio a seguito delle riforme in questione, si veda diffusamente supra)*³⁹⁷.

L'analisi dei presupposti di applicabilità del beneficio *de quo* non può dirsi conclusa; affinché la misura venga concessa è necessario che il *quantum* di pena da espiare non sia superiore a diciotto mesi (limite originariamente fissato a dodici mesi), anche se costituente parte residua di maggior pena. Quest'ultima specificazione assume un ruolo rilevante nella fisionomia dell'istituto in quanto, in primo luogo, amplia lo spettro dei destinatari della stessa assicurando anche a soggetti condannati a pene più elevate di potervi accedere; in secondo luogo, sottolinea la necessità di verificare eventuali cause estintive intervenute che vanno a modificare l'ammontare di pena stabilito dal giudice della cognizione, vale a dire possibili periodi di custodia cautelare presofferti ovvero espiazione attraverso modalità diverse. Ad ogni modo, la soglia di pena relativamente bassa attribuisce alla misura, sotto il profilo applicativo, un ruolo meramente residuale in quanto essa risulta essere destinata a coloro i quali

³⁹⁶ Cfr. Corte Cost., 26 maggio 2010, n. 189 (Pres. Amirante, Rel. Silvestri); consultabile sul sito <http://www.giurcost.org/decisioni/2010/0189s-10.html>.

³⁹⁷ Per un'analisi maggiormente approfondita sul punto si veda A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 112.

non siano stati ammessi al regime detentivo alternativo nonostante il *quantum* di pena poco elevato³⁹⁸ e a colore che sono giunti alla fase dell'esecuzione a causa della loro inidoneità alla sospensione condizionale (art. 163 c.p.)³⁹⁹.

Ancor prima dell'entrata in vigore della l. 199/2010, durante i lavori preparatori della stessa, si discuteva vivacemente se alla nuova forma di custodia domestica si dovesse riconoscere carattere discrezionale ovvero automatico, vale a dire se in presenza del limite quantitativo di pena richiesto il meccanismo operasse in modo obbligatorio o se invece fosse necessaria una valutazione a discrezionalità vincolata da parte della magistratura di sorveglianza. Le perplessità sono, però, sopravvissute anche a seguito dell'entrata in vigore della riforma legislativa; soprattutto a causa della scelta lessicale utilizzata «la pena detentiva [...] è eseguita» in quanto il verbo all'indicativo presente rimanderebbe all'ipotesi dell'obbligatorietà dell'istituto, una volta accertata la sussistenza dei requisiti il magistrato di sorveglianza sarebbe vincolato all'applicazione dello stesso⁴⁰⁰. A sostegno della tesi opposta, è stato, però, correttamente sottolineato come il dettato del comma 2 dell'art. 1 della legge in questione restituisca al giudice di sorveglianza ampi spazi di discrezionalità, allontanando completamente l'idea che in questa circostanza egli sia chiamato a svolgere esclusivamente una funzione “notarile”⁴⁰¹. Inoltre, a dimostrazione di quest'ultima tesi, si può ben osservare che dal combinato disposto del comma 1 e 2 dell'art. 1 emerge la sussistenza di una sorta di «presunzione di concedibilità della misura»⁴⁰² nel caso in cui tutte le condizioni siano soddisfatte, la quale può venire meno soltanto qualora il magistrato di sorveglianza esprima il suo dissenso all'ammissione dell'interessato⁴⁰³.

Conclusivamente, è opportuno segnalare che, per quanto concerne le modalità esecutive, la fattispecie qui esaminata richiama la disciplina della detenzione domiciliare “ordinaria” ed in particolare vi è un esplicito rinvio ai commi 4, 4-*bis*, 5,

³⁹⁸ Cfr. L. FILIPPI – G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano 2011, p. 275.

³⁹⁹ Cfr. S. TURCHETTI, *Legge “svuotacarceri” e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2010, p. 1793.

⁴⁰⁰ Cfr. C. FIORIO, *Giur. mer.* 2011, p. 1209.

⁴⁰¹ Cfr. G. M. PAVARIN, *op. cit.*, p. 305; F. DELLA CASA, *Approvata la legge c.d. svuota-carceri: un altro “pannicello caldo” per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario?*, in *Dir. pen. proc.* 2011, f. 1, p. 7.

⁴⁰² Cfr. F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Edizione V, CEDAM, 2015, p. 1195.

⁴⁰³ Cfr. D. VECCHIONE, *op. cit.*, p. 19.

6, 8, 9 e 9-bis dell'art. 47-ter ord. penit.⁴⁰⁴; all'art. 51-bis in materia di sopravvenienza di nuovo titolo esecutivo; all'art. 58 relativamente alle comunicazioni all'autorità di pubblica sicurezza ed infine all'art. 58-quater per quanto concerne il regime delle preclusioni (con esclusione del comma 7-bis, come precisato *infra*, § corrente). La disposizione non fa, invece, alcun richiamo all'art. 51-ter ord. penit., lasciando così un vuoto normativo in materia di revoca; in assenza di una previsione espressa del legislatore, la giurisprudenza di merito ha optato per la competenza in capo al magistrato di sorveglianza, con provvedimento reclamabile dinnanzi al tribunale di sorveglianza ai sensi dell'art. 69-bis (procedura, tra l'altro, adottata nel caso di concessione del beneficio penitenziario); successivamente i giudici *de legitimize legum* hanno stabilito che nelle ipotesi in cui il legislatore non abbia previsto una disciplina *ad hoc*, è necessario seguire le regole generali che in questo caso specifico attribuiscono la competenza al tribunale, riconoscendo, però, in capo al magistrato di sorveglianza la facoltà di sospendere provvisoriamente la misura con decreto⁴⁰⁵. La Suprema Corte sostiene nella motivazione di una recente pronuncia che «poiché manca una deroga a tali disposizioni, che del resto non sarebbe giustificata dalle esigenze deflative, secondo quanto previsto per il provvedimento applicativo, muovendosi la revoca della detenzione domiciliare in senso opposto rispetto alle finalità della legge»⁴⁰⁶.

CAPITOLO 3

L'APPLICAZIONE DELLA MISURA

1. Il procedimento di sorveglianza

L'organo competente a decidere in materia di misure alternative alla detenzione, tra le quali è dunque ben annoverabile la detenzione domiciliare, è il tribunale di sorveglianza (e in alcuni casi particolari anche il magistrato di

⁴⁰⁴ Per una disamina completa della disciplina prevista nei commi in questione si rimanda al Capitolo 2 e al Capitolo 3.

⁴⁰⁵ Cfr. Cass., Sez. I, 14 gennaio 2014, n. 42060.

⁴⁰⁶ Cass., Sez. I, 1 settembre 2015, n. 59.

sorveglianza, per un'analisi dettagliata sul punto si veda diffusamente *infra*, § 2), il quale procede, a seguito della presentazione dell'istanza da parte dell'interessato, del suo difensore ovvero del pubblico ministero, con procedimento di esecuzione ordinario di natura camerale *ex art.* 666 c.p.p.

In forza dell'art. 100 reg. esec. (d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230), la custodia domestica concessa per motivi di salute, famiglia o studio ai sensi dell'art. 47-ter, comma 1, lett. *a)*, *b)*, *c)* e *d)* ord. penit. può essere accordata dal giudice chiamato a decidere su segnalazione della direzione dell'istituto.

Inoltre, ai sensi dell'art. 76 i detenuti e gli internati che si sono mostrati particolarmente responsabili e maturi durante il percorso trattamentale in stato detentivo e si sono impegnati nello svolgimento delle attività *intra* ed *extra* carcerarie potranno essere ricompensati da parte della direzione dell'istituto. Ai sensi del comma 2 del medesimo articolo, viene indicata quale ricompensa la proposta di concessione di una delle misure alternative alla detenzione da parte della direzione dell'istituto, purché ne ricorrano i presupposti.

In materia di procedimento di sorveglianza, è necessario approfondire la tematica delle modalità di accesso alla detenzione domiciliare dal momento che la disciplina è stata profondamente modificata ad opera della l. 27 maggio 1998, n. 165; si rimanda al paragrafo successivo per un'analisi dettagliata.

2. Le modalità di accesso alla misura

L'accesso alla misura alternativa della detenzione domiciliare dalla libertà è stata introdotta nell'ordinamento penitenziario già con la l. 10 ottobre 1986, n. 663; la richiesta di ammissione doveva essere presentata dal condannato e comportava l'obbligo di contestuale emissione da parte del pubblico ministero del decreto di sospensione dell'ordine di carcerazione; l'esecuzione della pena rimaneva così interrotta fino alla decisione della magistratura di sorveglianza. Secondo quanto previsto dalla legge Gozzini, l'interessato veniva a conoscenza dell'ordine di carcerazione soltanto nel momento in cui questo doveva essere eseguito, con la conseguenza che l'istanza di concessione del beneficio penitenziario era presentata sulla base di circostanze soltanto contingenti.

Il legislatore intervenne nel 1998 (l. n. 165 del 1998) proprio al fine di rivedere tale meccanismo di accesso ed evitare che si venissero a creare disparità di trattamento tra i soggetti che non potevano permettersi una difesa accorta e coloro che invece si avvalevano di supporti difensivi più adeguati. La disciplina è stata poi rivisita con il d.l. 30 dicembre 2005, n. 272 con lo scopo di adeguarla ai limiti di pena previsti in materia di affidamento in prova ai servizi sociali c.d. “terapeutico” concedibile ai tossicodipendenti ai sensi degli artt. 90 e 94 d.P.R. n. 309 del 1990; successivamente, è stato innalzato il limite di pena per accedere al regime sospensivo da tre a quattro anni armonizzandolo con quanto previsto in materia di detenzione domiciliare dall’ art. 47-ter, comma 1 ord. penit.⁴⁰⁷

Oggigiorno la materia in questione è regolata dall’art. 656, comma 5 c.p.p. il quale prevede non solo l’obbligo di emettere contestualmente all’ordine di esecuzione anche il decreto sospensivo ad opera del pubblico ministero nei casi in cui questi abbia accertato che la pena detentiva da scontare, intesa pure quale residuo di maggior pena, non sia superiore a tre anni ovvero quattro anni, nei casi previsti dall’art. 47-ter comma 1 ord. penit. ovvero ancora sei anni nelle ipotesi previste agli artt. 90 e 94 d.P.R. n. 309 del 1990; bensì sancisce, inoltre, l’immediata notifica di entrambi gli atti al condannato e al suo difensore⁴⁰⁸ corredati dall’avviso che entro trenta giorni può essere presentata l’istanza al fine di richiedere e ottenere la fruibilità di una delle misure alternative alla detenzione indicate nella fattispecie. L’avviso deve altresì informare i destinatari che nel caso in cui la richiesta non sia presentata nel termine o sia stata dichiarata inammissibile, «l’esecuzione della pena avrà corso immediato».

A differenza della disciplina previgente introdotta nel 1998, in base alla quale gli atti veniva consegnati direttamente al soggetto interessato per essere certi della sua conoscenza, il d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito con modificazioni dalla l. 19 gennaio 2001, n. 4, ha introdotto la modalità della notifica al fine di ovviare ai problemi suddetti e per evitare che la consegna non andasse a buon fine a causa della

⁴⁰⁷ Tale discrasia era stata più volte evidenziata dalla dottrina, la quale riteneva necessario un intervento del legislatore; si veda, tra gli altri, M. PAVARIN, *Codice commentato dell’esecuzione penale*, Vol. 1, UTET p. 138 e L. CESARIS, *Art. 47-ter ord. pen.*, in V. GREVI – G. GIOSTRA – F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, tomo I, CEDAM, 2011, p. 671.

⁴⁰⁸ È bene precisare che il condannato dovrà nominare appositamente il suo difensore nella fase dell’esecuzione, in quanto si esclude una automatica *prorogatio* dell’incarico difensivo dalla fase del giudizio a quella in questione.

irreperibilità del condannato⁴⁰⁹. Tale novità legislativa ha sicuramente apportato delle conseguenze positive sotto il profilo pratico, ma non ha apprestato una valida soluzione all'ipotesi peculiare che potrebbe verificarsi nel caso di revoca del decreto di sospensione dovuta all'omessa presentazione dell'istanza del condannato irreperibile, il quale verrebbe arrestato in forza dell'ordina di carcerazione anche qualora si mostrasse reperibile poco dopo. Il legislatore, nel tentativo di porre rimedio a tale situazione, ha introdotto il comma 8-*bis* all'art. 656 c.p.p. stabilendo che nell'eventualità in cui «sia provato o appaia possibile che il condannato non abbia avuto effettiva conoscenza dell'avviso di cui al comma 5» il pubblico ministero può disporre la rinnovazione della notifica, dopo aver assunto le informazioni necessarie.

Ai sensi del comma 5 dell'art. 656 c.p.p. è necessario che l'istanza presentata dall'interessato sia corredata «dalle indicazioni e dalla documentazione necessarie»; al fine di dimostrare l'idoneità del soggetto ad usufruire della misura richiesta, considerando che il pubblico ministero non esercita alcun potere cognitivo al riguardo. Dato il generico riferimento del comma 5 dell'art. 656 c.p.p. all'art. 47-*ter*, è bene precisare che nelle ipotesi sancite nei commi 01, 1 e 1-*ter* della fattispecie penitenziaria, all'istanza dovranno essere allegati certificati anagrafici o medici al fine di dimostrare l'effettiva sussistenza delle condizioni richieste dalla legge⁴¹⁰; relativamente al comma 1-*bis* sarà indispensabile allegare la documentazione avente ad oggetto il *quantum* di pena inflitto per permettere un accertamento immediato di tale requisito. È opportuno sottolineare che la richiesta non viene considerata inammissibile per il solo fatto di non essere provvista delle informazioni richieste *ex lege*, in quanto queste potranno essere depositate presso la cancelleria del tribunale di sorveglianza fino a cinque giorni prima della data dell'udienza, fissata ai sensi dell'art. 666, comma 3 c.p.p.; eccezion fatta per il potere del giudice di sorveglianza di procedere *ex officio* alla richiesta dei documenti suddetti.

Il pubblico ministero ha il compito di trasmettere l'istanza a lui presentata dal condannato ovvero dal suo difensore, al tribunale di sorveglianza competente nel luogo in cui ha sede l'ufficio del p.m.; il giudice chiamato a decidere dovrà pronunciarsi nel termine, perentorio, di quarantacinque giorni che decorrono dal

⁴⁰⁹ Cfr. M. PAVARIN, *Codice commentato dell'esecuzione penale*, Vol. 1, UTET p. 139.

⁴¹⁰ Cfr. Cass., Sez. I, 24 novembre 2010, Saracino, CED Cass. n. 248987, i giudici di legittimità nel caso di specie hanno escluso ai periti di svolgere verifiche sulle condizioni di salute del condannato.

momento del ricevimento dell'istanza⁴¹¹. L'attribuzione della competenza, così come espressamente dal comma 6 dell'articolo in esame, al tribunale del luogo in cui risiede il pubblico ministero, deroga alla disciplina generale prevista all'art. 677 c.p.p., secondo la quale il tribunale di sorveglianza competente per territorio è quello che ha giurisdizione nell'istituto di pena in cui il condannato si trova ovvero, nel caso in cui quest'ultimo sia libero, nel luogo di residenza o domicilio dello stesso; perseguendo lo scopo di assicurare un rapporto di contiguità tra l'istante e il giudice. Secondo la giurisprudenza di legittimità questa eccezione al regime ordinario si spiegherebbe sulla base di ragioni organizzative necessarie a rendere la procedura più semplificata e quindi maggiormente celere ed efficiente⁴¹².

È opportuno ribadire che la mancata presentazione nel termine dell'istanza da parte del condannato o del difensore, così come il rigetto della stessa ad opera del tribunale di sorveglianza, comportano la revoca del decreto di sospensione dell'esecuzione e l'immediata operatività dell'ordine di carcerazione. Il provvedimento è suscettibile di ricorso in Cassazione ma l'accoglimento dello stesso non comporta la sospensione dell'esecutività dello stesso, ai sensi dell'art. 666, comma 7 c.p.p. Si deve, inoltre, sottolineare che al verificarsi delle ipotesi suddette il condannato potrà rivolgere la richiesta al magistrato di sorveglianza, il quale ha la facoltà di disporre la concessione della detenzione domiciliare soltanto in via provvisoria qualora sussistano, però, dei gravi pregiudizi derivanti dalla protrazione dello stato detentivo, ai sensi dell'art. 47-ter, comma 1-*quater* ord. penit. (sul punto si veda diffusamente *infra*).

Alla misura alternativa della detenzione domiciliare può accedere anche il soggetto che si trovi agli arresti domiciliari nel momento in cui la sentenza diviene definitiva, come espressamente sancito al comma 10 dell'art. 656 c.p.p., purché la pena da espiare rientri nei limiti edittali stabiliti nel comma 5 della medesima fattispecie. Il legislatore, con la novella legislativa del 1998, aveva previsto una procedura spedita e semplificata, attivabile direttamente dal pubblico ministero, il quale, una volta emanato il decreto di sospensione dell'esecuzione della pena, autorizzava il passaggio immediato dagli arresti domiciliari al beneficio penitenziario. A seguito della riforma

⁴¹¹ La natura perentoria e la brevità del termine fanno sì che questo sia spesso volte disatteso dalla magistratura di sorveglianza.

⁴¹² Cfr. Cass., Sez. I, 22 febbraio 2007, n. 9735, Sortino, CED Cass. n. 236247.

normativa realizzatasi con il citato d.l. n. 341 del 2000, la disciplina è stata oggetto di revisione e prevedeva, allora come ora, l'attribuzione al tribunale di sorveglianza della possibilità di applicare «una delle misure alternative di cui al comma 5», vale a dire oltre alla detenzione domiciliare, l'affidamento in prova ai servizi sociali, una volta ricevuti gli atti dal pubblico ministero, il cui onere di procedere alla sospensione dell'ordine di esecuzione è rimasto invariato; il giudice si attiva indipendentemente dalla presentazione dell'istanza da parte degli interessati. Il soggetto permane nello *status detentionis* fino all'emanazione del provvedimento, la norma precisa, però, che il tempo trascorso sarà considerato come «pena espiata a tutti gli effetti». La *ratio* della nuova fattispecie legale, secondo la dottrina maggioritaria, è da rinvenire nella mancata necessità di introdurre in carcere un soggetto che presenta, sulla base della precedente valutazione condotta dal giudice della cognizione, una pericolosità sociale attenuata⁴¹³.

È bene sottolineare, inoltre, che ad oggi la materia in esame permette al soggetto di accedere, non solo alla detenzione domiciliare tramite passaggio diretto, bensì anche all'affidamento in prova al servizio sociale, potendo così fruire della misura alternativa dal contenuto più ampio, con particolari conseguenze positive nel caso in cui l'interessato si trovasse agli arresti domiciliare da lungo tempo, nel rispetto del principio di progressione trattamentale.

Per quanto concerne, infine, il profilo della competenza territoriale, la giurisprudenza di legittimità è d'accordo nell'escludere al caso di specie l'applicazione della deroga prevista al comma 6 dell'art. 656 c.p.p. e di ritenere operativa la regola generale; quindi, sarà territorialmente competente il tribunale di sorveglianza che ha giurisdizione nel luogo in cui il condannato ha il domicilio, ai sensi dell'art. 677 c.p.p.⁴¹⁴

La disciplina dell'accesso alla misura alternativa della detenzione domiciliare ha subito un profondo mutamento a seguito dell'introduzione del nuovo meccanismo previsto all'art. 656 c.p.p. e all'art. 47-ter, comma 1-*quater* ord. penit. ad opera della

⁴¹³ Cfr. M. PAVARIN, *op. cit.*, p. 140.

⁴¹⁴ Cfr. Cass., Sez. I, 22 novembre 2005, n. 44914, Vacca, CED Cass. n. 233993 e Cass., Sez. I, 21 novembre 2014, n. 52994.

l. n. 165 del 1998 (la quale ha nel contempo abrogato il comma 3 della disposizione penitenziaria in esame).

È opportuno evidenziare, come già accennato *supra*, che la discrasia inizialmente presente tra il comma 5 dell'art. 656 c.p.p., che permetteva al pubblico ministero di sospendere l'esecuzione delle pene non superiori a tre anni, e il comma 1 dell'art. 47-*ter* ord. penit. che, invece, consente l'accesso alla detenzione domestica per pene non superiori a quattro anni, sia stata superata attraverso la l. 27 maggio 1998 n. 165, che perseguiva espressamente la finalità di razionalizzare l'accesso ai benefici penitenziari nei confronti dei condannati idonei potenzialmente a fruirne *ab initio*⁴¹⁵. Per converso, non è venuto meno il difetto di coordinamento tra la fattispecie codicistica e il comma 01 dell'art. 47-*ter*, il quale consente l'applicazione della misura senza limiti di pena; si potrebbe ritenere che il legislatore abbia voluto intenzionalmente escludere tali soggetti dalla possibilità di godere della custodia domiciliare senza far ingresso in carcere, dal momento che, nonostante i numerosi interventi legislativi che hanno colpito l'art. 656 c.p.p., la disciplina non è stata mai modificata. Questa interpretazione appare, però, poco convincente in quanto comporterebbe comunque l'entrata in istituto di soggetti che si è voluto tutelare.

La sospensione dell'esecuzione della pena disciplinata ai sensi dell'art. 656 c.p.p. non opera, in forza del comma 9, nei confronti dei soggetti condannati per aver commesso uno dei delitti tra quelli sanciti nell'art. 4-*bis* ord. penit. e di coloro i quali si trovino in stato di custodia cautelare in carcere, per il fatto oggetto della condanna da espiazione, nel momento in cui la sentenza sia passata in giudicato. Il divieto qui sancito indica una sorta di presunzione di pericolosità sociale e di non meritevolezza di espiazione della pena *extramoenia* in capo ai soggetti suddetti⁴¹⁶. Soprattutto con riferimento alla seconda ipotesi, è chiaro come le esigenze di difesa sociale di evitare che il soggetto si dia alla fuga ovvero compia altri delitti precludono in concreto la possibilità che questi usufruisca dei benefici penitenziari; in particolare, in relazione alla detenzione domiciliare, assume rilevanza la mancata concessione degli arresti

⁴¹⁵ Sul punto si veda F. DELLA CASA, *L.p.* 1998, p. 765; PRESUTTI A. (a cura di), *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, CEDAM, Padova, 1999, p. 36.

⁴¹⁶ Cfr. F. FIORENTIN – G. G. SANDRELLI, *L'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali. Disciplina dell'esecuzione penale e finanziaria*, CEDAM, Padova, 2007, p. 133; si veda, inoltre, sul punto NORMANDO, in *Sospensione della pena ed espiazione extra moenia*, F. P. C. IOVINO – L. KALB – I. MASSARO – R. NORMANDO – G. PIERRO – E. RANIERI (a cura di), Giuffrè, Milano, 1998, p. 133.

domiciliari (art. 275, comma 4 c.p.p.) e il permanere della custodia in carcere in quanto espressione, appunto, della pericolosità sociale dell'individuo.

Alla luce di quanto sostenuto, la condizione ostativa indicata nella lett. *b*), comma 9 dell'art. 656 c.p.p. appare più che logica e plausibile, ciò nonostante sorgono alcune problematiche nelle ipotesi in cui il soggetto sia detenuto per un titolo differente. In questo caso, essendo il condannato già giunto alla fase dell'esecuzione per un fatto diverso, il pubblico ministero potrà esclusivamente procedere ai sensi dell'art. 663 c.p.p. a determinare la pena da eseguire, osservando le norme sul concorso di pene e realizzando l'ordine di esecuzione; non residuano spazi di operatività del procedimento sancito nel comma 5 della disposizione codicistica relativo alla sospensione dell'esecuzione in quanto questo mira a tutelare i soggetti che non hanno ancora fatto ingresso in carcere al fine di evitare loro un contatto con la dura realtà carceraria e ottenere una misura alternativa alla detenzione, non è invece rivolta a coloro che si trovano già all'interno dell'istituto ad espiare la pena⁴¹⁷.

In verità, la soluzione testé indicata non viene condivisa in modo incondizionato dal momento che, considerando la *littera legis*, il divieto sancito nella lett. *b*) non dovrebbe applicarsi nelle ipotesi di custodia cautelare che abbia ad oggetto un fatto diverso, essendo espressamente indicato che questo è limitato alla custodia per il medesimo fatto oggetto della sentenza di condanna⁴¹⁸. Tale interpretazione testuale non elimina, però, tutte le perplessità sollevate in quanto il fatto che il soggetto si trovi in stato di custodia cautelare per un evento differente è comunque indicativo della pericolosità sociale dello stesso e, dunque, la detenzione domestica non potrà essere concessa così come avviene nel caso in cui l'interessato si trovi in stato di custodia per lo stesso accadimento. Inoltre, è bene precisare che nell'ipotesi in cui il pubblico ministero procedesse alla sospensione dell'ordine di carcerazione ai sensi del comma 5 dell'art. 656 c.p.p., l'interessato non potrà riacquistare la libertà dato che continuerà ad essere operativo lo stato di custodia cautelare; ciò si evince anche dal dettato dell'art. 298, comma 2 c.p.p. il quale stabilisce la prevalenza della misura cautelare sull'esecuzione della pena in regime alternativo, salva l'ipotesi di compatibilità dei

⁴¹⁷ Sul punto si veda Ministero della Giustizia, *L'incontro di lavoro del 21 luglio 1998 sulla legge "Simeone"*, in *Cass. pen.* 1998, p. 2816 e, inoltre, *Cass.*, Sez. I, 22 marzo 2007, Guarnieri, CED Cass. n. 236413.

⁴¹⁸ Cfr. *Cass.*, Sez. I, 30 ottobre 2008, Vella, CED Cass. n. 242058 e *Cass.*, Sez. I, 4 febbraio 2009, Ferretti, CED Cass. n. 243362.

due regimi⁴¹⁹. La giurisprudenza di legittimità prevalente ritiene, infine, che il tribunale di sorveglianza dovrà dichiarare inammissibile la richiesta di concessione delle misure alternative alla detenzione in tutte le ipotesi in cui il richiedente si trovi in stato di custodia cautelare, indipendente dalla natura del fatto; i giudici della Suprema Corte sottolineano, in aggiunta, che è necessario che sia condotta dal tribunale una valutazione di effettiva incompatibilità tra le due misure in quanto questa non può dirsi automatica⁴²⁰.

Come si accennava poc'anzi, il legislatore ha, inoltre, introdotto una modalità peculiare di accesso al beneficio nei casi in cui il condannato stia già espiando la pena; ai sensi del comma 1-*quater* dell'art. 47-*ter* (introdotto dal d.l. n. 78 del 2013, convertito con modificazione dalla l. n. 94 del 2013) è possibile l'applicazione della detenzione domiciliare *ex commi* 01, 1, 1-*bis*, 1-*ter* in via soltanto provvisoria ad opera del magistrato di sorveglianza, competente in relazione al luogo di esecuzione, qualora dalla protrazione dello stato detentivo ne derivi un grave pregiudizio per il soggetto detenuto. Con la modifica legislativa in esame si è autorizzato l'intervento del magistrato di sorveglianza anche in relazione alla ipotesi di persona ultrasettante e di rinvio dell'esecuzione della pena obbligatorio e facoltativo, le quali erano prima escluse. Tale esclusione era stata già in precedenza sottoposta al vaglio critico della Corte Costituzionale⁴²¹, la quale aveva, però, dichiarato la questione manifestamente infondata dal momento che la diversa disciplina che connota le varie ipotesi di detenzione domestica sarebbe ben giustificabile sulla base della *ratio* differente che le caratterizza; il comma 1-*ter*, prescindendo da ogni limite edittale di pena, potrebbe essere applicato anche a condannati per gravi reati. Dunque, secondo la Consulta, è la pericolosità sociale dell'interessato a determinare la competenza in capo al tribunale di sorveglianza.

Il magistrato di sorveglianza nel procedere all'applicazione provvisoria della misura dovrà valutare la sussistenza effettiva del grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato detentivo e, in forza dell'esplicito richiamo al comma 4 dell'art.

⁴¹⁹ Cfr. Ministero della Giustizia, *L'incontro di lavoro del 21 luglio 1998 sulla legge "Simeone"*, in *Cass. pen.* 1998, p. 2816.

⁴²⁰ Si veda sul punto *Cass.*, Sez. I, 14 giugno 2002, Regoli, CED Cass. n. 222525; *Cass.*, 13 ottobre 2000, Caccamo, CED Cass. n. 217806; *Cass.*, Sez. I, 10 maggio 2002, Calia, CED Cass. n. 221640.

⁴²¹ Corte Cost., ord. 20 giugno 2005, n. 255 (Pres. Capotosti, Rel. Flick); consultabile sul sito <http://www.giurcost.org/decisioni/2005/0255o-05.html>.

47 ord. penit., dovrà accertare l'assenza del pericolo di fuga e la presenza dei requisiti per accedere alla misura alternativa⁴²². Secondo la giurisprudenza di legittimità, i provvedimenti adottati dal magistrato di sorveglianza non sono oppugnabili considerata la loro natura temporanea e il loro carattere provvisorio e non intervenendo sulla libertà personale del soggetto⁴²³. Il neo introdotto comma 1-*quater* attribuisce al magistrato di sorveglianza il potere più incisivo e pregnante di disporre la misura *de qua* piuttosto che la mera possibilità di sospendere l'esecuzione della pena. La custodia domiciliare viene, quindi, effettivamente concessa ma soltanto in via provvisoria, ciò comporta che questa perdurerà fino alla decisione del tribunale di sorveglianza, il quale interviene entro sessanta giorni dal momento in cui riceve gli atti che gli sono trasmessi senza ritardo dal magistrato di sorveglianza.

Nonostante, il legislatore faccia esplicito riferimento nel comma in esame all'istanza che l'interessato deve presentare, si ritiene pacificamente che sia possibile anche un intervento *ex officio* da parte del magistrato di sorveglianza nei casi previsti nel comma 1 dell'art. 47-*ter* così come previsto nei confronti del tribunale di sorveglianza nella ipotesi ordinaria, con l'intento di tutelare situazioni particolari senza attendere l'intervento del beneficiario.

In conclusione, l'intervento del magistrato di sorveglianza in luogo del tribunale nell'ipotesi in esame si giustifica sulla base della necessità di assicurare una celere tutela attraverso una decisione rapida a detenuti che versino in particolari *status*; così come anche già previsto ai sensi degli artt. 51-*bis* e 51-*ter* ord. penit. È bene sottolineare che il legislatore non ha previsto un termine preciso entro il quale l'ordinanza⁴²⁴ del magistrato debba essere emessa ma si ritiene che tale decisione intervenga in modo tempestivo. Il rischio che questo strumento comporta è che ne sia fatto un ricorso troppo ampio, con la conseguenza di un carico di lavoro eccessivo nei confronti degli uffici della magistratura, a tal punto da paralizzarne l'attività. Ciò è causato, inoltre, dalla poca determinatezza della fattispecie legale la quale permette di far ricorso all'applicazione provvisoria della misura non solo ai detenuti che non

⁴²² Cfr. Cass., Sez. I, 13 gennaio 2000, Campanella, CED Cass. n. 215383.

⁴²³ Si veda sul punto Cass., Sez. I, 22 ottobre 2000, Nucifaro, CED Cass. n. 217291; Cass., Sez. I, 5 febbraio 1999, Silvestro, *Cass. pen.* 2000, p. 1308; Cass., Sez. I, 6 ottobre 2004, Coletto, CED Cass. n. 230296; Cass., Sez. I, 2 aprile 2001, Belli, CED Cass. n. 219175.

⁴²⁴ Come specificato nel paragrafo successivo, il legislatore non si pronuncia circa la forma del provvedimento ma si ritiene pacificamente in dottrina che la forma più idonea sia quella dell'ordinanza.

abbiano potuto usufruire del meccanismo sospensivo indicato nel comma 5 dell'art. 656 c.p. ma anche a coloro che stiano espiando una pena detentiva da molto tempo.

A differenza del comma 4 dell'art. 47 ord. penit., non viene specificata nell'articolo *de quo* la forma che il provvedimento emanato dal magistrato di sorveglianza deve assumere. Secondo l'interpretazione prevalente, dal momento che la decisione verte su una questione relativa alla libertà personale del soggetto, deve essere pronunciata un'ordinanza; inoltre, tale forma si ritiene essere la più idonea in relazione a quei provvedimenti che vengono adottati *de plano* per esigenze di celerità, così come appunto gli interventi urgenti del magistrato di sorveglianza. Ad ogni modo, l'impugnabilità dinnanzi alla Suprema Corte dovrebbe essere considerata sempre possibile, a prescindere dalla forma della decisione, ai sensi dell'art. 111, comma 7 Cost. che sancisce l'ammissione al ricorso in Cassazione dei provvedimenti sulla libertà personale. In verità, i giudici *de legitimate legum* hanno negato più volte la teoria suddetta a causa della natura temporanea ed urgente dell'atto e del «suo carattere meramente interlocutorio»⁴²⁵.

3. Il contenuto e il regime della detenzione domiciliare

Per quanto concerne le modalità di esecuzione in materia di detenzione domiciliare, in forma di prescrizioni, il legislatore ha stabilito, ai sensi del comma 4 dell'art. 47-ter, che queste vengono adottate dal tribunale di sorveglianza con l'ordinanza applicativa della misura, osservando quanto previsto all'art. 284 c.p.p. relativo agli arresti domiciliari. Ad opera della l. 27 maggio 1998, n. 165, la disciplina ha subito delle rilevanti modificazione dal momento che è stata, in primo luogo, ribadita l'equiparazione del beneficio penitenziario all'istituto processual-penalistico e, in secondo luogo, è venuto meno il riferimento all'art. 254-quater, comma 2, c.p.p. (non più vigente) che permetteva esclusivamente di realizzare deroghe *in melius*. Ad oggi, in forza dei commi 2 e 3 dell'art. 284 c.p.p., possono essere impartite sia prescrizioni che mirano a mitigare il regime della custodia domestica sia prescrizioni che lo inaspriscono. In questo modo, dunque, si amplia lo spazio di operatività della misura alternativa in questione in quanto la libertà del soggetto che ne usufruisce può

⁴²⁵ Cass., Sez. I, 7 luglio 1995, Marra, *Cass. pen.* 1997, p. 1423. Si veda, inoltre, Cass., Sez. I, 22 giugno 2007, Misaniello, CED Cass. n. 236879.

essere più o meno limitata a seconda delle caratteristiche dello stesso; *rebus sic stantibus*, al tribunale di sorveglianza viene così riconosciuto un potere ancor più discrezionale dato che, una volta considerato il soggetto idoneo ad usufruire del beneficio, dovrà impartire le prescrizioni che ritiene adeguate in funzione delle esigenze in concreto sussistenti.⁴²⁶ Spetterà così alla magistratura di sorveglianza stabilire il periodo di allontanamento del soggetto dalla propria abitazione per svolgere le attività lavorative ovvero per sottoporsi a trattamenti terapeutici.

La prescrizione fondamentale dell'istituto, in quanto ne rappresenta la sua essenza, è caratterizzata dal divieto di allontanamento dal luogo stabilito quale domicilio. Il divieto può essere superato soltanto attraverso una autorizzazione specifica da parte della magistratura di sorveglianza che può essere concessa soltanto nei casi espressamente indicati nel comma 3 dell'art. 284 c.p.p. e vale a dire per provvedere alle esigenze indispensabili della vita ovvero per esercitare l'attività lavorativa qualora il condannato versi in situazioni di assoluta indigenza⁴²⁷; soltanto in queste ipotesi particolari si può derogare alle esigenze di sicurezza sottese alla detenzione domiciliare. I giudici di legittimità hanno dato un'interpretazione restrittiva della deroga in esame sostenendo la tassatività delle regioni per le quali questa può essere concessa e ritenendo necessario, nelle ipotesi in cui il soggetto versi in condizioni di indigenza, che sia data prova delle effettive condizioni economiche dello stesso e sia contattato l'ufficio presso il quale viene svolta l'attività lavorativa per verificare che tale concessione non si sia mutata in una incondizionata libertà di movimento del condannato⁴²⁸.

Ai sensi dei commi 2 e 3 dell'art. 284 viene indicato in negativo il contenuto delle singole prescrizioni impartibili, vale a dire queste potranno avere ad oggetto il divieto di frequentare luoghi e di comunicare con persone diverse da quelle che assistono il condannato o che con lui abitano. Si ritiene, inoltre, che queste non possano

⁴²⁶ Cfr. Cass., Sez. I, 25 settembre 2008, Ruggero, CED Cass. n. 241705.

⁴²⁷ Per quanto riguarda la valutazione circa le esigenze della vita e l'assoluta indigenza, questa viene rimessa alla discrezionalità dei giudici della sorveglianza. Si veda sul punto F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione, normativa e giurisprudenza ragionata*, Padova, 2013, p. 493. Inoltre si ritiene che non deve affatto sorprendere il fatto che in materia di detenzione domiciliare questi requisiti vengono valutati in modo meno rigoroso e più ampio rispetto all'ipotesi cautelare in quanto il beneficio penitenziario deve anche garantire il reinserimento sociale del condannato, cfr. M. NIRO – M. SIGNORINI, *Arresti domiciliari e detenzione domiciliare*, Padova, 2010, p. 170.

⁴²⁸ Cfr. Cass., Sez. I, 23 novembre 2007, n. 45581.

consistere nell'esercizio di una attività a favore di soggetti terzi, si pensi, ad esempio, all'obbligo di risarcimento danni nei confronti della parte civile⁴²⁹; né tanto meno in un obbligo di *facere*, come ad esempio quello di partecipare ad un programma di recupero presso un centro specializzato⁴³⁰. È, per di più, illegittima l'imposizione di obblighi contrastanti con il senso di umanità, come ad esempio il divieto di comunicare con figli e coniugi e la previsione di limiti non sanciti nella disposizione codicistica in esame, come l'obbligo di soggiornare in una sola stanza all'interno dell'abitazione⁴³¹.

Va effettivamente osservato come il coordinamento della disciplina relativa alle misure cautelari con il beneficio della detenzione domiciliare non è affatto semplice, in quanto è necessario porre in essere un'opera di adeguamento delle modalità esecutive alla finalità rieducativa della pena (componente che oramai un indirizzo giurisprudenziale consolidato riconosce anche in capo alla misura alternativa *de qua*); proprio per questa ragione parte della dottrina ha ritenuto che sarebbe stato auspicabile che il legislatore prevedesse una disciplina autonoma. Infatti, nonostante la sostanziale identità di contenuto delle prescrizioni, i due istituti perseguono finalità differenti: in materia cautelare le autorizzazioni, ad esempio per mantenere un impiego, sono sempre subordinate alle esigenze cautelari che si intende tutelare con la misura stessa, nel caso in cui dovesse entrare in conflitto la realizzazione dell'attività lavorativa con il *periculum liberatitatis*, sarà sempre la prima ad essere sacrificata; per converso, in riferimento alla detenzione domestica non si può prescindere dal perseguire la finalità rieducativa assegnata dal testo costituzionale alla pena. La stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 173 del 1997⁴³² ha ribadito che la misura alternativa *de qua* «assume, per di più, connotazioni del tutto peculiari nel panorama [dei benefici penitenziari], avuto riguardo ai profili polifunzionali che la caratterizzano e che consentono, in sé, di distinguerla dall'apparentemente simile istituto degli arresti domiciliari».

Le prescrizioni impartite attraverso l'ordinanza di concessione, in forza dell'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 47-*ter* ord. penit., sono sempre suscettibili di modificazione ad opera del magistrato di sorveglianza («competente per il luogo in

⁴²⁹ Cfr. Cass., Sez. I, 10 luglio 2002, Schiavon, CED Cass. n. 222183.

⁴³⁰ Si veda sul punto M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano 2010, p. 329.

⁴³¹ Cfr. Cass., Sez. VI, 2 febbraio 1995, n. 440, CED Cass. n. 200765.

⁴³² Corte Cost., 6 giugno 1997, n. 173 (Pres. Granata, Rel. Vassalli); consultabile sul sito <http://www.giurcost.org/decisioni/1997/0173s-97.html>.

cui si svolge la detenzione domiciliare») in presenza di circostanze di fatto nuove o sopravvenute che rendono necessario un adattamento *in melius* o *in peius* delle modalità esecutive della misura alternativa. I giudici di legittimità hanno sostenuto la necessità che il provvedimento di modifica sia ampiamente motivato in quanto concernente la libertà personale del beneficiario, ragion per cui esso è ricorribile per Cassazioni da entrambe le parti processuali⁴³³. Inoltre, ai sensi del medesimo comma, il tribunale di sorveglianza si occupa di impartire le disposizioni per gli interventi del servizio sociale; la genericità della disposizione in esame ne ha reso complesso la sua applicazione in concreto. Si ritiene necessario una lettura combinata dell'articolo in questione con l'art. 118 reg. esec. (d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230), il quale definisce il ruolo dei servizi sociali stabilendo che il loro intervento, durante l'espiazione *extramoenia* della pena, è necessario ad assicurare che il soggetto adempia con serietà e responsabilità gli impegni assunti al fine di rendere meno difficoltoso il processo di maturazione; ad ogni modo, l'assenza nella pratica di prescrizioni che abbiano ad oggetto un contenuto risocializzante rende maggiormente difficoltosi gli interventi in questione.

La funzione di controllo sul rispetto delle prescrizioni imposte è demandata al magistrato di sorveglianza e agli organi di polizia competenti sul territorio, i quali hanno il compito di comunicare alla magistratura di sorveglianza condotte anomale che potrebbero comportare la revoca o la modifica della misura; la disciplina è regolata dagli artt. 118 reg. esec. e 58-*quinquies* ord. penit. (relativo ai controlli elettronici, per la cui analisi si rinvia al paragrafo successivo) e ricalca il modello processual-penalistico degli arresti domiciliari previsto all'art. 284 c.p.p.

Il sistema dei controlli, attuato anche mediante la sorveglianza elettronica, persegue la finalità di verificare e stimolare il beneficiario della misura alternativa al rispetto delle prescrizioni impartite dalla magistratura, considerando che la loro trasgressione comporta la revoca del beneficio stesso.

Recentemente si è tentato di apprestare alcune modifiche alla materia dei controlli prevedendo, attraverso un decreto ministeriale, l'istituzione dei c.d. "Nuclei

⁴³³ Cfr. Cass., Sez. I, 21 maggio 2013, n. 25639.

di Polizia Penitenziaria” presso gli Uffici di Esecuzione Penale Esterna⁴³⁴, vale a dire una squadra composta da agenti della polizia penitenziaria che si occupa di vigilare sul rispetto delle attività e delle prescrizioni indicate nel programma di trattamento dei soggetti sottoposti al regime alternativo di esecuzione della pena. Il progetto di riforma è stato però aspramente criticato da parte degli assistenti sociali, delle comunità di assistenza e dei garanti dei diritti dei detenuti in quanto lo svolgimento di tali mansioni è già affidato al corpo della polizia di stato e attribuire la medesima funzione anche alla polizia penitenziaria comporterebbe esclusivamente una sovrapposizione di incarichi. Si riteneva, appunto, che nel momento storico dell’emanazione del decreto ministeriale non erano individuabili tra le funzioni proprie della polizia penitenziaria, previste dalla legge, le competenze in materia di esecuzione delle misure alternative alla detenzione, le quali appartenevano, peraltro, ad altre forze di polizia.

Nonostante le forti obiezioni l’iniziativa sembrerebbe destinata ad essere accolta seppur in via puramente sperimentale.

3.1 Il c.d. “braccialetto elettronico”

È opportuno completare l’analisi relativa alla disciplina sui controlli esercitati durante la fase dell’esecuzione della misura alternativa analizzando il fenomeno della c.d. “sorveglianza elettronica”; in forza dell’art. 3 d.l. n. 146 del 2013, esso non è più previsto al comma *4-bis* dell’art. 47-*ter* ord. penit. (introdotto nell’ordinamento, contestualmente all’art. 275-*bis* c.p.p., con il d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito con modificazioni dalla l. n. 4 del 2001 e ora non più vigente) bensì è disciplinato nel neo introdotto art. 58-*quinqies*, disposizione autonoma collocata a chiusura del Capo VI della legge sull’ordinamento penitenziario. Il legislatore è intervenuto a modificare la disciplina delle “particolari modalità di controllo” sia in materia di misure alternative che cautelari, abrogando, nel primo caso, il comma *4-bis* dell’art. 47-*ter* e, nel secondo, modificando il disposto del comma 1 dell’art. 275-*bis* c.p.p. In quest’ultimo caso sono state sostituite le parole «se lo ritiene necessario» con le attuali «salvo che le ritenga non necessarie», proprio al fine di sottolineare la natura ordinaria

⁴³⁴ Il testo del decreto in esame è consultabile sul sito: <http://www.sinappe.it/wp-content/uploads/2016/07/Decreto-Ministeriale-di-istituzione-dei-Nuclei-di-Pol.-Pen.-presso-UEPE.pdf>

dell'istituto degli arresti domiciliari con sorveglianza elettronica anche se la strumentazione risulta soltanto accessorio; ciò è reso ancora più evidente dal fatto che il legislatore stesso ha riconosciuto natura eccezionale alla misura cautelare non accompagnata dal monitoraggio a distanza.⁴³⁵

Non stupisce il fatto che il legislatore sia intervenuto con la riforma normativa in esame sulla regolamentazione del c.d. “braccialetto elettronico” ampliandone la portata applicativa in quanto, considerata la natura deflattiva dell'intervento legislativo, si permetteva in questo modo di incrementare il numero dei beneficiari della custodia domestica colmando la lacuna di affidabilità dei soggetti interessati attraverso un controllo rafforzato⁴³⁶.

Tuttavia, la nuova disposizione non ha recepito alcune delle importanti proposte innovatrici presentate dal Governo. Innanzitutto, non è stata accolta la richiesta, formulata dalla Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione, di estendere l'ambito operativo della sorveglianza elettronica a tutte le misure alternative alla detenzione, alla disciplina relativa allo svolgimento di attività lavorative all'esterno e ai permessi premio⁴³⁷. In secondo luogo, non è stato seguito il suggerimento di subordinare all'attivazione del braccialetto elettronico l'ammissione alla detenzione domiciliare biennale c.d. “generica” dei condannati per uno dei delitti tra quelli elencati nell'art. 4-*bis* ord. penit., i quali risultano, ancora oggi, esclusi *a priori* dalla concessione del beneficio *ex art. 47-ter*, comma 1-*bis*.

Ad ogni modo, la trasposizione del regime sul monitoraggio elettronico dalla fattispecie relativa alla disciplina complessiva della detenzione domiciliare ad una disposizione *ad hoc* ha comportato dei rilevanti risvolti positivi sul piano pratico.

⁴³⁵ Si deve sottolineare che nonostante l'utilizzo del braccialetto elettronico comporti una invasione nella libertà personale del soggetto e una interferenza nel suo domicilio, questo trova legittimazione anche a livello sovranazionale ai sensi degli artt. 5 e 8 CEDU, i quali ritengono che l'applicazione di strumenti per il monitoraggio a distanza sono necessari per garantire, all'interno di uno stato democratico, la tutela della difesa sociale e per evitare il condannato compia altri delitti. Sul punto si veda POTETTI D., *Questioni in tema di arresti domiciliari con il “braccialetto elettronico”*, in *Cass. pen.*, f. 1, 2016, p. 31.

⁴³⁶ Sulle potenzialità dello strumento del braccialetto elettronica relativamente all'incremento del numero dei fruitori della misura alternativa si veda L. DEGLI INNOCENTI – L. FALDI, *I benefici penitenziari*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 248.

⁴³⁷ Cfr. F. FIORENTINI, *Decreto svuotacarceri*, cit., p. 60; l'autore si mostra favorevole all'introduzione di modalità di controllo elettronico che possano essere applicate in modo generalizzato.

Nonostante, la nuova modalità di controllo non sia stata estesa a tutte le misure alternative previste nell'ordinamento penitenziario, può comunque essere applicata nell'ipotesi speciale di custodia domestica sancita all'art. 47-*quinquies*⁴³⁸. Per quanto concerne, invece, la possibilità di applicare le novità legislative in materia all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi (l. n. 199 del 2010) è opportuno fare una precisazione: mentre in passato nessun problema al riguardo si poneva considerato il rinvio esplicito previsto nell'art. 1, comma 8 l. n. 199 del 2010 al comma 4-*bis* dell'art. 47-*ter*; oggi la questione è sicuramente più complessa dal momento che il legislatore non ha apportato alcuna modifica alla norma alla quale si rinvia, mentre sarebbe stato auspicabile un richiamo esplicito al neo introdotto art. 58-*quinquies*. Tuttavia tali difficoltà sono ben risolvibili sul piano interpretativo, considerando il mancato rinvio come una mera svista⁴³⁹.

Il legislatore non è, però, esclusivamente intervenuto sulla collocazione sistematica della disposizione in quanto ne ha modificato anche il contenuto. A differenza del comma 4-*bis* dell'art. 47-*ter*, è ora sancita espressamente la possibilità di disporre il controllo elettronico anche durante l'esecuzione della misura alternativa⁴⁴⁰ ed è stata introdotta la possibilità di applicazione della nuova fattispecie non solo da parte del tribunale bensì anche dal magistrato di sorveglianza (sulle quali si veda diffusamente *infra*).

Il braccialetto elettronico (in realtà una cavigliera) consistente in un trasmettitore del segnale satellitare, ossia «nella componente mobile del dispositivo di controllo [che] viene applicato alla caviglia della persona e [che], tranne per la normale manutenzione, non può essere tolto durante l'intero periodo di durata della misura cautelare degli arresti domiciliari o della detenzione domiciliare»⁴⁴¹. I mezzi elettronici

⁴³⁸ Si veda sul punto E. APRILE, *Commento agli artt. 17, 18, 19 d.l. 24 novembre 2000 n. 341, convertito con modificazioni in legge 19 gennaio 2001 n. 4*, in *L.p.*, 2001, p. 458.

⁴³⁹ In senso favorevole all'applicazione della disciplina sul monitoraggio a distanza anche in caso di esecuzione presso il domicilio delle pene detentive inferiori a diciotto mesi, si veda E. M. MANCUSO, *Sovraffollamento carcerario e misure di urgenza: un intervento su più fronti per avviare un nuovo corso*, in C. CONTI – A. MARANDOLA – G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, CEDAM, Padova, 2014, p. 68; A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti del 2013 e la sentenza della Corte Cost. 32/2014*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 29.

⁴⁴⁰ Cfr. E. APRILE, *op. cit.*, p. 455; secondo l'autore la precisazione in esame rimane superflua dal momento che anche in via interpretativa si era raggiunto il medesimo risultato.

⁴⁴¹ Art. 1.1 dell'allegato al decreto del Ministro dell'interno di concerto con il Ministro della giustizia, 2 febbraio 2001.

di sorveglianza permettono una verifica in tempo reale di eventuali violazioni delle prescrizioni da parte del soggetto al quale sia stata applicata la misura alternativa ovvero cautelare. Sebbene esso potrebbe sembrare un strumento limitativo della libertà personale del fruitore⁴⁴² in realtà costituisce l'estrinsecazione del principio del *favor libertatis* in quanto estende i confini della concessione della misura extracarceraria; in passato, in assenza della possibilità di sottoporre il soggetto ad un monitoraggio continuativo la misura veniva, invece, negata *a priori*⁴⁴³.

L'art. 58-*quinquies* ord. penit., così come la previgente disposizione, riconosce la facoltà in capo alla magistratura di sorveglianza di «prescrivere procedure di controllo anche mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici» nel provvedimento con cui viene applicata la detenzione domiciliare. Il legislatore, però, ha ritenuto opportuno rendere esplicito che il meccanismo suddetto può essere disposto anche durante l'esecuzione della stessa; viene, dunque, sancita la possibilità di applicare tale strumento di controllo anche *in itinere*, come si accennava *supra*. La *ratio* di tale precisazione consiste nella sostanziale riduzione dei casi di revoca della misura *de qua*, dal momento che il giudice chiamato a decidere qualora dovesse ravvisare un *deficit* nell'affidabilità del beneficiario ad espriare la pena *extramoenia* potrebbe procedere ad un rafforzamento del controllo mediante l'attivazione del monitoraggio a distanza in luogo della revoca del beneficio. Il legislatore sottolinea, inoltre, la necessaria conformità dei suddetti strumenti agli apparati di cui la polizia di stato effettivamente disponga.

Dal momento che la norma individua quali organi legittimati all'attivazione del suddetto braccialetto anche il magistrato di sorveglianza, si ritiene che quest'ultimo possa procedere pure nei casi di applicazione provvisoria della detenzione domiciliare ai sensi dell'art. 47-*ter*, comma 1-*quater* ord. penit.⁴⁴⁴ oltre che in tutti i casi in cui ritiene necessario modificare le modalità di controllo relative al soggetto che si trovi già in regime di detenzione domiciliare.

La fattispecie in esame si chiude con una clausola di rinvio che rende applicabili, in quanto compatibili, le disposizioni sancite all'art. 275-*bis* c.p.p., il quale

⁴⁴² Cfr. G. LA GRECA, *Modifiche alla disciplina penitenziaria*, in *Dir. proc. pen.* 2001, p. 321.

⁴⁴³ Cfr. V. GREVI – M. CERESA GASTALDO, in G. CONSO – V. GREVI – M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Ed. VII, Padova, 2014, p. 437.

⁴⁴⁴ Cfr. F. FIORENTINI, *Decreto svuotacarceri*, cit., p. 60; A. DELLA BELLA, *op. cit.*, p. 28.

regolamenta le modalità di applicazione dei mezzi elettronici in materia di arresti domiciliari. La formula utilizzata dal legislatore è estremamente generica e obbliga l'interprete ad individuare autonomamente i contenuti che ben possono essere mutuati nella disciplina penitenziaria⁴⁴⁵.

In forza della clausola di rinvio di cui sopra si ritiene necessario estendere anche alla fase dell'esecuzione quanto previsto ai sensi del comma 2 dell'art. 275-bis c.p.p., il quale subordina l'applicazione della cavigliera per il controllo elettronico al consenso del soggetto interessato; formulazione introdotta al fine di evitare che la fattispecie sia colpita da eventuali censure per contrasto con l'art. 13 Cost. e con l'art. 8 CEDU⁴⁴⁶. Si verifica, in questo modo, preventivamente la volontà dell'individuo; per tale ragione, è necessario che sia accertata la disponibilità a sottoporsi al sistema di monitoraggio a distanza di tutti i detenuti c.d. "nuovi giunti", vale a dire coloro che facciano ingresso per la prima volta in carcere. La dichiarazione dell'individuo (sia egli condannato ovvero imputato) viene trascritta all'interno di un verbale che sarà immediatamente trasmesso all'autorità giudiziaria competente. Quindi, tutte le volte che la magistratura di sorveglianza intende disporre la misura della detenzione domiciliare, essa è già a conoscenza della volontà del soggetto detenuto in materia di controllo elettronico poiché precedentemente raccolta e posta "agli atti". Per converso, in tutti i casi in cui il condannato non abbia espresso il suo volere ovvero l'ammissione all'istituto sia stata richiesta *ab externo*, la dichiarazione avente ad oggetto il consenso dell'interessato può essere inserita in una memoria *ex art. 666*, comma 3 c.p.p. ed allegata all'istanza di concessione del beneficio penitenziario ovvero, in alternativa, può essere espressa oralmente nel corso dell'udienza⁴⁴⁷.

L'art. 58-*quinquies* non regolamenta l'ipotesi della negazione del consenso da parte del soggetto, diversamente dall'art. 275-bis c.p.p. che invece stabilisce il ripristino della custodia cautelare ovvero la sua applicazione in caso di dissenso. La dottrina ritiene, però, non mutuabile nella fase dell'esecuzione la disciplina prevista dalla disposizione processuale in materia di veto dell'interessato, la questione dovrà

⁴⁴⁵ La genericità della formulazione utilizzata era già stata rilevata in sede di lavori parlamentari alla conversione del d.l. n. 146 del 2013, sul punto si veda *Atti Camera. XVII leg.*, stamp. n. 1921-A, p. 3.

⁴⁴⁶ Per una attenta disamina delle ragioni in base alle quali la disciplina possa estendersi anche alla fase dell'esecuzione della pena si veda L. DEGLI INNOCENTI – L. FALDI, *op. cit.*, p. 249 e F. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 19 ss.

⁴⁴⁷ Cfr. L. DEGLI INNOCENTI – L. FALDI, *op. cit.*, p. 248.

essere, quindi, superata facendo riferimento ai principi generali che regolano le misure alternative alla detenzione, facendo un distinguo tra l'ipotesi in cui la mancanza del consenso sia originaria e il caso in cui sia sopravvenuta. Se il diniego viene presentato in via preventiva, la richiesta di ammissione alla detenzione domiciliare sarà rigettata tutte le volte in cui la magistratura di sorveglianza non ritiene idoneo a fronteggiare la pericolosità sociale del condannato nessun altro strumento al di fuori del controllo elettronico⁴⁴⁸. Invece, se il consenso viene meno successivamente, la detenzione domiciliare dovrà essere revocata per il venir meno di uno dei presupposti per la sua concessione con il conseguente ripristino dello stato detentivo; ma non trattandosi di una revoca *stricto sensu*, non saranno applicabili le preclusioni previste all'art. 47-ter, comma 9-bis e all'art. 58-quater ord. penit. È bene sottolineare che il giudice di sorveglianza, a differenza di quello della cognizione chiamato a valutare esclusivamente le esigenze cautelari, dovrà valutare in modo approfondito le ragioni che hanno spinto il condannato a non prestare il suo consenso e qualora queste siano ritenute valide, la misura potrà comunque essere disposta. Conclusivamente, bisogna ritenere sempre possibile l'impugnazione del provvedimento con il quale viene disposta la detenzione domiciliare correlata dal monitoraggio a distanza relativamente a quest'ultimo, indipendentemente dalla dichiarazione del consenso del fruitore.

Sulla base della suddetta clausola di rinvio, si ritiene, inoltre, applicabile la previsione indicata nel comma 3 dell'art. 275-bis c.p.p., la quale impone al condannato, che abbia prestato il suo consenso ad indossare il braccialetto elettronico, di «agevolare le procedure di installazione e di osservare le altre prescrizioni impostegli». Nell'ipotesi in cui il beneficiario dovesse sottrarsi in modo fraudolento al controllo esercitato da tali apparecchiature ovvero ne dovesse manipolare il funzionamento, sarebbe imputabile di aver commesso il reato previsto all'art. 18 d.l. n. 341 del 2000; tenendo in considerazione la possibile revoca della misura alternativa ai sensi dell'art. 47-ter, commi 6 o 9 ord. penit. (quest'ultimo sarà applicabile tutte le volte in cui da tali condotte ne scaturisca un allontanamento del condannato dal luogo indicato quale domicilio ai fini dell'esecuzione della pena).

⁴⁴⁸ Nello stesso senso F. CAPRIOLI – L. SCOMPARIN, *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 119 e M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 332.

L'introduzione nell'ordinamento italiano della c.d. "sorveglianza elettronica" non ha però portato i risultati sperati. A seguito delle iniziali difficoltà relative alla scelta della società per la conclusione del contratto di noleggio dei dispositivi elettronici, nel 2003 il Ministero dell'interno ha stipulato un accordo con Telecom S.p.A. per la fornitura di ben duemila braccialetti elettronici per il monitoraggio a distanza da distribuire sull'intero territorio nazionale e applicare nei confronti delle persone in stato di misura cautelare ovvero alternativa (la convenzione sarà rinnovata dal medesimo ministero fino al 2018).

Tuttavia, sebbene i dispositivi in circolazione siano stati correttamente installati e resi funzionanti, questi non erano inizialmente adottati da parte dei giudici italiani, basti considerare che nei primi sei mesi del 2013 i braccialetti attivi erano circa trenta, alla fine dell'anno il numero era salito a cinquantacinque.

Successivamente all'adozione dei due decreti svuota-carceri nel 2013/2014, la situazione è profondamente mutata, anche grazie all'ampliamento dell'ambito operativo delle misure alternative alla detenzione; tanto è vero che, a partire dal 2015, i tribunali sono stati costretti a respingere tutte le richieste di applicazione del braccialetto in questione dal momento che i duemila dispositivi iniziali erano stati tutti attivati e la "lista di attesa" dei soggetti interessati contava circa quattrocento persone.

Nel 2016 sarebbe dovuta realizzarsi una nuova gara per il noleggio di altri diecimila dispositivi elettronici ma il Viminale è ancora in attesa dell'autorizzazione da parte del Ministero dell'economia e delle finanze per l'impiego delle risorse economiche. Nel frattempo, tutti gli interessati in attesa dell'applicazione della cavigliera sono stati rimessi al giudizio della Corte di Cassazione, la quale dovrà stabilire se la misura cautelare o alternativa possa essere concessa anche in assenza del monitoraggio a distanza ovvero se il soggetto debba necessariamente fare ingresso nell'istituto penitenziario. La giurisprudenza prevalente ritiene, infatti, che l'indisponibilità della strumentazione per il controllo elettronico costituisce un elemento di fatto, che sebbene non riguardante direttamente il destinatario della misura, deve essere valutato ai fini del giudizio sull'adeguatezza della stessa e rende legittimo il provvedimento di diniego della richiesta⁴⁴⁹ (per la soluzione prospettata

⁴⁴⁹ Cfr. Cass., Sez. II, 19 giugno 2015, n. 28115, Candolfi, in C.E.D. Cass. n. 264230. I giudici di legittimità hanno affermato che, in questo modo «non sussiste alcun vulnus ai principi di cui agli artt. 3 e 13 Cost.

dalle Sezioni unite si veda diffusamente *infra*). La dottrina maggioritaria ha sempre assunto una posizione più rigorosa al riguardo, sostenendo che la concessione del beneficio penitenziario della detenzione domiciliare corredato dal controllo elettronico è subordinata all'effettività disponibilità dei dispositivi stessi, per questa ragione si dovrebbe ritenere inefficace il provvedimento di disposizione in tutti i casi in cui la strumentazione necessaria non sia disponibile⁴⁵⁰.

Le Sezioni Unite⁴⁵¹ sono intervenute recentemente nel tentativo di dissipare ogni dubbio sulla questione relativa alla concedibilità o meno della misura cautelare degli arresti domiciliari corredata dalla sorveglianza elettronica nel caso di indisponibilità del dispositivo elettronico; l'ordinanza di rimessione interrogava la Suprema Corte se nel caso in questione dovesse essere disposta l'applicazione della più grave misura della custodia in carcere ovvero fosse sufficientemente idonea quella meno grave degli arresti domiciliari.

I giudici di legittimità, prima di fornire una soluzione al quesito, hanno analizzato i due indirizzi che si contrapponevano in materia: il primo, riteneva necessaria l'applicazione della custodia in carcere dal momento che ogni altra alternativa sarebbe risultata inadeguata a soddisfare le esigenze cautelari⁴⁵²; l'altro, per converso, sosteneva la tesi meno rigorosa della concessione degli arresti domiciliari senza monitoraggio a distanza in quanto proprio le esigenze cautelari da soddisfare non rendevano giustificabile l'ingresso nell'istituto penitenziario⁴⁵³.

Le Sezioni Unite, allontanandosi da tali indirizzi interpretativi, individuano una nuova strada da percorrere stabilendo che «il giudice, escluso ogni automatismo nei criteri di scelta delle misure, qualora abbia accertato l'indisponibilità del [...] dispositivo elettronico, deve valutare, ai fini dell'applicazione o della sostituzione

né alcuna violazione dei diritti di difesa, perché l'impossibilità della concessione degli arresti domiciliari senza controllo elettronico a distanza dipende pur sempre dall'intensità delle esigenze cautelari e pertanto è ascrivibile alla persona dell'indagato».

⁴⁵⁰ Cfr. F. FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 59; si veda, inoltre, in questo senso D. LA MUSCATELLA, *Il braccialetto elettronico non è una misura cautelare autonoma, ma solo una diversa forma di esecuzione degli arresti domiciliari*, in *Dir. e giust.*, 2015, p. 39.

⁴⁵¹ Cfr. Cass., SS. UU., 16 maggio 2016, n. 20769 (Pres. Canzio, Rel. Piccialli); il testo della sentenza è consultabile sul sito seguente <http://www.neldiritto.it/appgiurisprudenza.asp?id=12712>.

⁴⁵² Cfr. Cass., Sez. II, 10 novembre 2015, Pappalardo, in *Arch. proc. pen.*, 2016, n. 2, p. 136; Cass., Sez. II, 4 novembre 2015, Di Pierno, CED Cass. n. 265897.

⁴⁵³ Cfr. Cass., Sez. III, 1 dicembre 2015, Caredda, CED Cass. n. 265791; Cass., Sez. I, 10 settembre 2015, n. 39529, Quici, CED Cass. n. 264943.

della misura coercitiva, la specifica idoneità, adeguatezza e proporzionalità di ciascuna di esse in relazione alle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto». I giudici pongono l'attenzione, come più volte sottolineato nel testo della sentenza in esame, sulla necessaria residualità della custodia in carcere e sulla esigenza di restituire discrezionalità al giudice, il quale non dovrà svolgere funzioni meramente "notarile" sulla base dell'operatività di criteri automatici. Quindi, se nel momento di disposizione della misura cautelare il giudice accerti l'indisponibilità della strumentazione per il controllo elettronico, spetterà a quest'ultimo stabilire quale sia la misura più adeguata. Tale decisione dovrà essere assunta sulla base di un bilanciamento avente ad oggetto da un lato, la tutela della libertà personale del soggetto e dall'altro il soddisfacimento dell'esigenze cautelari⁴⁵⁴.

Ad ogni modo, la Corte di Cassazione ritiene, osservando precedenti pronunce della Corte Costituzionale relative al conflitto tra l'art. 13 Cost. e l'art. 275 c.p.p.⁴⁵⁵, è imposto «al giudice di scegliere la misura meno afflittiva tra quelle astrattamente idonee a tutelare le esigenze cautelari ravvisabili nel caso di specie».

4. La disciplina della sospensione e della revoca della misura

La disciplina del controllo appena analizzata è stata introdotta al fine di arginare ed eventualmente sanzionare condotte poste in essere dal fruitore della misura contrarie alle prescrizioni impartite dalla magistratura di sorveglianza; tali comportamenti trasgressivi possono comportare la revoca del beneficio stesso.

Ai sensi dell'art. 47-ter, comma 6 ord. penit. è disposto il regime della revoca della detenzione domestica nelle ipotesi in cui la condotta del soggetto risulti essere incompatibile con la prosecuzione della misura in quanto contrario alla legge ovvero alle prescrizioni imposte. In forza della fattispecie in esame, quindi, non tutte le violazioni comportano in modo automatico la revoca della detenzione domiciliare dato che è necessario che queste appaiano inopportune in relazione al proseguimento

⁴⁵⁴ Sul punto si veda il § 5.3 del Considerato in diritto della sent. SS. UU., 16 maggio 2016, n. 20769.

⁴⁵⁵ Cfr. Corte Cost., 1 aprile 1998, n. 89 (Pres. Granata, Rel. Neppi Modena) consultabile sul sito <http://www.giurcost.org/decisioni/1998/0089s-98.html> e, più recentemente, Corte Cost. 22 luglio 2011, n. 231 (Pres. Maddalena, Rel. Frigo), del cui testo si può prendere visione sul sito seguente <http://www.giurcost.org/decisioni/2011/0231s-11.html>.

dell'istituto. Tale valutazione è rimessa alla discrezionalità del magistrato o del tribunale di sorveglianza, a seconda che si tratti di sospensione provvisoria ovvero revoca, i quali dovranno effettuare un giudizio di bilanciamento avente ad oggetto da un lato l'entità della violazione posta in essere e dall'altro, le esigenze peculiari che con la misura in questione si sarebbero volute tutelare. È necessario che tale comparazione venga effettuata con particolare diligenza nel caso in cui si tratti di detenzione domiciliare c.d. "umanitaria", in quanto dovrà tenersi conto del peculiare *status* del condannato.

I giudici *de legitimize legum* hanno, inoltre, ritenuto che neppure l'applicazione di una nuova misura cautelare al condannato che versi in stato di custodia domestica comporti una automatica revoca del beneficio stesso dal momento che sarà, invece, necessario procedere ad una valutazione relativa all'incidenza che il fatto potrebbe avere sulle esigenze rieducative perseguite attraverso la misura alternativa⁴⁵⁶; in questo caso, è compito del giudice chiamato a decidere analizzare il contenuto dell'ordinanza cautelare per verificare se gli elementi in essa descritti siano espressione del pericolo di commissione di ulteriori delitti ovvero del fallimento del programma rieducativo⁴⁵⁷. La giurisprudenza di legittimità ha, ulteriormente, sottolineato che non è possibile procedere alla revoca automatica della misura alternativa nell'ipotesi in cui i fatti oggetto del provvedimento cautelare siano stati commessi anteriormente a quelli oggetto della condanna che il soggetto si trova ad espiare; qualora si verificasse l'ipotesi in questione, il tribunale di sorveglianza potrà tutt'al più prendere in considerazione la condotta oggetto del provvedimento cautelare ai fini dell'applicazione della revoca ai sensi del comma 7 dell'art. 47-*ter* (la quale non comporta le imposizioni preclusive di cui all'art. 58-*quater* ord. penit.), considerando che l'operatività del comma precedente è esclusa dal momento che riguarda esclusivamente comportamenti tenuti dal destinatario durante l'esecuzione della misura alternativa.

Al comma 7 dell'art. 47-*ter* ord. penit. viene, infatti, indicata un'ipotesi di revoca obbligatoria della detenzione domiciliare, dovuta al venire meno delle condizioni sancite ai commi 1 e 1-*bis* della medesima fattispecie. Con specifico riferimento alla

⁴⁵⁶ Cfr. Cass., Sez. I, 17 giugno 2002, n. 23190, Calia.

⁴⁵⁷ Si veda sul punto Cass., Sez. I, 10 febbraio 2010, n. 16441, CED Cass. n. 247234.

detenzione domiciliare concessa per motivi di salute, famiglia o studio, la revoca può essere disposta nel caso in cui dovessero venir meno ovvero mutare le condizioni legittimanti la concessione dell'istituto stesso, a prescindere dalla condotta tenuta dal destinatario durante il periodo di esecuzione della misura. Quest'ultimo viene considerato l'elemento distintivo tra l'ipotesi di revoca disciplinata al comma 6 e quella avente natura obbligatoria sancita nel comma 7; la procedura che viene seguita è, però, la medesima in entrambi i casi: il magistrato di sorveglianza procede, ai sensi dell'art. 51-*ter* ord. penit., alla sospensione cautelativa della misura e poi trasmette la proposta di revoca al tribunale di sorveglianza, come previsto dall'art. 98 reg. esec. Si considera necessaria un'attenta valutazione della proposta di revoca da parte del tribunale di sorveglianza in quanto dovrà essere accertato che il soggetto non possa in alcun modo continuare ad espiare la pena in regime alternativo⁴⁵⁸.

Il legislatore non contempla, invece, la revoca obbligatoria al cessare dei requisiti che hanno permesso l'accesso alla custodia domestica c.d. "umanitaria", prevista al comma 1-*ter*; l'esclusione in esame è ben comprensibile sulla base del fatto che trattasi di misura per la quale il tribunale di sorveglianza individua un termine finale, alla cui scadenza viene condotta una valutazione per verificare il permanere dei presupposti legittimanti. Tuttavia è sempre possibile la revoca nei casi in cui la condotta tenuta dal destinatario non sia compatibile con la prosecuzione del beneficio⁴⁵⁹.

Le medesime perplessità sorgono in relazione al comma 01 dell'art. 47-*ter*, il quale non viene ugualmente menzionato dalla disposizione relativa alla disciplina della revoca obbligatoria. Ad ogni modo si è indotti a sostenere che nell'ipotesi in cui dovessero sopraggiungere nuovi titoli esecutivi ovvero dovesse essere applicata al soggetto ultrasessantenne una condanna con applicazione della recidiva, verrebbero introdotte delle condizioni ostative alla fruizione della misura e quindi questa dovrebbe

⁴⁵⁸ Cfr. Cass., Sez. I, 27 luglio 2005, Mayer, CED Cass. n. 232284.

⁴⁵⁹ *Contra* L. CESARIS, Art. 47-*ter*, in F. DELLA CASA – G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Edizione V, CEDAM, 2015, p. 577; l'autrice sostiene che nonostante l'omesso richiamo esplicito al comma 1-*ter* dell'art. 47-*ter* sia comunque applicabile la revoca in tutti i casi in cui le condizioni legittimanti il differimento dell'esecuzione della pena vengano meno. Nello stesso senso avviso F. DELLA CASA, *Misure alternative alla detenzione*, in *Enciclopedia del Diritto Annali*, Vol. III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 846.

essere revocata ai sensi del comma 7 dell'art. 47-ter per essere venute meno le circostanze legittimanti l'accesso.

In forza dei successivi commi 8 e 9 della fattispecie in questione è prevista una disciplina *ad hoc* in caso di violazione della più significativa tra le prescrizioni, vale a dire l'allontanamento non autorizzato dal domicilio. Al comma 8 viene sancito che nei casi in cui il condannato dovesse allontanarsi in modo clandestino dal luogo individuato quale domicilio ai sensi del comma 1 dell'art. 47-ter, è punito del reato di evasione *ex art.* 385 c.p. Il legislatore sottolinea, inoltre, l'operatività dell'ultimo comma dell'art. 385 c.p. secondo il quale la pena è diminuita nell'ipotesi in cui l'evaso dovesse costituirsi in carcere prima della pronuncia della sentenza di condanna; secondo la dottrina prevalente, tale specificazione risulta essere superflua considerato il richiamo all'articolo suddetto nel suo complesso.

Il successivo comma 9 individua, invece, le conseguenze derivanti dall'allontanamento non autorizzato: salvo che il fatto non sia di lieve entità, la condanna per il delitto di cui all'art. 385 c.p. importa la revoca della misura alternativa. Tale disciplina è il frutto di vari interventi legislativi che ne hanno modificato il contenuto. La fattispecie originaria stabiliva che in caso di denuncia per il delitto indicato nel comma 8 sarebbe stato sospeso il beneficio penitenziario mentre in caso di condanna questo sarebbe stato revocato. La Corte Costituzionale si è pronunciata in materia nel 1997 stabilendo l'illegittimità costituzionale del comma 9 nella parte in cui prevedeva che la sospensione derivante dalla denuncia del reato di evasione operasse in modo automatico senza che il giudice chiamato a decidere potesse effettuare una valutazione sulla condotta tenuta in concreto dal soggetto⁴⁶⁰. La Consulta ha ritenuto che, considerate le finalità umanitarie e assistenziali che caratterizzano la misura, sospendere bruscamente il corso della stessa potrebbe comportare riflessi negativi sul percorso di risocializzazione del condannato; per questa ragione ha sostenuto la necessità di una analisi delle circostanze di fatto che hanno portato il soggetto ad allontanarsi dal domicilio senza giustificato motivo. A seguito di detto intervento, il legislatore ha escluso tale meccanismo automatico tra la presentazione della denuncia e la commissione del delitto.

⁴⁶⁰ Cfr. Corte Cost., 5 giugno 1997, n. 173 (Pres. Granata, Rel. Vassalli); consultabile sul sito <http://www.giurcost.org/decisioni/1997/0173s-97.html>.

La giurisprudenza di legittimità, alla luce della suddetta pronuncia, è intervenuta recentemente per escludere l'operatività del meccanismo automatico anche in caso di condanna per il delitto *ex art. 385 c.p.*, ritenendo necessario anche in questo caso una valutazione autonoma delle condizioni in cui il condannato ha agito⁴⁶¹. Dunque, anche la condanna non comporta più la revoca automatica del beneficio.

La norma è stata successivamente modificata ad opera del primo decreto svuota-carceri; l'art. 2 d.l. 1 luglio 2013, n. 78 ha, infatti, eliminato ogni riferimento alla sospensione della detenzione domiciliare a seguito di denuncia e, osservando quanto stabilito dalle pronunce della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione, oggigiorno la fattispecie prevede soltanto l'ipotesi di revoca conseguente alla condanna per il delitto di evasione, eccezion fatta per l'ipotesi in cui il fatto sia di lieve entità⁴⁶². Il nuovo testo dunque riconosce in capo al giudice chiamato a decidere il potere discrezionale di valutare l'entità del fatto oggetto della condotta posta in essere e la sua compatibilità con la prosecuzione della misura. Nonostante la soppressione dell'istituto della sospensione della misura, è sempre possibile interrompere temporaneamente l'operatività del beneficio penitenziario in via cautelativa ai sensi dell'art. 51-*ter* ord. penit.

Sul tema della revoca della detenzione domiciliare conseguente all'allontanamento non autorizzato del condannato sono sorte alcune perplessità che la giurisprudenza di legittimità ha tentato di risolvere.

In primo luogo si è ritenuto necessario precisare cosa si debba intendere per abitazione ai fini dell'integrazione del reato di evasione. La Suprema Corte ha più volte ribadito che, agli effetti dell'art. 385 c.p., per abitazione deve intendersi l'unità abitativa all'interno della quale il beneficiario della misura conduce la propria vita con esclusione di ogni altra pertinenza a meno che non si tratti di luoghi all'aperto o parzialmente scoperti che costituiscono parte integrante dell'unità stessa (si pensi al balcone, al terrazzo, al cortile interno di una palazzina). La rigidità di tale

⁴⁶¹ Cfr. Cass., Sez. I, 19 novembre 2014, n. 29.

⁴⁶² La neo introdotta disciplina è applicabile anche l'istituto dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi per espresso rinvio previsto al comma 8 dell'art. 1 l. n. 199 del 2010.

interpretazione è dovuta alla necessità di rendere il soggetto immediatamente reperibile dai corpi di polizia autorizzati a svolgere i dovuti controlli⁴⁶³.

È stato, inoltre, sottolineato che per il perfezionamento del reato di evasione *ex art. 385 c.p.* non ha alcuna rilevanza la durata del periodo di allontanamento clandestino dalla abitazione, né tanto meno la distanza percorsa dal soggetto; essendo un reato a forma libera, il bene giuridico tutelato, vale a dire l'osservanza costante dei limiti imposti mediante la concessione della misura cautelare ovvero alternativa, può essere offeso con qualsiasi modalità⁴⁶⁴.

I giudici *de legitimize legum* hanno evidenziato come l'unica causa scriminante operante nella materia in esame è quella sancita all'art. 54 c.p., soltanto in presenza di un accertato stato di necessità non saranno integrati gli estremi dell'evasione. Per l'applicazione della causa di giustificazione *de qua* è, però, necessario da un lato, la sussistenza di una situazione di pericolo attuale inevitabile per il beneficiario della misura che possa arrecare un danno grave alla persona; dall'altro, la non rimproverabilità del soggetto per le circostanze venute ad esistenza⁴⁶⁵. Da ultimo, è necessario esaminare una recentissima pronuncia della Corte di Cassazione avente ad oggetto proprio il necessario accertamento delle condizioni giustificanti l'applicazione della causa scriminante al fine di non condannare il soggetto per il reato di cui all'art. 385 c.p. e permettergli di continuare ad espriare la pena in regime alternativo. Agli inizi del 2017, i giudici di legittimità hanno ribadito che al fine di integrare lo stato di necessità *ex art. 54 c.p.* è necessaria la sussistenza di un pericolo attuale di grave danno alla persona⁴⁶⁶.

⁴⁶³ Si veda sul punto Cass., Sez. VI, 30 novembre 2016, n. 7437, in *Diritto e giustizia*, 17 febbraio 2017 (nel caso di specie i giudici di legittimità hanno confermato la sentenza di condanna nei confronti del soggetto che si era allontanato dal domicilio, presso il quale si trovava in stato di arresti domiciliari, per andare a trovare i genitori nell'abitazione sita al piano superiore del medesimo edificio); Cass., Sez. VI, 28 ottobre 2016, n. 47317, CED Cass. n. 268500.

⁴⁶⁴ Cfr. Cass., Sez. VI, 27 marzo 2012, n. 11679.

⁴⁶⁵ Cfr. Cass., Sez. VI, 21 Ottobre 2014, n. 48430. È necessario sottolineare che sono molte anche le pronunce della giurisprudenza di merito sul tema, si veda, tra le altre, Tribunale di Napoli, Sez. II., 12 agosto 2016, n. 1926; nel caso di specie il giudice aveva condannato l'imputato per il reato di evasione in quanto non era stato provato lo stato di necessità: l'interessato, malato di diabete, si era allontanato dal domicilio depositando un certificato medico soltanto generico non attestante che il malore in corso fosse dipendente dalla grave malattia contratta.

⁴⁶⁶ Si veda sul punto Cass., Sez. VI, 4 gennaio 2017, n. 6429; i giudici hanno escluso, in questo caso, la sussistenza dello stato di necessità in quanto l'allontanamento dal domicilio era dovuto ad una lite furiosa con la convivente dell'uomo che lo ha scacciato di casa, e sarebbe stata, inoltre, la donna a

Terminata la citata rassegna giurisprudenziale, si deve esaminare l'ultimo comma⁴⁶⁷ dell'art. 47-ter ord. penit., il quale ha introdotto il divieto assoluto di sostituire, in caso di revoca della detenzione domiciliare biennale c.d. "generica" ex comma 1-bis, il residuo della pena con altra misura alternativa. Il rigore di tale disciplina se poteva apparire comprensibile nel momento storico in cui il comma è stato introdotto a causa della applicazione residuale della misura; non sembra avere ad oggi giustificazione, considerato che l'istituto *de quo* non persegue più, a differenza del passato, soltanto finalità di natura preventiva e retributiva in quanto mira anche alla rieducazione del condannato.

Per quanto concerne gli effetti che la revoca provoca, è opportuno esaminare la disciplina contenuta nell'art. 58-quater ord. penit. Il comma 3 della fattispecie in esame prevede, infatti, il divieto di concessione di un'altra misura alternativa per i tre anni successivi alla revoca della stessa (il termine viene computato a partire dalla data dell'emissione di ordinanza di revoca da parte della magistratura di sorveglianza), qualora questa sia intervenuta per una condotta del beneficiario non compatibile con la prosecuzione della misura (art. 47-ter, comma 6 ord. penit.). Il divieto in questione non opera, invece, in caso di revoca disposta per il venir meno delle condizioni legittimanti l'accesso alla detenzione domiciliare (comma 7), in quanto in questo caso il venir meno del regime alternativo di esecuzione della pena prescinde da una condotta colpevole del reo. La giurisprudenza di legittimità ha, inoltre, escluso l'operatività della preclusione nelle ipotesi di detenzione domiciliare nei confronti dei soggetti affetti da AIDS (art. 47-quater) ovvero di detenzione domiciliare speciale (art. 47-quinquies), in quanto non esplicitamente richiamati dall'art. 58-quater, comma 3⁴⁶⁸.

Il legislatore del 1975 non aveva tenuto conto della necessità di fronteggiare il pericolo del condannato che, durante l'espiazione della pena in regime alternative, non rispetti le prescrizioni impartite dalla magistratura di sorveglianza; per tale ragione è intervenuto nel 1986 (l. n. 663 del 1986) introducendo l'art. 51-ter all'ordinamento

chiamare subito dopo i Carabinieri per segnalare tale allontanamento. Dunque non si rinveniva il pericolo attuale di un danno grave.

⁴⁶⁷ Il comma 9-bis è stato introdotto dall'art. 4, comma 1, lett. e), l. 27 maggio 1998, n. 165.

⁴⁶⁸ Cfr. Cass., Sez. I, 25 novembre 2010, n. 44562, Ricciardi, CED Cass. n. 248989; i giudici di legittimità hanno, infatti, ritenuto che «la revoca della detenzione domiciliare speciale di cui all'art. 47-quinquies ord. penit. non osta di per sé alla concessione di misure alternative (nella specie affidamento in prova ai servizi sociali) rientrando quest'ultima nella valutazione, a discrezionalità vincolata, del giudice».

penitenziario⁴⁶⁹. La nuova fattispecie, rubricata “sospensione cautelativa delle misure alternative”, stabilisce che nei casi in cui il condannato ponga in essere delle condotte suscettibili di determinare la revoca del beneficio penitenziario concesso, il magistrato di sorveglianza competente, anche di ufficio e senza contraddittorio, adotta il provvedimento di sospensione provvisoria della misura e ordina la contestuale traduzione dello stesso in istituto. Successivamente, gli atti saranno trasmessi, senza ritardo, al tribunale di sorveglianza, il quale dovrà pronunciarsi definitivamente, entro trenta giorni dalla ricezione degli atti suddetti, sulla revoca o sulla prosecuzione dell’espiazione della pena in regime alternativo. Nell’ipotesi in cui l’organo collegiale non dovesse adottare un provvedimento decisorio nel termine previsto, il decreto di sospensione emanata dal magistrato di sorveglianza cessa di avere efficacia, con la conseguente prosecuzione della misura.

È bene sottolineare che la revoca non deve necessariamente seguire l’adozione del provvedimento di sospensione cautelativa adottato dal giudice monocratico: la norma, infatti, non subordina l’efficacia del procedimento all’emanazione dell’atto suddetto.

Per completezza di trattazione, è, infine, necessario accennare alla disciplina *ad hoc* prevista all’art. 47-*sexies*⁴⁷⁰ ord. penit. relativa all’ipotesi di allontanamento dal domicilio senza giustificato motivo della madre condannata ammessa al regime della detenzione domiciliare “speciale” *ex art. 47-quinquies*. La norma stabilisce che nel caso in cui l’allontanamento della donna abbia una durata superiore a dodici ore allora questa sarà punibile ai sensi dell’art. 385 c.p. per il reato di evasione e tale condanna comporta quale conseguenza la revoca del beneficio *de quo*; nell’ipotesi in cui, invece, l’assenza dal domicilio non dovesse protrarsi così al lungo, la condotta non è penalmente sanzionabile *ex art. 385 c.p.* ma potrà soltanto essere valutata ai fini della revoca della misura alternativa. È bene sottolineare che, in quest’ultimo caso, la condannata sarà comunque punibile del reato commesso durante l’esecuzione della custodia domestica e in base alla gravità dello stesso sarà disposta la revoca⁴⁷¹. Tale

⁴⁶⁹ Cfr. F. DELLA CASA, in *Legisl. pen.*, 1987, p. 184.

⁴⁷⁰ La fattispecie è stata introdotta ad opera dell’art. 4 l. 8 marzo 2001, n. 40.

⁴⁷¹ Sul punto si veda Cass., Sez. VI, 8 gennaio 2014, n. 4394, CED Cass. n. 258281; i giudici hanno sostenuto che non possono escludersi soluzioni alternative alla revoca della misura, quali ad esempio le contravvenzioni.

regime opera anche nei confronti del padre condannato che sia stato ammesso alla detenzione domiciliare speciale, come previsto dall'ultimo comma dell'art. 47-*sexies*.

La *ratio* della fattispecie in esame è bene comprensibile sulla base del dovere e della responsabilità della madre di prestare assistenza alla prole, e delle esigenze di tutela che vengono sancite in Costituzione ai minori.

La Corte Costituzionale è intervenuta in materia, con la sentenza n. 177 del 2009, per equiparare il regime previsto all'art. 47-*sexies* anche alle condannate madri che si trovino in regime di detenzione domiciliare ai sensi dell'art. 47-*ter*, comma 1, lett. *a*) ord. penit. Premesso che entrambe le fattispecie perseguono le medesime finalità di tutelare lo sviluppo psico-fisico del minore e di mantenere saldo il rapporto con i genitori, la Consulta aveva ritenuto irragionevole che la madre di prole di età inferiore a dieci anni che debba scontare una pena non superiore a quattro anni di reclusione subisca un trattamento sanzionatorio più severo, in caso di allontanamento dal domicilio senza giustificato motivo, rispetto alla condannata che, versando nelle medesime condizioni, debba scontare una pena maggiore⁴⁷². La Corte Costituzionale, sulla base della omessa estensione della disciplina più favorevole introdotta nel 2001, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*ter*, comma 8 ord. penit. nella parte in cui non prevede la necessaria protrazione dell'allontanamento dal domicilio per più di dodici ore per integrare il reato di evasione, così come sancito nell'art. 47-*sexies*, comma 2 ord. penit.

A termine della presente trattazione, è opportuno evidenziare che una volta terminato il periodo in cui il soggetto si trova ad espiare la pena in regime alternativo, questa si estingue automaticamente senza che sia necessaria una pronuncia apposita da parte del tribunale di sorveglianza (a differenza di ciò che si verifica nell'ipotesi di affidamento in prova ai servizi sociali).

⁴⁷² Cfr. Corte Cost., 12 giugno 2009, n. 177 (Pres. Amirante), il testo della pronuncia è consultabile sul sito <http://www.gazzettaufficiale.it/gunewsletter/dettaglio.jsp?service=5&datagu=2009-06-17&task=dettaglio&numgu=24&redaz=009C0406&tmstp=1245329322906>.

BIBLIOGRAFIA

TESTI

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale - Parte generale*, Ed. XIV, Giuffrè, Milano, 1997.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Ed. XVI, Giuffrè, Milano, 2003.

BARATTA A., *Integrazione – prevenzione. Una «nuova» fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, in *Delitti e pene*, 1984.

BERNASCONI A., *La sicurezza penitenziaria*, Cuem, Milano, 1991.

BERNASCONI A., *Affidamento in prova e semilibertà nell'epoca post-rieducativa*, in *Esecuzione penale ed alternative penitenziarie*, CEDAM, Padova, 1999.

BERNASCONI A. – COMUCCI P. – MACCORRA V. – PITTARO P. – PRESUTTI A., *Esecuzione penale e alternative penitenziarie (l. 27 maggio 1998 n. 165)*, CEDAM, 1990.

BISORI L., *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, in F. GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale*, Giuffrè, 2006.

BRANCA G. – PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario alla Costituzione - Rapporti Civili. Art. 27 – 28*, Zanichelli, Bologna, 1991.

BETTIOL G., *Diritto penale: parte generale*, CEDAM, 1982.

BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XIX, Utet, Torino 1973.

CADOPPI A. – CANESTRARI S. – MANNA A. – PAPA M., *Trattato di diritto penale*, Utet giuridica, 2014.

CANEPA M. – MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario: Le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, Giuffrè, 2010.

CAPRIOLI F. – VICOLI D., *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, Torino, 2011.

CARCANO D. – MANZIONE D., *Custodia cautelare e braccialetto elettronico*, Giuffrè, 2001.

CATELANI G., *Manuale dell'esecuzione penale*, Giuffrè, Milano, 2002.

CATTANEO M.A., *Il problema filosofico della pena*, Ed. Universitaria, Ferrara, 1978.

CECANESE G., *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, in GAITO, (a cura di), *Digesto delle discipline penalistiche*, IV Ed., Tomo II, Aggiornamento 2005, UTET Giuridica, Torino, 2005.

CIAPPI S. – COLUCCIA A., *Giustizia criminale: retribuzione, riabilitazione e riparazione, modelli e strategie di intervento penale a confronto*, Franco Angeli, Milano, 1997.

COMUCCI P., *La nuova fisionomia della detenzione domiciliare*, in PRESUTTI, (a cura di), *Esecuzione della pena ed alternative penitenziarie*, CEDAM, Padova, 1999.

CONSO G. (a cura di), *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006.

CONSO G. – GREVI V. – BARGIS M. (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Ed. VII, CEDAM, Padova, 2014.

CORBI F., *L'esecuzione nel processo penale*, Giappichelli, 1992.

CORBI F. – NUZZO F., *Guida pratica all'esecuzione penale*, Giappichelli, Torino, 2003.

CORDERO F., *Procedura penale*, Giuffrè, 1998.

CORVI P., *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, CEDAM, 2010.

CRISTILLO A., *Le misure alternative alla detenzione*, in VENEZIANI, *Trattato di diritto penale- Parte generale*, Vol. II, *La punibilità*, CEDAM, 2015.

D'AMICO M., *Art. 27*, in BIFULCO, R. – CELOTTO, A. – OLIVETTI, M., *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Utet, Milano, 2006.

D'ANGOLO M., *Novità su detenzione domiciliare e ordine esecutivo*, in A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, CEDAM, 2006.

D'ONOFRIO M. – SARTORI M., *Le misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, Milano, 2004.

DALIA A.A. – FERRAIOLI M. (a cura di), *Sospensione della pena ed espiazione extra-moenia. Commento alla legge 27 maggio 1998, n. 165 (c.d. Legge Simeone)*, Giuffrè, Milano, 1998.

DE VITO C. G., in *Camosci e girachiavi – Storia del carcere in Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

DEAN G., *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Giappichelli, 2004.

DEGL'INNOCENTI L. – FALDI F., *I benefici penitenziari*, Giuffrè, Milano, 2014.

DEGL'INNOCENTI L. – FALDI F., *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Giuffrè, Milano, 2006.

DEL COCO R. – MARAFIOTI L. – PISANI N., *Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative. Atti del Convegno (Teramo, 6 marzo 2014)*, Giappichelli, Torino, 2014.

DELLA BELLA A., *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti del 2013 e la sentenza della Corte Cost. 32/2014*, Giappichelli, Torino, 2014.

DELLA CASA F., *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenze*, V. GREVI (a cura di), CEDAM, Padova, 1994.

DELLA CASA F. – GIOSTRA G., *Ordinamento Penitenziario commentato*, Ed. V, CEDAM, Vicenza, 2015.

DI GENNARO G. – BREDI R. – LA GRECA G., *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, 1997.

DI RONZA P., *Diritto dell'esecuzione penale e diritto penitenziario*, CEDAM, Padova, 2006.

DI RONZA P., *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, CEDAM, Padova, 2000.

DOLCINI E., *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in DOLCINI E. – PALIERO C. E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II, *Teoria della pena – Teoria del reato*, Giuffrè, Milano, 2006.

DOLCINI E. – MARINUCCI G., *Manuale di diritto penale*, CEDAM, Padova, 2014.

EMANUELE P. P., *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. D'Orlando-L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009.

FASSONE E., *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Il Mulino, 1980.

FASSONE E. – BASILE T. – TUCCILLO G., *La riforma penitenziaria: commento teorico pratico alla L. 663/1986*, Jovane, Napoli, 1987

FIANDACA G., *Il 3° comma dell'art. 27*, in BRANCA G., PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario alla Costituzione - Rapporti Civili. Art. 27 – 28*, Zanichelli, Bologna, 1991.

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale – Parte generale*, Ed. V, Zanichelli, Bologna, 2007.

FILIPPI L. – SPANGHER G., *Diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2000.

FILIPPI L. – SPANGHER G., *Manuale di esecuzione penitenziaria*, Giuffrè, Milano, 2003,

FILIPPI L. – SPANGHER G., *Manuale di diritto penitenziario*, Ed. III, Giuffrè, Milano, 2011.

FIORENTIN F., *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, Giuffrè, Milano, 2014.

FIORENTIN F., *Emergenza carceri. Tutte le novità del d.l. 22 dicembre 2011, n. 211*, Giuffrè, Milano, 2012.

FIORENTIN F., *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione. Normativa e giurisprudenza ragionata*, Padova, 2013.

FIORENTIN F., *Misure alternative alla detenzione*, Giappichelli, Milano, 2012.

FIorentin F. – MARCHESELLI A., *L'ordinamento penitenziario*, Utet, Torino, 2005.

FLORA G. – TONINI P., *Nozioni di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1997.

GAITO A. – RANALDI G., *Esecuzione penale*, Giuffrè, Milano, 2002.

GASPARI M. – LEONARDI M., *La detenzione domiciliare*, Giappichelli, Torino, 2017.

GIARDA A. – SPANGHER G., *Codice di procedura penale commentato*, Ed. III, Ipsoa, Milano, 2010.

GREVI V. (a cura di), *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Zanichelli, Bologna, 1982.

GREVI V. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, CEDAM, Padova, 1994.

GREVI V. (a cura di), *Processo penale e criminalità organizzata*, Laterza, Bari, 1993.

GREVI V., *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in AA. VV., *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura del medesimo, Padova, 1994.

GREVI V. – DELLA CASA F. – GIOSTRA G., *Ordinamento Penitenziario commentato*, Ed. III, CEDAM, 2006.

GREVI V. – DELLA CASA F. – GIOSTRA G., *Ordinamento Penitenziario commentato*, Ed. IV, CEDAM, 2011.

GUAZZALOCA B., *Criterio del “doppio binario”, utilizzo della “premierità” e “degiurisdizionalizzazione” del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell’emergenza*, in G. GIOSTRA – G. INSOLERA (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Giuffrè, Milano, 1995.

GUAZZALOCA B. – PAVARINI M., *Codice commentato dell’esecuzione penale*, Utet, Torino, 2002.

GUAZZALOCA B. – PAVARINI M., *L’esecuzione penitenziaria*, Utet, Torino, 1995.

HASSEMER W., *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale*, in *Delitti e pene*, 19843.

IOVINO F. P. C. – L. KALB – MASSARO I. – NORMANDO R. – PIERRO G. – RANIERI E. (a cura di), *Sospensione della pena ed espiazione extra moenia*, Giuffrè, Milano, 1998.

LA ROCCA S. – MALAVASI G. – PAVARINI G.M., *Misure alternative alla detenzione*, (a cura di) F. FIORENTIN, Giappichelli, 2012.

LATTANZI G. – LUPO E., *Codice di procedura penale, rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. IX, Giuffrè, Milano, 2003.

LARIZZA S., *Il minore e le misure limitative della libertà personale: profili definitivi, criminologici e penalistici*, in M. G. COPPETTA (a cura di), *L’esecuzione penitenziaria a carico del minore*, Giuffrè, 2010.

MACCORA V., *La disciplina dell'art. 656 c.p.p. ed i provvedimenti di urgenza di competenza del magistrato di sorveglianza alla luce della riforma operata dalla l. 27 maggio 1998 n. 165*, in A. PRESUTTI (a cura di), *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, CEDAM, 1999.

MANCUSO E. M., *Sovraffollamento carcerario e misure di urgenza: un intervento su più fronti per avviare un nuovo corso*, in C. CONTI – A. MARANDOLA – G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, CEDAM, Padova, 2014.

MANTOVANI F., *Il problema della criminalità*, CEDAM, Padova, 1984.

MANTOVANI F., *La «perenne crisi» e la «perenne vitalità» della pena. E la «crisi di solitudine» del diritto penale*, in DOLCINI E. – PALIERO C. E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, Vol. II, Teoria della pena- Teoria del reato*, Giuffrè, Milano, 2006.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Ed. VII, Cedam, Padova, 2011.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte Generale*, Ed. VIII, CEDAM, Padova, 2013.

MORRONE A., *Il trattamento penitenziario e le alternative alla detenzione*, CEDAM, Padova, 2003.

MOSCONI G., *Dentro il carcere, oltre la pena*, CEDAM, Padova, 1998.

NAPOLI G. M., *Il regime penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2012.

NIRO M. – SIGNORINI M., *Arresti domiciliari e detenzione domiciliare*, CEDAM, Padova, 2010.

PADOVANI T., *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Giuffrè, Milano, 1981.

PALAZZO F., *La nuova fisionomia dei riti alternativi premiali*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Giuffrè, Milano, 2007.

PAVARINI M. G., *Le ipotesi di detenzione domiciliare*, in F. FIORENTIN (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Giappichelli, 2012.

PAVARINI M., *Codice Commentato dell'Esecuzione Penale*, UTET, 2002.

PAVARINI M. – GUAZZALOCA B., *Corso di diritto penitenziario*, Martina, Bologna, 2004.

PENNISI A., *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, 2002.

PENNISI A., *Le misure alternative alla detenzione*, in P. M. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Monduzzi, 2013.

PERONI F. – SCALFATI A., *Codice dell'esecuzione penitenziaria*, Giuffrè, Milano, 2006.

PIERRO G., *La nuova disciplina della detenzione domiciliare nel quadro della trasformazione del sistema dell'esecuzione penale*, in A. A. DALIA (a cura di), *Sospensione della pena ed espiazione extra moenia*, Giuffrè, 1998.

PRESUTTI A. (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Cortina Raffaello, Milano, 1994.

PRESUTTI A. (a cura di), *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, CEDAM, Padova, 1999.

PRESUTTI A., *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario*, Giuffrè, 1986.

PULITANÒ D., *Diritto penale*, II Ed., Giappichelli, Torino 2007.

PULVIRENTI A., *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, UTET, 2008.

RONCO M., *Il problema della pena – Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Giappichelli, Torino 1996.

RUOTOLO M., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2002.

STELLA P., *Pena e politica criminale. Aspetti teorici e casi pratici*, Giuffrè, 2008.

VIGONI D., *La metamorfosi della pena nella dinamica dell'ordinamento*, Giuffrè, 2012.

RIVISTE E PERIODICI

APRILE E., *Commento agli artt. 17, 18, 19 d.l. 24 novembre 2000 n. 341, convertito con modificazioni in legge 19 gennaio 2001 n. 4*, in *Legisl. pen.*, 2001.

BARTOLI R., *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, in *Dir. pen. cont.*, 2016.

BARTOLI R., *L'affidamento in prova al servizio sociale tra istanze risocializzative e scopi di garanzia*, in *Dir. pen. proc.*, 2002.

BELLINO S., *Il difficile rapporto tra diritto alla salute e restrizione carceraria*, in *Dir. pen. proc.*, 2016.

BERNARDI A., *L'evoluzione in Europa delle alternative alla pena detentiva tra comparazione e impulsi sovranazionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, f. I, 2016.

BERTOLOTTO P., *Le competenze penitenziarie della procura antimafia introdotte dal d.l. n. 306/92: configurabilità di un potere di veto o di una mera collaborazione a fini probatori?*, in *Cass. pen.*, 1993.

BORSINI G., *Sanzioni disciplinari ed intervento del magistrato di sorveglianza*, in *Legalità e giustizia*, 1998.

BRICOLA F., *L'affidamento in prova "fiore all'occhiello" della riforma penitenziaria*, in *Questione Criminale*, Il Mulino, Bologna, 1976.

BRICOLA F., *Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977.

BRUNELLI D., *Diritto penale domiciliare e tenuità dell'offesa nella delega 2014*, in *Legisl. pen.*, 2014.

BRUNETTI C., *Le principali novità introdotte dalla legge 251/05 (cd. ex-Cirielli) in materia di esecuzione penale e di diritto penitenziario - Questioni interpretative*, in *Rass. penit. e criminol.*, 3, 2006.

BUTTARELLI G. – MARINARI M., *“braccialetto elettronico” e misure alternative*

alla detenzione, in Cass. pen., 1995.

CANEVELLI P., *Emanato il regolamento dell'ordinamento penitenziario, in Dir. pen. proc., 2000.*

CANEVELLI P., *Le novità della legge Simeone in tema di condanna a pena detentiva e misure alternative: b) l'analisi delle singole norme, in Dir. pen. proc., 1998.*

CANEVELLI P., *Prime riflessioni sulla legge Simeone, in Cass. pen., 1998.*

CARDILE E., *L'ex Cirielli e la pena: rischi di abnormità, in Diritto e Giustizia, 5, 2006.*

CASCINI F., *Il carcere. I numeri, i dati, le prospettive, in Quest. Giust., 2010.*

CESARIS L., *Prassi giudiziarie e sovraffollamento, in Rass. penit. e criminol., n. 1, 2013.*

COLELLA A., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU), in Dir. pen. contemporaneo, 2011.*

COMUCCI P., *La detenzione domiciliare sostitutiva del rinvio dell'esecuzione: il recupero dell'ineffettività della sanzione penale, in Foro ambr., 1999.*

CORTESI M. F., *I giudici europei dettano le linee guida contro il sovraffollamento carcerario, in Dir. pen. e proc., 2, 2014.*

CORVI P., *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2013.*

DEGL'INNOCENTI L. – FALDI F., *Le nuove disposizioni in materia di detenzione presso il domicilio*, in *Cass. pen.*, 2011.

DELLA BELLA A., *Convertito in legge il “decreto svuota carceri” 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2013.

DELLA BELLA A., *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2014, <http://www.penalecontemporaneo.it/d/3343-il-risarcimento-per-i-detenuti-vittime-di-sovraffollamento-prima-lettura-del-nuovo-rimedio-introdot>.

DELLA BELLA A., *La Cassazione interviene in materia di doppia sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva non superiore a diciotto mesi*, in www.penalecontemporaneo.it.

DELLA BELLA A., *La Corte Costituzionale stabilisce che l'Amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal magistrato di sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, in www.penalecontemporaneo.it.

DELLA BELLA A., *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it.

DELLA CASA F., *Approvata la legge c.d. svuota-carceri: un altro “pannicello caldo” per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario?*, in *Dir. pen. proc.*, f. 1, 2011.

DELLA CASA F., *Commento all'art. 1 della legge 27 maggio 1998, n. 165*, in *Legisl. pen.*, 1998.

DELLA CASA F., *Esecuzione e peculiarità della disciplina penitenziaria*, in *Procedura penale minorile*, a cura di M. Bargis, Giappichelli, Torino, 2016.

DELLA CASA F., *Il problematico impiego della sospensione dell'esecuzione in chiave "anti-overcrowding". La parola alla Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013.

DELLA CASA F., *Misure alternative alla detenzione*, in *Enciclopedia del Diritto Annali*, Vol. III, Giuffrè, Milano, 2010.

DELLA CASA F., *Quarant'anni dopo la riforma del 1975 (ovvero: il continuo divenire della "questione penitenziaria")*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, f. 3, 2015.

DELLA CASA F., *Successione di leggi penitenziarie: modifiche «peggiorative» e limiti inerenti allo ius superveniens*, in *Cass. pen.*, 1992.

DELLA CASA F., *Un importante passo verso la tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, in *Dir. pen. proc.*, 1999.

DELLA TORRE J., *Per la Suprema Corte l'indisponibilità del "braccialetto elettronico" comporta l'applicazione degli arresti domiciliari "semplici": una discutibile lettura dell'art. 275 bis c.p.p.*, in *Proc. pen. e giust.*, n. 5, 2016.

DEL NIEVO A., *Considerazione critiche sulla riforma delle misure alternative alla detenzione*, in *Doc. giustizia*, n. 7, 1998.

DOLCINI E., *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015.

DOLCINI E., *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007.

DOLCINI E., *La «rieducazione» tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1979.

DOLCINI E., *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, f. 3, 1999.

DOVA M., *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013.

EUSEBI L., *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002.

EUSEBI L., *Tra crisi dell'esecuzione penale e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993.

FIANDACA G., *Pena «patteggiata» e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro italiano*, 1990, I.

FILIPPI L., *La Corte costituzionale valorizza il ruolo paterno della detenzione domiciliare*, in *Giur. cost.*, 2003.

FILIPPI L., *La novella penitenziaria del 2002: la proposta dell'Unione delle Camere Penali e una controriforma che urta con la costituzione e con la Convenzione Europea*, in *Cass. pen.*, 1, 2003.

FIorentin F., *Appunti in tema di riforma della disciplina degli artt. 4-bis e 41-bis della l. 26 luglio 1975, n. 354*, in *Giust. pen.*, III, 2003.

FIorentin F., *Appunti sulla disciplina della liberazione anticipata*, in *Giust. pen.*, II, 2003.

FIorentin F., *Benefici ammessi per i recidivi: la Consulta limita i divieti introdotti dalla "ex-Cirielli"*, in *Guida dir.*, 2007.

FIorentin F., *Cosa resta della certezza della pena? La certezza della pena nella fase dell'esecuzione penale*, in *Cass. pen.*, III, 2008.

FIorentin F., *Legge "ex-Cirielli" e ordinamento penitenziario riformato al vaglio di costituzionalità: la Consulta riafferma il valore della funzione rieducativa della pena*, in *Cass. pen.*, 2007.

FIorentin F., *Legge "svuota carceri" alla prova dei fatti, ma la vera sfida è la riforma delle misure alternative*, in *Guida dir.* 2011, n. 1.

FIorentin F., *Riparazione e mediazione dopo il giudizio nel quadro dell'esecuzione penitenziaria e delle misure alternative alla detenzione*, in *Legisl. pen.*, 2004.

FIorentin F., *Scarcerazioni filtrate da un regime di preclusioni*, in *Guida al diritto*, n. 1, 2011.

FIorentin F., *Tutela effettiva per i delitti delle persone detenute: l'ennesimo rintocco della campana, l'assordante silenzio del legislatore, l'ultimatum della Corte Edu*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013.

FIORIO C., *Detenzione domiciliare obbligatoria e sovraffollamento carcerario*, in *Giur. merito*, 5, 2011.

FIORIO C., *Diritto penitenziario e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Proc. pen. e giust.*, 2014.

FIORIO C., *Le disposizioni esecutive e penitenziarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2006.

FIORIO C., *Strasburgo chiama. Roma non risponde*, in *Dir. pen. proc.*, 2013.

FLORA G., *Misure alternative alla pena detentiva*, in *Novissimo Digesto, Appendice V*, Utet, Torino, 1984.

GARGANI A., *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, in *Cass. pen.*, 2011.

GARGANI A., *Trattamento disumano e rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena: verso una sentenza additiva?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013.

GASPARI M. G., *Un pacchetto di innovazioni attese da tempo che deve fare i conti con la scarsità dei mezzi*, in *Guida dir.* 2014, n. 4.

GIANFROTTA F., *Il braccialetto elettronico questo sconosciuto*, in *Rass, penit. e criminol.*, 2013 (2).

GIARDA A., *La legge "svuota-carceri": un intervento di buona volontà per un'emergenza drammatica*, in *Corr. merito*, 2011.

GIORDANO P., *Sulla gestione del controllo a distanza le prime incognite tecnico normative*, in *Guida dir.*, 2001, f. 3.

GIOSTRA G., *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013.

GRASSIA R. G., *Il braccialetto elettronico: uno strumento inespresso. Quando la tecnologia è al servizio dell'uomo, ma la copertura finanziaria non è al servizio della tecnologia*, in *Arch. pen.*, n. 3, 2015.

GUAZZALOCA B., *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, f. 3, 1992.

ILLUMINATI G., *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015.

LA GRECA G., *La disciplina penitenziaria tra funzione rieducativa della pena e irretroattività della legge penale*, in *Giur. cost.*, 2006.

LA GRECA G., *Modifiche alla disciplina penitenziaria*, in *Dir. proc. pen.* 2001.

LA MUSCATELLA D., *Il braccialetto elettronico non è una misura cautelare autonoma, ma solo una diversa forma di esecuzione degli arresti domiciliari*, in *Dir. e giust.*, 2015.

LEONARDI F., *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale ed abbattimento della recidiva*, in *Rass. pen. criminol.*, II, 7, 2007.

MACCORA V., *Ordinamento penitenziario e legge Simeone: buone intenzioni e*

strumenti discutibili, in *Questione Giustizia*, II, 1998.

MAIORANO N., *La riduzione di pena: valutazione dei singoli semestri di pena espiata o valutazione globale?*, in *Cass. pen.*, II, 10, 1991.

MANNOZZI G., *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia*, in *Dir. pen. proc.*, 2012

MANTOVANI F., *Pene e misure alternative*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977.

MARCHESELLI A., *Permessi premio con il contagocce ai recidivi*, in *Guida dir.*, 1, 2006.

MARGARA A., *Carcere e libertà. Dalla negazione alla riaffermazione della libertà attraverso le misure alternative*, in *Quale giust.*, 2004.

MARINO G., *Detenzione domiciliare speciale: l'esclusione automatica per le detenute madri è incostituzionale* (nota a Corte Cost., 12 aprile 2017, n. 76), in *Diritto e giustizia*, f. 67, 2017.

MARINUCCI G., *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 2000.

MARTINI A., *Commento agli artt. 7, 8 e 9 legge 5 dicembre 2005, n. 251*, in *Legisl. pen.*, 2006.

MAZZAMUTO N., *Carceri e sistema penitenziario. Commento all'art. 1 della legge 27 maggio 1998, n. 165*, in *Gazz. giur.*, 1998 (25).

MELANI G., *Le misure con finalità deflattiva e il loro impianto*, in *Rass. penit. criminol.*, 2014.

MINNELLA C., *Il prezioso contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, in *Rass. penit. e criminol.*, 2004.

NATALE A., *Carceri: capienza (in)tollerabile, cultura della giurisdizione e valore della prassi*, in *Quest. Giust.*, 2010.

NEPPI MODONA M., *Il sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 1995.

NIRO M., *Le misure alternative tra deflazione carceraria e revisione del sistema sanzionatorio penale*, in *Rass. penit. e criminol.*, I, 2008.

ORLANDI R., *Il sovraffollamento delle carceri al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Quaderni cost.*, 2013.

PADOVANI T., *Decreto-legge non convertito e norme penali di favore, in bilico tra opposte esigenze costituzionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985.

PASSIONE M., *I doveri dell'amministrazione penitenziaria nei confronti dei detenuti e il risarcimento del danno in caso di inadempienza*, in *Antigone*, n. 2-3, 2011.

PAVARINI M., *L'esecuzione della pena*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, III, Torino, Utet, 1996.

PAVARINI M., *L'inferno esiste, anche se all'inferno non c'è nessuno*, in *Questione giustizia*, 4, 1986.

PAVARINI M., *Misure alternative alla detenzione dal 1986 ad oggi. Risultati ed incongruenze del sistema sanzionatorio nell'attuale contesto normativo*, in *Rass. penit. e criminol.*, I-II, 2003.

PELISSERO M., *La detenzione domiciliare: i vantaggi in chiave deflattiva e il problema dell'offerta trattamentale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, f. 2, 2016.

PETROCELLI B., *Retribuzione e difesa nel progetto di codice penale del 1949*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950.

POTETTI D., *Arresti domiciliari e mancanza dei mezzi elettronici per il controllo a distanza*, in *Cass. pen.*, 2015.

POTETTI D., *Questioni in tema di arresti domiciliari con il "braccialetto elettronico"*, in *Cass. pen.*, f. 1, 2016.

PRESUTTI A., *La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993.

PULVIRENTI A., *Le modifiche dell'ordinamento penitenziario alla ricerca di nuovi spazi di libertà (art. 2 d.l. n. 78 del 2013, convertito con modificazioni, in legge n. 94 del 2013)*, in *Legisl. pen.*, 2013.

RENOLDI C., *Note sulla flessibilità della pena e sui limiti alla discrezionalità legislativa in materia di benefici penitenziari*, in *Giur. cost.*, 2010.

RENOLDI C., *Poteri del giudice di sorveglianza e doveri dell'amministrazione penitenziaria*, in *Antigone*, n. 2-3, 2011.

RUOTOLO M., *Quale tutela per il diritto ad un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in *Giur. cost.*, 2013.

SALVI G., *Ridurre la popolazione carceraria è un dovere giuridico*, in *Quest. giust.*, n. 5, 2009.

SAMMARCO A., *La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994.

SCOMPARIN L., *Commento all'art. 1 legge 26 novembre 2010 n. 199. Commento articolo per articolo*, in *Legisl. pen.*, 2011 (2).

SCOMPARIN L., *Estesa l'applicabilità della detenzione domiciliare infra-annuale (commento all'art. 3 d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, convertito con modificazioni in legge 17 febbraio 2012, n. 9)*, in *Legisl. pen.*, 2012.

SCOMPARIN L., *Note critiche sul progetto di istituzione di un corpo di giustizia dello Stato*, in *Cass. pen.*, f. 12, 2016.

SECHI P., *Contrasto al sovraffollamento carcerario e misure alternative alla detenzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, f. 1, 2015.

SPANGHER G., *Urge una riforma organica del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2015.

TAMBURINO G., *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013.

TARANTINO L., *Le frontiere dell'esecuzione penale tra inedite esperienze rieducative e limiti di sistema*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005.

TRAVAGLIA CICIRELLO T., *Il rinvio dell'esecuzione della pena detentiva: scelta obbligata nell'attuale condizione del sistema penitenziario?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, f. 2, 2014.

TURCHETTI S., *Legge "svuotacarceri" e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010.

TURRINI VITA R., *Riflessioni sul futuro dell'esecuzione penale*, in *Rass. pen. e criminol.*, II-III, 2005.

VASSALLI G., *Funzioni ed insufficienze della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 1961.

VENTUROLI M., *Verso il riconoscimento di nuove pene principali non carcerarie: la pena domiciliare tra deflazione penitenziaria e umanizzazione del sistema penale*, in *Cass. pen.*, 2015.

RINGRAZIAMENTI

Ringrazio la Professoressa Paola Balducci e l'Avvocato Armando Macrillò per la passione trasmessami in questa materia, per il sostegno e per la disponibilità nella stesura della presente trattazione.

Ringrazio mia madre, la donna più forte che conosca, la mia guida, il mio punto di riferimento. La ringrazio per aver stretto la mia mano con maggiore forza nei momenti difficili, per il suo amore incommensurabile e per le sue risate fragorose che riempiono l'aria. Sebbene sia molto ambizioso volere un domani assomigliarle, io mi impegnerò moltissimo.

Ringrazio mio padre, la persona che ha reso questo sogno possibile, per la sua incrollabile fiducia nei miei confronti e per aver sempre tenuto una mano sulla mia spalla. Lo ringrazio per avermi trasmesso la sua caparbietà e il suo senso del dovere e del sacrificio.

Un pensiero speciale lo rivolgo a mia sorella Giorgia, per essere stata in tutti questi anni il mio rifugio e il mio porto sicuro. Oltre al sangue, condividiamo la vita con tutti

gli alti e bassi che essa ci riserva. La ringrazio per essere sempre una confidente sincera, per l'amore immenso che mi dimostra e che non sempre credo di meritarmi. Fin da quando eravamo bambine avrei voluto essere intelligente come lei, spero che oggi lei possa dirsi fiera di me.

Ringrazio affettuosamente gli amici storici, quelli sempre presenti. Il mio pensiero è rivolto a Fabiola, Francesca, Francesca e Federico che da ormai diversi anni rendono la mia vita migliore.

Un pensiero speciale vorrei rivolgerlo ai miei compagni di corso che hanno reso questo percorso di studi un viaggio entusiasmante e indimenticabile. Se è vero che gli amici sono la famiglia che si sceglie, io sono davvero orgogliosa della mia scelta. Ringrazio Alfredo, Giulio, Matteo, Nicolò, Paolo, Riccardo e Riccardo per essere stati la migliore compagnia che avessi mai potuto avere e per il supporto che mi hanno sempre offerto, ognuno a modo proprio.

Ringrazio, inoltre, Giuliana e Matteo per avermi sopportata e supportata senza mai farmene sentire il peso; per essermi stati vicino sia durante il percorso universitario che, nel più complesso, percorso di crescita personale; per essere entrati nel mio cuore con la discrezione che li caratterizza, dove vi rimarranno per sempre; per avermi insegnato che combattere qualsiasi battaglia con la giusta compagnia non solo è meno faticoso ma diventa anche piacevole.

Rivolgo il mio pensiero alle mie colleghe di profilo nonché carissime amiche Emanuela, Giulia e Lucrezia per aver condiviso con me le "pene" del diritto penale e per essere state sempre delle spalle fantastiche con cui condividere non solo lo studio ma anche tutto il resto.

Ringrazio, infine, Giovanni, compagno di studi scrupoloso, amico leale e fidanzato eccellente, per aver condiviso con me questi anni universitari e averli riempiti di emozioni ogni giorno; per avermi supportato in tutte le scelte; per aver creduto in me fin dal primo momento; per rendermi felice con il suo sorriso coinvolgente. Nonostante

non ami fare delle previsioni, mi auguro con tutto il cuore che continuerà a camminare al mio fianco per ancora molto e molto tempo.