



Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Penale

**PROSPETTIVE DI RIFORMA
DEL SISTEMA SANZIONATORIO PENALE**

RELATORE

Chiar.mo Prof.

Maurizio Bellacosa

CANDIDATO

Sebastiano Liistro

Matr. 130943

CORRELATORE

Chiar.ma Prof.ssa

Francesca Minerva

ANNO ACCADEMICO 2018/2019

*“Se tu penserai e giudicherai
da buon borghese
li condannerai a cinquemila anni
più le spese
ma se capirai se li cercherai
fino in fondo
se non sono gigli son pur sempre figli
vittime di questo mondo”*

Fabrizio De Andrè – *Città Vecchia*, 1965.

**PROSPETTIVE DI RIFORMA DEL SISTEMA SANZIONATORIO
PENALE
INDICE**

INTRODUZIONE.....I

CAPITOLO I

RIEDUCAZIONE DEL DETENUTO E SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO:
INDICI DI UNA CRISI DEL SISTEMA SANZIONATORIO PENALE

1. Inquadramento generale.....1
 1.1 La storia della sanzione.....2
 1.2 Le teorie della pena.....19
 1.3 L'art 27 comma 3 della Costituzione e la funzione rieducativa della
 pena.....24
2. La visione carcere-centrica: la pena come neutralizzazione.....30
 2.1 Il trattamento penitenziario.....37
 2.2 Ostatività alle misure alternative alla detenzione e sovraffollamento
 carcerario.....48
 2.2.1 L'ergastolo ostativo e il *Right to hope*.....55
 2.3 La sentenza *Torreggiani*: gli effetti immediati e la situazione
 attuale.....58

CAPITOLO II

IL CARCERE COME EXTREMA RATIO: LA RIFORMA ORLANDO

1. Una prospettiva di riforma del sistema sanzionatorio.....65
2. Gli Stati Generali dell'Esecuzione Penale.....68
 2.1 Le principali proposte degli Stati Generali dell'Esecuzione
 Penale.....72

2.1.1	Le misure di sicurezza detentive solo quale estremo rimedio alla pericolosità sociale.....	72
2.1.2	Il coinvolgimento della società civile per la piena realizzazione della finalità rieducativa della pena attraverso le misure penali di comunità.....	83
2.1.3	La giustizia riparativa quale momento imprescindibile del percorso di recupero sociale del condannato.....	93
2.1.4	Le presunzioni legislative assolute quali ostacoli da superare per la piena realizzazione della finalità rieducativa della pena.....	104
2.1.4.1	Il permesso di affettività quale elemento chiave per la riabilitazione sociale del detenuto.....	118
2.2	Il documento conclusivo degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale elaborato dal Comitato di esperti.....	122
3.	Considerazioni finali.....	146

CAPITOLO III

LA CECITÀ DELL'ATTUALE SISTEMA DI RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI EX D.LGS. N. 231/2001

1.	Inquadramento generale.....	150
1.1	Il superamento del brocardo " <i>societas delinquere non potest</i>	152
1.2	La questione relativa alla natura giuridica del d.lgs. n. 231/2001.....	157
1.3	Il modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio reato.....	163
2.	La struttura del sistema sanzionatorio e i reati-presupposto.....	170
2.1	La sanzione pecuniaria.....	173
2.2	Le sanzioni interdittive.....	179
2.3	La confisca e la pubblicazione della sentenza di condanna.....	187

CAPITOLO IV

RIPENSARE IL SISTEMA SANZIONATORIO DI CUI AL D.LGS. N. 231/2001

1. I limiti del modello italiano di responsabilità amministrativa degli enti.....	191
2. L'esperienza comparatistica degli ordinamenti stranieri come esempio per una riforma del sistema <i>ex d.lgs. n. 231/2001</i> : breve inquadramento dell'articolato normativo inglese e americano in tema di <i>corporate liability</i>	194
2.1 L'inadeguatezza dell'approccio <i>carrot-stick</i> nel contesto economico-imprenditoriale italiano.....	199
2.1.1 La proposta della Commissione Greco e il Progetto AREL.....	202
2.2 La logica del "senno di poi".....	209
3. Rimodernare la disciplina in tema di collaborazione dell'ente.....	212
3.1 La necessità di procedimentalizzare le <i>internal investigations</i> e il <i>self-reporting</i>	214
3.2 Introdurre i <i>Settlement Agreements</i> : il <i>deferred prosecution agreement</i> e il <i>non-prosecution agreement</i>	219
CONCLUSIONI.....	227

BIBLIOGRAFIA

GIURISPRUDENZA

RIFERIMENTI NORMATIVI

INTRODUZIONE

Il sistema sanzionatorio penale italiano, nonostante sia uno dei più affascinanti e completi d'Europa, presenta una serie di problematiche, tanto a livello sistemico, quanto in relazione a specifici istituti, le quali investono sia la responsabilità individuale, sia collettiva.

In ragione dell'attualità e della estrema rilevanza di tali questioni, nonché dell'esigenza di un pronto intervento del legislatore sul punto, si è ritenuto opportuno offrirne una completa ricognizione, in uno con una riflessione su quelle che potrebbero essere le soluzioni più idonee in una prospettiva *de iure condendo*.

La prima criticità è rappresentata dal fenomeno del sovraffollamento carcerario, che ha oramai raggiunto un tasso pari al 119,68%.

Il monito della sentenza *Torreggiani* sembra essere stato dimenticato: al 31 maggio 2019, per una capienza totale degli istituti penitenziari italiani di 50.528 posti, i detenuti ristretti sono ben 60.476.

L'attuale visione carcerocentrica, purtroppo, non fa altro che peggiorare la già grave situazione.

Analizzando più da vicino il fenomeno della sovrappopolazione penitenziaria, non ci si può esimere dal riportare alcune considerazioni.

Innanzitutto, la qualità della vita in carcere risulta scadente, con i soggetti obbligati a condividere camere di pernottamento e servizi igienici – in origine progettati per un gruppo limitato di utenti (due o tre al massimo) – con un numero di detenuti che a volte supera il doppio di quello consentito.

Inoltre, le precarie condizioni di salute che ne derivano, a volte, si traducono in orribili conseguenze, e un dato emerge in maniera allarmante: nel 2018, il 38% delle (inaccettabili) morti in carcere sono state suicidi.

A fronte di un simile scenario, «lo Stato dovrebbe garantire i diritti fondamentali del detenuto, primo fra tutti il diritto all'incolumità. Infrange quest'onere lo Stato che non solo permetta che si muoia in carcere, ma che si muoia “di carcere”».

In questo contesto, dalla prospettiva del penalista non può non evidenziarsi come il principio di rieducazione della sanzione di cui all'articolo 27 comma 3 Cost. incontri diversi ostacoli, dai quali sorgono molteplici interrogativi.

È veramente rieducativo un ordinamento ove è permesso morire “di carcere”?

È veramente rieducativo un regime penitenziario speciale in cui si limitino anche le più banali delle libertà?

È veramente rieducativo scontare una pena, soprattutto se breve e non di particolare allarme sociale, in un luogo (l'istituto penitenziario) che rischia di diventare una scuola di criminalità?

Si sta lentamente giungendo a un punto di non ritorno, in cui il carcere riveste un mero compito di neutralizzazione, e che si presta a diventare culla della recidività nonché nemico della risocializzazione.

Altrettante complicazioni si riscontrano nel sistema di responsabilità degli enti di cui al d.lgs. n. 231/2001.

Il *carrot-stick approach* di matrice statunitense prescelto dal legislatore, infatti, pare inadatto alla realtà societaria italiana, costituita al 99,5% da piccole e medie imprese.

In linea teorica, la persona giuridica che coopera con le autorità competenti riceve dei “premi” (la “carota”) ed evita pesanti sanzioni (il “bastone”).

Si è però osservato che nelle PMI la sovrapposizione tra proprietà e controllo impedisce un'effettiva dissociazione dal comportamento criminoso, rendendo impraticabile il suddetto approccio tipico degli Stati Uniti.

Inoltre, i limitati benefici derivanti dalla collaborazione, superficialmente ricondotti agli articoli 12 e 17 del decreto, difficilmente spingono gli amministratori di una *societas* a far emergere spontaneamente gli eventuali illeciti verificatisi, tanto più se, nella quasi totalità dei casi, i giudici seguono la opinabile logica del “senno di poi”, attraverso la quale la società va irrimediabilmente incontro a gravi conseguenze sanzionatorie.

Pertanto, si auspica un rimodernamento del paradigma *ex* 231/2001, prendendo ad esempio la legislazione britannica e quella nordamericana: la

procedimentalizzazione dell'attività collaborativa dell'ente, insieme con la previsione di adeguati strumenti di *diversion* processuale, sembrano rappresentare la corretta soluzione alle criticità del sistema di responsabilità della persona giuridica.

Nella stesura dell'elaborato ci si è dunque soffermati su due distinti aspetti che lasciano perplessi: da un lato, si è primariamente posto l'accento sulla grave situazione concernente il sovraffollamento carcerario e la crisi della funzione rieducativa della pena, promuovendo – nel corso del secondo Capitolo – l'iniziativa degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale in merito a una riforma del sistema penitenziario, la quale avrebbe dovuto provvedere a innalzare la qualità della risposta sanzionatoria, favorendo istituti alternativi di esecuzione penale, le c.d. “misure penali di comunità”, incentrate sulla prospettiva riabilitativa del reo, e garantendo al contempo l'applicazione solamente come *extrema ratio* della pena carceraria.

Dall'altro, si è analizzata la normativa in tema di responsabilità amministrativa degli enti di cui al d.lgs. n. 231/2001, evidenziando anche qui, in prima battuta, le caratteristiche principali e i sottesi problemi del relativo sistema sanzionatorio, riportando in seguito, nel corso del quarto e ultimo Capitolo, le migliori prospettive di modifica attente alla realtà economico-imprenditoriale italiana che il decreto in commento non pare aver tenuto in valida considerazione.

L'intero lavoro, in sostanza, può essere idealmente suddiviso in due macro-aree: nella prima, costituita dai due Capitoli iniziali, ci si è preoccupati delle criticità riguardanti il sistema penitenziario riservato alle persone fisiche; mentre nel secondo raggruppamento, formato dagli ultimi due capitoli, ci si è interessati ai problemi inerenti al paradigma sanzionatorio proprio delle persone giuridiche.

Nel primo Capitolo si è dapprima brevemente illustrata la storia della sanzione penale, mettendo in risalto l'evoluzione del ruolo di quest'ultima nel corso del tempo. Si è quindi sottolineato come nel Medioevo la punizione fosse atrocemente e inscindibilmente legata alla pena di morte e il carcere svolgesse un ruolo prettamente custodiale e anticipatorio del patibolo.

Tale impostazione è stata in seguito aspramente criticata e respinta con forza dai primi Illuministi, tra cui spiccava l'illustre letterato milanese Cesare Beccaria, autore del noto *pamphlet* "Dei delitti e delle pene", primo vero simbolo di un pensiero filosofico-giuridico tutt'oggi ancora attuale.

La repulsione che il Beccaria provava nei confronti della pena capitale, resa palese all'interno della propria Opera, a distanza di anni si è tradotta nella previsione di cui all'articolo 27 comma 4 della nostra Costituzione, che recita: «non è ammessa la pena di morte».

In seguito, sono state trattate le diverse teorie della pena, riassunte nella tripartizione tra la concezione retributiva (per cui la punizione deve essere inflitta *quia peccatum est*), quella general-preventiva (secondo cui la minaccia e la conseguente applicazione di una pena sono in grado di distogliere gli altri consociati dal commettere ulteriori delitti) e quella special-preventiva (per la quale l'obiettivo principale della sanzione penale è quello di impedire che il colpevole commetta nuovi crimini); dedicando le battute finali alla teoria della pluridimensionalità, a mente della quale l'idea retributiva e intimidatoria della pena si combina con i propositi preventivi e rieducativi, per conciliare le varie e complesse esigenze di lotta alla criminalità.

Si è passati poi a un approfondimento – per il quale si è fatto ampiamente riferimento al pregevole lavoro svolto dal Dolcini sul punto – sulla funzione di rieducazione della pena prevista dall'articolo 27 comma 3 della Carta Costituzionale italiana.

È stato inoltre messo in luce il percorso legislativo-giurisprudenziale che ha consentito di superare il principio retributivo in favore del più moderno ideale rieducativo, nel cui contesto è stata promulgata la legge sull'ordinamento penitenziario n. 354 del 1975.

Strettamente connesso con il ruolo risocializzante – nonché parte dello stesso articolo 27 comma 3 Cost. – è il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, elemento chiave della pronuncia della Corte EDU sul caso *Torreggiani*,

Dopo aver brevemente introdotto l'attuale ordinamento penitenziario, infatti, si è inizialmente cercato di individuare le cause della sovrappopolazione carceraria, localizzandole in via principale nella legge 5 dicembre 2005 n. 251,

nota come “*ex Cirielli*”; in seguito, si è dedicato parte dell’elaborato all’ergastolo c.d. “ostativo”, tracciandone la storia e le caratteristiche principali, ricordando come il *Right to hope*, il diritto alla speranza di matrice europea, rifiuti ogni situazione in cui la pena detentiva sia perpetua e irriducibile, incoraggiando invece meccanismi che consentano, *de jure* e *de facto*, il ritorno in libertà del reo.

Il primo Capitolo si è concluso con l’analisi della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo dell’8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*.

In tale occasione, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto la violazione, da parte del nostro Paese, dell’articolo 3 CEDU riguardante il divieto di trattamenti inumani o degradanti e, di conseguenza, ha obbligato l’Italia a introdurre rimedi in grado di offrire un ristoro adeguato e sufficiente per le vittime di sovraffollamento.

Successivamente alle osservazioni sui rimedi preventivi e compensativi di cui agli articoli 69 comma 6 lett. b), 35-*bis* e 35-*ter* ord. penit., si è rivolto lo sguardo alle statistiche sul tasso di densità carceraria, prendendo in esame il periodo immediatamente precedente alla pronuncia della Corte Europea e confrontandolo con i dati più attuali.

Ebbene, è emerso che dalla percentuale di sovrappopolazione pari al 141,4% nel novembre 2012, l’intervento della sentenza *Torreggiani* ha determinato un calo in termini statistici, portando il tasso di sovraffollamento al 107,9% nel gennaio 2015; ma di recente si è registrato un nuovo cambio di rotta.

In conclusione, infatti, si è considerato come l’odierna (e totalmente errata) equazione socio-politica “più carcere, più sicurezza”, assolutamente contraria al principio di *extrema ratio*, abbia innegabilmente contribuito al nuovo innalzamento dei livelli di sovrappopolazione carceraria, che nel maggio 2019 hanno raggiunto quota 119,68%.

Nel Capitolo II si sono analizzate le proposte degli Stati Generali dell’Esecuzione Penale per un profondo intervento sul sistema penitenziario, le quali – accolte con entusiasmo da buona parte della dottrina –, a seguito dell’avvicendamento di nuove forze politiche non sono state riportate nella legge n. 103/2017, ovverosia la c.d. “Riforma Orlando”, ove in origine miravano a essere introdotte.

In particolare, è stato posto l'accento sullo studio di quattro Commissioni di Lavoro degli Stati Generali: il Tavolo XI, che si è occupato di una riforma delle misure di sicurezza; il Tavolo XII, che si è rivolto alla progettazione delle c.d. "misure penali di comunità"; il Tavolo XIII, riservato alla giustizia riparativa e infine il Tavolo XVI, il quale ha abbracciato il tema del trattamento rieducativo.

Una breve parentesi, inoltre, è stata dedicata al Tavolo VI, il quale si è soffermato sull'opportunità di introdurre il dibattito "permesso di affettività" – come si vedrà, già utilizzato in Francia – all'interno dell'ordinamento penitenziario.

Per quanto tutte di notevole importanza, la Commissione XII suscita maggiore interesse, poiché si è concentrata su di una forma di esecuzione penale – la sanzione di comunità, appunto – la cui applicazione avrebbe dovuto prescindere dal ricorso a una struttura penitenziaria.

Il filo conduttore del Tavolo in commento è stato il voler riportare la pena carceraria al suo originario ruolo di *extrema ratio*, restituendo alla sanzione penale una funzione riabilitativa e risocializzante: per fare ciò, è stato ritenuto necessario proporre uno sviluppo degli interventi sociali e, in generale, del contributo della società civile – specie sul versante del volontariato – per il completamento dell'opera di rieducazione del condannato, da svolgere appunto al di fuori delle mura penitenziarie.

Il Tavolo XII ha proposto anche una ricostruzione del sistema delle misure alternative alla detenzione, basandole sul principio della "progressività trattamentale", offrendo quindi un graduale ampliamento degli spazi di libertà del reo – suggerendo un maggior uso della sorveglianza elettronica – e proponendo al contempo di abrogare ogni meccanismo preclusivo.

Si è passati poi alla seconda macro-area del lavoro, dedicata alle criticità inerenti al sistema di responsabilità amministrativa degli enti *ex* d.lgs. n. 231/2001.

Nel Capitolo III sono stati analizzati i tratti principali del decreto.

Si è inizialmente intrapreso uno studio sull'origine del brocardo "*societas delinquere non potest*", mettendo in risalto come tale formula sia in realtà relativamente recente, essendo stata concepita intorno al XIX secolo, prima della

quale prevaleva invece l'opposta espressione "*delinquere ut universi*", che consentiva, già nel Medioevo, di punire una collettività sia per il tramite di sanzioni pecuniarie, sia attraverso la soppressione di alcuni eventuali privilegi.

Superata la concezione che negava la punibilità delle persone giuridiche, già nel 1980 si è da più parti evidenziata l'esigenza di prevedere una razionalizzazione della normativa sulla responsabilità degli enti, la quale è pervenuta con l'introduzione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Si è allora affrontata la questione riguardante la natura del decreto, anche questa – come visto per la problematica relativa al ruolo della sanzione – segnata da tre differenti teorie: una che ha sostenuto la natura amministrativa; l'altra, prevalente in dottrina, che si è espressa in favore della natura penale; l'ultima, accolta dalla giurisprudenza più recente (si pensi alla nota sentenza *ThyssenKrupp*), che invece ha ritenuto che il decreto configuri un *tertium genus*, una sorta di ibrido tra le due precedenti concezioni.

La restante parte del Capitolo è stata dedicata a un approfondimento sulle caratteristiche principali del d.lgs. n. 231/2001, in particolare sulle peculiarità del modello di organizzazione e sull'intera struttura del sistema sanzionatorio, sottolineando alcuni degli aspetti più problematici delle sanzioni pecuniarie e interdittive applicabili agli enti.

Il Capitolo IV, l'ultimo, è dedicato all'esame di alcune rilevanti proposte di modifica del decreto.

In particolare, dopo una breve presentazione dei sistemi anglo-americani di *compliance programs* – i quali sono costantemente individuati quali punti di riferimento per una riforma strutturale del sistema ex d.lgs. n. 231/2001 –, si è riflettuto sulla realtà economico-imprenditoriale del nostro Paese, concludendo che l'approccio *carrot-stick* adottato dal legislatore mal si concilia, per le diverse ragioni evidenziate, con il micro-cosmo societario italiano, che, come detto, è dominato dalle piccole e medie imprese.

Si è dunque proceduto ad analizzare la proposta della Commissione Greco e il Progetto AREL, per poi soffermarsi su una seconda e grave criticità del decreto, ovvero la prassi giudiziaria del "senno di poi", affermatasi nella nota sentenza *Impregilo*, per la cui logica i giudici sono sempre indirizzati a non

riconoscere l'adeguatezza del modello (elemento che garantirebbe l'impunità) in seguito alla commissione di un reato, compiendo una valutazione solamente *ex post*, invece di un più corretto giudizio *ex ante*.

Le soluzioni alle predette complicazioni sono state individuate nei meccanismi – tipici degli ordinamenti di *common law* – delle *internal investigations*, del *self-reporting* e dei *settlement agreements* (nello specifico, per quest'ultimo caso, dei *deferred prosecution agreements* e dei *non-prosecution agreements*).

Approfondendo la legislazione inglese e statunitense di tali istituti e ipotizzando le possibili modalità applicative nel sistema italiano di responsabilità degli enti (e ciò non senza difficoltà, individuate soprattutto nel principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'articolo 112 Cost.), si è giunti alla conclusione che solo un effettivo rimodernamento della disciplina in tema di collaborazione dell'ente con le autorità competenti sia in grado di risolvere le lacune che presenta il d.lgs. n. 231/2001.

Al termine del lavoro sarà dunque possibile verificare se, sulla base delle prospettive offerte, sia opportuno – ma pare, in verità, doveroso – procedere a una massiccia riforma dell'intero sistema sanzionatorio penale.

CAPITOLO I

RIEDUCAZIONE DEL DETENUTO E SOVRAFFOLLAMENTO CARCERARIO:

INDICI DI UNA CRISI DEL SISTEMA SANZIONATORIO PENALE

1. Inquadramento generale

Il sistema sanzionatorio penale è forse l'elemento chiave per determinare le caratteristiche tipiche di una comunità sociale. Il diritto penale è influenzato spesso dalla morale e dalla cultura tipiche della Nazione in cui esso è disciplinato. In Italia, il diritto penale ha una sua autonomia che esclude una natura accessoria rispetto a precetti fissati da altri rami dell'ordinamento o dalla morale stessa; tale autonomia è confermata, prima di tutto, dal principio di frammentarietà¹; in secondo luogo, dall'utilizzo nell'ordinamento penale di nozioni del tutto indipendenti rispetto a quelle di altri ambiti dell'ordinamento².

Il nostro sistema penale ha subito mutamenti drastici nel corso della sua vita, sia nella forma, sia nella sostanza, i quali hanno infine portato a una attenzione primaria alla funzione rieducativa della pena, che, tuttavia, nella storia politica attuale sembra passata in secondo piano.

La recentissima legge 23 giugno 2017 n. 103, recante «Modifiche al codice penale, codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario», comunemente nota come Riforma Orlando, infatti, conteneva delle deleghe dirette, soprattutto, a rimodernare il sistema penale per adeguarlo alla finalità rieducativa e in particolare alla individualizzazione del trattamento penitenziario, secondo la linea indicata in Costituzione, per il tramite, tra le altre, della revisione delle modalità di accesso alle misure alternative e ai benefici penitenziari; della previsione di strumenti di giustizia riparativa e del c.d. permesso di affettività.

¹ Per il principio di frammentarietà, l'intervento penale è, appunto, frammentario, perché il reato concerne alcune specifiche forme di aggressione al bene tutelato (ad esempio, non esiste un reato generico di lesione al patrimonio, bensì più specifiche forme quali il furto, la rapina, la frode, etc.). Il suddetto principio opera a tre livelli: 1) il diritto penale tutela il bene giuridico rispetto a specifiche forme di aggressione; 2) la sfera del penalmente rilevante è più ristretta rispetto a quella dell'antigiuridicità (ad esempio, è antigiuridica una violazione contrattuale che lede il patrimonio, ma non è un reato); 3) l'area di rilevanza penale non coincide con il "moralmente riprovevole" a conferma della differenza tra diritto penale e morale.

² Si pensi alla nozione penalistica di possesso, che concerne il potere di fatto su una cosa esercitato in modo autonomo.

Tuttavia, con il cambio di legislatura, la nuova maggioranza ha ritenuto di non esercitare tali deleghe, bloccando, di fatto, un progetto che mirava a fare un importante passo in avanti verso le istanze costituzionali.

1.1 La storia della sanzione

La sanzione penale ha sempre svolto un ruolo fondamentale in ogni ordinamento giuridico. Inizialmente essa era inquadrata come un semplice accordo privato tra singoli, dove prevaleva il consenso più che la certezza; con l'accrescersi del sentimento sociale e contemporaneamente allo svilupparsi del diritto penale come mezzo di governo, la sanzione aveva iniziato a diventare un concetto pubblico, era infatti inflitta da un giudice *pro delicti satisfactione*³ ed era incentrata sulla vendetta, determinando quindi un sistema processuale prettamente inquisitorio⁴.

Nel Medioevo, le sanzioni principali erano la pena di morte, tra cui l'impiccagione e la decapitazione, e le punizioni corporali come le mutilazioni, i marchi a fuoco o le frustate, spesso trasformate in eventi aperti al pubblico.

Nello specifico, le punizioni corporali erano contrassegnate da una duplice funzione: la prima, saldamente ancorata a una prospettiva religiosa, inquadrava il dolore come forma di espiazione dei propri peccati; la seconda era invece diretta a garantire la "riconoscibilità" e, di conseguenza, la emarginazione del colpevole. Un ruolo secondario, nonché certamente meno afflittivo, lo avevano le pene pecuniarie, il bando o l'esilio.

Il carcere, almeno inizialmente, aveva un ruolo particolare, sicuramente molto diverso rispetto a quello attuale. La definizione contenuta nel Digesto, «*carcer ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*»⁵, che inquadrava il carcere come un mero luogo di custodia del reo in attesa

³ Tale espressione fu utilizzata da Azzone, giurista della scuola di Bologna, nel suo *Summa super Codice et instituta extraordinaria*. Cfr., GARLATI, *Sepolti vivi. Il carcere al tempo delle pratiche criminali: riti antichi per funzioni nuove*, in *Dir. pen. cont. – Riv- Trim.*, 4/2017, 14.

⁴ Il sistema inquisitorio è caratterizzato dalla figura dell'inquisitore, cioè quel soggetto in cui si fondono insieme le funzioni di giudice e accusatore. Sviluppato maggiormente durante l'*Ancien Régime* francese, gli aspetti principali del sistema inquisitorio sono la prevalenza della segretezza, spazi della difesa minimi, la non distinzione di ruoli e funzioni di giudice e accusatore, la presunzione di colpevolezza dell'imputato e la giustificazione della tortura.

⁵ Cfr., GARLATI, *Sepolti vivi*, cit. 15

dell'esecuzione della sua pena, si era fatta largo tra i giuristi del XVI e XVII secolo, i quali concordavano sul considerare il carcere una forma di mera sorveglianza, anche se nel tempo aveva assunto il ruolo di una sanzione "lieve", sostitutiva della pena pecuniaria nel caso in cui il condannato non avesse avuto i mezzi necessari per adempiere il proprio debito.

Assodato il ruolo del carcere come luogo di custodia, i primi commenti sul tema avevano riguardato la possibilità di punire chiunque avesse utilizzato la sanzione carceraria privatamente e in che modo tale forma di restrizione della libertà personale poteva dirsi legittima.

Sul primo punto, condivisa da tutti i giuristi dell'epoca medioevale l'illegittimità della carcerazione privata, potevano essere elencate tre differenti teorie: secondo la prima⁶, chiunque avesse detenuto privatamente un individuo andava punito con la pena capitale, a meno che non avesse dichiarato sotto giuramento di aver proceduto all'incarcerazione perché convinto che si trattasse di soggetto colpito da bando.

Una seconda teoria⁷, invece, riteneva eccessiva la pena di morte, considerando più corretta la pena pecuniaria.

La terza teoria⁸ si avvicinava molto alla seconda appena citata, ma aggiungeva alla eccessività della pena capitale la possibilità di prevedere, da parte del giudice, una pena più mite.

Riguardo al secondo punto, ovvero sui requisiti di una legittima incarcerazione, si potevano individuare due correnti di pensiero: la prima⁹ sosteneva che il carcere, luogo di trattenimento temporaneo utilizzato per impedire la fuga del detenuto, per essere tale doveva essere orrido, sporco, spesso sotterraneo privo di luce e aria, in buona sostanza, un luogo da cui fosse impossibile fuggire (il De Rosa sosteneva addirittura che l'etimologia della parola "carcere" provenisse dal latino *locus carens caelo et aere*).

⁶ BIANCHI, *Practica Criminalis*, 1556. Cfr., GARLATI, *Sepolti vivi*, cit., 16.

⁷ CLARO, *Opera Omnia*, 1575. Cfr., GARLATI, *Sepolti vivi*, cit., 16.

⁸ SAVELLI, *Practica Universale*, 1697; PROSPERO FARINACCI, *Praxis et theoriae criminalis*, 1614. Cfr., GARLATI, *Sepolti vivi*, cit., 17.

⁹ DE ROSA, *Criminalis decretorum praxis*, 1750. Cfr., GARLATI, *Sepolti vivi*, cit., 17.

Completamente opposta era invece la seconda tesi¹⁰, la quale escludeva che il fine di impedire la fuga potesse giustificare l'utilizzo di un luogo sotterraneo; anzi, gli ambienti adibiti a trattenere quanti in attesa di giudizio dovevano essere salubri e luminosi; un eventuale innocente avrebbe così evitato di patire sofferenze eccessive rispetto a una mera misura cautelare, allo stesso modo per un futuro condannato sarebbero stati scongiurati trattamenti disumani e assimilabili alla tortura.

È opportuno precisare che tali teorie, nonostante fossero in contrasto tra loro, erano comunque tutte riconducibili a un'unica idea di fondo, ovvero l'insegnamento giustiniano del carcere come *locus custodiae*, sostenuto dagli studiosi di *ius civile*.

Sono stati invece i canonisti a intendere il carcere come vera e propria pena. Infatti, l'idea della pena di morte confliggeva con la visione religiosa della vita, ritenuta sacra; il carcere permetteva invece una «riflessione e quindi il pentimento, il riavvicinamento a Dio e la salvezza dell'anima»¹¹. Lo *ius canonicum* attribuiva quindi al carcere non più il ruolo di luogo di custodia, bensì lo considerava uno strumento di espiazione.

Nonostante questa visione del carcere come pena perpetua appartenesse inizialmente solo ai fori ecclesiastici ed era invece rifiutata dai fori civili, l'influenza del modello canonico aveva finito per esercitare un ruolo importante anche tra gli scritti dei *doctores* di *ius civile*, che col tempo non avevano più potuto negare un'effettiva utilità della pena carceraria.

Tuttavia, la detenzione perpetua e nella forma più disumana, ovvero sia nei sotterranei senza luce né aria, era la più utilizzata dai giudici anche in sostituzione della pena estrema «proprio perché vi era la quasi certezza che nel giro di pochi giorni ne sarebbe derivata la morte del condannato»¹².

È stato a partire dal XVIII secolo, “il secolo dei lumi”, che sul tema della pena sono state elaborate le più profonde riflessioni.

¹⁰ FOLLERIO, *Practica Criminalis*, 1553. Cfr., GARLATI, *Sepolti vivi*, cit., 17.

¹¹ GARLATI, *Sepolti vivi*, cit, 23.

¹² GARLATI, *Sepolti vivi*, cit, 25. L'autrice qui riprende un passo del *Praxis et theoriae criminalis* del Farinacci.

L'illuminismo europeo ha iniziato a svilupparsi tra l'Inghilterra e la Francia a partire dalla metà circa del '700, legando insieme il pensiero empirico e scientifico della filosofia inglese (Locke su tutti) e il riformismo radicale francese. Le "Lettere Inglesi" di Voltaire, in cui il filosofo francese criticava il razionalismo e l'assolutismo dell'*Ancien Régime* e promuoveva invece l'*Enlightenment* inglese, volto a una rifondazione dell'etica e della politica, erano considerate il «manifesto di avvio dell'Illuminismo europeo»¹³.

Per gli Illuministi francesi l'uomo era portatore di una ragione critica del pregiudizio e della tradizione, l'etica doveva perdere il suo carattere autoritario per farsi impegno antropologico guidato dal principio-valore della libertà. La politica doveva superare l'*Ancien Régime* e preoccuparsi della felicità pubblica e del rispetto dei diritti degli individui e dei diversi gruppi sociali, etnici o religiosi. Infine, la vita sociale doveva tendere al benessere del maggior numero di individui e al rispetto dei diritti, secondo un modello egualitario e borghese al tempo stesso¹⁴.

Proprio attorno a questi principi avevano iniziato a delinearsi i diversi modelli nazionali di Illuminismo: ad esempio, mentre l'Inghilterra era rimasta soprattutto legata a ideali radicali (Hume) od utilitaristici (Bentham); in Francia si era diffuso quasi tutto il panorama teorico tipico dell'Illuminismo, tra cui l'ateismo, il materialismo, l'empirismo o il collettivismo utopico¹⁵, attraverso grandi menti tra cui Montesquieu, Voltaire e Rousseau.

In Italia si era sviluppato un modello di Illuminismo legato soprattutto al riformismo, portato avanti dagli intellettuali-funzionari¹⁶ delle varie corti italiane o dai sovrani stessi.

In particolare, nel nostro Paese sono state tre le aree in cui gli ideali Illuministi si sono manifestati maggiormente: Napoli con Carlo III di Borbone, il quale aveva attuato una vera e propria codificazione delle undici legislazioni a quel tempo presenti nel Regno di Napoli; la Toscana con Pietro Leopoldo II di

¹³ CAMBI, *Saggio introduttivo. Cesare Beccaria, l'Illuminismo europeo e la "filosofia civile"*, in ID. (a cura di), "Cesare Beccaria. Dei delitti e delle pene", Roma, 2011, 9.

¹⁴ CAMBI, *Saggio introduttivo*, cit., 9.

¹⁵ Per una indicazione più completa di tali ideali: CAMBI, *Saggio introduttivo*, cit., 10

¹⁶ CAMBI, *Saggio introduttivo*, cit., 11.

Lorena¹⁷, che nel 1786 aveva varato un nuovo codice penale, noto con il nome di Codice Leopoldino, attraverso il quale erano state abolite la confisca dei beni, la tortura e soprattutto la pena di morte; la Lombardia, che era stata accompagnata nel suo cammino verso l'Illuminismo da quegli intellettuali-funzionari attivi nell'amministrazione politica che, piano piano, avevano dato vita al movimento filosofico conosciuto come Illuminismo lombardo.

Il movimento milanese si era formato intorno alla politica adottata in Austria da Maria Teresa, tipicamente riformista e volta alla riorganizzazione amministrativa statale e al risveglio civile. Tali ideali avevano coinvolto giovani intellettuali, che avevano contribuito, tramite l'interesse per la letteratura Illuminista di stampo soprattutto francese, a un serie di profonde trasformazioni del sistema fiscale e giudiziario lombardo¹⁸.

Tra quei giovani spiccavano Cesare Beccaria e i fratelli Alessandro e Pietro Verri, i quali, con gli altri membri dell'Accademia dei Pugni, avevano partecipato attivamente, attraverso la fondazione di un giornale¹⁹ e la stesura di diversi saggi, alla nascita dell'Illuminismo lombardo.

L'opera forse più significativa di quel movimento di idee riformiste, la cui accoglienza fu quasi totalmente positiva²⁰, è stata sicuramente il "Dei delitti e delle pene" di Cesare Beccaria.

¹⁷ Leopoldo II di Lorena era figlio di Maria Teresa d'Austria, la quale fu promotrice di grandi riforme volte alla razionalizzazione e alla modernizzazione dello Stato. Cfr., CAMBI, *Saggio introduttivo*, cit., 11.

¹⁸ CAMBI, *Saggio introduttivo*, cit., 14.

¹⁹ Il giornale in questione è "Il Caffè", pubblicato dal 1764 al 1766 sotto la guida di Pietro Verri. "Il Caffè" assunse un ruolo fondamentale per lo sviluppo dell'Illuminismo lombardo, ciò lo si evince dalle parole di Verri nel Preambolo al "Caffè", nel quale egli guardava a «spingere sempre più gli animi Italiani allo Spirito della Lettura, alla Stima delle Scienze, e delle Belle Arti, e ciò che è più importante, all'amore delle virtù, dell'onestà; dell'adempimento de' propri doveri». Sul punto, CAMBI, *Saggio introduttivo*, cit., 16.

²⁰ Seppur acclamato, oltre che in Italia, anche in Francia, in Russia, in Polonia e nel resto d'Europa, il "Dei delitti e delle pene" fu anche criticato. Un primo addebito fu mosso dal Fachinei nel suo *Note ed osservazioni sul libro intitolato "Dei delitti e delle pene"* (1765). In tale scritto, il Fachinei cercò di difendere gli ideali cattolici e monarchici dell'opposizione, rimarcando il "diritto di punire" come proprio dei sovrani. Sul punto, CAMBI, *Saggio introduttivo*, cit., 23. Il *pamphlet* fu anche inserito nell'Indice dei libri proibiti dalla Chiesa e i motivi di tale inclusione sono spiegati nella relazione di Pietro Lazzeri circa la pronuncia della Congregazione dell'Indice: in primo luogo, il saggio fu ritenuto riconducibile al protestantesimo a causa delle argomentazioni illuministiche in esso riportate; in secondo luogo, fu giudicato «audace e temerario» nel rifiutare prassi universalmente accolte circa la tortura e la confisca; in terzo luogo fu considerato disomogeneo e offensivo per la religione, la pietà e gli autori cristiani. Sul punto,

Lo scritto del letterato milanese è stato contemporaneamente «prodotto di un retaggio preesistente e forza motrice di riformismi a venire»²¹, incarnando quello che era il sentimento sociale dell'epoca.

Beccaria aveva ridisegnato il sistema sanzionatorio all'interno del suo *pamphlet*, in qualche modo basandosi sul modello accusatorio²² già utilizzato in quel periodo in Inghilterra e condannando invece il modello inquisitorio²³ figlio della politica dell'*Ancien Régime*.

Erano tre i principi di fondo dei delitti: la legge non poteva essere applicata arbitrariamente; i processi penali non dovevano più essere caratterizzati da segretezza; le leggi penali dovevano avere un fine preventivo, per cui erano inutili le pene atroci²⁴.

Nel saggio, che si occupava di trattare temi legati all'accertamento dei delitti e alle modalità di esecuzione delle pene a quel tempo in uso, venivano infatti ripudiate la tortura e la pena di morte, inoltre, veniva sottolineata l'importanza di una sanzione proporzionata al delitto commesso, sanzione che fosse allo stesso tempo segnata da certezza e prontezza.

Per Beccaria, infatti, ciò che più era utile per la prevenzione dei reati non era tanto l'intensità della pena, bensì la certezza della pena stessa; scriveva appunto l'Autore: «non è l'intensione della pena che fa il maggior effetto sull'animo umano, ma l'estensione di essa; perché la nostra sensibilità è più facilmente e stabilmente mossa da minime ma replicate impressioni che da un forte ma passeggero movimento»²⁵.

Tale certezza delle pene doveva essere accompagnata anche dalla dolcezza delle pene stesse.

EUSEBI, *Beccaria, la Chiesa Cattolica e la pena di morte*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 dicembre 2013, 3 s.

²¹ GARLATI, *Echi del passato e istanze riformiste: Beccaria e il processo penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 ottobre 2016, 1.

²² Il modello accusatorio trova la sua origine nei riti penali germanici e si consolida in Inghilterra intorno al secolo XVIII. Il sistema è caratterizzato dalla presenza dell'accusatore, che è colui che davanti al giudice dimostra la colpevolezza dell'imputato; il giudice ha un ruolo distinto dall'accusa; è bandita la tortura; la procedura giudiziaria è perlopiù pubblica; l'imputato è presunto innocente e prevale la scrittura rispetto alla oralità tipica del modello inquisitorio.

²³ Vedi nota 4.

²⁴ CAMBI, *Saggio introduttivo*, cit., 24.

²⁵ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764, Cap. XXVIII.

In due capitoli, il XXVII e il XLVII, il Beccaria ha evidenziato il tema della dolcezza²⁶; con ogni probabilità tale ideale nasceva per contrapporsi alla arbitrarietà della prassi giudiziaria di quel periodo, ispirata al criterio della vendetta da parte dello Stato-Sovrano, che essendo stato violato dal delitto si riteneva dunque legittimato a rendere atroci e pubbliche le pene, proprio per poter riaffermare la propria sovranità.

Le torture, i supplizi e le esecuzioni trasformate in eventi erano perciò funzionali a quel sistema in cui sovranità e legge venivano a coincidere²⁷.

Per gli illuministi tali prassi andavano sottoposte a una radicale revisione: Beccaria, infatti, era riuscito a dare voce a una concezione innovativa di giustizia che vedeva al centro non più il sovrano, ma la società e gli individui che la componevano.

Per il filosofo milanese al colpevole del delitto doveva essere applicata una pena che non fosse vendicativa, ma che permettesse il recupero e il ricollocamento in società del soggetto ormai rieducato; per fare ciò il sistema giudiziario andava totalmente modificato, eliminando ogni forma di arbitrio dei giudici e ogni tipologia di pena che violasse i diritti fondamentali dell'uomo; il delinquente restava pur sempre un cittadino di cui si doveva rispettare il diritto alla vita²⁸.

Da queste considerazioni discende il deciso rifiuto di Beccaria nei confronti della tortura e della pena di morte.

L'autore, infatti, criticava aspramente la tortura, pratica molto diffusa a quel tempo, principalmente per una ragione: con tale modalità si infliggevano sofferenze atroci ai colpevoli, ma anche agli innocenti che, per evitare di essere ulteriormente sottoposti a dolorosi supplizi, confessavano ciò che non era mai accaduto, falsando inoltre il processo²⁹.

²⁶ «Perché ogni pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, dev'essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata ai delitti, dettata dalle leggi». BECCARIA, *Dei delitti*, cit., cap. XLVII.

²⁷ CAMBI, *Saggio introduttivo*, cit., 24.; FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*. Torino, 2014, 113 ss.

²⁸ AUDEGEAN, *Critica della ragion penale. Beccaria e la filosofia*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 maggio 2016, 6.

²⁹ «Dunque l'impressione del dolore può crescere a segno che, occupandola tutta, non lasci alcuna libertà al torturato che di scegliere la strada più corta per il momento presente, onde sottrarsi di

Secondariamente, il Beccaria spiegava come il meccanismo della tortura fosse, oltre che disumano, in sé sbagliato a prescindere: infatti, l'innocente non aveva prospettive vantaggiose, in quanto una volta torturato, o avrebbe confessato (falsamente) il delitto e sarebbe stato ingiustamente condannato, o sarebbe stato assolto avendo subito una orribile ed indebita sofferenza; mentre il colpevole aveva una prospettiva a suo favore, ovvero il non confessare (quindi il resistere) alla tortura, cosa che gli avrebbe garantito l'assoluzione³⁰.

Il filosofo milanese si era scagliato inoltre contro la pena capitale, considerando come nessuno tra gli uomini potesse essere autorizzato a uccidere un proprio simile e che tale prassi rappresentava un atto di guerra della nazione contro il cittadino³¹.

In seguito, l'Autore evidenziava come per l'uomo fosse più efficace una pena che comportasse la perdita della libertà piuttosto che la morte. Sosteneva infatti il Beccaria che il pensiero dell'essere privato della propria libertà avrebbe fatto breccia nel ragionamento umano molto più che l'essere condannati a morte, essendo la pena di morte un forte ma passeggero sentimento, inadatto per l'obiettivo che la legge intendeva raggiungere, mentre colpire la libertà avrebbe significato incidere in maniera duratura nell'animo del reo e dei cittadini.

Infine, l'Autore evidenziava come l'atroce pena capitale fosse ormai rifiutata dalla coscienza umana³² e ritenuta estremamente diseducativa per la collettività, ritenendo assurdo che la legge, espressione di una pubblica volontà che ripudiava le orribili condotte tra cui l'omicidio, ne commettesse uno per

pena. [...] Allora l'innocente sensibile si chiamerà reo, quando egli creda con ciò di far cessare il tormento». BECCARIA, *Dei delitti*, cit., cap. XVI.

³⁰ «Una strana conseguenza che necessariamente deriva dall'uso della tortura è che l'innocente è posto in peggiore condizione che il reo; perché, se ambedue sieno applicati al tormento, il primo ha tutte le combinazioni contrarie perché o confessa il delitto, ed è condannato, o è dichiarato innocente, e ha sofferto una pena indebita; ma il reo ha un caso favorevole per sé, cioè quando, resistendo alla tortura con fermezza, deve essere assoluto come innocente». BECCARIA, *Dei delitti*, cit., cap. XVI.

³¹ «Quale può essere il diritto che si attribuiscono gli uomini di trucidare i loro simili? Non certamente quello da cui risulta la sovranità e le leggi. Esse non sono che una somma di minime porzioni della privata libertà di ciascuno; esse rappresentano la volontà generale, che è l'aggregato delle particolari. Chi è mai colui che abbia voluto lasciare ad altri uomini l'arbitrio di ucciderlo? Come mai nel minimo sacrificio della libertà di ciascuno vi può essere quello del massimo tra tutti i beni, la vita? [...] Non è dunque la pena di morte un diritto, [...] ma è una guerra della nazione con un cittadino, perché giudica necessaria o utile la distruzione del suo essere». BECCARIA, *Dei delitti*, cit., cap. XXVII.

³² «Quali sono i sentimenti di ciascuno sulla pena di morte? Leggiamoli negli atti d'indignazione e di disprezzo con cui ciascuno guarda il carnefice». BECCARIA, *Dei delitti*, cit., cap. XXVIII.

allontanare i cittadini dal commetterne un altro; o che un giudice, con grande indifferenza, condannasse a morte un uomo in nome della stessa legge che proprio gli uomini avrebbe dovuto tutelare³³.

Il Beccaria, nei capitoli finali del proprio saggio, ha rimarcato il fine della legge, ovvero quello di prevenire i delitti piuttosto che punirli, ancora una volta criticando il sistema fino ad allora utilizzato.

Per poter prevenire i delitti, l'Illuminista milanese riteneva che le leggi dovessero essere chiare e semplici, evitando di favorire alcune classi sociali, che dovessero essere temute e rispettate dagli uomini e che questi dovessero essere sempre accompagnati dal lume della conoscenza, ritenendo che «in faccia ai lumi sparsi con profusione nella nazione, tace la calunniosa ignoranza e trema l'autorità disarmata di ragioni, rimanendo immobile la vigorosa forza della legge»³⁴.

Per quanto riguarda le pene, riteneva che queste dovessero essere inflitte in maniera tale da fare breccia sulla coscienza dell'uomo, senza essere invece orribili punizioni corporali, tenendo conto della proporzione, della efficacia e della durata delle pene stesse³⁵.

Avendo individuato nella prevenzione (generale e speciale) lo scopo della sanzione, il letterato indicava i lavori forzati perpetui – che garantivano la certezza della pena³⁶ suggerita nel suo *pamphlet* – come mezzo per scoraggiare gli uomini dal commettere delitti³⁷, ovviamente in sostituzione della pena di morte che doveva assolutamente essere abolita³⁸.

³³ Cfr., BECCARIA, *Dei delitti*, cit., cap. XXVIII.

³⁴ BECCARIA, *Dei delitti*, cit., cap. XLII

³⁵ «Il fine [delle pene] dunque non è che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi concittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali. Quelle pene dunque e quel metodo d'infliggerle deve esser prescelto che, serbata la proporzione, farà una impressione più efficace e più durevole sugli animi degli uomini, e la meno tormentosa sul corpo del reo». BECCARIA, *Dei delitti*, cit., cap. XII.

³⁶ V. cap. I, 7.

³⁷ DANUSSO, *Patibolo ed ergastolo dall'Italia liberale al fascismo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 4/2017, 52.

³⁸ «Non è il terribile ma passeggero spettacolo della morte di uno scellerato, ma il lungo e stentato esempio di un uomo privo della libertà, che, divenuto bestia di servizio, ricompensa colle sue fatiche quella società che ha offesa, che è il freno più forte contro i delitti». BECCARIA, *Dei delitti*, cit., cap. XXVIII. Sul punto, FIANDACA, *il 4° comma dell'articolo 27*, in BRANCA, PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione, Artt. 27-28. Rapporti civili*, Bologna, 1991, 354, il quale sottolinea questo pensiero di Beccaria per rivelare l'inefficacia della pena capitale. Da un lato, infatti, ritiene che la certezza della pena presupporrebbe di fare un uso frequente della pena di morte, il che contrasterebbe con la tendenza ormai diffusa nei Paesi più civili di ricorrere il meno possibile alla massima pena. Dall'altro, mette in risalto come la particolare severità di questa

Tale tipologia di sanzione mette in risalto l'ideale utilitaristico presente in tutta l'opera del Beccaria³⁹: è lo stesso Autore, infatti, che nella Introduzione al suo saggio ha citato, senza indicarne il nome, «quel filosofo che ebbe il coraggio [...] di gettare nella moltitudine i primi semi lungamente infruttuosi delle utili verità»; tale filosofo è quasi certamente individuabile in Helvétius, sia perché le parole del Beccaria alludono, in modo abbastanza chiaro, alle teorie utilitaristiche del francese, sia perché l'intero brano iniziale della Introduzione al *Dei delitti e delle pene* presenta una evidente analogia con un passo contenuto nel *De l'Esprit* di Helvétius.

L'utilitarismo di Beccaria (che non è incompatibile, ma anzi è accomunabile al contrattualismo) si configurava già nel capitolo I, nel quale il filosofo milanese evidenziava come nello stato di natura (che precede la creazione di una società politica), l'esecuzione della legge naturale fosse affidata a ciascun individuo e ciò comportava, a causa delle naturali pulsioni dell'animo umano, tra cui lo spirito di vendetta, frequenti eccessi nell'esecuzione della legge.

Per Beccaria occorre, dunque, che gli individui si accordassero per costituire una società politica, delegando allo Stato il diritto di punire.

Per il letterato erano appunto le passioni «i motori degli esseri sensibili»⁴⁰, queste andavano quindi stimolate in modo tale che il comportamento dei singoli diventasse utile in generale, sarebbe stata cura del legislatore procurare il bene pubblico consentendo ai singoli di soddisfare i propri bisogni, armonizzandoli e indirizzandoli verso la pubblica utilità⁴¹.

In Italia, come scritto in precedenza⁴², il sovrano illuminato che ha abbracciato l'ideale utilitaristico di Beccaria è stato Pietro Leopoldo II di Lorena, il quale, attraverso la riforma Leopoldina del 1786 aveva abrogato la pena di

sanzione renderebbe molto più cauti gli stessi organi chiamati ad applicarla, perciò riducendo nei fatti la concreta applicazione dell'estrema misura.

³⁹ GARLATI, Nemo propheta in patria. *La proposta abolizionista di Beccaria nel dibattito italiano di fine Settecento tra tiepidi entusiasmi e tenaci opposizioni*, in GARLATI, CHIODI (a cura di), *Un uomo, un libro. Pena di morte e processo penale nel Dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria*, Milano, 2014, cap. XX s.

⁴⁰ BECCARIA, *Dei delitti*, cit., cap. VI.

⁴¹ FRANCONI, *Beccaria filosofo utilitarista: il rapporto con Helvétius*, in ROMAGNOLI, PISAPIA (a cura di), *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, Milano-Bari, 1990. Brano tratto da CAMBI (a cura di), *Cesare Beccaria. Dei delitti e delle pene*, cit., 135 ss.

⁴² V. cap. I, 6.

morte e l'aveva sostituita con i lavori pubblici perpetui per gli uomini, costretti con una catena ai piedi scalzi, vestiti con un abito con la scritta "ultimo supplizio" e impiegati nei lavori più faticosi; con l'ergastolo per le donne, le quali dovevano vestire una tunica particolare e compiere anch'esse determinate attività.

Tali modalità apparivano sicuramente in contrasto con la funzione di rieducazione, che pure era contemplata dal codice Leopoldino; è quindi corretto supporre che in tal caso la rieducazione fosse considerata come correzione in senso morale, e non nel senso di risocializzazione indicato dal Beccaria⁴³.

Nel Regno Lombardo Veneto era stato introdotto il "Codice penale universale austriaco" del 1803 voluto da Francesco II. In tale codice era presente l'idea Beccariana di proporzionalità tra sanzione e reato, tuttavia le pene erano solo di due tipologie: la pena di morte per impiccagione, prevista per pochi e gravissimi reati, e la ritenzione in carcere, che poteva essere semplice, duro o durissimo (la previsione del carcere "durissimo" fu in realtà successivamente abolita da un nuovo codice promulgato nel 1852 nel Regno Lombardo Veneto, che tuttavia aveva mantenuto l'impostazione di fondo del precedente codice austriaco). La ritenzione a vita in carcere comportava inoltre l'obbligo di lavoro e poteva essere accompagnata da severe punizioni corporali⁴⁴.

La previsione di una punizione perpetua era presente anche in altri Stati italiani, i quali, influenzati dalla legislazione penale francese, avevano cominciato per primi a connotarla con il termine ergastolo⁴⁵.

Il "Codice per il Regno delle Due Sicilie" del 1819 contemplava infatti l'ergastolo nella forma di una reclusione a vita nel forte di un'isola, per gli uomini e, in una casa di reclusione, per le donne⁴⁶.

Nel Codice toscano del 1856, l'ergastolo prevedeva, per gli uomini, l'apposizione di un anello di ferro al piede e la segregazione continua con l'obbligo di lavoro per vent'anni; in particolare, la pena andava espiata all'Isola

⁴³ DANUSSO, *Patibolo ed ergastolo*, cit., 52 s.

⁴⁴ DANUSSO, *Patibolo ed ergastolo*, cit., 55.

⁴⁵ Il termine "ergastolo" deriva dal greco *ἔργον*, opera, lavoro, e dal verbo *ἐργάζομαι*, da cui il sostantivo *ἐργαστήριον*, che poi divenne *ergastulum* in latino, ovverosia carcere destinato ai condannati ai lavori forzati. Nella sua accezione moderna significa reclusione a vita, ma in passato la parola "ergastolo" individuava anche il luogo in cui si scontava tale pena. Sul punto, DANUSSO, *Patibolo ed ergastolo*, cit., 52.

⁴⁶ DANUSSO, *Patibolo ed ergastolo*, cit., 55.

d'Elba e ciò valeva anche per le donne, con la differenza che a quest'ultime non era applicato l'anello di ferro⁴⁷.

Nel Codice Estense, l'ergastolo poteva essere a vita o a tempo, implicando in ogni caso l'obbligo dei lavori forzati e, per gli uomini, le catene ai piedi⁴⁸.

Infine, nel Regno di Sardegna, insieme ai lavori forzati a vita, era previsto l'ergastolo inteso come pena destinati ai giovani, da scontarsi in apposite case di correzione⁴⁹.

Solo nel 1889 si giunse a proclamare un codice penale unico per tutta la penisola: il codice Zanardelli.

I vari progetti per l'elaborazione di tale codice sono stati segnati da un costante dibattito circa l'abolizione o il mantenimento della pena di morte.

Il primo progetto di codice, che era stato presentato da Mancini e approvato dalla Camera nel 1865, prevedeva l'abolizione della pena capitale in tutto il Regno, tuttavia, tale proposta era stata in seguito bocciata dalla Camera Alta, che era restia a tale enorme innovazione a causa dei diffusi problemi di brigantaggio, ordine e sicurezza.

Un nuovo progetto di codificazione era stato presentato al Ministro nel 1868 e prevedeva l'abolizione della pena di morte e la sua sostituzione con la "deportazione perpetua all'ergastolo"⁵⁰, tuttavia, tale proposta non giunse nemmeno in Parlamento.

Nel progetto Vigliani del 1874 era riapparsa la pena di morte, prevista per gravissimi casi e da eseguire pubblicamente mediante decapitazione, e, in secondo piano, era prevista la pena perpetua, che comportava la segregazione continua per un minimo di dieci anni, trascorsi i quali, il condannato che avesse dato prova di aver partecipato all'opera di rieducazione poteva essere ammesso al lavoro in comune durante il giorno, con l'obbligo del silenzio.

Il progetto aveva creato fin da subito un ampio dibattito, che aveva portato ad alcune modifiche, tra cui la possibilità di sostituire la pena capitale con

⁴⁷ DANUSSO, *Patibolo ed ergastolo*, cit., 55.

⁴⁸ DANUSSO, *Patibolo ed ergastolo*, cit., 56.

⁴⁹ DANUSSO, *Patibolo ed ergastolo*, cit., 56.

⁵⁰ Tale modalità di espiazione prevedeva: la segregazione continua presso uno stabilimento appositamente costruito in un'isola; l'obbligo del lavoro, il cui prodotto doveva essere devoluto allo Stato, salvo una piccola porzione per il detenuto e la sua famiglia; il divieto di qualsiasi contatto con la famiglia. Sul punto, DANUSSO, *Patibolo ed ergastolo*, cit., 58.

l'ergastolo quando almeno tre giurati avessero ammesso la presenza di circostanze attenuanti; in secondo luogo, era stata eliminata la pubblicità delle esecuzioni.

Finalmente, con il progetto Zanardelli del 1888 si era conquistata l'abolizione definitiva della pena di morte⁵¹. La Camera si era espressa all'unanimità per la soppressione, mentre in Senato i più irriducibili si erano convinti grazie al carattere sperimentale della riforma: era previsto, infatti, che nel caso in cui tale abolizione avesse portato a conseguenze negative, un intervento dello Stato avrebbe potuto ripristinare la pena capitale.

Così, dunque, l'articolo 12 del codice Zanardelli del 1889 (promulgato nel 1890) prevedeva come sanzione più grave la pena perpetua, che si articolava in un periodo di sette anni di segregazione continua e obbligo di lavoro, a cui seguiva un secondo periodo di lavoro in comune, ma con l'obbligo del silenzio⁵².

Il codice Zanardelli ha rappresentato la prima legislazione penale unitaria italiana, tuttavia, nonostante i lunghi lavori preparatori e il pregio di aver sostituito la pena di morte con l'ergastolo, non è rimasto esente da critiche proprio a causa di questa nuova previsione codicistica, da alcuni valutata negativamente sia sotto il profilo sostanziale, che sotto il profilo processuale, nonché per i suoi effetti particolarmente gravosi.

Dal punto di vista sostanziale, la critica che veniva mossa contro il codice penale del 1889 riguardava proprio lo strumento che aveva consentito di eliminare l'orribile pena di morte, ovvero l'ergastolo.

Si riteneva che, nonostante l'abolizione della pena di morte fosse stata un enorme progresso sul piano morale, la sua sostituzione con l'ergastolo aveva rappresentato un grave regresso sotto il profilo umanitario⁵³.

Era stato osservato, infatti, come fosse rimasto il problema della non graduabilità della pena, in quanto anche l'ergastolo era comminato per delitti di vario tipo, che suscitavano un differente allarme sociale.

⁵¹ In realtà, la pena capitale era ormai stata implicitamente abolita già dal 1877; tale esclusione definitiva fu favorita anche da uno studio sulla situazione della criminalità effettuato in quel periodo: si evidenziò infatti come i reati più gravi (omicidi, estorsioni, e via dicendo) stavano progressivamente diminuendo; inoltre fu sottolineato come la presenza della pena capitale era irrilevante per l'aumento e la riduzione del numero e della qualità dei delitti. Sul punto, DANUSSO, *Patibolo ed ergastolo*, cit., 61.

⁵² DANUSSO, *Patibolo ed ergastolo*, cit., 61 s.

⁵³ DANUSSO, *Patibolo ed ergastolo*, cit., 61.

Poi, si riteneva che il rischio di errori giudiziari sarebbe aumentato poiché, essendo venuta meno l'irreparabilità della pena, i giudici avrebbero avuto meno remore nel condannare.

Dal punto di vista processuale, a seguito della eliminazione di tutte le cautele tipiche previste per la condanna a morte⁵⁴, la Corte di Cassazione sarebbe stata molto meno propensa a rinviare a nuovo giudizio un ergastolano; inoltre i difensori d'ufficio, a cui frequentemente veniva affidato il ricorso, non si sarebbero impegnati al meglio nell'adempimento di un compito in realtà particolarmente delicato.

Per quanto riguardava gli effetti conseguenti a una condanna all'ergastolo, era previsto che il condannato venisse interdetto dai pubblici uffici e venisse privato della patria potestà, dell'autorità maritale e della capacità di testare, a cui si aggiungeva anche l'annullamento di un eventuale testamento redatto in precedenza⁵⁵.

In definitiva, l'ergastolo era visto come una «morte lenta con lunga agonia», un «patibolo continuato»⁵⁶.

Non deve sorprendere, quindi, che senza particolari remore la pena di morte era stata reintrodotta nel 1926, con le «leggi fascistissime», a seguito di diversi attentati contro Benito Mussolini.

In origine, la stessa era prevista come uno dei provvedimenti straordinari in difesa dello Stato⁵⁷, di durata quinquennale; tuttavia, in seguito è stata

⁵⁴ L'art 650 del codice di procedura penale imponeva al difensore di proporre ricorso nei termini, anche contro la volontà del proprio assistito. Qualora il ricorso non fosse stato prodotto o fosse stato prodotto oltre i termini, l'esecuzione della sentenza veniva sospesa e il Pubblico Ministero doveva mandare gli atti alla Corte di Cassazione, la quale doveva nominare un avvocato ed esaminare i mezzi d'annullamento da lui prodotti, e inoltre poteva infliggere pene disciplinari al difensore inadempiente. Nel caso in cui il ricorso fosse stato rigettato, gli atti del processo erano trasmessi al Ministro Guardasigilli insieme alla domanda di grazia; tale ministro sentiva il parere del procuratore generale del distretto alla quale apparteneva la Corte giudicante, e, se vi erano incertezze sulla giustizia del verdetto, veniva richiesto un parere alla Corte d'Assise che aveva pronunciato la condanna; infine, veniva sentito anche il Consiglio di Stato. Sul punto, DANUSSO, *Patibolo ed ergastolo*, cit., 62 s.

⁵⁵ DANUSSO, *Patibolo ed ergastolo*, cit., 62 s.

⁵⁶ Fu Giuseppe Orano, una delle voci più importanti dell'opposizione all'ergastolo, a dare tali definizioni. A suo parere la pena perpetua era anche peggiore del patibolo, poiché minava irrimediabilmente sia la salute fisica, con l'immobilismo forzato e le gravi malattie che spesso i condannati contraevano a causa delle pessime condizioni igieniche in cui vivevano, sia la salute psichica (tanti erano i casi di suicidio tentato o consumato tra gli ergastolani) con il prolungato isolamento e l'imposizione del silenzio, che sovente portavano alla pazzia. Sul punto, DANUSSO, *Patibolo ed ergastolo*, cit., 62.

prorogata reiteratamente fino allo stabile inserimento nel codice penale fascista del 1930⁵⁸.

Il presupposto alla base del progetto per tale nuovo codice⁵⁹ era stato la negazione del principio contrattualistico⁶⁰ di Beccaria: il diritto di punire, si diceva, non derivava allo Stato per il tramite del contratto sociale, ma apparteneva *ab origine* allo Stato, che lo doveva esercitare in funzione della propria conservazione e difesa.

Per l'ideologia fascista il cittadino era un semplice elemento dell'organismo sociale, per cui era legittimo sacrificare l'individuo per i fini immanenti della società. Da ciò discenderebbe la legittimità della pena di morte, ovvero il sacrificio supremo inflitto al soggetto per tutelare le ragioni supreme dello Stato.

Nella concezione di Rocco, la motivazione che spinse a ripristinare la pena capitale derivava dalla necessità sociale e politica, particolarmente avvertita dalla coscienza pubblica, di reprimere penalmente i più gravi reati⁶¹.

Tra l'altro, era stato proprio il precedente codice Zanardelli a lasciare aperta la possibilità di ristabilire la pena di morte nel caso in cui determinate condizioni di rischio per la pubblica sicurezza l'avessero reso necessario⁶².

Il Guardasigilli, per spiegare la necessità di reintrodurre il patibolo, aveva perfino illustrato un parallelo tra la morte dei criminali più malvagi e quella dei caduti di guerra, evidenziando che così come non si poteva dubitare della legittimità del sacrificio imposto agli onesti cittadini che perivano difendendo lo

⁵⁷ Nello specifico contro gli attentati al Re e al Duce.

⁵⁸ Il clima politico italiano particolarmente movimentato dei primi anni del regime fascista consentì infatti la riabilitazione della pena capitale, soprattutto grazie all'opera di pubblicizzazione degli attentati subiti da Mussolini, sfruttati «per convincere l'opinione pubblica della necessità di provvedimenti autenticamente eccezionali». Sul punto, TESSITORE, *Fascismo e pena di morte. Consenso e informazione*, Milano, 2000, 98.

⁵⁹ Curato da Alfredo Rocco, futuro Guardasigilli del periodo fascista, da cui prende il nome il codice penale del 1930. Anche suo fratello Arturo fece parte del Comitato che curò il progetto definitivo. Sul punto, COLAO, NEPI MODONA, PELISSERO, *Alfredo Rocco e il codice penale fascista*, in *Democrazia e dir.*, 2011, 1-2, 175-186.

⁶⁰ V. cap. I, 11.

⁶¹ ROCCO, *Relazione al Re*, in *G.U., Relazione e R.D. 19 ottobre 1930 – Anno VIII, n. 1398*, Roma, 1930, 4451.

⁶² V. cap. I, 14.

Stato in battaglia, era illogico dubitare della legittimità dello stesso sacrificio imposto ai più crudeli tra i delinquenti⁶³.

Il Rocco aveva poi minimizzato le preoccupazioni degli abolizionisti circa l'irreparabilità dell'errore giudiziario, considerando come in realtà questo fosse una rara casualità e un argomento non adatto a paralizzare la funzione di prevenzione generale e speciale della pena di morte⁶⁴.

Inoltre, con la reintroduzione della pena capitale, il Ministro aveva ristretto anche il novero dei delitti da punire con l'ergastolo, mitigando anche le modalità di attuazione di quest'ultimo⁶⁵.

Nel codice fascista, infatti, era scomparsa la segregazione cellulare continua che caratterizzava il precedente codice liberale, l'obbligo di lavoro all'interno dello stabilimento era stato fissato in tre anni, oltre i quali poteva essere concesso il lavoro all'aperto, attraverso cui si volevano evitare gli effetti deleteri della pena perpetua.

La pena di morte è rimasta in vigore fino al 1° gennaio 1948⁶⁶, ovvero fino all'entrata in vigore della Costituzione italiana, la quale all'articolo 27 comma 4 recitava: «non è ammessa la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra».

La totale abolizione della pena capitale è stata caratterizzata da un percorso graduale⁶⁷, a volte combattuto⁶⁸, che si è concluso solo con la legge

⁶³ ROCCO, *Relazione al Re*, cit., 4451. La spregiudicatezza di tale paragone può trovare giustificazione solamente nella concezione fascista di assoluta supremazia dello Stato rispetto al singolo, che ha come obiettivo primario la tutela della sua personalità, della sua autorità e della sua sicurezza. Sul punto, TESSITORE, *Fascismo*, cit., 211.

⁶⁴ La funzione di prevenzione generale era attuata mediante l'intimidazione e l'esemplarità, la soddisfazione del sentimento pubblico, che evita le vendette e le rappresaglie; la prevenzione speciale era invece attuata mediante la definitiva eliminazione del colpevole. ROCCO, *Relazione al Re*, cit., 4452.

⁶⁵ V. cap. I, 14.

⁶⁶ Durante il periodo di vigenza della pena capitale, si stima che le condanne a morte furono 195 e le esecuzioni 129. Cfr. *Notiziario Sezione Italiana Amnesty International*, gennaio 1991. L'ultima esecuzione risale al 5 marzo 1947.

⁶⁷ La legge 13 ottobre 1994 n. 9 abolì la pena di morte prevista nel Codice penale militare di guerra, sostituendola con l'ergastolo.

⁶⁸ Durante gli "anni di piombo" e fino alle stragi mafiose del 1992, vi furono diversi tentativi di ripristinare la pena capitale. Si pensi alle richieste di Almirante, leader del MSI, che promosse delle petizioni per reintrodurre la pena di morte in tempo di pace; o a quelle di La Malfa del PRI, che il giorno dopo il rapimento di Aldo Moro propose l'applicazione del codice di guerra. Sul punto, BUONOMO, *Maxi-emendamento nella speranza diappare le falle del codice militare di guerra*, in *Dir. Gius.*, 24 gennaio 2002.

costituzionale 2 ottobre 2007 n. 1 che ha eliminato il secondo periodo dell'art 27 comma 4 Cost., il quale così recita oggi: «non è ammessa la pena di morte».

Infine, con la legge 15 ottobre 2008 n. 179, l'Italia ha ratificato e dato esecuzione al Protocollo n. 13 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, relativo all'abolizione della pena di morte in qualsiasi circostanza, redatto a Vilnius il 3 maggio 2002.

Con la Carta Costituzionale si è sancita definitivamente anche la fine del regime fascista; tra le disposizioni transitorie e finali è stato infatti imposto il divieto di riorganizzazione del disciolto Partito Nazionale Fascista⁶⁹.

Il codice Rocco è sopravvissuto fino ai giorni nostri, nonostante siano trascorsi quasi 90 anni dalla sua emanazione nel corso dei quali sono intervenute diverse modifiche, talvolta anche drastiche, – come il mutamento istituzionale dal fascismo alla Repubblica –, e ciò ha rappresentato un fenomeno sostanzialmente isolato nel panorama europeo⁷⁰.

Le ragioni di tale longevità sono da ricondurre, prima di tutto, a una sorta di “compiacimento” dell'elevato livello tecnico-giuridico del codice, tanto da ritenere superflue determinate modifiche; in secondo luogo, il dilagare di fenomeni delittuosi, tra cui la criminalità organizzata e il terrorismo hanno portato il legislatore a concentrarsi più sull'emanazione di leggi “speciali”⁷¹, sottraendo al codice materie anche di un certo rilievo penalistico.

Si è infatti parlato di “decodificazione”⁷² e di frammentazione, inquadrando tali riforme nell'ottica di una risposta immediata a situazioni di urgenza, tuttavia al di fuori di un organico programma di politica criminale, ed incapaci di rispondere alle pressanti esigenze di una società in rapida evoluzione⁷³.

⁶⁹ Precisamente alla disposizione XII.

⁷⁰ PALAZZO, *Codice penale 1930: un passato (ancora) senza futuro*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 settembre 2011, 1.

⁷¹ Si fa qui riferimento, ad esempio, alle leggi: 26 luglio 1975 n. 354; 24 novembre 1981 n. 689; 10 ottobre 1986 n. 663; 7 agosto 1992 n. 356; 12 agosto 1993 n. 296; 27 maggio 1998 n. 165 (c.d. legge Simeone); 12 luglio 1999 n. 231.

⁷² PALAZZO, *A proposito di codice penale e leggi speciali*, in *Quest. Giust.*, 1991, 2, 310 ss.

⁷³ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale parte generale*, Milano, ed. XVI, 2003, 27.

1.2 Le teorie della pena

Il diritto penale è costituito da una serie di disposizioni, contenute nel codice e in altre leggi speciali⁷⁴, ciascuna delle quali si dice “norma penale”. Il carattere generale della norma penale è l'imperatività, accanto a questo carattere, la norma ha anche una funzione valutativa, nel senso che qualifica come antisociali determinati comportamenti, in quanto contrari ai fini dello Stato, proibendo certe azioni (od omissioni) poiché ritenute pericolose per la comunità. Tale norma ha anche carattere statale, nel senso che solamente lo Stato è autorizzato a emanarla, ed è di regola costituita da due elementi, il precetto e la sanzione⁷⁵; è inoltre sottoposta ad alcuni principi generali⁷⁶ ed è destinata ai consociati e agli organi dello Stato che hanno il dovere di farla osservare⁷⁷.

La norma penale porta con sé differenti teorie riguardo alcuni aspetti che la caratterizzano. Si è discusso in dottrina, ad esempio, sul ruolo che svolge lo Stato attraverso il diritto penale, sul bene giuridico tutelato dalla norma penale e sulla funzione della pena⁷⁸.

Un primo dibattito ha riguardato il ruolo che svolge lo Stato attraverso la minaccia di pena. Secondo una prima teoria, il diritto penale dovrebbe intervenire per dotare della propria tutela regole, valori e principi che sono già consolidati ed

⁷⁴ V. cap. I, 18.

⁷⁵ Il precetto è il comando di compiere o non compiere una determinata azione, è solitamente stabilito in modo implicito e il più delle volte assume la forma del divieto, anche se talvolta può manifestarsi nella forma del comando. La sanzione è la conseguenza giuridica che deriva dalla violazione del precetto e implica la minaccia di un male: la pena. La norma penale in senso stretto, che contiene cioè sia il precetto che la sanzione, viene definita norma incriminatrice. Nell'ambito del diritto penale rilevano anche altri tipi di norme, tra cui le norme direttive, interpretative, esplicative, di attuazione, estensive, limitative. Sul punto, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 55 ss.

⁷⁶ Criterio fondamentale è il principio di legalità: esso è espresso sia nella nostra Costituzione all'articolo 25, secondo comma, sia all'articolo 1 del codice penale. Tradizionalmente citato con il brocardo *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, il principio di legalità impone che il reato sia necessariamente previsto dalla legge e soltanto da essa. Questo generale principio si articola in altri quattro sotto-principi, a loro volta fondamentali: riserva di legge (per punire un fatto a titolo di reato è necessario che questo sia previsto da una legge preesistente), tassatività e determinatezza (la fattispecie penale deve indicare con precisione il comportamento penalmente sanzionato), irretroattività (la norma, nel momento in cui entra in vigore, disciplina i fatti futuri e non si applica ai fatti o ai rapporti sorti prima dell'entrata in vigore della stessa; un riferimento importante è previsto all'articolo 11 delle preleggi), divieto di analogia *in malam partem* (vieta la possibilità che, ai danni dell'accusato, a un caso non disciplinato dalla legge possa essere applicata la regolamentazione prevista per un caso simile, disciplinato sulla base del presupposto che entrambi i casi hanno identità di *ratio legis*).

⁷⁷ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 53 ss.

⁷⁸ Altre teorie, direttamente o indirettamente ricollegate alla pena, riguardano l'interpretazione della legge, l'efficacia della legge nel tempo, il nesso di causalità, *etc.*

affermati presso la comunità sociale, ed in questa prospettiva lo Stato dovrebbe svolgere il ruolo di tutore dell'ordine pubblico. comma

Una seconda posizione sostiene, invece, che lo Stato dovrebbe svolgere anche un ruolo propulsivo di affermazione di nuovi valori attraverso il diritto penale, che può quindi diventare lo strumento per la crescita di un popolo stigmatizzando la gravità di determinati comportamenti⁷⁹.

Ci si è poi interrogati su quali fossero i beni giuridici di rilievo e di riferimento per il penalista.

Il punto di partenza è stato una concezione largamente diffusa, quella della protezione dei beni giuridici, la quale riteneva che il diritto penale, attraverso la pena, offrisse una tutela rafforzata a beni o valori socialmente rilevanti; tali beni giuridici di rilievo, secondo la teoria costituzionalmente orientata, dovrebbero essere individuati nella Costituzione, considerata l'autentico baricentro di riferimento.

La Costituzione dovrebbe consentire infatti di enucleare un catalogo ampio di beni giuridici e lo strumento penale dovrebbe intervenire nei casi in cui occorra assicurare una protezione rafforzata ad alcuni di questi beni rilevanti⁸⁰.

Tale teoria è però stata di recente criticata a causa della c.d. crisi del bene giuridico cui si assiste negli ultimi decenni. Alcune fattispecie penali, infatti, sembrano ormai collegate alla tutela di beni superindividuali e collettivi, i quali hanno una natura meno concreta, meno tangibile, se non addirittura evanescente⁸¹.

Il dibattito più complesso, nel moderno diritto penale⁸², si è avuto riguardo a quale sia la funzione della pena.

Nel tempo, si sono susseguite in particolare tre concezioni: la teoria della retribuzione, la teoria della prevenzione generale e la teoria della prevenzione speciale.

⁷⁹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 53 ss.

⁸⁰ Tra i beni giuridici di rilievo, esplicitati in Costituzione, figurano: la vita, l'incolumità fisica, la salute, il patrimonio ecc. Altri beni sono inclusi nella nostra Carta Costituzionale solo implicitamente, tra cui il diritto alla privacy, la pietà dei defunti e la fede pubblica.

⁸¹ Un esempio è la tutela del mercato finanziario, che rimanda a valori quali la trasparenza e il corretto funzionamento del mercato che mancano della tradizionale concretezza dei beni giuridici.

⁸² Si evita qui di approfondire teorie antiche, risalenti al Gorgia di Platone («la pena è la medicina dell'anima») e riprese dai giuristi romani, circa la pena come espiazione dei propri peccati. Sul punto, cap. I, 1.

Si deve premettere che la pena ha da sempre una sua intrinseca afflittività, la quale, nell'evoluzione della società, ha assunto dapprima i connotati della vendetta,; per poi arrivare alla privazione o diminuzione del patrimonio o della libertà⁸³.

Per i sostenitori della concezione retributiva, la pena rappresenta un fine: il male del reato dovrebbe essere seguito dal male della punizione⁸⁴. In sostanza, la pena dovrebbe essere applicata *quia peccatum est*, l'uomo è responsabile delle sue azioni ed è giusto, secondo tale teoria, che sia punito per i suoi errori⁸⁵.

Tale ideologia, inquadrata in particolare sotto l'aspetto della retribuzione giuridica⁸⁶, ha portato ad alcuni punti fermi del diritto penale, ovvero la personalità, la determinatezza, la proporzionalità e l'inderogabilità della pena⁸⁷.

Tuttavia, la teoria della retribuzione, proprio per il suo carattere assoluto, per la sua esigenza primaria di punire, non era esaltata dagli studiosi del diritto penale.

Nello specifico, è venuta formandosi una nuova concezione, chiamata neo-retributiva, la quale punta a dimostrare che le esigenze retributive trovano il loro fondamento nella natura stessa dell'essere umano, il quale, a seguito della commissione di un delitto, soprattutto quando si tratti di un grave comportamento, sente un bisogno di espiazione che si riversa nella punizione del colpevole.

La teoria neo-retributiva non è andata esente da critiche: innanzitutto, si è sottolineato come una concezione simile ricalcherebbe semplicemente l'ideologia della vendetta, anche se "legale"; in secondo luogo, si ritiene che reagire a un male con un altro male non possa portare alcun beneficio alla società; infine, la critica più importante alla teoria retributiva ha riguardato la eterogeneità del reato,

⁸³ V. cap. I, 1 ss.

⁸⁴ JORI, PINTORE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Torino, 2014, 271.

⁸⁵ EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 3, 811-837.

⁸⁶ La retribuzione giuridica individua il punto focale della pena nell'ordinamento giuridico. Da ciò discende che la sanzione non solo serve per "retribuire" il male commesso, ma anche per riaffermare l'autorità della legge e, di riflesso, dello Stato.

⁸⁷ Per personalità della pena s'intende quel principio per cui la sanzione può essere applicata solo all'autore del reato. Per determinatezza e proporzionalità s'intende che la norma deve determinare una sanzione proporzionata al male commesso. Per inderogabilità s'intende che la pena deve essere sempre e necessariamente scontata.

che comporterebbe l'impossibilità di fissare un rapporto di proporzione tra azione e sanzione.

Alle teorie retributive si contrappongono le teorie preventive, che individuano nella pena lo strumento adatto a scongiurare la commissione di reati, attraverso il timore della sanzione.

Mentre la teoria retributiva, infatti, punisce l'uomo per aver commesso un delitto; le teorie preventive ritengono inutile punire qualcuno per un male già commesso, per cui mirano a infliggere una sanzione affinché, in chiave appunto preventiva, si eviti di commettere altri reati.

La teoria della prevenzione si suddivide in due rami: teoria della prevenzione generale e teoria della prevenzione speciale.

La teoria della prevenzione generale parte dalla premessa che una pena, prima di essere inflitta, è minacciata; per essere efficace, tale pena minacciata dovrebbe essere necessariamente anche eseguita, altrimenti il suo effetto deterrente sarebbe vanificato. Nel momento in cui la pena è eseguita immediatamente e in modo certo, allora assolverebbe alla sua funzione di distogliere gli altri consociati dal commettere ulteriori crimini⁸⁸.

Accanto a tale efficacia intimidatrice, la teoria general-preventiva avrebbe anche altre due funzioni: una funzione propositiva, in quanto promuoverebbe la realizzazione degli scopi sociali, invogliando i consociati a tenere determinati comportamenti piuttosto che altri; una funzione di emenda, cioè di riabilitazione e reinserimento sociale del condannato⁸⁹.

La teoria general-preventiva ha ricevuto diverse critiche: da un lato, è stato ritenuto che la funzione intimidatrice tipica di tale concezione non sarebbe capace di distinguere la pena dalle altre sanzioni, poiché tale funzione sarebbe presente anche nelle altre specie di sanzioni (ad esempio, quella civile). Dall'altro, è stata criticata da un punto di vista strettamente psicologico, ritenendo che l'efficacia preventiva non avrebbe alcun effetto in determinate categorie di soggetti che delinquono per il solo gusto di violare la legge o per primarie necessità.

⁸⁸ Si intravede qui uno sfondo utilitaristico della pena, tipico dell'ideologia illuminista di Bentham. V. cap. I, 5.

⁸⁹ Tale funzione era promossa da Beccaria nel suo *pamphlet*. V., cap. I, 8.

Allo stesso modo anche le prospettate funzioni propositive e di emenda sono state dibattute.

In particolare, la funzione propositiva è stata ritenuta una forzatura, poiché si assegnerebbe al diritto penale un compito educativo che non gli compete.

Contro la tesi dell'emenda si è invece ribattuto che, prima di tutto, appare contraddittorio un fine di reinserimento sociale effettuato nel luogo più antisociale possibile, ossia il carcere.

In secondo luogo, non si vede come tale funzione di emenda possa essere efficace nei confronti dei reati minori o colposi.

Infine, e questa è la critica più aspra, si è addirittura ritenuto che il principio di emenda, essendo alla base di istituti di diritto penitenziario quali le misure alternative alla detenzione, la liberazione anticipata, ecc. abbia provocato un abbassamento della credibilità dell'autorità dello Stato.

Questa trattazione si conclude con la teoria della prevenzione speciale. Tale concezione, nata nel secolo scorso con la Scuola positiva, ritiene che lo scopo primario della sanzione penale sarebbe quello di impedire che il colpevole commetta ulteriori delitti tramite l'isolamento dalla società nei casi in cui ciò sia possibile od opportuno.

La teoria special-preventiva è in contrasto con quella retributiva poiché ammette la possibilità di infliggere pene severissime per reati non eccessivamente gravi, semplicemente sulla base della probabilità di ricaduta criminale del reo, o, altrimenti, di non infliggere alcuna sanzione nel caso in cui la ricaduta sia impossibile.

Lo scopo primario del carcere, secondo questa teoria, sarebbe quello di evitare il ripetersi di determinati fatti evitando che il colpevole possa nuovamente delinquere.

La tesi special-preventiva è stata anche definita "difensiva" in quanto la pena assumerebbe così il ruolo di proteggere la società da comportamenti per essa dannosi.

Anche per questa teoria non sono state risparmiate le critiche.

In primo luogo, è stato obiettato che, seguendo il ragionamento della concezione special-preventiva, la pena di morte sarebbe giustificata⁹⁰.

Inoltre, in questo modo sarebbero anche ammissibili trattamenti come la sterilizzazione o la somministrazione di determinati psicofarmaci.

Infine, è stato ritenuto assolutamente inopportuno concedere l'impunità a un soggetto solo perché non ci sia più nulla da prevenire.

Nonostante il codice Rocco avesse inizialmente accolto la teoria special-preventiva e quella retributiva; nessuna tra le concezioni precedentemente esposte, in realtà, apparirebbe in grado di dare un fondamento alla funzione della pena.

Più recentemente, invece, sembrerebbe prevalere una concezione che individua nella pena una pluralità di funzioni, la c.d. teoria della pluridimensionalità, secondo cui l'idea retributiva e intimidatoria della pena si combinerebbe con i propositi preventivi e rieducativi, per conciliare le varie e complesse esigenze di lotta alla criminalità⁹¹.

La pena viene pertanto vista sia come punizione sia come opportunità, ed è qui che si innesterebbe l'introduzione di misure alternative alla detenzione, basate sul principio di rieducazione e di risocializzazione del condannato, conformate alla individualizzazione del trattamento e capaci di superare l'attuale primato della pena detentiva, la quale dovrebbe assumere invece il ruolo di *extrema ratio*.

1.3 L'articolo 27 comma 3 della Costituzione e la funzione rieducativa della pena

Il principio della rieducazione del condannato, contenuto nell'articolo 27 comma 3 della nostra Costituzione, ha svolto un ruolo significativo nelle fasi che hanno caratterizzato la sua storia, ispirando soprattutto le leggi speciali in materia di ordinamento penitenziario, prima tra tutte la legge 26 luglio 1975 n. 354, che ha anche contribuito a promuovere una riduzione del sovraffollamento carcerario attraverso la creazione di istituti alternativi al carcere, ricalcando un altro principio dell'art 27 comma 3, ovvero quello di umanità della pena.

⁹⁰ Non è un caso, infatti, che il codice Rocco, che accoglieva la teoria special-preventiva (oltre a quella retributiva), prevedesse la pena capitale.

⁹¹ MANTOVANI, *Diritto penale parte generale*, X edizione, 2017, 715 ss.

Il principio costituzionale in commento ha subito un *iter* travagliato per il suo totale accoglimento dottrinale, giurisprudenziale e legislativo. Le prime interpretazioni hanno tentato di limitare la portata innovativa del principio rieducativo, in modo da confinarlo al solo ambito di applicazione della pena.

Tuttavia, già a partire dai primi anni del 1970, l'attenzione per la rieducazione ha iniziato a svilupparsi su di un piano differente, non più limitato alla fase esecutiva della pena, ma esteso all'intera struttura del reato e capace di influenzare le successive scelte legislative⁹².

Tra le molteplici e differenti trattazioni sul concetto di rieducazione, va certamente posto l'accento su quella del Dolcini.

Il Dolcini parte dalla premessa secondo cui la prospettiva di una pena utile a restituire alla società un uomo migliore, nonostante possa sembrare l'emblema dei grandi progetti del diritto moderno, rischierebbe di essere semplicemente bollata come pura utopia, se confrontata con la fase storica e politica del nostro Paese⁹³.

L'Autore ha proposto quindi di illustrare tre ragioni per evitare che la funzione rieducativa sia liquidata e messa da parte, mostrando quanto di positivo il principio della rieducazione abbia prodotto nella seconda metà del secolo scorso; quanto invece nella prima parte del secolo attuale e quanto promette per il futuro.

In particolare, si è evidenziato come l'idea della rieducazione è stata da sempre criticata su due punti: in primo luogo, con riferimento soprattutto alla pena carceraria, è stato contestato il confronto tra norme scritte e realtà; in secondo luogo, sono state sollevate obiezioni sul piano strettamente ideologico della rieducazione⁹⁴.

L'inserimento del principio rieducativo in Costituzione è stato, infatti, difficoltoso: tra i membri della Commissione per la Costituzione, formata all'interno dell'Assemblea Costituente e avente il compito di proporre a

⁹² FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in BRANCA, PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione, Artt. 27-28. Rapporti civili*, Bologna, 1991, 224.

⁹³ DOLCINI, *La rieducazione: dalla realtà ai percorsi possibili*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1668. Sul punto, MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo Stato di diritto. Relazione di sintesi*, *ibidem*, 1753.

⁹⁴ DOLCINI, *La rieducazione*, cit., 1669.

quest'ultima il progetto della Carta Costituzionale, erano presenti giuristi assolutamente contrari al principio in questione, e che invece sostenevano il principio retributivo⁹⁵.

Nel periodo in cui si svolgevano i lavori preparatori della Costituzione, era ancora sentito il dibattito sulle teorie della pena, diviso tra funzione general-preventiva, funzione special-preventiva e funzione retributiva⁹⁶.

L'ideale rieducativo emerso durante i lavori preparatori poteva, in effetti, facilmente riconnettersi con la teoria della prevenzione speciale⁹⁷; da ciò, le preoccupazioni degli oppositori di quest'ultima teoria che ritenevano la norma costituzionale una inammissibile concessione a quella scuola di pensiero.

Non mancarono proposte atte a eliminare ogni riferimento alla funzione rieducativa, o perlomeno a delimitarla.

A tal proposito, uno degli emendamenti più famosi è stato quello presentato dal retributivista Giuseppe Bettiol, che proponeva una disposizione che recitasse: «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità o che ostacolano il processo di rieducazione del condannato». In questo modo, il principio rieducativo era attenuato in funzione della neutralità verso le dispute sulle teorie della pena⁹⁸.

Le riserve della dottrina si riproposero anche dopo l'entrata in vigore della nostra Carta fondamentale.

I primi anni del 1950 sono stati caratterizzati da un altissimo indice di criminalità, il quale aveva portato al riaffermarsi di teorie general-preventive e retributive, che miravano a demolire il primato della rieducazione avvalendosi di una triplice argomentazione basata sul testo stesso dell'articolo 27 comma 3 Cost.

⁹⁵ Il riferimento è qui a Giuseppe Bettiol, uno dei più fermi sostenitori della funzione retributiva. DOLCINI, *La rieducazione*, cit., 1669.

⁹⁶ V. cap. 1, 20 ss.

⁹⁷ Il primo testo dell'allora articolo 21 della Costituzione prevedeva: «le pene devono tendere alla rieducazione del condannato e non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità». FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, cit., 225 s.

⁹⁸ A tal proposito, uno degli emendamenti più famosi è stato quello presentato dal retributivista Giuseppe Bettiol, che proponeva: «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità o che ostacolano il processo di rieducazione del condannato». In questo modo, il principio rieducativo risultava attenuato in funzione della neutralità verso le dispute sulle teorie della pena. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980, 74; FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, cit., 227.

Ed invero, si era sottolineato come la Costituzione si preoccupasse in primo luogo di vietare trattamenti inumani o degradanti, da cui si poteva dedurre il carattere prettamente afflittivo della pena.

I detrattori della funzione rieducativa sostenevano, infatti, che una norma costruita esclusivamente sul principio rieducativo non avrebbe dovuto avere nessun riferimento al divieto di trattamenti inumani o degradanti, poiché già implicitamente contrari alla funzione rieducativa stessa.

Il secondo argomento si basava sul verbo “tendere”, che avrebbe dovuto indicare una prospettiva soltanto eventuale della rieducazione.

Un terzo argomento, ripreso anche nella sentenza della Corte Costituzionale 5 giugno 1956, n. 1, considerava l’articolo 27 comma 3 una norma programmatica⁹⁹, per cui tale norma, piuttosto che essere immediatamente vincolante, avrebbe dovuto introdurre un semplice obiettivo da realizzare¹⁰⁰.

Durante gli anni Sessanta, in pieno clima riformista, la dottrina aveva sviluppato una nuova concezione, la c.d. teoria della pluridimensionalità¹⁰¹, per la quale la pena, considerata nella sua essenza, avrebbe natura retributiva, tuttavia, sarebbe altresì suscettibile di essere inflitta per finalità differenti¹⁰². La sanzione sarebbe cioè egualmente rapportata con le altre funzioni della pena, assumendo una forma triplice: retributiva, general-preventiva e special-preventiva¹⁰³.

Tuttavia, l’orientamento in questione tendeva a essere interpretato come un semplice compromesso tra le varie teorie della pena.

Solo a partire dal 1970 circa, dopo un periodo di incertezze durato quasi trent’anni, la teoria della rieducazione è stata riconsiderata positivamente sia dalla dottrina, la quale acquisiva consapevolezza del ruolo centrale della finalità rieducativa della pena; sia dalla politica, che aveva iniziato a sviluppare particolare interesse per i problemi penitenziari.

⁹⁹ Le norme giuridiche in ambito costituzionale si dividono in immediatamente precettive e programmatiche. Mentre le prime, prescrivendo un comportamento da tenere o non tenere, sono introduttive di regole immediatamente cogenti; le seconde indicano invece le linee generali per obiettivi futuri che dovranno essere realizzati dal legislatore.

¹⁰⁰ FIANDACA, *Il 3° comma dell’art. 27*, cit., 231.

¹⁰¹ V. cap. I, 24.

¹⁰² FIANDACA, *Il 3° comma dell’art. 27*, cit., 236.

¹⁰³ V. cap. I, 20. Sul punto, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 715 ss; DOLCINI, *La rieducazione*, cit., 1671.

In quel periodo, il principio rieducativo era diventato il principale criterio ispiratore delle proposte di modifica del catalogo delle sanzioni¹⁰⁴.

In tale contesto veniva infatti promulgata la legge sull'ordinamento penitenziario n. 354 del 1975 contenente istituti volti, almeno idealmente, alla rieducazione e alla risocializzazione del detenuto.

Alla legge sull'ordinamento penitenziario seguirono poi la legge n. 689 del 1981 che aveva introdotto le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi e la legge n. 663 del 1986 (c.d. legge Gozzini), che aveva determinato diverse modifiche in tema di permessi premio, affidamento al servizio sociale, detenzione domiciliare, semilibertà, liberazione condizionale e liberazione anticipata.

Infine, sempre nei primi anni Settanta, l'articolo 27 comma 3 Cost. era stato posto alla base dell'interpretazione costituzionalmente orientata del principio di colpevolezza, come immancabile presupposto della punibilità. Tale interpretazione, che eleggeva a parametro normativo l'articolo 27 comma 1 Cost., era stata ripresa anche nella nota sentenza della Corte Costituzionale del 24 marzo 1988, n. 364¹⁰⁵, la quale aveva ammesso che la funzione rieducativa della pena postulasse necessariamente almeno la colpa dell'agente, essendo insensata la rieducazione di chi, non essendo nemmeno in colpa, non avesse alcun bisogno di essere rieducato¹⁰⁶.

Da queste ultime considerazioni si evince come il principio di rieducazione del condannato abbia contribuito allo sviluppo del nostro ordinamento penale, avviando una serie di miglioramenti verso una società più civile¹⁰⁷.

Il Dolcini ha infatti considerato il ruolo del principio rieducativo dall'inizio del nuovo millennio, evidenziando come questo abbia concorso in maniera decisiva, anche attraverso la Corte Costituzionale e la Corte EDU, allo svilupparsi di altri due principi fondamentali: il principio di umanità della pena e il principio di proporzione.

¹⁰⁴ FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27, cit.*, 243.

¹⁰⁵ FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza inescusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza 364/88*, in *Foro it.*, 1988, 1385; PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 686.

¹⁰⁶ DOLCINI, *La rieducazione*, cit., 1671 s.

¹⁰⁷ DOLCINI, *La rieducazione*, cit., 1671 s.

Il principio di umanità della pena è previsto sia dall'articolo 27 comma 3 della nostra Costituzione, sia dall'articolo 3 CEDU, che rappresenta, riprendendo la definizione data dalla Corte di Strasburgo, un principio fondamentale delle società democratiche¹⁰⁸.

È stata proprio tale norma che ha contribuito a ridurre la distanza tra la realtà e i canoni di umanità e di rieducazione¹⁰⁹.

Con la sentenza della Corte EDU 8 gennaio 2013 *Torreggiani e altri c. Italia*¹¹⁰, infatti, il nostro Paese è stato condannato per non aver garantito le condizioni detentive rispettose degli *standard* minimi di umanità di cui all'articolo 3 CEDU, passo ineludibile per una efficace rieducazione¹¹¹.

Il secondo principio che il Dolcini ha ricollegato alla funzione rieducativa è il principio di proporzione.

Per l'Autore, il principio di proporzione esprime l'esigenza di pene proporzionate alla gravità del reato ed entro i limiti della colpevolezza individuale. Solo pene non sproporzionate alla gravità del fatto criminoso possono, infatti, essere percepite come legittime dal condannato e quindi svolgere la loro funzione rieducativa¹¹².

¹⁰⁸ Sentenza *Soering c. Regno Unito*, 7 luglio 1989, riferimento 14038/88, che riguardava il caso di un cittadino tedesco condannato negli Stati Uniti, dove avrebbe subito la condanna alla pena capitale per omicidio.

¹⁰⁹ MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali*, cit., 1752.

¹¹⁰ La sentenza *Torreggiani* ha riguardato sette ricorsi depositati tra il 2009 e il 2010 da altrettanti carcerati che lamentavano di aver subito un trattamento inumano e degradante, essendo stati detenuti in celle di nove metri quadrati, da condividere con altre persone, per periodi che andavano da 14 a 54 mesi, tra il 2006 e il 2011. La Corte europea, preso atto del fatto che il sovraffollamento carcerario in Italia non riguardava esclusivamente i casi dei ricorrenti, ha deciso di applicare la procedura della sentenza pilota, tenuto conto del crescente numero di persone potenzialmente interessate in Italia e delle sentenze di violazione alle quali i ricorsi in questione avrebbero potuto dare luogo. Sul punto, REDAZIONE GIURISPRUDENZA PENALE, *Sentenza Torreggiani: Strasburgo condanna l'Italia*, in www.giurisprudenzapenale.com, 2013.

¹¹¹ A seguito della sentenza *Torreggiani*, l'Italia ha introdotto una serie di riforme che sono intervenute sui presupposti della custodia cautelare in carcere, sull'area applicativa delle misure alternative alla detenzione, sulla sospensione dell'esecuzione delle pene detentive ex articolo 656 c.p.p. e sulla liberazione anticipata. Tali riforme hanno consentito la riduzione del tasso di sovraffollamento dal 151% del 2010 al 105% del 2015. Dal 2016, però, la situazione ha ricominciato a peggiorare, portando a un tasso di sovraffollamento pari al 119,68% nel maggio 2019.

¹¹² Inoltre, il principio rieducativo, combinato con quello di proporzione, ha fornito alla Corte Costituzionale una solida base da cui partire per eliminare dal nostro ordinamento la recidiva obbligatoria di cui all'art 99 comma 5 c.p. e per attenuare la recidiva reiterata ex articolo 99 comma 4 c.p. Sul punto, DOLCINI, *La rieducazione*, cit., 1674.

Inoltre, anche questo principio ha un suo corrispettivo sovranazionale, precisamente all'articolo 49 comma 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che recita «le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato».

Concludendo il proprio scritto, il Dolcini ha promosso i contenuti della delega inserita nella legge 23 giugno 2017, n. 103, in quanto questa ha previsto istituti, tra cui il permesso di affettività, la sorveglianza dinamica, l'incremento del lavoro interno ed esterno al carcere e le misure c.d. di comunità, tutti strettamente legati al principio rieducativo¹¹³.

L'Autore ha dedicato particolare attenzione ad alcuni temi della riforma Orlando, certamente vicini all'idea rieducativa, concentrandosi, da un lato, sul permesso di affettività¹¹⁴, che permetterebbe ai detenuti di continuare ad avere relazioni affettive intime¹¹⁵; dall'altro, sulla c.d. giustizia riparativa, che consentirebbe l'estinzione del reato o un'attenuazione di pena a seguito di condotte di mediazione con la persona offesa.

Tuttavia, si è già detto di come la delega contenente questi istituti sopra elencati, insieme ad altre previsioni idonee a promuovere la funzione rieducativa disincentivando la generica carcerazione in chiave puramente neutralizzante, non è stata esercitata dal subentrante governo¹¹⁶.

A questo proposito, è opportuno citare un breve commento del Fiandaca che, seppur risalente a circa diciotto anni fa, è rimasto estremamente attuale: «Finché non matureranno nel nostro paese le condizioni politiche necessarie a realizzare le riforme minime ormai da tempo sollecitate dalla scienza penalistica più avveduta, la politica criminale continuerà a essere troppo soggetta ai contraddittori impulsi delle scelte politiche contingenti»¹¹⁷.

¹¹³ Nel testo della delega contenuta nella legge n. 103/2017 ricorrevano, infatti, molteplici riferimenti al trattamento rieducativo, al recupero sociale e al reinserimento sociale dei detenuti. Tuttavia, il Dolcini critica anche la scelta effettuata dalla riforma Orlando di mantenere la disciplina *ex* 41-bis ord. penit. e quella dell'ergastolo ostativo per i casi di criminalità organizzata e terrorismo. DOLCINI, *La rieducazione*, cit., 1680. MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali*, cit., 1752.

¹¹⁴ Art. 1 comma 85 L. n. 103/2017.

¹¹⁵ Il Dolcini sottolinea come tale tipologia di permesso è già utilizzato in altri paesi europei, portando l'esempio della Francia, dove è concesso al detenuto di beneficiare di una visita familiare di durata compresa tra le 6 e le 72 ore. DOLCINI, *La rieducazione*, cit., 1681.

¹¹⁶ V. cap. I, 2.

¹¹⁷ FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, cit., 345.

2. La visione carcerocentrica: la pena come neutralizzazione

Nelle proposte della dottrina, un sistema penitenziario che sia in grado di dare effettiva attuazione al principio costituzionale *ex* articolo 27 comma 3 dovrebbe limitare la pena detentiva – la quale è certamente la meno idonea a svolgere la funzione rieducativa a cui ogni pena dovrebbe tendere — da un lato, incentivando l'utilizzo delle misure alternative, dall'altro, promuovendo l'umanizzazione dell'esecuzione della pena carceraria¹¹⁸.

Prendendo in considerazione il primo punto, infatti, le misure alternative permettono di dare attuazione a principi quali quello della pena detentiva come *extrema ratio* e quello dell'esecuzione progressiva della pena¹¹⁹.

L'esigenza di trovare soluzioni alternative al carcere si evince maggiormente nei confronti delle pene detentive di minore durata, per le quali la permanenza in carcere per periodi brevi non permette di svolgere una funzione rieducativa, ma risulta anzi criminogena, contribuendo inoltre al sovraffollamento carcerario.

Le pene detentive brevi risultano quindi disfunzionali al principio rieducativo a causa dell'interruzione dei rapporti sociali e delle influenze criminogene a cui il soggetto viene esposto¹²⁰, avvicinandosi alla dannosità della pena detentiva di media-lunga durata¹²¹.

Per contrastare tali fenomeni negativi, la dottrina si è espressa in favore, in particolare, dell'affidamento in prova al servizio sociale e della detenzione domiciliare¹²².

L'affidamento in prova al servizio sociale¹²³ era inizialmente applicabile solo per pene detentive non superiori a tre anni e non si presentava come una

¹¹⁸ DELLA BELLA, *Il carcere oggi: tra diritti negati e promesse di rieducazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 4/2017, 42 ss

¹¹⁹ DOLCINI, *La rieducazione del condannato: un'irrinunciabile utopia?*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 dicembre 2011, 9.

¹²⁰ Sul punto, DELVECCHIO, *Il detenuto a rischio radicalizzazione e i rimedi delle prevenzione terziaria: triage iniziale, scelta allocativa e ruolo degli operatori penitenziari*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 6/2017, 196.

¹²¹ PERINI, *Prospettive attuali dell'alternativa al carcere tra emergenza e rieducazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 4/2017, 81.

¹²² DOLCINI, *La rieducazione del condannato*, cit., 10 s.; PERINI, *Prospettive attuali dell'alternativa al carcere*, cit., 82 ss.

¹²³ Articolo 47 ord. penit.

misura totalmente alternativa alla detenzione, poiché richiedeva la permanenza in carcere per un periodo non inferiore a un mese, affinché si potesse procedere con l'osservazione scientifica della personalità del condannato, prassi necessaria per la concessione della misura.

Dopo una prima modifica ad opera della legge n. 663/1986, l'istituto dell'affidamento in prova al servizio sociale è stato ulteriormente modificato con la legge 27 maggio 1998, n. 165 (c.d. Legge Simeone), la quale ha disposto che la misura può essere applicata senza procedere all'osservazione in istituto quando il soggetto abbia tenuto, dopo la commissione del fatto, un comportamento tale da poter ritenere che l'affidamento possa contribuire alla sua rieducazione e possa prevenire la commissione di altri reati da parte dello stesso.

Inoltre, a seguito della sentenza della Corte EDU 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, con la quale il nostro Paese è stato condannato per violazione dell'articolo 3 CEDU, l'istituto dell'affidamento in prova al servizio sociale è stato ulteriormente migliorato, prevedendone la fruibilità anche per il condannato a pena detentiva non superiore a quattro anni quando, almeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta di concessione della misura, questi abbia tenuto un comportamento tale da consentire di ritenere che la stessa contribuisca alla rieducazione del soggetto e prevenga il rischio che egli commetta altri reati.

Il pregio dell'affidamento in prova al servizio sociale sarebbe quindi quello di evitare gli effetti negativi conseguenti a una pena detentiva breve, anche grazie alle diverse prescrizioni che lo accompagnano, oltre a quello di contribuire alla deflazione carceraria¹²⁴.

Il secondo istituto ampiamente utilizzato come alternativa alla pena detentiva di breve durata è la detenzione domiciliare¹²⁵.

La detenzione domiciliare permette al condannato di scontare la pena presso la propria abitazione¹²⁶ (o presso un luogo assimilato), senza potersi

¹²⁴ PERINI, *Prospettive attuali dell'alternativa al carcere*, cit., 83 s.

¹²⁵ Articolo 47-ter ord. penit.

¹²⁶ Sono previste quattro ipotesi di detenzione domiciliare: la prima ammette la misura per espiare la pena della reclusione per qualunque reato, a eccezione di quelli previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, e dagli artt. 609-bis, 609-quater e 609-octies c.p., dall'art. 51 comma 3-bis c.p.p. e dall'art. 4-bis ord. penit., nella propria abitazione o in altro luogo pubblico di cura,

allontanare, se non per ragioni particolari nel rispetto delle prescrizioni imposte dal Tribunale di Sorveglianza.

La fortuna della misura sembra consistere nella sua capacità di assicurare un controllo sul condannato grazie alla limitazione della sua libertà individuale. Questo elemento consente di poter prendere in esame la detenzione domiciliare anche come soluzione alternativa alle pene di media-lunga durata, grazie alla possibilità, che tale misura offre, di venire incontro a esigenze di tipo umanitario o sociale, comunque dipendenti dalla situazione fisico-psichica del condannato, che con il carcere sarebbe peggiorata¹²⁷.

Analogamente a quanto accaduto con l'affidamento in prova al servizio sociale, anche la detenzione domiciliare è stata oggetto di modifica da parte del legislatore a seguito della sentenza *Torreggiani*, divenendo uno strumento di risposta alla crisi del sistema carcerario.

Inoltre, sempre a seguito della sentenza *Torreggiani*, nel 2013 è stato reso definitivo l'istituto dell'esecuzione della pena detentiva presso il domicilio per le pene non inferiori a 12 mesi, poi elevato a 18 mesi, introdotto con l. 26 novembre 2010, n. 199¹²⁸.

Si è detto in precedenza¹²⁹ che un altro obiettivo del sistema penitenziario dovrebbe essere quello di promuovere l'umanizzazione della pena detentiva.

assistenza o accoglienza, quando trattasi di persona che al momento dell'inizio dell'esecuzione o dopo l'inizio della stessa abbia compiuto i settanta di età purché non sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza, né sia stato mai condannato con l'aggravante di cui all'art 99 c.p. La seconda prevede la concessione della misura al condannato alla pena dell'arresto o della reclusione non superiore a quattro anni, se si tratta di donna incinta o madre di prole inferiore a dieci anni con lei convivente; padre esercente la potestà di prole di età inferiore a dieci anni, quando la madre sia deceduta o altrimenti impossibilitata ad assistere la prole; persona in condizioni di salute gravi; persona di età superiore a sessanta anni, se inabile anche solo parzialmente; persona minore di ventuno anni, per comprovate ragioni di salute, di studio, di lavoro e di famiglia. La terza ipotesi prevede la concessione della misura, eccetto che per i condannati per uno dei reati di cui all'art. 4-bis ord. penit., nel caso in cui la pena inflitta non superi i due anni, quando non ricorrano i presupposti per l'affidamento in prova e sempre che la detenzione domiciliare sia idonea a evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati. La quarta ipotesi prevede la concessione della misura anche se la pena supera i quattro anni, quando potrebbe essere disposto il rinvio, obbligatorio o facoltativo, dell'esecuzione della pena ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p. FILIPPI, SPANGHER, CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 93 ss.

¹²⁷ PERINI, *Prospettive attuali dell'alternativa al carcere*, cit., 83.

¹²⁸ Sulla legge n. 199/2010, TURCHETTI, *Legge svuotacarceri e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 dicembre 2010; ID., *Emergenza carceri: una prima risposta dal governo Monti*, *ivi*, 13 gennaio 2012, 3 ss.

¹²⁹ V. cap. I, 31.

Un modello penitenziario che tende alla rieducazione deve prevedere un carcere che sia il più simile possibile al mondo dei liberi, che sia una sorta di «palestra per i detenuti ove ricostruire o costruire *ex novo* una competenza a vivere nella legalità all'interno del consorzio civile»¹³⁰.

Negli ultimi anni, si è compiuto un primo passo verso questo obiettivo, prevedendo un modello di carcere “aperto”, caratterizzato cioè dalla possibilità per i detenuti di muoversi all'interno della sezione dell'istituto penitenziario in cui sono ristretti¹³¹.

Tra l'altro, il perseguimento di tale regime aperto non ha comportato neppure la necessità di provvedere ad alcuna modifica normativa: era tutto già previsto all'articolo 6 ord. penit., il quale indirettamente prevede che il detenuto debba essere rinchiuso nei locali di pernottamento solamente durante la notte, eppure tale disposizione non era mai stata attuata.

Oltre al regime detentivo aperto, per assicurare un'esecuzione della pena conforme ai diritti della persona, è necessario garantire al detenuto ulteriori attività risocializzanti.¹³²

Alcune tra queste rientravano nella delega contenuta nella riforma Orlando, come ad esempio l'incremento delle opportunità di lavoro, le attività di giustizia riparativa e il mantenimento delle relazioni familiari tramite l'utilizzo di collegamenti audiovisivi o tramite il c.d. permesso di affettività¹³³.

Tuttavia, la distanza tra la realtà carceraria e le considerazioni della dottrina è ancora notevole¹³⁴, e ciò denota un primo sintomo di crisi del sistema sanzionatorio.

La privazione della libertà dovrebbe rappresentare l'*extrema ratio*, nel senso che vi si dovrebbe ricorrere solo qualora non risulti efficace nessun altro rimedio e, in tal caso, la pena detentiva dovrebbe comunque essere improntata alla risocializzazione del condannato. Ciò dovrebbe quindi comportare l'abbandono

¹³⁰ DELLA BELLA, *Il carcere oggi*, cit., 46.

¹³¹ La legge n. 103/2017 prevedeva anche una nuova tipologia di controllo, la c.d. sorveglianza dinamica, che presuppone la sostituzione del controllo fisico da parte degli organi di polizia penitenziaria con un'attività di controllo a distanza, sulla base di un percorso di conoscenza e osservazione della persona. Sul punto, DELLA BELLA, *Il carcere oggi*, cit., 47.

¹³² DELLA BELLA, *Il carcere oggi*, cit., 47.

¹³³ V. cap. I, 30.

¹³⁴ DOLCINI, *Carcere, problemi vecchi e nuovi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 novembre 2018, 2.

della pena detentiva breve e l'introduzione definitiva di misure alternative per reati di lieve o media entità. Purtroppo, però, come si è già detto, la realtà attuale è decisamente diversa¹³⁵.

Difatti, nonostante la presenza d'istituti deflattivi, il tasso di sovraffollamento nelle carceri si assesta al 119,68% nel maggio 2019.

A un aggravamento della situazione del nostro sistema sanzionatorio, hanno contribuito le linee guida sulla politica penale enunciate nel punto 12 del “Contratto per il Governo del cambiamento”, ossia il programma politico dell'attuale Governo¹³⁶.

L'idea di fondo di tale manifesto è una: la pena detentiva deve essere l'unica pena, peraltro da scontarsi integralmente in carcere.

Il Contratto di Governo contiene alcuni punti centrali dell'attuale realtà politica italiana, proclamando che «occorre realizzare condizioni di sicurezza nelle carceri, rivedendo e modificando il protocollo della c.d. sorveglianza dinamica e del regime penitenziario ‘aperto’, mettendo in piena efficienza i sistemi di sorveglianza [...]. È necessario riscrivere la c.d. riforma dell'ordinamento penitenziario al fine di garantire la certezza della pena per chi delinque e la maggior tutela della sicurezza dei cittadini [...]. Si prevede altresì una rivisitazione sistematica e organica di tutte le misure premiali per garantire l'effettività del principio di rieducazione della pena. Occorre rivedere le nuove linee guida sul c.d. 41-*bis*, così da ottenere un effettivo rigore nel funzionamento del regime del carcere duro»¹³⁷.

La conferma dell'immobilismo sul piano della rieducazione e della umanizzazione del detenuto da parte dell'attuale Governo si evince dall'attuazione, solamente parziale, delle deleghe contenute nella riforma Orlando.

In proposito, infatti, nei decreti legislativi adottati dalla nuova legislatura¹³⁸ manca ogni riferimento all'eliminazione di preclusioni e automatismi relativi all'accesso ai benefici penitenziari; sono assenti progetti atti a

¹³⁵ MOCCIA, *Riflessioni intorno al sistema sanzionatorio e propositi di riforma*, in *Leg. Pen.*, 9 settembre 2016, 5 s.

¹³⁶ DOLCINI, *Carcere, problemi vecchi e nuovi*, cit., 4.

¹³⁷ Contratto per il Governo del Cambiamento, punto 12 “Giustizia rapida ed efficiente”, 25 s.

¹³⁸ D.lgs. 2 ottobre 2018 n. 123 e n. 124.

valorizzare e coordinare le misure alternative alla detenzione; non figura nessuna previsione in tema di sostegno ai detenuti con disagi psichici e quasi nessuna in tema di diritto all'affettività¹³⁹.

Il risultato di un sistema incentrato sulla genericità del trattamento individualizzato, senza alcuna attenzione ai diritti e alle esigenze dei detenuti, comporta l'accrescersi delle solitudini in carcere.

Le conseguenze del sentimento di solitudine che si può patire in carcere sono principalmente due: la prima concerne il rischio che il carcere, senza l'adeguato supporto rieducativo e risocializzante, diventi una scuola di criminalità e non una palestra¹⁴⁰ di vita per i detenuti¹⁴¹.

La seconda riguarda il terribile fenomeno dei suicidi in carcere. Nei confronti di chi entra in carcere, lo Stato dovrebbe garantire i diritti fondamentali del detenuto, primo fra tutti il diritto all'incolumità. Infrange quest'onere lo Stato che non solo permetta che si muoia in carcere, ma che si muoia "di carcere"¹⁴².

Tra il 1990 e il 2018 i suicidi in carcere sono stati 1.484; considerando solo il 2018 sono stati 61, mentre, nello stesso anno, le morti per cause naturali sono state 100. Questo significa che nel 2018, il 38% delle morti avvenute in carcere sono state suicidi¹⁴³.

Inoltre, un'alta percentuale di tali suicidi avviene solitamente in istituti o reparti sottoposti a restrizioni particolari, quindi durante il periodo in regime *ex 41-bis* ord. penit. o durante la sanzione disciplinare dell'isolamento.

Sommando tutte queste considerazioni, il risultato è gravissimo: la strada imboccata dal sistema penitenziario è tortuosa; il rifiuto dell'attuale forza politica ad aprirsi verso visioni rieducative e risocializzanti prefigura un aggravarsi della già preoccupante situazione di sovraffollamento e un netto passo indietro dalla funzione rieducatrice della pena – così come, dopo interminabili dibattiti¹⁴⁴, prospettata e interpretata nell'articolo 27 comma 3 Cost. – verso una visione

¹³⁹ DOLCINI, *Carcere, problemi vecchi e nuovi*, cit., 5.

¹⁴⁰ Il riferimento è alla citazione di Della Bella, v. cap. I, 34.

¹⁴¹ DI ROSA, *Le solitudini in carcere. Il detenuto malato e il detenuto straniero: dialogo a tre voci*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 luglio 2018, 1.

¹⁴² DOLCINI, *La rieducazione del condannato*, cit., 5.

¹⁴³ Ministero della giustizia, *Eventi critici negli istituti penitenziari*.

¹⁴⁴ V. cap. I, 24 ss.

carcero-centrica, inquadrabile in un'angolazione di pura e semplice neutralizzazione del detenuto.

2.1 Il trattamento penitenziario

Nella prima metà degli anni Settanta, la disciplina del carcere era ancora contenuta nel regolamento penitenziario fascista del 1931, il quale non prevedeva nessuna misura alternativa alla detenzione.

Proprio in quel periodo, erano iniziate le prime rivolte carcerarie con lo scopo di ottenere una riforma del sistema penitenziario più attenta alle esigenze e ai diritti dei detenuti.

Inizialmente, lo Stato italiano aveva sedato tali rivolte tramite il ricorso ai trasferimenti o agli internamenti nei manicomi, tuttavia, con l'intensificarsi delle proteste dei detenuti, tra i quali i numerosi condannati per i delitti di terrorismo che caratterizzavano quel periodo storico-culturale, il Parlamento fu costretto a intervenire con la riforma sull'ordinamento penitenziario, alla quale si giunse con la legge 26 luglio 1975, n. 354 recante «Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà»¹⁴⁵.

L'esecuzione delle disposizioni sull'ordinamento penitenziario è disciplinata nel dettaglio dal regolamento penitenziario, approvato con d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

La riforma del 1975 ha introdotto una serie di pilastri fondamentali del sistema penitenziario italiano. Uno di questi è il trattamento penitenziario¹⁴⁶.

Il trattamento penitenziario è il complesso delle regole che disciplinano l'esecuzione della pena detentiva e che, per il combinato disposto dell'articolo 27 comma 3 Cost e dell'articolo 1 commi 1 e 5 ord. penit., non deve consistere in

¹⁴⁵ CALDERONE, *L'articolo 41 bis Ord. penit. e altri regimi particolari di detenzione*, in *www.adir.unifi.it*, 2005, cap. I, 1. Per una trattazione più approfondita della riforma del 1975, si rimanda a BRUTI LIBERATI, *Dieci anni di riforma penitenziaria*, in *Quest. Giust.*, 2015, 2; DELLA CASA, *Quarant'anni dopo la riforma del 1975 (ovvero: il continuo divenire della questione penitenziaria)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 3, 1163 ss.

¹⁴⁶ CALDERONE, *L'articolo 41 bis Ord. penit.*, cit., cap. I, 2.

trattamenti contrari al senso di umanità e deve tendere alla rieducazione del condannato.¹⁴⁷

Tale trattamento, ai sensi degli articoli 13 ord. penit. e 27 reg. penit., deve essere individualizzato, ossia deve accertare i bisogni di ciascun soggetto, connessi alle eventuali carenze fisiche, psichiche, affettive, educative e sociali che sono state la causa di una mancata instaurazione di una normale vita di relazione e deve provvedere alla migliore soluzione per la risocializzazione¹⁴⁸.

Gli articoli 13 ord. penit. e 29 reg. penit. disciplinano la compilazione del programma individualizzato di trattamento, redatto da un gruppo di osservazione e trattamento, presieduto dal direttore dell'istituto.

Il trattamento individualizzato, formulato attraverso l'osservazione scientifica della personalità, rappresenta il mezzo attraverso il quale il detenuto verrà reintrodotta nel contesto sociale da cui si è distaccato¹⁴⁹.

Tale reinserimento sociale dovrebbe avvenire soprattutto tramite l'applicazione delle misure alternative alla detenzione, che sono considerate «l'estrinsecazione più ampia del trattamento risocializzante»¹⁵⁰.

Queste ultime, ricomprese tra i provvedimenti di sostegno, si individuano, nella fase di cognizione, nelle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi e nelle sanzioni del giudice di pace, mentre, nella fase dell'esecuzione, si identificano nell'affidamento ordinario in prova al servizio sociale, nella detenzione domiciliare ordinaria, nella semilibertà, nella liberazione condizionale, nell'assistenza all'esterno dei figli minori, nelle visite al minore infermo o al figlio, coniuge o convivente affetto da handicap in situazioni di gravità e nel lavoro all'esterno.

Tra i provvedimenti di sostegno sono ricomprese anche le misure premiali, le quali si individuano nei permessi, nella remissione del debito, nella riabilitazione e nella liberazione anticipata.

In alcuni casi sono applicati i provvedimenti *extra ordinem*, che si suddividono in concessione di benefici penitenziari, affidamento in prova al

¹⁴⁷ FILIPPI, SPANGHER, CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, IV ediz., Milano, 2016, 40.

¹⁴⁸ CALDERONE, *L'articolo 41 bis Ord. penit.*, cit., I, 2.; FILIPPI, SPANGHER, CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 49.

¹⁴⁹ CALDERONE, *L'articolo 41 bis Ord. penit.*, cit., cap. I, 2.

¹⁵⁰ CALDERONE, *L'articolo 41 bis Ord. penit.*, cit., cap. I, 2.

servizio sociale per tossico-alcool dipendenti, sospensione dell'esecuzione della pena detentiva per tossicodipendenti, affidamento in prova e detenzione domiciliare nei confronti di persone affette da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, detenzione domiciliare speciale, esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi, benefici penitenziari nei confronti dei collaboratori di giustizia ed espulsione dello straniero dal territorio dello Stato.

Sono poi contemplati i provvedimenti di indulgenza, i quali hanno la funzione di estinguere la pena e che si dividono in amnistia, indulto e grazia.

I provvedimenti sospensivi, invece, si limitano a sospendere l'esecuzione della pena e sono: la sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva nel limite massimo di due anni, la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, il rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena detentiva e delle misure di sicurezza, l'infermità psichica sopravvenuta, la sopravvenienza di nuovi titoli di privazione della libertà e la sospensione dell'esecuzione nel corso del procedimento di revisione.

Infine, sono previsti i provvedimenti modificativi della pena, ossia il c.d. cumulo giuridico.

Il trattamento penitenziario si attua negli istituti penitenziari per adulti, che si distinguono in: 1) istituti di custodia cautelare (c.d. case circondariali)¹⁵¹; 2) istituti per l'esecuzione delle pene (nello specifico, case di arresto e case di reclusione)¹⁵²; 3) istituti per l'esecuzione delle misure di sicurezza detentive, che si distinguono in: colonie agricole, case di lavoro, case di cura e custodia e R.E.M.S.¹⁵³; 4) centri di osservazione.

L'articolo 15 dell'ordinamento penitenziario prevede che il trattamento penitenziario è essenzialmente rivolto a un fine rieducativo e, per raggiungere tale fine, si avvale dell'istruzione, del lavoro, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive, agevolando inoltre i rapporti con il mondo esterno e con la famiglia¹⁵⁴.

¹⁵¹ Articolo 60 ord. penit.

¹⁵² Articolo 61 ord. penit.

¹⁵³ Articolo 62 ord. penit.

¹⁵⁴ FILIPPI, SPANGHER, CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 44.

A tal proposito, l'articolo 19 ord. penit. prevede l'organizzazione di corsi di istruzione e di corsi di addestramento professionale, agevolando in particolar modo il compimento degli studi universitari.

Gli articoli 20 e 20-*bis* disciplinano l'attività lavorativa dei detenuti e degli internati, favorendo la partecipazione a corsi di formazione professionale e garantendo una equa retribuzione (articolo 22 ord. penit.).

Gli articoli 26, 27 e 28 ord. penit. disciplinano rispettivamente la libertà di professare la propria fede religiosa all'interno dell'istituto; l'organizzazione di attività culturali, ricreative e sportive; il mantenimento o il ristabilimento dei rapporti del detenuto o internato con la propria famiglia.

In attuazione dell'articolo 27 comma 3 Cost., il regolamento penitenziario ha introdotto diverse prescrizioni dirette ad attuare la rieducazione del detenuto e dell'internato, nel rispetto della sua persona¹⁵⁵.

In particolare, i luoghi in cui si svolge la vita dei detenuti e degli internati devono essere igienicamente adeguati e le finestre dei locali di pernottamento devono consentire il passaggio diretto di luce e aria naturali¹⁵⁶.

I detenuti possono usare un apparecchio radio personale e, se il direttore dell'istituto ne autorizza l'uso, anche PC e CD per motivi di lavoro o di studio¹⁵⁷.

I servizi igienici devono essere collocati in un locale annesso alla camera, forniti di acqua calda e fredda, dotati di lavabo e doccia e, nelle sezioni femminili in particolare, di bidet¹⁵⁸.

Devono essere messi a disposizione idonei locali di culto per le diverse fedi religiose¹⁵⁹.

Per quanto riguarda la permanenza all'aperto, questa deve essere garantita per almeno quattro ore al giorno, salvo una riduzione a due ore al giorno per motivi eccezionali¹⁶⁰.

Circa i contatti con l'esterno, i detenuti e gli internati possono usufruire di sei colloqui al mese, senza mezzi divisorii e della durata massima di un'ora¹⁶¹;

¹⁵⁵ Per una più completa trattazione di tali previsioni, FILIPPI, SPANGHER, CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 46 ss.

¹⁵⁶ Articolo 6 ord. penit.

¹⁵⁷ Articolo 40 reg. penit.

¹⁵⁸ Articolo 8 ord. penit. e 7 reg. penit.

¹⁵⁹ Articolo 11 reg. penit.

¹⁶⁰ Articolo 10 ord. penit.

nondimeno, è concesso un colloquio telefonico una volta a settimana per la durata massima di dieci minuti¹⁶². Inoltre, i detenuti e gli internati possono essere ammessi a ricevere e inviare corrispondenza epistolare e telegrafica¹⁶³.

Tuttavia, alcuni tra i diritti dei detenuti appena elencati possono subire delle limitazioni.

Deve essere precisato, infatti, che l'articolo 1 comma 3 ord. penit. prevede che, negli istituti penitenziari, devono essere mantenuti l'ordine e la sicurezza e, sulla base di questa previsione, possono essere adottate delle restrizioni a discapito dei detenuti, solo se legittime per mantenere l'ordine e la disciplina.

Proprio per tutelare l'ordine e la disciplina dell'istituto, i detenuti e gli internati possono essere sottoposti a perquisizione personale, necessariamente nel pieno rispetto della personalità¹⁶⁴.

Inoltre, solo per esigenze di indagine, di investigazione, o di prevenzione dei reati ovvero per ragioni di sicurezza o di ordine dell'istituto, l'articolo 18-*ter* ord. penit. ammette il controllo sulla corrispondenza¹⁶⁵, disposto con decreto motivato dal magistrato di sorveglianza¹⁶⁶, su richiesta del P.M. o su proposta del direttore dell'istituto e per un periodo non superiore a sei mesi, prorogabile per periodi non superiori a tre mesi.

I detenuti e gli internati possono anche subire trasferimenti, oltre che per motivi di salute o di studio, anche per gravi e comprovati motivi di sicurezza, di giustizia o per esigenze dell'istituto¹⁶⁷. I soggetti devono essere trasferiti nell'istituto più vicino possibile alla residenza delle loro famiglie, con almeno parte del loro peculio¹⁶⁸.

¹⁶¹ Articolo 18 ord. penit. e 37 reg. penit.

¹⁶² Articolo 18 ord. penit. e 39 reg. penit.

¹⁶³ Articolo 18 ord. penit. e 38 reg. penit.

¹⁶⁴ Articolo 34 ord. penit.

¹⁶⁵ Sono tassativamente predeterminate dalla legge, all'articolo 18-*ter*, le uniche tre forme di controllo della corrispondenza: controllo, alla presenza del detenuto, del contenuto delle buste senza lettura della corrispondenza; sottoposizione a visto di controllo e quindi lettura degli scritti; limitazioni alla corrispondenza.

¹⁶⁶ Oppure, nei confronti degli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, il giudice precedente.

¹⁶⁷ L'istituto del trasferimento è stato spesso abusato, incidendo sulla risocializzazione del detenuto.

¹⁶⁸ Articolo 42 ord. penit. I trasferimenti vanno distinti dalle traduzioni, che sono invece tutte le attività di accompagnamento coattivo, da un luogo verso un altro, di soggetti in stato di restrizione della libertà personale (articolo 42-*bis* ord. penit.).

Il trattamento penitenziario può essere attuato anche mediante i provvedimenti di rigore, ossia il regime di sorveglianza particolare, la sospensione delle normali regole di trattamento, le sanzioni disciplinari e l'isolamento.

Per quanto riguarda le sanzioni disciplinari, l'articolo 36 ord. penit. prevede che il regime disciplinare sia attuato in maniera tale da stimolare il senso di responsabilità e la capacità di autocontrollo del detenuto, e che sia adeguato alle condizioni fisiche e psichiche del soggetto.

Il regime disciplinare è fondato sul binomio ricompensa-punizione, il quale evidenzia la volontà del legislatore di utilizzare il regime disciplinare non solo come mezzo di gestione degli istituti penitenziari, ma anche come strumento rieducativo¹⁶⁹.

Gli articoli 37 e 38 ord. penit. rinviano al regolamento penitenziario per l'individuazione delle ricompense e delle sanzioni disciplinari, rispettivamente delineate all'articolo 76 e 77 reg. penit.

Alcune delle condotte contenute all'articolo 77 reg. penit. costituiscono fattispecie delittuose e, nel caso in cui l'autorità competente a giudicare l'infrazione disciplinare — individuata, a seconda della gravità del fatto, nel direttore o nel consiglio di disciplina — ravvisi gli estremi di un reato perseguibile d'ufficio, è tenuta a denunciarlo al P.M., ai sensi dell'articolo 331 comma 4 c.p.p.

L'articolo 39 ord. penit. elenca le sanzioni disciplinari, ossia il richiamo del direttore, l'ammonizione, l'esclusione dalle attività ricreative e sportive per non più di dieci giorni, l'isolamento durante la permanenza all'aria aperta per non più di dieci giorni, l'esclusione dalle attività in comune per non più di quindici giorni.

Proprio a tale ultima tipologia di sanzione consegue l'isolamento continuo, la più grave delle sanzioni disciplinari, previsto dall'articolo 33 ord. penit. che, in alternativa a tale ragione punitiva, può essere previsto per ragioni di salute o per esigenze di cautela processuale, ma può anche essere richiesto dal detenuto stesso¹⁷⁰.

¹⁶⁹ CALDERONE, *L'articolo 41 bis Ord. penit.*, cit., cap. I, 7.

¹⁷⁰ FILIPPI, SPANGHER, CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 179.

L'isolamento continuo comporta la separazione del condannato, dell'internato o della persona sottoposta alle indagini dagli altri detenuti, non impedendo tuttavia i colloqui con il difensore.

Gli altri provvedimenti di rigore sono il regime di sorveglianza particolare e la sospensione temporanea delle normali regole di trattamento.

La disciplina del regime di sorveglianza particolare è collocata nel capo III dell'ordinamento penitenziario, dedicato alle modalità di trattamento, precisamente agli articoli 14-*bis*, 14-*ter* e 14-*quater*. Con tale collocazione si è voluto sottolineare il carattere preventivo-cautelare del regime, che è considerato quindi una forma di trattamento individualizzato¹⁷¹.

L'articolo 14-*bis* ord. penit prevede che possono essere sottoposti al regime in questione¹⁷², per un periodo non superiore a sei mesi, prorogabile anche più volte per periodi non superiori a tre mesi, i condannati, gli imputati e gli internati i quali, alternativamente: si sono resi responsabili di comportamenti che hanno compromesso la sicurezza ovvero hanno turbato l'ordine degli istituti; con violenza o minaccia hanno impedito le attività degli altri detenuti o internati; che nella vita penitenziaria hanno sfruttato lo stato di soggezione di altri detenuti nei loro confronti.

Il regime di sorveglianza particolare comporta alcune restrizioni all'esercizio dei diritti dei detenuti e alle regole di trattamento previste dall'ordinamento penitenziario.

Tuttavia, tali restrizioni non possono colpire, ad esempio, l'igiene e le esigenze di salute, il vitto e il vestiario, la lettura di libri e periodici, la permanenza all'aperto per almeno due ore e i colloqui con il difensore, il coniuge, il convivente e i parenti stretti¹⁷³.

¹⁷¹ CALDERONE, *L'articolo 41 bis Ord. penit.*, cit., cap. III, 4 s.

¹⁷² Per l'applicazione del regime è necessario un provvedimento motivato del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, previo parere del consiglio di disciplina.

¹⁷³ Per una più completa trattazione dei diritti che non possono essere limitati dal regime di sorveglianza particolare, FILIPPI, SPANGHER, CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 153 s.

La sospensione delle normali regole di trattamento è disciplinata dall'articolo 41-*bis* ord. penit., che contiene due diverse tipologie di sospensione¹⁷⁴.

La prima forma di sospensione, prevista dall'articolo 41-*bis* comma. 1 ord. penit.¹⁷⁵, viene applicata a singoli istituti penitenziari in casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni emergenziali. La relativa competenza spetta al Ministro della giustizia, il quale può appunto sospendere temporaneamente l'applicazione delle normali regole di trattamento nell'istituto interessato, o solamente in parte di esso, fino a che non vengano ripristinati l'ordine e la sicurezza.

La seconda forma di sospensione è prevista dall'articolo 41-*bis* comma 2 ord. penit.¹⁷⁶ e si applica invece ai singoli detenuti o internati. Anche in questo caso, la competenza è del Ministro della giustizia che, anche su richiesta del Ministro dell'interno, con decreto motivato può sospendere l'applicazione delle normali regole di trattamento nei confronti di detenuti o internati per uno dei delitti previsti dall'art 4-*bis* comma 1 ord. penit.¹⁷⁷, senza alcun avviso all'interessato e previa acquisizione del parere dell'ufficio del P.M. che ha svolto le indagini preliminari o di quello presso il giudice che ha proceduto.

¹⁷⁴ Per una attenta trattazione della disciplina *ex* 41-*bis* ord.penit., ANDREUCCIOLI, BONANNI, *Il regime detentivo speciale ex art. 41-bis O.P.: dalla "emergenzialità" originaria alla sua stabilizzazione*, in *www.senato.it*, 2014.

¹⁷⁵ L'articolo 41-*bis* comma 1 è stato introdotto dalla legge n. 663/1986.

¹⁷⁶ L'articolo 41-*bis* comma 2 è stato aggiunto in piena emergenza mafiosa dal d.l. n. 306/1992, convertito dalla legge n. 356/92 e poi più volte modificato, in particolare dall'articolo 2 della legge 15 luglio 2009 n. 94. Inizialmente doveva essere una disposizione temporanea, ma è stata prorogata per dieci anni fino all'introduzione definitiva nel 2002. FILIPPI, SPANGHER, CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 158.

¹⁷⁷ «L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, esclusa la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati per i seguenti delitti solo nei casi in cui tali detenuti e internati collaborino con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* della presente legge: delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitto di cui all'art. 416-*bis* del codice penale, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, delitti di cui agli articoli 600, 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, primo e secondo comma, 601, 602, 609-*octies* e 630 del codice penale, all'art. 291-*quater* del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e all'art. 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309. Sono fatte salve le disposizioni degli articoli 16-*nonies* e 17-*bis* del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82, e successive modificazioni».

Inoltre, il Ministro della giustizia ha il dovere di acquisire ogni altra informazione necessaria presso la Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo e presso gli organi di polizia centrali e specializzati nel contrasto alla criminalità organizzata.

Il presupposto per l'applicazione di tale provvedimento è dunque una pericolosità c.d. esterna all'istituto e mira a elidere ogni rapporto tra il soggetto sottoposto alla misura e un'associazione criminale, terroristica o eversiva.

Il provvedimento di applicazione dell'articolo 41-*bis* comma 2 ord. penit, giornalmisticamente detto "carcere duro", ha una durata fissa di quattro anni e può essere prorogato, motivando in ordine alla permanenza dei presupposti che legittimano l'applicazione del regime differenziato¹⁷⁸ e non sulla base di motivazioni apparenti o stereotipe¹⁷⁹, sempre in misura fissa per due anni.

Circa le regole del trattamento che possono essere sospese dal provvedimento e circa i diritti che tale provvedimento non può intaccare, la Corte Costituzionale¹⁸⁰ le aveva individuate nelle stesse che si riferivano al regime di sorveglianza particolare di cui all'articolo 14-*quater* ord. penit.

La legge n. 279/2002 ha infine tipizzato le restrizioni operabili dall'articolo 41-*bis* comma 2 ord. penit., che fino ad allora erano lasciate *ad libitum* del Ministro della giustizia¹⁸¹.

Tuttavia, la successiva legge n. 94/2009¹⁸² ha ulteriormente ristretto tali limitazioni.

In primo luogo, vengono adottate misure di elevata sicurezza sia interna che ed esterna, con lo scopo di impedire contatti tra il detenuto e l'organizzazione criminale di appartenenza, o con elementi di organizzazioni criminali contrapposte od alleate.

¹⁷⁸ Corte Cost., ord. 23 dicembre 2004.

¹⁷⁹ Corte Cost., sent. 5 dicembre 1997, n. 376.

¹⁸⁰ Corte Cost., sent. 28 luglio 1993, n. 349; Corte Cost., sent. 23 novembre 1993, n. 410; Corte Cost., sent. 18 ottobre 1996, n. 351.

¹⁸¹ Cfr., MONTAGNA, *Il regime carcerario differenziato verso nuovi equilibri*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 1280 ss.

¹⁸² La stessa legge che ha stabilito la durata fissa in quattro anni del provvedimento di applicazione del carcere duro, e in due anni della relativa proroga.

Inoltre, è stabilito che i detenuti sottoposto al regime in questione devono essere ristretti in idonei istituti dedicati o in aree separate dal resto dell'istituto in cui si trovano e sorvegliati da reparti specializzati della polizia penitenziaria¹⁸³.

Altre restrizioni riguardano la riduzione dei colloqui a uno al mese e l'audio-registrazione degli stessi; la permanenza all'aperto, che non può svolgersi in gruppi con più di quattro persone e per un massimo di due ore al giorno; il visto di censura della corrispondenza del detenuto, di competenza del Ministro della Giustizia.

Il regime *ex 41-bis* è stato da sempre molto criticato, sia perché sottratto alla garanzia giurisdizionale e imposto con semplice atto amministrativo – sebbene sia prevista la possibilità di proporre ricorso davanti al tribunale di sorveglianza – sia soprattutto perché presenta alcune peculiarità che rischiano di porsi in contrasto con i precetti costituzionali, primo tra tutti l'articolo 27 comma 3 Cost., secondo cui le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità¹⁸⁴.

Tuttavia, sia la Corte Costituzionale, sia la Corte europea dei diritti dell'uomo, hanno sempre escluso l'illegittimità del regime di sospensione temporanea delle normali regole di trattamento.

In particolare, la Corte Costituzionale ha costantemente dichiarato infondate le diverse questioni di legittimità costituzionale sollevate circa l'attribuzione della competenza al Ministro della giustizia a emanare il provvedimento e non all'autorità giudiziaria, ritenendo che il potere del Ministro è limitato alla sola sospensione, con esclusione del potere di incidere sul grado di libertà personale del detenuto¹⁸⁵.

La Corte EDU ha invece escluso che le restrizioni imposte dall'articolo 41-*bis* ord. penit. siano un trattamento inumano o degradante così grave da contrastare con l'articolo 3 CEDU¹⁸⁶.

Un fattore criticabile si rinviene, ad esempio, nella procedura di acquisizione di informazioni del Ministro della giustizia presso la Direzione

¹⁸³ Articolo 41-*bis* comma 2-*quater* ord. penit.

¹⁸⁴ FILIPPI, SPANGHER, CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 161.

¹⁸⁵ Corte Cost., sent. 28 luglio 1993, n. 349.

¹⁸⁶ Corte eur., sez. II, 19 marzo 2013, Riina c/Italia.

nazionale antimafia e antiterrorismo che presuppone l'emanazione del provvedimento di applicazione del regime speciale, poiché tale acquisizione è sottratta al contraddittorio, in evidente violazione del principio del giusto processo sancito all'articolo 111 Cost., il quale andrebbe applicato in ogni fase del processo e dunque anche nella fase di esecuzione penitenziaria¹⁸⁷.

Un'altra critica può essere mossa al decreto di proroga del provvedimento, prevista nella misura fissa di due anni. Tale automaticità, derivante dalla indicazione contenuta nel decreto delle ragioni per cui il detenuto è ritenuto ancora collegato con l'organizzazione criminale¹⁸⁸, impedisce infatti di graduare e distinguere le diverse posizioni carcerarie, soprattutto quella di imputato e condannato¹⁸⁹.

Un'ulteriore censura mossa contro l'articolo 41-*bis* ord. penit. riguarda, il rischio di porsi in contrasto con il principio di non colpevolezza *ex* 27 comma 2 Cost. quando il provvedimento è disposto nei confronti dell'imputato, poiché in questo modo sarebbe applicato solo per il titolo del reato del quale il soggetto dovrebbe presumersi innocente¹⁹⁰.

Infine, un altro punto criticabile riguarda la possibilità per il Ministro della giustizia di sottoporre a visto di censura la corrispondenza del detenuto¹⁹¹, potere assolutamente in contrasto con la riserva all'autorità giudiziaria prevista dall'articolo 15 Cost. e ulteriormente negato dalla sentenza della Corte Costituzionale 28 luglio 1993 n. 349¹⁹².

Nonostante queste e altre problematiche, il regime di sospensione temporanea delle normali regole di trattamento – è bene ricordarlo¹⁹³ – è stato

¹⁸⁷ FILIPPI, SPANGHER, CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 164. Tuttavia, un'ordinanza della Corte di Cassazione ha escluso la violazione del principio costituzionale affermando che la disciplina non lede i diritti di difesa, tenuto conto delle garanzie di conoscibilità degli atti contenuti nel fascicolo, della facoltà di estrarne copia, nonché della possibilità di dedurre ed espletare tutte le prove richieste dall'interessato. Cass., sez. I, ord. 2 novembre 2005.

¹⁸⁸ Tra queste ragioni, si tiene solitamente conto del profilo criminale e della posizione rivestita dal soggetto all'interno dell'associazione, dalla perdurante operatività dell'organizzazione e addirittura del tenore di vita dei familiari del detenuto.

¹⁸⁹ FILIPPI, SPANGHER, CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 165.

¹⁹⁰ FILIPPI, SPANGHER, CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 161.

¹⁹¹ Eccetto quella con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia.

¹⁹² FILIPPI, SPANGHER, CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 171.

¹⁹³ V. cap. I, 44.

giudicato legittimo sia dalla Corte Costituzionale, sia dalla Corte EDU, per cui non è in discussione la sua vigenza.

È invece il modo in cui tale regime viene applicato, come testimoniato dagli esempi riportati¹⁹⁴, che ha scatenato le critiche e le perplessità della dottrina e della giurisprudenza¹⁹⁵.

Il regime *ex* articolo 41-*bis*, definito infelicemente “carcere duro”, evidenzia come la finalità di tale misura sembra essersi definitivamente spostata verso la pura e semplice repressione e neutralizzazione dei detenuti.

Le interminabili permanenze al di sotto del regime di cui all’articolo 41-*bis* di soggetti ormai in età avanzata e con carenze fisico-psichiche tali da non far emergere i requisiti di pericolosità richiesti, insieme con le preclusioni all’accesso dei benefici penitenziari *ex* articolo 4-*bis* ord. penit., infatti, sono elementi che permettono di considerare la sospensione temporanea delle normali regole di trattamento una sorta di regime penitenziario a parte, estraneo alla finalità rieducativa a cui invece dovrebbe tendere¹⁹⁶.

2.2 Ostatività alle misure alternative alla detenzione e sovraffollamento carcerario

Il sovraffollamento carcerario è uno dei più gravi problemi del nostro Paese, ma spesso, purtroppo, è stato considerato come una condizione fisiologica

¹⁹⁴ Un altro interessante esempio riguarda il divieto di cottura dei cibi imposto dall’articolo 41-*bis* comma 2-*quater* lett. f), che è stato dichiarato dalla Corte Costituzionale illegittimo con sentenza 26 settembre 2018 n. 186. Sul punto, ALBERTI, *Per la Corte Costituzionale è illegittimo il divieto di cottura dei cibi imposto ai detenuti al 41-bis*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 ottobre 2018, 1 ss.

¹⁹⁵ Una prima risposta alle stringenti previsioni dell’articolo 41-*bis* si è avuta con la circolare 3676/616 del 2 ottobre 2017 del Dipartimento dell’amministrazione penitenziaria, sulla spinta dell’Avvocatura italiana, del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute e della Magistratura di sorveglianza e sulla base delle riflessioni del Tavolo 2 degli Stati generali dell’esecuzione penale. La circolare in questione è intervenuta per disciplinare l’organizzazione del circuito detentivo *ex* articolo 41-*bis* ord. penit. e contiene 37 prescrizioni e una griglia applicativa (il c.d. Modello 72) che elenca una serie di generi alimentari, bevande, medicinali e articoli vari che sono concessi ai detenuti sottoposti al regime. Sul punto, MANCA, *il DAP riorganizza il 41-bis o.p.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 novembre 2017, 1 ss.

¹⁹⁶ MANCONI, ANASTASIA, CALDERONE, *Abolire il “carcere duro”. Legittimità e limiti del 41-bis alla luce della sua applicazione*, in *Criminalia*, 2016, 281; FLICK, *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale fra speranza e delusione*, in *Cass. Pen.*, 2018, 4, 1047 ss.

delle carceri e non come un malfunzionamento delle stesse e del sistema che vi ruota attorno¹⁹⁷.

Si è sempre provveduto, infatti, a emanare provvedimenti idonei a risolvere la questione solo nel breve periodo¹⁹⁸, determinando frequenti oscillazioni dei tassi di sovraffollamento nel corso degli anni, invece di intervenire con una riforma finalizzata a ovviare in maniera definitiva al problema dell'elevato tasso di densità carceraria¹⁹⁹.

La crescita esponenziale della popolazione detenuta, in costante sovrannumero rispetto alle capienze massime degli istituti carcerari, si spiega con le scelte legislative adottate nel tempo, basate sul principio di "tolleranza zero" e in palese contrasto con la funzione rieducativa della pena, principio cardine del nostro sistema sanzionatorio.

In questo senso, la prima causa del sovraffollamento si rinviene nella legge 5 dicembre 2005, n. 251, la c.d. "ex Cirielli".

La legge n. 251/2005 aveva introdotto un inasprimento del sistema sanzionatorio con particolare riferimento ai recidivi²⁰⁰, per i quali erano applicati maggiori aumenti di pena e, nella norma forse più significativa di tutta la legge, l'articolo 7 prescriveva stringenti limitazioni all'accesso ai benefici penitenziari²⁰¹.

Tali restrizioni sono risultate decisive nell'aumento del tasso di densità carceraria per tutto il periodo in cui sono state in vigore. Infatti, interventi della Corte Costituzionale o successivi interventi legislativi hanno eliminato alcune delle norme contenute nella legge *ex Cirielli*.

¹⁹⁷ DI STEFANO, DI MEO, CALABRESE, D'IMPERIO, FOSSATI, GIOVANNANGELI, GALLO, ISONE, GIURA, BERALDO, *L'emergenza del sistema carcerario italiano*, in *Arch. Pen.*, 2013, 2, 1.

¹⁹⁸ Si pensi alla legge 31 luglio 2006, n. 241, che ha concesso l'indulto per tutti i reati concernenti una pena non superiore a tre anni per le pene detentive e non superiore a diecimila euro per le pene pecuniarie, ad eccezione di alcune tipologie di delitti.

¹⁹⁹ DI STEFANO, DI MEO, CALABRESE, D'IMPERIO, FOSSATI, GIOVANNANGELI, GALLO, ISONE, GIURA, BERALDO, *L'emergenza del sistema carcerario italiano*, cit., 1.

²⁰⁰ La recidiva, prevista all'articolo 99 c.p., è la condizione personale di chi, dopo essere già stato condannato per un reato, ne commette un altro.

²⁰¹ BRUNETTI, *Le principali novità introdotte dalla legge n. 251/2005 (c.d. ex Cirielli) in materia di esecuzione penale e di diritto penitenziario. Questioni interpretative*, in *Rass. Penit. e Crimin.*, 2006, 2, 47 e 56.

Nel dettaglio, l'articolo 7 della legge n. 251/2005, oltre a modificare la disciplina dei permessi premio²⁰², aveva introdotto modifiche alla disciplina della semilibertà, della detenzione domiciliare e al divieto generale di concessione dei benefici sancito all'articolo 58-*quater* ord. penit.; l'articolo 9 della legge *ex Cirielli* aveva invece modificato l'articolo 656 comma 9 c.p.p. riguardante la sospensione dell'esecuzione.

Come si è anticipato, le modifiche appena citate hanno certamente contribuito a peggiorare il fenomeno del sovraffollamento carcerario.

La modifica alla disciplina della semilibertà attuata dalla legge n. 251/2005 aveva previsto l'introduzione dell'articolo 50-*bis* ord. penit.²⁰³ (ormai abrogato a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 94/2013), il quale aveva innalzato la soglia di pena che il detenuto doveva aver scontato per poter accedere alla semilibertà.

Questo intervento aveva determinato due conseguenze: in primo luogo, si poneva in contrasto con l'articolo 50 comma 1 ord. penit.²⁰⁴, infatti, mentre l'articolo 50 comma 1 ord. penit. permette l'accesso al regime di semilibertà al condannato (non recidivo) a una pena detentiva non superiore a 6 mesi, al contrario, al recidivo reiterato condannato alla stessa, ma per un reato meno grave, era negato l'accesso a tale misura proprio in virtù dell'articolo 50-*bis* ord. penit.²⁰⁵

In secondo luogo, non si può negare che tale ostatività all'accesso al beneficio, oltre a frenare un possibile processo rieducativo, abbia contribuito altresì all'innalzamento del tasso di sovraffollamento, seppur in maniera non decisiva, tenuto conto delle caratteristiche e delle modalità della semilibertà.

²⁰² La legge n. 251/2005 aveva infatti introdotto l'articolo 30-*quater* ord. penit., che prevedeva l'elevazione delle quote di pena necessaria per la concessione del permesso. L'articolo in questione è stato in seguito dichiarato costituzionalmente illegittimo con la sentenza della Corte Costituzionale 4 luglio 2006, n. 257.

²⁰³ Il testo dell'articolo recitava: «La semilibertà può essere concessa ai detenuti, ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale, soltanto dopo l'espiazione dei due terzi della pena ovvero, se si tratta di un condannato per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-*quater* dell'articolo 4-bis della presente legge, di almeno tre quarti di essa».

²⁰⁴ «Possono essere espiate in regime di semilibertà la pena dell'arresto e la pena della reclusione non superiore a sei mesi, se il condannato non è affidato in prova al servizio sociale».

²⁰⁵ BRUNETTI, *Le principali novità introdotte dalla legge n. 251/2005*, cit., 60.

La seconda modifica rilevante compiuta dalla legge n. 251/2005 ha riguardato la detenzione domiciliare prevista all'articolo 47-ter ord. penit, precisamente i commi 1 e 1-bis, e ha inoltre aggiunto il comma 01²⁰⁶.

Il comma 01 dell'articolo 47-ter prevede che gli ultrasessantenni possano espiare la pena della reclusione per qualunque reato, ad eccezione di alcuni particolarmente gravi, in regime di detenzione domiciliare, purché non siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza, né siano stati mai condannati con l'aggravante della recidiva.

Tale forma di detenzione, essendo slegata da una determinata entità di pena da scontare, ed essendo invece la sua applicazione connessa all'età del condannato, è stata rinominata «detenzione domiciliare anagrafica»²⁰⁷.

Mentre tale modifica dell'articolo 47-ter è rimasta inalterata, le altre due sono state soppresse dalla già citata legge n. 94/2013.

In particolare, il comma 1.1 dell'articolo 47-ter prevedeva che la detenzione domiciliare “quadriennale” prevista dal comma 1²⁰⁸ potesse essere concessa al condannato recidivo reiterato se la pena detentiva inflitta non superava i tre anni²⁰⁹.

Al comma 1-bis era stato aggiunto un inciso finale, il quale prevedeva che la detenzione domiciliare biennale non potesse essere riconosciuta ai soggetti a cui fosse stata applicata la recidiva reiterata.

La conseguenza di queste modifiche adottate dalla legge n. 251/2005 è stata quella di impedire a soggetti condannati per pene detentive brevi di poter

²⁰⁶ BRUNETTI, *Le principali novità introdotte dalla legge n. 251/2005*, cit., 61.

²⁰⁷ BRUNETTI, *Le principali novità introdotte dalla legge n. 251/2005*, cit., 64.

²⁰⁸ «La pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto, possono essere espiae nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza, quando trattasi di: a) donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci, con lei convivente; b) padre, esercente la potestà, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole; c) persona in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali; d) persona di età superiore a sessanta anni, se inabile anche parzialmente; e) persona minore di anni ventuno per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia».

²⁰⁹ Si era discusso se il comma 1.1 configurasse una limitazione riferita alla detenzione domiciliare quadriennale o un'autonoma fattispecie. Per evitare gravi distorsioni sistematiche, si è preferito percorrere la prima strada. Sul punto, BRUNETTI, *Le principali novità introdotte dalla legge n. 251/2005*, cit., 62.

fruire della misura alternativa della detenzione domiciliare²¹⁰, costringendo i giudici a dover rigettare eventuali richieste in merito, con il risultato di impedire ogni sviluppo deflattivo in termini di sovraffollamento delle carceri, nonché di bloccare o rallentare un eventuale processo rieducativo e risocializzante.

Un'altra modifica critica in ottica sovraffollamento, sempre da parte della legge n. 251/2005, è stata l'aggiunta del comma *7-bis* all'articolo 58-*quater* ord. penit.

Il comma *7-bis* vietava che l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare e la semilibertà potessero essere concesse più di una volta al condannato al quale fosse stata applicata la recidiva reiterata.

Anche in questo caso è evidente il freno ai propositi rieducativi e deflattivi della norma, che si era quindi trasformata in un inflessibile mezzo di contenimento della pericolosità soggettiva, accogliendo in pieno la funzione retributiva volta alla neutralizzazione²¹¹.

In seguito, con la sentenza della Corte Costituzionale 16 marzo 2007, n. 79 è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di tale comma *7-bis*, nella parte in cui non prevedeva che i benefici indicati potessero essere concessi nei confronti dei condannati che, prima dell'entrata in vigore della legge n. 251/2005, avessero raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti²¹².

Infine, l'articolo 9 della legge n. 251/2005 aveva modificato l'articolo 656 c.p.p. in materia di sospensione dell'esecuzione aggiungendo la lettera c), la quale prevedeva che la sospensione dell'esecuzione di cui al comma 5 dello stesso articolo, prevista per i casi in cui la pena detentiva (coordinandosi con il disposto dell'articolo 47-*ter* comma 1, come modificato dalla *ex Cirielli*) non fosse stata superiore a tre anni²¹³, non potesse essere concessa ai condannati ai quali fosse stata applicata la recidiva reiterata.

²¹⁰ Si è già detto delle conseguenze nefaste che una pena detentiva breve scontata in carcere potrebbe portare. V. cap. I, 31 ss.

²¹¹ BRUNETTI, *Le principali novità introdotte dalla legge n. 251/2005*, cit., 69.

²¹² Inoltre, il d.l. n. 78/2013, poi convertito nella legge n. 94/2013, aveva disposto la soppressione del comma *7-bis*, che però in sede di conversione non è stata attuata.

²¹³ Il testo dell'articolo 656 comma 5 c.p.p. recita: «se la pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non è superiore a tre anni, quattro anni nei casi previsti dall'articolo 47-*ter*, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, o sei anni nei casi di cui agli articoli 90 e 94 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, il pubblico ministero, salvo quanto previsto dai commi 7 e 9, ne

In questo modo, i soggetti che potenzialmente potevano usufruire della sospensione dell'esecuzione, perché condannati a una pena detentiva inferiore a tre anni, si vedevano negare la misura per il solo fatto di essere recidivi.

Per assurdo, quindi, per un individuo condannato a solo sei mesi di carcere, ma recidivo reiterato, doveva necessariamente essere emesso l'ordine di esecuzione e quindi il trasferimento in istituto, incidendo negativamente sul tasso di sovraffollamento carcerario, oltre ai già accennati problemi che seguono a una pena detentiva di breve durata²¹⁴.

L'estremo rigore adottato dalla legge n. 251/2005, infatti, ha inciso in maniera drastica non solo sul tasso di sovraffollamento, ma anche sul principio rieducativo. Il sistema di presunzioni *iuris et de iure* di pericolosità che escludevano un qualunque giudizio sulla situazione del condannato e sulla sua pericolosità sociale non poteva non porsi in contrasto con i parametri costituzionali sanciti dagli articoli 3 e 27 comma 3 Cost.²¹⁵

Per rendere più evidente il problema del sovraffollamento è sufficiente mostrare i dati statistici sul tasso di densità carceraria dal 2005 al 2013, cioè dall'anno in cui è stata emanata la legge n. 251/2005 fino al 2013, ovverosia l'anno della legge n. 94/2013, la quale ha contribuito in maniera decisa a eliminare le prescrizioni contenute nella legge *ex Cirielli*, e della sentenza *Torreggiani* della Corte EDU, che ha sanzionato l'Italia per la grave situazione di sovraffollamento in cui versavano gli istituti penitenziari del nostro paese.

Al 31 dicembre 2004, i detenuti presenti negli istituti erano 56.068. Un anno e mezzo dopo, il numero è aumentato di circa cinquemila unità, portandosi a 61.264. A seguito del provvedimento di indulto del 31 luglio 2006, n. 241, al 31 dicembre 2006 si contavano 39.005 detenuti. Tuttavia, essendo l'indulto una soluzione solo temporanea e non adatta a risolvere definitivamente il problema, il numero dei detenuti ha continuato a crescere fino ad arrivare a 69.155 al 30

sospende l'esecuzione [...]». Tuttavia, l'articolo 47-ter comma 1, come modificato dalla legge n. 251/2005, prevedeva che, per i condannati ai quali fosse stata applicata la recidiva reiterata, la detenzione domiciliare poteva essere applicata se la pena detentiva non era superiore a tre anni.

²¹⁴ V. cap. I, 31 ss.

²¹⁵ PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 2006, 1, 32 ss.; BRUNETTI, *Le principali novità introdotte dalla legge n. 251/2005*, cit., 71.

novembre 2010, a fronte di una capienza di soli 44.874 posti: un tasso di sovraffollamento pari a 154,11%.²¹⁶

Si è perciò provveduto a tamponare il fenomeno con la legge 26 novembre 2010, n. 199, che ha introdotto l'istituto dell'esecuzione della pena presso il domicilio per le pene non superiori a un anno, poi elevato a 18 mesi dal decreto legge n. 211/2011.

Originariamente destinate a operare entro e non oltre il 31 dicembre 2013, tali disposizioni sono state invece confermate e sono tuttora utilizzate come risposta al problema del sovraffollamento e alla necessità di utilizzare la pena detentiva come *extrema ratio*.

Tuttavia, si è trattato di un istituto comunque nato con la prospettiva di essere una legge-ponte²¹⁷, non adatto a dare una risposta definitiva al problema.

Per lo più, la potenzialità deflattiva della norma è stata ulteriormente limitata dalla realtà oggettiva delle carceri, in cui il considerevole numero di detenuti stranieri²¹⁸, privi di personale domicilio e quindi incompatibili con la misura *ex lege* n. 199/2010, ha fatto sì che la norma desse vita a un'ostatività socioculturale più che legislativa, il cui effetto è stato ugualmente quello di non consentire l'accesso al beneficio per tali soggetti, così influenzando sul tasso di sovraffollamento.

Al 30 novembre 2012, circa un mese prima della più volte citata sentenza *Torreggiani* e dopo quasi due anni dai provvedimenti in questione, il tasso di densità carceraria era comunque elevatissimo: 141,41%.

Due anni dopo l'intervento della Corte di Strasburgo, il tasso di sovraffollamento si era notevolmente ridotto, raggiungendo il 107,9% nel gennaio 2015.

Tuttavia, il monito del legislatore europeo è stato dimenticato abbastanza velocemente: al 31 maggio 2019 si registra un tasso di densità carceraria pari al

²¹⁶ Le statistiche sul sovraffollamento sono consultabili presso il sito internet del Ministero della Giustizia, www.giustizia.it.

²¹⁷ DI STEFANO, DI MEO, CALABRESE, D'IMPERIO, FOSSATI, GIOVANNANGELI, GALLO, ISONE, GIURA, BERALDO, *L'emergenza del sistema carcerario italiano*, cit., 7.

²¹⁸ Al 30 novembre 2010, il numero di detenuti stranieri era 25.383, ovvero il 36,70% della popolazione carceraria. www.giustizia.it.

119,68%; peraltro, a causa dell'attuale politica di "tolleranza zero"²¹⁹, questa percentuale sembra destinata a salire.

2.2.1 L'ergastolo ostativo e il *Right to hope*

Sempre in tema di strumenti ostativi all'accesso ai benefici penitenziari, è opportuno dedicare un'analisi leggermente più approfondita al tema dell'ergastolo c.d. ostativo.

La pena dell'ergastolo fa la sua comparsa con il codice Zanardelli e permane anche nel codice Rocco, nel quale diventa la pena massima dopo l'abolizione della pena di morte²²⁰.

L'ergastolo è previsto per alcuni delitti contro la personalità dello Stato, contro l'incolumità pubblica, contro la vita e contro la libertà morale e non si prescrive²²¹.

Con la legge 10 ottobre 1986, n. 663 (c.d. riforma Gozzini) la disciplina dell'ergastolo è stata modificata: in particolare, è stata introdotta la possibilità per l'ergastolano di usufruire della liberazione condizionale²²² dopo aver trascorso 26 anni di pena; nonché di usufruire del lavoro all'esterno²²³ e dei permessi premio²²⁴ dopo 10 anni di pena, della semilibertà²²⁵ dopo 20 anni di pena.

La modifica più importante, sempre promossa dalla riforma Gozzini, è stata la previsione dell'applicabilità della liberazione anticipata²²⁶ al condannato all'ergastolo²²⁷.

Tuttavia, la strada intrapresa dalla disciplina dell'ergastolo verso il principio rieducativo della pena *ex* articolo 27 comma 3 Cost. si è fermata con la legge n. 7 agosto 1992, n. 356 che ha modificato l'articolo 4-*bis* ord. penit..

²¹⁹ TORRENTE, *La popolazione detenuta in Italia. Tra sforzi riduzionisti e nuove tentazioni populiste*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 ottobre 2016, 11.

²²⁰ V. cap. I, 13 ss. Per una trattazione storica più completa, PISANI, *La pena dell'ergastolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 2, 575 ss.

²²¹ DOLCINI, *La pena detentiva nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 dicembre 2018, 3 e 6.

²²² Art. 176 c.p.

²²³ Art. 21 comma 1 ord. penit.

²²⁴ Art. 30-*ter* comma 4 lett. d) ord. penit.

²²⁵ Art. 50 comma 5 ord. penit.

²²⁶ Art. 54 comma 1 e 4 ord. penit.

²²⁷ DOLCINI, *La pena detentiva*, cit., 7 s.

introdotto l'anno prima con la legislazione d'emergenza attuata in risposta alle stragi mafiose che hanno caratterizzato i primi anni Novanta²²⁸.

Ai sensi dell'articolo 4-*bis* comma 1 ord. penit., i condannati per una serie di gravi delitti, in qualche modo riconducibili alla criminalità organizzata²²⁹, non possono accedere alle misure alternative alla detenzione (ad eccezione della liberazione anticipata), al lavoro all'esterno, ai permessi premio e alla liberazione condizionale, se non abbiano utilmente collaborato con la giustizia²³⁰ ex articolo 58-*ter* ord. penit.²³¹

Seppur non direttamente riferita ai condannati all'ergastolo, la disciplina in esame riguarda per lo più tale categoria di soggetti, per cui la dottrina ha rinominato tale istituto "ergastolo ostativo"²³².

A causa della rigidità della previsione, sono stati sollevati seri dubbi di legittimità.

È stato infatti evidenziato che l'articolo 4-*bis* comma 1 renderebbe l'ergastolo una pena perpetua senza possibilità di liberazione ed escluderebbe il condannato dal processo rieducativo, contrastando con l'articolo 27 comma 3 Cost²³³.

²²⁸ DOLCINI, *La pena detentiva*, cit., 8.

²²⁹ Per una trattazione circa il trattamento esecutivo nei confronti dei condannati per terrorismo, DI ROSA, *Le specificità del trattamento esecutivo nei confronti dei condannati per fatti di terrorismo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 dicembre 2018, 2 ss.

²³⁰ La Corte di Cassazione, con Cass., sez. I, ord. 20 novembre 2018, n. 57913, ha sollevato questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli articoli 3 e 27 Cost., dell'articolo 4-*bis* comma 1 ord. penit. nella parte in cui esclude che il condannato all'ergastolo che non abbia collaborato con la giustizia a norma dell'articolo 58-*ter* ord. penit. possa beneficiare dei permessi premio di cui all'articolo 30-*ter* ord. penit. Sul punto, UBIALI, *Ergastolo ostativo e preclusione all'accesso ai permessi premio: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 27 Cost.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 28 gennaio 2019, 1 ss.

²³¹ All'utile collaborazione sono state equiparate la collaborazione impossibile e quella irrilevante, introdotte all'articolo 4-*bis* comma 1-*bis*, quando siano stati acquisiti elementi tali da poter escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. La collaborazione è impossibile quando è dimostrata la limitata partecipazione del soggetto al fatto criminoso, o quando le responsabilità siano state accertate con sentenza irrevocabile. La stessa è irrilevante quando al condannato sia stata riconosciuta almeno una delle circostanze attenuanti previste dall'art 4-*bis* comma 1-*bis*.

²³² Cfr., DOLCINI, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1500-1504; FLICK, *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*, *ibidem*, 1505-1508; DOLCINI, *La pena detentiva*, cit., 9 s.

²³³ Tuttavia, la Corte Costituzionale, nella sentenza 9 aprile 2003, n. 135, ha stabilito che la disciplina dell'ergastolo ostativo non si pone in contrasto con l'articolo 27 comma 3 Cost poiché la non collaborazione, elemento ostativo all'accesso ai benefici, sarebbe una conseguenza della scelta del condannato che quindi non precluderebbe in modo definitivo l'accesso al beneficio. DOLCINI, *La pena detentiva*, cit., 15.

Inoltre, è stata ritenuta irrazionale la presunzione assoluta che la mancata collaborazione sia sintomo del permanere dei rapporti con la criminalità organizzata, e quindi anche dell'assenza di progressi rieducativi e risocializzanti.

A tal proposito, è stato obiettato che un simile rifiuto di collaborare potrebbe derivare, ad esempio, dal timore di ritorsioni nei propri confronti o nei confronti dei propri familiari da parte dell'associazione criminale di cui il condannato era membro o dalla legittima esigenza di non aggravare la propria posizione processuale. In questo modo, l'ergastolo ostativo contrasterebbe con il principio rieducativo della pena poiché sarebbe applicabile anche a soggetti che, seppur abbiano completato il percorso rieducativo, si rifiutino di collaborare per ragioni, come si è visto, estranee alla permanenza dei rapporti con la criminalità organizzata²³⁴.

In secondo luogo, si è cercato di comprendere se la disciplina dell'ergastolo ostativo potesse essere considerata compatibile con i principi europei²³⁵.

La Corte EDU ha prodotto una copiosa giurisprudenza in tema di pena detentiva perpetua²³⁶.

L'idea portante della giurisprudenza europea è che non vi possano essere situazioni in cui la pena detentiva sia effettivamente perpetua e irriducibile, dovendo essere previsti, all'interno di ogni ordinamento statale, meccanismi che consentano, *de jure* e *de facto*, il ritorno del condannato in libertà²³⁷.

L'espressione utilizzata dalla Corte è appunto quella di diritto alla speranza, *Right to hope*²³⁸.

²³⁴ MARCOLINI, *L'ergastolo nell'esecuzione penale contemporanea*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 4/2017, 75; DOLCINI, *La pena detentiva*, cit., 16.

²³⁵ FIORENTIN, *L'ergastolo ostativo ancora davanti al giudice di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3/2018, 14 ss.

²³⁶ Cfr., VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 luglio 2012, 1 ss; PARODI, *Ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata e art. 3 CEDU: meno rigidi gli standard garantistici richiesti in caso di estradizione*, *ibidem*, 1 ss.

²³⁷ Il *leading case* in questo senso è stato il caso *Kafkaris c. Cipro* (Corte EDU, sentenza 12 febbraio 2008, n. 21906/04), a cui è seguito un altro importante caso: *Vinter c. Regno unito* (Corte EDU, sentenza 9 luglio 2013, n. 3896). Sul punto, PARODI, *Ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata*, cit., 1 ss; FIORENTIN, *L'ergastolo ostativo*, cit., 14 ss.

²³⁸ *Vinter c. Regno unito* (Corte EDU, sentenza 9 luglio 2013, n. 3896); sul punto, MARCOLINI, *L'ergastolo nell'esecuzione penale contemporanea*, cit., 69.

A parere della dottrina, mancherebbe una previsione che *de facto* consentirebbe di accedere ai benefici penitenziari in assenza di collaborazione *ex* articolo 58-*ter* ord. penit.²³⁹, e ciò contrasterebbe quindi con il dovere di ogni stato di garantire il diritto alla speranza a ogni detenuto²⁴⁰.

Una proposta per superare tale problema era stata prevista, nel 2016, dal tavolo XVI degli Stati Generali dell'esecuzione penale²⁴¹.

Nello specifico, si puntava a introdurre la possibilità, per il condannato all'ergastolo ai sensi dell'articolo 4-*bis* comma 1 ord. penit., di poter accedere ai benefici penitenziari qualora avesse posto in essere condotte riparative tali da poter ricondurre la mancata collaborazione a ragioni diverse da un perdurante legame con la criminalità organizzata, o che comunque avessero attestato un progresso in termini di rieducazione.

2.3 La sentenza *Torreggiani*: gli effetti immediati e la situazione attuale

Sembra opportuno, a questo punto della trattazione, esaminare con attenzione, dopo averla genericamente citata nei precedenti paragrafi, la sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo "*Torreggiani e altri c. Italia*" adottata l'8 gennaio 2013.

Il caso ha riguardato sette ricorsi depositati tra il 2009 e il 2010 da altrettanti detenuti, di cui tre italiani e quattro stranieri, che lamentavano di aver patito un trattamento inumano e degradante: infatti, questi erano stati ristretti, insieme ad altri detenuti, in celle che garantivano uno spazio inferiore a quattro metri quadrati per ogni detenuto, per periodi tra i 14 e i 54 mesi, tra il 2006 e il 2011; si lamentava inoltre che i locali in cui erano stati ristretti erano scarsamente illuminati e non forniti di acqua calda corrente²⁴².

²³⁹ FIORENTIN, *L'ergastolo* ostatico, cit., 17.

²⁴⁰ A tal proposito, nel 2016 è stato presentato ricorso dinanzi alla Corte di Strasburgo, *Viola c. Italia*, che si basa su due punti: non aver collaborato con la giustizia ha comportato il mancato riesame della detenzione; l'obbligo di collaborare con la giustizia viola l'integrità morale della persona e la pone in conflitto con la propria coscienza. Sul punto, FIORENTIN, *L'ergastolo* ostatico, cit., 6.

²⁴¹ Tale proposta non è stata poi recepita nella riforma Orlando.

²⁴² Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. II, causa *Torreggiani e altri c. Italia*, sent. 8 gennaio 2013, www.giustizia.it.

La Corte di Strasburgo, investita, dopo la sentenza *Sulejmanovic c. Italia* del 2009²⁴³, di una moltitudine di ricorsi da parte di detenuti che lamentavano di aver subito trattamenti inumani o degradanti in conseguenza del sovraffollamento carcerario, si è quindi pronunciata con la sentenza pilota²⁴⁴ dell'8 gennaio 2013 contro il nostro Paese, affermando la violazione dell'articolo 3 CEDU riguardo al divieto di trattamenti inumani e degradanti, e obbligando l'Italia a introdurre rimedi preventivi e compensativi idonei a offrire un ristoro adeguato e sufficiente per i casi di sovraffollamento²⁴⁵.

La sentenza in esame è stata importante soprattutto per due motivi: in primo luogo, ha evidenziato la sistematicità del sovraffollamento carcerario in Italia; in secondo luogo, ha accertato la mancanza, nel nostro ordinamento, di uno strumento idoneo a tutelare i diritti dei detenuti²⁴⁶.

Nella sentenza *Torreggiani*, infatti, la Corte EDU ha rilevato come il tasso di densità carceraria in Italia rappresentasse «un problema sistemico risultante da un malfunzionamento cronico proprio del sistema penitenziario italiano»²⁴⁷ e non un fenomeno isolato; oltretutto aggravato dal fatto che lo stesso Governo italiano, all'inizio del 2010, avesse proclamato lo stato di emergenza nazionale²⁴⁸.

Inoltre, come si è precedentemente detto, i Giudici hanno rilevato la mancanza di un istituto che permettesse ai detenuti di ottenere un'adeguata tutela

²⁴³ Nel caso *Sulejmanovic c. Italia* (ricorso n. 22635/03), il ricorrente si era lamentato delle condizioni della propria detenzione nel carcere di Rebibbia a Roma, vivendo in una cella dalle dimensioni inferiori a tre metri quadrati, e la Corte EDU, con la sentenza 16 luglio 2009, aveva accertato la violazione dell'art. 3 della Convenzione per sovraffollamento carcerario.

²⁴⁴ La procedura della sentenza pilota, fondata sull'articolo 46 comma 1 CEDU, è disciplinata all'articolo 61 del regolamento della Corte EDU e consente alla Corte di indicare allo Stato misure generali adatte a contrastare una situazione incompatibile con la CEDU. Sul punto, DI STEFANO, DI MEO, CALABRESE, D'IMPERIO, FOSSATI, GIOVANNANGELI, GALLO, ISONE, GIURA, BERALDO, *L'emergenza del sistema carcerario italiano*, cit., 19.

²⁴⁵ VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 gennaio 2013, 1; FIORENTIN, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art 3 CEDU: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, *ibidem*, 1; DI STEFANO, DI MEO, CALABRESE, D'IMPERIO, FOSSATI, GIOVANNANGELI, GALLO, ISONE, GIURA, BERALDO, *L'emergenza del sistema carcerario italiano*, cit., 17; PISAPIA, *Carceri: sentenza pilota della Corte di Strasburgo condanna l'Italia*, in *Quest. Giust.*, 29 gennaio 2013, 1.

²⁴⁶ MONTALDO, *Emergenza carceri: a tre anni dalla sentenza Torreggiani, gli esiti e l'effettività delle riforme*, in www.forumcostituzionale.it, 2016, 1s.

²⁴⁷ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. II, causa *Torreggiani e altri c. Italia*, sent. 8 gennaio 2013, par. 87 ss, www.giustizia.it.

²⁴⁸ MONTALDO, *Emergenza carceri*, cit., 2.

in caso di lesione dei loro diritti, invitando l'Italia a introdurre uno strumento del genere o rafforzarne uno già esistente.

La Corte EDU ha infatti ritenuto inefficace lo strumento del reclamo al magistrato di sorveglianza *ex* articoli 35 e 69 ord. penit., poiché non era in grado di porre fine in maniera rapida alla carcerazione contraria all'articolo 3 CEDU²⁴⁹.

La prima risposta alla pronuncia *Torreggiani* si è avuta da parte della magistratura di sorveglianza, che all'inizio del 2013 aveva sollevato, in due differenti ordinanze, una questione di legittimità costituzionale dell'articolo 147 c.p.²⁵⁰ in riferimento agli articoli 2, 3, 27 comma 3 e 117 Cost., nella parte in cui il citato articolo 147 c.p. non prevedeva l'ipotesi di un rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando questa viene eseguita in condizioni contrarie al senso di umanità. Nello specifico, si invocava la pronuncia di una sentenza additiva²⁵¹.

Tuttavia, i giudici della Consulta hanno poi dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità²⁵², nonostante avessero comunque riconosciuto la sussistenza del *vulnus* denunciato dai tribunali rimettenti²⁵³.

Una parte della dottrina ha apprezzato l'intervento dei tribunali di sorveglianza, criticando il rigetto della questione di legittimità costituzionale da parte della Corte e sottolineando come fosse stata persa un'occasione per introdurre uno strumento a tutela di chi è detenuto in condizioni contrarie al senso di umanità²⁵⁴.

²⁴⁹ MONTALDO, *Emergenza carceri*, cit., 4.

²⁵⁰ L'articolo 147 c.p. prevede la possibilità di sospendere l'esecuzione della pena in tre casi: 1) se è stata presentata domanda di grazia; 2) se la pena limitativa della libertà personale deve essere inflitta a chi si trova in una grave situazione di infermità fisica; 3) se la pena limitativa della libertà personale deve essere eseguita nei confronti di madre di prole di età non superiore a tre anni.

²⁵¹ DI STEFANO, DI MEO, CALABRESE, D'IMPERIO, FOSSATI, GIOVANNANGELI, GALLO, ISONE, GIURA, BERALDO, *L'emergenza del sistema carcerario italiano*, cit., 20; VIGANÒ, *Alla ricerca di un rimedio giurisdizionale preventivo contro il sovraffollamento delle carceri: una questione di legittimità costituzionale della vigente disciplina in materia di rinvio dell'esecuzione della pena detentiva*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 febbraio 2013, 1-3; MONTALDO, *Emergenza carceri*, cit., 6.

²⁵² Corte Cost., sent. 22 novembre 2013, n. 279.

²⁵³ MONTALDO, *Emergenza carceri*, cit., 6.

²⁵⁴ RUOTOLO, *Quale tutela per il dritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in *Giur. Cost.*, 2013, 6, 4549 ss.

Il riferimento all'articolo 147 c.p. è stato invece criticato da altra parte della dottrina²⁵⁵,

È stato infatti evidenziato che l'articolo 147 c.p. riguarderebbe ipotesi di incompatibilità con la pena dovute a condizioni soggettive del detenuto, mentre il sovraffollamento determinerebbe una lesione dei diritti del detenuto recuperabile solo tramite un preciso intervento legislativo²⁵⁶.

La soluzione legislativa auspicata da questa parte della dottrina si è avuta con il decreto legge n. 94/2014, poi convertito in legge n. 117/2014, che ha inserito nell'ordinamento penitenziario i rimedi preventivi e compensativi²⁵⁷.

Per quanto riguarda i rimedi preventivi, attraverso gli articoli 69 comma 6 lett. b) e 35-*bis* si è introdotta una ipotesi di reclamo giurisdizionale al magistrato di sorveglianza per tutte le situazioni di un attuale e grave pregiudizio ai diritti dei detenuti.

Con tale reclamo, il magistrato di sorveglianza, verificata l'effettiva sussistenza di una situazione di attuale e grave pregiudizio per il detenuto, derivante da una condotta dell'amministrazione penitenziaria non conforme alle leggi o ai regolamenti dell'ordinamento penitenziario, ordina all'amministrazione di porre rimedio entro il termine indicato dal giudice.²⁵⁸

L'articolo 35-*ter* ord. penit. prevede invece due rimedi risarcitori²⁵⁹.

²⁵⁵ Cfr., ORLANDI, *Il sovraffollamento delle carceri al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Quaderni Cost.*, 2013, 2, 424 ss.; DODARO, *Il sovraffollamento delle carceri: un rimedio extra ordinem contro le violazioni dell'art. 3 CtEdU*, *ibidem*, 428 ss.

²⁵⁶ ORLANDI, *Il sovraffollamento*, cit., 425 s.

²⁵⁷ Una trattazione completa dei rimedi può essere consultata in DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 ottobre 2014; FIORENTIN, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 CEDU: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, *ibidem*; GALLIANI, *Le briciole di pane, i giudici, il senso di umanità. Una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 35, 35-bis e 35-ter ord. penit.*, *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 12/2018, 73-112.

²⁵⁸ DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento*, cit., 1.

²⁵⁹ Prima dell'introduzione di tale articolo, non era previsto nell'ordinamento italiano un rimedio di tipo compensativo. Infatti, la Corte di Cassazione (sent. n. 4772/2013) aveva negato che un magistrato di sorveglianza potesse disporre un risarcimento danni come conseguenza di una situazione di sovraffollamento, essendo questo potere previsto solo in capo al giudice civile. Inoltre, la liberazione anticipata speciale, che prevedeva una detrazione di 75 giorni di pena per ogni semestre di pena scontato, per il condannato che avesse dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione, non poteva considerarsi un rimedio compensativo, come da alcuni suggerito, poiché, prima di tutto, si trattava di un beneficio a carattere premiale; in secondo luogo, lo stesso veniva applicato a prescindere da una situazione pregiudizievole subita dal condannato. Sul punto, DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento*, cit., 1.

Il primo è disciplinato ai commi 1²⁶⁰ e 2 dello stesso articolo ed è destinato ai detenuti²⁶¹ che si trovano in una situazione di pregiudizio grave ed attuale per i propri diritti a causa delle condizioni detentive in cui si trovano. In tal caso, è per loro prevista la possibilità di proporre reclamo al magistrato di sorveglianza, al fine di ottenere uno sconto di pena pari a 1 giorno per ogni 10 giorni trascorsi nella situazione pregiudizievole; o altrimenti, nel caso in cui il periodo di pregiudizio sia inferiore a 15 giorni o lo sconto di pena sia maggiore del residuo di pena, possono ottenere un risarcimento in forma monetaria pari a 8 euro per ogni giorno di pregiudizio subito²⁶².

Il comma 3 dell'art 35-ter prevede invece, per coloro che abbiano finito di scontare la pena detentiva o abbiano subito il pregiudizio durante un periodo di custodia cautelare non computabile nella pena da espiare, un risarcimento monetario, sempre nella misura di 8 euro per ogni giorno di pregiudizio subito, da richiedere al tribunale civile entro sei mesi dalla cessazione della pena detentiva o del periodo di custodia cautelare.

I rimedi preventivi e compensativi non sono stati esenti da critiche.

In primo luogo, si è criticato il testo dell'articolo 35-ter ord. penit. nella parte in cui rinvia all'articolo 69 comma 6 lett. b) ord. penit., prendendo in considerazione un pregiudizio "attuale".

Si è infatti ritenuto che, in questo modo, il richiamo all'articolo 69 comma 6 lett. b) ord. penit. escluda dai legittimati a proporre l'azione risarcitoria coloro

²⁶⁰ Il comma 1 fa esplicito riferimento a condizioni di detenzione che violino l'articolo 3 della CEDU, come interpretato dalla Corte Europea, ossia quando il detenuto si trova ristretto in una cella di ampiezza inferiore ai 3 metri quadrati, o, se la dimensione della cella è compresa tra i 3 e i 4 metri quadrati, quando la detenzione è accompagnata da altre gravi carenze che incidono negativamente sulla vita carceraria. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento*, cit., 3.

²⁶¹ Anche gli internati e gli imputati sono considerati legittimati a richiedere tale rimedio. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento*, cit., 3.

²⁶² Il risarcimento monetario può combinarsi con gli sconti di pena, laddove la somma dei giorni in cui è stato subito il pregiudizio sia superiore a 15 e pari a una frazione di 10. Ad esempio, per un pregiudizio pari a 18 giorni, il detenuto avrà diritto a un giorno di detrazione di pena (1 giorno ogni 10 giorni di pregiudizio) e a 64 euro di risarcimento monetario (8 euro per 8 giorni di pregiudizio). Sul punto, DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento*, cit., 4.

che, pur essendo ancora detenuti, non stiano più subendo un pregiudizio derivante da condizioni detentive inumane al momento della richiesta.²⁶³

Va infatti precisato che l'articolo 35-*ter* comma 1 e 2 ord. penit. è stato introdotto dal legislatore nell'ottica di una tutela da attivare contestualmente al rimedio preventivo di cui all'articolo 35-*bis* e 69 comma 6 lett. b) ord. penit., non quindi come rimedio autonomo²⁶⁴.

Al fine di evitare un'interpretazione incostituzionale per violazione dell'articolo 3 Cost., è corretto ritenere plausibile una interpretazione analogica che consenta anche ai soggetti ancora detenuti, ma che non stiano più subendo una situazione pregiudizievole, di poter esperire il reclamo *ex 35-ter* commi 1 e 2 ord. penit.²⁶⁵

Non sono state risparmiate perplessità nemmeno sull'adeguatezza dell'entità del ristoro, sia in forma specifica che per equivalente.

In particolare, è stata considerata eccessivamente modesta la detrazione di un giorno di pena per ogni 10 giorni di pregiudizio subito, se paragonata allo sconto previsto dalla liberazione anticipata ordinaria, o ancor di più, a quella speciale²⁶⁶.

Allo stesso modo, è stato ritenuto esiguo il risarcimento di 8 euro per ogni giorno di pregiudizio sofferto, se confrontato con l'articolo 135 c.p., che parifica, in caso di un eventuale ragguglio, un giorno di pena detentiva a 250 euro di pena pecuniaria²⁶⁷.

In merito al reclamo giurisdizionale *ex 35-bis* e 69 comma 6 lett. b), si è obiettato che il magistrato di sorveglianza non ha un potere diretto a rimuovere in

²⁶³ DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento*, cit., 3; FIORENTIN, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 CEDU*, cit., 9.

²⁶⁴ L'azione risarcitoria in forma autonoma è invece esercitata nei casi previsti dal comma 3 dell'articolo 35-*ter* ord. penit., ossia dai soggetti che non sono più detenuti, per un pregiudizio che hanno subito durante il loro stato di detenzione. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento*, cit., 4.

²⁶⁵ DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento*, cit., 4; FIORENTIN, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 CEDU*, cit., 10.

²⁶⁶ La liberazione anticipata ordinaria prevede uno sconto di pena di 45 giorni per ogni semestre di pena scontata per il condannato che abbia dato dimostrazione di aver partecipato all'opera di rieducazione. La liberazione anticipata speciale consiste in uno sconto di 75 giorni di pena per i periodi di liberazione anticipata concessi o da concedersi per ogni semestre trascorso per intero in carcere nel periodo tra il 1° gennaio 2010 e il 31 dicembre 2015.

²⁶⁷ Queste perplessità sono espresse in particolare in DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento*, cit., 6.

maniera efficace la violazione, potendo solamente ordinare all'amministrazione penitenziaria di porre rimedio. Ciò dovrebbe avvenire tramite il trasferimento del detenuto presso un altro istituto, tuttavia, ciò comporterebbe l'interruzione del percorso rieducativo intrapreso dallo stesso, la sospensione delle attività formative da questo avviate e la compromissione dei rapporti con la famiglia²⁶⁸.

Per questo motivo, il reclamo giurisdizionale è stato ritenuto «un'arma spuntata»²⁶⁹.

Seppur in maniera disorganica e non direttamente rivolta a una soluzione definitiva del problema, come confermano gli ultimi provvedimenti trattati, nel periodo successivo alla sentenza *Torreggiani*, il legislatore ha dedicato particolare attenzione al problema del sovraffollamento, e le conseguenze dell'impegno profuso possono essere dedotte dalle statistiche sulla popolazione penitenziaria.

Infatti, come è già stato anticipato²⁷⁰, da un tasso di densità carceraria pari al 141,41% del novembre 2012 si è raggiunto, nel gennaio 2015, a circa due anni dall'intervento della Corte EDU, un tasso di sovraffollamento pari al 107,9%²⁷¹.

Tuttavia, la recente inversione di tendenza sul piano politico ha nuovamente messo in crisi il principio di *extrema ratio* della pena detentiva, la cui conseguenza è stata quella di raggiungere la soglia del 119,68% di sovraffollamento carcerario nel maggio 2019.

La non conversione della delega contenuta nella legge n. 103/2017, che prestava particolare attenzione alle misure *extra moenia*, certamente positive sul piano deflattivo, è probabilmente il simbolo del “vecchio” che avanza, dell'ideologia retributiva²⁷², tornata in auge dopo essere stata ormai accantonata, la quale potrebbe avere conseguenze devastanti sul sistema penitenziario.

²⁶⁸ MONTALDO, *Emergenza carceri*, cit., 15.

²⁶⁹ DELLA BELLA, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 gennaio 2014, 4.

²⁷⁰ V. cap. I, 54.

²⁷¹ Per un'analisi dei dati sulla popolazione carceraria nel periodo subito successivo alla sentenza *Torreggiani*, DOLCINI, *L'Europa in cammino verso carceri meno affollate e meno lontane da accettabili standard di umanità*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 marzo 2016.

²⁷² V. cap. I, 21 ss.

CAPITOLO II

IL CARCERE COME *EXTREMA RATIO*: LA RIFORMA ORLANDO

1. Una prospettiva di riforma del sistema sanzionatorio

A partire dalla sentenza *Torreggiani*¹, che ha vincolato il legislatore italiano a risolvere il problema del sovraffollamento e a rimodernare il sistema sanzionatorio penale secondo il principio di umanità della pena, si sono susseguite svariate leggi che sono intervenute su singoli istituti del diritto penale sostanziale, processuale e penitenziario, perseguendo in primo luogo un necessario e obbligato ridimensionamento della popolazione carceraria².

Oltre all'immediato intervento in tema di rimedi preventivi e compensativi, dovuto alla condanna da parte della Corte EDU a seguito della sentenza *Torreggiani*³ precedentemente citata, una modifica legislativa di particolare interesse, anche questa di poco successiva all'intervento europeo, è stata 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»⁴.

Tale legge era composta da 16 articoli, suddivisi in tre capi: il primo conteneva due deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di depenalizzazione; il secondo introduceva nel codice penale e nel codice di procedura penale l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova; il terzo capo disciplinava tale tipologia di sospensione nei confronti degli irreperibili.

Sulla base delle deleghe contenute nella legge n. 67/2014, sono stati adottati tre decreti legislativi: il d.lgs. 16 marzo 2015 n. 28⁵ riguardante la non punibilità per particolare tenuità del fatto; il d.lgs. 15 gennaio 2016 n. 7⁶

¹ In particolare, v. cap. I, 58 ss.

² DOLCINI, *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2/2018, 175.

³ V. cap. I, 61 ss.

⁴ Reperibile presso www.gazzettaufficiale.it.

⁵ Introdotto a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67.

⁶ Introdotto a norma dell'articolo 2, comma 3, della legge 28 aprile 2014, n. 67.

riguardante la abrogazione di alcuni reati e la introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili e il d.lgs. 15 gennaio 2016 n. 8⁷ in materia di depenalizzazione⁸.

L'istituto più importante previsto dalla legge n. 67/2014 è stato quello riguardante la sospensione del procedimento con messa alla prova, la quale, prima dell'intervento legislativo, era prevista solo nel rito penale minorile.

Tale istituto è stato introdotto nel codice penale, agli articoli 168-*bis*, 168-*ter* e 168-*quater*; nel codice di procedura penale in sette nuove disposizioni, dall'articolo 464-*bis* all'articolo 464-*nonies*; nelle norme di attuazione del codice di procedura penale agli articoli 141-*bis* e 141-*ter* e infine nel T.U. in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dai relativi carichi pendenti.

La sospensione del procedimento con messa alla prova, che non può essere applicata più di una volta, prevede che nei procedimenti per reati puniti con la pena pecuniaria o con la pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, il giudice, su richiesta dell'imputato accompagnata dal consenso del P.M., sentita la persona offesa e sempre che non debba essere pronunciata sentenza di proscioglimento ai sensi dell'articolo 129 c.p.p., conceda la misura.

La sospensione del procedimento con messa alla prova non si applica all'imputato ritenuto delinquente abituale, professionale o per tendenza e comporta la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose derivanti dalla commissione del reato e, se possibile, il risarcimento del danno.

L'imputato è quindi affidato al servizio sociale per svolgere un programma che può consistere anche nella effettuazione di attività di rilievo sociale.

La concessione della sospensione del procedimento con messa alla prova è subordinata alla prestazione di lavoro di pubblica utilità, che consiste nello svolgimento di una prestazione non retribuita, di durata non inferiore a dieci giorni, in favore della collettività.

⁷ Introdotto a norma dell'articolo 2, comma 2, della legge 28 aprile 2014 n. 67.

⁸ DELLA BELLA, *Approvata in via definitiva la legge sulla sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili. Al Governo due deleghe in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 aprile 2014, 1 s.

Se il periodo di messa alla prova ha avuto un esito positivo, sulla base di quanto attestato dalla relazione conclusiva dell'ufficio di esecuzione penale esterna, il giudice dichiara con sentenza l'estinzione del reato.

Nonostante uno dei vantaggi legati alla concessione dell'istituto in questione sia certamente riconducibile alla volontà di ridimensionamento della popolazione penitenziaria, oltre a contribuire positivamente in termini di rieducazione del detenuto, era evidente che intervenire su di un singolo istituto non poteva risolvere i gravi problemi del nostro sistema sanzionatorio.

A supporto di questo pensiero, è sufficiente indicare i dati sul tasso di densità carceraria: nel dicembre del 2015, qualche tempo dopo l'entrata in vigore della sospensione con messa alla prova, il sovraffollamento carcerario era ancora, se pur di poco, al di sopra del massimo consentito, essendo pari al 105,62%. Nei due anni successivi il tasso è poi ulteriormente aumentato, raggiungendo il 108,8% nel dicembre 2016, fino al 114,07% nel dicembre 2017⁹.

Si rendeva sempre più palese la necessità di una riforma dell'intero sistema sanzionatorio, volta a ritoccare una legge penitenziaria ormai quarantennale. L'attenzione riservata, ad esempio, alle donne, ai detenuti stranieri e al ruolo del volontariato dalla legge n. 354/1975 non poteva considerarsi adeguata ed era inoltre doveroso ridimensionare la presenza dei detenuti all'interno del circuito penitenziario e riportare al centro del sistema sanzionatorio la funzione rieducativa della pena, nonché il ruolo del carcere a quello di ultima *ratio*¹⁰.

In questo contesto veniva presentato, il 13 gennaio 2015, il disegno di legge n. 2798¹¹ che, all'articolo 29, prevedeva una delega al Governo per la riforma del processo penale e dell'ordinamento penitenziario, affinché venissero attuate riforme strutturali tali da evitare il rischio di una nuova condanna per l'Italia da parte della Corte di Strasburgo¹².

⁹ Come più volte accennato, il tasso di sovraffollamento ha adesso toccato quota 119,68% nel maggio 2019, www.giustizia.it.

¹⁰ DALLA CASA, *L'urgenza della riforma penitenziaria: un malinconico anacronismo nell'era della riscoperta del carcere*, in www.penalecontemporaneo.it, 25 giugno 2018, 4.

¹¹ Approvato poi il 23 settembre 2015.

¹² FIORENTIN, *La conclusione degli "Stati Generali" per la riforma dell'esecuzione penale italiana*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 giugno 2016, 4.

Il disegno di legge, a cui erano stati abbinati altri due progetti già passati alla Camera¹³, è stato definitivamente approvato il 14 giugno 2017 con la legge n. 103 del 23 giugno 2017: la c.d. Riforma Orlando.

La riforma Orlando si proponeva prioritariamente di ridisegnare il sistema penitenziario, incentrandolo sui principi del finalismo rieducativo e dell'umanizzazione della pena, adattando le pene alle esigenze di recupero sociale del condannato e riportando il ruolo della pena detentiva a *extrema ratio* cui ricorrere quando ogni altra soluzione esecutiva si fosse presentata inadeguata.

Anche nel caso di una misura detentiva, peraltro, l'esecuzione all'interno degli istituti doveva essere non soltanto rispettosa dei canoni di umanità, ma anche strutturata come momento di preparazione al rientro del condannato in società¹⁴.

In un sistema penitenziario costituzionalmente ispirato, infatti, per quanto sia vero che sulla funzione della pena ineriscano i caratteri della prevenzione generale e della difesa sociale, questi non possono pregiudicare la finalità rieducativa della pena, espressamente consacrata nella nostra Carta Costituzionale. Se la funzione della pena fosse orientata esclusivamente verso i primi due valori, si correrebbe il rischio di strumentalizzare il detenuto per fini generali di politica criminale o per la soddisfazione dei bisogni collettivi di sicurezza, sacrificando l'individuo attraverso l'esemplarità della pena.

In uno Stato evoluto, la finalità rieducativa non può essere separata dalla funzione stessa della pena¹⁵.

2. Gli Stati Generali dell'Esecuzione Penale

Per poter incidere in maniera definitiva sul nostro sistema sanzionatorio è necessario che ogni progetto innovativo – come lo era la riforma Orlando – riguardi più settori dell'esecuzione penale, rimodellando le norme, le strutture

¹³ Gli altri due disegni di legge erano: il d.d.l. n. 1129 recante modifiche all'art. 438 del codice di procedura penale, in materia di inapplicabilità e di svolgimento del giudizio abbreviato; il d.d.l. n. 2150 recante modifiche al codice penale in materia di prescrizione del reato.

¹⁴ FIORENTIN, *La conclusione degli "Stati Generali"*, cit., 5.

¹⁵ Corte Cost., sent. 2 luglio 1990 n. 313. Sul punto, v. FIORENTIN, *La conclusione degli "Stati Generali"*, cit., 6.

architettoniche, la formazione professionale, l'organizzazione del regime penitenziario e altri temi strettamente connessi con la pena¹⁶.

È stato sulla base di questo proposito che sono stati istituiti gli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, i quali hanno preceduto la legge delega nel tentativo di tracciare la strada da seguire rispetto al valore e alle finalità della pena, concentrandosi su aspetti fondamentali e qualificanti dell'esecuzione penale, nonché coinvolgendo professionisti ed esperti per raggiungere l'obiettivo prefissato dal disegno di legge n. 2798¹⁷.

Il 19 maggio 2015 l'allora Ministro della Giustizia Orlando, infatti, aveva dato il via agli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, suddivisi in diciotto tavoli di lavoro composti da oltre duecento personalità tra magistrati, professori ed esperti del sistema penitenziario e di altre discipline, aventi il compito, poi durato quasi un anno, di ridefinire la pena all'interno dei principi di rieducazione e risocializzazione del detenuto, nel quadro delle garanzie dei diritti.

Come si è detto, nel disegno di legge n. 2798, presentato il 13 gennaio 2015 e approvato il 23 settembre 2015, era contenuta una delega per riformare l'ordinamento penitenziario: l'obiettivo degli Stati Generali era quello di raccogliere materiali ed elaborare proposte sulla questione della pena, offrendo alla società l'opportunità di comprendere come il luogo comune «più carcere, più sicurezza» non fosse supportato da alcuna reale relazione tra il tasso di incarcerazione e il livello di criminalità.

I diciotto Tavoli tematici in cui erano suddivisi gli Stati Generali avevano trattato ognuno un aspetto diverso del sistema penale¹⁸.

Il Tavolo I, dedicato all'architettura carceraria, aveva proposto di elaborare nuove configurazioni degli spazi della pena funzionali a un modello di carcere basato sullo svolgimento della vita detentiva in aree comuni.

Il Tavolo II aveva affrontato il tema della vita in carcere seguendo il principio dell'individualizzazione del trattamento, ipotizzando una serie di percorsi di responsabilizzazione per i detenuti.

¹⁶ GIOSTRA, *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 4/2018, 120.

¹⁷ GIOSTRA, *La riforma penitenziaria*, cit., 120.

¹⁸ Gli elaborati di ogni Tavolo di Lavoro possono essere consultati in www.giustizia.it.

Il Tavolo III si era occupato delle esigenze delle detenute donne, dedicando particolare attenzione alla loro salute, con uno specifico riferimento alle detenute madri.

Il Tavolo IV aveva esaminato l'impatto della detenzione sui soggetti affetti da determinate vulnerabilità, trattando anche il tema dei suicidi in carcere.

Il Tavolo V aveva lavorato per la definizione dell'ordinamento minorile.

Il Tavolo VI si era occupato del tema dell'affettività del detenuto.

Il Tavolo VII aveva trattato il problema delle condizioni dei detenuti stranieri in carcere, con particolare riferimento alle difficoltà di attuazione di percorsi di reinserimento sociale.

Il Tavolo VIII si era occupato degli aspetti riguardanti il lavoro e la formazione dei detenuti.

Il Tavolo IX aveva esaminato l'istruzione, lo sport e la cultura da un punto di vista prettamente rieducativo per il detenuto.

Il Tavolo X aveva individuato alcuni strumenti che avrebbero potuto garantire l'effettivo esercizio del diritto alla salute attraverso un rapporto più efficace con le autorità sanitarie.

Il Tavolo XI aveva affrontato il tema delle misure di sicurezza, detentive e non detentive.

Il Tavolo XII, che era dedicato alle misure di comunità, si era occupato delle misure alternative alla detenzione.

Il Tavolo XIII aveva affrontato la predisposizione di programmi di giustizia riparativa.

Il Tavolo XIV si era occupato delle modalità di esecuzione penale italiana, raffrontandole alle prassi straniere.

Il Tavolo XV si era dedicato ai profili giuridici e amministrativi degli operatori penitenziari.

Il Tavolo XVI si era preoccupato di proporre interventi normativi volti all'eliminazione di preclusioni all'accesso a benefici penitenziari, ridando centralità al percorso trattamentale.

Il Tavolo XVII aveva individuato percorsi inclusivi che potessero accompagnare il reinserimento in società dell'ex detenuto.

Il Tavolo XVIII aveva esaminato alcuni modelli organizzativi per consentire una efficace azione amministrativa.

Al termine del lavoro dei Tavoli tematici era stato presentato un documento finale, elaborato dal Comitato di esperti, che costituiva una sintesi ragionata dei lavori dei Tavoli, i quali conservavano comunque una loro autonomia¹⁹.

Il documento conclusivo, ispirandosi alle idee dei diciotto Tavoli di Lavoro, conteneva una serie di possibili riforme ritenute idonee a rimodellare il sistema penale.

Il lavoro degli Stati Generali dell'esecuzione penale avrebbe dovuto contribuire a rafforzare l'idea secondo cui il sistema sanzionatorio incentrato sulla pena detentiva rappresentasse l'*extrema ratio*, e che le misure di comunità – più volte evidenziate sia dai Tavoli di Lavoro, sia nel documento finale degli Stati Generali – configurassero non solo la prospettiva più efficiente per risolvere il problema del sovraffollamento, ma anche il mezzo per consentire al nostro Paese di tornare a essere un modello di civiltà giuridica per il resto del mondo²⁰.

Tuttavia, l'impegno degli Stati Generali non è stato sufficientemente accompagnato da uno sforzo legislativo, anche a causa del clima socio-politico creatosi nel frattempo, incentrato sull'equazione, che proprio gli Stati Generali miravano a eliminare²¹, «più carcere, più sicurezza»²².

Del resto, la storia più che quarantennale del nostro ordinamento penitenziario ha dimostrato che se non si cambia la cultura sociale della pena, eliminando il pregiudizio per cui se vengono limitati i diritti dei detenuti si ottiene maggiore sicurezza, ogni riforma penitenziaria sarà contaminata da ideali retributivi e carcere-centrici²³.

¹⁹ FIORENTIN, *La conclusione degli "Stati Generali"*, cit., 6.

²⁰ FIORENTIN, *La conclusione degli "Stati Generali"*, cit., 16.

²¹ V. Cap. II, 69.

²² DOLCINI, *La riforma penitenziaria Orlando*, cit., 180.

²³ GIOSTRA, *La riforma penitenziaria*, cit., 119; in questo senso anche BRONZO, *La delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Leg. Pen.*, 18 gennaio 2018, 2.

2.1 Le principali proposte degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale

Come si è detto, gli Stati Generali avevano trattato diversi aspetti del sistema sanzionatorio, tuttavia è opportuno concentrarsi su alcuni lavori dei Tavoli tematici che avrebbero potuto, insieme all'elaborazione di tali argomenti nel documento finale, segnare una svolta decisiva nel nostro ordinamento.

Nello specifico, la trattazione si concentrerà su quattro Tavoli di Lavoro: il Tavolo XI che aveva auspicato una riforma delle misure di sicurezza, il Tavolo XII che si era occupato delle misure e delle sanzioni di comunità e, infine, i Tavoli XIII e XVI i quali si sono dedicati, rispettivamente, alla giustizia riparativa e al trattamento rieducativo.

In ultima analisi, verrà brevemente analizzata la proposta del Tavolo VI sul c.d. “permesso di affettività”.

I lavori di questi quattro Tavoli tecnici, infatti, hanno contribuito in maniera decisiva alla redazione delle deleghe previste dalla legge n. 103/2017, poi solo parzialmente attuate²⁴.

Le deleghe in questione avevano, in primo luogo, il preciso obiettivo di riformare il sistema delle misure di sicurezza, il sistema di trattamento penitenziario e di introdurre l'istituto della giustizia riparativa, affinché l'ordinamento penitenziario nel suo complesso avesse potuto riallinearsi ai canoni Costituzionali di umanità e rieducazione.

In secondo luogo, l'intento era quello di produrre soluzioni definitive per risolvere il grave e pressante problema del sovraffollamento carcerario.

2.1.1 Le misure di sicurezza detentive quale estremo rimedio alla pericolosità sociale

Prima di evidenziare quanto è stato elaborato dal Tavolo XI, è opportuno soffermarsi sull'istituto delle misure di sicurezza.

²⁴ Sul punto, ZIRULIA, *Riforma Orlando: la “nuova” prescrizione e le altre modifiche al codice penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 6/2017, 243 ss; DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7 novembre 2018, 1 ss; RUARO, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le principali novità dei decreti attuativi in materia di semplificazioni dei procedimenti e di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 novembre 2018, 1 ss.

Le misure di sicurezza sono provvedimenti diretti a riadattare il condannato alla vita sociale, promuovendone l'educazione o la cura, a seconda che abbia bisogno dell'una o dell'altra e, comunque, mettendolo nell'impossibilità di nuocere; inoltre, possono essere applicate anche ai non-imputabili²⁵.

Le stesse sono proporzionate alla pericolosità del reo (requisito soggettivo), e per l'applicazione di esse è necessario che il soggetto abbia commesso un fatto previsto dalla legge come reato (requisito oggettivo).

Per quanto concerne la pericolosità, questa si fonda su di un giudizio prognostico elaborato dal giudice circa la probabilità che la stessa persona possa commettere nuovi illeciti penali.

A tal riguardo, autorevole dottrina preferisce la definizione di "pericolosità criminale", «posto che è la probabilità della commissione di reati futuri che viene in discussione»²⁶; mentre considera l'espressione "pericolosità sociale" un semplice compromesso di natura codicistica, in ragione dell'applicabilità delle misure anche ai soggetti non-imputabili, dai quali «si può temere [...] non un reato punibile, bensì solo un fatto previsto come reato»²⁷.

I provvedimenti in commento sono strettamente legati alla permanenza della pericolosità del soggetto, per cui non hanno durata temporale predeterminata. L'articolo 207 c.p. stabilisce infatti che «le misure di sicurezza non possono essere revocate se le persone ad esse sottoposte non hanno cessato di essere socialmente pericolose».

La sussistenza dello *status* in questione è verificata dal Magistrato di Sorveglianza tramite il riesame obbligatorio della pericolosità (articolo 208 c.p.) o il riesame eventuale (articolo 69 Ord. Penit.).

Ai fini del giudizio, l'organo giudicante si avvale dei criteri stabiliti dall'articolo 133 c.p.²⁸.

Il secondo presupposto, richiesto dall'articolo 202 c.p., nonché rimarcato in apertura del Capo dedicato alle misure di sicurezza (articolo 199 c.p.), è che tali

²⁵ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, ed. XVI, Milano, 2003, 805 ss.

²⁶ SICLARI, *Applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza personali*, Milano, 1977, 17.

²⁷ SICLARI, *Applicazione*, cit., 17.

²⁸ «Ai fini dell'applicazione delle misure di sicurezza personali, la pericolosità sociale [...] deve essere accertata in concreto sulla base degli elementi indicati nel primo e nel secondo comma dell'articolo 133 c.p., globalmente valutati» Cass. Pen., sez. I, 15 novembre 1988, n. 2102.

provvedimenti possono essere applicati solamente a chi abbia commesso un fatto che sia previsto dalla legge come reato.

Tuttavia, lo stesso legislatore prevede due tassative eccezioni: l'articolo 202 comma 2 c.p. stabilisce infatti che «la legge penale determina i casi nei quali a persone socialmente pericolose possono essere applicate misure di sicurezza per un fatto non preveduto dalla legge come reato».

Si fa in tal caso riferimento al reato impossibile di cui all'articolo 49 c.p. e all'accordo criminoso non eseguito o istigazione non accolta a commettere un delitto (articolo 115 c.p.).

Da queste ultime due ipotesi è infatti desumibile un comportamento antisociale del soggetto, che il legislatore ritiene meritevole di applicazione di una misura di sicurezza.

Le misure si distinguono in due classi: personali, le quali si suddividono a loro volta in misure detentive e non detentive; e patrimoniali.

Le misure di sicurezza detentive sono: l'assegnazione a una colonia agricola o a una casa lavoro; il ricovero in una casa di cura e custodia e il ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario, adesso sostituiti dalle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS).

Sono invece misure non detentive: la libertà vigilata; il divieto di soggiorno in uno o più Comuni o Province; il divieto di frequentare osterie e pubblici spacci di bevande alcoliche; l'espulsione dello straniero dallo Stato.

Quelle patrimoniali sono invece: la cauzione di buona condotta e la confisca.

Tutte queste misure possono essere applicate congiuntamente alle pene vere e proprie, circostanza da cui è derivato il sistema c.d. del "doppio binario"²⁹, il quale non è rimasto esente da critiche.

Si è anzitutto obiettato che in questo modo i soggetti dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza, a cui sono applicabili alcune delle misure di sicurezza detentive, subirebbero, con l'applicazione della misura, una duplicazione di pena inaccettabile e difficilmente giustificabile³⁰.

²⁹ Sul punto, v. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario: vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008.

³⁰ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 833 s.

In secondo luogo, i condannati a pena diminuita per minore età o per infermità di mente, i quali sarebbero bisognosi di progetti rieducativi o di cure, con il sistema del doppio binario sarebbero sottoposti ai regimi carcerari che potrebbero avere un effetto negativo e peggiorativo dello stato psichico, come dimostrato dall'esperienza degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari (O.P.G.), incentrati su finalità custodiali più che effettivamente riabilitative³¹.

In questo modo, la pena avrebbe aggravato le cause di pericolosità che la misura di sicurezza avrebbe dovuto eliminare³².

Sulla scia di tali criticità, il Tavolo di Lavoro XI degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale aveva quindi dato vita a un progetto in tema di misure di sicurezza che era apparso subito decisamente idoneo a costituire le fondamenta della delega per il Governo³³.

Il Tavolo XI perseguiva determinati obiettivi, tra cui l'analisi dei criteri per l'applicabilità delle misure di sicurezza; la valutazione delle criticità inerenti al regime di internamento presso le REMS, caratterizzate da una esclusiva gestione sanitaria; l'indicazione di modalità di cooperazione tra l'amministrazione penitenziaria e quella sanitaria; l'individuazione di alcune modifiche alla legge penitenziaria e al regolamento esecutivo in seguito all'apertura delle REMS; la configurazione di una o più misure di sicurezza non detentive a carattere terapeutico; l'individuazione di mezzi idonei a rafforzare la consapevolezza della società sulla opportunità di contrastare la pericolosità sociale dell'autore di reato infermo mentale con la sottoposizione dello stesso ad adeguate terapie³⁴.

Sulla base di questi obiettivi, il Tavolo tematico, coordinato dal dott. Mazzamuto, era giunto a quattro interessanti proposte in tema di misure di sicurezza: la prima riguardava i soggetti imputabili; la seconda i soggetti non imputabili per vizio di mente (ridefiniti "pazienti psichiatrici giudiziari"); la terza prevedeva la creazione di uno specifico ordinamento per i servizi psichiatrici per i

³¹ Dall'1 aprile 2015 gli O.P.G. sono stati chiusi e l'esecuzione della misura di sicurezza detentiva per gli infermi di mente è stata prevista presso le R.E.M.S., caratterizzate dalla primaria finalità di cura e risocializzazione del soggetto ritenuto socialmente pericoloso.

³² ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 834 s.

³³ Il lavoro del Tavolo 11 è consultabile su www.giustizia.it.

³⁴ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XI, in www.giustizia.it, 4. Cfr., COLLICA, *La delega della legge Orlando sulle misure di sicurezza*, in *Leg. Pen.*, 7 dicembre 2017, 4 s.

pazienti giudiziari; la quarta si occupava di delineare la definizione di patologia psichiatrica in riferimento soprattutto ai c.d. gravi disturbi della personalità³⁵.

Per quanto riguarda la disciplina dei soggetti imputabili³⁶, il Tavolo XI era consapevole delle criticità del sistema delle misure di sicurezza, tra cui la restrizione degli internati nelle Case di Lavoro, considerate dal Tavolo dei meri «contenitori della marginalità sociale, privi di reale contenuto trattamentale»³⁷.

Si proponeva quindi di abolire le Case di Lavoro³⁸, presenti sul territorio italiano in numero esiguo e perciò anche irrispettose del principio di territorialità delle misure di sicurezza.

Tale misura di sicurezza detentiva, per quanto fondata sull'obbligo di lavoro come strumento per arrivare alla risocializzazione dell'internato, era priva di reali progetti lavorativi effettivi e remunerati, da cui la definizione del Tavolo XII circa la restrizione in tali Case come «ergastolo bianco»³⁹.

Inoltre, i membri del Tavolo ritenevano necessaria una rivisitazione del sistema del doppio binario, senza tuttavia abolirlo, come del resto prevedeva il progetto di legge delega, al fine di poter attuare il principio dell'*extrema ratio* ed evitare le duplicazioni di pene⁴⁰.

Nello specifico, l'*iter* delle misure di sicurezza, nelle previsioni del Tavolo XI, doveva essere avviato dopo la commissione di reati-presupposto di rilevante gravità, quando sussisteva il pericolo che il soggetto avrebbe potuto compiere ulteriori e gravi reati. In tal caso, l'individuo doveva essere inizialmente sottoposto a una misura non detentiva⁴¹ che prevedesse la possibilità di rimodulare le prescrizioni, di per sé già non vessatorie, sulla base delle esigenze e della situazione soggettiva e oggettiva del caso concreto.

³⁵ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XI, in www.giustizia.it, 2015, 2.

³⁶ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XI, in www.giustizia.it, 2015, 13 ss.

³⁷ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XI, in www.giustizia.it, 2015, 13.

³⁸ È opportuno far notare che una simile soluzione era stata già ipotizzata dal Bricola. Cfr. BRICOLA, *Il sistema sanzionatorio penale nel codice Rocco e nel progetto di riforma*, in BRICOLA, CAVALLARI, LUGNANO, NEPI MODONA, SPAGNOLI, TERRACINI, *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia. Atti del seminario organizzato dal Centro studi e iniziative per la riforma dello Stato*, 1974, 41 ss.

³⁹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XI, in www.giustizia.it, 2015, 13.

⁴⁰ In proposito si parla di “truffa delle etichette”, cioè di vere e proprie pene “travestite” da misure di sicurezza. Sul punto, MANNA – LASALVIA, “Le pene senza delitto”: sull'inaccettabile “truffa delle etichette”, in *Arch. pen.*, 2017, 1, 15 ss.

⁴¹ Che per il Tavolo XI doveva essere la libertà vigilata, come ridisegnata dagli Stati Generali.

Solo in caso di violazioni reiterate, il Tavolo prevedeva la possibilità di sostituire la misura non detentiva con una restrittiva della libertà: dapprima a contenuto domiciliare e, se anche queste si fosse rivelata inefficace a salvaguardare le esigenze della collettività, secondo un'opinione minoritaria, la misura cautelare poteva essere sostituita con una in ambito detentivo, ma ad alto contenuto trattamentale⁴².

Tuttavia, per l'opinione maggioritaria, una tale soluzione, prevedendo l'opzione intramuraria come misura estrema, non avrebbe eliminato il problema della duplicazione della pena detentiva.

Secondo l'orientamento prevalente tra gli esperti del Tavolo XI, dunque, la misura massima doveva invece consistere nell'opzione domiciliare, alla cui violazione si sarebbe proceduto con la sanzione prevista per il reato di evasione⁴³.

Infine, era stata proposta la creazione di strutture non penitenziarie di esecuzione delle misure di sicurezza detentive, per periodo di tempi limitati e con un alto contenuto rieducativo, risocializzante e trattamentale⁴⁴.

Il Tavolo XI era intervenuto poi sul presupposto oggettivo delle misure di sicurezza, proponendo di eliminare la professionalità e la tendenza a delinquere e modificare la disciplina dell'abitudine, collegandola a criteri temporali più significativi in termini di recidiva⁴⁵.

Sul piano del presupposto soggettivo, il Tavolo prevedeva di estendere ai soggetti imputabili i parametri di accertamento della pericolosità sociale previsti per i soggetti non imputabili⁴⁶.

Il Tavolo per le misure di sicurezza aveva anche proposto di applicare agli imputabili, almeno inizialmente, la misura della libertà vigilata, per una durata massima predeterminata e limitatamente a determinati reati⁴⁷.

⁴² Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XI, in *www.giustizia.it*, 2015, 14.

⁴³ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XI in *www.giustizia.it*, 2015, 14.

⁴⁴ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XI, in *www.giustizia.it*, 2015, 14.

⁴⁵ Si registrava in materia un'opinione dissidente: alcuni esperti del Tavolo XI, infatti, tendevano a ricomprendere nell'unica categoria di delinquenza qualificata anche la professionalità nel reato e consigliavano di prevedere, in caso di concorso in successione temporale di reati particolarmente gravi, la possibilità della misura di sicurezza detentiva. Cfr., Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XI, in *www.giustizia.it*, 2015, 14.

⁴⁶ Anche qui era presente un'opinione contraria, che riteneva tale estensione problematica e foriera di trasposizioni incontrollate. Cfr., Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XI, in *www.giustizia.it*, 2015, 14.

Nello specifico, la libertà vigilata doveva essere rimodellata seguendo il criterio della territorialità ed eliminando tutte le prescrizioni che ostassero alla risocializzazione del soggetto, con la previsione, in casi eccezionali, di limitazioni più stringenti quali la previsione dell'affidamento lavorativo o della permanenza controllata in abitazione o in luoghi equiparabili all'abitazione⁴⁸.

Per le violazioni più gravi, il Tavolo XI aveva proposto la trasformazione della libertà vigilata in una misura di sicurezza detentiva da scontare in apposite sezioni⁴⁹.

Si era anche suggerito di limitare l'elenco dei reati presupposto a quelli di particolare gravità, abolendo le previsioni normative atte ad applicare la misura di sicurezza nel caso di quasi-reato o negli accordi a commettere un reato, poi non commesso, o nell'istigazione a delinquere, poi non accolta.

Infine, il Tavolo tematico mirava all'abrogazione dell'articolo 202 comma 2 c.p., il quale prevede che la legge penale possa determinare i casi in cui è possibile applicare misure di sicurezza a persone socialmente pericolose per fatti non previsti dalla legge come reato.

In relazione ai soggetti non imputabili⁵⁰, il Tavolo XI auspicava in primo luogo una riduzione delle valutazioni di non imputabilità, dato che molti soggetti entravano nel sistema delle misure di sicurezza per gli infermi di mente senza che ne fosse stata dichiarata la non imputabilità al momento della consumazione del reato⁵¹.

Secondo il Tavolo tematico, era necessario prevedere un nuovo sistema di "misure giudiziarie di cura e controllo" che fosse applicabile solo a soggetti colpevoli affetti da gravi e comprovati disturbi, ovvero a coloro che fossero

⁴⁷ Si registrava anche in questo caso un intervento di segno opposto, che mirava a conservare il carattere tendenzialmente indeterminato della durata massima delle misure di sicurezza non detentive nei confronti dei soggetti imputabili; prevedendo invece, per le misure di sicurezza detentive, termini brevi, trascorsi i quali il soggetto sarebbe ritornato, se non fosse cessata la pericolosità, in misura non detentiva. Cfr., Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XI, in *www.giustizia.it*, 2015, 15.

⁴⁸ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XI, in *www.giustizia.it*, 2015, 15.

⁴⁹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XI, in *www.giustizia.it*, 2015, 15.

⁵⁰ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XI, in *www.giustizia.it*, 2015, 15 ss.

⁵¹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XI, in *www.giustizia.it*, 2015, 16.

affetti da gravi disturbi della personalità e che manifestassero un effettivo bisogno di cure a elevata intensità terapeutica, a breve e medio termine⁵².

In secondo luogo, si riteneva che per il soggetto non imputabile si potesse dar luogo al ricovero sanitario in forma detentiva solo in casi eccezionali, alla luce della presunta inefficacia del trattamento terapeutico in condizioni di detenzione⁵³.

Sulla base di questi elementi, il Tavolo tecnico aveva proposto una ridefinizione dell'impianto normativo, con la previsione di tre distinte aree di trattamento⁵⁴.

Per la prima area, dedicata ai soggetti che avessero commesso un reato punito con pena detentiva non superiore nel massimo a tre anni, il giudice della cognizione si sarebbe limitato a segnalare al Dipartimento di salute mentale competente l'infermo mentale autore del reato, invitando i servizi sanitari ad approntare un progetto terapeutico individualizzato per il soggetto.

Per la seconda area, dedicata ai soggetti autori di reati puniti con pena detentiva superiore nel massimo a tre anni, veniva aggiunta, rispetto a quanto previsto per la prima area, la possibilità per il giudice di stabilire alcune limitazioni delle libertà – tra cui la restrizione della libertà di movimento o l'obbligo di non abbandonare il domicilio – che il giudice avesse ritenuto necessarie per assicurare la collaborazione e il consenso del soggetto a ricevere le cure.

In tal caso, la misura giudiziaria di cura e controllo poteva consistere in una serie di prescrizioni mediche, comprendenti anche il ricovero obbligatorio presso una struttura medica residenziale.

Per i soggetti ricompresi nella terza area, dedicata agli autori di delitti contro l'incolumità pubblica di cui al Titolo VI del Libro II del codice penale o contro la persona di cui al Titolo XII del medesimo Libro, se puniti con pena non inferiore nel minimo a quattro anni; nonché per i soggetti autori del reato di cui all'articolo 612-*bis* c.p., il giudice, dopo la predisposizione di un progetto terapeutico individualizzato, avrebbe potuto disporre che la cura e il trattamento

⁵² Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XI, in www.giustizia.it, 2015, 16.

⁵³ Per l'elenco completo dei motivi, che per l'esattezza sono sei, Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XI, www.giustizia.it, 16.

⁵⁴ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XI, in www.giustizia.it, 2015, 17 ss.

avessero un contenuto coercitivo di durata non inferiore a tre mesi e non superiore a tre anni, solo se fossero stati ritenuti fondati i motivi per cui era ritenuto probabile il tentativo o la consumazione di un altro reato della stessa indole o della medesima gravità di quello per cui il soggetto era già stato condannato.

Il Tavolo XI aveva poi previsto che la durata della misura non poteva eccedere il minimo edittale comminato per il reato commesso dal soggetto, precisando inoltre che poteva essere disposto il ricovero nelle R.E.M.S., le quali avrebbero preso il nome di Servizi Psichiatrici per Pazienti Giudiziari (S.P.P.G.), nel caso in cui il giudice avesse ritenuto inadeguate le altre misure per la cura e il controllo⁵⁵.

Nondimeno, per i soggetti non imputabili veniva prevista la sostituzione dell'istituto della libertà vigilata con la misura obbligatoria di cura e controllo, che avrebbe ricompreso una serie di strumenti diretti a soddisfare le esigenze terapeutiche individuali.

La misura di cura e controllo, svolta in ambito territoriale e con prescrizioni relativamente restrittive, sarebbe dovuta diventare il principale strumento di trattamento dei pazienti psichiatrici giudiziari. Solo in casi gravi ed eccezionali, sarebbe stato possibile prevedere una misura residenziale in una comunità ad alta intensità terapeutica⁵⁶.

Per i soggetti semi-imputabili, il Tavolo tematico aveva proposto una soluzione adatta a soddisfare le istanze terapeutiche nell'ambito dell'esecuzione

⁵⁵ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XI, in *www.giustizia.it*, 2015, 18.

⁵⁶ In tale contesto, il Tavolo XI aveva proposto una modifica dell'articolo 286 c.p.p., che avrebbe dovuto recitare: «Se la persona da sottoporre a custodia cautelare si trova in stato di infermità di mente che ne esclude o ne diminuisce grandemente la capacità di intendere o di volere, il giudice, in luogo della custodia in carcere, può disporre il ricovero provvisorio in idonea struttura del servizio psichiatrico ospedaliero, adottando i provvedimenti necessari per prevenire il pericolo di fuga. Il ricovero non può essere mantenuto quando risulta che l'imputato non è più infermo di mente. Nello stesso modo può procedere il giudice se ritiene di sottoporre con urgenza a perizia psichiatrica la persona indagata e qualora ricorrano i presupposti per l'applicazione della custodia cautelare in carcere. Una volta effettuati gli accertamenti peritali, il ricovero in regime di degenza ospedaliera si può protrarre soltanto per fare fronte a gravi alterazioni tali da richiedere indifferibili interventi terapeutici. Qualora sia accertata la capacità di intendere e di volere e sussistano i presupposti per disporre la custodia cautelare in carcere, questa è eseguita in apposite sezioni presso gli istituti di pena idonee a garantire la cura del soggetto. Si applicano le disposizioni dell'articolo 285, commi 2 e 3. Nel caso previsto dal primo comma, qualora sia cessato il ricovero provvisorio in idonea struttura del servizio psichiatrico ospedaliero o sia stato disposto l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, l'obbligo di dimora o gli arresti domiciliari, il giudice dispone che il Dipartimento di salute mentale competente prenda in carico il soggetto». Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo 11, *www.giustizia.it*, 2015, Allegato 1.

della pena con una misura comunque non coercitiva ed evitando per tali soggetti qualunque tipologia di internamento diverso dal trattamento carcerario, abrogando inoltre l'articolo 219 c.p.⁵⁷.

La terza proposta fondamentale alla base del lavoro del Tavolo XI è stata quella riguardante la creazione di un Ordinamento per i Servizi Psichiatrici per Pazienti Giudiziari⁵⁸.

È stato infatti ritenuto necessario addivenire a una regolamentazione dell'organizzazione degli S.P.P.G. a causa della sporadica e disorganica normativa in tema di misure di cura e controllo presente nell'Ordinamento Penitenziario, la quale aveva portato all'adozione disomogenea di alcune soluzioni nelle singole regioni, attribuendo ai vari regolamenti interni il compito di regolare istituti anche di particolare importanza.

L'Ordinamento degli S.P.P.G., come disposto dal Tavolo tematico, avrebbe dovuto perseguire alcuni obiettivi fondamentali, tra cui quelli riguardanti la cura del paziente, e avrebbe dovuto riaffermare il principio di parità di trattamento terapeutico sul territorio nazionale.

Tra gli altri obiettivi, l'Ordinamento dei Servizi Psichiatrici avrebbe dovuto garantire agli internati, i quali avrebbero preso il nome di "pazienti psichiatrici giudiziari", una decisa tutela dei loro diritti fondamentali, basandosi sulla centralità della persona e consentendo anche la possibilità di usufruire, con le dovute modifiche, di quegli istituti presenti nell'ordinamento penitenziario che consentono il ritorno (anche parziale) in libertà, l'accesso a colloqui visivi e alle telefonate⁵⁹.

Soprattutto, l'auspicata regolamentazione avrebbe caratterizzato gli S.P.P.G. come strutture temporanee, proiettate verso percorsi di reinserimento socio-riabilitativi, evitando di trasformarli in contenitori della marginalità sociale⁶⁰.

⁵⁷ L'articolo 219 c.p. è rubricato "Assegnazione ad una casa di cura e custodia". Cfr., COLLICA, *La delega della legge Orlando*, cit., 5.

⁵⁸ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XI, in *www.giustizia.it*, 2015, 20 ss.

⁵⁹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XI, in *www.giustizia.it*, 2015, 21.

⁶⁰ Per gli altri obiettivi perseguiti dall'Ordinamento degli S.P.P.G., Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XI, in *www.giustizia.it*, 2015, 21 ss.

Il quarto punto principale trattato dal Tavolo XI era incentrato sul dibattuto tema dei disturbi della personalità⁶¹.

Il Tavolo di Lavoro aveva cominciato la sua trattazione riprendendo una nota sentenza della Corte di Cassazione⁶², la quale aveva stabilito che anche i disturbi della personalità potevano costituire una causa idonea a escludere o limitare la capacità di intendere e di volere del soggetto agente, sempre che fossero stati di consistenza, intensità, rilevanza e gravità tali da incidere sulla stessa, non assumendo invece rilievo ai fini della imputabilità le altre anomalie caratteriali e gli stati emotivi e passionali, i quali mancavano dei requisiti precedentemente elencati.

Sulla base di studi medici, neuro-scientifici, neuro-psicologici e di genetica molecolare, sono state riscontrate delle correlazioni tra anomale attività cerebrali e condotte *borderline*⁶³.

Questi studi hanno consentito ad alcuni ricercatori di poter affermare che sussiste la possibilità di oggettivare il disturbo della personalità. Un grave disturbo della personalità ha infatti maggiori probabilità di avere dei correlati evidenziabili dall'attività cerebrale e dalla densità della materia grigia e bianca; mentre una lieve affezione non presenterebbe tali caratteristiche⁶⁴.

Tuttavia, il Tavolo tematico ha sottolineato che l'essere portatore di una patologia morfo-funzionale non implichi necessariamente che i processi decisionali o di altre capacità umane siano automaticamente intaccati, aggiungendo che gli studi scientifici dovrebbero essere valutati nell'ambito di un quadro clinico che consideri l'intera persona nella sua storia di vita⁶⁵.

Il giudice, pertanto, avrebbe dovuto verificare non solo l'ammissibilità e la legittimità di una prova scientifica, ma anche la validità della stessa.

Il Tavolo di Lavoro aveva fatto notare però come i criteri elencati dalla sentenza della Corte di Cassazione del 13 dicembre 2010, n. 43786⁶⁶ (affidabilità

⁶¹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XI, in *www.giustizia.it*, 2015, 23 ss.

⁶² Cass. Pen., Sez. Un., 8 marzo 2005, n. 9163.

⁶³ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XI, in *www.giustizia.it*, 2015, 24.

⁶⁴ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XI, in *www.giustizia.it*, 2015, 24.

⁶⁵ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XI, in *www.giustizia.it*, 2015, 24.

⁶⁶ Cfr. ZIRULIA, *Nota a Cass. Pen., Sez. IV., 17.9.2010 (dep. 13.12.2010), n. 43786, Pres. Marzano, Rel. Blaiotta, imp. Cozzini e altri (amianto e nesso di causalità)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 12 gennaio 2011, 1 ss.

e indipendenza dell'esperto; finalità per le quali si muove; possibilità di formulare criteri di scelta tra le contrapposte tesi scientifiche) siano stati ritenuti inadatti ad aiutare il giudice a utilizzare parametri più obiettivi⁶⁷.

Il Tavolo XI aveva quindi concluso che il giudice, nel valutare le prove neuro-scientifiche, avrebbe dovuto usare particolare oculatezza, poiché queste fornirebbero solo una parte di una verità clinica molto complessa, oltre a escludere le prove vietate dalla legge e quelle manifestamente superflue o irrilevanti o che avessero influito sulla libertà di autodeterminazione della persona o pregiudicato la libertà morale⁶⁸.

Era dunque evidente che l'ottica in cui si poneva il Tavolo XI era quella di una piena risocializzazione, sia per il soggetto imputabile che per quello non imputabile, da perseguire attraverso una individualizzazione del trattamento (che nel caso di soggetti infermi di mente avrebbe dovuto essere sorretta da un idoneo sistema normativo dei Servizi Psichiatrici per Pazienti Giudiziari) adeguata alle caratteristiche di pericolosità sociale dell'individuo.

Tale risocializzazione escludeva, se non in casi veramente eccezionali, il ricorso a misure detentive per gli imputabili, come testimoniato dalla proposta di abolizione delle Case di Lavoro e dalla inversione dell'*iter* di applicazione delle misure di sicurezza, costituito dall'adozione di un criterio a scalare da una originaria misura non detentiva a una detentiva, solo se strettamente necessario.

Allo stesso modo, gli stessi principi andavano seguiti anche per i soggetti non-imputabili, la cui risocializzazione doveva avvenire per il tramite di misure di cura e controllo individualizzate, le cui finalità fossero esclusivamente riconducibili alla cura e al trattamento riabilitativo.

2.1.2 Il coinvolgimento della società civile per la piena realizzazione della finalità rieducativa della pena attraverso le misure penali di comunità

Il Tavolo XII, coordinato dal dott. Colombo, era stato incaricato di occuparsi delle sanzioni di comunità, cioè di quelle misure per la cui esecuzione si sarebbe dovuto prescindere dall'utilizzo di una struttura penitenziaria⁶⁹.

⁶⁷ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XI, in www.giustizia.it, 2015, 26.

⁶⁸ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XI, in www.giustizia.it, 2015, 26.

⁶⁹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XII, in www.giustizia.it, 2015, 3.

L'obiettivo di fondo dell'intero lavoro era quello di ridare concreta attuazione al principio di *extrema ratio* delle misure detentive⁷⁰.

Tale compito era stato reso assai arduo dal fatto che un principio di tale portata presupponesse un substrato legislativo solido e improntato a una visione d'insieme, elementi invece mancanti nel nostro sistema penale a causa di interventi legislativi settoriali e particolaristici, perlopiù connessi a situazioni emergenziali⁷¹.

Il Tavolo aveva quindi ritenuto opportuno concentrarsi sulle misure alternative alla detenzione, essendo lo strumento più adeguato per rispondere alle esigenze – non soltanto deflattive, ma anche di risocializzazione – connesse al principio di *extrema ratio*, nell'ottica di una profonda e completa modifica dell'ordinamento.

Nello specifico, il Tavolo di Lavoro si era prefissato sei obiettivi: incrementare nell'opinione pubblica la consapevolezza che il sistema delle misure alternative alla detenzione tutelasse la sicurezza della società; riflettere sulla possibilità di istituire un sistema di sanzioni di comunità correlate alle esigenze del territorio; proporre una serie di interventi normativi idonei ad attuare il criterio direttivo della legge delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario che prevedeva la revisione dei presupposti di accesso alle misure alternative, sia con riferimento ai presupposti soggettivi, sia con riferimento ai limiti di pena, per facilitarne l'utilizzo; prevedere la realizzazione di assetti organizzativi idonei per rafforzare il controllo e il sostegno nella gestione delle sanzioni di comunità; ipotizzare una varietà di percorsi rieducativi da proporre ai soggetti sottoposti a una misura di comunità; ragionare sull'uso dei dispositivi elettronici di controllo⁷².

⁷⁰ Riguardo tale argomento, in dottrina si ritrovano parecchi riferimenti, tra cui sembra opportuno citare: BARTOLI, *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 4/2016, 4 ss.; DOLCINI, *Superare il primato del carcere: il possibile contributo della pena pecuniaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2018, 393 ss.; PALIERO, *Extrema ratio: una favola raccontata a veglia? Pragmatica e paradigmatica della clausola di "extrema ratio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1447 ss.

⁷¹ GARGANI, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1508 s.

⁷² Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XII, in *www.giustizia.it*, 2015, 4.

Circa il primo punto, gli esperti del Tavolo XII avevano prodotto un elenco di considerazioni negative riguardo al carcere, sulla base delle quali bisognava ricondurlo al ruolo di ultima *ratio*.

In particolare, il carcere era stato definito come luogo in cui si riaffermava la cultura della devianza⁷³; questo era ritenuto inefficace verso chi avesse commesso un reato per motivi passionali, per necessità o per dipendenza da alcol o sostanze stupefacenti; era inoltre considerato portatore di sofferenza, dolore e rancore nel detenuto, senza avere alcuna funzione riparatrice nei confronti della vittima, la quale avrebbe visto soddisfare soltanto il proprio desiderio negativo di vendetta⁷⁴; da ultimo, costava ai contribuenti circa tre miliardi di euro l'anno⁷⁵.

Per questi motivi, a parere del Tavolo XII, il carcere doveva essere riconsiderato alla stregua della sua originaria natura di *extrema ratio* e, nel caso in cui fosse stato necessario ricorrere all'incarcerazione, tra l'altro, solamente nei confronti di persone la cui pericolosità non poteva essere eliminata dalle sanzioni di comunità, tale incarcerazione sarebbe comunque dovuta essere rispettosa degli articoli 1, 2, 4, 13 e 27 Cost. e della normativa europea.

Se il carcere doveva rappresentare l'eccezione, il Tavolo di lavoro aveva elencato i motivi per cui le misure penali di comunità dovevano essere la regola⁷⁶.

In primo luogo, si riteneva ingiustificato limitare completamente la libertà personale di un soggetto quando la sicurezza della comunità poteva essere parimenti garantita attraverso altre misure.

In secondo luogo, si pensava che solo un'efficace risocializzazione del trasgressore avrebbe garantito la sicurezza della comunità, poiché attraverso la reintegrazione in società il soggetto non avrebbe più commesso ulteriori e rilevanti fatti criminosi.

In terzo luogo, si considerava che, per ottenere un efficace reinserimento del trasgressore, fossero necessari degli strumenti all'uopo indirizzati.

⁷³ Sul punto, v. cap. I, 37. Cfr. DI ROSA, *Le solitudini in carcere. Il detenuto malato e il detenuto straniero: dialogo a tre voci*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 luglio 2018, 1.

⁷⁴ Cfr. MOMIGLIANO, *Giustizia e vendetta sono due cose così diverse?*, in www.rivistastudio.it, 7 giugno 2017, 1 ss.

⁷⁵ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XII, in www.giustizia.it, 2015, 14.

⁷⁶ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XII, in www.giustizia.it, 2015, 16 ss.

Nello specifico, per coloro i quali avessero violato la legge per bisogno, avrebbero dovuto essere rimosse le cause che rendevano necessaria tale trasgressione, ad esempio attraverso l'implementazione degli interventi sociali.

Per coloro che avessero trasgredito per dipendenza, la soluzione doveva essere la cura della stessa, in un ambiente idoneo allo scopo e con caratteristiche custodiali limitate a chi fosse realmente pericoloso, tuttavia lontane dal regime carcerario.

Nel caso in cui fosse stato commesso un reato per motivi passionali, era necessario che fosse accertata la natura occasionale e non ripetibile del fatto e fossero previsti meccanismi di risarcimento del danno in forma di riparazione⁷⁷, prevedendo forme di tutela sociale nel caso in cui il percorso riparativo si fosse rivelato insufficiente.

Per il raggiungimento di tale obiettivo, il Tavolo di Lavoro riteneva determinante il contributo della società civile, in primo luogo incoraggiando le autorità a pubblicare rapporti regolari sulle evoluzioni osservate nell'ambito della *probation* per fornire all'opinione pubblica elementi di valutazione del risultato⁷⁸.

Ad avviso dei membri del Tavolo, bisognava sensibilizzare la popolazione tramite la formazione di insegnanti e la previsione di lezioni dedicate a riflessioni con gli studenti, nelle quali potevano essere previste anche testimonianze con coloro che avevano vissuto un'esperienza carceraria e con coloro a cui fosse stata applicata una misura di comunità; o anche tramite la messa in onda di spot pubblicitari⁷⁹.

Tuttavia, il presupposto più importante per sviluppare le misure di comunità, a parere del Tavolo di Lavoro, era la collaborazione della società civile.

Tale collaborazione, innanzitutto, doveva avvenire tramite il reale coinvolgimento del volontariato nell'esecuzione penale esterna, a cui avrebbe seguito la riforma dell'articolo 17 ord. penit. con la semplificazione relativa alla nomina dei volontari di competenze del direttore dell'istituto e degli articoli 118 e 120 reg penit.⁸⁰

⁷⁷ Il Tavolo XII rinvia in questo caso al lavoro del Tavolo XIII sulla giustizia riparativa.

⁷⁸ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XII, in *www.giustizia.it*, 2015, 17.

⁷⁹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XII, in *www.giustizia.it*, 2015, 5.

⁸⁰ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XII, in *www.giustizia.it*, 2015, 5 e 20.

Era poi necessario prevedere l'istituzione di un Registro delle associazioni e degli enti che svolgevano attività rieducative, trattamentali e di accoglienza per persone sottoposte a misure limitative della libertà personale, compresi coloro che non avevano un domicilio proprio, prevedendo, con legge quadro nazionale o con un regolamento ministeriale, i requisiti minimi (tra cui la forma della persona giuridica o dell'associazione non riconosciuta, la disponibilità di immobili e di personale specializzato) per le procedure di accreditamento e autorizzazione, concesse previa valutazione dell'U.E.P.E., allo svolgimento delle attività di tali strutture sociali⁸¹.

Infine, il Tavolo XII riteneva di dover stimolare gli enti locali, attuando un progetto volto alla sensibilizzazione degli stessi sul tema delle misure penali di comunità e alla individualizzazione di criteri per la riallocazione delle risorse, in maniera tale da far sì che dette misure diventassero il nucleo centrale dell'esecuzione penale⁸².

Tuttavia, un progetto simile necessitava di una revisione del sistema delle misure alternative alla detenzione, con l'obiettivo di facilitarne l'impiego e ribaltare radicalmente la prospettiva carceri-centrica.

L'ingresso in carcere doveva essere previsto solo come ultima *ratio*, laddove le misure extramurarie, che avrebbero preso il nome di misure di comunità, fossero state ritenute inadeguate.

Nel caso in cui la misura carceraria non poteva essere evitata, era allora necessaria prevedere meccanismi che consentissero la possibilità di una rapida uscita.

Il Tavolo XII aveva dettato dunque delle linee-guida per la riforma del sistema delle misure alternative.

In primo luogo, andava innalzato il limite di pena per l'accesso alle misure extramurarie a quattro anni da scontare, anche se residuo di maggior pena; in secondo luogo, la concessione delle misure penali di comunità doveva essere resa possibile fin dalla emissione della sentenza di condanna in fase di cognizione,

⁸¹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XII, in www.giustizia.it, 2015, 6 e 21.

⁸² Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XII, in www.giustizia.it, 2015, 7.

introducendo una presunzione di idoneità alla misura *extra moenia* quando la condanna non avesse superato i quattro anni di reclusione⁸³.

A parere del Tavolo tematico, il sistema delle misure alternative doveva essere totalmente ricostruito sulla base del principio della progressività trattamentale, abrogando tutti i meccanismi preclusivi, tra cui l'articolo 4-*bis* ord. penit., poiché contrastanti con la finalità rieducativa della pena e con il principio dell'individualizzazione del trattamento.

Ogni *iter* di recupero, sosteneva il Tavolo XII, andava infatti strutturato in maniera tale da offrire un progressivo ampliamento degli spazi di libertà del condannato⁸⁴.

Infine, per poter attuare al meglio una riforma del genere, il Tavolo aveva rimarcato l'importanza del contributo civile, inserendo tra le linee-guida la necessità di una riforma che tendesse sì a favorire le misure extracarcerarie, ma che al contempo coinvolgesse la comunità esterna, gli enti territoriali e il terzo settore, nell'ottica di una territorializzazione dell'esecuzione delle misure penali di comunità che incentivasse un rapido ed effettivo reinserimento sociale⁸⁵.

Il lavoro del Tavolo XII comprendeva anche gli interventi legislativi in tema di misure alternative che avrebbero dovuto essere attuati nell'ottica della riforma.

Sulla base della creazione di una disciplina comune a tutte le misure penali di comunità attraverso l'introduzione del capo VI-*bis* nell'ordinamento penitenziario⁸⁶, erano state infatti proposte modifiche in tema di: affidamento in prova al servizio sociale; semilibertà; liberazione condizionale; detenzione domiciliare e liberazione anticipata⁸⁷.

Il sistema di accesso alle misure penali di comunità sarebbe stato affidato, in via prioritaria, al giudice della cognizione, prevedendo un coinvolgimento degli Uffici dell'Esecuzione Penale Esterna sin dalla stessa fase di cognizione, affinché

⁸³ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XII, in *www.giustizia.it*, 2015, 22.

⁸⁴ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XII, in *www.giustizia.it*, 2015, 22.

⁸⁵ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XII, in *www.giustizia.it*, 2015, 22.

⁸⁶ Il quale avrebbe dovuto prevedere l'attribuzione al magistrato di sorveglianza del potere di concessione delle misure in questione in via provvisoria, nonché favorire il procedimento di applicazione *ex officio*, eliminando inoltre le preclusioni e i meccanismi presuntivi di revoca.

⁸⁷ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XII, in *www.giustizia.it*, 2015, 23 ss.

potessero essere individuati i percorsi trattamentali individualizzati in misura di comunità da applicare al soggetto⁸⁸.

Nel proporre tali modifiche, il Tavolo tecnico aveva continuato a mettere in risalto il ruolo che doveva assumere la società civile, sia da un punto di vista passivo, ovverosia come contributo che questa riceveva dal detenuto, sia da un punto di vista attivo, cioè come elemento che coinvolgesse efficacemente il detenuto nel suo percorso risocializzante.

In particolare, per quanto riguarda l'affidamento in prova al servizio sociale⁸⁹, si auspicava un maggior coinvolgimento dei servizi territoriali, del terzo settore, del volontariato e delle Università⁹⁰.

Allo stesso modo, per la semilibertà⁹¹ – la quale veniva articolata in tre modelli: semilibertà in caso di mancanza di idoneo domicilio; semilibertà per pene di lunga durata; semilibertà prodromica alla liberazione condizionale per condanna all'ergastolo – veniva prevista, come requisito di accesso all'ultimo dei modelli, la disponibilità del detenuto a svolgere prestazioni lavorative non retribuite a favore della collettività⁹².

Per la detenzione domiciliare⁹³ si mirava infine a prevedere e incentivare la partecipazione dei soggetti ristretti ad attività di risocializzanti tra cui quelle lavorative⁹⁴.

Oltre alle rimanenti modifiche alla liberazione condizionale⁹⁵, la quale veniva inserita nell'ordinamento penitenziario, e alla liberazione anticipata⁹⁶, eliminando ogni tipo di preclusione all'accesso di tale misura, un intervento di particolare importanza proposto dal Tavolo aveva riguardato la possibilità di introdurre il Lavoro di Pubblica Utilità (L.P.U.) nel sistema delle misure penali di comunità⁹⁷.

⁸⁸ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XII, in *www.giustizia.it*, 2015, 27.

⁸⁹ Articolo 47 ord. penit.

⁹⁰ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XII, in *www.giustizia.it*, 2015, 23.

⁹¹ Articoli 48-50 ord. penit.

⁹² Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XII, in *www.giustizia.it*, 2015, 24.

⁹³ Articoli 47-ter ss. ord. penit.

⁹⁴ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XII, in *www.giustizia.it*, 2015, 25.

⁹⁵ Articolo 176 c.p.

⁹⁶ Articolo 54 ord. penit.

⁹⁷ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XII, in *www.giustizia.it*, 2015, 27.

In particolare, si prevedeva di introdurre tale misura come una sanzione alternativa per le condanne fino a due anni di detenzione, con lo stesso contenuto della medesima misura già prevista come sanzione del giudice di pace⁹⁸, affidando il sostegno e la vigilanza all'U.E.P.E., mentre la competenza per l'esecuzione e per la modifica sarebbero spettate al magistrato di sorveglianza.

Queste previsioni, insieme all'organizzazione delle infrastrutture preposte al funzionamento delle sanzioni penali di comunità⁹⁹, avrebbero dovuto contribuire a rimodernare il sistema penale, riportando al centro dell'ordinamento il principio rieducativo della pena e quello di individualizzazione e umanizzazione del trattamento, strettamente legati alle modalità di esecuzione *extra moenia* delle misure studiate dal Tavolo XII.

Per raggiungere tali obiettivi, come si è detto, era necessario definire i rapporti con il territorio e favorire le attività lavorative, coinvolgendo strutture comunitarie e servizi di volontariato, al fine di rendere effettivi ed efficaci i percorsi di recupero per i detenuti.

In particolare, nell'elaborazione del trattamento individualizzato, a parere dei membri del Tavolo, occorre coinvolgere non soltanto i servizi socio-sanitari, culturali, ricreativi o le comunità terapeutiche, ma anche la c.d. "rete specifica delle opportunità lavorative private", ovverosia le imprese individuali e le società commerciali.

L'avvio lavorativo doveva essere reso un elemento principale dell'ordinamento mediante precise misure, ritoccando la normativa in materia di agevolazioni a imprese e cooperative le quali assumessero soggetti in esecuzione di una misura di comunità.

Nel dettaglio, l'inserimento nel mondo del lavoro dei soggetti sottoposti a una misura alternativa andava stabilizzato attraverso la previsione di una serie di *benefit* per le imprese e le cooperative che avessero offerto impiego a tale categoria di soggetti, mantenendo linee di finanziamento specifiche per il reinserimento lavorativo dei condannati, i quali avrebbero dovuto seguire dei percorsi di educazione alla legalità, di giustizia riparativa o di volontariato¹⁰⁰.

⁹⁸ Articolo 54, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274.

⁹⁹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XII, in www.giustizia.it, 2015, 28 ss.

¹⁰⁰ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XII, in www.giustizia.it, 2015, 35.

Il Tavolo XII concludeva la trattazione della materia con una riflessione sulla sorveglianza elettronica.

La sorveglianza elettronica è una forma di controllo a distanza con la quale è possibile verificare la posizione o i movimenti di persone in esecuzione di pena e viene attuata tramite la collocazione sul corpo della persona controllata di uno strumento a radiofrequenze, che riceve segnali di allarme nel momento in cui il soggetto oltrepassa i confini dello spazio detentivo; o satellitare, che monitora gli spostamenti dell'imputato o condannato¹⁰¹.

Il Tavolo aveva suggerito un maggior uso della sorveglianza elettronica, nello specifico, attraverso l'utilizzo del c.d. braccialetto elettronico, misura introdotta con l'articolo 275-bis c.p.p., ma rimasta sostanzialmente disapplicata, e anzi, in alcuni casi sostituita in custodia cautelare in carcere, a seguito di talune sentenze della Corte di Cassazione che hanno riguardato l'eventuale indisponibilità dello strumento elettronico¹⁰²¹⁰³.

Per gli esperti del Tavolo tecnico, il braccialetto elettronico poteva essere un utile strumento in aggiunta alle modalità di presa in carico di qualunque soggetto, sottolineando però che lo stesso avrebbe avuto esclusivamente una funzione di controllo.

Da ciò sarebbe derivato che, qualora fosse stata prevista l'applicazione della sorveglianza elettronica, questa avrebbe dovuto essere accompagnata da un programma trattamentale individualizzato dalle necessarie prescrizioni e dalla necessità di valutare l'impatto della misura per ogni soggetto a cui fosse stata applicata¹⁰⁴.

Sulla base di tali premesse, il Tavolo XII aveva proposto una serie di linee-guida sulla sorveglianza elettronica.

In prima battuta, l'introduzione della misura avrebbe dovuto essere accompagnata da un piano di monitoraggio interno e di valutazione, da affidare a

¹⁰¹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XII, in *www.giustizia.it*, 2015, 40.

¹⁰² Cass. Pen., Sez. II, 23 settembre 2014, RV 261439; Cass. Pen., Sez. I, 10 settembre 2015, RV 264943.

¹⁰³ Sul punto, GUERINI, *Più braccialetti (ma non necessariamente) meno carcere: le Sezioni Unite e la portata applicativa degli arresti domiciliari con la procedura di controllo del braccialetto elettronico*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24 giugno 2016, 1; BRESSANELLI, "Braccialetto elettronico": alle Sezioni Unite la questione della applicabilità della custodia cautelare in carcere in caso di accertata indisponibilità del dispositivo, *ibidem*, 4 aprile 2016, 1.

¹⁰⁴ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XII, in *www.giustizia.it*, 2015, 42.

un ente terzo, sia con riferimento all'efficacia della misura, sia al rispetto dei diritti del soggetto.

In seconda analisi, la sorveglianza avrebbe dovuto essere vincolata a un piano di progressiva riduzione della detenzione carceraria.

Inoltre, la sorveglianza avrebbe dovuto essere considerata una modalità di esecuzione di una misura di tipo custodiale, non potendo in nessun caso essere ritenuta una misura amministrativa applicabile in assenza di una decisione dell'autorità giudiziaria.

Nel caso dell'applicazione della misura elettronica in affiancamento o in sostituzione di misure non custodiali, l'applicazione del "braccialetto" avrebbe dovuto essere vincolata a una valutazione della inidoneità di altre misure e della necessità di utilizzare quella elettronica.

Infine, la sorveglianza elettronica sarebbe dovuta essere applicabile solo a soggetti adulti su base volontaria, e mai come misura alternativa o sostitutiva di una misura di comunità, poiché in tal modo avrebbe costituito un aggravamento del contenuto afflittivo delle misure stesse. Solo nel caso della detenzione domiciliare poteva essere prevista l'applicazione del braccialetto elettronico, tuttavia a seguito di una valutazione dell'impatto del controllo elettronico sulla vita del soggetto e purché non risultasse eccessiva rispetto alle esigenze cautelari¹⁰⁵.

Concludendo, era evidente che il sistema di esecuzione penale progettato dal Tavolo XII si reggeva su di un patto di responsabilità tra il detenuto e la società civile, affinché, anche con la collaborazione di quest'ultima, il soggetto avrebbe potuto seguire un percorso di risocializzazione diretto a reintrodurlo nel contesto sociale.

La rieducazione e la risocializzazione del condannato, da perseguire anche tramite il contributo della società, sotto forma di attività di volontariato o di garanzie di reinserimento lavorativo, dovevano essere la priorità dell'esecuzione penale; la misura alternativa doveva invece essere il carcere, a cui ricorrere quale

¹⁰⁵ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XII, in *www.giustizia.it*, 2015, 42 s.

extrema ratio, solo nei casi in cui le esigenze cautelari e detentive lo avessero reso necessario¹⁰⁶.

2.1.3 La giustizia riparativa quale momento imprescindibile del percorso di recupero sociale del condannato

Il diritto penale moderno è sempre stato restio a introdurre la possibilità di creare uno spazio di dialogo tra autore del reato e vittima¹⁰⁷.

Invero, il confronto tra reo e persona offesa renderebbe il diritto penale ancora più vicino ai canoni di umanizzazione e rieducazione richiesti in primo luogo dalla giurisprudenza europea e in secondo luogo dalla Costituzione del nostro Paese.

In verità, nel nostro ordinamento figurano istituti in qualche modo ricollegabili a istanze riparatorie, tra cui le pratiche di mediazione all'interno del sistema penale minorile; nell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova; nell'articolo 133 comma 2 n. 3 c.p., dove viene considerata la "condotta susseguente al reato" e nella circostanza attenuante comune dell'articolo 62 n. 6 c.p., riguardante il risarcimento o la restituzione e l'elisione o l'attenuazione delle conseguenze del reato¹⁰⁸.

Tuttavia, non sembra possibile attribuire un significato univoco al concetto di riparazione, a volte intesa come semplice risarcimento, altre volte come attenuazione del danno o, ancora, come attività di volontariato sociale¹⁰⁹.

Era evidente che, all'epoca del lavoro del Tavolo XIII, mancasse ancora uno spazio interamente dedicato alla giustizia riparativa¹¹⁰.

La previsione di un sistema di *Restorative Justice* avrebbe consentito di superare la logica penale della mera e semplice punizione, facendo sì che il reato venisse considerato come un conflitto che provocasse la rottura di aspettative sociali, non solo una condotta dannosa per l'ordine pubblico, ma anche un

¹⁰⁶ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XII, *Misure alternative alla detenzione: la significativa esperienza della C.R. di Milano Opera*, in www.giustizia.it, 2015.

¹⁰⁷ BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1, 97.

¹⁰⁸ BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, cit., 103; PALAZZO, *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: de lege data e de lege ferenda*, in *Politica del diritto*, 2017, 2, 353 ss.; DOLCINI, *La rieducazione: dalla realtà ai percorsi possibili*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1685.

¹⁰⁹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, in www.giustizia.it, 2015, 19.

¹¹⁰ BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, cit., 103.

comportamento intrinsecamente offensivo il quale poteva provocare alle vittime sofferenze e dolori, e che avrebbe richiesto al reo di attivarsi per riparare il danno provocato¹¹¹.

Del resto, anche la Direttiva Europea 2012/29/UE¹¹² rimarcava il fatto che il reato non fosse solamente un male per la società, ma altresì una violazione dei diritti individuali delle vittime¹¹³.

Il Tavolo XIII degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, coordinato dalla Prof.ssa Mannozi, era stato istituito proprio per allineare il sistema italiano alle richieste contenute nella già citata Direttiva 2012/29/UE sulla *Restorative Justice*.

Oltre al *focus* sulla vittima del reato, il Tavolo tecnico si era concentrato, per colmare l'insufficiente lavoro di recepimento della Direttiva Europea, anche sulle attività riparative che dovevano essere attuate dall'autore del reato nei confronti delle persone offese e della comunità di appartenenza.

Queste avrebbero dovuto rappresentare un momento cruciale nel percorso del reo verso la risocializzazione, aiutandolo a rielaborare i motivi che lo avevano portato a causare il reato, oltre a riconoscere la propria responsabilità¹¹⁴.

Il Tavolo si proponeva dunque di realizzare sette obiettivi: analizzare i modelli di giustizia riparativa già presenti nei principali Paesi europei e non; proporre metodi applicativi di giustizia riparativa orientati sia nei confronti della vittima, tramite l'attenuazione delle conseguenze del reato e l'eventuale risarcimento del danno o restituzione, sia nei confronti della collettività, attraverso prescrizioni rivolte al reo riguardanti il lavoro di pubblica utilità o attività di volontariato di rilievo sociale; collegare il progetto di riforma di cui al d.d.l. n. 2798/2014, il quale prevedeva l'introduzione di condotte riparatorie come causa di estinzione del reato, con la disciplina della sospensione condizionale della pena ex articolo 163 c.p.; connettere gli istituti già presenti nell'ordinamento italiano con il disposto dell'articolo 26 lett. d) del d.d.l. n. 2798/2014 in tema di previsione

¹¹¹ CERETTI, *Giustizia riparativa e mediazione penale. Esperienze pratiche a confronto*, in SCARPARO (a cura di), *Il coraggio di mediare*, 2001, 307 ss.

¹¹² Cfr. DIAMANTE, *La Direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato*, in www.giurisprudenzapenale.com, 24 marzo 2016, 1 ss.

¹¹³ Dir. 2012/29/UE, sub-considerando 9.

¹¹⁴ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, in www.giustizia.it, 2015, 3.

di attività di giustizia riparativa come momento qualificante del percorso di recupero sociale, sia in ambito *intra moenia* che *extra moenia*; prevedere corsi di formazione e un Albo dedicato per gli operatori che si sarebbero dovuti occupare di giustizia riparativa, in particolare per i mediatori penali; promuovere corsi di formazione per magistrati e avvocati; incoraggiare la cultura della giustizia riparativa in ambito scolastico e universitario¹¹⁵.

Prendendo spunto dal modello tedesco, belga e francese¹¹⁶, il Tavolo XIII aveva dapprima esaminato la definizione di giustizia riparativa e individuato le caratteristiche imprescindibili e gli strumenti principali di un programma riparativo.

In particolare, il Tavolo tecnico si era domandato se la giustizia riparativa doveva porsi in rapporto di alternatività o di complementarietà rispetto al sistema penale-processuale.

La soluzione scelta dalla maggioranza del Tavolo era ricaduta sulla seconda opzione¹¹⁷.

Alla base di tale preferenza, il Tavolo aveva fatto tesoro delle considerazioni della Prof.ssa Mannozi, per la quale la giustizia riparativa era inidonea a elevarsi a sistema universale di regolazione dei conflitti, poiché, in primo luogo, non tutti i conflitti sono riparabili; inoltre, la riparazione non può essere imposta; nondimeno, e questa era l'argomentazione più incisiva, eventuali attività di riparazione o di mediazione erano comunque fondate sulla base di precetti giuridici, i quali derivavano la loro forza non tanto dal consenso sociale, ma dall'essere corredate da sanzioni¹¹⁸.

In sostanza, la complementarietà risultava decisiva perché il terreno applicativo dello strumento riparativo e della mediazione doveva necessariamente

¹¹⁵ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, in *www.giustizia.it*, 2015, 5 s.

¹¹⁶ Per ulteriori approfondimenti sul paradigma di giustizia riparativa nel sistema tedesco, francese e belga, v. rispettivamente: MANCUSO, *La giustizia riparativa in Austria e in Germania: uno sguardo d'insieme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 4, 1958 ss.; GASPARINI, *La giustizia riparativa in Francia e in Belgio tra istituti consolidati e recenti evoluzioni normative*, *ibidem*, 1982 ss.

¹¹⁷ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, in *www.giustizia.it*, 2015, 15 s.

¹¹⁸ MANNOZZI, *La "visione" di Raffaello: giustizia, filosofia, poesia e teologia*, in MANNOZZI, LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015, 231 ss.

prendere forma da quello già tracciato in ambito penale, in maniera tale da evitare la privatizzazione del conflitto¹¹⁹.

La giustizia riparativa avrebbe dovuto operare dunque all'insegna della legge, non al posto della legge¹²⁰.

Un programma di *restorative justice* poteva essere considerato tale solo se fossero state presenti alcune condizioni imprescindibili¹²¹.

La prima era la partecipazione attiva del reo, della vittima e della comunità alla risoluzione degli effetti prodotti dal reato, tramite l'adesione a un percorso riparativo fondato sul dialogo tra i soggetti coinvolti¹²². È il caso qui di evidenziare come un primo problema all'attivazione di percorsi di giustizia riparativa sorgeva già dalla difficile attuabilità di tale proposito.

Non sarebbero stato infrequenti, infatti, i casi di assenza degli attori, si pensi ai reati senza vittima o a quelli in materia di stupefacenti o, ad esempio, i reati ambientali, per i quali è difficile individuare singolarmente e specificamente le vittime¹²³.

Allo stesso modo, poteva darsi che la vittima non era disponibile a entrare nell'*iter* della giustizia riparativa, né era consigliabile un'eventualità del genere, soprattutto quando dal reato fosse passato un lasso di tempo talmente elevato da far correre il rischio di una ulteriore vittimizzazione¹²⁴.

Tuttavia, tali critiche, nonostante fossero fondate, non potevano bloccare un progetto riformatorio di elevata importanza quale quello dell'introduzione della *restorative justice*.

La seconda condizione era il riconoscimento della vittima, ovverosia la riparazione dell'offesa anche da un punto di vista emozionale e sentimentale¹²⁵.

¹¹⁹ BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, cit., 107.

¹²⁰ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, in www.giustizia.it, 2015, 16.

¹²¹ Tali condizioni sono elencate nell'Allegato 3 del Tavolo XIII degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, reperibile su www.giustizia.it, 3 ss. Per una trattazione più completa degli argomenti, cfr. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, 2003, 100 ss.

¹²² Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 3, in www.giustizia.it, 2015, 4.

¹²³ MOSCONI, *La giustizia riparativa: definizioni, interpretazioni, applicazioni. A proposito dei lavori del Tavolo XII degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale*, in *Oss. Antigone* 16 aprile 2018, 13.

¹²⁴ MOSCONI, *La giustizia riparativa*, cit., 14.

¹²⁵ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 3, in www.giustizia.it, 2015, 4.

Il terzo requisito era rappresentato dall'autoresponsabilizzazione del reo, cioè un percorso volto a rielaborare i motivi che avevano causato il fatto criminoso per maturare un senso di responsabilità tale da sentire il bisogno di riparare al danno commesso¹²⁶.

La quarta condizione consisteva nel coinvolgimento della comunità nel processo di riparazione, che non solo sarebbe stata destinataria delle relative attività, ma avrebbe anche svolto un ruolo attivo nel percorso riparativo del reo¹²⁷.

Il quinto presupposto si fondava sulla consensualità. I programmi di giustizia riparativa, infatti, avrebbero dovuto essere fondati sul consenso spontaneo e revocabile delle parti¹²⁸.

Il sesto requisito comprendeva la confidenzialità della mediazione, la quale comportava la protezione dell'incontro di mediazione e vietava qualunque forma di diffusione dei contenuti dello stesso, al fine di permettere un dialogo pieno all'interno di un clima di fiducia¹²⁹.

La settima condizione, infine, si basava sulla volontarietà dell'accordo raggiunto tra le parti. Era infatti necessario che gli accordi sugli impegni riparatori, ragionevoli e proporzionati, fossero conclusi volontariamente dalle parti, anche se sotto la guida dei mediatori¹³⁰.

Una volta elencati i presupposti necessari che dovevano essere presenti in un modello di giustizia riparativa, il Tavolo XIII aveva catalogato quelli che dovevano essere gli strumenti principali per realizzare un percorso di *restorative justice*.

Il primo di tali meccanismi avrebbe dovuto essere la mediazione autore-vittima, definita dalla Raccomandazione 19/1999 del Consiglio d'Europa come quel procedimento che consente alla vittima e all'autore del reato di partecipare, con il loro consenso, alla eliminazione degli effetti negativi prodotti dal reato, tramite l'aiuto di un mediatore¹³¹.

¹²⁶ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 3, in www.giustizia.it, 2015, 4.

¹²⁷ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 3, in www.giustizia.it, 2015, 4.

¹²⁸ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 3, in www.giustizia.it, 2015, 4.

¹²⁹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 3, in www.giustizia.it, 2015, 5.

¹³⁰ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 3, in www.giustizia.it, 2015, 5.

¹³¹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 3, in www.giustizia.it, 2015, 5.

A tale strumento, che riprende in parte il settimo presupposto elencato in precedenza circa le condizioni per raggiungere un adeguato schema di giustizia riparativa, vi si poteva far ricorso anche nei confronti di una c.d. vittima aspecifica.

Detta ipotesi, attuabile nei casi di indisponibilità della persona direttamente offesa dal reo, contemplava un incontro di mediazione tra l'autore di un determinato reato e la vittima di un fatto criminoso differente, tuttavia della stessa specie di quello commesso. Una modalità del genere avrebbe dunque offerto un prezioso momento di riflessione sulle conseguenze di taluni specifici comportamenti¹³².

Il secondo espediente doveva comportare delle scuse formali alla vittima da parte dell'autore del reato, in cui quest'ultimo ricostruiva il proprio comportamento e ammetteva la propria responsabilità¹³³.

Il terzo mezzo doveva consistere in incontri tra vittime e autori di reati analoghi a quelli subiti. Molto simile allo strumento della mediazione con vittima aspecifica, tale modalità di riparazione, svolta all'interno di un ristretto gruppo di persone, si poneva dal punto di vista delle vittime, consentendo loro di esprimere le sensazioni negative conseguenti all'azione criminosa, sia per una forma di supporto morale alle stesse, sia per far prendere coscienza ai soggetti autori di reato di tutti gli elementi di dannosità degli illeciti commessi.¹³⁴

Il quarto strumento doveva prevedere una serie di incontri di mediazione estesi ai gruppi o a tutti i soggetti coinvolti dal reato, c.d. *Community/Family Group Conferencing*, in maniera tale da decidere collettivamente le modalità di gestione del conflitto nascente dal reato¹³⁵.

Il quinto e ultimo meccanismo doveva permettere l'istituzione dei c.d. *conference groups*, ossia una forma di dialogo esteso ai gruppi parentali e coordinato da un mediatore specializzato¹³⁶.

L'intero sistema di giustizia riparativa, inoltre, doveva essere accessibile in ogni stato e grado del procedimento.

¹³² Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 3, in www.giustizia.it, 2015, 6.

¹³³ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 3, in www.giustizia.it, 2015, 6.

¹³⁴ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 3, in www.giustizia.it, 2015, 6.

¹³⁵ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 3, in www.giustizia.it, 2015, 6.

¹³⁶ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 3, in www.giustizia.it, 2015, 6.

Sulla base delle indicazioni contenute nella Direttiva 2012/29/UE, infatti, il Tavolo aveva ribadito l'opportunità di ricorrere ai programmi riparativi sia nella fase di cognizione che in quella di esecuzione.

La Direttiva appena citata aveva l'obiettivo di limitare la visione reo-centrica del diritto processuale penale, al contempo favorendo una concezione processuale basata sul bilanciamento degli interessi dei diversi attori del processo, tra cui anche la vittima del reato.

Dal punto di vista normativo, il Tavolo tecnico, nell'Allegato 5 del proprio lavoro, aveva proposto alcune rilevanti modifiche all'ordinamento penitenziario.

In particolare, la correzione più importante avrebbe riguardato l'introduzione dell'articolo 15-*bis* ord. penit., rubricato "Giustizia riparativa", il quale avrebbe dovuto così recitare: «In qualsiasi fase dell'esecuzione, i condannati e gli internati per tutti i tipi di reato, compresi quelli elencati all'art. 4-*bis*, possono accedere ai programmi di giustizia riparativa attraverso le strutture pubbliche o private presenti sul territorio. Ai programmi di giustizia riparativa i condannati e gli internati, previa adeguata informazione, accedono su base volontaria. Le dichiarazioni rese e le discussioni effettuate nell'ambito di un programma di giustizia riparativa sono confidenziali e possono essere divulgate esclusivamente con l'accordo delle parti. Ai fini della concessione dei benefici penitenziari non si tiene conto della mancata effettuazione o dell'esito negativo dei programmi di giustizia riparativa»¹³⁷.

L'introduzione di tale norma avrebbe inciso anche su altre previsioni contenute, in primo luogo, nella L. n. 354/1975¹³⁸.

Nello specifico, ad esempio, l'articolo 1 ord. penit., che sarebbe stato rubricato "Trattamento, rieducazione e programmi di giustizia riparativa", avrebbe dovuto contemplare il ricorso a programmi di giustizia riparativa nei confronti di tutti i condannati e gli internati¹³⁹.

L'articolo 13 ord. penit., riguardante l'individualizzazione del trattamento, avrebbe dovuto prevedere che, sulla base dei risultati dell'osservazione, si

¹³⁷ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 5, in www.giustizia.it, 2015, 2.

¹³⁸ Per l'elenco completo, Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 5, www.giustizia.it, 2015, 1-3.

¹³⁹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 5, in www.giustizia.it, 2015, 1.

redigesse un programma individualizzato di reinserimento sociale comprensivo dell'eventuale adesione a un programma di giustizia riparativa¹⁴⁰.

All'articolo 15 ord. penit., rubricato "Elementi del trattamento", sarebbe stata inserita la possibilità di accedere a programmi di giustizia riparativa di cui all'articolo 15-*bis* ord. penit¹⁴¹.

Infine, un'altra importante modifica avrebbe riguardato l'introduzione del comma 3-*ter* all'articolo 47 ord. penit. in materia di affidamento in prova. Tale nuovo comma avrebbe dunque previsto la possibilità, per i soggetti sottoposti ad affidamento ai sensi dello stesso articolo 47 ord. penit., di accedere ai programmi di giustizia riparativa di cui all'articolo 15-*bis* ord. penit.

L'innovativa previsione dell'articolo 15-*bis* ord. penit., oltre a incidere, come si è visto, sulla legge n. 354/1975, e, di conseguenza, anche sul regolamento d'esecuzione n. 230/2000¹⁴² (soprattutto sulle disposizioni riguardanti l'osservazione della personalità), avrebbe avuto un impatto decisivo anche sul codice penale e sul codice di procedura penale.

Per quanto riguarda il primo, l'articolo 176 c.p., rubricato "Liberazione condizionale"¹⁴³, avrebbe dovuto prevedere che il condannato fosse ammesso a chiedere in ogni tempo di accedere a programmi di giustizia riparativa attraverso le strutture pubbliche o private accreditate sul territorio, con le garanzie di cui all'articolo 15-*bis* commi 2 e 3 ord. penit. Inoltre, l'esito negativo del programma non avrebbe dovuto pregiudicare la proposizione dell'istanza di liberazione condizionale, o la sua valutazione¹⁴⁴.

Per quanto riguarda invece il codice di procedura penale, sarebbe stato l'articolo 656 c.p.p., precisamente ai commi 1 e 5, a subire le necessarie modifiche per adeguarlo al sistema di giustizia riparativa.

Nello specifico, al comma 1 dell'articolo 656 c.p.p. sarebbe stata aggiunta la previsione secondo cui, con la consegna della copia dell'ordine di carcerazione all'interessato, avrebbe dovuto essere disposto l'avviso della possibilità di

¹⁴⁰ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 5, in www.giustizia.it, 2015, 2.

¹⁴¹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 5, in www.giustizia.it, 2015, 2.

¹⁴² Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 5, in www.giustizia.it, 2015, 3-5.

¹⁴³ Sembra qui opportuno ricordare che uno degli obiettivi del Tavolo di Lavoro XII era quello di inserire la previsione del 176 c.p. all'interno dell'ordinamento penitenziario, v. cap. II, 23.

¹⁴⁴ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 5, in www.giustizia.it, 2015, 5.

accedere ai programmi di giustizia riparativa ai sensi dell'articolo 15-*bis* ord. penit.

Al comma 5 dell'articolo 656 c.p.p., riguardante la sospensione dell'esecuzione, sarebbe stata aggiunta la previsione che, fermo il rispetto dei trenta giorni per la sospensione dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione, il condannato avrebbe dovuto essere contestualmente avvisato citata della possibilità.

Il Tavolo XIII era consapevole della portata estremamente innovativa del suo lavoro, per cui, oltre ad auspicare la nomina di un organo di vigilanza chiamato a verificare l'effettiva uniformità di applicazione dei modelli riparatori¹⁴⁵, riteneva necessario promuovere la formazione e l'aggiornamento in materia di giustizia riparativa e mediazione penale dei magistrati, degli avvocati e del personale penitenziario¹⁴⁶, oltre alla promozione e alla sensibilizzazione sul tema in ambito universitario, scolastico e sociale¹⁴⁷.

Proprio in ambito scolastico è da segnalare un'esperienza concreta di giustizia riparativa, fornita dall'attivazione di percorsi sperimentali di sensibilizzazione e formazione in alcuni istituti di Milano, sulla base dei quali sono stati attivati veri e propri spazi di mediazione all'interno delle scuole, gestiti da studenti, professori e mediatori esperti¹⁴⁸.

L'ambiente scolastico, infatti, è spesso terreno di conflitti delle più diverse tipologie e gravità: da episodi di bullismo a furti e comportamenti lesivi della dignità personale.

Tali contrasti rimangono spesso all'interno della vita scolastica, senza che vengano effettivamente denunciati agli adulti, il più delle volte per paura di eventuali ritorsioni, determinando l'insorgere di insicurezza e isolamento, dal lato della vittima; l'aggravarsi dei comportamenti illeciti, dal lato degli autori di tali azioni.

Da queste considerazioni il Tavolo XIII aveva ritenuto opportuno avviare una riflessione sul tema della conflittualità minorile, per il tramite della

¹⁴⁵ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, in *www.giustizia.it*, 2015, 22.

¹⁴⁶ V. Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 8, in *www.giustizia.it*, 2015.

¹⁴⁷ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, *www.giustizia.it*, 2015, 8 ss.

¹⁴⁸ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 9-*ter*, in *www.giustizia.it*, 2015.

sperimentazione di forme di mediazione e riparazione a contenuto costruttivo all'interno degli ambienti scolastici¹⁴⁹.

Tali attività hanno dato dimostrazione dell'effettiva utilità di interventi riparativi, tanto nella prospettiva della soluzione dei conflitti, quanto in quella della promozione di forme di risocializzazione¹⁵⁰.

Il sistema riparativo, infatti, aveva permesso di ricucire rapporti sociali deteriorati, gestire le conseguenze dannose del conflitto e ripristinare un clima sereno all'interno delle scuole e delle singole aule, contribuendo a una risocializzazione, seppur ristretta all'ambito scolastico¹⁵¹.

Sulle orme di questa sperimentazione, il Tavolo XIII aveva valorizzato, nell'Allegato 10 del proprio lavoro, la proposta dei detenuti di Ristretti Orizzonti¹⁵² in tema di mediazione in carcere per i conflitti riguardanti le relazioni e la vita detentiva.

Nello specifico, la maggior parte dei componenti del Tavolo aveva ritenuto di poter accogliere positivamente l'idea di introdurre la giustizia riparativa e la mediazione in carcere, favorendo la partecipazione dei detenuti nella costruzione di un percorso di reinserimento sociale già a partire dalla vita carceraria e migliorando le modalità attraverso le quali il personale di polizia penitenziaria svolge il proprio lavoro.

Tuttavia, alcuni componenti del Tavolo tematico avevano ribattuto che l'introduzione di sistemi di mediazione e riparazione all'interno di strutture fortemente gerarchizzate, nell'ambito di una cultura della riparazione ancora da costruire, avrebbe compromesso il valore e la funzionalità della giustizia riparativa¹⁵³.

Per questo motivo, era stato ritenuto opportuno, per raggiungere un cambiamento culturale in positivo nei confronti della *restorative justice*, includere alcuni elementi essenziali che dovevano essere necessariamente presenti in un sistema riparativo sviluppato in ambito carcerario.

¹⁴⁹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 9-ter, in www.giustizia.it, 2015, 2.

¹⁵⁰ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 9-ter, in www.giustizia.it, 2015, 2.

¹⁵¹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 9-ter, in www.giustizia.it, 2015, 3.

¹⁵² Ristretti Orizzonti è una rivista web carceraria.

¹⁵³ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 10, in www.giustizia.it, 2015, 2.

In primo luogo, era necessario alimentare la sperimentazione di incontri di mediazione tra detenuti o tra agenti¹⁵⁴.

In secondo luogo, era invece inopportuno proporre attività di mediazione tra agenti e detenuti, poiché era prima di tutto necessario superare il paradigma del carcere infantilizzante, trasformando le relazioni tra detenuti e agenti in rapporti di tipo orizzontale, ponendo gli uni e gli altri in condizioni di dialogo e non di forza¹⁵⁵.

In terzo luogo, il Tavolo riteneva utile promuovere *conference groups*¹⁵⁶ tra detenuti, agenti, volontari e personale dell'area educativa per individuare le più adeguate modalità di giustizia riparativa¹⁵⁷.

Infine, il Tavolo considerava preferibile utilizzare uffici di mediazione collocati all'esterno del carcere, gestiti da mediatori indipendenti rispetto all'amministrazione penitenziaria, assicurando al contempo la complementarietà con il sistema delle sanzioni disciplinari, eventualmente attenuando l'afflittività degli interventi correttivi già irrogati¹⁵⁸.

In conclusione, considerando il lavoro del Tavolo e, soprattutto, l'esito della sperimentazione di cui all'Allegato 9-ter, emerge con chiarezza che uno dei punti focali della giustizia riparativa è il coinvolgimento della comunità di riferimento nel processo di riparazione¹⁵⁹.

Tramite un simile coinvolgimento, infatti, oltre a garantire il diritto alla giustizia riparativa alle vittime, con i contenuti riparatori dal punto di vista emozionale e sentimentale già evidenziati¹⁶⁰, è stato dimostrato da studi di sociologia¹⁶¹ che il paradigma riparativo conserva un ruolo fondamentale anche nei confronti di soggetti autori di reati, incidendo sulla riduzione del tasso di

¹⁵⁴ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 10, in www.giustizia.it, 2015, 3.

¹⁵⁵ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 10, www.giustizia.it, 2015, 3.

¹⁵⁶ V. cap. II, 98.

¹⁵⁷ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 10, in www.giustizia.it, 2015, 3.

¹⁵⁸ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIII, Allegato 10, in www.giustizia.it, 2015, 3.

¹⁵⁹ PAIUSCO, *Giustizia riparativa: responsabilità, partecipazione, riparazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017, 1.

¹⁶⁰ V. cap. II, 94.

¹⁶¹ Si fa qui riferimento, in particolare, all'intervento del professor Bertelli al Convegno internazionale "Giustizia riparativa: responsabilità, partecipazione, riparazione" svoltosi il 20 e 21 gennaio 2017 presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento. Sul punto, v. PAIUSCO, *Giustizia riparativa*, cit., 2.

criminalità e di recidiva di reati contro la persona e velocizzando il percorso riabilitativo del reo¹⁶².

In sostanza, la giustizia riparativa avrebbe rappresentato un momento imprescindibile del percorso di recupero sociale del condannato, consentendo, con la partecipazione attiva e consenziente di autore, vittima ed eventualmente della comunità, di superare le logiche sanzionatorie e retributive della meritevolezza della pena, per aprirsi al risanamento della sofferenza e della riparazione degli effetti negativi dell'azione criminosa¹⁶³.

2.1.4 Le presunzioni legislative assolute quali ostacoli da superare per la piena realizzazione della finalità rieducativa della pena

Il Tavolo XVI degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, coordinato dal dott. Polidoro, si era occupato di individuare gli ostacoli normativi alla individualizzazione del trattamento rieducativo al fine di proporre una serie di modifiche normative sul tema, sulla base di quanto contenuto nell'articolo 26 lett. c) del d.d.l. n. 2798/2014 circa l'eliminazione di automatismi e di preclusioni che impedivano o limitavano un trattamento individualizzato, sia per i recidivi che per gli autori di determinati reati, oltre alla revisione della disciplina delle preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo¹⁶⁴.

Il Tavolo aveva dunque sviluppato una proposta di modifica riguardante, in primo luogo, gli articoli 4-*bis* e 58-*ter* ord. penit., toccando poi i temi dell'isolamento detentivo, dei permessi, delle preclusioni all'accesso dei benefici penitenziari, dell'articolo 41-*bis* e anche dell'articolo 79 Cost. sull'amnistia e l'indulto¹⁶⁵.

Il progetto era basato essenzialmente su otto obiettivi, che nello specifico erano: prevedere soluzioni normative in grado di adeguare il sistema ai principi della finalità rieducativa della pena e dell'individualizzazione del trattamento;

¹⁶² È opportuno infatti rammentare che l'obiettivo di fondo del lavoro del Tavolo XVI – come del resto degli altri diciassette Tavoli di Lavoro degli Stati Generali – era riportare in auge il principio rieducativo della pena, per cui l'introduzione della struttura riparativa nel nostro ordinamento, basandosi su quanto argomentato in proposito dai membri del Tavolo, avrebbe rappresentato un notevole passo in avanti. Cfr. PAIUSCO, *Giustizia riparativa*, cit., 2.

¹⁶³ MOSCONI, *La giustizia riparativa*, cit., 20 s.

¹⁶⁴ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, in *www.giustizia.it*, 2015, 2.

¹⁶⁵ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, in *www.giustizia.it*, 2015, 10.

modificare le norme sul divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti che non collaboravano con la giustizia; eliminare le preclusioni che impedivano l'individualizzazione del trattamento rieducativo; rivolgere una particolare attenzione all'isolamento diurno; prestabilire ipotesi in cui, senza utilizzare alcun automatismo, si considerino la gravità e la pericolosità del reato, elaborando presupposti più rigidi per l'accesso alle misure alternative; affrontare il problema dell'ergastolo ostativo; prevedere interventi organizzativi per migliorare lo sviluppo dei percorsi individuali; sensibilizzare l'opinione pubblica sul tema dell'ergastolo e delle attività trattamentali funzionali alla riduzione della recidiva¹⁶⁶.

Il primo punto fondamentale del lavoro del Tavolo XVI era la proposta di modifica del regime ostativo alla concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative alla detenzione¹⁶⁷.

In tale prospettiva, le disposizioni chiave sono senza dubbio gli articoli 4-*bis* e 58-*ter* ord. penit¹⁶⁸.

Il Tavolo tecnico aveva espressamente avvisato di non voler stravolgere la *ratio* delle due norme, tuttavia ne riteneva essenziale una rimodulazione per eliminare i contrasti con i principi costituzionali, in linea con il percorso di riforma¹⁶⁹.

Riguardo all'articolo 58-*ter* ord. penit., il Tavolo aveva proposto di inserire un nuovo comma 1-*bis*, con il quale si sarebbero superate le ostatività alla concessione dei benefici penitenziari tramite l'effettuazione, da parte del condannato, di attività riparative in favore delle vittime del reato, dei loro familiari o della comunità civile, manifestando condotte di ravvedimento e risocializzazione¹⁷⁰.

In sostanza, la presunzione assoluta contenuta nell'articolo 58-*ter* ord. penit. si sarebbe trasformata in una relativa, superabile appunto tramite la previsione del nuovo comma 1-*bis*, ferma la necessità di dimostrare l'assenza

¹⁶⁶ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, in www.giustizia.it, 2015, 2 s.

¹⁶⁷ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, in www.giustizia.it, 2015, 11.

¹⁶⁸ Cfr. FIORENTIN, *L'ergastolo "ostativo" ancora davanti al giudice di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3/2018, 10 ss.

¹⁶⁹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, in www.giustizia.it, 2015, 11.

¹⁷⁰ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, in www.giustizia.it, 2015, 11.

dell'attualità di collegamenti del reo con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva¹⁷¹.

Sempre seguendo un percorso di riforma di coerenza costituzionale, il Tavolo XVI aveva proposto un'importante modifica anche dell'articolo 4-*bis* ord. penit.

Il primo intervento sulla disciplina dell'articolo 4-*bis* ord. penit. riguardava la modifica del comma 1-*bis* dello stesso articolo, prevedendo l'inserimento di una terza forma di assenza di collaborazione, oltre a quella impossibile e a quella irrilevante, caratterizzata da concrete condotte riparative, la quale avrebbe – come le altre due – reso ugualmente possibile la concessione ai detenuti o internati di uno dei benefici previsti dal comma 1 dell'articolo 4-*bis* ord. penit, ovverosia l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative, esclusa la liberazione anticipata, permanendo inoltre il presupposto, costruito tuttavia in positivo, dell'assenza di prove di collegamenti con organizzazioni criminali¹⁷².

È opportuno precisare cosa s'intende con "presupposto positivo". Mentre, infatti, l'articolo 4-*bis* al comma 1-*bis* ord. penit. prevede che per la concessione dei benefici penitenziari è necessario che siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, il nuovo comma 1-*bis*, prospettato dal Tavolo XVI, avrebbe invece disposto che per la concessione di tali benefici sarebbe stato necessario che non fossero stati acquisiti elementi tali da far ritenere sussistenti attuali collegamenti con organizzazioni criminali.

Anche il comma 1 dell'articolo 4-*bis* ord. penit. avrebbe dovuto essere modificato, restringendo il campo dei delitti ostativi alla concessione dei benefici precedentemente elencati. Tuttavia, si doveva mantenere, in relazione ai soli delitti commessi per finalità di terrorismo o eversione dell'ordinamento e a quelli di cui agli articoli 416-*bis* e 416-*ter* c.p.¹⁷³, il presupposto della collaborazione *ex* articolo 58-*ter* ord. penit. come modificato dal nuovo comma 1-*bis*¹⁷⁴, salvo, in

¹⁷¹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, in *www.giustizia.it*, 2015, 11.

¹⁷² Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, in *www.giustizia.it*, 2015, 12.

¹⁷³ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, Allegato 1, in *www.giustizia.it*, 2015.

¹⁷⁴ V. cap. II, 105.

ogni caso, il regime speciale previsto per i reati sessuali di cui all'articolo 4-*bis* comma 1-*quater* ord. penit., anche quando a danno di minori *ex* 4-*bis* comma 1-*quinqües* ord. penit.

Oltre all'intervento sugli articoli 4-*bis* e 58-*ter* ord. penit., il Tavolo XVI aveva raccolto una serie di proposte di modifica su una moltitudine di norme che parimenti precludevano l'accesso ai benefici penitenziari, raccolte in maniera organica e definitiva nell'Allegato 3 al progetto .

Tali proposte di modifica erano state suddivise in quattro gruppi (A, B, C, D), ognuno dei quali raccoglieva ipotesi di riforma dirette eliminare ogni elemento critico che le stesse norme analizzate presentavano¹⁷⁵.

Nello specifico, queste riguardavano normativa di cui all'articolo 94 comma 1 del T.U. in materia di stupefacenti; l'articolo 656 comma 9 lett. a) c.p.p.; l'articolo 176 comma 2 c.p.; gli articoli 30-*ter* comma 5 e 30-*quater* ord. penit.; nonché l'articolo 47-*ter* comma 01 e comma 9-*bis* ord. penit. e, infine, l'articolo 58-*quater* ord. penit.

La proposta di cui alla lettera A interveniva sulle norme che precludevano l'accesso ai benefici penitenziari sulla base di un richiamo all'articolo 4-*bis* ord. penit., mirando quindi a conformare tali norme alla modifica dell'articolo 4-*bis* come ipotizzata dal Tavolo XVI e precedentemente illustrata.

Le disposizioni prese in considerazione al punto A erano l'articolo 94 comma 1 T.U. d.P.R. n. 309/1990 e l'articolo 47-*ter* comma 01 ord. penit¹⁷⁶.

Per quanto concerne la prima norma citata, il tavolo proponeva di elidere dalla disposizione la parte in cui veniva concesso l'affidamento in prova in casi particolari¹⁷⁷ a soggetti che dovevano scontare una pena detentiva non superiore a quattro anni, relativa a un reato di cui all'articolo 4-*bis* ord. penit¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, in www.giustizia.it, 2015, 5 ss.

¹⁷⁶ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, in www.giustizia.it, 2015, 5 s.

¹⁷⁷ Nello specifico, la norma consente ai soggetti tossicodipendenti o alcolodipendenti, che abbiano in corso o altrimenti intendano sottoporsi a un programma di recupero, di poter chiedere in ogni momento di essere affidati in prova al servizio sociale per proseguire o intraprendere l'attività terapeutica sulla base di un programma concordato dal soggetto con una struttura sanitaria locale o una comunque autorizzata. Tale forma di affidamento può essere concessa solo quando debba essere espiata una pena detentiva, anche residua e congiunta a pena pecuniaria, non superiore a sei anni, o altrimenti, ed è questo il punto cruciale esaminato dal Tavolo XVI, non superiore a quattro anni se riguardante uno dei reati di cui all'articolo 4-*bis* ord. penit.

¹⁷⁸ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, Allegato 3, in www.giustizia.it, 2015.

Agli esperti appariva, infatti, ingiustificata la differenziazione del limite di pena per l'accesso ai benefici penitenziari, dato che la norma indicava genericamente sei anni da espiare.

Tale perplessità era per di più sorretta dall'esperienza applicativa della norma, la quale aveva dimostrato che molto spesso, ai casi di commissione dei delitti di cui all'articolo 4-*bis* ord. penit., e quindi "sulla carta" particolarmente gravi, non corrispondeva una tale offensività delle fattispecie concrete, teoricamente includibili in discipline più favorevoli.

Inoltre, il mantenimento di tale restrizione era pure limitativo del diritto alla salute del tossico-alcoldipendente, garantito in via prioritaria dall'articolo 32 Cost. rispetto alle esigenze di difesa sociale perseguite della norma in questione in combinato disposto con l'articolo 4-*bis* L. n. 354/75¹⁷⁹.

Per quanto riguarda invece la modifica dell'articolo 47-*ter* comma 01 ord. penit., il Tavolo tecnico proponeva di riscrivere la norma nel modo seguente: «la pena della reclusione per qualunque reato, ad eccezione di quelli previsti [eliminando dall'attuale formulazione: "dal libro II, titolo XII, capo III sezione I, e dagli articoli 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* del codice penale, dall'articolo 51, comma 3-*bis*, del codice di procedura penale e"] dall'articolo 4-*bis* della presente legge, può essere espiata nella propria abitazione o in altro luogo pubblico di cura, assistenza ed accoglienza, quando trattasi di persona che, al momento dell'inizio dell'esecuzione della pena, o dopo l'inizio della stessa, abbia compiuto i settanta anni di età [eliminando dall'attuale formulazione: "purché non sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza né sia stato mai condannato con l'aggravante di cui all'articolo 99 del codice penale"]»¹⁸⁰.

Il Tavolo riteneva infatti irragionevole diversificare le preclusioni legate al titolo di reato circa l'accesso alla detenzione domiciliare per gli ultrasessantenni rispetto alle altre tipologie di detenzione domestica, per cui proponeva di eliminare non soltanto quei titoli di reato preclusivi che mancavano nelle altre tipologie di benefici penitenziari, ma anche l'ostatività dettata da una eventuale

¹⁷⁹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, in www.giustizia.it, 2015, 16.

¹⁸⁰ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, Allegato 3, in www.giustizia.it, 2015.

dichiarazione di abitualità, professionalità o tendenza a delinquere, o da una condanna di recidività¹⁸¹.

La proposta B, la quale coinvolgeva l'articolo 656 comma 9 lett. a) c.p.p., mirava a espungere le preclusioni normative legate a titoli di reato diversi da quelli indicati dall'articolo 4-*bis* ord. penit., come modificato ai sensi della proposta del Tavolo XVI¹⁸².

Circa la modifica dell'articolo 656 comma 9 lett. a) c.p.p., che vieta di disporre la sospensione dell'esecuzione di cui al comma 5¹⁸³ dello stesso articolo, il Tavolo intendeva limitare il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione alle sole pene di cui all'articolo 4-*bis* ord. penit.

La disposizione in esame, infatti, prevede tra i delitti per i quali è vietata la sospensione dell'ordine di esecuzione, oltre a quelli *ex* articolo 4-*bis* ord. penit., anche le fattispecie di incendio boschivo *ex* articolo 423 c.p.; maltrattamenti contro familiari e conviventi, aggravata dall'aver commesso il fatto in danno o in presenza di minore degli anni diciotto *ex* articolo 572 comma 2 c.p.; atti persecutori commessi in danno di minore, donna incinta, persona con disabilità ovvero con armi o da persona travisata *ex* articolo 612-*bis* comma 3 c.p., fatta eccezione per coloro i quali si trovino agli arresti domiciliari ai sensi dell'articolo 89 d.P.R. n. 309/1990.

Il suggerimento degli esperti, dunque, limitando il divieto alle sole fattispecie ricomprese nell'articolo 4-*bis* ord. penit. come modificato dalla proposta del Tavolo, si innestava all'interno di una logica riformatrice e ripristinatoria di una coerenza sistematica che, a seguito dell'introduzione del comma 4-*bis* dell'articolo 656 c.p.p. per mano del d.l. n. 78/2013 – poi convertito in legge n. 94/2013 – sembrava oramai abbandonata.

¹⁸¹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, in *www.giustizia.it*, 2015, 16.

¹⁸² V. cap. II, 106.

¹⁸³ L'articolo 656 comma 5 c.p.p. dispone che se la pena detentiva non supera i quattro anni (in verità, l'articolo citava come limite di pena tre anni, quattro anni nei casi previsti dall'articolo 47-*ter* comma 1 ord. penit., ma tale previsione è stata ritenuta costituzionalmente illegittima dalla sentenza 2 marzo 2018, n. 4 Corte Cost. nella parte in cui prevede che il P.M. sospende l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggior pena, quando superiore a tre anni anziché a quattro anni) o i sei anni nei casi di cui agli articoli 90 e 94 d.P.R. n. 309/1990, il P.M. ne sospende l'esecuzione. Sulla sentenza 2 marzo 2018, n. 4 Corte Cost., v. VICOLI, *Sospensione dell'ordine di esecuzione e affidamento in prova: la Corte Costituzionale ricuce il filo spezzato dal legislatore*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 4/2018, 89 ss.

L'articolo 656 comma 4-*bis* c.p.p., infatti, prevede che, al di fuori dei casi previsti dal comma 9 lett. b)¹⁸⁴, quando la pena da espiare, computando le detrazioni previste per la liberazione anticipata *ex* articolo 54 ord. penit, non supera i limiti indicati dal comma 5 dello stesso articolo, il P.M., prima di emettere l'ordine di esecuzione e 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, purché non si tratti di soggetti condannati per uno dei delitti di cui all'articolo 4-*bis* ord. penit.

Proprio la “dimenticanza” del legislatore che in tale nuovo articolo aveva reso ostativi all'eventuale applicazione della liberazione anticipata i soli delitti di cui all'articolo 4-*bis* ord. penit., senza includere gli altri menzionati dal comma 9 lett. a), tuttavia non eliminandoli da quest'ultimo, aveva fatto apparire necessaria al Tavolo XVI la modifica di cui si sta trattando, proprio per le finalità di coerenza sistematica accennate poc'anzi, oltre alla generale urgenza di trasformare le presunzioni normative da assolute in relative, limitandole ai soli gravi delitti di mafia e terrorismo¹⁸⁵.

La proposta C concerneva le disposizioni che prevedevano ancora la recidiva reiterata quale ostacolo alla concessione di benefici penitenziari, fondate quindi su una presunzione assoluta di pericolosità assolutamente irragionevole e contraria ai principi costituzionali.

Tale proposta raggruppava quindi tre norme: l'articolo 30-*quater* ord. penit.; l'articolo 47-*ter* comma 01 ord. penit.; l'articolo 176 comma 2 c.p.

L'articolo 30-*quater* prescrive delle limitazioni alla concessione dei permessi premio ai recidivi reiterati sulla base del tipo di condanna riportata.

Nello specifico, la disposizione prevede tre casi di limitazione alla concessione dei permessi, legati alla previsione di cui all'articolo 30-*ter* comma 4 ord. penit.

¹⁸⁴ Tale norma prevede che la sospensione dell'esecuzione non può essere disposta 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.

¹⁸⁵ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, in *www.giustizia.it*, 2015, 17.

Il primo caso (connesso all'articolo 30-*ter* comma 4 lett. a) si riferisce ai condannati all'arresto o alla reclusione non superiore a quattro anni, anche se congiunta all'arresto, per i quali i permessi premio possono essere concessi, se recidivi reiterati ai sensi dell'articolo 30-*quater* lett. a) ord. penit., solo dopo l'espiazione di un terzo della pena¹⁸⁶.

La seconda ipotesi attiene alla limitazione per i soggetti recidivi reiterati condannati alla reclusione non superiore a quattro anni (eccezion fatta per i soggetti indicati dall'articolo 30-*ter* lett. c), i quali possono beneficiare della concessione di permessi premio dopo l'espiazione di metà della pena, ai sensi dell'articolo 30-*quater* lett. b) ord. penit¹⁸⁷.

Il terzo caso, previsto infine all'articolo 30-*quater* lett. c), prevede una limitazione per i soggetti indicati dall'articolo 30-*ter* comma 4 lett. c) e d), ossia rispettivamente per i condannati alla reclusione per uno dei delitti indicati nei commi 1, 1-*ter* e 1-*quater* dell'articolo 4-*bis* ord. penit. e nei confronti dei condannati all'ergastolo, i quali possono beneficiare dei permessi premio, se recidivi reiterati, solo dopo l'espiazione di due terzi della pena e comunque di non oltre quindici anni¹⁸⁸.

Appariva evidente l'incoerenza dell'articolo 30-*quater* nella parte in cui consentiva al condannato recidivo reiterato di usufruire dei permessi premio solo dopo aver espiauto un periodo di pena molto più lungo rispetto a quello previsto per gli altri condannati *ex* articolo 30-*ter* ord. penit.¹⁸⁹

In questo modo, si rendeva eccessivamente difficoltoso il reinserimento del recidivo reiterato, sacrificando la finalità rieducativa della pena — inconveniente questo di cui lo strumento del permesso premio è uno dei principali fautori — a vantaggio di una pura e semplice neutralizzazione del condannato¹⁹⁰.

Circa la modifica dell'articolo 47-*ter* comma 01 ord. penit., questa era sostanzialmente identica a quella prevista dalla proposta A¹⁹¹, con l'aggiunta dell'intenzione di eliminare anche l'ostatività all'accesso alla detenzione

¹⁸⁶ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, Allegato 3, in www.giustizia.it, 2015

¹⁸⁷ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, Allegato 3, in www.giustizia.it, 2015

¹⁸⁸ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, Allegato 3, in www.giustizia.it, 2015

¹⁸⁹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, in www.giustizia.it, 2015, 18.

¹⁹⁰ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, in www.giustizia.it, 2015, 18.

¹⁹¹ V. cap. II, 107.

domiciliare per gli ultrasessantenni, legata alla commissione di uno dei reati previsti dall'articolo 4-*bis* ord. penit.. Inoltre, si rimarcava la necessità di espungere l'ultimo inciso relativo alla preclusione della concessione della misura a causa di una dichiarazione di abitualità, professionalità o tendenza a delinquere o della condanna per recidiva¹⁹².

A parere del Tavolo XVI, la norma in esame, oltre a essere il frutto di una irragionevole esclusione della stessa dal processo di razionalizzazione portato avanti dal d.l. n. 78/2013, convertito in legge n. 94/2013, il quale aveva riguardato le altre forme di detenzione domiciliare sul piano della eliminazione delle previsioni ostative legate alla presenza di recidiva reiterata, si esporrebbe pure a una censura di incostituzionalità sotto il profilo della disparità di trattamento *ex* articolo 3 Cost.¹⁹³

Per quanto concerne infine l'ultima ipotesi, il Tavolo tecnico aveva proposto di abrogare il comma 2 dell'articolo 176 c.p. in materia di liberazione condizionale, il quale stabilisce che il condannato recidivo ai sensi dei capoversi dell'articolo 99 c.p. possa essere ammesso alla liberazione condizionale solo dopo aver scontato almeno quattro anni di pena e comunque non meno di tre quarti della pena inflittagli.

Una simile disposizione, infatti, faceva presumere un determinato livello di pericolosità del recidivo senza neppure considerare la gravità del fatto commesso, impedendogli di accedere alla misura beneficiaria, in evidente contrasto con la funzione rieducativa della pena.

La proposta D prendeva in esame tre disposizioni che, in generale, rappresentavano il risultato di una politica criminale immotivatamente restrittiva e, inoltre, anche un ostacolo alla finalità rieducativa dei trattamenti penitenziari¹⁹⁴.

Questa aveva ad oggetto l'articolo 47-*ter* comma 9-*bis* ord. penit.; l'articolo 30-*ter* comma 5 ord. penit. e l'articolo 58-*quater* ord. penit.

Innanzitutto, il Tavolo XVI proponeva di eliminare dalla legge sull'ordinamento penitenziario l'articolo 47-*ter* comma 9-*bis*, per il quale se la misura di cui al comma 1-*bis* dello stesso articolo, ossia la c.d. "detenzione

¹⁹² Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, Allegato 3, in www.giustizia.it, 2015

¹⁹³ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, in www.giustizia.it, 2015, 18.

¹⁹⁴ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, in www.giustizia.it, 2015, 19.

domiciliare biennale”, fosse stata revocata ai sensi dei commi 6, 7 e 9 del medesimo articolo, la pena residua non avrebbe potuto essere sostituita con altra misura.

Il Tavolo tecnico giustificava la soppressione di tale articolo poiché un simile divieto era incompatibile con la finalità rieducativa della pena e impediva alla magistratura di sorveglianza di verificare se la condotta e la personalità del condannato potessero consentire l’applicazione di una nuova misura¹⁹⁵.

Il secondo intervento insisteva sull’articolo 30-ter comma 5 ord. penit.

La norma in esame prevede che nei confronti dei soggetti i quali, durante l’espiazione di pena o delle misure restrittive, siano stati condannati o siano imputati per un delitto non colposo compiuto durante l’espiazione della pena o l’esecuzione di una misura restrittiva della libertà personale, la concessione dei permessi premio è ammessa solamente decorsi due anni dalla commissione del fatto.

L’intento del Tavolo di Lavoro era quello di espellere tale istituto, poiché questo, a causa della limitazione che imponeva, prescindeva dall’esistenza di un accertamento della responsabilità penale, nonché sottraeva al Magistrato di Sorveglianza la possibilità di valutare la gravità del fatto commesso e, soprattutto, il livello di rieducazione del condannato¹⁹⁶.

Il terzo e ultimo punto della proposta D era diretto alla soppressione dell’articolo 58-quater ord. penit.

L’articolo in questione sancisce una serie di ostatività all’applicazione di misure alternative alla detenzione o benefici penitenziari legate alla commissione di determinati reati¹⁹⁷, le quali costituiscono un freno alle logiche risocializzanti e alla funzione rieducativa della pena.

¹⁹⁵ Stati Generali dell’Esecuzione Penale, Tavolo XVI, in www.giustizia.it, 2015, 19.

¹⁹⁶ Stati Generali dell’Esecuzione Penale, Tavolo XVI, in www.giustizia.it, 2015, 19.

¹⁹⁷ Nello specifico, l’articolo 58-quater è così composto: «L’assegnazione al lavoro all’esterno, i permessi premio, l’affidamento in prova al servizio sociale, nei casi previsti dall’articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi al condannato che sia stato riconosciuto colpevole di una condotta punibile a norma dell’articolo 385 del codice penale. La disposizione del comma 1 si applica anche al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa ai sensi dell’articolo 47, comma 11, dell’articolo 47-ter, comma 6, o dell’articolo 51, primo comma. Il divieto di concessione dei benefici opera per un periodo di tre anni dal momento in cui è ripresa l’esecuzione della custodia o della pena o è stato emesso il provvedimento di revoca indicato nel comma 2. I condannati per i delitti di cui agli articoli 289-bis e 630 del codice penale che abbiano cagionato la morte del sequestrato non sono ammessi ad

Inoltre, i divieti che operano indiscriminatamente nei confronti del condannato, a prescindere dalla condotta tenuta, si presentano altresì in contrasto con l'articolo 27 comma 3 Cost.¹⁹⁸

La volontà di attuare la direttiva contenuta nel d.d.l. per la riforma dell'ordinamento penitenziario, la quale prevedeva l'eliminazione di automatismi e preclusioni che impedivano o rendevano difficile, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo, avevano contribuito a far sorgere nel Tavolo XVI l'urgenza di abrogare l'articolo 58-*quater* ord. penit.

Con il piano riformatore di cui si è trattato in queste ultime pagine, gli esperti del Tavolo auspicavano dunque un effettivo intervento del legislatore per far sì che le forme di presunzioni assolute e le altre criticità esaminate venissero abbandonate in favore di un sistema maggiormente legato ai principi costituzionali.

Tuttavia, l'intervento della commissione di Lavoro non si è limitato a proporre le modifiche normative appena elencate.

Infatti, il Tavolo XVI aveva preso in considerazione anche la possibile rivisitazione della disciplina dell'isolamento; dell'articolo 30 ord. penit. e dell'indulto e dell'amnistia ex articolo 79 Cost., con alcune riflessioni conclusive sul regime ex 41-*bis*¹⁹⁹.

alcuno dei benefici indicati nel comma 1 dell'articolo 4-*bis* se non abbiano effettivamente espiato almeno i due terzi della pena irrogata o, nel caso dell'ergastolo, almeno ventisei anni. Oltre a quanto previsto dai commi 1 e 3, l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI non possono essere concessi, o se già concessi sono revocati, ai condannati per taluni dei delitti indicati nel comma 1, 1-*ter* e 1-*quater* dell'articolo 4-*bis*, nei cui confronti si procede o è pronunciata condanna per un delitto doloso punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, commesso da chi ha posto in essere una condotta punibile a norma dell'articolo 385 del codice penale ovvero durante il lavoro all'esterno o la fruizione di un permesso premio o di una misura alternativa alla detenzione. Ai fini dell'applicazione della disposizione di cui al comma 5, l'autorità che procede per il nuovo delitto ne dà comunicazione al magistrato di sorveglianza del luogo di ultima detenzione dell'imputato. Il divieto di concessione dei benefici di cui al comma 5 opera per un periodo di cinque anni dal momento in cui è ripresa l'esecuzione della custodia o della pena o è stato emesso il provvedimento di revoca della misura. L'affidamento in prova al servizio sociale nei casi previsti dall'articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi più di una volta al condannato al quale sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale».

¹⁹⁸ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, in www.giustizia.it, 2015, 19.

¹⁹⁹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, in www.giustizia.it, 2015, 20 ss.

Per evitare di dilungarsi eccessivamente sull'argomento, sembra opportuno trattare in maniera meno approfondita le proposte sull'isolamento diurno e sull'articolo 79 Cost., attribuendo invece maggior peso alle innovative proposte di riforma dell'articolo 30 ord. penit. e dell'articolo 41-*bis*.

Per quanto riguarda l'isolamento diurno, questo consiste nella totale separazione del detenuto dal resto della popolazione carceraria, il che potrebbe comportare effetti dannosi sulla sfera psico-fisica del soggetto interessato.

Sul punto, il Tavolo mirava a modificare la disciplina dell'isolamento per renderlo più rispettoso dei principi costituzionali riguardanti la libertà personale *ex* articolo 13 Cost., il principio rieducativo *ex* articolo 27 comma 3 Cost e il diritto alla salute *ex* articolo 32 Cost²⁰⁰.

La proposta di revisione dell'articolo 79 Cost. si riteneva necessaria sul rilievo per cui la funzione rieducativa doveva accompagnare la pena fino alla sua estinzione, perciò doveva abbracciare anche quegli istituti di clemenza che in concreto estinguono la pena, tra cui appunto l'amnistia e l'indulto.

Inoltre, la sentenza n. 279/2013 Corte Cost.²⁰¹ aveva qualificato il sovraffollamento come una situazione in grado di travolgere sia la finalità rieducativa della pena, sia la sua natura umanitaria.

Ebbene, l'indulto e l'amnistia garantivano un effetto deflattivo sulla popolazione carceraria capace di ripristinare la legalità costituzionale compromessa dal fenomeno del sovrappopolamento carcerario.

Tuttavia, l'articolo 79 Cost., per come costruito, presentava una serie di ostacoli per il ricorso all'applicazione degli istituti di clemenza, i quali rendevano necessaria una revisione della norma²⁰², che, a parere del Tavolo XVI, doveva essere riscritta come segue: «Su iniziativa legislativa del Governo giustificata da situazioni straordinarie o ragioni eccezionali, l'amnistia e l'indulto sono concessi

²⁰⁰ Per un'analisi più completa della proposta, v. Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, Allegato 4, in www.giustizia.it, 2015.

²⁰¹ Cfr. LEO, *Sovraffollamento carcerario: dalla Corte Costituzionale una decisione di inammissibilità con un severo monito per il legislatore*, in www.penalecontemporaneo.it, 25 novembre 2013, 1 ss.

²⁰² L'articolo 79 Cost. recita: «L'amnistia e l'indulto sono concessi con legge deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale. La legge che concede l'amnistia o l'indulto stabilisce il termine per la loro applicazione. In ogni caso l'amnistia e l'indulto non possono applicarsi ai reati commessi successivamente alla presentazione del disegno di legge».

con legge deliberata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera. La legge che concede l'amnistia o l'indulto stabilisce il termine per la loro applicazione. In ogni caso l'amnistia e l'indulto non possono applicarsi ai reati commessi successivamente alla presentazione del disegno di legge»²⁰³.

Dopo aver esaminato queste due proposte, sembra adesso opportuno approfondire gli interventi di riforma, prospettati dal Tavolo di Lavoro, relativi agli articoli 30 e 41-*bis* ord. penit.

Tali progetti erano più strettamente connessi – rispetto gli ultimi due circa l'articolo 72 c.p. e l'articolo 79 Cost. appena analizzati – con l'intento di fondo del Tavolo, ovverosia quello di eliminare gli ostacoli normativi all'individualizzazione del trattamento rieducativo, per portare avanti una sorta di opera di bonifica di ogni automatismo preclusivo.

L'articolo 30 ord. penit., il c.d. “permesso di necessità”, attribuisce al Magistrato di Sorveglianza il potere di concedere a soggetti ristretti – i quali a causa dei limiti di pena non possono usufruire dei permessi premio – la possibilità di recarsi a visitare un familiare o un convivente nel caso di imminente pericolo di vita di questi.

Tuttavia, il permesso di necessità è stato spesso utilizzato per permettere ai detenuti di partecipare a eventi familiari non rientranti tra quelli di particolare gravità cui la norma sembra far riferimento, oppure per coinvolgerli in attività di natura trattamentale e collettiva, spesso organizzate all'interno degli istituti penitenziari, quindi, in un certo senso, scavalcando le preclusioni ivi positivizzate.²⁰⁴

Sulla base di ciò, il Tavolo XVI aveva proposto di sopprimere il riferimento agli eventi di particolare gravità, affinché potessero essere superate più facilmente le difficoltà legate all'attuale struttura normativa, estendendo dunque l'applicabilità dei permessi ordinari a eventi di natura familiare, personale, culturale o sociale di particolare importanza²⁰⁵.

²⁰³ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, Allegato 5, in *www.giustizia.it*, 2015.

²⁰⁴ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, in *www.giustizia.it*, 2015, 22.

²⁰⁵ Una proposta simile era pervenuta anche dal Tavolo VI degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, che si limitava però a prevedere l'eliminazione del comma 2 dell'articolo 30 ord. penit. circa le ragioni familiari di particolare gravità, senza modificarlo come ipotizzato dal Tavolo XVI, aggiungendo le ragioni culturali, sociali, familiari e personali di particolare importanza.

In questo modo, si sarebbe certamente favorito l'obiettivo risocializzante del trattamento e si sarebbe migliorata la qualità della vita detentiva, soprattutto dal punto di vista di quei soggetti che, come si è detto, a causa del mancato raggiungimento dei tetti di pena fissati, non avrebbero potuto usufruire di permessi-premio per coltivare interessi affettivi, culturali e di lavoro *ex 30-ter* ord. penit.²⁰⁶

Come anticipato, il Tavolo tecnico aveva concluso il proprio lavoro con alcune considerazioni sul regime *ex 41-bis* comma 2 ord. penit.

Questi era consapevole che la prospettazione di un articolato normativo che modificasse il contenuto dell'articolo in questione era di competenza del Tavolo II, al quale era stato assegnato il tema "Vita detentiva, responsabilizzazione, circuiti di sicurezza"; tuttavia, essendo l'articolo 41-*bis* una norma che incideva (e continua ancora a incidere) pesantemente sul trattamento penitenziario, non aveva potuto astenersi dallo sviluppare una riflessione su tale delicata tematica²⁰⁷.

Lo scopo della disposizione è quello di impedire che i capi o i componenti delle associazioni criminali, pur se ristretti in carcere, possano continuare a impartire ordini o comunque ad agire per conto dell'associazione tramite l'opera di altri criminali in libertà²⁰⁸.

Occorreva, pertanto, a parere degli esperti del Tavolo XVI, appurare se tutte le limitazioni previste dall'articolo 41-*bis* ord. penit. fossero effettivamente rispondenti a tale esigenza, intervenendo su eventuali restrizioni non necessarie per il raggiungimento del fine indicato dalla norma²⁰⁹.

Il "carcere duro", infatti, doveva consistere solamente in una modalità di esecuzione della pena rivolta alle finalità preventive stabilite dalla legge, e non invece in una condizione detentiva aggravata per motivi differenti²¹⁰.

Il Tavolo tematico, prendendo ad esempio la circostanza che il decreto di applicazione del regime fosse disposto dal Ministro della Giustizia, e dunque in contrasto con il principio costituzionale per cui le limitazioni ai diritti

²⁰⁶ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, in *www.giustizia.it*, 2015, 22.

²⁰⁷ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, in *www.giustizia.it*, 2015, 25.

²⁰⁸ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, in *www.giustizia.it*, 2015, 26.

²⁰⁹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, in *www.giustizia.it*, 2015, 26.

²¹⁰ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, in *www.giustizia.it*, 2015, 26

fondamentali costituzionalmente presidiati possano essere disposte solamente dall'autorità giudiziaria con le garanzie processuali stabilite dalla legge (e questo è solamente uno dei punti critici del regime speciale *ex 41-bis* comma 2 ord. penit., altri profili di criticità sono stati precedentemente presi in considerazione nel corso di questa trattazione²¹¹), riteneva necessaria una riforma che potesse limitare gli ostacoli al trattamento penitenziario e alla vita detentiva, affidando al solo giudice il potere di applicare il regime in questione, su richiesta della Procura della Repubblica e, soprattutto, nel contraddittorio delle parti²¹².

In conclusione, è evidente come il lavoro del Tavolo XVI fosse decisamente indirizzato verso il superamento di tutti quei meccanismi preclusivi che continuano a ostacolare l'efficace reinserimento in società del detenuto; la modifica del sistema delle presunzioni assolute prospettata dal Tavolo avrebbe dovuto provvedere a riportare l'ordinamento penitenziario all'interno di una logica costituzionale imperniata sui principi di rieducazione e di umanizzazione della pena – elementi insostituibili per uno Stato civile moderno – favorendo il più possibile il ricorso a strumenti sanzionatori non carcerari, per rispondere all'esigenza di trasformare la pena intramuraria nell'*extrema ratio* del sistema penale.

2.1.4.1 Il permesso di affettività quale elemento chiave per la riabilitazione sociale del detenuto

Sembra opportuno soffermarsi su una proposta proveniente dal Tavolo di Lavoro VI circa l'introduzione dell'articolo 30-*quinquies* ord. penit. rubricato “permesso di affettività”²¹³.

A parere degli esperti, per poter ritornare a una situazione accettabile degli istituti penitenziari, non era sufficiente il semplice svuotamento degli stessi, ma era necessaria una loro riorganizzazione strutturale attraverso l'introduzione di

²¹¹ V. cap. I, 47 ss

²¹² Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XVI, in *www.giustizia.it*, 2015, 26.

²¹³ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo VI, Allegato 3, in *www.giustizia.it*, 2015.

nuovi modelli trattamentali, di cui il diritto all'affettività²¹⁴ avrebbe dovuto entrare a far parte²¹⁵.

Rieducare avrebbe dovuto significare proporre un'alternativa di vita, recuperare quanto fosse andato perduto per costruire un futuro nuovo e differente. Il detenuto non doveva semplicemente "sopravvivere" al carcere, ma doveva viverlo come una dimensione "sperimentale" in cui riabilitarsi e riabilitare i propri trascorsi emotivi e le proprie dinamiche relazionali, anche dal punto di vista sessuale²¹⁶.

Il tema era stato più volte evidenziato, dapprima, da svariate fonti sovranazionali, tra cui, ad esempio, due Raccomandazioni del Consiglio d'Europa del 1997 e del 2006 e una Raccomandazione del Parlamento europeo del 2004²¹⁷ e, soprattutto, dall'articolo 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, il quale stabilisce che «avere un'attività sessuale è un diritto»²¹⁸.

Sul fronte del diritto interno, la Corte Costituzionale, con la sentenza 11 dicembre 2012, n. 301²¹⁹, aveva sottolineato l'esigenza di permettere alle persone sottoposte a restrizione della libertà di continuare ad avere relazioni affettive intime²²⁰.

La Consulta, inoltre, aveva segnalato che, nell'esperienza comparatistica, era presente un numero sempre crescente di Stati, il cui esempio più importante era rappresentato dal sistema utilizzato in Francia²²¹, il quale riconosce ai detenuti il diritto di mantenere una vita affettiva e sessuale intramuraria²²².

²¹⁴ Da segnalare sul tema l'Allegato 3 del Tavolo XIV degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, contenente un articolo della Della Bella: DELLA BELLA, *Riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute: uno sguardo all'esperienza francese*, in www.giustizia.it, 2015, Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIV, Allegato 3, 1-7.

²¹⁵ Diffusamente sul tema, v. *Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?*, in *Giur. Pen.*, 2-bis/2019 (intero Fascicolo).

²¹⁶ VESPertino, *L'affettività e la sessualità in carcere: verso un modello trattamentale affettivo-rieducativo*, in DE PASCALIS (a cura di), *La dimensione dell'affettività in carcere. Uno studio su sessualità, genitorialità e possibilità di procreazione nel sistema penitenziario*, www.giustizia.it, 2015, 13, 97.

²¹⁷ DOLCINI, *La rieducazione*, cit., 1685.

²¹⁸ Sul punto, v. VESPertino, *L'affettività e la sessualità in carcere*, cit., 99.

²¹⁹ Cfr., GRIECO, *La Corte Costituzionale sul diritto dei detenuti all'affettività ed alla sessualità*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 gennaio 2013, 1 ss.

²²⁰ DOLCINI, *La rieducazione*, cit., 1685.

²²¹ In Francia, infatti, la legge 24 novembre 2009 n. 1436, all'articolo 36, prevede la possibilità per i detenuti di usufruire di una visita familiare di durata compresa tra le 6 e le 72 ore. Il 1° gennaio 2017, la previsione della legge del 2009 si è tradotta nella costruzione di 120 unità di vita familiare

L'affettività in tutte le sue sfaccettature – intesa come diritto – implica che il suo esercizio dovrebbe essere limitato solamente nel caso in cui questo rischi di essere violato. Sulla base di ciò, sarebbe quindi corretto ritenere che tale diritto dovrebbe essere riconosciuto a tutti gli individui egualmente.

Pertanto, l'automatismo che si instaura tra la pena e la sospensione coatta del diritto all'affettività non dovrebbe essere considerata legittimo²²³.

I soggetti che si trovano ristretti all'interno di istituti penitenziari si vedono costretti a modificare i propri rapporti relazionali con il *partner*, interrompendo improvvisamente ogni relazione intima e confidenziale, che costituisce in realtà la base di un efficace ritorno in società²²⁴.

Di conseguenza, essere forzatamente obbligati a rinunciare al proprio diritto all'affettività comporta un restringimento delle possibilità di realizzazione della propria personalità, traducendosi in una regressione trattamentale e rieducativa, in totale contrasto con l'assetto costituzionale e penitenziario.

Ciò significava incidere sulle condizioni di vita del detenuto, contribuendo a deteriorare i rapporti affettivi e, conseguentemente, procurargli un senso d'isolamento che rischiava di portarlo a vivere il carcere come una scuola di criminalità, o, peggio, a indurlo a commettere suicidio²²⁵.

Sembrava dunque necessario recuperare la dimensione affettiva all'interno delle carceri, proponendo un nuovo modello penitenziario indirizzato al recupero della centralità della persona detenuta tramite l'individualizzazione del trattamento, che contribuisse alla riduzione del danno rispetto alle c.d. condanne bianche²²⁶ e del tasso di suicidi in carcere legati alla sensazione di isolamento di cui si è precedentemente parlato, operando verso una più completa, efficiente ed effettiva risocializzazione e rieducazione del condannato.

sul territorio francese, distribuite fra 37 stabilimenti penitenziari. Sul punto, v. DELLA BELLA, *Riconoscimento del diritto all'affettività*, cit., 3 s.

²²² DOLCINI, *La rieducazione*, cit., 1685.

²²³ VESPERTINO, *L'affettività e la sessualità in carcere*, cit., 101.

²²⁴ VESPERTINO, *L'affettività e la sessualità in carcere*, cit., 102.

²²⁵ VESPERTINO, *L'affettività e la sessualità in carcere*, cit., 102; Cfr. DI ROSA, *Le solitudini in carcere. Il detenuto malato e il detenuto straniero: dialogo a tre voci*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2018, 1; si rinvia al cap. I, 37.

²²⁶ Per condanne bianche, si intende la situazione dei familiari o comunque delle persone legate da rapporti affettivi al detenuto che, pur non essendo ristrette in carcere, subiscono comunque le conseguenze dannose della detenzione dal punto di vista psicologico e sentimentale.

Sulla base di queste premesse, il Tavolo VI aveva dunque proposto l'inserimento nell'ordinamento penitenziario dell'articolo 30-*quinquies*, che avrebbe dovuto essere formulato come segue: «Fuori dei casi previsti dagli articoli 30 e 30-*ter*, ai condannati il Magistrato di Sorveglianza può concedere un ulteriore permesso, della durata non superiore a dieci giorni per semestre di carcerazione, al fine di coltivare specificamente interessi affettivi e da trascorrere con il coniuge, il convivente, altro familiare o con diversa persona tra quelle indicate dall'articolo 18. Il permesso non è concesso quando vi è il pericolo che il condannato durante il periodo di permesso possa commettere nuovi reati ovvero che, allo scadere del periodo di permesso, non rientri in istituto. Il provvedimento è soggetto a reclamo al tribunale di sorveglianza secondo le procedure di cui all'articolo 30-*bis*»²²⁷.

Tuttavia, nonostante la spinta riformista degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale e alcune sperimentazioni nel limite consentito dalla legge²²⁸, il permesso di affettività faticava a essere accolto (tant'è che non è stato inserito nella legge n. 103/2017).

In particolare, un comunicato del 2017 dell'Unione dei sindacati di Polizia Penitenziaria, dal titolo oltremodo volgare aveva sottolineato l'inaccettabilità della proposta di consentire ai detenuti di consumare rapporti in carcere con i propri *partner*, completando l'obiezione con alcune ironiche proposte sulla creazione di stanze destinate alla progettazione di rapine a mano armata, alla somministrazione di sostanze stupefacenti, *etc...*²²⁹.

Immediata è stata la risposta dell'Unione delle Camere Penali Italiane, che ha bollato come banale e sgarbato il comunicato dell'USPP, evidenziando come la delega al Governo per riconoscere il diritto di affettività corrispondesse all'esigenza di adeguare il nostro Ordinamento a quello degli altri Paesi Europei²³⁰.

In conclusione, un sistema realmente rieducativo dovrebbe riconoscere ai detenuti – sempre in un'ottica nella quale la restrizione in carcere sia vista come

²²⁷ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo VI, Allegato 3, in www.giustizia.it, 2015.

²²⁸ Si veda sul punto la sperimentazione effettuata nel carcere milanese di Bollate.

²²⁹ Il documento dell'USPP, datato 3 novembre 2017, è reperibile sul sito www.uspp.it. Cfr., DOLCINI, *La rieducazione*, cit., 1686.

²³⁰ Il testo della risposta è consultabile su www.camerepenali.it.

extrema ratio – il diritto all'affettività, sia al fine di scongiurare la percezione da parte del detenuto di un senso di solitudine che, come visto, nasconde rischi elevatissimi, sia per completare un quadro normativo totalmente rivolto alla individualizzazione e umanizzazione del trattamento, che si presenti sensibile ai bisogni del soggetto e utile per il suo reingresso nella società civile quale membro ormai definitivamente riabilitato.

Non è possibile neanche solo immaginare un valido percorso riabilitativo a fronte di una persona destrutturata, alienata e privata di ogni contatto con l'esterno e con i propri affetti.

I rapporti con la società e la famiglia sono, infatti, imprescindibili per la ricostruzione dell'equilibrio di ogni persona; l'assenza degli stessi genererebbe conseguenze irreparabili sia sul piano umano (si pensi alle forme di "prostituzione" carceraria e al più volte rimarcato senso di solitudine), sia sul piano della sicurezza interna e soprattutto collettiva (il proliferare di rapporti non protetti tra detenuti nasconde il rischio di contrazione di malattie veneree e infettive, le quali potrebbero essere trasmesse agli ignari *partner* dei detenuti), comportando il reingresso in società di un soggetto privato della propria personalità²³¹.

2.2 Il documento conclusivo degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale elaborato dal Comitato di esperti

Al termine dei lavori dei diciotto Tavoli tematici, una componente degli esperti che avevano contribuito all'enorme studio degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, riuniti in un Comitato coordinato dal Prof. Giostra, aveva prodotto un testo in cui venivano analizzati e riproposti alcuni dei risultati degli studi dei Tavoli tecnici, senza peraltro omettere un autonomo contributo del Comitato stesso su alcune possibili soluzioni da intraprendere per la riforma del sistema penale.

Il documento conclusivo degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, redatto dal Comitato di esperti, aveva l'obiettivo di offrire una serie di linee-guida

²³¹ MANCA, *Perché occuparsi della questione "affettività" in carcere?*, in *Giur. Pen.*, 2019, 2-bis, 10 s.

per la riforma dell'ordinamento penitenziario, in maniera tale da renderlo rispettoso dei principi costituzionali, avvalendosi dei temi trattati e delle proposte emerse nei Tavolo di Lavoro²³².

Tale documento, che costituisce un risultato culturale decisamente importante, poneva al centro del dibattito il tema dell'esecuzione penale, con l'intento di rovesciare la prospettiva di un carcere percepito come soluzione ai problemi sociali, a quella di un carcere esso stesso problema sociale²³³.

Per poter invertire detto punto di vista, il Comitato aveva anzitutto posto una condizione negativa e alcuni presupposti positivi.

La condizione negativa sussisteva nel divieto di sottoporre a trattamenti contrari al senso di umanità qualunque soggetto a cui fosse stata applicata una pena, a prescindere dalla tipologia della stessa e dal reato commesso. Ogni violazione dei diritti inviolabili del condannato, infatti, avrebbe precluso la possibilità per la pena di svolgere efficacemente il proprio ruolo rieducativo, essendo impossibile rieducare alla legalità un soggetto privato della propria dignità²³⁴.

Tenuto conto di tale presupposto negativo, il Comitato aveva quindi individuato alcune condizioni positive necessarie alla piena realizzazione del fine rieducativo della pena.

La prima consisteva nel fatto che il principio rieducativo doveva inderogabilmente indirizzarsi a un soggetto suscettibile di essere rieducato; al contrario, detto principio non poteva fungere da mezzo di una strategia politica, sia questa di sicurezza sociale, di lotta al terrorismo e via dicendo²³⁵.

Il secondo punto riguardava la necessità di prevedere progetti individualizzati di risocializzazione per meglio redistribuire le possibilità riabilitative dei condannati²³⁶.

La terza condizione imponeva al sistema rieducativo di garantire e stimolare l'autodeterminazione del soggetto, rendendolo capace di autogestirsi

²³² Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 8.

²³³ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 8.

²³⁴ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 9.

²³⁵ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 9.

²³⁶ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 10.

all'interno del micro-universo carcerario per poter in seguito essere attivamente reintrodotta nella società civile²³⁷.

Il quarto presupposto vietata al trattamento penitenziario di imporre forme di inabilitazione sociale, rimarcando piuttosto l'obbligo per il legislatore di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzare le finalità di rieducazione cui la pena deve tendere²³⁸.

Infine, il quinto e ultimo presupposto riguardava il riconoscimento in capo al condannato di un vero e proprio diritto alla rieducazione, cioè del diritto a vedersi riesaminare il protrarsi della pena al fine di verificare se quanto già espriato avesse assolto positivamente al suo fine rieducativo²³⁹.

Il percorso risocializzante, conclude il Comitato, deve essere modulato sulla persona e non sulla tipologia di reato commesso e devono essere vietate tutte le presunzioni legali di irrecuperabilità sociale. Il dovere della pena di "tendere" alla rieducazione, così come previsto in Costituzione, deve essere accompagnato dal riconoscimento al detenuto del diritto alla speranza²⁴⁰, allo scopo di motivare il soggetto ristretto a evoluzioni psico-comportamentali che gli assicurerebbero un anticipato ritorno in società²⁴¹.

È opportuno soffermarsi su alcune delle proposte elaborate dal Comitato di esperti.

Il documento conclusivo era suddiviso in otto parti, le quali, a eccezione della prima che aveva il compito di presentare il lavoro compiuto, raccoglievano le esperienze e i progetti dei diciotto Tavoli di Lavoro degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, che – pur mantenendo una propria autonomia – sono state raccolte in maniera più omogenea, essendo rivolte direttamente alla Riforma del sistema penitenziario, come del resto prevedeva il d.d.l. n. 2978/2015.

Un ruolo guida per tutte le tematiche era stato assegnato alla parte seconda, la quale trattava il tema della dignità e dei diritti dei detenuti.

²³⁷ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 10.

²³⁸ Si esprimeva in questi termini la Corte costituzionale nella sentenza 14 maggio 1974 n.204. Cfr. Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 10.

²³⁹ Corte Cost., sent. 14 maggio 1974, n. 204. Cfr. Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, 2016, 11.

²⁴⁰ V. cap. I, 55 ss.

²⁴¹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 11.

La questione del rispetto della dignità del detenuto è un tema che è stato affrontato in tutti i tavoli tematici, pur nelle sfaccettature riguardanti le rispettive assegnazioni.

A parere del Comitato, il rispetto della dignità della persona non doveva implicare semplicemente che le pene non potessero consistere in trattamenti contrari al senso di umanità, ma avrebbe dovuto anche far sì che la sanzione fosse eseguita in maniera tale da consentire la realizzazione della personalità del detenuto e l'avviamento di un percorso risocializzante, permettendo al soggetto di potersi riappropriare della vita, nonché privilegiando la responsabilizzazione rispetto alla mera obbedienza alle regole²⁴².

In tale prospettiva, avrebbero dovuto essere utilizzate le misure non detentive, assegnando invece alla sanzione carceraria il ruolo di ultima *ratio*, da eseguirsi solo in casi eccezionali.

Nel contesto di un sistema sanzionatorio così delineato, il rispetto della dignità del detenuto richiedeva che eventuali limitazioni fossero ancorate a ragioni unicamente legate a esigenze di ordine e sicurezza. In assenza di queste ultime, limitare l'esercizio dei diritti del detenuto avrebbe significato unicamente un peggioramento supplementare della privazione della libertà personale, e come tale incompatibile con l'articolo 27 comma 3 Cost.²⁴³

Sulla base di tali premesse, il Comitato aveva dunque segnalato quali tra i bisogni della popolazione detenuta fossero meritevoli di tutela tramite una idonea modifica normativa.

Tra le necessità non adeguatamente garantite, il Comitato individuava innanzitutto quelle inerenti al mantenimento dei rapporti familiari e delle relazioni affettive²⁴⁴.

In primo luogo, gli esperti auspicavano il rispetto dell'articolo 42 ord. penit., il quale sancisce che il detenuto dovrebbe scontare la pena nel luogo più

²⁴² Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 17.

²⁴³ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 17.

²⁴⁴ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 18.

vicino alla sua famiglia, senza che la sua condotta possa avere un peso specifico per un eventuale trasferimento “punitivo”²⁴⁵.

Assegnare il detenuto a un istituto penitenziario geograficamente distante dalla propria famiglia comporterebbe infatti un *surplus* di sofferenza non solo per il condannato, ma anche per la famiglia stessa, contribuendo ad aumentare il numero delle c.d. “condanne bianche”²⁴⁶ a cui si è in precedenza fatto riferimento²⁴⁷.

Un altro tema delicato affrontato dal Comitato di esperti è stato quello sulla concessione dei permessi.

Difatti, per il Comitato bisognava innanzitutto sostituire la fuorviante dizione dell’articolo 30 comma 2 ord. penit. relativa ai motivi di “particolare gravità” per i quali era concedibile un permesso con il più adeguato requisito della “rilevanza”. Questa doveva essere considerata non soltanto nella sua oggettività, ma anche da un punto di vista “soggettivo”, ossia dallo speciale significato personale che determinati accadimenti rappresentano per ogni singolo detenuto.

In particolare, il Comitato proponeva di modificare il sistema dei permessi, seguendo le direttive appena indicate, in maniera tale da creare una sorta di “peculio di libertà” di un determinato numero di giorni — ad esempio trenta giorni all’anno — che il condannato poteva utilizzare per tali ragioni soggettivamente rilevanti, sapendo che il periodo in cui tale permesso fosse stato usufruito non sarebbe stato considerato come pena espiata²⁴⁸.

Un simile meccanismo avrebbe certamente contribuito a rinsaldare i rapporti con i propri familiari, i quali avrebbero potuto apprezzare il gesto del proprio congiunto che, pur di partecipare a un evento di particolare importanza per la famiglia, aveva “sacrificato”, posticipandolo, il proprio fine pena; allo stesso modo, il detenuto avrebbe avuto modo di autoregolarsi all’esterno del microcosmo penitenziario dove la sua vita è gestita da altri, dimostrando a sé

²⁴⁵ Sul punto, CERAUDO, *La territorialità della pena*, in *www.ristretti.it*, dicembre 2012, 1; CALIGARIS, *Giustizia: la territorialità della pena è un principio irrinunciabile*, *ivi*, 2 giugno 2013, 1.

²⁴⁶ V. cap. II, 120.

²⁴⁷ Stati Generali dell’Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 18.

²⁴⁸ Stati Generali dell’Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 20.

stesso – e non solo – di aver compiuto importanti passi in avanti sul piano della rieducazione²⁴⁹.

Sempre in tema di mantenimento dei rapporti familiari, il Comitato aveva appoggiato la proposta del Tavolo VI sull'introduzione del permesso di "affettività"²⁵⁰, proponendo poi modifiche più attente ai diritti e ai bisogni dei detenuti in tema di colloqui e corrispondenza, tra cui, ad esempio, l'implementazione o la creazione di "spazio-bambini" per alleviare lo stress che un minore può subire nel recarsi a far visita a un proprio familiare ristretto in carcere, soprattutto nel caso in cui questo sia un genitore. Si auspicava poi l'introduzione dell'istituto della visita, da svolgere in apposite unità abitative, anche per consentire aspetti più intimi delle relazioni, sottolineando dunque il valore e l'importanza del permesso di affettività²⁵¹.

Un'altra forma di violazione dei diritti dei detenuti era, a parere del Comitato, la limitata possibilità per i soggetti ristretti di poter esercitare un impiego capace di far acquisire una preparazione professionale adeguata alle condizioni lavorative esterne, al fine di facilitarne il reinserimento sociale²⁵².

Infatti, non soltanto il numero di detenuti impiegati in attività occupazionali era basso, ma anche la tipologia di mestiere era ristretta alle sole c.d. "lavorazioni domestiche"²⁵³.

Considerate tali difficoltà, il Comitato auspicava di affidare la gestione del lavoro in istituto a un organismo specializzato, dotato delle necessarie competenze in materia di *marketing*, gestione del personale, *etc...*²⁵⁴

Tale ente avrebbe avuto il compito di individuare le domande del mercato, procurare occasioni di lavoro e sostenere il detenuto ritornato in libertà per la ricerca di un impiego²⁵⁵.

Tra i diritti non adeguatamente riconosciuti nel sistema penitenziario, il Comitato individuava anche quelli correlati alla salute.

²⁴⁹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 20.

²⁵⁰ V. cap. II, 118 ss.

²⁵¹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 22.

²⁵² GIOSTRA, *Carceri, materiali per una riforma, working paper*, in GIOSTRA (a cura di), www.penalecontemporaneo.it, 2015, 237 ss.; cfr. Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 24.

²⁵³ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 24.

²⁵⁴ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 24.

²⁵⁵ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 25.

In primo luogo, gli esperti criticavano l'incompiuto processo della riforma della medicina penitenziaria, riscontrando i maggiori problemi nella disomogeneità delle prestazioni di prevenzione, cura e riabilitazione, oltre all'inefficiente programma economico per le spese dirette a offrire un'offerta sanitaria idonea.

Il Comitato riteneva quindi di attuare con urgenza l'accordo approvato dalla Conferenza Unificata Stato-Regioni il 22 gennaio 2015, riguardante le «Linee guida in materia di erogazione dell'assistenza sanitaria negli istituti penitenziari per adulti»²⁵⁶.

Inoltre, era considerato necessario riportare un senso di omogeneità dei livelli di tutela della salute in carcere, tramite l'adozione di un sistema informatico atto a raccogliere i dati clinici dei pazienti detenuti in forma digitale, le c.d. "cartelle cliniche digitali", affinché si assicurasse la continuità terapeutica e una maggiore efficienza del sistema, sempre nel rispetto della privacy del detenuto²⁵⁷.

Particolare attenzione andava prestata alle esigenze di salute dei soggetti portati di patologie psichiatriche. In tal caso, il Comitato riteneva opportuno attuare una serie di interventi normativi che avrebbero consentito ai soggetti affetti da tali affezioni di poter espiare la pena in forma alternativa alla detenzione, purché compatibile con le esigenze di cura e sicurezza²⁵⁸.

Gli altri diritti fondamentali trattati dal Comitato di esperti erano: il diritto all'istruzione; i diritti inerenti alla sfera religiosa e i diritti politici.

Circa il primo, l'ordinamento penitenziario, all'articolo 15, comprende l'istruzione tra gli elementi del trattamento. L'istruzione e la formazione professionale devono consistere in diritti irrinunciabili della persona, per questo motivo il Comitato auspicava l'introduzione di una normativa più cogente rispetto al diritto all'istruzione, in maniera tale da rendere efficace ed effettiva la frequenza ai corsi d'istruzione e formazione professionale a tutti i detenuti, con particolare riferimento a quelli stranieri, essendo l'istruzione lo strumento più

²⁵⁶ Il testo dell'accordo è consultabile su www.gazzettaufficiale.it; Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 27.

²⁵⁷ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 27.

²⁵⁸ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 28.

adatto per superare le difficoltà di integrazione, date soprattutto dalle difficoltà linguistiche²⁵⁹.

Per quanto riguardava i diritti inerenti alla sfera religiosa, gli esperti avevano sottolineato come la disciplina penitenziaria sul punto fosse più indirizzata alle esigenze delle confessioni religiose riconosciute dall'Italia, che su quelle dei detenuti appartenenti possibilmente a credi sacri privi di intesa con lo Stato. Il Comitato aveva dunque proposto di prendere spunto dall'esperienza degli altri Paesi europei per creare uno spazio di preghiera unico, gestito dalle diverse comunità religiose presenti in carcere²⁶⁰.

Infine, la parte seconda del documento finale si concludeva con la trattazione sui diritti politici.

In particolare, il punto cruciale era la previsione della privazione perpetua del diritto di voto susseguente alle condanne superiori a cinque anni. Questa imposizione faceva presumere che il detenuto non avesse completato un percorso rieducativo a seguito dell'espiazione della condanna²⁶¹.

Era dunque auspicabile una modifica di tale normativa che escludesse una privazione perpetua del diritto di voto o, per lo meno, la prevedesse solo per i reati più gravi, punibili con l'ergastolo²⁶².

La terza parte, strettamente connessa con la seconda, riguardava i soggetti vulnerabili, i quali, a causa della loro particolare situazione soggettiva, potevano soffrire in maniera amplificata, rispetto agli altri detenuti, la vita detentiva²⁶³.

Esempi concreti all'interno degli istituti penitenziari sono gli stranieri, i tossicodipendenti, gli infermi psichici e le detenute madri²⁶⁴.

Il Comitato riteneva perciò opportuno promuovere una serie di percorsi formativi e di sviluppo utili a facilitare la perdita delle condizioni di vulnerabilità.

Per i soggetti affetti da dipendenze (ad esempio da alcool o da stupefacenti), il carcere doveva essere l'ultima *ratio*, auspicandosi una revisione del regime sanzionatorio per tale categoria di detenuti, che avrebbe in primo luogo

²⁵⁹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 29.

²⁶⁰ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 30.

²⁶¹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 30.

²⁶² Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 31.

²⁶³ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 12.

²⁶⁴ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 32.

investito l'articolo 89 d.P.R. n. 309/1990, il quale preclude la concessione degli arresti domiciliari terapeutici ai soggetti indagati o imputati per uno dei reati previsti dall'articolo 4-*bis* ord. penit.²⁶⁵

A tal fine, gli esperti auspicavano l'introduzione dell'istituto del Programma di reintegrazione sociale, da affiancare all'affidamento terapeutico.

Il Programma di reintegrazione sociale avrebbe dovuto consentire al condannato a una pena il cui limite fosse stato superiore a quello previsto dall'attuale disciplina in materia di affidamento terapeutico, di essere sottoposto a tale modalità, costituita da una serie di interventi riabilitativi.

Quando la pena da scontare fosse risultata al di sotto dei limiti previsti per i casi di affidamento in prova al servizio sociale in casi particolari, il condannato avrebbe potuto essere ammesso a tale misura²⁶⁶.

Un'altra categoria di soggetti vulnerabili è quella di coloro a rischio di autolesionismo e suicidio²⁶⁷.

In particolare, per prevenire tali episodi, il Comitato auspicava che gli istituti di detenzione migliorassero la qualità organizzativa, gestionale e soprattutto la sorveglianza all'interno delle strutture, prevedendo inoltre corsi di formazione per gli operatori penitenziari²⁶⁸.

Un altro elemento di notevole importanza, a parere degli esperti, era il sostegno alla persona vulnerabile per un suo ritorno in libertà e nel periodo precedente e successivo alla scarcerazione, teoricamente già garantito dall'articolo 46 ord. penit²⁶⁹, norma, tuttavia, quasi mai utilizzata.

²⁶⁵ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 35.

²⁶⁶ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 36.

²⁶⁷ Si è già analizzato, nel corso di questa trattazione, il problema dei suicidi in carcere. V. cap. I, 37 ss.; cfr. DI ROSA, *Le solitudini in carcere. Il detenuto malato e il detenuto straniero: dialogo a tre voci*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 luglio 2018, 1 ss.

²⁶⁸ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 37.

²⁶⁹ «I detenuti e gli internati ricevono un particolare aiuto nel periodo di tempo che immediatamente precede la loro dimissione e per un congruo periodo a questa successivo. Il definitivo reinserimento nella vita libera è agevolato da interventi di servizio sociale svolti anche in collaborazione con gli enti indicati nell'articolo precedente. I dimessi affetti da gravi infermità fisiche o da infermità o anomalie psichiche sono segnalati, per la necessaria assistenza, anche agli organi preposti alla tutela della sanità pubblica».

Sarebbe stato dunque opportuno predisporre programmi di trattamento che prevedessero anche percorsi adatti a consentire un efficace reinserimento in società²⁷⁰.

Il Comitato, oltre a dedicare una parte del lavoro alla tutela e ai diritti dei minori autori di reato e delle donne²⁷¹, si era poi concentrato sulle condizioni alla base della vulnerabilità dei detenuti stranieri, preoccupandosi di suggerire proposte atte al superamento di tali difficoltà.

L'essere stranieri in carcere costituiva (e costituisce tuttora) una condizione complicata, principalmente a causa delle barriere linguistiche e della difficoltà di mantenere legami con la famiglia.

Il problema era di rilevante importanza anche perché piuttosto diffuso sul territorio, considerato l'elevato numero di detenuti stranieri presenti negli istituti penitenziari²⁷².

Le difficoltà linguistiche avevano un peso determinante – in negativo – soprattutto sulla conoscenza per i detenuti dei propri diritti e dei propri doveri, sulle relazioni con gli operatori e con gli altri soggetti detenuti e sulle opportunità trattamentali.²⁷³

Allo stesso modo, la mancanza di rapporti con la famiglia e con la società esterna aveva risvolti critici sulla concreta applicazione di alcune delle misure alternative e dei benefici penitenziari, dato che queste richiedevano presupposti di accesso difficilmente realizzabili per tale categoria di soggetti, tra cui l'aver eletto domicilio idoneo, l'impiego in un'attività lavorativa o la regolare presenza sul territorio dello Stato²⁷⁴.

Sulla base di questi elementi, il Comitato riteneva pertanto necessario incrementare sia le competenze linguistiche, sia i rapporti con la famiglia.

Riguardo al primo obiettivo, gli esperti proponevano di attivare o potenziare i corsi di alfabetizzazione per i detenuti stranieri e di coinvolgere in

²⁷⁰ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 39.

²⁷¹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 39 ss. e 44 ss.

²⁷² La situazione non è peraltro migliorata. Si pensi che al 31 marzo 2019, il numero di detenuti stranieri ammonta a circa ventimila unità, ossia il 33% circa del totale della popolazione penitenziaria; *www.giustizia.it*.

²⁷³ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 46. Cfr., DI ROSA, *Le solitudini in carcere*, cit., 10.

²⁷⁴ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 46.

maniera efficace i mediatori culturali, verificando inoltre l'effettiva distribuzione della Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati, tradotta in una delle lingue conosciute dal detenuto²⁷⁵.

Circa il secondo punto, al fine di facilitare i contatti con i parenti, il Comitato prospettava l'introduzione di una normativa che agevolasse l'accesso ai colloqui telefonici e prevedesse l'opportunità di effettuare collegamenti video a mezzo internet tra il detenuto e i membri della propria famiglia, privilegiando in particolare i contatti con i figli²⁷⁶.

Tra le novità normative di particolare interesse proposte dal Comitato in tema di detenuti stranieri devono essere segnalate il permesso di soggiorno "premiale" e il c.d. *housing* sociale.

Il permesso di soggiorno premiale avrebbe dovuto essere concesso ai detenuti in caso di esito positivo del percorso riabilitativo, al fine di garantire loro il diritto a essere reintrodotti in società²⁷⁷.

Per risolvere il problema della limitata applicazione delle misure alternative ai soggetti stranieri a causa della mancanza dei requisiti oggettivi già in precedenza elencati – in particolare l'assenza di un domicilio idoneo – il Comitato proponeva la creazione di strutture in cui poter collocare gli stranieri autori di reati di lieve gravità, attraverso appunto iniziative di *housing* sociale che coinvolgessero non solo il settore pubblico ma anche i privati²⁷⁸.

Infine, il Comitato concludeva la parte terza del documento finale affrontando la preoccupante situazione della possibile radicalizzazione ideologica del detenuto straniero²⁷⁹.

A parere del Comitato, la miglior risposta al rischio di estremizzazione è il funzionamento del carcere e del servizio di *probation*, oltre alla scrupolosa applicazione dei diritti dei detenuti.

²⁷⁵ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 47.

²⁷⁶ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 47.

²⁷⁷ Un progetto simile era stato già peraltro utilizzato con successo nei confronti dei detenuti minorenni; v. articolo 18 comma 6 T.U. n. 286/1998. Cfr., Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 48.

²⁷⁸ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 48.

²⁷⁹ Sul punto, DELVECCHIO, *Il detenuto a rischio radicalizzazione e i rimedi della prevenzione terziaria: triage iniziale, scelta allocativa e ruolo degli operatori penitenziari*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 6/2017, 193 ss.

Un sistema che non avesse riconosciuto in maniera adeguata i diritti e i bisogni dei detenuti, a maggior ragione degli stranieri, avrebbe costituito uno degli elementi chiave per la radicalizzazione ideologica²⁸⁰.

Al fine di evitare l'insorgere di situazioni di estremizzazione, il Comitato aveva proposto una serie di interventi per indebolire il senso di solitudine, considerato il motore delle derive psicologiche di matrice terroristica²⁸¹.

Dette iniziative avrebbero dovuto riguardare: la semplificazione delle procedure di colloquio tra i detenuti e gli assistenti sociali; l'incremento di corsi scolastici e professionali; il coinvolgimento della società esterna, tra cui le guide spirituali e religiose; l'ampiamento delle possibilità di concessione dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione attraverso la creazione di strutture di ospitalità protetta²⁸².

L'interesse principale del Comitato era far sì che l'Amministrazione Penitenziaria e gli organi di Sorveglianza fossero a conoscenza della realtà personale e relazionale del detenuto straniero, affinché potessero essere utilizzati idonei strumenti a sostegno di tale categoria di soggetti vulnerabili, individuandone gli eventuali fattori di rischio²⁸³.

La quarta parte del documento riguardava l'esecuzione penitenziaria, prevedendo modifiche normative e architettoniche che facilitassero il reinserimento del detenuto in società tramite la progressiva residualità del carcere²⁸⁴.

La tendenza moderna degli Stati europei è nel senso di privilegiare l'applicazione di misure di comunità, ricorrendo al carcere solamente nei casi in cui sia strettamente necessario²⁸⁵.

Affinché anche il nostro Paese potesse essere allineato a tale orientamento europeo, il Comitato riteneva necessario rimodernare il sistema penitenziario.

²⁸⁰ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 48.

²⁸¹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 48.

²⁸² Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 49. Sul punto, è opportuno segnalare alcune differenti proposte sul tema ben argomentate da DELVECCHIO, *Il detenuto a rischio radicalizzazione*, cit., 198 ss.

²⁸³ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 49.

²⁸⁴ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 13.

²⁸⁵ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 50.

In primo luogo, gli esperti avevano suggerito di intervenire sui connotati architettonici delle strutture custodiali, riconvertendo gli spazi interni non adeguatamente utilizzati in modo tale da risultare idonei allo svolgimento di attività trattamentali e alla efficace attuazione della c.d. “sorveglianza dinamica”²⁸⁶.

Proprio tale tipologia di vigilanza costituiva uno degli elementi fondamentali per il rimodernamento del sistema penitenziario, garantendo una detenzione in un certo senso meno “carceraria” mediante un miglioramento della quotidianità detentiva e una maggiore responsabilizzazione del detenuto²⁸⁷.

Per quanto riguarda l’intervento sulla quotidianità detentiva, il Comitato aveva ipotizzato una serie di modifiche organizzative e normative.

In primo luogo, si auspicava una rimodulazione dell’articolo 17 ord. penit., il quale esige il consenso sia del direttore dell’istituto penitenziario, sia del Magistrato di Sorveglianza per ammettere le persone che possono «utilmente promuovere lo sviluppo dei contatti tra la comunità carceraria e la società libera»²⁸⁸ a frequentare gli istituti, prevedendo invece che il consenso debba essere concesso solamente dal magistrato di Sorveglianza²⁸⁹.

Sempre al fine di migliorare la qualità della vita detentiva, il Comitato aveva inoltre proposto alcune soluzioni migliorative del sistema penitenziario.

Per prima cosa, si riteneva indispensabile che a ogni detenuto fosse garantito lo spazio minimo di tre mq nella propria cella, senza tener conto della superficie occupata dagli arredi e dai servizi igienici²⁹⁰.

Si considerava poi opportuno prevedere che, nei circuiti di media sicurezza, le celle rimanessero chiuse solamente nelle ore notturne, con l’obiettivo di consentire al detenuto di muoversi e partecipare attivamente a ogni attività rieducativa²⁹¹.

²⁸⁶ Stati Generali dell’Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 51. Cfr., SEMERARO, *Sorveglianza dinamica e trattamento rieducativo: ambiti di tutela giurisdizionale per il detenuto*, in *Giur. Pen.*, 2018, 10, 1 ss.

²⁸⁷ Stati Generali dell’Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 52.

²⁸⁸ Articolo 17 ord. penit.

²⁸⁹ Stati Generali dell’Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 53.

²⁹⁰ Cfr. Cass. Pen., sez. I, sent. 13 dicembre 2016, n. 52819; Cass. Pen., sez. I, sent. 17 novembre 2016, n. 13124; Cass. Pen., sez. I, sent. 15 settembre 2017, n. 42211.

²⁹¹ Stati Generali dell’Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 53.

Bisognava abbandonare la prassi dell'accompagnamento del detenuto, facilitandone invece gli spostamenti da una sezione a un'altra tramite l'utilizzo, ad esempio, di una "tessera d'accesso" a loro fornita, su cui avrebbero dovuto essere indicate le attività alle quali i soggetti erano autorizzati a partecipare²⁹².

Infine, era necessario migliorare e implementare i contatti tra i detenuti e gli educatori, consentendo a quest'ultimi di potersi recare presso i locali di pernottamento dei soggetti ristretti allo scopo di poter osservare l'individuo all'interno del proprio contesto di appartenenza, in maniera tale da poter attuare il più adeguato programma rieducativo²⁹³.

Per quanto concerneva la responsabilizzazione del detenuto, il Comitato, sulla base del fondamentale assunto per cui «quanto più la vita detentiva è assimilabile a quella che si svolge nella comunità esterna, tanto più diventa centrale il tema della responsabilizzazione del detenuto»²⁹⁴, giudicava appropriato un intervento sulle prassi interne agli istituti circa i rapporti tra detenuto e componenti del personale penitenziario o compagni di detenzione²⁹⁵.

Gli interventi ipotizzati dal Comitato avrebbero dovuto incidere in prima battuta sul lessico carcerario "infantilizzante" utilizzato dal personale in istituto, sensibilizzando quest'ultimo circa gli effetti negativi di un linguaggio del genere, capace di affossare l'autostima del detenuto e rendere dunque maggiormente impegnativo il suo percorso di assunzione di responsabilità²⁹⁶.

In seconda analisi, doveva essere consentito ai detenuti di poter accedere liberamente agli uffici del carcere (ad esempio, l'ufficio matricola o l'infermeria) durante gli orari di apertura di questi, senza che fosse necessario inviare preventivamente una domanda scritta²⁹⁷.

In terzo luogo, il Comitato auspicava la creazione di un ufficio di mediazione al fine di facilitare la risoluzione di eventuali conflitti insorti tra gli stessi detenuti o tra questi e il personale penitenziario²⁹⁸.

²⁹² Tale modalità era stata sperimentata con successo nell'istituto di Roma Rebibbia. Cfr., Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 53.

²⁹³ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 53.

²⁹⁴ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 55.

²⁹⁵ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 55.

²⁹⁶ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 55.

²⁹⁷ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 56.

²⁹⁸ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 56.

Infine, gli esperti avevano suggerito l'istituzione di commissioni di sezione, formate su base elettiva, con la funzione di interagire con la direzione dell'istituto, facendosi portavoce delle eventuali richieste dei detenuti appartenenti alla sezione rappresentata in merito alle problematiche inerenti alla vita detentiva²⁹⁹.

Il Comitato aveva poi indicato come necessaria la valorizzazione degli elementi del trattamento, in particolare del diritto allo studio e delle attività sportive³⁰⁰, allo scopo di rispondere in maniera adeguata ai bisogni psico-fisici dei detenuti³⁰¹.

Nello specifico, circa il diritto allo studio, con particolare riferimento a quello universitario, gli esperti miravano alla creazione di Poli universitari penitenziari per garantire agli studenti-detenuti una soddisfacente offerta formativa, consentendo loro, nel caso in cui fosse opportuno, di poter sostenere le prove di esame tramite un collegamento in videoconferenza³⁰².

Il Comitato aveva poi esposto alcune considerazioni sul regime *ex* articolo 41-*bis* ord. penit. in ordine alla durata del colloquio visivo e di quello telefonico, ritenuti irragionevolmente brevi e quindi connotati da una valenza puramente afflittiva e non giustificata rispetto alla funzione della norma³⁰³.

Sempre riguardo al regime speciale previsto dall'articolo 41-*bis* ord. penit., gli esperti avevano inoltre segnalato la necessità di risolvere l'anomalia processuale rappresentata dall'attribuzione al Tribunale di Sorveglianza di Roma della competenza a decidere sui reclami contro l'instaurazione o la proroga del regime, in totale contrasto con la previsione dell'articolo 25 comma 1 Cost³⁰⁴.

Sul tema delle sanzioni disciplinari, il Comitato riteneva necessario prevedere maggiori garanzie per l'applicazione del provvedimento disciplinare dell'isolamento continuo e della sua permanenza³⁰⁵.

²⁹⁹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 56.

³⁰⁰ In particolare, circa le proposte relative all'attività sportiva, cfr., Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo 9, in www.giustizia.it, 2015, 98 ss.

³⁰¹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 53

³⁰² Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 57.

³⁰³ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 59.

³⁰⁴ Secondo il quale «nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge». Cfr., Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 59.

³⁰⁵ Una proposta simile era già stata trattata dal Tavolo XVI degli Stati Generali, V. cap. II, 50.

La parte quarta si concludeva con le proposte in tema di riconfigurazione delle misure di sicurezza, che riprendevano *in toto* quanto già esposto dal Tavolo XI a cui si rimanda³⁰⁶, sia in relazione ai soggetti imputabili, sia in relazione ai c.d. pazienti psichiatrici giudiziari, sia in relazione all'esigenza di prevedere una disciplina uniforme delle R.E.M.S.³⁰⁷

La parte quinta del documento conclusivo degli Stati Generali è probabilmente la più importante, tenuto conto della delicatezza dell'argomento trattato e delle proposte elaborate sul punto.

In particolare, tale sezione del lavoro è intitolata "L'esecuzione esterna: meno recidiva e più sicurezza" e affronta alcuni dei temi chiave del progetto di riforma Orlando, tra cui le misure penali di comunità, il superamento delle preclusioni e degli automatismi normativi, la fase post-penitenziaria e le proposte di modifica a livello operativo e organizzativo, in particolare in tema di inserimento lavorativo e accoglienza³⁰⁸.

Nonostante, a seguito dell'intervento della Corte EDU relativo al caso *Torreggiani*³⁰⁹, fossero state introdotte una serie di modifiche normative dirette a ridurre la popolazione carceraria ricorrendo a misure che attenuassero il ricorso al carcere³¹⁰, la qualità di alcune di tali misure *extra moenia* non poteva considerarsi più proficua di una normale detenzione carceraria³¹¹.

Ad esempio, la struttura della detenzione domiciliare era solamente poco più dignitosa ed efficace di quella penitenziaria, considerato che mancavano i necessari requisiti di risocializzazione richiesti per ogni tipologia di esecuzione penale³¹².

Il risanamento dei valori sociali e collettivi è infatti lo scopo primario della pena.

Tuttavia, la cultura sociale considera come pena in senso proprio solamente quella che affligge e costringe, prescindendo dalle esperienze che

³⁰⁶ V. cap. II, 72 ss.

³⁰⁷ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 63 s.

³⁰⁸ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 65 ss.

³⁰⁹ V. cap. I, 58 ss.

³¹⁰ In particolare, l. 9 agosto 2013, n. 94; l. 21 febbraio 2014, n. 10 e l. 28 aprile 2014, n. 67. Circa tale ultimo intervento normativo, v. cap. II, 1 ss. Cfr., Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 65.

³¹¹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 65.

³¹² Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 65.

evidenziano come l'applicazione di una pena solamente detentiva, mancante di ogni contenuto risocializzante, sfoci quasi sempre in esempi di deresponsabilizzazione e destrutturazione del condannato, legati a un elevato tasso di recidiva rispetto, invece, ad applicazioni esecutive non detentive, le quali hanno dimostrato un più efficace reinserimento in società di un soggetto ormai consapevole e responsabilizzato³¹³.

Il Comitato puntava pertanto a rielaborare l'intero sistema delle misure alternative alla detenzione, non soltanto dal punto di vista puramente applicativo, ma anche ponendo l'accento sugli attori istituzionali delle misure di comunità e sul ruolo della collettività³¹⁴.

Riguardo proprio a tale ultimo punto, il Comitato riteneva necessario potenziare i contatti tra interno ed esterno, favorendo gli interventi della società civile, in particolar modo del volontariato, in collaborazione con l'Ufficio dell'Esecuzione Penale Esterna, il quale doveva essere parimenti arricchito di nuovi uffici con professionalità diverse (ad esempio psicologi, criminologi, mediatori culturali *etc...*)³¹⁵.

Anche la Magistratura di Sorveglianza doveva essere rimodernata, in particolare prevedendo il rafforzamento delle prerogative del Magistrato di Sorveglianza, quale organo monocratico legittimato a concedere le misure alternative alla detenzione per le pene detentive medio-brevi³¹⁶, in maniera tale da consentire all'organo di Sorveglianza di poter intervenire in maniera tempestiva ed efficace in vista della risocializzazione del detenuto³¹⁷.

Gli esperti auspicavano inoltre un cambio di prospettiva rivolto a considerare le misure di comunità come risposta sanzionatoria principale, così da limitare l'incarcerazione a una dimensione di *extrema ratio*³¹⁸.

Per conseguire tale risultato, era necessario provvedere a una revisione delle misure alternative, introducendo anche nuovi modelli di esecuzione esterna che coinvolgessero in maniera effettiva la comunità e i servizi locali, superando

³¹³ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 65.

³¹⁴ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 66 ss.

³¹⁵ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 66 s.

³¹⁶ Riservando invece all'organo collegiale la competenza sulle pene detentive medio-lunghe. Cfr. Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 68.

³¹⁷ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 68.

³¹⁸ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 68.

inoltre le preclusioni e gli automatismi normativi che si ponevano in contrasto con la finalità rieducativa della pena³¹⁹.

Dunque, uno dei punti della riforma avrebbe dovuto riguardare la modifica dei contenuti delle misure alternative, le quali spesso apparivano eccessivamente distanti dai fini risocializzanti a cui dovevano ispirarsi.

Infatti, le prescrizioni a cui il condannato doveva attenersi nell'esecuzione della misura dovevano essere orientate a un effettivo recupero sociale dello stesso.

In tal senso, il Comitato auspicava in primo luogo l'introduzione della possibilità di svolgere attività riparative e di volontariato. In particolare, la misura della detenzione domiciliare necessitava di un urgente intervento al fine di inserire un programma risocializzante che consentisse anche di rispondere alle esigenze di studio o di lavoro del detenuto, senza tuttavia trascurare la necessaria garanzia di difesa sociale³²⁰.

Il Comitato accoglieva inoltre le proposte del Tavolo XII circa l'aumento a quattro anni del limite di pena presupposto all'applicazione di tutte le misure alternative³²¹ e l'utilizzo di dispositivi di controllo a distanza³²².

Sul piano dell'introduzione di nuovi modelli di esecuzione esterna, gli esperti auspicavano il superamento di tutte quelle misure, pur alternative al carcere, le quali avevano come unico obiettivo quello di neutralizzare i detenuti³²³. Piuttosto, era stato ritenuto preferibile sul punto un intervento sulla disciplina del lavoro di pubblica utilità, da assegnare come pena principale o in funzione sostitutiva delle pene detentive brevi, come del resto proposto dal Tavolo XII³²⁴.

Inoltre, riguardo al superamento delle preclusioni e degli automatismi normativi, il Comitato considerava perfettamente centrato quanto già auspicato dal Tavolo XVI degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale³²⁵.

³¹⁹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 69.

³²⁰ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 70.

³²¹ V. cap. II, 87 s. Cfr., Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 70.

³²² V. cap. II, 91 ss. Cfr., Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 70.

³²³ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 71.

³²⁴ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 71.

³²⁵ V. cap. II, 104 ss. Cfr., Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 71 ss.

Un altro punto di particolare importanza su cui il Comitato ha ritenuto opportuno intervenire è stato quello riguardante la fase post-penitenziaria, sia quella conseguente alla positiva conclusione di una misura *extra moenia*, sia quella successiva all'espiazione di una pena totalmente eseguita in carcere.

In particolare, proprio tale seconda fase meritava, a parere del Comitato, una più attenta analisi.

La fase della dimissione, infatti, avrebbe dovuto essere seguita con la stessa attenzione che l'articolo 88 del d.P.R. n. 230/2000 vi dedicava³²⁶, garantendo la soluzione di problemi inerenti alla ricongiunzione dei rapporti familiari, per cui doveva essere previsto un gruppo di tutoraggio appositamente costituito per affrontare il "trauma da liberazione"³²⁷, accompagnando l'ex detenuto nella ricerca di un impiego lavorativo e nell'impatto con la società³²⁸.

Per tali fini andavano dunque investite risorse finanziarie per aumentare il personale dell'UEPE e garantire a questo una specifica formazione³²⁹.

Infine, il Comitato concludeva la parte quinta con alcune proposte di modifica a livello organizzativo e operativo³³⁰.

Sul punto è opportuno segnalare le proposte in tema di inserimento lavorativo e quelle in tema di accoglienza di persone prive di domicilio.

Il Comitato puntava a promuovere un'efficace politica di inserimento lavorativo di detenuti ed ex detenuti per tre specifici motivi: prima di tutto, la stessa era necessaria a rendere efficaci le misure di comunità, garantendo la prevenzione della recidiva; in secondo luogo, permetteva di diminuire le spese in

³²⁶ Tale articolo recita: «Nel periodo che precede la dimissione, possibilmente a partire da sei mesi prima di essa, il condannato e l'internato beneficiano di un particolare programma di trattamento, orientato alla soluzione dei problemi specifici connessi alle condizioni di vita familiare, di lavoro e di ambiente a cui dovranno andare incontro. A tal fine, particolare cura è dedicata a discutere con loro le varie questioni che si prospettano e a esaminare le possibilità che si offrono per il loro superamento anche trasferendo gli interessati, a domanda, in un istituto prossimo al luogo di residenza, salvo che non ostino motivate ragioni contrarie. Per la definizione e la esecuzione del suddetto programma, la direzione richiede la collaborazione del centro di servizio sociale, dei servizi territoriali competenti e del volontariato».

³²⁷ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 74.

³²⁸ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 74.

³²⁹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 74.

³³⁰ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 74 ss.

ambito carcerario e, sotto un diverso profilo, – strettamente connesso al primo – rappresentava una strada alternativa alle ricadute criminali³³¹.

In particolare, gli esperti auspicavano un maggior ricorso alle previsioni della legge n. 381/1991, come modificata dalla legge n. 193/2000, che prevede la possibilità per gli enti pubblici di sottoscrivere accordi con le cooperative sociali per creare opportunità lavorative a favore dei soggetti svantaggiati, tra cui sono ricompresi i detenuti e gli internati³³².

Quanto alla legge n. 199/2010, come modificata dal d.l. n. 211/2011, convertito in legge n. 9/2012, questa permette ai detenuti, verificata la presenza di alcuni presupposti, di scontare gli ultimi diciotto mesi di pena in detenzione domiciliare. Sarebbe stato dunque proficuo consentire un ulteriore supporto a tale misura, sempre tramite la scelta da parte di un Ente locale di collaborare con una cooperativa sociale al fine di fornire opportunità lavorative a tale categoria di detenuti, consentendo loro di ampliare il programma individualizzato di reinserimento e, al contempo, prevenendo il rischio di commissione di ulteriori reati³³³.

Un altro elemento di complessità del nostro ordinamento, evidenziato dal Comitato, era legato al fatto che non tutti i soggetti detenuti, in particolare gli stranieri, avevano la possibilità di accedere alle misure extramurarie a causa della mancanza di un luogo da eleggere a domicilio, nonostante soddisfacessero i presupposti necessari alla fruizione della misura, determinandosi quindi gravi ineguaglianze ai sensi del combinato disposto degli articoli 3 e 27 comma 3 Cost. sul dovere dello Stato di rimuovere ogni ostacolo che limiti l'uguaglianza di fronte al diritto alla rieducazione³³⁴.

Gli esperti intendevano, perciò, facilitare l'accoglienza di tali detenuti presso abitazioni adibite allo scopo, richiedendo la collaborazione anche degli Enti locali e del volontariato attraverso la predisposizione di comunità di alloggio

³³¹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 74.

³³² Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 75.

³³³ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 75.

³³⁴ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 75.

da questi gestite e accreditate dallo Stato, il quale avrebbe comunque dovuto fornire un sostegno economico³³⁵.

A supporto di tali modifiche organizzative si sarebbe dovuto intervenire sul piano normativo prevedendo che per esigenze di trattamento, anche le misure di comunità, in caso di assenza di idoneo domicilio, potessero essere eseguite in un luogo pubblico o privato di cura, assistenza o accoglienza, come previsto per la detenzione domiciliare e gli arresti domiciliari³³⁶.

La sesta parte del documento conclusivo riguardava la giustizia riparativa.

Il Comitato si era mostrato totalmente favorevole all'introduzione del paradigma di giustizia riparativa – così come prospettato dal Tavolo XIII a cui si rimanda per un'analisi più approfondita³³⁷ – in ragione della capacità di quest'ultima di offrire uno strumento di risoluzione dei conflitti spendibile in ogni stato e grado del procedimento penale, adatto a superare la logica del “castigo” e in grado di intensificare e migliorare i percorsi risocializzanti intrapresi dai condannati³³⁸.

La parte settima trattava i temi dell'organizzazione del sistema penitenziario, del personale, del volontariato e in generale della formazione.

Come elemento centrale del sistema penale, il Comitato individuava la persona oggetto della condanna penale, ritenendo imprescindibile prevedere un sistema organizzativo che potesse comprendere i suoi bisogni e le sue difficoltà.

Il sistema organizzativo, tuttavia, risultava incentrato solamente sulla pretesa punitiva, più che sulla costruzione di un percorso risocializzante³³⁹.

Partendo da queste considerazioni, il Comitato riteneva innanzitutto fondamentale individuare più figure professionali, non soltanto in senso quantitativo, ma anche sul piano delle diverse qualifiche, capaci di gestire e stabilire le più adeguate strategie formative³⁴⁰.

Sul punto, gli esperti avevano riflettuto sulla figura dell'educatore, ruolo sul quale erano emerse due possibili vie percorribili per la riforma: la prima

³³⁵ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 76.

³³⁶ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 76.

³³⁷ V. cap. II, 93 ss.

³³⁸ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 77 ss.

³³⁹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 84.

³⁴⁰ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 84.

proponeva di creare figure professionali diverse a seconda della specifica funzione esercitata, al fine di inquadrare le attività sportive, culturali e istruttive all'interno di un percorso di autodeterminazione del soggetto, e non come mero riempimento di tempi altrimenti vuoti. In sostanza, si proponeva di creare la posizione lavorativa dell'operatore culturale, quella dell'operatore sportivo e quella dell'operatore di orientamento scolastico e universitario³⁴¹.

La seconda proposta, invece, considerava un inutile rischio il fatto di creare diverse professionalità preposte alle attività culturali, sportive e istruttive, poiché in grado di ledere una più stabile e omogenea organizzazione delle attività in questione se esercitate da un unico educatore. Sul punto, si proponeva dunque di potenziare la figura unica dell'operatore dell'area giuridico-pedagogica, affiancandola possibilmente a collaboratori esterni all'Amministrazione penitenziaria³⁴².

Il Comitato non aveva espresso alcuna preferenza per una delle due opzioni appena citate, ritenendo che entrambe fossero comunque orientate a ridare significativo valore a quelle attività in grado di poter far emergere la soggettività di ogni detenuto³⁴³.

Un altro intervento auspicato dai membri del Comitato era quello riguardante la figura del mediatore culturale.

Il ruolo del mediatore culturale è di enorme importanza soprattutto per i detenuti stranieri, i quali, non conoscendo la lingua e la cultura sociale italiana, difficilmente riuscivano a essere risocializzati efficacemente, essendo purtroppo destinati, al momento della liberazione, a un ritorno al proprio Paese d'origine ovvero a inevitabili ricadute nel mondo della criminalità³⁴⁴.

Sulla base di queste considerazioni, era innegabile la necessità di rimodernare il ruolo del mediatore culturale come previsto dall'articolo 35 comma 2 d.P.R. n. 230/2000³⁴⁵, oltretutto diffusamente disatteso.

³⁴¹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 87.

³⁴² Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 87.

³⁴³ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 87.

³⁴⁴ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 87.

³⁴⁵ In particolare, tale articolo prevede che le figure di mediazione culturale possano essere reclutate anche sulla base di convenzioni con gli Enti locali o con organizzazioni di volontariato.

Il Comitato auspicava quindi che l'Amministrazione Penitenziaria potesse ordinariamente avvalersi di mediatori culturali in numero adatto a gestire ogni diversità culturale presente in istituto, anche tramite il contributo del volontariato penitenziario, rendendo attuale la previsione del precedentemente citato articolo 35 comma 2 reg. penit.³⁴⁶.

Sempre in tema di mediazione, gli esperti ritenevano interessante la proposta del Tavolo II circa l'istituzione di un ufficio di mediazione per i conflitti interni agli istituti, formato da un mediatore professionale e da operatori volontari, avente l'obiettivo di risolvere le frequenti tensioni interne che nascono tra detenuti e tra detenuti e personale penitenziario³⁴⁷.

Dopo aver dedicato una parte del proprio lavoro al ruolo del volontariato, suggerendo che questo dovesse essere inquadrato non come un mero supplente di figure professionali — le quali dovrebbero essere invece inserite in via ufficiale — ma come un elemento da affiancare agli operatori; il Comitato dedica poi alcune riflessioni all'importanza del supporto ai detenuti.

In particolare, sembra opportuno segnalare le proposte in tema di prevenzione del suicidio, supporto alle relazioni familiari e tutela della salute.

Riguardo al primo punto, il Comitato riteneva necessario, al fine di prevenire il rischio di commissione di suicidi in carcere, individuare strumenti di analisi della qualità degli istituti che fossero capaci di far emergere alcuni elementi critici rispetto ai bisogni dei detenuti, soprattutto di quelli più vulnerabili, nonché prevedere adeguati protocolli d'intervento e corsi di formazione per gli operatori penitenziari³⁴⁸.

Sul tema delle relazioni familiari, emergeva l'esigenza di garantire e non contrastare il mantenimento di tali relazioni.

Particolare attenzione andava rivolta ai rapporti con i figli minori dei detenuti, prevedendo idonei spazi e un'adeguata formazione del personale, in maniera tale da riaffermare non soltanto il diritto/dovere del genitore di continuare

³⁴⁶ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 88.

³⁴⁷ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 88.

³⁴⁸ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 92.

a svolgere il proprio ruolo, ma anche il diritto del bambino a vedersi garantita la continuità di un legame affettivo determinante per la sua stessa identità³⁴⁹.

Infine, il Comitato richiedeva una specifica formazione del personale in contatto con i referenti del Servizio Sanitario Nazionale per attuare al meglio ogni tipologia di protocollo previsto, con particolare attenzione ai detenuti portatori di disagi psichici, introducendo inoltre la già suggerita cartella clinica digitale³⁵⁰.

L'ottava e ultima parte del documento finale rappresentava la chiusura dell'intero disegno innovativo prospettato sia dai diciotto Tavoli di Lavoro, sia dal Comitato di esperti. Il relativo contenuto costituiva più che altro un monito alla società, la cui cultura sociale della pena, strettamente influenzata da ragioni carcere-centriche e neutralizzanti – riassumibili nello slogan “più carcere, più sicurezza” – costituiva un muro nell'ottica di riforma del sistema penale.

Solamente un'efficace e diffusa opera di formazione e informazione dell'opinione pubblica, presupposto di un radicale cambiamento culturale alla cui base dovevano collocarsi le esigenze di rieducazione e risocializzazione del condannato – da raggiungere in particolare tramite le misure penali di comunità³⁵¹ – avrebbe potuto abbattere quel muro.

Tale percorso di sensibilizzazione avrebbe dovuto far comprendere come l'opera rieducativa fosse conveniente non solo al detenuto, ma anche alla società, la quale avrebbe riaccolto un individuo produttivo e il cui rischio di recidiva sarebbe stato notevolmente ridotto.

Sarebbe stato determinante in tal senso il contributo dei mezzi di comunicazione, i quali, utilizzando un adeguato lessico giuridico, avrebbero dovuto riportare notizie più tecnicamente corrette e meno sensazionalistiche, possibilmente istituendo corsi di formazione in giornalismo giudiziario in collaborazione con la Magistratura le Università³⁵².

³⁴⁹ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 93.

³⁵⁰ V. cap. II, 128. Cfr., Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 97.

³⁵¹ V. cap. II, 84 ss.

³⁵² Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 100.

Altro elemento importante per la sensibilizzazione della società civile sarebbe stato costituito dall'organizzazione di eventi³⁵³ in cui la gente comune avrebbe potuto visitare gli istituti penitenziari, toccando con mano la realtà carceraria e lo stile di vita che vi si svolge all'interno, come le produzioni manifatturiere, le redazioni giornalistiche carcerarie, le attività lavorative, sportive e culturali, *etc...*

Infine, il Comitato consigliava di coinvolgere anche i giovani nel processo di sensibilizzazione, non soltanto tramite la scuola e la preparazione in tal senso degli insegnanti, ma anche tramite l'arte e lo sport e le rispettive personalità di spicco, ad esempio dando vita a serie televisive in cui si raccontano la vita in carcere oppure organizzando tornei sportivi con la partecipazione di atleti affermati e detenuti, in maniera tale da offrire ai giovani un supporto in più nel processo di maturazione sulla tematica della funzione della pena³⁵⁴.

3. Considerazioni finali

Il 4 luglio 2017 era stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale la legge 23 giugno 2017, n. 103, la c.d. "Riforma Orlando", che era in seguito entrata in vigore il 3 agosto 2017.

La normativa prevedeva una serie di interventi sia sul codice penale, sia sul codice di procedura penale, sia sull'ordinamento penitenziario.

In estrema sintesi, per quanto riguarda la prima categoria di operazioni, si segnala in particolare la modifica degli articoli 158-161 c.p. sul calcolo dei termini prescrizionali e l'introduzione dell'articolo 162-*ter* c.p. contenente una nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie³⁵⁵.

Circa le modifiche al codice di procedura penale, occorre evidenziare: quella relativa agli articoli 72-*bis* c.p.p. e 345 c.p.p. sulla nuova disciplina processuale per i soggetti affetti da incapacità irreversibili (c.d. "eterni giudicabili"); il riconoscimento alla persona offesa di ulteriori diritti informativi e

³⁵³ In particolare, il Comitato auspicava l'istituzione di una "giornata del carcere" da celebrare ogni anno. Cfr. Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 101.

³⁵⁴ Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in www.giustizia.it, 2016, 102.

³⁵⁵ Sul punto, v. GALLUCCIO, *Pubblicata in Gazzetta Ufficiale la Riforma Orlando*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 7-8/2017, 200 ss. Per un'analisi più completa, v. ZIRULIA, *Riforma Orlando: la "nuova prescrizione"*, cit., 243 ss.

partecipativi; la possibilità di proporre appello avverso la sentenza di non luogo a procedere; le modificazioni in tema di giudizio abbreviato, applicazione della pena su richiesta delle parti e sul procedimento per decreto³⁵⁶.

Infine, all'articolo 1, commi da 85 a 87, la riforma Orlando prevedeva una serie di criteri direttivi per la riforma dell'ordinamento penitenziario – tra i quali la revisione delle modalità e dei presupposti di accesso alle misure alternative, la revisione del sistema delle preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari, la previsione di attività di giustizia riparativa, interventi a favore dell'integrazione dei detenuti stranieri e via dicendo – tutti attentamente esaminati dai Tavoli di Lavoro degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale e dal Comitato di esperti che aveva redatto il documento conclusivo.

In particolare, erano state istituite tre Commissioni di studio per l'elaborazione di schemi di decreto legislativo sulla base delle deleghe previste dalla legge n. 103/2017: la Commissione per le modifiche alla disciplina delle misure di sicurezza e di assistenza sanitaria; quella per la riforma in tema di ordinamento penitenziario minorile e giustizia riparativa e, infine, quella per la riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso³⁵⁷.

La prima delle tre Commissioni, presieduta dal Professor Pelissero, metteva a frutto il Lavoro del Tavolo XI degli Stati Generali³⁵⁸, orientandosi verso un deciso ridimensionamento del sistema del “doppio binario”, a favore di misure a carattere terapeutico recanti il minor sacrificio possibile per la libertà personale³⁵⁹.

³⁵⁶ Sul punto, cfr. GALLUCCIO, *Pubblicata in Gazzetta Ufficiale la Riforma Orlando*, cit., 200. Per approfondire, si rinvia a GIALUZ, CABIALE, DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3/2017, 173 ss.

³⁵⁷ www.giustizia.it.

³⁵⁸ V. cap. II, 72 ss.

³⁵⁹ Sul punto, v. GATTA, *Riforma Orlando: la delega in materia di misure di sicurezza personali. Verso un ridimensionamento del sistema del doppio binario*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 6/2017, 253 ss; COMMISSIONE PELLISSERO, *Commissione per la riforma del sistema normativo delle misure di sicurezza personali e dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario, specie per le patologie di tipo psichiatrico, e per la revisione del sistema delle pene accessorie*, in www.giustizia.it, 5 giugno 2018.

La seconda, presieduta dal Dott. Cascini, prevedeva la modifica del sistema penitenziario minorile e l'introduzione del paradigma di giustizia riparativa³⁶⁰.

La terza Commissione, presieduta dal Professor Giostra, aveva l'obiettivo di ampliare l'ambito di operatività delle misure alternative alla detenzione; eliminare gli automatismi che precludevano l'accesso alle forme di esecuzione extramuraria; introdurre più opportunità di lavoro e intervenire per risolvere le criticità relative ai detenuti più vulnerabili³⁶¹.

Tuttavia, a fronte dei pareri contrastanti della nuova maggioranza Parlamentare, i tre decreti legislativi emanati – il d.lgs. n. 121/2018 circa l'esecuzione penale minorile; il d.lgs. n. 123/2018 riguardante la riforma dell'ordinamento penitenziario; il d.lgs. n. 124/2018 sulla vita detentiva e il lavoro penitenziario – mancavano di alcune fondamentali previsioni auspicate da tutti coloro che avevano collaborato alla predisposizione di una riforma dell'ordinamento penitenziario, a partire dagli Stati Generali sino alle tre Commissioni precedentemente elencate.

Infatti, la nuova forza politica ha ritenuto di non esercitare le deleghe in materia di revisione delle modalità e dei presupposti di accesso alle misure alternative, prevista dall'articolo 1 comma 85 lett. b) della legge n. 103/2017; la delega per la revisione del sistema delle preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari (lett. d) ed e); la delega prevista dalla lett. f) circa l'introduzione della giustizia riparativa e della mediazione reo-vittima; la previsione di un permesso di affettività legato all'affermazione del diritto alla affettività come previsto alla lett. n); la delega prevista dalla lett. s) riguardo la tutela del rapporto tra detenute e figli minori e quella inserita alla lett. v) sulla tutela della libertà di culto.

Concludendo, nonostante il nuovo corso politico non si presti a interventi innovativi sul piano della rieducazione, fondando invero il proprio programma sullo *slogan* più volte citato – e altrettante volte smentito, come dimostrato

³⁶⁰ Sul tema, cfr. COMMISSIONE CASCINI, *Commissione per la riforma in tema di ordinamento penitenziario minorile e di modelli di giustizia riparativa in ambito esecutivo*, in www.giustizia.it, 5 giugno 2018.

³⁶¹ Sull'argomento, si rinvia a DELLA BELLA, *Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 6/2017, 250 ss; COMMISSIONE GIOSTRA, *Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso*, in www.giustizia.it, 5 giugno 2018.

dall'analisi delle proposte degli Stati Generali presenti in questa trattazione – “più carcere, più sicurezza”, sarebbe gravemente errato abbandonare ogni progetto e ogni tentativo di riportare il nostro ordinamento all'interno della logica costituzionale.

È auspicabile che gli sforzi compiuti dai Tavoli di Lavori non vengano riposti nel dimenticatoio, ma che anzi costituiscano il seme di una nuova – e stavolta più forte – riforma, in grado di rimodellare il nostro ordinamento e di riavvicinarlo ai moderni canoni di civiltà che il resto dei Paesi europei hanno da tempo raggiunto.

Il documento conclusivo degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale si chiudeva con queste parole: «[Bisogna] far capire come sia socialmente ottusa, oltretutto costituzionalmente inaccettabile, l'idea che il carcere sia una sorta di buio caveau, in cui gettare e richiudere monete che non hanno più corso legale nella società sana e produttiva. Come sia miope la convinzione che la vittima del reato riceva tanto più rispetto e risarcimento morale, quanto più ciecamente afflittiva sia la pena per il suo sopraffattore. Come sia importante promuovere un'assunzione di responsabilità del colpevole che lo sospinga a condotte materialmente e psicologicamente riparatorie nei confronti di chi il torto ha subito. Come sia socialmente proficuo (sia in termini economici, che di minor recidiva), ricorrere non appena possibile alle misure di comunità per riavvicinare l'autore del reato ad una dimensione di operosa normalità, propiziando in tal modo una progressiva ritessitura dei suoi legami relazionali. [...] La società che offre un'opportunità ed una speranza alle persone che ha giustamente condannato si dà un'opportunità ed una speranza di diventare migliore»³⁶².

Ci si augura che questo monito sia il fulcro di una futura (quanto più prossima possibile) realtà penitenziaria.

³⁶² Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Documento finale, in *www.giustizia.it*, 2016, 102 s.

CAPITOLO III

LA CECITÀ DEL SISTEMA DI RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI EX D.LGS. 231/2001

1. Inquadramento generale

Lo scenario sanzionatorio italiano non è limitato alle sole persone fisiche, ma contempla altresì la possibilità di agire in giudizio nei confronti delle persone giuridiche.

La previsione di una responsabilità degli enti dipendente da reato è motivata da un'esigenza d'integrazione con le fonti sovranazionali: in particolare, con la Raccomandazione n. (88) 18 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 1991, in cui si sollecitavano gli Stati membri a prevedere sistemi di responsabilità delle persone giuridiche, indicando una serie di possibili sanzioni¹; con la Convenzione OCSE sulla lotta contro la corruzione dei funzionari pubblici stranieri nelle transazioni commerciali internazionali del 1997, la quale all'articolo 2 obbligava gli Stati aderenti ad adottare le «misure necessarie, secondo i propri principi giuridici, per stabilire la responsabilità delle persone giuridiche in caso di corruzione di un pubblico ufficiale straniero»²; infine, con il Secondo Protocollo della Convenzione PIF del 1997, che, nel prevedere tale forma di responsabilità, all'articolo 3 distingueva due ipotesi a seconda che il reato fosse stato commesso da soggetti che ricoprivano posizioni verticistiche o subordinate³.

Sulla base di queste previsioni europee, la legge n. 300/2000 – la quale aveva ratificato e dato attuazione alla Convenzione OCSE precedentemente citata – all'articolo 11 aveva delegato il Governo a emanare un decreto legislativo avente ad oggetto la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica che non svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

¹ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, II, 2010, 7.

² DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 8.

³ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 8.

Il Governo aveva dato attuazione alla delega con l'emanazione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, recante «Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300».

Con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 231/2001 il panorama sanzionatorio penale ha subito una modifica non indifferente: gli enti forniti di personalità giuridica, le società e le associazioni anche prive di personalità giuridica⁴, infatti, possono essere giudicati responsabili per reati – commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso – posti in essere da soggetti che rivestono posizioni apicali o di sottoposti al suo interno⁵.

Il modello di responsabilità previsto dal d.lgs. n. 231/2001 – influenzato dal concetto di “colpa di organizzazione”⁶ di matrice tedesca, la c.d. *Organisationsverschulden*⁷, e dal sistema statunitense dei *compliance programs*⁸ – ha dunque consentito di superare il vetusto brocardo “*societas delinquere non potest*”, sulla scorta di un'esigenza d'integrazione con la normativa europea in tema di responsabilità degli enti e, soprattutto, di adeguare le previsioni in materia alla realtà economico-imprenditoriale italiana.

⁴ Sono questi i soggetti indicati nell'articolo 1 comma 2 d.lgs. n. 231/2001. Per completezza, è opportuno far notare che il comma 3 dello stesso articolo esclude la possibilità che le norme contenute nel d.lgs. in questione possano essere applicate allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici e a quelli che svolgono funzioni di rilievo costituzionale. Le ragioni alla base dell'esclusione di tale categoria di enti sono individuabili, da un lato, nell'intenzione del legislatore di prendere in considerazione solamente realtà di tipo imprenditoriale, dall'altro, con riguardo all'esclusione dello Stato, di evitare ricadute sulla collettività. Sul punto, DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 34 ss.

⁵ L'articolo 5 comma 1 del d.lgs. n. 231/2001 recita in proposito: «L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)».

⁶ Per colpa di organizzazione si intende un'autonoma forma di colpevolezza dell'ente, legata alla rimproverabilità dello stesso per non aver adottato e attuato dei presidi astrattamente idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

⁷ Tale concetto è stato per primo sottolineato da Tiedemann alla fine del 1980. Sul punto, v. DE SIMONE, *Societas e responsabilità da reato. Note dogmatiche e comparatistiche*, in BERTOLINO, FORTI, EUSEBI (a cura di), *Studi in onore di M. Romano*, vol. III, Napoli, 2011, 1895 ss.

⁸ DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 ottobre 2012, 2 s. I compliance programs sono i modelli di organizzazione e controllo che ogni ente deve adottare per prevenire la commissione di reati. In particolare, cfr., DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1, 88 ss.

Tuttavia, alcune riserve sono state avanzate nello specifico proprio riguardo all'adeguatezza del sistema proposto dal decreto in rapporto a quella che in Italia pare essere una quotidianità aziendale non adatta alle tipologie di sanzioni previste dal d. lgs. n. 231/2001, né alle modalità di prevenzione prospettate.

Nello svolgimento di questa trattazione si evidenzieranno i contenuti fondamentali del decreto legislativo n. 231/2001, con particolare riferimento al sistema sanzionatorio, per poi provvedere – nel corso del capitolo successivo – alla disamina delle proposte di autorevole dottrina circa possibili ed eventuali modifiche strutturali considerate idonee a rimodernare il paradigma di responsabilità da reato degli enti (in particolare in tema di collaborazione dell'ente e cooperazione *post factum*, prendendo spunto da alcuni istituti presenti nei sistemi anglosassoni di *corporate criminal liability*).

1.1 Il superamento del brocardo “*societas delinquere non potest*”

“*Societas delinquere non potest*” è un'espressione, decisamente risalente al passato, peraltro, condivisa senza riserve dagli esperti del diritto. In realtà, tale brocardo di così antico ha solamente la lingua nel quale è espresso: infatti, fino al XIX secolo prevaleva l'opposta formulazione “*universitas delinquere et puniri potest*”⁹.

La storia del “*delinquere ut universi*” si riallaccia all'Europa continentale del XII o XIII secolo¹⁰ e perdura per tutto il Medioevo: sono infatti citati tra gli studiosi diversi esempi di applicazione di pene alle collettività, in particolare tramite l'inflizione di pene pecuniarie, la presa di ostaggi, l'esecuzione delle persone, la soppressione di privilegi e altre misure coercitive che sottolineavano una ideologia in cui la colpevolezza della collettività era indiscutibile¹¹.

⁹ MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 2-3, 445.

¹⁰ Sul punto, v. CHIODI, “*Delinquere ut universi*”. *Scienza giuridica e responsabilità penale delle Universitas tra XII e XIII secolo*, in *Studi di storia del diritto*, Milano, III, 2001, 91 ss.; MARINUCCI, *La responsabilità*, cit., 447.

¹¹ MARINUCCI, *La responsabilità*, cit., 449; l'Autore fa qui riferimento a un'opera del Michaud-Quantin, “*Universitas. Expressions du Mouvement Communautaire dans le Moyen-Age Latin*” del 1970.

La punizione di una collettività era una tipologia di sanzione che trovava le sue radici sia negli scritti di *iuris periti* di *ius civile*¹², sia tra gli esperti di *ius canonicum*¹³ – entrambe materie giuridiche che hanno influenzato i secoli iniziali del primo millennio – per cui non è stato semplice individuare l’epoca in cui in Italia la responsabilità collettiva è andata via via sfumandosi verso quella solamente individuale¹⁴.

In via approssimativa, tale periodo storico può essere collocato intorno ai primi anni del XIX secolo, quando i Comuni – che fino a quel momento detenevano il potere politico della penisola italiana (la c.d. “Età Comunale”) – avevano iniziato a perdere la propria forza a vantaggio della nascente Signoria cittadina, determinando il superamento delle entità collettive e, di riflesso, la scomparsa del delitto corporativo¹⁵.

Esempio chiave di questo mutamento ideologico è ben rappresentato nel “Compendio degli elementi di diritto criminale” del Renazzi, pubblicato a Bologna nel 1837, nel quale lo storico giurista asseverava: «poiché senza dolo né colpa [...] non possono esservi delitti, ne discende necessariamente che possono commettere delitti coloro che sono capaci di entrambi. Il che si deve affermare anche delle *universitas*, dei collegi e di qualunque corporazione. Poiché infatti codeste entità costituiscono una persona morale, si ritiene che delinquono per dolo o colpa i membri dei quali essi constano».¹⁶

In sostanza, si riconosceva la responsabilità individuale dei membri e non quella della corporazione: si era così affermato il principio “*societas delinquere non potest*”.

L’espressione in questione era alla base del pensiero secondo cui i destinatari di una sanzione penale non possono essere persone giuridiche, ma

¹² Nello specifico, le pene per le collettività erano applicate soprattutto ai comuni, che potevano non aver impiegato la moneta comunale o potevano aver impedito ai cittadini di coltivare la terra. Sul punto, v. MARINUCCI, *La responsabilità*, cit., 448, in cui l’Autore riprende un testo dell’Ulman, “The delictual responsibility of medieval corporations” contenuto in *The Law Quarterly Review*, vol. 64, 1950, 80 ss.

¹³ Nel caso dei canonisti, le sanzioni erano dirette alle corporazioni religiose ed erano costituite da pene pecuniarie, limitazioni dei diritti e dei privilegi, nonché, soprattutto, censure spirituali. Cfr., MARINUCCI, *La responsabilità*, cit., 449, anche qui l’Autore riprende quanto scritto dall’Ulman nella sua opera precedentemente citata.

¹⁴ MARINUCCI, *La responsabilità*, cit., 449.

¹⁵ MARINUCCI, *La responsabilità*, cit., 450.

¹⁶ Cfr., MARINUCCI, *La responsabilità*, cit., 450.

solamente persone fisiche, e ciò essenzialmente per cinque ragioni: incapacità di azione dell'ente; incapacità di coscienza e volontà legata alla conseguente impossibilità di muovere un rimprovero in termini di colpevolezza; impossibilità di ricorrere alla pena detentiva; impermeabilità dell'ente alla funzione di prevenzione generale e speciale della pena; ricadute su terzi incolpevoli (ad esempio soci o creditori) i quali sconterebbero le conseguenze punitive di fatti commessi da altri.

Proprio la presunta violazione del principio di personalità della responsabilità penale *ex* articolo 27 comma 1 Cost., in entrambe le sue accezioni di “divieto di responsabilità per fatto altrui” e di “responsabilità personale colpevole” rappresentava il fulcro delle obiezioni alla previsione di una punibilità autonoma e diretta dell'ente.

In particolare, per quanto riguardava il c.d. significato minimo dell'articolo 27 comma 1 Cost. – ovvero sia il divieto di responsabilità per fatto altrui – le argomentazioni si fondavano su due tipologie di rapporti che avrebbero destato non pochi problemi se inseriti all'interno di un sistema che avesse previsto una responsabilità da reato delle persone giuridiche: il rapporto ente-persona fisica autore del reato e il rapporto ente-terzi.

Circa la prima connessione, le critiche si appigliavano all'impostazione giusnaturalistica attribuita al von Savigny, secondo cui la persona morale, abbisognando di rappresentanti-persone fisiche per svolgere la propria attività, sarebbe una finzione giuridica e, come tale, non potrebbe commettere reati¹⁷.

In tal modo, l'attribuzione della responsabilità di un reato alla persona morale, anche se materialmente commesso da un suo rappresentante, avrebbe leso il principio costituzionale *ex* articolo 27 comma 1 inteso nella sua dimensione minima in precedenza citata.

Per quanto riguardava il secondo rapporto, si lamentava come soggetti terzi – ad esempio i creditori o i soci – avrebbero subito le conseguenze

¹⁷ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 20. Sono riconducibili alla teoria della finzione giuridica le posizioni di ASCARELLI, *Personalità giuridica e problemi delle società*, Milano, 1959, 223 ss. e di GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, I, 135 ss.

pregiudizievoli (soprattutto in termini economici) di un'applicazione sanzionatoria diretta alla società¹⁸.

Le maggiori perplessità, tuttavia, avevano riguardato il piano soggettivo dell'illecito, quello cioè del significato c.d. "evoluto" dell'articolo 27 comma 1 Cost.: la responsabilità personale colpevole.

Sul punto, si era eccepito che la struttura normativa della persona giuridica non avrebbe mai potuto intendere un concetto antropomorficamente plasmato quale quello della colpevolezza¹⁹, per cui «l'innegabile impronta etica che il diritto penale ha sempre posseduto nelle intese normative anche costituzionali [portava] a riconoscere che nel nostro ordinamento la personalità della responsabilità penale di cui all'articolo 27 [comma 1 Cost.] si [radicasse], prima ancora che su una colpevolezza, su un insieme di fattori fisio-psichici che la colpevolezza stessa presuppone, identificabili solo in capo a persone fisiche»²⁰.

Inoltre, i sostenitori di tale pensiero consideravano un rischio la creazione di una volontà colpevole degli enti, la quale avrebbe potuto introdurre nel nostro ordinamento una forma di «colpevolezza collettiva»²¹, snaturando la struttura dell'illecito penale e del principio costituzionale *ex* articolo 27 comma 1 Cost.²²

Era questo il clima giuridico precedente al d.lgs. n. 231/2001, fortemente radicato nella logica del brocardo "*societas delinquere non potest*".

Tuttavia, a partire dalla seconda metà del 1980, il paradigma latino appena citato aveva iniziato a contare più detrattori che estimatori.

¹⁸ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 23. In tal senso, v. FLORIAN, *Dei reati e delle pene in generale*, in ZERBOGLIO (a cura di), *Trattato di diritto penale*, I, Parte I, Milano, 1906, 272, citato da DE SIMONE, *I profili sostanziali delle responsabilità c.d. amministrative degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 75 s.

¹⁹ MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, 246; PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Torino, 2004, 17 s. In questo senso, v. anche ALESSANDRI, *Il comma 1° dell'art. 27*, in BRANCA, PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione, Artt 27-28, Rapporti Civili*, Bologna, 1991, 159 s., secondo cui «la configurazione di un'eventuale responsabilità delle persone giuridiche condurrebbe fatalmente a inquinare la portata della norma in commento [...]. Il principio di colpevolezza [...] riveste un valore critico e culturale che non può essere sottovalutato né esposto a pericoli di annacquamento».

²⁰ ROMANO, *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1, 1036.

²¹ ROMANO, *Societas*, cit. 1037.

²² DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 27.

Ogni singola obiezione mossa in ordine ai contrasti tra il principio costituzionale *ex* articolo 27 comma 1 e la previsione di una responsabilità penale delle persone giuridiche aveva incontrato una rispettiva replica.

Per quanto riguardava la teoria della finzione giuridica²³, si ribatteva infatti che la *societas* configurasse un vero e proprio soggetto di diritto, al pari della persona fisica²⁴, in cui i suoi rappresentanti ne costituiscono meri organi, attraverso i quali l'ente esprime la sua volontà²⁵: è questa la teoria della immedesimazione organica

Questa nuova concezione²⁶ può anche essere considerata il punto di partenza della scelta del legislatore di escludere la responsabilità dell'ente laddove il reato non risulti commesso nel suo interesse o a suo vantaggio²⁷.

La risposta alle preoccupazioni circa una ingiusta ricaduta su soggetti incolpevoli delle sanzioni inflitte alla società²⁸ si ricollegava in qualche modo all'affermazione della teoria dell'immedesimazione organica, poiché si riteneva che «la qualità di socio [conferisse] uno *status* complesso, una situazione soggettiva dai molteplici aspetti, ma che non [era] certamente qualificabile in termini di immedesimazione con la società; e dunque il rimprovero penale non [avrebbe potuto cadere] certo sugli azionisti o quotisti in quanto tali»²⁹, e lo stesso poteva dirsi per i creditori³⁰.

Infine, a chi riteneva che l'ente non avrebbe mai potuto percepire il rimprovero ad alto contenuto psicologico quale l'attribuzione di colpevolezza³¹ –

²³ In relazione al rapporto ente–persona fisica autore del reato, derivante dal significato minimo dato all'articolo 27 comma 1 Cost. (divieto di responsabilità per fatto altrui). V. cap. III, 5.

²⁴ ALESSANDRI, *Art. 27*, cit., 155.

²⁵ DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale della società*, Milano, 2002, 308 s.

²⁶ In realtà, una simile costruzione normativa avrebbe potuto restringere eccessivamente la visione penalistica, addirittura negando la possibilità di considerare responsabile la persona fisica–organo della società, dovendo riconoscersi nell'ente l'unico autore del reato. Così, ALESSANDRI, *Art. 27*, cit., 158. Tuttavia, una eventualità del genere andava esclusa *a priori*, poiché in contrasto con le primarie esigenze di politica criminale. In tal senso, v. FALZEA, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Studi per Lorenzo Campagna*, Milano, 1982, 308.

²⁷ Articolo 5 d.lgs. n. 231/2001. V. cap. III, 2, nota 5.

²⁸ In ordine al rapporto ente–terzi, sempre all'interno del significato minimo dell'articolo 27 comma 1 Cost.

²⁹ ALESSANDRI, *Art. 27*, cit., 158.

³⁰ PULITANÒ, *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 2, 421 s.

³¹ Riguarda il significato evoluto dell'articolo 27 comma 1 Cost., cioè quello di responsabilità personale colpevole.

né tantomeno sarebbe potuto essere risocializzato³² – si rispondeva che la costruzione di un sistema capace di incentivare un riadattamento organizzativo della *societas*, o semplicemente garantire l’elevazione degli *standard* oggettivi di legalità, avrebbe soddisfatto l’aspirazione costituzionale³³.

In conclusione, anche – e soprattutto – a seguito degli interventi sovranazionali in precedenza menzionati³⁴, sembrava oramai necessario prevedere una razionalizzazione della normativa sulla responsabilità degli enti: «una volta acquisito il valore metaforico del termine “persona” all’interno della locuzione “persona giuridica” e la natura “per traslato” del rapporto con la persona umana, la tenuta logica del brocardo “*societas delinquere non potest*” risultava pressoché annullata»³⁵.

La storica svolta nell’ordinamento italiano si è avuta con l’introduzione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, recante la disciplina della responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato, con il quale si è affermato il nuovo paradigma “*societas delinquere potest*”.

1.2 La questione relativa alla natura giuridica del d.lgs. n. 231/2001

È stata – ed è tuttora – controversa la questione relativa alla natura giuridica della responsabilità da reato della *societas* ex d.lgs. n. 231/2001³⁶.

In particolare, si è discusso se la disciplina del decreto 231 configurasse una responsabilità amministrativa o penale, o se invece costituisse un ibrido *tertium genus*.

³² BRICOLA, *Il costo del principio “societas delinquere non potest” nell’attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 4, 951 ss.

³³ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 29.

³⁴ Ovverosia la Raccomandazione (88) 18 del Consiglio dei Ministri del Consiglio d’Europa del 1991; la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali del 1997 e infine il Secondo Protocollo della Convenzione PIF, sempre del 1997. V. cap. III, 1.

³⁵ ALESSANDRI, *Art. 27*, cit., 157.

³⁶ Il tema è stato ampiamente trattato in dottrina. Su tutti, v. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in ALESSANDRI (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti*, Assago (MI), 2002, 45 ss.; PULITANÒ, *La responsabilità*, cit., 415 ss.; DE MAGLIE, *L’etica*, cit., 327 ss.; AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1, 151 ss.; DE SIMONE, *La responsabilità da reato*, cit., 5 ss.; LOTTINI, *La responsabilità da reato degli enti: natura e principi generali*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (diretto da), *Diritto penale dell’economia*, t. II, Milano, 2016, 2366 ss.

La soluzione, inoltre, non ha natura meramente accademica – come ipotizzato da autorevole dottrina³⁷ –, ma incide su alcuni elementi pratici.

Nello specifico, se si ritenesse sostanzialmente penale la natura della responsabilità degli enti, si dovrebbe necessariamente fare riferimento alle disposizioni costituzionali contenute negli articoli 25 commi 1 e 2; 27 commi 1, 2 e 3; 111 e 112, e i principi ivi sanciti diventerebbero «giustiziabili da parte della Corte Costituzionale al fine di vagliare la legittimità delle singole disposizioni normative che compongono il d.lgs. n. 231/2001»³⁸; diversamente, una qualificazione in termini amministrativi dell'articolato ricolleggerebbe i riferimenti costituzionali agli articoli 23 e 97 Cost³⁹.

In secondo luogo, una diversa concezione della responsabilità della *societas* comporterebbe l'utilizzazione di un differente quadro normativo di riferimento per integrare eventuali lacune della disciplina che dovessero nel tempo emergere⁴⁰: in sostanza, il codice penale nel caso di una responsabilità penale, lo statuto civilistico della responsabilità extracontrattuale nel caso di una responsabilità amministrativa⁴¹.

Infine, la questione societaria riveste un interesse particolare anche sul piano sovranazionale.

Infatti, le garanzie riconosciute dalla CEDU – tra cui la presunzione d'innocenza, il diritto a un doppio grado di giudizio, la garanzia del *ne bis in idem*, la riserva di legge e l'irretroattività dei reati e delle pene – potrebbero essere invocate solamente nel caso in cui alla responsabilità da reato degli enti si attribuisse natura penale⁴².

Sembra dunque di fondamentale importanza stabilire quale sia la natura della responsabilità, ma, come in precedenza accennato, non vi è uniformità di vedute.

³⁷ ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche*, cit., 45 ss.; PULITANÒ, *La responsabilità*, cit., 428.

³⁸ AMARELLI, *Profili pratici*, cit., 160.

³⁹ LOTTINI, *La responsabilità da reato*, cit., 2367; DE SIMONE, *La responsabilità da reato*, cit., 5.

⁴⁰ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di Diritto Penale*, vol. IV. Milano, 2008, 307.

⁴¹ DE SIMONE, *La responsabilità da reato*, cit., 6.

⁴² ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, in *Cass. Pen.*, suppl. 6/2003, 32 ss.; DE SIMONE, *La responsabilità da reato*, cit., 7 s.

Una parte – minoritaria – della dottrina propendeva per la natura amministrativa della responsabilità⁴³.

Le ragioni alla base di questa scelta erano fondate innanzitutto sul *nomen* del provvedimento e sul titolo del capo primo, che qualificano espressamente la responsabilità degli enti come amministrativa.

In secondo luogo, si obiettava che nel regolare la disciplina della prescrizione *ex* articolo 22⁴⁴ e quella della fusione e scissione dell'ente *ex* articoli 29⁴⁵ e 30⁴⁶ del d.lgs. n. 231/2001, il legislatore avesse adottato un modello di stampo civilistico⁴⁷.

Nello specifico, le maggiori perplessità investivano il regime della fusione *ex* articolo 29, in quanto nella norma era disposto che l'ente che risultante dalla fusione – come tale, un ente nuovo – avrebbe dovuto rispondere penalmente dei reati dei quali erano responsabili gli altri organismi partecipanti alla fusione; tutto ciò in palese contrasto con il principio della personalità della responsabilità penale *ex* articolo 27 comma 1 Cost.⁴⁸

Infine, tale corrente “amministrativista” era supportata anche da alcune pronunce giurisprudenziali⁴⁹, anche se in maniera per lo più incidentale: «Nel

⁴³ In particolare, v. MARINUCCI, “*Societas puniri potest*”: *uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2002, 1193 ss; ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. Soc.*, 2-3/2002, 393 ss.

⁴⁴ «Le sanzioni amministrative si prescrivono nel termine di cinque anni dalla data di consumazione del reato. Interrompono la prescrizione la richiesta di applicazione di misure cautelari interdittive e la contestazione dell'illecito amministrativo a norma dell'articolo 59. Per effetto della interruzione inizia un nuovo periodo di prescrizione. Se l'interruzione è avvenuta mediante la contestazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato, la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio».

⁴⁵ «Nel caso di fusione, anche per incorporazione, l'ente che ne risulta risponde dei reati dei quali erano responsabili gli enti partecipanti alla fusione».

⁴⁶ «Nel caso di scissione parziale, resta ferma la responsabilità dell'ente scisso per i reati commessi anteriormente alla data in cui la scissione ha avuto effetto, salvo quanto previsto dal comma 3. Gli enti beneficiari della scissione, sia totale che parziale, sono solidalmente obbligati al pagamento delle sanzioni pecuniarie dovute dall'ente scisso per i reati commessi anteriormente alla data dalla quale la scissione ha avuto effetto. L'obbligo è limitato al valore effettivo del patrimonio netto trasferito al singolo ente, salvo che si tratti di ente al quale è stato trasferito, anche in parte il ramo di attività nell'ambito del quale è stato commesso il reato. Le sanzioni interdittive relative ai reati indicati nel comma 2, si applicano agli enti cui è rimasto o è stato trasferito, anche in parte, il ramo di attività nell'ambito del quale il reato è stato commesso».

⁴⁷ MARINUCCI, “*Societas puniri potest*”, cit., 1201 e 1202; PASCULLI, *La responsabilità da reato degli enti collettivi nell'ordinamento italiano. Profili dogmatici ed applicativi*, Bari, 2005, 136 ss.

⁴⁸ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 15, nota 30.

⁴⁹ Cass. Pen., sez. un., 23 gennaio 2011, n. 34476; Cass. Pen., sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 21192. Sul punto, v. LOTTINI, *La responsabilità da reato*, cit., 2370.

vigente ordinamento, è prevista solo una responsabilità amministrativa e non una responsabilità penale degli enti»⁵⁰

Molti più sostenitori contava la tesi secondo cui la responsabilità degli enti introdotta dal d.lgs. n. 231/2001 avesse natura penale⁵¹.

Uno degli elementi principali a supporto di questa impostazione⁵² si reggeva sul ragionamento logico secondo cui alla commissione di un reato sarebbe dovuta seguire necessariamente una responsabilità di tipo penale⁵³. D'altronde – osservava illustre dottrina – «a decidere della qualificazione giuridica di un comportamento illecito sta la natura dell'interesse violato, non la natura del soggetto che ha commesso la violazione»⁵⁴.

In seconda analisi, il carattere penale della responsabilità risulterebbe rafforzato dall'attribuzione al giudice penale della competenza a conoscere i fatti di reato commessi⁵⁵.

Infine, altri elementi, tra cui il criterio d'imputazione soggettiva dell'illecito all'ente in chiave di colpevolezza, la punibilità della persona giuridica anche per reato tentato, il sistema commisurativo della pena pecuniaria⁵⁶ e,

⁵⁰ Cass. Pen., sez. un., 30 gennaio 2014, n. 10561.

⁵¹ Tra gli altri, v. CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, Padova, 2002, 208; FIORELLA, *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, in LANCELLOTTI (a cura di), *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, Torino, 2003, 85 s.; ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti umani*, cit., 31 ss.; PADOVANI, *Il nome dei principi*, cit., 13 ss.; SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Milano, 2006, 124 s.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, ed. VI, 2009, 165.

⁵² Per una esposizione approfondita degli argomenti in questione, AMARELLI, *Profili pratici*, cit., 151 ss.

⁵³ PADOVANI, *Il nome dei principi*, cit., 15 ss.

⁵⁴ FALZEA, *La responsabilità penale*, cit., 291.

⁵⁵ PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, 23.

⁵⁶ Si veda in proposito l'articolo 11 del d.lgs. n. 231/2001, che reca: «Nella commisurazione della sanzione pecuniaria il giudice determina il numero delle quote tenendo conto della gravità del fatto, del grado della responsabilità dell'ente nonché dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti. L'importo della quota è fissato sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione. Nei casi previsti dall'articolo 12, comma 1, l'importo della quota è sempre di 103 euro» e l'articolo 12 «La sanzione pecuniaria è ridotta della metà e non può comunque essere superiore a 103.291 euro se:
a) l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo;
b) il danno patrimoniale cagionato è di particolare tenuità;
2. La sanzione è ridotta da un terzo alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado:

secondo molti⁵⁷, l'intero apparato sanzionatorio – tra l'altro sorretto da principi tipicamente rientranti nella materia penale (determinatezza, tassatività, irretroattività della legge più sfavorevole)⁵⁸ –, configurerebbero un modello di stampo prettamente penalistico.

Anche la giurisprudenza⁵⁹ si era espressa in favore della natura penale, senza però approfondire ulteriormente la questione: «ad onta del *nomen iuris*, la nuova responsabilità, nominalmente amministrativa, dissimula la sua natura sostanzialmente penale; forse sottaciuta per non aprire delicati conflitti con i dogmi personalistici dell'imputazione criminale, di rango costituzionale [articolo 27 Cost.]; interpretabili in accezione riduttiva, come divieto di responsabilità per fatto altrui, o in una più variegata, come divieto di responsabilità per fatto incolpevole»⁶⁰.

La terza ipotesi circa la natura della responsabilità degli enti era stata prospettata già nella relazione alla legge delega, ed era quella di un *tertium genus* «che coniugasse i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia»⁶¹.

Questo «sistema geneticamente modificato con sembianze ibride»⁶² si poneva dunque a metà strada tra l'illecito penale e quello amministrativo, condividendo con il primo l'effetto stigmatizzante e la gravità delle conseguenze

a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso;
b) è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

3. Nel caso in cui concorrono entrambe le condizioni previste dalle lettere del precedente comma, la sanzione è ridotta dalla metà ai due terzi.

4. In ogni caso, la sanzione pecuniaria non può essere inferiore a euro 10.329».

⁵⁷ Tra cui AMARELLI, *Profili pratici*, cit., 178.

⁵⁸ Cfr. LOTTINI, *La responsabilità da reato*, cit., 2369.

⁵⁹ Cass. Pen., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654. Cfr. LOTTINI, *La responsabilità da reato*, cit., 2370.

⁶⁰ Cass. Pen., sez. II, 31 maggio 2005, n. 3615.

⁶¹ Relazione Ministeriale al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in www.aadv231.it, 2. Tra gli autori che hanno mostrato di propendere per tale tesi, tra gli altri, PULITANÒ, *La responsabilità*, cit., 419; ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche*, cit., 58; FLORA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di "metamorfosi" della sanzione penale?*, in *Dir. pen. e proc.*, 11/2003, 1398 ss.; STORTONI, TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. Pen.*, 1/2006, 7 ss.

⁶² DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 17.

sanzionatorie, mentre con il secondo aveva in comune il nome e alcuni profili di disciplina⁶³.

La tesi del *tertium genus* è stata accolta positivamente in giurisprudenza⁶⁴.

Ne è un esempio la nota sentenza *ThyssenKrupp*, in cui la Corte di Cassazione – riprendendo le considerazioni della Relazione al decreto legislativo precedentemente citate – aveva ritenuto che «senza dubbio, il sistema di cui si discute costituisce un *corpus* normativo di peculiare impronta, un *tertium genus*»⁶⁵.

In conclusione, tale accesa disputa sulla natura giuridica della responsabilità degli enti⁶⁶ non sembra ancora trovare un punto d'approdo, generando – come visto – oscillazioni giurisprudenziali che potrebbero indebolire la tenuta del sistema *ex d.lgs. n. 231/2001*.

In verità, la moderna dottrina maggioritaria appare orientata verso una qualificazione in termini penalistici del carattere giuridico del decreto.

Tale convinzione è derivata anche dall'influenza di due fondamentali pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che hanno fatto propendere verso la definizione penalistica data in materia di decreto legislativo n. 231 del 2001.

In particolare, tali due sentenze sono la *Engel ed altri c. Paesi Bassi* e la *Grande Stevens e altri c. Italia*⁶⁷.

Con la prima, la Corte di Strasburgo aveva elaborato i c.d. “*Engel Criteria*” – quali, qualificazione del diritto interno, natura dell'infrazione e

⁶³ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 17.

⁶⁴ Cass. Pen., sez. VI, 7 luglio 2016, n. 28299. Cfr. LOTTINI, *La responsabilità da reato*, cit., 2370.

⁶⁵ Cass. Pen., sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343.

⁶⁶ A cui peraltro si aggiunge una quarta teoria – ma dal seguito quasi nullo –, quella del *quartum genus*, la quale trarrebbe origini dalla combinazione del modello di responsabilità extracontrattuale, penale e amministrativo, riproducendone alcuni dei caratteri principali. Questa posizione, citata da DE SIMONE, *La responsabilità da reato*, cit., 9, la si può trovare in VINCIGUERRA, *Quale specie di illecito?*, in VINCIGUERRA., CERESA-GASTALDO, ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (d.lgs. n. 231/2001)*, Padova, 2004, 183 ss.

⁶⁷ Corte EDU, sent. 23 novembre 1976, n. 22 “*Engel e altri c. Italia*”; Corte EDU, sent. 4 marzo 2014, n. 18640/10 “*Grande Stevens e altri c. Italia*”. Cfr. FIDELBO, *Il principio del “ne bis in idem” e la sentenza “Grande Stevens”: pronuncia europea e riflessi nazionali*, in *Centro Studi di Diritto Penale Europeo*, 9 aprile 2014, 1 ss.; MAZZACUVA, AMATI, “*Doppio binario sanzionatorio*” e ne bis in idem, in MAZZACUVA, AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2018, ed. IV, 351 ss.

severità della pena –, tre parametri di riconoscimento della natura penale di un determinato procedimento o di una determinata sanzione.

Queste tre regole risultavano alternative e non cumulative: per parlare di accusa in materia penale ai sensi dell'articolo 6 della CEDU era sufficiente che il reato in questione fosse stato qualificato come penale, o che avesse esposto l'interessato a una sanzione la quale per natura o livello di gravità fosse da considerare tale.

Con la sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia* la Corte EDU aveva ritenuto che la natura essenzialmente penale di un procedimento sanzionatorio – nel caso di specie, innanzi alla CONSOB – soggiacesse al principio del *ne bis in idem*, per cui una successiva instaurazione di un diverso e ulteriore procedimento penale in relazione al medesimo fatto materiale avrebbe costituito una violazione di tale principio.

Anche sulla base di queste pronunce, dunque, la dottrina maggioritaria riteneva – e ritiene tutt'oggi – che la qualificazione della responsabilità come sanzionatoria necessiti un riferimento al sistema costituzionale dei principi di origine penale⁶⁸, e da ciò deriverebbe la natura come tale dell'intero paradigma *ex* d.lgs. n. 231/2001.

1.3 Il modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio reato

È opportuno, al fine meglio comprendere il funzionamento della responsabilità da reato degli enti, procedere a una breve trattazione sul modello di organizzazione adottabile dalle persone giuridiche.

Il modello di organizzazione, gestione e controllo è un sistema normativo interno, adottato dall'ente e rivolto alla prevenzione del rischio di commissione delle varie tipologie di reato che possono essere compiuti da una *societas*⁶⁹.

È già stato osservato, infatti, che gli enti possono essere giudicati responsabili per un fatto criminoso commesso – nel loro interesse o a loro

⁶⁸ Cfr., DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 18.

⁶⁹ LOTTINI, *I criteri di imputazione soggettiva: i modelli di organizzazione, l'organismo di vigilanza e la colpevolezza dell'ente*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, *Diritto penale dell'economia*, Milano, II-II, Tomo secondo, 2016, 2454.

vantaggio⁷⁰ – da soggetti che ricoprono una posizione apicale o subordinata all'interno dell'organigramma societario.⁷¹

Questi modelli assolvono a una duplice funzione: esimente e riparatoria⁷².

La prima concerne il venir meno della responsabilità dell'ente qualora quest'ultimo abbia adottato ed efficacemente attuato il modello di organizzazione e controllo⁷³.

In particolare, l'articolo 6 del decreto, il quale riguarda i reati commessi da soggetti che occupino una posizione di vertice nella società, stabilisce che l'ente non possa essere giudicato responsabile qualora abbia – tra gli altri doveri⁷⁴ – adottato e proficuamente attivato un modello di organizzazione e gestione adeguato alla prevenzione dei reati della specie di quello verificatosi, prima della commissione dello stesso⁷⁵.

Allo stesso modo l'articolo 7 del decreto, il quale si occupa dei reati commessi da soggetti sottoposti, dispone che l'ente è responsabile per il fatto criminoso qualora questo sia stato compiuto a causa dell'inosservanza degli obblighi di direzione o di vigilanza, ovverosia nel caso in cui la società non abbia diligentemente adempiuto i suoi doveri di controllo.

Tuttavia – ed è qui che si innesta la funzione esimente –, è esclusa l'inosservanza di tali obblighi di vigilanza se l'ente dimostri di aver adottato ed

⁷⁰ Mentre l'“interesse” dovrebbe essere valutabile *ex ante*, poiché riferibile alla sfera di volontà del soggetto-agente persona fisica che ha agito procurando un beneficio all'ente; il “vantaggio” dovrebbe essere valutato *ex post*, poiché anche mancando un fine *pro societate*, la realizzazione di un vantaggio dell'ente, conseguente all'azione criminosa commessa dal soggetto-agente persona fisica, ne comporterebbe la responsabilità. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 70 s; DE SIMONE, *La responsabilità da reato*, cit., 32 ss.

⁷¹ Ai sensi dell'articolo 5 comma 1 lett. a), sono soggetti apicali coloro che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa con autonomia finanziaria e funzionale, e coloro esercitano la gestione e il controllo della *societas*, anche di fatto. Ai sensi dell'articolo 5 comma 1 lett. b) sono subordinati i soggetti che sono sottoposti alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti apicali. Cfr., PULITANÒ, *La responsabilità*, cit., 425 ss; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 56 ss.

⁷² PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, II, 2010, 154.

⁷³ PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., 154.

⁷⁴ Inoltre, l'ente, per non rispondere del reato, deve provare che il compito di vigilare sul funzionamento del modello sia stato affidato ad un organismo adeguato (b) e che questo abbia vigilato in maniera non insufficiente (d) e che le persone fisiche che hanno compiuto il fatto criminoso abbiano agito eludendo in maniera fraudolenta il modello (c).

⁷⁵ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 95.

efficacemente attuato un modello di organizzazione adeguato a prevenire il rischio di commissione di reati della specie di quello che si è verificato⁷⁶.

La seconda funzione, quella riparatoria, è legata invece all'adozione *post delictum* del modello, la quale determina – in presenza di altre condizioni —, una riduzione della sanzione pecuniaria o l'inapplicabilità di quelle interdittive⁷⁷.

Nello specifico, è opportuno sul punto dedicare un breve approfondimento agli articoli 12 e 17 del decreto, considerati concreta espressione della filosofia del “*carrot-stick*”⁷⁸ statunitense: al “bastone”, rappresentato dall'applicazione delle sanzioni, si affianca – in una prospettiva special-preventiva – la “carota”, raffigurazione delle «diverse “vie di fuga” messe a disposizione della *societas* quale “corrispettivo” di un atteggiamento di resipiscenza e di collaborazione valutato positivamente dal legislatore»⁷⁹.

L'articolo 12 comma 2 lett. b), infatti, prevede che la sanzione pecuniaria venga ridotta da un terzo alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, l'ente abbia adottato e reso operativo un modello di organizzazione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi⁸⁰.

L'articolo 17 comma 1 lett. b), parimenti, stabilisce che – ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie –, le sanzioni interdittive non possono essere applicate se l'ente, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, abbia – tra le altre condizioni che devono concorrere⁸¹ – eliminato le carenze organizzative causative del fatto criminoso tramite l'adozione e

⁷⁶ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 119.

⁷⁷ PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., 154.

⁷⁸ V. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., 71

⁷⁹ DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 119; DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012, 322.

⁸⁰ Inoltre, per completezza, qualora l'ente, oltre all'adozione *post delictum* del modello, abbia anche risarcito integralmente il danno e abbia eliminato le conseguenze del reato o si sia efficacemente adoperato in tal senso, la sanzione è ridotta dalla metà ai due terzi. Cfr., PIERGALLINI, *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, II, 2010, 225 s.

⁸¹ Che sono l'aver risarcito integralmente il danno e l'aver eliminato le conseguenze del reato, o almeno l'essersi adoperato in tal senso (a); e l'aver messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca (c).

l'attuazione di modelli di gestione e controllo diretti alla prevenzione del rischio-reato⁸².

In sostanza, si può dire che tali norme «disegnino lo scheletro del modello e le prestazioni che deve conseguire»⁸³.

Tuttavia, è necessario che l'ente sia in grado di progettare un sistema adeguato che sia espressione del proprio dovere di organizzazione.

Tale dovere si bipartisce in due compiti: la predisposizione di una griglia capillare di garanti e la programmazione di regole autonormate.

Circa il primo, la *societas* deve far sì che chiunque ricopra una posizione apicale assicuri l'adozione di un modello tale da permettere la protezione dei beni giuridici tutelati dalle norme penali; mentre i soggetti subordinati dovranno garantire tale protezione in rapporto al tipo di funzione da loro esercitata (che può essere di controllo, di direzione, di consulenza, *etc...*)⁸⁴.

Per quanto riguarda il secondo, l'ente deve prevedere un programma di autodisciplina che consenta di: mappare le aree a rischio commissione di reato; individuare le modalità operative tramite le quali vengono più comunemente commessi gli illeciti e i soggetti più esposti al compimento di questi; predisporre delle regole cautelari in grado di minimizzare il fattore di rischio-reato; prevedere idonei meccanismi di controllo sulla funzionalità del modello; allestire un sistema disciplinare rivolto a sanzionare i comportamenti devianti; assicurare strumenti che favoriscano la scoperta degli illeciti⁸⁵.

La bipartizione del dovere di auto-organizzazione dell'ente si riflette nella struttura del modello di organizzazione, il quale si suddivide in una Parte Generale, rivolta all'individuazione della fisionomia istituzionale del modello; e in una Parte Speciale, che invece si occupa di individuare e regolare le attività esposte al rischio-reato⁸⁶.

⁸² Cfr. PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit., 242. Connesso con la disposizione di cui si sta trattando è l'articolo 49 del decreto, il quale prevede la sospensione delle misure cautelari nel caso in cui l'ente abbia chiesto di poter realizzare gli adempimenti previsti dall'articolo 17 e il giudice abbia ritenuto di accogliere tale richiesta.

⁸³ PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., 155.

⁸⁴ PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., 156 s.

⁸⁵ PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., 157.

⁸⁶ PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., 158.

La Parte Generale contiene, prima di tutto, il sistema di *governance*, organizzativo e di controllo adottato dall'ente, in cui viene descritta la struttura giuridica dell'ente, gli organi societari e le funzioni di controllo interne (come ad esempio l'*Internal Auditing*)⁸⁷.

In secondo luogo, è ufficializzato il sistema delle procure e delle deleghe, in linea con le responsabilità operative e di gestione⁸⁸.

Sono poi indicate le procedure manuali e informatiche relative all'area amministrativa e contabile⁸⁹.

Sul piano strettamente connesso alla cultura della legalità e della prevenzione, la Parte Generale contiene, in primo luogo, il Codice etico, una sorta di "carta dei valori" a cui l'ente deve fare riferimento⁹⁰.

In secondo luogo, impone un'adeguata formazione e informazione del personale sul contenuto del modello⁹¹.

Il terzo punto riguarda le modalità di emersione e rilevamento delle condotte poste in essere in violazione del modello (con particolare riferimento al c.d. *Whistle Blowing*, un sistema che permette la rapida scoperta delle trasgressioni attraverso l'obbligo per tutti i componenti dell'ente di denunciare al proprio superiore o a uno specifico organismo, in forma anonima e senza la preoccupazione di eventuali ritorsioni, ogni deviazione dalle regole di *compliance*)⁹².

La Parte Generale contiene anche l'indicazione del sistema sanzionatorio-disciplinare, ove sono individuati i soggetti destinatari delle sanzioni disciplinari, il corredo sanzionatorio, i parametri di commisurazione della sanzione, le condotte rilevanti e il procedimento di irrogazione delle sanzioni⁹³.

Infine, è specificata l'istituzione, la composizione, il funzionamento e lo scopo dell'Organismo di Vigilanza⁹⁴.

⁸⁷ PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., 158.

⁸⁸ PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., 158.

⁸⁹ PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., 158.

⁹⁰ PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., 158.

⁹¹ PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., 159.

⁹² PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., 159. In particolare, sul *whistle blowing*, v. ID, *ivi*, 165.

⁹³ PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., 159 e 166.

⁹⁴ L'Organismo di Vigilanza (OdV), i cui membri devono possedere i requisiti di professionalità, onorabilità, indipendenza, autonomia e continuità d'azione, vanta poteri di sorveglianza e di controllo sul funzionamento del modello, ma non può svolgere alcun ruolo gestorio. Destinatario

Proprio l'OdV svolge un compito che può dirsi di congiunzione con la Parte Speciale, in quanto – se nella Parte Generale è identificata quella che è la sua struttura – qui è definito il suo ruolo di vigilanza e controllo di ogni area a rischio⁹⁵.

La Parte Speciale del modello 231, come detto, è diretta a regolare le attività esposte al rischio-reato.

In primo luogo, questa parte prevede una descrizione dei reati-presupposto della responsabilità della *societas*, tramite l'illustrazione di quei reati che determinano la punibilità dell'ente⁹⁶.

In secondo luogo, dispone la c.d. mappatura delle attività a rischio (noto anche come *risk assessment*)⁹⁷.

Tale mappatura concerne innanzi tutto l'individuazione delle aree che possono essere soggette a comportamenti criminosi. In seguito, vengono selezionate le attività connesse con il rischio di commissione di reati. In terzo luogo, sono valutati i sistemi di controllo adottati, al fine di individuare alcuni punti deboli. Viene poi svolta una c.d. “indagine retrospettiva” avente ad oggetto la storia dell'ente e l'eventuale tendenza a delinquere. Infine, sono descritte le possibili modalità con cui un reato può essere commesso, al fine di predisporre le più adeguate cautele.⁹⁸

La Parte Speciale indica poi le funzioni aziendali maggiormente coinvolte nelle aree a rischio e i principi generali di comportamento, basati sul Codice etico.⁹⁹

In ultima analisi, essa fa riferimento ai protocolli di gestione del rischio-reato (c.d. “*risk management*”), tramite l'individuazione delle cautele necessarie a ridurre l'eventualità di commissione di illeciti¹⁰⁰.

dell'attività dell'OdV è il vertice della società, a cui spetta decidere su quanto gli viene segnalato dall'organismo. In origine, tale organo doveva vigilare esclusivamente sui reati commessi dagli apicali, tuttavia, di recente il suo compito è stato nella prassi ampliato fino a ricomprendere anche una sorveglianza nei confronti degli illeciti dei dipendenti. Cfr., PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., 167; ABRIANI, *Il modello di prevenzione dei reati nel sistema dei controlli societari*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, t. II, Milano, 2016, 2324 ss.

⁹⁵ PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., 159

⁹⁶ PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., 159.

⁹⁷ PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., 159.

⁹⁸ PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., 182 s.

⁹⁹ PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., 159.

Dette cautele si differenziano in tre tipologie: procedimentali; sostanziali e di controllo.

Con le prime, la riduzione del rischio è realizzata tramite le regole attraverso le quali viene suddivisa la decisione dell'ente: in sostanza, il percorso decisionale dell'ente deve essere ben delineato e separato in ogni sua fase, assicurando il rispetto del principio di segregazione delle funzioni, per evitare che l'attribuzione di poteri "illimitati" e svincolati dalla verifica di altri membri dell'ente¹⁰¹.

Le cautele sostanziali riguardano il contenuto della decisione a rischio-reato, che deve essere conformato nell'*an*, nel *quomodo* e nel *quantum*, in correlazione con il tipo di rischio da evitare¹⁰².

Il controllo, infine, assicura l'adeguatezza e l'effettività delle cautele attraverso l'utilizzazione di meccanismi di supervisione sia di primo grado, ovvero sia interni al procedimento decisionale, sia di secondo grado, cioè svolti da un organismo esterno al procedimento¹⁰³.

Bisogna comunque segnalare che, solitamente, viene privilegiata la cautela di tipo procedimentale, ritenuta sufficiente per minimizzare il rischio-reato¹⁰⁴.

In conclusione, sono questi gli elementi principali che caratterizzano i modelli di organizzazione, gestione e controllo delle società.

Inquadri brevemente i criteri di imputazione oggettivi (articolo 5) e soggettivi (articoli 6 e 7) e in generale lo scheletro legislativo del modello – tenendo sempre a mente che, ai sensi dell'articolo 8 comma 1 del decreto di cui si sta trattando, la responsabilità dell'ente sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato ovvero non è imputabile (lett. a) e quando il reato si è estinto per una causa diversa dall'amnistia (lett. b) –, è opportuno dedicare parte di questa trattazione alla struttura del sistema sanzionatorio, concentrandosi sui reati-presupposto che possono essere commessi dalla *societas* e sulle tipologie e le modalità delle sanzioni previste dal decreto legislativo n. 231/2001.

¹⁰⁰ PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., 159.

¹⁰¹ PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., 188.

¹⁰² PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., 189.

¹⁰³ PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., 189.

¹⁰⁴ PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., 189.

2. La struttura generale del sistema sanzionatorio e i reati-presupposto

Nello schema del d.lgs. n. 231/2001, la Sezione II – rubricata “Sanzioni in generale” – del Capo I, che va dall’articolo 9 all’articolo 23, prevede l’apparato sanzionatorio prospettato per i reati attribuibili agli enti.

La creazione di un adeguato sistema sanzionatorio per gli enti era per il legislatore un passaggio obbligato ai fini dell’affermazione del principio *societas delinquere potest*¹⁰⁵.

In tale contesto si inserisce l’articolo 9¹⁰⁶, il quale tipizza per l’appunto quattro tipologie di sanzioni principali applicabili agli enti in caso di illecito amministrativo dipendente da reato: la sanzione pecuniaria, le sanzioni interdittive, la confisca e la pubblicazione della sentenza di condanna¹⁰⁷.

Prima di approfondire tale tema, è opportuno riportare alcune considerazioni generali sul modello sanzionatorio *ex d.lgs. n. 231/2001*.

In primo luogo, l’apparato in questione risulta orientato al criterio della sensibilità della pena – la c.d. *Strafempfindlichkeit* tedesca –, per cui le sanzioni devono essere effettive e funzionali allo scopo di eliminare la criminalità all’interno della *societas*¹⁰⁸.

In secondo luogo, una peculiarità del sistema in questione è la pregnante funzione general-preventiva su cui si fonda il decreto, che nasce dalla impossibilità – da più autori segnalata¹⁰⁹ – per l’ente di intendere il messaggio intrinseco nella criminalizzazione di un comportamento umano sanzionato con una specifica pena¹¹⁰.

¹⁰⁵ MACRÌ, *Le sanzioni*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, *Diritto penale dell’economia*, Milano, II-II, Tomo secondo, 2016, 2573.

¹⁰⁶ «Le sanzioni per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato sono: a) la sanzione pecuniaria; b) le sanzioni interdittive; c) la confisca; d) la pubblicazione della sentenza. Le sanzioni interdittive sono: a) l’interdizione dall’esercizio dell’attività; b) la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell’illecito; c) il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; d) l’esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l’eventuale revoca di quelli già concessi; e) il divieto di pubblicizzare beni o servizi».

¹⁰⁷ MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2571.

¹⁰⁸ In tal senso, CERQUA, Sub Art. 9. *Sanzioni amministrative*, in CADOPPI, GARUTI, VENEZIANI (a cura di), *Ente e responsabilità da reato*, Torino, 2010, 153; Cfr., MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2573.

¹⁰⁹ V. cap. III, 155.

¹¹⁰ PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, GROSSO (a cura di), Milano, ed. XIII, 2007, 885. Cfr., MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2573 s.

Come precedentemente anticipato, il legislatore ha dunque tipizzato quattro sanzioni principali, che in concreto risultano essere ben otto, considerata la previsione di cinque tipologie di sanzioni interdittive applicabili¹¹¹.

Lo schema che ne risulta può essere definito un sistema binario, incentrato sulla compresenza delle sanzioni pecuniarie (sempre applicabili) e sanzioni interdittive (applicabili esclusivamente nei casi più gravi, in aggiunta alle prime)¹¹².

Considerando che esistono due ulteriori sanzioni, la confisca e la pubblicazione della sentenza di condanna, autorevole dottrina ha ipotizzato che all'interno del predetto sistema binario fosse presente una "triade di risposte punitive"¹¹³.

Sul punto è stata proposta una classificazione tale da suddividere le sanzioni in: finanziarie, ovverosia dirette a colpire il patrimonio dell'ente (le sanzioni pecuniarie e la confisca); strutturali, che incidono sull'attività dell'ente (le sanzioni interdittive e il commissariamento giudiziale); stigmatizzanti, che mirano cioè a compromettere la reputazione della *societas* nel mondo economico-imprenditoriale (la pubblicazione della sentenza di condanna)¹¹⁴.

Relativamente a queste sanzioni, un aspetto che è stato positivamente sottolineato dalla dottrina riguarda il sistema per quote previsto per le pene pecuniarie ex articoli 10¹¹⁵ e 11¹¹⁶ del d.lgs. n. 231/2001: tale modalità consente

¹¹¹ MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2575.

¹¹² MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2575.

¹¹³ In tal senso, GIARDA, Sub Art. 9, in GIARDA, MANCUSO, VARRASO, SPANGHER (a cura di), *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, Torino, 2007, 111; ROSSI, *Le sanzioni dell'ente*, in VINCIGUERRA, CERESA GASTALDO, ROSSI., *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (d.lgs. 231/2001)*, Padova, 2004, 31. Cfr., MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2575.

¹¹⁴ DE MAGLIE, *La disciplina della responsabilità amministrativa degli enti e delle associazioni. Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 11, 1349.

¹¹⁵ «Per l'illecito amministrativo dipendente da reato si applica sempre la sanzione pecuniaria. La sanzione pecuniaria viene applicata per quote in un numero non inferiore a cento né superiore a mille. L'importo di una quota va da un minimo di 258 euro ad un massimo di 1.549 euro. Non è ammesso il pagamento in misura ridotta».

¹¹⁶ «Nella commisurazione della sanzione pecuniaria il giudice determina il numero delle quote tenendo conto della gravità del fatto, del grado della responsabilità dell'ente nonché dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti. L'importo della quota è fissato sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione. Nei casi previsti dall'articolo 12, comma 1, l'importo della quota è sempre di 103 euro».

infatti di assicurare la massima aderenza della sanzione non soltanto alla gravità del fatto commesso, ma soprattutto alle possibilità economiche dell'ente¹¹⁷.

Parimenti, un valore particolare è stato attribuito all'articolo 23 del decreto, considerato un «irrinunciabile baluardo a tutela dell'effettività dell'intero sistema sanzionatorio»¹¹⁸, poiché punisce chiunque trasgredisca gli obblighi o i divieti imposti all'ente a cui sia stata applicata una sanzione o una misura cautelare interdittiva, punendo anche l'ente nel cui interesse o vantaggio il reato è stato commesso con una sanzione pecuniaria o, nel caso in cui la *societas* abbia tratto un profitto rilevante, con una delle sanzioni interdittive¹¹⁹.

Una volta inquadrato in generale l'apparato sanzionatorio, è opportuno indicare alcuni degli illeciti che il decreto legislativo n. 231/2001 impone agli enti di fronteggiare e che danno vita alla responsabilità della *societas*.

È da segnalare che l'attuale catalogo di reati è in realtà differente da quello proposto nella legge delega n. 300/2000, in cui si distinguevano, da un lato, gli illeciti commessi per il conseguimento di un ingiusto profitto; dall'altro, i reati riconducibili al rischio d'impresa (ad esempio, quelli in tema di inquinamento, infortuni sul lavoro, e via dicendo...).

In sede di attuazione, il Governo aveva privilegiato la prima categoria; tuttavia, la lacuna è stata poi colmata in parte da successive modificazioni del decreto¹²⁰.

In particolare, i reati rilevanti *ex d.lgs. n. 231/2001* inizialmente erano solamente due: l'indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato o di un ente pubblico o per il conseguimento di erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico (articolo 24) e i delitti di concussione e corruzione (articolo 25¹²¹).

Tuttavia, come detto, l'elenco è stato parzialmente ingrandito da diversi interventi legislativi, che hanno introdotto illeciti quali: i delitti informatici e di trattamento illecito di dati (articolo 24-*bis*); i delitti di criminalità organizzata

¹¹⁷ DE SIMONE, *Personae giuridiche*, cit., 317. Cfr., MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2576.

¹¹⁸ MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2576.

¹¹⁹ MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2576.

¹²⁰ Cfr., PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit., 214.

¹²¹ Con l. n. 190/2012, il comma 3 dell'articolo in commento è stato modificato prevedendo l'aggiunta del delitto di induzione indebita a dare o promettere utilità *ex 319-quater c.p.*

(articolo 24-ter); i reati in materia di contraffazione (articolo 25-bis); i reati contro l'industria e il commercio (articolo 25-bis.1); i reati societari (articolo 25-ter, che ricomprende gli illeciti in materia societaria previsti dal codice civile, a cui si applicano solamente le sanzioni pecuniarie, eccezion fatta per il delitto di corruzione tra privati ex articolo 2635 comma 3 c.c. e istigazione alla corruzione ex articolo 2635-bis comma 1 c.c., a cui si applicano altresì le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9 comma 2 d.lgs. n. 231/2001); i delitti con finalità di terrorismo o eversione (articolo 25-quater); i delitti contro la personalità individuale (articolo 25-quinquies); gli abusi di mercato (articolo 25-sexies); omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro (articolo 25-septies); i reati di riciclaggio e ricettazione (articolo 25-octies); i delitti in materia di violazione del diritto d'autore (articolo 25-novies); i reati di induzione a non rendere dichiarazioni o rendere dichiarazioni mendaci (articolo 25-decies); i reati ambientali (articolo 25-undecies) e il delitto di impiego di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (articolo 25-duodecies).

Mentre questi reati rispondo al criterio dello “*Strafempfindlichkeit*¹²²”, altri, tra cui ad esempio il delitto di infibulazione (articolo 25-quater.1), appaiono scelte puramente simboliche, probabilmente legate alla c.d. “legislazione emotiva”, ovverosia connessi a situazioni emergenziali o di rilevante clamore sociale e mediatico.

A questo punto, appare necessario un approfondimento sul contenuto dell'articolo 9 del decreto in commento, concentrandosi sulle caratteristiche della sanzione pecuniaria, di quelle interdittive, della confisca e della pubblicazione della sentenza di condanna, previste dalla disposizione appena citata.

2.1 La sanzione pecuniaria

La pena pecuniaria ricopre un ruolo nodale all'interno del sistema sanzionatorio risultante dalla Sezione II del Capo I del decreto legislativo n. 231/2001.

¹²² V. cap. III, 170.

Questa tipologia di sanzione, infatti, ai sensi dell'articolo 10 comma 1 del decreto in commento, deve essere sempre inflitta all'ente qualora questo sia stato giudicato responsabile di un illecito amministrativo dipendente da reato.

Per quanto riguarda la sua applicazione, la legge delega n. 300/2000 si limitava a determinare l'ammontare massimo e minimo – rispettivamente, di tre miliardi di lire di allora, equivalenti a 1.549.350 euro; e cinquanta milioni di lire, a loro volta pari a 25.822 euro – della sanzione pecuniaria, fondandola quindi su di un sistema “a somma complessiva”¹²³.

Tuttavia, in sede di emanazione del decreto legislativo, in considerazione della scarsa efficienza di una struttura simile – la quale non consentiva di tenere adeguatamente conto delle capacità economiche dell'ente, quindi impedendo l'irrogazione di sanzioni proporzionate¹²⁴ – il legislatore delegato ha preferito introdurre un sistema “per quote” a struttura bifasica, mutuato dal *Tagessatzsystem* tedesco risalente al 1975¹²⁵, che mira a individualizzare la sanzione pecuniaria in base alle condizioni patrimoniali della *societas*¹²⁶.

L'articolo 10, ai commi 2 e 3, prevede infatti che la pena pecuniaria sia applicata “per quote” in numero non inferiore a cento e non superiore a mille; con il valore di ogni quota ricompreso tra un minimo di 258 euro e un massimo di 1.549 euro.

Il comma 4 dello stesso articolo, a garanzia dell'effettività della sanzione pecuniaria, non ammette il pagamento in misura ridotta della stessa.

I primi due commi dell'articolo 11 del d.lgs. n. 231/2001 si propongono di mostrare il funzionamento della struttura bifasica, prevedendo che – sempre avendo riguardo delle soglie minime e massime previste all'articolo 10 precedentemente citato –, in primo luogo, il giudice determini l'ammontare del numero di quote sulla base degli indici fattuali ivi indicati e, solo successivamente, individui il valore monetario di ogni singola quota, sulla base delle condizioni economiche della *societas*.

¹²³ PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit., 214.

¹²⁴ Così, PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit., 214; MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2592.

¹²⁵ Sul punto, PALAZZO, *Il sistema sanzionatorio sempre al centro di riforme grandi e piccole*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2003, 1062.

¹²⁶ MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2592

Ai sensi dell'articolo 11 comma 1 del d.lgs. n. 231/2001, i parametri per l'individuazione del numero di quote per la commisurazione della sanzione pecuniaria applicabile all'ente sono tre: la gravità del fatto, il grado di responsabilità dell'ente e l'attività svolta da quest'ultimo per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e prevenire la commissione di ulteriori illeciti¹²⁷.

In particolare, per "gravità del fatto" s'intende la pericolosità oggettiva del reato-presupposto: in altre parole, il giudice dovrebbe considerare solamente gli elementi riconducibili all'ente, tra cui le mancanze organizzative, la lesione al bene giuridico procurata dal reato-presupposto o l'entità del profitto derivante alla società; senza dunque valutare quelli relativi al fatto realizzato dalla persona fisica¹²⁸.

Circa il grado di responsabilità dell'ente, è necessario che il giudice verifichi se il fatto criminoso rappresenti la manifestazione di un oggetto sociale prettamente indirizzato alla criminalità d'impresa, o altrimenti costituisca una «devianza episodica»¹²⁹ rispetto a una politica societaria tendenzialmente onesta¹³⁰.

In tal senso, il parametro in commento evoca la fondamentale bipartizione *ex* articolo 5 d.lgs. n. 231/2001 tra i reati commessi da soggetti che ricoprono posizioni apicali all'interno dell'organigramma societario e quelli compiuti da individui che invece rivestono la qualità di sottoposti.

Di norma, il primo caso esterna un maggior grado di responsabilità dell'ente, in quanto riferibile alla politica d'impresa di quest'ultimo¹³¹ – sempre che non si riesca a provare che il reato sia stato commesso eludendo in maniera fraudolenta i modelli di organizzazione, come prescritto dall'articolo 6 comma 1 lett. c) –, mentre il secondo palesa un *deficit* organizzativo.

¹²⁷ MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2598.

¹²⁸ In tal senso, MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2598; CERQUA, *Sub Art. 11. Criteri di commisurazione della sanzione pecuniaria*, in CADOPPI, GARUTI, VENEZIANI (a cura di), *Ente e responsabilità da reato*, Torino, 2010, 184.

¹²⁹ MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2599.

¹³⁰ Così GIARDA, *Sub Art. 11*, in GIARDA, MANCUSO, VARRASO, SPANGHER. (a cura di), *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, Torino, 2007, 117.

¹³¹ PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit., 223

Sul punto è da segnalare una critica di autorevole dottrina, la quale biasima la mancata graduazione della sanzione già a livello normativo, a seconda che il reato sia commesso da un apicale o da un sottoposto¹³².

L'ultimo dei criteri per l'individuazione del numero di quote riguarda l'eventuale attività posta in essere dall'ente per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti.

In questo caso, il legislatore ha inteso dedicare espresso rilievo alle condotte "*post delictum*", in stretto collegamento con la previsione di cui all'articolo 12 comma 2 d.lgs. n. 231/2001¹³³, che sarà approfondita tra breve.

Stabilito il numero di quote sulla base dei parametri appena trattati, l'articolo 11 comma 2 del decreto in commento, con un orientamento decisamente special-preventivo¹³⁴, obbliga il giudice a determinare l'ammontare monetario di ognuna di queste, sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente¹³⁵ «allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione»¹³⁶.

Per accertare le condizioni economiche della persona giuridica, la Relazione Ministeriale al decreto legislativo n. 231/2001 aveva stabilito che il giudice avrebbe potuto consultare i bilanci o le altre scritture contabili comunque idonee a rendere evidente tali condizioni. In taluni casi, la prova avrebbe potuto essere ottenuta anche tenendo conto delle dimensioni della *societas* e della sua posizione sul mercato.

Più in generale, concludeva la Relazione, per ovviare a preoccupazioni in ordine alla complessità di tali accertamenti, era stato sottolineato che la responsabilità delle persone giuridiche presuppone la mancata adozione dei modelli di prevenzione: per verificare tale *deficit*, il giudice avrebbe dovuto «calarsi, con l'ausilio di consulenti, nella realtà dell'impresa»¹³⁷, in modo tale da ottenere informazioni riguardanti lo stato di solidità economica, finanziaria e patrimoniale dell'ente¹³⁸.

¹³² DE VERO, *La responsabilità penale*, cit., 220.

¹³³ MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2600.

¹³⁴ MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2602.

¹³⁵ MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2602.

¹³⁶ Articolo 11 comma 2 d.lgs. n. 231/2001.

¹³⁷ Relazione Ministeriale al d.lgs. n. 231/2001, in *www.aodv231.it*, 15.

¹³⁸ Relazione Ministeriale al d.lgs. n. 231/2001, in *www.aodv231.it*, 15. Cfr., MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2603.

Terminando la trattazione relativa all'articolo 11 del decreto legislativo n. 231/2001, l'ultimo comma della disposizione in commento rappresenta una eccezione ai criteri di commisurazione di cui ai primi due commi: è infatti previsto che nei casi di cui all'articolo 12 comma 1¹³⁹, l'importo della quota è sempre pari a 103 euro¹⁴⁰.

È proprio l'articolo 12 appena menzionato che conclude la parte dedicata alla sanzione pecuniaria, prevedendo alcuni casi di riduzione di quest'ultima.

In particolare, i quattro commi dell'articolo di cui si sta trattando individuano diverse attenuanti applicabili a fatti criminosi caratterizzati, *ex ante* (comma 1) o *ex post* (comma 2), da una lesività ridotta¹⁴¹.

Il primo comma prevede due ipotesi che consentono una riduzione della pena pecuniaria della metà, con il limite massimo equivalente alla somma di 103.291 euro, mentre quello minimo, previsto dal comma 4, è di 10.329 euro.

Nel primo caso (lettera a), l'autore del reato deve aver commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non deve da ciò aver ricavato alcun vantaggio, o quantomeno questo deve essere stato minimo.

Tale disposizione potrebbe sembrare in contrasto con l'articolo 5 comma 2 del decreto, in cui è previsto che l'ente non risponde del reato qualora le persone fisiche autrici del fatto criminoso abbiano agito nell'interesse proprio o di terzi.

Tuttavia, la logica della norma s'incentra sull'aggettivo "prevalente": il legislatore ha infatti qui previsto che il reato sia stato, seppur in minima parte, utile per la persona giuridica. La responsabilità non potrà dunque venir meno, ma la *societas* potrà usufruire di un'importante attenuazione sanzionatoria¹⁴².

Nel secondo caso (lettera b), per beneficiare della riduzione di pena il danno deve essere stato di particolare tenuità, ovvero sia «la sua conseguenza

¹³⁹ «La sanzione pecuniaria è ridotta della metà e non può comunque essere superiore a 103.291 euro se: a) l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo; b) il danno patrimoniale cagionato è di particolare tenuità».

¹⁴⁰ MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2604.

¹⁴¹ MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2605.

¹⁴² MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2606.

diretta e immediata [...] deve essere [stata] di valore economico pressoché irrilevante»¹⁴³.

Il comma 2 dell'articolo 12, allo stesso modo, prevede due casi in cui la pena può subire una riduzione, nello specifico: da un terzo alla metà, se prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado l'ente abbia risarcito integralmente le conseguenze dannose o pericolose dell'illecito o si sia comunque adoperato in tal senso (lettera a); ovvero nel caso in cui abbia adottato ed efficacemente attuato un modello organizzativo idoneo a prevenire il compimento di reati della specie di quello commesso (lettera b).

Qualora entrambe le condizioni dovessero verificarsi, il comma 3 prevede un'ulteriore riduzione dalla metà ai due terzi.

Per quanto il sistema della sanzione pecuniaria, così come messo in evidenza in questa trattazione, possa sembrare efficiente, non è possibile ignorare alcune rilevanti critiche di autorevole dottrina.

In primo luogo, è stato obiettato che l'ammontare massimo irrogabile – ovverosia 1.549.370 euro – potrebbe avere un'efficacia ridotta nei confronti delle grandi multinazionali che annualmente presentano ricavi anche di decine di miliardi di euro¹⁴⁴.

In secondo luogo, lo schema così delineato sembrerebbe oltremodo oneroso per le piccole aziende in cui «l'ente è espressione di interessi sostanzialmente non distinguibili da quelli dell'autore del reato. [...] In questa evenienza, l'inflizione della sanzione pecuniaria all'ente, dopo che l'autore del reato è già stato punito, rischia di risolversi in una duplicazione sanzionatoria contrastante con il generale principio del *ne bis in idem* sostanziale, atteso che verrebbe a punirsi due volte, per lo stesso fatto, un identico centro di interessi»¹⁴⁵.

Infine, è stata criticata la mancata previsione di meccanismi di sospensione della sanzione pecuniaria¹⁴⁶, tema che – come il precedente – sarà approfondito nel corso del quarto capitolo.

¹⁴³ CERQUA, Sub *Art. 12. Casi di riduzione della sanzione pecuniaria*, in CADOPPI, GARUTI, VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, 190.

¹⁴⁴ In tal senso, MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2593.

¹⁴⁵ PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit., 227.

¹⁴⁶ MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2594.

2.2 Le sanzioni interdittive

L'articolo 13 del d.lgs. n. 231/2001 disciplina i casi di applicabilità delle sanzioni interdittive agli enti che sono stati giudicati responsabili di un illecito amministrativo dipendente da reato¹⁴⁷.

Nello specifico, le pene in commento sono elencate dall'articolo 9 comma 2 dello stesso decreto, il quale contempla, in un ordine decrescente dalla più afflittiva: l'interdizione dall'esercizio dell'attività (lett. a); la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione del reato (lett. b); il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio (lett. c); l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e la revoca di quelli eventualmente già concessi (lett. d)¹⁴⁸; il divieto di pubblicizzare beni o servizi (lett. e).

Si tratta quindi di sanzioni incapacitanti, in grado di paralizzare l'attività della *societas* (lett. a), o di limitare la sua capacità giuridica (lett. b, lett. c, lett. e), o, infine, di sottrarre risorse economiche (lett. d)¹⁴⁹.

Queste pene possono essere applicate – congiuntamente a quelle pecuniarie – solamente in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste, quando ricorra almeno uno dei presupposti indicati dall'articolo 13 comma 1, ovvero sia l'aver ottenuto un profitto di rilevante entità o nel caso di reiterazione degli illeciti.

Come detto, l'articolo 13 impone che l'applicazione delle sanzioni interdittive avvenga solamente per le fattispecie le quali espressamente la prevedano.

Di regola, queste sono disposizioni particolarmente gravi: delitti di criminalità organizzata (articolo 24-*ter*); delitti con finalità di terrorismo o eversione (articolo 25-*quater*); omicidio colposo o lesioni commesse con

¹⁴⁷ MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2609.

¹⁴⁸ Con riferimento a questa tipologia di sanzione, autorevole dottrina ha precisato che la revoca di finanziamenti già deliberati, ma non ancora percepiti, deve far seguito alla misura dell'esclusione e non deve invece essere considerata come una sanzione autonoma, a differenza della lett. b) dello stesso articolo 9 comma 2 ove si prevede l'alternatività tra la sospensione e la revoca delle autorizzazioni. In tal senso, FIDELBO, *Misure cautelari nei confronti delle società: primi problemi applicativi in materia di tipologie delle «sanzioni» e limiti all'operatività del commissario giudiziale*, in *Cass. pen.*, 1/2004, 276 ss.

¹⁴⁹ PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit., 229.

violazione delle norme sulla tutela di salute e sicurezza sul lavoro (articolo 25-*septies*) e alcuni dei reati ambientali (in particolare, articolo 25-*undecies* comma 1 lett. a) per una durata non superiore a un anno, e b), comma 2 lett. a), n.2, b), n.3 e f) e comma 5 lett. b) e c) per una durata non superiore a sei mesi)¹⁵⁰.

Una delle due (alternative) condizioni applicative delle sanzioni interdittive, prevista all'articolo 13 comma 1 lett. a), è l'aver tratto un profitto di rilevante entità dal reato commesso da un soggetto apicale o sottoposto e, in quest'ultimo, caso quando il compimento del fatto criminoso sia stato reso possibile dalla mancanza di adeguati modelli organizzativi.

Per quanto riguarda la nozione di "profitto", tra le diverse opinioni di dottrina e giurisprudenza¹⁵¹, pare che la Suprema Corte abbia accolto una tesi "intermedia", secondo cui per profitto¹⁵² va inteso quello derivante dal reato, ma non coincidente solamente con quello conseguito dal reo fisica, potendo consistere anche in ulteriori vantaggi di tipo economico che la *societas* abbia ottenuto e che siano stati dimostrati¹⁵³.

Tale profitto deve essere di "rilevante entità": apprezzata letteratura ha ritenuto di desumere tale requisito non soltanto da un importo oggettivamente elevato, ma anche dalla natura e dai ricavi dell'attività di impresa, ossia rapportando il profitto ottenuto con l'ammontare delle commesse assunte dall'ente, ovvero ancora alle dimensioni dell'azienda e alla partecipazione ad appalti pubblici¹⁵⁴.

Oltre al criterio del profitto appena analizzato, occorre che il reato sia stato commesso da un soggetto che rivesta una posizione apicale o di sottoposto all'interno dell'organigramma societario.

¹⁵⁰ MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2610 ss.

¹⁵¹ Per una trattazione più approfondita sul tema, v. cap. III, 39 ss.

¹⁵² La Corte trattava, nel caso di specie, del profitto confiscabile, ma la definizione pare valere anche per il profitto riguardante l'applicazione delle sanzioni interdittive.

¹⁵³ Cass. Pen., sez. V, 13 giugno 2014, n. 25450. Sul tema, DOVA, *La Corte di Cassazione torna sulla nozione di profitto confiscabile nel reato di manipolazione del mercato*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 giugno 2014, 1 ss.

¹⁵⁴ DAMINI, *Sub Art. 13. Sanzioni interdittive*, in CADOPPI, GARUTI, VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, 203.

Circa i soggetti in posizione apicale, la norma fa riferimento alla disposizione di cui all'articolo 5 comma 1 lett. a) d.lgs. n. 231/2001¹⁵⁵.

La commissione del reato-presupposto da parte dei soggetti in posizione subordinata¹⁵⁶, invece, non è sufficiente a consentire l'applicazione di una sanzione interdittiva, anche se è stata provata la percezione di un profitto di rilevante entità: in questo caso è infatti necessario che il reato sia stato compiuto a causa di una grave mancanza organizzativa dell'ente¹⁵⁷, la quale può essere ravvisata non solo nella totale mancanza di modelli organizzativi, ma anche nel caso di modelli non adeguati e incapaci di assolvere alle esigenze di prevenzione¹⁵⁸.

Il presupposto alternativo per l'applicazione delle sanzioni interdittive, contenuto nell'articolo 13 comma 1 lett. b), prevede che tali pene possano essere inflitte qualora si sia verificata una "reiterazione degli illeciti", senza che occorra alcun requisito aggiuntivo (ad esempio, l'aver ottenuto un profitto di rilevante entità o collegato alla posizione soggettiva dell'autore del reato, come visto in precedenza per la lettera a) della disposizione in commento)¹⁵⁹.

In particolare, la reiterazione degli illeciti è disciplinata dall'articolo 20 del d.lgs. n. 231/2001 e riproduce il comune istituto della recidiva.

Ai sensi di tale disposizione, i presupposti della reiterazione sono due: una condanna inflitta all'ente in via definitiva e la commissione di un altro illecito nei cinque anni successivi alla sopra citata condanna¹⁶⁰.

La *ratio* della norma è assicurare una risposta sanzionatoria maggiormente pregnante nei confronti di un ente che, reiterando l'illecito, abbia mostrato una

¹⁵⁵ «L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso».

¹⁵⁶ Che per l'articolo 5 comma 1 lett. b) sono «persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)».

¹⁵⁷ RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione*, Napoli, 2000, 295. Cfr., MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2617.

¹⁵⁸ RIVERDITI, *La responsabilità degli enti*, cit., 295.

¹⁵⁹ AMATI, *La responsabilità da reato degli enti. Casi e materiali*, Torino, 2007, 113.

¹⁶⁰ MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2631.

preoccupante insensibilità all'ammonimento rappresentato dalla sanzione inflittagli in precedenza¹⁶¹.

Il comma 2 dell'articolo 13 dispone che le misure interdittive possano essere inflitte agli enti per una durata non inferiore a tre mesi né superiore a due anni.

In realtà, lo stesso d.lgs. n. 231/2001 contiene alcune eccezioni a tale regola, sia a livello normativo che prettamente tecnico.

Per quanto riguarda il primo caso, l'articolo 16 attribuisce al giudice la facoltà – nei casi più gravi e solo in presenza dei requisiti indicati dalla suddetta norma, che saranno approfonditi a breve – di applicare le sanzioni interdittive in via definitiva¹⁶².

La seconda eccezione è presente in diverse norme che hanno tipizzato i singoli illeciti amministrativi, imponendo talvolta una durata massima di un anno (come, ad esempio, i reati di falso *ex* articolo 25-*bis*, i delitti in materia di violazione del diritto d'autore *ex* articolo 25-*novies* o nel caso dei reati ambientali previsti dall'articolo 25-*undecies* comma 1), altre volte di sei mesi (ad esempio, in alcune ipotesi di reati ambientali *ex* articolo 25-*undecies*, in particolare ai commi 2 e 5)¹⁶³.

Infine, il terzo e ultimo comma prevede che nei casi indicati dall'articolo 12 comma 1 – di cui si è già trattato¹⁶⁴ – le sanzioni interdittive non possano essere applicate.

La norma successiva, precisamente l'articolo 14 del decreto in commento, regola i criteri di scelta delle sanzioni interdittive. In particolare, sono individuabili tre parametri che ogni giudice è tenuto a seguire nell'adozione delle misure.

Il comma 1, in primo luogo, prescrive che le pene in questione debbano avere ad oggetto la specifica attività alla quale l'illecito della *societas* si riferisce.

È questo il c.d. "criterio della frazionabilità", in base al quale il giudice dovrà applicare la sanzione non in modo generalizzato e indiscriminato, bensì

¹⁶¹ L'INSALATA, Sub *Art. 20. Reiterazione*, in CADOPPI, GARUTI, VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, 279.

¹⁶² MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2619.

¹⁶³ MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2619 ss.

¹⁶⁴ V. cap. III, 177 s.

selettivamente orientato verso la specifica attività dell'ente nella quale si è determinato il reato-presupposto¹⁶⁵.

Anche nel primo periodo del comma 2 è presente tale principio, in quanto la norma dispone che «il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione può anche essere limitato a determinati tipi di contratto o a determinate amministrazioni», mirando dunque a circoscrivere l'intervento sanzionatorio alla sola specifica attività da cui ha avuto origine l'illecito¹⁶⁶.

La seconda parte dello stesso comma 1 impone al giudice di determinare il tipo e la durata della pena interdittiva sulla base dei criteri indicati nell'articolo 11 comma 1 – gravità del fatto, grado della responsabilità dell'ente e attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto criminoso e prevenirne la commissione di altri, parametri di cui si è già trattato in precedenza¹⁶⁷ –, tenendo conto dell'idoneità delle sanzioni a prevenire illeciti del tipo di quello commesso.

Tale enunciato finale – rafforzato dalla previsione del comma 3 dell'articolo in commento, il quale consente di applicare congiuntamente più sanzioni interdittive laddove risulti necessario¹⁶⁸ – rappresenta il secondo parametro di scelta, quello della c.d. “idoneità preventiva”¹⁶⁹.

Il terzo e ultimo parametro è contenuto nel comma 4 dell'articolo 14, ed è quello della c.d. “*extrema ratio* della sanzione dell'interdizione dall'esercizio dell'attività”.

Infatti, in ragione della profonda invasività di tale sanzione nella vita della *societas* – ricavabile anche dal contenuto del secondo periodo del comma 2, il quale specifica come la norma comporti anche la sospensione o la revoca di autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali allo svolgimento dell'attività –, la disposizione prescrive l'applicazione della misura solamente qualora l'irrogazione di altre sanzioni interdittive risulti inadeguata.

In proposito, autorevole dottrina ha sottolineato il parallelismo con la disciplina della custodia cautelare in carcere *ex* articolo 275 comma 3 c.p.p.,

¹⁶⁵ PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit., 231.

¹⁶⁶ MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2626.

¹⁶⁷ V. cap. III, 174 s.

¹⁶⁸ In tal senso, LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 157.

¹⁶⁹ PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit., 231.

applicabile come *extrema ratio* solamente quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate congiuntamente, risultino inadatte allo scopo¹⁷⁰.

Sempre riguardo alla sanzione dell'interruzione dell'attività, è opportuno analizzare la disposizione di cui all'articolo 15 del d.lgs. n. 231/2001.

Questo, rubricato "Commissario giudiziale", concerne l'ipotesi in cui la pena dell'interruzione debba essere applicata a un ente che svolge un pubblico servizio la cui sospensione potrebbe causare un «grave pregiudizio alla collettività» (articolo 15 comma 1 lett. a), ovvero nel caso in cui la misura possa determinare, tenendo conto delle dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui l'ente è stabilito, «rilevanti ripercussioni sull'occupazione» (articolo 15 comma 1 lett. b).

In questi casi, il comma 1 stabilisce che il giudice, in alternativa alla sanzione dell'interruzione dell'attività, disponga la prosecuzione della stessa per il tramite di un commissario e per un periodo di eguale durata della misura interdittiva che sarebbe stata inflitta.

Autorevole dottrina, basandosi su due elementi strutturali della disposizione in esame, ritiene che questa configuri una misura alternativa dal contenuto sanzionatorio¹⁷¹.

Tali sono, in primo luogo, la previsione appena evidenziata circa la durata della sanzione, la quale deve essere pari a quella che sarebbe stata originariamente inflitta; in secondo luogo, il comma 4 dello stesso articolo, che dispone la confisca del profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività tramite commissariamento¹⁷².

I commi 2 e 3 dell'articolo 15 riguardano i compiti del commissario¹⁷³ – di particolare interesse risulta il dovere di quest'ultimo di curare l'adozione e l'efficace attuazione dei modelli organizzativi, disposto dal comma 3 –, mentre il comma 5 sancisce l'inapplicabilità del commissariamento nei casi in cui

¹⁷⁰ CERNUTO, Sub *Art. 14*, in GIARDA, MANCUSO, VARRASO, SPANGHER (a cura di), *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, Torino, 2007, 146.

¹⁷¹ PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit., 234 s.

¹⁷² PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit., 235.

¹⁷³ Sul punto, PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit., 237.

l'interruzione dell'attività sia conseguita all'irrogazione di una sanzione interdittiva in via definitiva¹⁷⁴.

Specificamente, dell'applicazione in via definitiva delle sanzioni se ne occupa l'articolo 16 del d.lgs. n. 231/2001.

La *ratio* della norma è ricavabile dalla Relazione Ministeriale, ove il legislatore aveva ritenuto di dover contrastare in tal modo quegli enti collettivi che «nel corso del tempo [avessero] dimostrato una pervicace e non altrimenti contenibile tendenza alla commissione di illeciti particolarmente gravi»¹⁷⁵.

L'articolo 16 è articolato in tre commi.

Il primo dispone l'applicazione in via definitiva della interdizione dell'attività qualora l'ente abbia subito negli ultimi sette anni almeno tre condanne – passate in giudicato¹⁷⁶ – all'interdizione temporanea prevista all'articolo 9 comma 2 lett. a) e abbia tratto dal reato un profitto di rilevante entità.

In tal caso, il giudice ha il dovere di procedere a un giudizio prognostico sulle possibili future condotte della persona giuridica: nel caso in cui non dovesse ritenere possibile il ripristino delle condizioni di legalità, sarà tenuto a irrogare la misura¹⁷⁷.

Il secondo, in parallelo con quanto previsto al comma 1, prevede che nel caso in cui la *societas* sia stata condannata – anche in questo caso con sentenza passata in giudicato – negli ultimi sette anni almeno tre volte alla sanzione del divieto di contrattare con la pubblica amministrazione o al divieto di pubblicizzare beni o servizi, il giudice, sulla base di un apprezzamento discrezionale sui profili di irrecuperabilità dell'ente, ha la possibilità di applicare tali misure – per inciso, previste rispettivamente all'articolo 9 comma 2 lett. c) ed e) – in via definitiva, l'una o l'altra a seconda delle condanne precedentemente riportate dall'ente¹⁷⁸.

A differenza del comma precedente, non è qui necessario che la persona giuridica abbia ottenuto un profitto di rilevante entità¹⁷⁹.

¹⁷⁴ PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit., 237.

¹⁷⁵ Relazione Ministeriale al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in *www.aodv231.it*, 21.Cfr., MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2627.

¹⁷⁶ BASSI, EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, 354.

¹⁷⁷ MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2628.

¹⁷⁸ MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2629.

¹⁷⁹ MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2630.

Il comma 3 disciplina infine un caso particolare, ovverosia l'obbligatoria applicazione della sanzione interdittiva definitiva dell'interruzione dell'attività qualora risulti che l'ente sia "intrinsecamente illecito", cioè operi con l'unico o prevalente obiettivo di consentire o agevolare la commissione di reati in relazione ai quali è prevista la sua responsabilità¹⁸⁰.

Come evidenziato da autorevole dottrina, tale struttura è spesso utilizzata dalla criminalità organizzata, «che si avvale dello schermo della *societas* per porre in essere attività lecite ed illecite»¹⁸¹.

In chiusura, è opportuno riservare un breve cenno agli articoli 17 e 23 del d.lgs. n. 231/2001.

L'articolo 17 disciplina i casi in cui l'applicazione delle sanzioni interdittive è esclusa in seguito all'effettuazione da parte dell'ente di tre concorrenti condotte riparatorie.

In particolare, alla *societas* non saranno applicate le misure di cui all'articolo 9 comma 2 – mentre le pene pecuniarie potranno essere irrogate – qualora questa, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, abbia congiuntamente: risarcito integralmente il danno ed eliminato le conseguenze pericolose del reato, ovvero si sia attivata in tal senso (lett. a); eliminato le carenze organizzative causa del reato attraverso l'adozione e l'attuazione di modelli di controllo idonei a prevenire fatti criminosi della specie di quello verificatosi (lett. b); messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca (lett. c).

L'articolo 23 è la norma che chiude la Sezione II del Capo I del d.lgs. n. 231/2001, dedicata alle sanzioni.

Nello specifico, la disposizione in commento, rubricata "Inosservanza delle sanzioni interdittive", configura al comma 1 un delitto punito con la reclusione da sei mesi a tre anni per chiunque abbia violato, durante lo svolgimento dell'attività aziendale, gli obblighi o i divieti inerenti a una sanzione o a una misura cautelare interdittiva applicata all'ente.

Autorevole dottrina ha osservato che, pur essendo configurata come un reato comune – in ragione del "chiunque" –, la norma sia in realtà un reato

¹⁸⁰ MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2630.

¹⁸¹ PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit., 238.

proprio: la condotta è infatti riferibile solamente ai soggetti che ricoprono un ruolo all'interno dell'organizzazione, con un ovvio collegamento all'articolo 5 del decreto¹⁸².

Circa l'obbligo violato da cui origina la condotta punibile, questo è riferibile, a parere di rispettata letteratura, alle sole misure che impongono all'ente un *non facere* (quindi, il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione; il divieto di pubblicizzare beni o servizi e l'interdizione dall'esercizio di un'attività)¹⁸³.

Il comma 2 configura un illecito amministrativo da reato per colpire l'ente nel cui interesse o vantaggio il reato di cui al comma 1 è stato commesso, prevedendo l'applicazione di una sanzione pecuniaria da duecento a seicento quote e la confisca del profitto a norma dell'articolo 19.

Infine, il comma 3 consente l'irrogazione di sanzioni interdittive all'ente – anche differenti rispetto a quelle già precedentemente applicate – che dal reato di cui al comma 1 abbia tratto un profitto di rilevante entità.

2.3 La confisca e la pubblicazione della sentenza di condanna

Completano l'apparato sanzionatorio del d.lgs. n. 231/2001 le due disposizioni della confisca (articolo 9 comma 1 lett. c) e della pubblicazione della sentenza di condanna (articolo 9 comma 1 lett. d)¹⁸⁴.

Tra le due, la prima merita certamente un più attento approfondimento.

La pubblicazione della sentenza di condanna, infatti, tende semplicemente a danneggiare l'immagine e la reputazione della *societas* sul mercato tramite gli effetti denigratori e stigmatizzanti della diffusione del contenuto della sentenza di condanna¹⁸⁵ e viene ordinata dal giudice solamente nel caso in cui all'ente sia stata irrogata una sanzione interdittiva¹⁸⁶.

¹⁸² MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2645.

¹⁸³ Così, CERQUA, *Il trattamento sanzionatorio. I modelli organizzativi ex d.lgs. n. 231/2001*, Macerata, 2006, 242 ss.; FERRARI, *Sub Art. 23. Inosservanza delle sanzioni interdittive*, in CADOPPI, GARUTI, VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, 295.

¹⁸⁴ Su queste due sanzioni, cfr. MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2586 ss; PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit., 242 ss.

¹⁸⁵ GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, Milano, 2006, 168 ss.

¹⁸⁶ Cfr., MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2588; PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit., 243.

La confisca, invece, è una sanzione autonoma e obbligatoria e riveste un ruolo decisivo per l'intero sistema sanzionatorio: infatti, ai sensi dell'articolo 19 del decreto, è sempre disposta con la sentenza di condanna e colpisce il prezzo o il profitto del reato – salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato e per i diritti acquisiti da terzi in buona fede –, anche nella forma per equivalente, ovvero sia tramite l'espropriazione forzata di beni o altre utilità di valore pari al prezzo o al profitto del fatto illecito, qualora l'apprensione nella forma tradizionale non sia praticabile¹⁸⁷.

Il valore fondamentale di tale istituto, peraltro, deriverebbe anche dalla possibilità, – espressa nell'articolo 53 del decreto – per il giudice di disporre la misura cautelare del sequestro preventivo delle cose di cui è consentita la confisca a norma dell'articolo 19¹⁸⁸.

Nonostante sia inquadrata tra le sanzioni, la confisca appare limitata solamente ai proventi e non si estenderebbe dunque al patrimonio dell'impresa, «alla stregua di una pena patrimoniale»¹⁸⁹.

Tale configurazione denota, a parere di autorevoli studiosi, una sostanziale autonomia rispetto ai modelli di confisca previsti nel codice penale o a quelli di natura amministrativa, essendo la (obbligatoria) sanzione in commento finalizzata a impedire l'utilizzazione di quanto ottenuto illecitamente per fini di lucro¹⁹⁰.

Dal punto di vista strutturale, mentre il “prezzo” è pacificamente ricondotto al denaro, alle cose o alle altre utilità date o promesse per determinare la commissione del reato¹⁹¹, la nozione di “profitto” è molto dibattuta.

Rispettabile dottrina considerava infatti confiscabile solamente l'utilità effettiva ottenuta dal reato, escludendo quindi i costi eventualmente sostenuti per

¹⁸⁷ PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit., 246.

¹⁸⁸ MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2586.

¹⁸⁹ PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit., 247. Sulla confisca come “pena patrimoniale”, MAUGIERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, 69 ss.

¹⁹⁰ Infatti, la confisca prevista dall'articolo 240 c.p. prevede l'obbligatorietà della stessa solamente per il prezzo del reato. In tal senso, PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit., 243; MACRÌ, *Le sanzioni*, cit., 2587; LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., 168.

¹⁹¹ D'ANGELO, *Responsabilità penale degli enti e persone giuridiche*, Sant'Arcangelo di Romagna (RN), 2008, 176.

l'attività criminosa¹⁹²; così era stato sostenuto *obiter dictum* dalla Sezione VI della Cassazione con la sentenza 23 giugno 2006, n. 32627¹⁹³.

Tuttavia, tale ipotesi era stata in seguito disapprovata dalla pronuncia a Sezioni Unite del 27 marzo 2008, n. 26654.

Per i giudici, infatti, il profitto andava inteso «come complesso dei vantaggi economici tratti dall'illecito e a questo strettamente pertinenti, dovendosi escludere, per dare concreto significato operativo a tale nozione, l'utilizzazione di parametri valutativi di tipo aziendalistico [...]. Il crimine non rappresenta in alcun ordinamento un legittimo titolo di acquisto della proprietà o di altro diritto su un bene e il reo non può, quindi, rifarsi dei costi affrontati per la realizzazione del reato»¹⁹⁴.

Questa ricostruzione del concetto di “profitto” era certamente valida nel caso di un'attività che fosse stata totalmente illecita. Le medesime Sezioni Unite, tuttavia, avevano sottolineato la necessità di distinguere questa evenienza dalle ipotesi di «responsabilità degli enti coinvolti in un rapporto di natura sinallagmatica»¹⁹⁵.

Infatti, qualora la legge qualifichi come reato la stessa stipula di un contratto, il negozio giuridico eventualmente prodotto risulterà illecito a prescindere dalla sua esecuzione (c.d. “reato contratto”), con l'esito che anche il profitto sarà considerato illecito e dunque soggetto a confisca¹⁹⁶.

Se invece il comportamento penalmente rilevante «va a incidere unicamente sulla fase di formazione della volontà contrattuale o su quella di esecuzione del programma negoziale»¹⁹⁷ (c.d. “reato in contratto”), le Sezioni Unite consideravano «possibile enucleare aspetti leciti del relativo rapporto, perché assolutamente lecito e valido *inter partes* è il contratto, [...] con la

¹⁹² In tal senso, ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in DOLCINI, PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. III, Milano, 2006, 2153 ss.; COMPAGNA, *L'interpretazione della nozione di profitto nella confisca per equivalente*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 12, 1643 ss.

¹⁹³ «Oggetto del provvedimento ablativo non può che essere il profitto inteso in senso stretto, cioè come immediata conseguenza economica dell'azione criminosa, che può corrispondere all'utile netto ricavato». Cfr., PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit., 244.

¹⁹⁴ Cass. Pen., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654. Cfr., PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit., 245.

¹⁹⁵ Cass. Pen., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654. Cfr., PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit., 245.

¹⁹⁶ Cfr., PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit., 245.

¹⁹⁷ Cass. Pen., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654. Cfr., PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit., 245.

conseguenza che il corrispondente profitto tratto dall'agente ben può essere non ricollegabile direttamente alla condotta sanzionata penalmente»¹⁹⁸, precisando che dovrà trattarsi di una «prestazione regolarmente eseguita dall'obbligato ed accettata dalla controparte, che ne trae comunque una concreta *utilitas*»¹⁹⁹.

Di conseguenza, concludeva il Supremo Collegio, tale *utilitas* non farà parte del profitto confiscabile «perché trova titolo legittimo nella fisiologica dinamica contrattuale e non può ritenersi *sine causa* o *sine iure*»²⁰⁰.

È da segnalare che, più di recente, come mostrato in precedenza per l'articolo 13²⁰¹, una pronuncia della Suprema Corte ha stabilito che «la nozione di profitto confiscabile derivante dal delitto di manipolazione del mercato si qualifica per i connotati della immediata derivazione e della concreta effettività, ma non coincide necessariamente, quanto alla posizione dell'ente collettivo, con il solo profitto conseguito dall'autore del reato, potendo consistere anche in altri vantaggi di tipo economico che l'ente abbia consolidato e che siano dimostrati»²⁰².

¹⁹⁸ Cass. Pen., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654. Cfr., PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit., 245.

¹⁹⁹ Cass. Pen., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654. Cfr., PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit., 245.

²⁰⁰ Cass. Pen., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654. Cfr., PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit., 246.s.

²⁰¹ V. cap. III, 179.

²⁰² Cass. Pen., sez. V, 13 giugno 2014, n. 25450. Sul punto, DOVA, *La Corte di Cassazione*, cit., 1 ss.

CAPITOLO IV

RIPENSARE IL SISTEMA SANZIONATORIO DI CUI AL D.LGS. N. 231/2001

1. I limiti del modello italiano di responsabilità amministrativa degli enti

Il sistema italiano di responsabilità amministrativa degli enti presenta una serie di limiti di varia natura, alcuni dei quali sono già stati evidenziati nel corso di questa trattazione.

Per rimediare a questa situazione, alcuni illustri Autori hanno proposto un gran numero di cambiamenti per una riforma del d.lgs. n. 231/2001⁸³⁷. Sembra tuttavia opportuno concentrarsi su alcuni aspetti decisivi.

In particolare, un primo problema concerne un'inadeguata attenzione alla realtà economica del Paese, che è costituita in maggior percentuale da enti di piccole e medie dimensioni.

Tali tipologie d'impresa si caratterizzano per una struttura societaria poco articolata, per un numero limitato di dipendenti e per la gestione della *societas* il più delle volte in capo al proprietario della stessa o a un unico socio di maggioranza⁸³⁸.

Proprio a causa dell'indistinguibilità tra ente e autore del reato nonché per la diffusa riluttanza di tali aziende di modeste dimensioni a schematizzare la propria attività, il modello di responsabilità, che pare rivolto perlopiù alle grandi società, rischia di non svolgere adeguatamente il proprio compito preventivo, bensì di produrre conseguenze sanzionatorie sproporzionate⁸³⁹ e – come già osservato in precedenza⁸⁴⁰ – in contrasto con il principio del *ne bis in idem* sostanziale⁸⁴¹.

⁸³⁷ In particolare, cfr. CENTONZE, MANTOVANI, *Dieci proposte per una riforma del d.lgs. 231/2001*, in CENTONZE, MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità "penale" degli enti*, Bologna, 2016, 283 ss.

⁸³⁸ CENTONZE, MANTOVANI, *Dieci proposte*, cit., 290.

⁸³⁹ CENTONZE, MANTOVANI, *Dieci proposte*, cit., 290.

⁸⁴⁰ V. cap. III, 178.

⁸⁴¹ In tal senso, v. PIERGALLINI, *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, 2ª ed., Milano, 2010, 227.

Da un punto di vista strutturale, tre importanti istituti utilizzati negli ordinamenti stranieri sono stati scelti dalla dottrina⁸⁴² come esempio per una possibile riforma del sistema di responsabilità amministrativa degli enti: le investigazioni interne, il *self-reporting* e i modelli di *diversion* processuale.

Uno dei limiti dell'impianto *ex* d.lgs. n. 231/2001, infatti, riguarda l'assenza di una regolamentazione delle *internal investigations*, così come previste negli ordinamenti di *common law*.

Nello specifico, tale meccanismo consente alla società di adempiere ai generali doveri di prevenzione del rischio-reato tramite la ricerca, attraverso peculiari modalità di indagine interna, di infrazioni punite dalla legge, nell'ottica di una potenziale cooperazione con l'autorità giudiziaria⁸⁴³.

La legislazione italiana, in realtà, prevede uno strumento che svolge un ruolo simile, vale a dire l'attività investigativa preventiva disciplinata dall'articolo 391-*nonies* c.p.p.⁸⁴⁴.

Tuttavia, autorevole dottrina⁸⁴⁵ auspica una vera e propria proceduralizzazione delle investigazioni interne, che intervenga in particolar modo sulle attività del difensore, sulle modalità di raccolta di informazioni attinenti alla commissione di un reato-presupposto, sui limiti all'accesso ai documenti privati dei soggetti appartenenti alla società e sul rapporto con le indagini effettuate dall'autorità competente⁸⁴⁶.

Un altro aspetto criticabile del sistema di responsabilità degli enti, strettamente collegato a quanto sopra esposto, riguarda la scarsa previsione d'incentivi di tipo premiale all'ente che, anche tramite adeguate indagini interne, abbia contribuito all'emersione di un illecito e si sia poi tempestivamente attivato "auto-denunciandosi" alle autorità competenti: è questo il meccanismo anglosassone del "*self-reporting*".

⁸⁴² Si avrà modo nel corso della trattazione di approfondire queste ipotesi.

⁸⁴³ CENTONZE, MANTOVANI, *Dieci proposte*, cit., 289.

⁸⁴⁴ In breve, il difensore che abbia ricevuto apposito mandato può svolgere l'attività investigativa regolata dall'articolo 327-*bis* c.p.p. per l'eventualità in cui si instauri un procedimento penale.

⁸⁴⁵ In particolare, si rimanda a MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, in CENTONZE, MANTOVANI, *La responsabilità "penale" degli enti*, Bologna, 2016, 217 ss.

⁸⁴⁶ CENTONZE, MANTOVANI, *Dieci proposte*, cit., 289.

Nel nostro Paese manca una regolamentazione in tema di auto-denuncia all'autorità giudiziaria, essendo previste solamente una serie di circostanze attenuanti per l'ente che abbia svolto alcune attività riparative – precisamente agli articoli 11, 12 e 17 del d.lgs. n. 231/2001⁸⁴⁷ – e concernenti in particolar modo l'adozione *post delictum* di un efficace modello di organizzazione e controllo.

Per il resto, la scoperta dell'illecito può determinare un effetto tutt'altro che premiale: difatti, il *self-report* della società all'autorità giudiziaria si traduce nell'apertura d'indagini nei confronti della stessa, con l'incognita di una possibile applicazione di una misura cautelare o di una più grave misura sanzionatoria, oltre a una certamente deleteria attenzione mediatica⁸⁴⁸.

In sostanza, «l'assenza di una procedura collaborativa volontaria, avente carattere generale, riconduce ogni forma di denuncia del comportamento inosservante operata dalla società alla dinamica dell'acquisizione di una notizia di reato, costituendo in linea di principio un disincentivo, ben più che un premio, al coinvolgimento delle pubbliche autorità»⁸⁴⁹.

In un sistema così delineato, è quantomeno dubbio che gli amministratori di una società possano vantare un interesse nel far emergere eventuali comportamenti criminosi, al netto di modesti benefici e gravi conseguenze processuali⁸⁵⁰, preferendo piuttosto non denunciare alcunché.

Infine, più Autori⁸⁵¹ rimarcano la necessità di introdurre istituti di *diversion* processuale, dal funzionamento simile a quello della sospensione del procedimento con messa alla prova *ex* articoli 168-*bis* e ss. del codice penale.

Ispirandosi ai modelli di *deferred prosecution agreement* e *non prosecution agreement* di origine anglo-americana⁸⁵², infatti, si ritiene opportuno concedere un periodo di *probation* all'ente che abbia collaborato con l'autorità giudiziaria – soprattutto attraverso lo svolgimento d'indagini interne e tramite il

⁸⁴⁷ Temi già trattati nel precedente capitolo. V. cap. III, 174 ss e 186 s.

⁸⁴⁸ CENTONZE, MANTOVANI, *Dieci proposte*, cit., 288.

⁸⁴⁹ MANCUSO, *Le investigazioni interne*, cit., 223.

⁸⁵⁰ CENTONZE, MANTOVANI, *Dieci proposte*, cit., 288.

⁸⁵¹ Tra gli altri, v. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2/2016, 80 ss.; SEVERINO, *La responsabilità dell'ente ex d.lgs. 231 del 2001: profili sanzionatori e logiche premiali*, in BASILE, GATTA, PALIERO, VIGANÒ (a cura di), *La pena, ancora fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, t. II, Milano, 2018, 1101 ss.

⁸⁵² I quali saranno approfonditi nel corso della trattazione.

meccanismo del *self-reporting*, poc' anzi brevemente trattati –, affinché la società, in un lasso di tempo prestabilito in cui l'esercizio dell'azione penale sia stato differito nel tempo, possa ritornare alla legalità mediante attività dal contenuto riparatorio e primariamente ripristinatorio delle carenze emerse dal proprio modello organizzativo⁸⁵³.

A ben vedere, tali ultimi tre istituti – precisamente, le indagini interne, il *self-reporting* e la *diversion* processuale – risultano interconnessi tra loro.

Infatti, la possibilità di concedere all'ente un periodo di messa alla prova presuppone un comportamento collaborativo dello stesso con l'autorità competente, che si sostanzia principalmente nell'auto-denuncia di un reato-presupposto, il quale emerge per il tramite delle *internal investigations*.

In conclusione, dovrebbero essere le stesse organizzazioni aziendali a svolgere un ruolo primario nel campo della prevenzione e scoperta degli illeciti, tuttavia, per consentire ciò, è necessario che il sistema di responsabilità degli enti contenuto nel d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 sia sottoposto ad aggiornamento, prevedendo – tra gli altri – i meccanismi appena elencati⁸⁵⁴: come detto, l'esperienza comparatistica, soprattutto dei sistemi di *common law*, può svolgere un ruolo chiave da questo punto di vista.

2. L'esperienza comparatistica degli ordinamenti stranieri come esempio per una riforma del sistema ex d.lgs. n. 231/2001: breve inquadramento dell'articolato normativo inglese e americano in tema di *corporate liability*

Prima di esporre le proposte della dottrina circa l'introduzione nel paradigma italiano di responsabilità degli enti degli istituti delle *internal investigations*, del *self-reporting* e della *diversion* processuale, sembra opportuno dedicare una breve introduzione ai sistemi stranieri da cui derivano tali previsioni.

Nello specifico, ci si concentrerà sul modello inglese e su quello americano.

Nel corso del XIX secolo, in Inghilterra si riteneva che, sebbene in generale una società non potesse essere condannata a causa di un atto criminoso di

⁸⁵³ SEVERINO, *La responsabilità dell'ente*, cit., 1124.

⁸⁵⁴ CENTONZE, MANTOVANI, *Dieci proposte*, cit., 285.

un suo soggetto sottoposto, potessero invece essere puniti i soggetti apicali nel caso in cui fosse stato violato un dovere imposto a questi dallo statuto, anche senza che l'atto illecito fosse stato autorizzato o consentito: era questa la c.d. “*vicarius liability*” o “*principle of respondeat superior*”, per cui appunto un ente o un soggetto risponde dei danni causati da un proprio sottoposto⁸⁵⁵.

Tuttavia, ad oggi il sistema anglosassone si basa sul tradizionale “principio d'identificazione”⁸⁵⁶, c.d. “*identification theory*” o “*principle of identification*”.

Elaborata per la prima volta nel 1972 dalla *House of Lords* nel caso *Tesco Supermarkets Ltd v. Natrass*⁸⁵⁷, questa teoria influenza i procedimenti relativi alle c.d. *mens rea offences*, ovverosia quelli in cui il *Public Prosecutor* deve dimostrare che il fatto criminoso è stato commesso da un soggetto apicale nell'esercizio delle sue funzioni⁸⁵⁸.

A detta di tale principio, le condotte dei soggetti che svolgono un ruolo centrale all'interno della struttura sociale dell'ente sono imputate direttamente alla persona giuridica, senza che sia necessario verificare un'eventuale carenza organizzativa, poiché i membri apicali non sono considerati meri rappresentanti della società che agiscono per conto di questa, ma sono invece identificati nella *societas* stessa⁸⁵⁹.

È opportuno a questo punto approfondire brevemente due importanti normative, entrate recentemente in vigore, le quali hanno influenzato i parametri d'imputazione per gli enti: si tratta del *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007* (abbreviato in *CMCHA*) e del *Bribery Act 2010* (noto come *Bribery Act*).

Il primo, che disciplina i casi di “omicidio colposo della società”⁸⁶⁰, conferisce rilievo determinante/decisivo ai lineamenti organizzativi e procedurali

⁸⁵⁵ AGARWAL, *Corporate liability: UK Bribery Act*, in *Ct. Uncourt*, 2016, 5, 6.

⁸⁵⁶ Cfr. CENTONZE, *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei compliance programs nell'ordinamento italiano*, in *An. Giur. Econ.*, 2009, 2, 224.

⁸⁵⁷ il testo della sentenza è consultabile su www.bailii.org.

⁸⁵⁸ MAZZACUVA, *La diversione processuale*, cit., 84.

⁸⁵⁹ DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, 153; LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005, 71 ss.

⁸⁶⁰ Questa traduzione è fornita da CENTONZE, *La co-regolamentazione*, cit., 225.

dell'impresa – «*the way in which its activities are managed and organized*»⁸⁶¹ – ai fini dell'attribuzione di responsabilità.

Infatti, il *Public Prosecutor* è tenuto a dimostrare che le inadeguate modalità organizzative della *corporation* hanno determinato il decesso di una o più persone e rappresentato una grave violazione del dovere di diligenza – «*a gross breach of a relevant duty of care*»⁸⁶² – verso la vittima⁸⁶³.

Il *Bribery Act 2010* sancisce invece la colpevolezza della *societas* la quale abbia fallito nell'evitare un episodio di corruzione in cui sia stata coinvolta, a meno che quest'ultima non sia riuscita a dimostrare di aver predisposto adeguate procedure di controllo e prevenzione per tal genere di reati⁸⁶⁴.

Uno dei contenuti più interessanti della normativa da ultimo citata riguarda la possibilità per l'ente di collaborare attivamente con l'autorità competente (il *Serious Fraud Office*) anche tramite l'istituto del *self-reporting* e dei meccanismi di *deferred prosecution agreement*⁸⁶⁵, di cui si dirà.

Si può affermare perciò che nel Regno Unito, soprattutto attraverso il *CMCHA* e il *Bribery Act*, la politica di prevenzione della criminalità da un lato abbia iniziato a coinvolgere sempre di più gli enti, incentivando l'adozione di idonei modelli di organizzazione dell'attività sociale, dall'altro abbia invece incominciato inevitabilmente ad allontanarsi dal *principle of identification*⁸⁶⁶.

Nel modello statunitense⁸⁶⁷, invece, l'autoregolamentazione della società ha da sempre costituito il cardine del sistema di *corporate liability*; in particolare nella fase del *sentencing*, ovvero della commisurazione della pena⁸⁶⁸.

Durante tale stima giudiziale assumono valore alcuni requisiti, codificati nelle *Federal Guidelines for Sentencing Organizations*, in presenza dei quali la

⁸⁶¹ Sezione 1, Articolo 3, Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007, consultabile su www.legislation.gov.uk.

⁸⁶² Sezione 1, Articolo 1 lett. b), Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007, consultabile su www.legislation.gov.uk.

⁸⁶³ CENTONZE, *La co-regolamentazione*, cit., 225.

⁸⁶⁴ AGARWAL, *Corporate liability*, cit., 5.

⁸⁶⁵ DI GENNARO, *Attività di self-reporting ed impatto sulla responsabilità dell'ente ai sensi della normativa anticorruzione*, in www.ecnews.it, 17 ottobre 2013, 2.

⁸⁶⁶ In questo senso, v. CENTONZE, *La co-regolamentazione*, cit., 225 s.; AGARWAL, *Corporate liability*, cit., 7.

⁸⁶⁷ Per un approfondimento critico su tale modello, si rimanda a WEISSMAN, NEWMAN, *Rethinking criminal corporate liability*, in *Ind. L. J.*, vol. 82, 411 ss.

⁸⁶⁸ CENTONZE, *La co-regolamentazione*, cit., 226.

corporation può beneficiare di una notevole riduzione della sanzione pecuniaria⁸⁶⁹, anche fino al 95%⁸⁷⁰.

Nell'ordinamento statunitense, infatti, il giudice è tenuto a individuare il c.d. "*culpability score*", bilanciando le circostanze aggravanti, tra cui il coinvolgimento dell'ente nella condotta criminosa tenuta dal dipendente e la "storia criminale" dell'ente; nonché i fattori attenuanti, i quali si distinguono in due categorie⁸⁷¹.

La prima concerne l'adozione da parte della *corporation* di un efficace programma di *compliance* attraverso cui prevenire la realizzazione di illeciti⁸⁷².

La seconda riguarda invece alcune attività di collaborazione, in particolare: la messa in moto da parte della *societas* di un meccanismo idoneo a portare l'illecito a conoscenza dell'autorità competente (*self-reporting*); la cooperazione dell'ente nelle indagini (*cooperation with authorities*) e infine l'aver riconosciuto la propria responsabilità (*acceptance of responsibility*)⁸⁷³.

Si è parlato quindi in dottrina di un ideale prototipo di «*good corporate citizenship*»⁸⁷⁴ che deve essere adottato come modello da ogni società affinché possa beneficiare di un'attenuazione del *culpability score* in fase di *sentencing*⁸⁷⁵.

Tuttavia, a seguito del fallimento della *Enron*⁸⁷⁶, una delle più grandi *corporation* degli Stati Uniti d'America, le autorità succedutesi a capo del *Department of Justice* hanno cominciato a emanare una serie di linee-guida sull'esercizio dell'azione penale nei confronti delle imprese⁸⁷⁷.

La conseguenza più importante ha riguardato la possibilità per l'ente, il quale si sia attivato collaborando con la pubblica accusa per individuare gli autori

⁸⁶⁹ In generale sulle pene pecuniarie previste dal sistema statunitense, si rimanda a DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1, 88 ss.

⁸⁷⁰ CENTONZE, *La co-regolamentazione*, cit., 227.

⁸⁷¹ CENTONZE, *La co-regolamentazione*, cit., 227.

⁸⁷² CENTONZE, *La co-regolamentazione*, cit., 227.

⁸⁷³ CENTONZE, *La co-regolamentazione*, cit., 227.

⁸⁷⁴ SWENSON, *The organizational Guidelines' «carrot and stick» philosophy; and their focus on «effective» compliance*, in *Corporate Crime in America: Strengthening the «good citizen» Corporation*, 1995, 29.

⁸⁷⁵ CENTONZE, *La co-regolamentazione*, cit., 228.

⁸⁷⁶ Per un approfondimento sul punto, v. DEMATTÉ, *Il caso Enron: una lezione per tutti*, in *Ec. Manag.*, 2002, 2, 3 ss.

⁸⁷⁷ CENTONZE, *La co-regolamentazione*, cit., 228; WEISSMAN, NEWMAN, *Rethinking criminal corporate liability*, cit., 423.

dell'illecito, di poter aderire ai c.d. *deferred prosecution agreement* e ai *non-prosecution agreement*⁸⁷⁸, evitando così di andare incontro a un procedimento penale⁸⁷⁹.

In questi casi, il *DOJ* impone alla *corporation* alcune regole in tema di *compliance* affinché possa correggere le dimostrate carenze organizzative nella prevenzione del reato, affidando il compito di controllare l'adempimento al contenuto dell'accordo a un *corporate monitor*⁸⁸⁰.

Allo stesso tempo, l'ente riduce notevolmente il rischio di una negativa influenza sulla propria reputazione, essendo l'eventuale processo rivolto in via principale alle persone fisiche-autori del reato.

Proprio tale indirizzamento del processo nei confronti degli individui responsabili e non dell'ente si giustifica con la considerazione che, perlomeno nelle grandi società a capitale diffuso, il reato non viene commesso a beneficio della società, bensì dei singoli individui: da questo punto di vista sembrerebbe allora eccessiva una punizione per l'impresa, se non in chiave strumentale, ovverosia per invoglierla a sostenere attivamente l'autorità competente nella prevenzione e nella individuazione di fatti criminosi e dei relativi autori⁸⁸¹.

Dopo aver trattato in via generale il sistema di responsabilità da reato delle persone giuridiche inglese e statunitense, è opportuno concentrarsi sui singoli istituti previsti nell'uno e nell'altro ordinamento, i quali sono ritenuti da apprezzata letteratura italiana idonei a superare i limiti – elencati in apertura di questo capitolo – del nostro articolato normativo.

⁸⁷⁸ In particolare, su questi due istituti, v. GRIFFIN, *Compelled Cooperation and the New Corporate Criminal Procedure*, in *N.Y.U. L. Rev.*, vol. 82, 311 ss.

⁸⁷⁹ CENTONZE, *La co-regolamentazione*, cit., 229.

⁸⁸⁰ CENTONZE, *La co-regolamentazione*, cit., 229. È da segnalare che l'imposizione alla società di determinate prescrizioni è stata criticata da autorevole dottrina statunitense, poiché potrebbe darsi che l'ente, pur di evitare il processo penale, accetterebbe qualunque richiesta velatamente estorsiva dei *corporate monitor*. In tal senso, cfr. COFFEE, *Deferred prosecution: has it gone too far?*, in *Nat' L. L. J.*, 25 luglio 2005, 13.

⁸⁸¹ Così ARLEN, *Corporate liability in the United States: using prosecutorial discretion to induce corporations to join the war against crime*, in BERIA DI ARGENTINE, *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009, 308 ss. Tale attenzione particolare riservata alle persone fisiche è stata condivisa da una parte della dottrina italiana, che ne ha ricostruito il concetto in termini di rischio di deresponsabilizzazione dei singoli autori del reato: in questo senso, v. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, 402.

2.1 L'inadeguatezza dell'approccio *carrot-stick* nel contesto economico-imprenditoriale italiano

Nella Relazione ministeriale al d.lgs. n. 231/2001 si afferma espressamente che per prevenire la commissione di reati «un modello assai utile è stato fornito dal sistema dei *compliance programs* da tempo funzionante negli Stati Uniti»⁸⁸².

Il tipico approccio nordamericano del “*carrot-stick*” – con cui gli enti sono motivati alla collaborazione con le autorità per ottenere benefici (la carota) ed evitare gravose sanzioni (il bastone) – risulta adeguato alla realtà economico-imprenditoriale statunitense, formata perlopiù da *Public Companies* di notevoli dimensioni, in cui sussiste un'asimmetria di interessi tra azionisti e *manager* la quale sostanzialmente obbliga i primi a prevenire le eventuali e opportunistiche azioni criminose dei secondi tramite un effettivo ed efficace modello di organizzazione⁸⁸³.

Le grandi *corporation* sono infatti in grado di dissociarsi dagli autori dell'illecito, dimostrando di aver compiuto ogni attività indirizzata all'impedimento e all'emersione del reato, al fine di ottenere un accordo con l'autorità competente – che sia il *deferred prosecution agreement* o il *non-prosecution agreement* – ovvero vedersi comunque applicare taluni dei fattori attenuanti previsti dalle precedentemente citate⁸⁸⁴ *Guidelines*⁸⁸⁵.

Totalmente diverso è invece il contesto italiano, rappresentato per il 99,5% da piccole e medie imprese, le quali sono caratterizzate dalla sovrapposizione tra proprietà e controllo – solitamente in capo a un singolo socio-amministratore – e dunque strutturalmente impossibilitate a una dissociazione⁸⁸⁶.

Il *carrot-stick approach* pare dunque inefficace nelle piccole realtà aziendali, sia per la già citata sovrapposizione delle cariche sociali, sia per la struttura stessa di questa tipologia di ente, il quale tende ad adottare il modello

⁸⁸² Relazione ministeriale al d.lgs. n. 231/2001, in *www.aodv231.it*, 8.

⁸⁸³ CENTONZE, *La co-regolamentazione*, cit., 234.

⁸⁸⁴ V. cap. IV, 198.

⁸⁸⁵ CENTONZE, *La co-regolamentazione*, cit., 234.

⁸⁸⁶ CENTONZE, *La co-regolamentazione*, cit., 234; ID., *La responsabilità degli enti e la piccola e media impresa*, in CENTONZE, MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità “penale” degli enti*, Bologna, 2016, 89; COLLI, *Capitalismo familiare*, Bologna, 2006, 80 ss.

organizzativo solamente “su carta”, ignorandone poi il contenuto a vantaggio di più semplici, ma improduttive, regole preventive⁸⁸⁷.

Inoltre, come già ricordato⁸⁸⁸, l'applicazione di sanzioni a una piccola o media impresa potrebbe determinare – a causa della caratteristica inseparabilità tra proprietà e gestione – la violazione del principio di *ne bis in idem* sostanziale rispetto al proprietario-amministratore autore del reato⁸⁸⁹.

L'individuo, infatti, potrebbe patire le conseguenze afflittive sia della pena inflittagli come reo-persona fisica, sia della sanzione irrogata alla persona giuridica tramite l'istituto previsto dall'articolo 7⁸⁹⁰ del d.lgs. n. 231/2001⁸⁹¹.

In sostanza, le previsioni del decreto di certo non invogliano gli imprenditori-proprietari delle PMI ad adottare il prescritto modello di *compliance*, sia per i gravosi costi dello stesso, sia per la mancanza di un concreto ed effettivo beneficio derivante dall'adozione dello schema di prevenzione di rischio-reato⁸⁹².

Un modello di prevenzione del rischio-reato, basato sulla collaborazione attiva degli enti, deve essere calibrato sull'oggettiva realtà economica del Paese: il caso delle piccole e medie imprese ritrae, per la sua rilevanza nel contesto italiano, «il paradigma della necessità di ricalibrare i mezzi e i fini del sistema della responsabilità degli enti»⁸⁹³.

Prendendo ad esempio l'esperienza statunitense è allora possibile ipotizzare un intervento di riforma del sistema di responsabilità degli enti che prenda atto della realtà economico-imprenditoriale del nostro Paese.

⁸⁸⁷ CENTONZE, *La responsabilità degli enti*, cit., 91.

⁸⁸⁸ V. cap. IV, 191.

⁸⁸⁹ Così PIERGALLINI, *I reati presupposto*, cit., 227.

⁸⁹⁰ «Nel caso previsto dall'articolo 5, comma 1, lettera b), l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza. In ogni caso, è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Il modello prevede, in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio. L'efficace attuazione del modello richiede: a) una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività; b) un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello».

⁸⁹¹ CENTONZE, *La responsabilità degli enti*, cit., 92.

⁸⁹² CENTONZE, *La responsabilità degli enti*, cit., 91.

⁸⁹³ CENTONZE, *La responsabilità degli enti*, cit., 112.

L'ordinamento degli Stati Uniti, infatti, detta una specifica disciplina per gli enti di piccole e medie dimensioni, le *Closely Held Organizations* e le *Small Organizations*.

Le prime si caratterizzano per un numero limitato di soci e per una sovrapposizione tra proprietà e gestione.

Per queste organizzazioni, il sistema statunitense prevede, affinché possa essere minimizzata la violazione del *ne bis in idem* sostanziale, una compensazione tra la sanzione pecuniaria irrogata alla società e quella eventualmente inflitta alla persona fisica che posseda una quota in società non inferiore al 5%, bilanciando l'entità della pena con la percentuale di quote posseduta⁸⁹⁴.

Le *Small Organizations* sono invece le organizzazioni con meno di duecento dipendenti.

Per questa categoria di persona giuridica, le *Sentencing Guidelines* prevedono che, sebbene tali imprese siano tenute a dimostrare il medesimo grado di impegno etico e di rispetto della legge al pari delle grandi società, le modalità per determinare l'adeguatezza dei *compliance programs* devono necessariamente differire da quelle utilizzate per le *Big Companies*, poiché anche un sistema di controllo semplice può rivelare un'efficacia adeguata se parametrato alla tipologia di ente in cui questo è applicato⁸⁹⁵.

Quello che si evince dal sistema nordamericano è che le piccole e medie imprese, pur essendo tenute a prevenire per quanto possibile la commissione di illeciti, sono giudicate in maniera differente rispetto alle grandi imprese, inoltre, tenendo conto delle peculiarità di ciascuna di esse, può essere tracciato un modello comportamentale più flessibile e adeguato alle specifiche caratteristiche⁸⁹⁶.

⁸⁹⁴ «The court may offset the fine imposed upon a closely held organization when one or more individuals, each of whom owns at least a 5 percent interest in the organization, has been fined in a federal criminal proceeding for the same offense conduct for which the organization is being sentenced. The amount of such offset shall not exceed the amount resulting from multiplying the total fines imposed on those individuals by those individuals' total percentage interest in the organization». Federal Sentencing Guidelines for Organizations, par. 8C3.4, reperibile su www.ussc.gov.

⁸⁹⁵ Federal Sentencing Guidelines for Organizations, par. 8B2.1, reperibile su www.ussc.gov.

⁸⁹⁶ CENTONZE, *La responsabilità degli enti*, cit., 96.

Sul punto, il *Commentary* al par. 8B2.1 delle *Sentencing Guidelines For Organizations* elenca una serie di operazioni informali che le *Small Organizations* possono svolgere per adempiere al loro dovere di adottare adeguati modelli di organizzazione, tra cui: affidare la gestione del modello ai soggetti apicali; istruire il personale attraverso incontri informali; realizzare un sistema di *compliance* sulla base di altri modelli già esistenti e delle *best practices* di enti simili⁸⁹⁷.

Le lacune del nostro sistema di responsabilità degli enti relative alle piccole e medie imprese, insieme con lo sguardo all'esperienza del modello di *common law* appena trattato, che sul tema risulta meglio organizzato, hanno determinato la nascita di diverse proposte di modifica, tra cui le due più importanti, l'una suggerita dalla Commissione Greco e l'altra predisposta dall'associazione AREL, le quali saranno di seguito trattate.

2.1.1 La proposta della Commissione Greco e il Progetto AREL

Come detto in precedenza, la proposta della Commissione Greco e il Progetto AREL hanno rappresentato le più importanti ipotesi di modifica del sistema *ex* d.lgs. n. 231/2001, soprattutto a proposito dell'applicazione dello stesso nei confronti delle piccole e medie imprese.

Per quanto la riguarda il lavoro della Commissione, questa si è occupata in particolare di tre punti: la modifica del criterio dell'interesse o vantaggio di cui all'articolo 5 del decreto in commento, in ordine all'applicazione dello stesso nel caso di morte o lesioni di un lavoratore *ex art. 25-septies*; la revisione degli articoli 6 e 7 circa i parametri soggettivi di ascrizione della responsabilità per reati colposi; la proposta di creazione di un sistema semplificato per le piccole e medie imprese⁸⁹⁸.

Circa la prima ipotesi, evidenziata la difficoltà di ricondurre l'evento critico a un interesse o a un vantaggio per l'ente, si è suggerita una riscrittura dell'articolo 5, prevedendo che, in caso di delitti colposi, i parametri di interesse o

⁸⁹⁷ Sul punto, v. CENTONZE, *La responsabilità degli enti*, cit., 96 s.

⁸⁹⁸ ARENA, *Le modifiche al d.lgs. 231 proposte dalla Commissione Greco*, in www.reatisocietari.it, 18 novembre 2008, 1.

vantaggio fossero ricollegati non già all'illecito (la morte o lesione), ma piuttosto alla violazione delle regole cautelari, ossia alla condotta⁸⁹⁹.

Un problema analogo è stato riscontrato con riferimento all'articolo 6 del decreto, ove l'elemento determinante per l'esenzione dell'ente da responsabilità, ovverosia "l'elusione fraudolenta del modello", da un lato risulta facilmente individuabile nella condotta del soggetto apicale che abbia forzato il modello di prevenzione; dall'altro, non può essere utilizzato per i reati colposi, mancando infatti la volontà dell'evento⁹⁰⁰.

La Commissione ha dunque ipotizzato l'inserimento di un nuovo comma all'articolo 6, appositamente dedicato alle fattispecie colpose di evento, alla stregua del quale la *societas* possa essere esentata da responsabilità nel caso in cui sia riuscita a dimostrare che la condotta costituente reato sia stata compiuta in violazione di specifiche regole del modello di gestione e controllo, opportunamente inserite dall'ente⁹⁰¹.

Quanto all'articolo 7, riguardante i parametri di imputazione della responsabilità per i reati commessi da soggetti subordinati, si è proposta invece una parziale modifica attraverso la quale, per i reati colposi, si è preteso che le condotte costitutive dell'illecito – e non il reato stesso, come attualmente stabilito – siano state facilitate dall'omessa vigilanza degli apicali⁹⁰².

Infine, consapevole dell'eccessiva onerosità del modello per le piccole realtà aziendali e della sovrapposizione tra proprietà e gestione – la quale non consentiva di distinguere tra reo-persona fisica ed ente – il Comitato di esperti ha suggerito di ridefinire il concetto di PMI, valorizzando proprio la caratteristica identificazione "owner-manager" italiana, sulla base di un requisito dimensionale⁹⁰³.

Nello specifico, la Commissione Greco ha ritenuto che il decreto dovrebbe definire "piccole imprese" le società nelle quali «l'organo amministrativo [sia] costituito per la maggioranza da soggetti cui [sia] riferibile il controllo dell'ente ovvero, nel caso di amministratore unico, quando tale soggetto [sia] la persona cui

⁸⁹⁹ ARENA, *Le modifiche*, cit., 1.

⁹⁰⁰ ARENA, *Le modifiche*, cit., 2.

⁹⁰¹ ARENA, *Le modifiche*, cit., 2.

⁹⁰² ARENA, *Le modifiche*, cit., 2.

⁹⁰³ CENTONZE, *La responsabilità degli enti*, cit., 107.

[sia] riferibile il controllo dell'ente, sempre che il numero di dipendenti non [risulti] superiore a 15 sull'intero territorio nazionale. Nei casi in cui l'amministratore non [sia] anche socio controllore, si [potrebbe] parlare di impresa piccola qualora i dipendenti [siano] inferiori a 10»⁹⁰⁴.

Le persone giuridiche in tal modo individuate, dunque, potrebbero dotarsi di modelli organizzativi più snelli, ma con la medesima efficacia esimente di quelli adottati dalle altre tipologie di *societas*⁹⁰⁵.

Tale ritocco legislativo è stato criticato da parte della dottrina, secondo la quale «la soluzione appena prospettata [...] non pare però risolvere i problemi evidenziati: la semplificazione dei modelli organizzativi per le PMI non potenzierebbe comunque la funzione preventiva delle procedure aziendali e lascerebbe in ogni caso inalterato il rischio di un irragionevole aggravio sanzionatorio nei confronti della persona fisica»⁹⁰⁶.

La seconda proposta di modifica è contenuta nel c.d. “Progetto AREL”⁹⁰⁷, presentato dall'allora Ministro della Giustizia Alfano in occasione del convegno organizzato dall'associazione omonima e svoltosi a Roma nel luglio del 2010⁹⁰⁸.

Il testo ha prospettato tre rilevanti proposte di modifica: il superamento dell'onere probatorio a carico dell'ente circa l'adozione e l'adeguamento del programma di prevenzione del rischio-reato; la specificazione legislativa dei contenuti minimi dello schema organizzativo e, infine, una procedura di attestazione preventiva del modello effettuata da un soggetto con appositi poteri di certificazione⁹⁰⁹.

Certamente di maggior interesse appaiono tali ultimi due punti, su cui è opportuno soffermarsi brevemente prima di esporre le soluzioni al problema delle PMI contenute nel Progetto.

I redattori del testo hanno infatti proposto di rimodernare l'articolo 6 comma 2 del d.lgs. n. 231/2001 integrandovi «sette fattori di adeguatezza

⁹⁰⁴ ARENA, *Le modifiche*, cit., 3.

⁹⁰⁵ CENTONZE, *La responsabilità degli enti*, cit., 108.

⁹⁰⁶ CENTONZE, *La responsabilità degli enti*, cit., 108.

⁹⁰⁷ Sul punto, cfr. DE VERO, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 10, 1137 ss.

⁹⁰⁸ VIZZARDI, SANTA MARIA, *Il progetto di riforma alla “231”: che cosa cambia, che cosa manca*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16 novembre 2010, 1.

⁹⁰⁹ MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2017, 101.

organizzativa»⁹¹⁰ idonei ad accrescere «il tasso di rigidità della valutazione in ordine alla idoneità del modello stesso»⁹¹¹.

Il nuovo testo dell'articolo in commento avrebbe dovuto così recitare: «I modelli di cui alla lettera a) del comma 1, devono: a) dar conto della effettiva organizzazione dell'ente in rapporto all'estensione dei poteri delegati e all'eventuale esistenza di una attività di direzione e coordinamento, nonché far risultare i criteri utilizzati in sede di progettazione e di definizione dei contenuti del modello; b) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati, valutando la misura e il tipo di tale rischio in rapporto ai reati per i quali il modello è predisposto; c) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire; d) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati; e) prevedere adeguati flussi informativi ed obblighi di informazione nei confronti dell'organismo di vigilanza di cui al comma 1, lettera b), nonché dar conto dei rapporti del medesimo organismo di vigilanza con gli organi dirigenti e di controllo dell'ente e con l'eventuale organo cui partecipano i soci o gli associati all'ente; f) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello; g) prevedere modalità di informazione, da parte dell'organismo di vigilanza di cui al comma 1, lettera b), sull'adeguatezza del modello e sulla sua efficace attuazione»⁹¹².

L'elemento più importante è però costituito dalla valutazione preventiva del sistema di prevenzione, capace di escludere la responsabilità dell'ente.

Il Comitato di esperti ha infatti previsto che attraverso un'attività di certificazione affidata a soggetti appartenenti a un apposito elenco di individui abilitati⁹¹³, tenuto dal Ministero della Giustizia⁹¹⁴, l'ente sarebbe stato escluso da

⁹¹⁰ MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 103.

⁹¹¹ MUCCIARELLI, *Una progettata modifica al D.Lgs. n. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità*, in *Riv. Soc.*, 2010, 10, 1250.

⁹¹² Schema di disegno di legge di modifica del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300, in allegato a VIZZARDI, SANTA MARIA, *Il progetto di riforma*, cit., Allegato.

⁹¹³ Il cui ruolo era reso ancora più serio dalla previsione dell'articolo 2 dello Schema di disegno di legge citato nella precedente nota, secondo il quale «Il certificatore che, con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alle sue funzioni, dichiarando falsamente la idoneità del modello

ogni responsabilità, sempre che l'opera di attestazione fosse risultata regolare, il modello adottato non avesse presentato differenze con quello certificato e non fossero sopraggiunte gravi violazioni delle prescrizioni tali da rendere evidente la carenza organizzativa causa della commissione dell'illecito⁹¹⁵.

Inoltre, grazie alla presenza di un modello certificato, la società avrebbe pure evitato, già nelle indagini preliminari, l'applicazione di misure cautelari interdittive, a meno che non fossero sopravvenute esigenze cautelari di eccezionale rilevanza⁹¹⁶.

Dopo aver introdotto le principali caratteristiche dell'attività di certificazione, contenute nella proposta di un nuovo articolo 7-bis⁹¹⁷, è opportuno

preventivo dei reati da cui dipende la responsabilità dell'ente, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto profitto o arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. Fuori dei casi previsti dal comma 2, il certificatore che, con attestazione non conforme al vero, dichiara consapevolmente o con colpa grave che sussistono i presupposti dell'idoneità del modello è sanzionato con la sospensione fino a due anni dall'attività di certificazione e, nei casi più gravi, con l'interdizione definitiva». Cfr. a VIZZARDI, SANTA MARIA, *Il progetto di riforma*, cit., Allegato.

⁹¹⁴ Inoltre, il Ministero avrebbe dovuto emanare un regolamento in cui sarebbero stati definiti i diversi requisiti di professionalità, indipendenza e via dicendo dei soggetti abilitabili e i criteri generali per l'attestazione del modello, determinando il contenuto, i termini per il rinnovo, le modalità per concedere la certificazione, *etc.* Così VIZZARDI, SANTA MARIA, *Il progetto di riforma*, cit., 2.; MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 103.

⁹¹⁵ MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 104.

⁹¹⁶ VIZZARDI, SANTA MARIA, *Il progetto di riforma*, cit., 1; MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 104.

⁹¹⁷ «In caso di regolare certificazione di idoneità del modello preventivo secondo le modalità stabilite nel regolamento previsto al comma 4, è esclusa la responsabilità dell'ente, sempre che il modello concretamente attuato corrisponda al modello certificato e non siano sopravvenute significative violazioni delle prescrizioni che abbiano reso manifesta la lacuna organizzativa causa del reato per cui si procede. La certificazione può anche: a) riguardare singole procedure; b) attestare l'idoneità delle procedure in corso per l'impianto dei modelli preventivi dei reati. In tal caso la certificazione, in attesa di quella finale, ha efficacia provvisoria, escludendo la responsabilità dell'ente solo per il tempo necessario all'impianto dei modelli e nei limiti in cui risulti espressione certa della volontà dell'ente medesimo di prevenire il fatto di reato rilevante. Nel caso di modello certificato non si applicano, a titolo di misura cautelare, le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, salvo che non ricorrano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza. Con regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Ministro della giustizia definisce con regolamento i criteri generali per la certificazione di idoneità dei modelli, in particolare determinando il loro contenuto e le modalità di rilascio della certificazione, nonché l'efficacia a questa attribuita e la periodicità del rinnovo, tenendo conto anche dei codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti. Il medesimo regolamento individua inoltre i soggetti pubblici o privati che possono rilasciare la certificazione di idoneità, nonché le caratteristiche soggettive e i requisiti patrimoniali, di indipendenza e di professionalità di cui essi devono disporre, prevedendo a tal fine l'istituzione, presso il Ministero della Giustizia, di un elenco dei soggetti abilitati. I soggetti abilitati sono sottoposti, relativamente all'attività di rilascio delle certificazioni, alla vigilanza del Ministero, secondo le modalità definite dal regolamento». Cfr. Schema di disegno di legge di modifica del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma

concludere con le previsioni del Progetto AREL relative alle piccole e medie imprese.

A tal proposito, l'articolo 6 comma 3 del decreto, come riscritto dai redattori del testo di modifica, avrebbe dovuto recitare: «Negli enti di piccole dimensioni, i compiti indicati nella lettera b), del comma 1⁹¹⁸, possono essere svolti da un soggetto interno all'ente dotato di adeguate garanzie di indipendenza, direttamente o secondo le modalità previste con il regolamento di cui all'articolo 7-bis, comma 4. Ai fini del presente comma sono qualificati enti di piccole dimensioni i soggetti che, per due esercizi consecutivi, non hanno superato due dei limiti indicati dal primo comma dell'articolo 2435-bis del codice civile⁹¹⁹». ⁹²⁰

In sostanza il Progetto, dopo aver definito "enti di piccole dimensioni" quelli che non superavano due delle tre soglie previste dalla norma del codice civile che consente di redigere il bilancio in forma abbreviata, ha previsto la possibilità, nelle realtà imprenditoriali che avessero soddisfatto tale requisito, di far svolgere i compiti comunemente assegnati all'Organismo di Vigilanza a un soggetto interno, dotato di idonee qualità di indipendenza, che avrebbe adempiuto il proprio dovere direttamente o seguendo le modalità indicate nel regolamento di attuazione emanato dal Ministero della Giustizia⁹²¹.

Anche il testo di modifica AREL è stato oggetto di severe critiche.

È stato innanzitutto criticato il ruolo assegnato al Ministero della Giustizia nell'ambito della procedura di attestazione, sia perché rappresenterebbe una

dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300, in allegato a VIZZARDI, SANTA MARIA, *Il progetto di riforma*, cit., Allegato.

⁹¹⁸ «Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente risponde se: [...] b) l'organo dirigente non ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi». Cfr. Schema di disegno di legge di modifica del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300, in allegato a VIZZARDI, SANTA MARIA, *Il progetto di riforma*, cit., Allegato.

⁹¹⁹ Nello specifico: totale dell'attivo dello stato patrimoniale non superiore a 4.400.000 euro; ricavi delle vendite e delle prestazioni non superiore a 8.800.000 euro; non più di 50 dipendenti occupati in media durante l'esercizio.

⁹²⁰ Schema di disegno di legge di modifica del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300, in allegato a VIZZARDI, SANTA MARIA, *Il progetto di riforma*, cit., Allegato.

⁹²¹ VIZZARDI, SANTA MARIA, *Il progetto di riforma*, cit., 2.

violazione del principio di legalità⁹²², sia perché favorirebbe il temuto “processo di degiurisdizionalizzazione”⁹²³, oltre a una burocratizzazione della colpa di organizzazione della *societas*⁹²⁴.

Nondimeno, si è obiettato che la presunzione d’idoneità preventiva del modello avrebbe inaccettabilmente eliminato ogni verifica giudiziale, privatizzando il giudizio per colpa⁹²⁵.

Per quanto riguarda le modifiche in tema di piccole e medie imprese, è stato ritenuto che il Progetto trascuri il problema della sovrapposizione tra proprietà e gestione⁹²⁶.

È da segnalare, in conclusione, la proposta di autorevole dottrina⁹²⁷ circa la possibilità di escludere dall’ambito di applicazione della disciplina *ex d.lgs. n. 231/2001* gli enti nei quali: l’organo amministrativo sia costituito per la maggior parte da soggetto cui è riferibile il controllo della *societas*, ovvero, nel caso di amministratore unico, quando tale individuo coincida con colui al quale è affidato il controllo dell’ente; il numero dei dipendenti non superi le cinquanta unità sull’intero territorio nazionale, esentando in ogni caso le imprese con meno di quindici dipendenti⁹²⁸.

Per la medesima letteratura, «questa impostazione avrebbe il pregio, da un lato, di continuare a rendere applicabile la normativa vigente in contesti privi di sovrapposizione tra proprietà e gestione nei quali il ricorso ai *compliance programs* può essere funzionale al controllo del management e, dall’altro, di escludere comunque la responsabilità degli enti il cui esiguo numero di dipendenti, a prescindere dagli assetti proprietari, renda l’organizzazione priva di una complessità tale da essere considerata autonomo centro di imputazione di sanzioni»⁹²⁹.

⁹²² FLICK, *Le prospettive di modifica del d.l. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti. Un rimedio peggiore del male?*, in *Cass. pen.*, 2010, 11, 4036 ss.

⁹²³ MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del Modello di Organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. Amm. Soc. en.*, 2011, 3, 91; DE VERO, *Il progetto di modifica*, cit., 1140.

⁹²⁴ FLICK, *Le prospettive*, cit., 4036 ss.

⁹²⁵ PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex D.lg. n. 231/2001)*, in *Cass. pen.*, 2013, 2, 864.

⁹²⁶ CENTONZE, *La responsabilità degli enti*, cit., 108.

⁹²⁷ CENTONZE, *La responsabilità degli enti*, cit., 112.

⁹²⁸ CENTONZE, *La responsabilità degli enti*, cit., 112.

⁹²⁹ CENTONZE, *La responsabilità degli enti*, cit., 112.

2.2 La logica del “senno di poi”

Come ampiamente illustrato nel corso di questo capitolo e del precedente, il modello di prevenzione, per svolgere il proprio ruolo esimente, deve essere adeguato a evitare la commissione di reati.

Sebbene, *prima facie*, tale requisito possa sembrare di facile e veloce apprezzamento nella fase processuale, in realtà nasconde delle insidie le quali fanno sì che il giudice, nella valutazione di tale presupposto, troppo spesso neghi il riconoscimento di un modello idoneo, proprio perché ritenuto non adeguato.

Purtroppo, infatti, l'attuale lettura giurisprudenziale di tale elemento si riassume nella c.d. logica del “senno di poi”⁹³⁰, od “*hoc propter hoc*”⁹³¹, per cui, in sostanza, se un reato è stato commesso, allora il modello non è da considerarsi adeguato⁹³².

Sul punto, è utile ricordare un'importante sentenza di annullamento con rinvio della quinta sezione penale della Corte di Cassazione, relativa al noto caso *Impregilo*⁹³³.

La vicenda ha riguardato la commissione del reato di aggio per mano del presidente del consiglio di amministrazione e dell'amministratore delegato di una S.p.A.⁹³⁴

All'esito del giudizio abbreviato il giudice ha assolto la società, riconoscendo l'esimente *ex* articolo 6 comma 1 d.lgs. n. 231/2001⁹³⁵.

Anche in secondo grado la Corte d'Appello ha confermato la sentenza, aggiungendo che l'adeguatezza del modello era ricollegabile al fatto che i soggetti

⁹³⁰ FORTI, *Uno sguardo ai “piani nobili” del d.lgs. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 4, 1276.

⁹³¹ MANES, TRIPODI, *L'idoneità del modello organizzativo*, in CENTONZE, MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità “penale” degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, 140.

⁹³² CENTONZE, *La co-regolamentazione*, cit., 239.

⁹³³ Cass. Pen., Sez. V., sent. 30 gennaio 2014, n. 4677, con commento di BERNASCONI, “*Razionalità*” e “*irrazionalità*” della Cassazione in tema di idoneità del modello organizzativo, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 12, 1429 ss; v. anche COLACURCI, *L'idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2016, 2, 74 ss.

⁹³⁴ BERNASCONI, “*Razionalità*” e “*irrazionalità*”, cit., 1431.

⁹³⁵ Ovverosia l'adozione di un modello di organizzazione idoneo a prevenire i reati della specie di quello verificatosi. BERNASCONI, “*Razionalità*” e “*irrazionalità*”, cit., 1432.

apicali avessero agito violando in maniera fraudolenta le procedure previste per prevenire il rischio-reato⁹³⁶.

Tuttavia, accogliendo il ricorso del Procuratore Generale presso la Corte d'Appello – a parere del quale il modello aziendale era da considerarsi non idoneo in quanto permetteva ai vertici societari di modificare, senza alcuna preventiva verifica degli uffici interni, le comunicazioni trasmesse al mercato – il giudizio di Cassazione ha negato l'adeguatezza del *compliance program*, sebbene fosse conforme alle linee-guida delle associazioni di categoria⁹³⁷.

La Suprema Corte ha prima di tutto chiarito che proprio tale conformità ai codici di condotta non poteva vincolare il giudice a una «sorta di *ipse dixit* aziendale e/o ministeriale in una prospettiva di privatizzazione della normativa da predisporre per impedire la commissione di reati»⁹³⁸, ma anzi lo stesso organo giudicante, nella fase di valutazione, avrebbe dovuto «far riferimento [...] alle linee direttrici generali dell'ordinamento (e *in primis* a quelle costituzionali: cfr. articolo 41, comma 3), ai principi della logica e ai portati della consolidata esperienza»⁹³⁹.

In breve, gli elementi rilevanti sono essenzialmente due: l'adeguatezza dei modelli organizzativi e il requisito esimente dell'elusione fraudolenta.

Per quanto riguarda il primo punto, la Cassazione ha criticato la decisione della Corte d'Appello laddove questa è sembrata «accontentarsi del fatto che la “bozza [della comunicazione]” [fosse stata] elaborata da un organo interno, mentre poi la diffusione del messaggio [competeva] agli organi apicali (presidente e amministratore delegato)»⁹⁴⁰.

Una corretta procedura di mappatura dei rischi avrebbe dovuto prevedere, a parere del Supremo Collegio, la possibilità per l'organo di controllo di esprimere una «*dissenting opinion* sul “prodotto finito” (rendendo in tal modo manifesta la sua contrarietà al contenuto della comunicazione, in maniera tale da

⁹³⁶ BERNASCONI, “Razionalità” e “irrazionalità”, cit., 1432.

⁹³⁷ BERNASCONI, “Razionalità” e “irrazionalità”, cit., 1431.

⁹³⁸ Cass. Pen., Sez. V., sent. 30 gennaio 2014, n. 4677, par. 3.2.

⁹³⁹ Cass. Pen., Sez. V., sent. 30 gennaio 2014, n. 4677, par. 3.2.

⁹⁴⁰ Cass. Pen., Sez. V., sent. 30 gennaio 2014, n. 4677, par. 5. Cfr. BERNASCONI, “Razionalità” e “irrazionalità”, cit., 1435.

mettere in allarme i destinatari)»⁹⁴¹; mancando tale requisito pare impossibile ritenere il modello organizzativo capace di impedire la commissione di un illecito di tipo comunicativo, quale quello del caso di specie dell'aggiotaggio.

La Corte, poi, ha ricostruito l'esimente dell'elusione fraudolenta, facendola consistere – come si legge sulla sentenza – in una condotta «ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola»⁹⁴² e non in una «semplice e “frontale” violazione»⁹⁴³ della norma imperativa.

Nel caso in esame, la condotta illecita è stata ravvisata – dai giudici dei primi due gradi di giudizio – «nella semplice alterazione/sostituzione dei contenuti della bozza elaborata dagli organi interni»⁹⁴⁴: stando così le cose, tale comportamento non può essere inquadrato in una condotta di aggiramento, bensì in un semplice abuso.

Con questi argomenti la Corte di Cassazione ha negato l'idoneità del modello e l'esimente dell'elusione fraudolenta, rinviando il caso al giudice di merito⁹⁴⁵.

Autorevole dottrina fa notare che dall'analisi della sentenza emerge un «metodo fondamentale per le future verifiche [...]: il *planning* generico, o “di serie”, è *tamquam non esset*»⁹⁴⁶.

Questa considerazione ha fortemente influenzato l'intero panorama giurisprudenziale in ambito di responsabilità amministrativa degli enti, determinando la prassi delle «profezie auto-avveranti»⁹⁴⁷, ovverosia della c.d. logica del senno di poi.

Anche negli Stati Uniti, analizzando le statistiche della *United States Sentencing Commission*⁹⁴⁸, si evince che i giudici tendono a non riconoscere *ex post* l'adeguatezza dei *compliance programs*⁹⁴⁹.

⁹⁴¹ Cass. Pen., Sez. V., sent. 30 gennaio 2014, n. 4677, par. 5

⁹⁴² Cass. Pen., Sez. V., sent. 30 gennaio 2014, n. 4677, par. 6.1. Sul punto, si rimanda a BERNASCONI, “Razionalità” e “irrazionalità”, cit., 1431 e 1433.

⁹⁴³ Cass. Pen., Sez. V., sent. 30 gennaio 2014, n. 4677, par. 6.1. Cfr. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 72.

⁹⁴⁴ Cass. Pen., Sez. V., sent. 30 gennaio 2014, n. 4677, par. 6.1.

⁹⁴⁵ BERNASCONI, “Razionalità” e “irrazionalità”, cit., 1435.

⁹⁴⁶ BERNASCONI, “Razionalità” e “irrazionalità”, cit., 1438.

⁹⁴⁷ MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., 73.

⁹⁴⁸ Sul punto, v. CENTONZE, *La co-regolamentazione*, cit., 239.

⁹⁴⁹ CENTONZE, *La co-regolamentazione*, cit., 240.

È allora probabile che proprio per tale motivo i procedimenti statunitensi contro gli enti si definiscano quasi tutti tramite i meccanismi di *diversion* processuale: in tal modo, infatti, le *corporation* evitano la quasi sicura condanna che deriverebbe da un *trial*, accettando piuttosto le prescrizioni imposte dalla procura, pur di non dover subire le conseguenze di un processo a loro carico⁹⁵⁰.

La medesima “via di fuga” potrebbe essere sfruttata anche nel nostro sistema *ex* d.lgs. n. 231/2001: come detto, a parte qualche caso isolato⁹⁵¹, il giudizio di responsabilità dell’ente termina sempre con un riconoscimento della inidoneità del modello, per cui ipotizzare strumenti di messa alla prova per le società sembra una soluzione degna di nota.

Per questo motivo, nel corso dei successivi paragrafi, saranno approfonditi i meccanismi di collaborazione processuale utilizzati soprattutto nei sistemi di *common law*, tra cui anche i diversi *settlement agreements* anzidetti, i quali potrebbero contribuire a un netto miglioramento – in termini di efficacia ed efficienza – del paradigma di responsabilità degli enti.

3. Rimodernare la disciplina in tema di collaborazione dell’ente

Il d.lgs. n. 231/2001 assegna agli enti un ruolo attivo nel prevenire il rischio-reato, obbligando loro ad adottare ed efficacemente attuare un idoneo modello organizzativo in grado di escludere la responsabilità delle persone giuridiche.

L’efficace attuazione del modello richiede tre attività fondamentali: prevenire (cioè dotarsi di adeguati meccanismi di controllo), rilevare (ovverosia monitorare il funzionamento del modello) e rimediare (o meglio, migliorare il modello sulla base delle mancanze emerse dall’attività di monitoraggio)⁹⁵².

In aggiunta a queste operazioni, sembra sempre più urgente – considerando anche il *trend* negativo assunto dalla giurisprudenza, consolidatasi nella logica del “senno di poi” – la necessità di proceduralizzare i rapporti di

⁹⁵⁰ CENTONZE, *La co-regolamentazione*, cit., 240.

⁹⁵¹ Trib. Catania, sez. VI, sent. 14 aprile 2016, n. 2133. Con nota di ORSINA, *Il caso “Rete Ferroviaria Italiana S.p.A.”: un’esperienza positiva in tema di colpa di organizzazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 gennaio 2017, 1 ss.

⁹⁵² MANTOVANI, *Il d.lgs. n. 231/2001 e gli incentivi alla persona giuridica: il punto di vista dell’impresa*, in CENTONZE, MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità “penale” degli enti*, Bologna, 2016, 118.

collaborazione tra l'impresa e gli organi della magistratura, in particolare ottimizzando l'istituto delle *internal investigations*, necessarie per pervenire alla scoperta di un illecito e alla sua conseguente e spontanea segnalazione alle autorità competenti (il c.d. *self-reporting*); nonché introducendo i meccanismi di matrice anglosassone della *diversion* processuale⁹⁵³.

L'utilità e il funzionamento di tali strumenti, inoltre, è stata recentemente dimostrata – seppur limitatamente nel campo della corruzione – da una ricerca effettuata dall'OCSE nel 2014, il *Foreign Bribery Report*⁹⁵⁴, dalla quale è emerso che oltre il 30% dei casi di corruzione aziendale sono stati scoperti grazie al meccanismo delle investigazioni interne, a cui è poi seguita l'autodenuncia da parte della società; inoltre, il 69% dei procedimenti si è concluso con un *agreement* tra l'autorità competente e l'ente coinvolto⁹⁵⁵.

In parallelo, l'analisi di uno studio legale statunitense⁹⁵⁶ ha mostrato che se le due grandi società⁹⁵⁷ oggetto del rapporto in questione, coinvolte in un procedimento per corruzione internazionale (e in seguito condannate), si fossero attivate autodenunciandosi alle autorità, avrebbero beneficiato di una riduzione pari ad almeno il 20% del totale, secondo i criteri previsti dalle *US Sentencing Guidelines* di cui si è diffusamente trattato⁹⁵⁸.

Se si affiancano questi dati alle peculiarità del sistema italiano, appare quasi irrinunciabile il rimodellamento dei meccanismi di collaborazione tra società e autorità giudiziaria.

Una delle caratteristiche più problematiche del paradigma sanzionatorio *ex d.lgs. n. 231/2001*, giova ripeterlo, concerne la causa esimente di cui all'articolo 6 della normativa in dettaglio, per il quale la *societas* non risponde del reato commesso dai propri rappresentanti qualora riesca a dimostrare l'adozione e l'efficace attuazione *ex ante* del modello di prevenzione idoneo a impedire la commissione di illeciti della specie di quello verificatosi; nonché la creazione di

⁹⁵³ In tal senso, si rimanda a MANTOVANI, *Il d.lgs. n. 231/2001*, cit., 119.

⁹⁵⁴ Consultabile su www.oecd.org. Sul punto si rimanda a MANTOVANI, *Il d.lgs. n. 231/2001*, cit., 120.

⁹⁵⁵ MANTOVANI, *Il d.lgs. n. 231/2001*, cit., 120.

⁹⁵⁶ *Covington & Burling LLP*. Cfr. MANTOVANI, *Il d.lgs. n. 231/2001*, cit., 125.

⁹⁵⁷ Nello specifico, la società francese *Alstom SA* e quella giapponese *Marubeni*, sanzionate all'esito del procedimento, rispettivamente, con una pena pecuniaria pari a 772 milioni di dollari e 88 milioni di dollari. V. MANTOVANI, *Il d.lgs. n. 231/2001*, cit., 125.

⁹⁵⁸ In particolare, v. cap. IV, 7. Cfr. MANTOVANI, *Il d.lgs. n. 231/2001*, cit., 125.

un organo interno il cui compito consista nel verificare il funzionamento, l'attuazione e l'aggiornamento dei *compliance programs*, ovvero sia l'Organismo di Vigilanza⁹⁵⁹.

Come dimostrato in precedenza, a seguito della vicenda *Impregilo* tale meccanismo non è stato quasi mai concesso in via giudiziale⁹⁶⁰.

È evidente che tale prassi giurisprudenziale difficilmente stimolerà gli enti a collaborare per l'emersione degli illeciti e per la successiva autodenuncia all'autorità.

Sulla base di quanto esaminato fino ad ora, la soluzione potrà allora consistere nell'introduzione di meccanismi di *settlement*, come i *non-prosecution agreements*, i *deferred prosecution agreements* e i *plea agreements*, sulla scia dell'esperienza di *common law*; supportati da un'adeguata procedimentalizzazione delle attività di *internal investigations* e del *self-reporting*.

3.1 La necessità di procedimentalizzare le *internal investigations* e il *self-reporting*

Nel mondo societario, per l'ente può spesso risultare opportuno attivare un meccanismo di investigazione all'interno della propria struttura aziendale, affinché vengano adottati strumenti di contrasto adeguati alla possibile commissione di reati, denunciati o presunti in seguito ad alcuni segnali d'allarme⁹⁶¹.

Il nostro ordinamento non prevede una regolamentazione delle "indagini interne", a parte la norma sulle investigazioni difensive preventive – finalizzate alla raccolta di prove per un possibile procedimento – di cui all'articolo 391-*nonies* c.p.p.⁹⁶².

A seguito dei recenti sviluppi in tema di *corporate compliance*, le società – soprattutto quelle maggiormente esposte al rischio penale in ragione della propria tipologia di attività imprenditoriale – stanno iniziando a rivestire un ruolo sempre

⁹⁵⁹ MANTOVANI, *Il d.lgs. n. 231/2001*, cit., 126 s.

⁹⁶⁰ MANTOVANI, *Il d.lgs. n. 231/2001*, cit., 127.

⁹⁶¹ In questo senso, v. TOMBARI, *Governo societario, compliance e "indagini interne" nella S.p.A. quotata*, in ROSSI (a cura di), *La corporate compliance: una nuova frontiera per il diritto?*, Milano, 2016, 261; BOURTIN, HOULE, *Investigazioni interne: uno sguardo all'esperienza americana*, in CENTONZE, MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità "penale" degli enti*, Bologna, 2016, 204 s.

⁹⁶² Sul punto, si consiglia la lettura di MANCUSO, *Le investigazioni interne*, cit., 223 ss.

più importante nell'ambito della prevenzione interna, essendo inquadrate come attori principali nella ricerca di eventuali condotte criminose⁹⁶³.

Un primo esempio è stato fornito da *Eni S.p.A.*, la quale, una volta venuta a conoscenza di procedimenti giudiziari a proprio carico, si è attivata incaricando i maggiori studi legali e i migliori consulenti esterni a compiere un'approfondita e minuziosa indagine interna, nel segno dell'assoluta terzietà e indipendenza⁹⁶⁴.

La prassi investigativa su base volontaria, tuttavia, rappresenta quasi un'eccezione, la quale, in assenza di una legislazione settoriale, pare perlopiù riservata alle grandi multinazionali⁹⁶⁵.

I vantaggi e le finalità delle indagini interne, invece, dovrebbero essere sfruttati da tutte le persone giuridiche la cui attività rileva ai sensi del d.lgs. n. 231/2001.

A tal proposito, è opportuno dedicare una breve analisi ai modelli di *internal investigations* statunitensi.

Il recente passato degli Stati Uniti è stato segnato dalla conclusione di un gran numero di accordi transattivi del valore di miliardi di dollari. In questo contesto, le investigazioni interne hanno svolto un ruolo centrale nel campo della collaborazione con i *Prosecutors*⁹⁶⁶.

Nel sistema straniero in commento, infatti, gli enti possono essere perseguiti da più autorità, sia statali che federali, le cui investigazioni possono trasformarsi in giudizi civili, amministrativi o penali, con serie conseguenze a livello reputazionale ed economico⁹⁶⁷.

Una volta ricevuta la notizia del possibile compimento di un reato, la *corporation* può beneficiare di una serie di vantaggi solamente se abbia collaborato con le autorità anche attraverso un'attenta indagine interna.

Infatti, le *U.S. Sentencing Guidelines* contemplano una riduzione delle sanzioni pecuniarie, o altri benefici, per gli enti che abbiano svolto una

⁹⁶³ MANTOVANI, FRANCESCHINI, *La compliance in Eni*, in ROSSI (a cura di), *La corporate compliance: una nuova frontiera per il diritto?*, coll. *Riv. Soc.*, Milano, 2016, 27 s.

⁹⁶⁴ Sul punto, si rimanda a MANTOVANI, FRANCESCHINI, *La compliance in Eni*, cit., 1 ss.

⁹⁶⁵ TOMBARI, *Governo societario*, cit., 267.

⁹⁶⁶ BOURTIN, HOULE, *Investigazioni interne*, cit., 199.

⁹⁶⁷ BOURTIN, HOULE, *Investigazioni interne*, cit., 201.

investigazione interna tale da portare alla luce un illecito, che sia stato successivamente denunciato tramite il meccanismo del *self-reporting*⁹⁶⁸.

Gli organi inquirenti, del resto, possono obbligare la società a mostrare documenti o fornire informazioni ritenute importanti, per cui sarebbe un inutile rischio evitare di svolgere un'indagine interna e rinunciare alle eventuali attenuanti garantite dal sistema statunitense⁹⁶⁹.

Secondariamente, la totale comprensione dei fatti garantisce, oltre alla predisposizione di rimedi adeguati, la possibilità di creare la migliore strategia difensiva nel caso in cui si dovesse eventualmente procedere a giudizio⁹⁷⁰.

Per quanto riguarda le modalità della collaborazione, in linea generale le *corporations* consegnano alle autorità ogni documento e ogni informazione raccolti durante la propria indagine e ritenuti rilevanti⁹⁷¹.

La selezione di questi documenti avviene con l'assistenza del legale della società, il quale spesso è chiamato a collaborare con consulenti esterni, i quali garantiscono un elevato grado di imparzialità⁹⁷².

Nell'ambito della propria investigazione, il difensore dell'ente può ricorrere a interviste ai dipendenti, le quali sono protette dal c.d. "*attorney-client privilege*": in sostanza, dal segreto professionale⁹⁷³.

L'insieme di tutte queste attività viene poi valutato dal *Prosecutor*, che sulla base delle linee-guide emanate dal *Department of Justice* può decidere se formulare o meno un'accusa penale, tenendo conto del grado di cooperazione che l'ente ha fornito agli organi competenti⁹⁷⁴.

Tornando all'esperienza italiana, si evincono due esigenze a cui risponde la proceduralizzazione delle *internal investigations*: da un lato, assicurare un beneficio per l'ente (ad esempio, uno sconto di pena che prescindendo dalla valutazione di cui all'articolo 17 del d.lgs. n. 231/2001) e garantire l'impunità per i controllori che si siano adoperati per far emergere i reati-presupposto⁹⁷⁵.

⁹⁶⁸ BOURTIN, HOULE, *Investigazioni interne*, cit., 204.

⁹⁶⁹ BOURTIN, HOULE, *Investigazioni interne*, cit., 207.

⁹⁷⁰ BOURTIN, HOULE, *Investigazioni interne*, cit., 205.

⁹⁷¹ BOURTIN, HOULE, *Investigazioni interne*, cit., 208.

⁹⁷² BOURTIN, HOULE, *Investigazioni interne*, cit., 212.

⁹⁷³ BOURTIN, HOULE, *Investigazioni interne*, cit., 212.

⁹⁷⁴ BOURTIN, HOULE, *Investigazioni interne*, cit., 213.

⁹⁷⁵ MANCUSO, *Le investigazioni interne*, cit., 227.

Dall'altro, la necessità di coinvolgere i legali sin dalla prima notizia di un possibile illecito, non ancora comunicata agli organi competenti, così da consolidare l'*attorney-client privilege* tipico della funzione difensiva e assicurare l'opposizione del segreto professionale alle richieste delle autorità⁹⁷⁶.

In particolare, osserva autorevole dottrina, «l'esigenza di non farsi trovare impreparati rispetto alle possibili richieste dell'autorità impone la predisposizione di meccanismi di risposta utili, che consentano di fornire gli elementi richiesti e determinare l'avvio di un processo decisionale virtuoso, atto a porre una cesura rispetto a prassi incerte o di dubbio fondamento: la minuziosa comprensione dei fatti, oggetto di potenziale addebito, costituisce presupposto imprescindibile per la pianificazione di scelte difensive e gestorie, anche al fine di evitare il semplice sospetto di aver conosciuto e tollerato – se non addirittura coperto – condotte illecite in seno all'attività d'impresa»⁹⁷⁷.

Proprio sulla base degli elementi emersi in seguito alla fase investigativa, s'incentra una seconda e susseguente condotta collaborativa: il *self-reporting*.

Tale meccanismo è ampiamente utilizzato sia nel sistema inglese che in quello statunitense.

Per quanto riguarda l'ordinamento anglosassone, con il già citato *Bribery Act* 2010 è stata introdotta la possibilità di collaborare con l'autorità competente, il *Serious Fraud Office*, fornendo una collaborazione che si sostanzia sia nelle *internal investigations*, sia nell'autodenuncia, a cui possono seguire importanti riduzioni di pena.

Tuttavia, è il modello americano che merita un approfondimento.

In particolare, il *Chapter 8* delle *U.S. Sentencing Guidelines* disciplina una serie di calcoli che i giudici devono seguire per determinare la sanzione da irrogare all'ente e la relativa afflittività della stessa.

In breve, la Corte è tenuta a individuare un livello di colpevolezza, il c.d. "*culpability score*", che da un livello iniziale pari a 5 può essere incrementato in relazione alle caratteristiche della società e del crimine che è stato commesso⁹⁷⁸.

⁹⁷⁶ MANCUSO, *Le investigazioni interne*, cit., 228.

⁹⁷⁷ MANCUSO, *Le investigazioni interne*, cit., 222.

⁹⁷⁸ NUNES, *Organizational Sentencing Guidelines: the conundrum of compliance programs and self-reporting*, in *Ariz. St. L. J.*, 1995, 27, 1045.

Una volta calcolato in tal modo il “*fine range*”, la Corte determina la sanzione da infliggere all’ente, tenendo conto dei fattori aggravanti o attenuanti⁹⁷⁹.

Tra questi fattori figura appunto il *self-reporting*.

L’attività in questione garantisce alla *corporation* una riduzione di ben cinque livelli del “*culpability score*”⁹⁸⁰: tradotto in termini prettamente economici, una ipotetica sanzione pari a un milione di dollari potrebbe essere ridotta fino a soli cinquantamila dollari, nel caso in cui un’attività di auto-denuncia sia stata posta in essere tempestivamente⁹⁸¹.

In Italia non è presente una regolamentazione del meccanismo in commento: l’unico strumento simile è contenuto nell’articolo 17 del d.lgs. n. 231/2001, il quale valorizza e incentiva le condotte riparatorie *post factum* escludendo l’applicabilità di sanzioni interdittive.

Tuttavia, un’esplicita previsione legislativa, che prenda spunto dalle consistenti riduzioni di pena connesse all’attività di *self-reporting*, è auspicabile principalmente per due ragioni.

Da un lato, infatti, l’autodenuncia permetterebbe all’ente di evitare le pratiche maggiormente invasive degli organi inquirenti, rivolte all’ottenimento di una *notitia criminis*, la quale potrebbe poi costituire il fondamento per la diffusione *ex abrupto* di notizie circa l’apertura di un’indagine penale a carico della *societas*, con gravi effetti non solo reputazionali, ma anche economici (si pensi all’applicazione di misure cautelari) che potrebbero derivarne⁹⁸².

Dall’altro, i rilevanti benefici premiali connessi all’azione collaborativa consentirebbero di superare il temuto “effetto *boomerang*”⁹⁸³, ovvero la paura che l’emersione di fatti societari illeciti per mano della stessa impresa possa determinare per la medesima conseguenze pregiudizievoli (tra cui le già citate misure cautelari o le pene pecuniarie, fino all’irrogazione delle temibili sanzioni interdittive)⁹⁸⁴.

⁹⁷⁹ NUNES, Organizational Sentencing Guidelines, cit., 1046.

⁹⁸⁰ Sentencing Guidelines, par. 8C2.5.

⁹⁸¹ NUNES, Organizational Sentencing Guidelines, cit., 1054.

⁹⁸² MANCUSO, *Le investigazioni interne*, cit., 224 s.

⁹⁸³ VIZZARDI, SANTA MARIA, *Il progetto di riforma*, cit., 5.

⁹⁸⁴ VIZZARDI, SANTA MARIA, *Il progetto di riforma*, cit., 5.

In conclusione, una possibile riforma in tema di cooperazione impresa-autorità, dunque, dovrebbe garantire a ogni persona giuridica la possibilità di avviare un percorso di *restorative justice* alla cui base ci sia un'adeguata regolamentazione delle investigazioni interne, le cui risultanze, se positive, possano poi sfociare in un'autodenuncia agli organi giudiziari: tali comportamenti, ovviamente, dovranno determinare un beneficio premiale per l'ente che renda più conveniente lo svolgimento di indagini e il conseguente *self-report*.

In questo modo, l'approccio *carrot-stick* avrebbe finalmente una sua ragion d'essere anche nel nostro sistema di responsabilità *ex d.lgs. n. 231/2001*: le società sarebbero spinte a collaborare con la magistratura, senza dover temere risvolti negativi (il bastone), bensì invogliate dalla prospettiva di ottenere i benefici (la carota) derivanti dall'effettiva cooperazione.

Ugualmente le piccole e medie imprese gioverebbero di un sistema che, costruito sulle relative specifiche esigenze e condizioni⁹⁸⁵, determinerebbe o una considerevole riduzione di pena, o, nel caso di sovrapposizione tra proprietà e gestione, un notevole passo in avanti verso forme di giustizia riparativa – soprattutto se inquadrata nell'ottica dell'auto-denuncia – le quali fino ad oggi paiono una vera e propria utopia.

3.2 Introdurre i *Settlement Agreements*: il *deferred prosecution agreement* e il *non-prosecution agreement*

Come già anticipato, uno dei più gravi problemi del sistema *ex d.lgs. n. 231/2001* si annida nel ricorso, nella prassi giudiziaria, alla logica del “senno di poi”, ovvero sia la frequentissima decisione, nell'ambito di un processo contro l'ente, di non riconoscere *ex post* – nonostante la valutazione andrebbe fatta *ex ante* – l'adeguatezza del modello di organizzazione, gestione e controllo adottato dalla società.

Una soluzione a tale criticità potrebbe essere rappresentata dall'introduzione nel nostro ordinamento dei *Settlement Agreements*, in

⁹⁸⁵ Ci si riferisce in questo caso alle proposte di modifica prospettate dalla Commissione Greco e dal Progetto AREL, di cui si è trattato in precedenza. V. cap. IV, 202 ss.

particolare del *deferred prosecution agreement* e del *non-prosecution agreement*, cioè di meccanismi di *diversion* processuale, già esistenti nei Paesi di *common law*⁹⁸⁶ e paragonabili – con le dovute eccezioni – all’istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova⁹⁸⁷.

Gli accordi per differire o non procedere con l’incriminazione erano già utilizzati nel sistema statunitense d’inizio Novecento per i reati commessi da minori, affinché quest’ultimi potessero sfuggire alle conseguenze negative derivanti da una condanna penale⁹⁸⁸.

Tuttavia, dagli anni Novanta circa tali modelli processuali sono stati estesi anche agli enti: si può dire che oramai, negli Stati Uniti, i *settlement agreements*⁹⁸⁹ siano lo strumento più adoperato per la lotta al crimine d’impresa, anche a causa delle scelte criminali sottostanti alla logica del *too big to jail*⁹⁹⁰.

Tra i *deferred prosecution agreements* e i *non-prosecution agreements* intercorrono alcune fondamentali differenze che pare opportuno elencare.

I primi possono essere definiti come quegli accordi, sottoposti a una valutazione giudiziale tra *Prosecutor* e *corporation* indagata, attraverso i quali l’ente, per evitare il procedimento penale aperto nei suoi confronti, si impegna a compiere alcune attività rieducative per un periodo solitamente ricompreso tra i sei mesi e i due anni⁹⁹¹: in sostanza, si tratta di una *probation* per le persone giuridiche.

Le condotte che la società deve tenere sono: l’accettazione dell’addebito; la collaborazione con l’autorità competente per l’individuazione del reo-persona fisica (e la conseguente rinuncia all’*attorney-client privilege*); la messa a disposizione del profitto per la confisca; il versamento di *financial penalty*,

⁹⁸⁶ Per un’attenta comparazione, in particolare, del sistema anglosassone e di quello statunitense, si rimanda a SEVERINO, *La responsabilità dell’ente*, cit., 1122 ss.

⁹⁸⁷ Per un più completo approfondimento sul rapporto con l’istituto della *probation*, si consiglia la lettura di RICCARDI, CHILOSI, *La messa alla prova nel processo “231”: quali prospettive per la diversione dell’ente?*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 10/2017, 47 ss.

⁹⁸⁸ MAZZACUVA, *La diversione processuale*, cit., 81.

⁹⁸⁹ Per una trattazione completa dell’istituto, cfr. ALEXANDER, COHEN, *The evolution of corporate criminal settlements: an empirical perspective on non-prosecution, deferred prosecution, and plea agreements*, in *Am. Crim. L. Rev.*, 2015, 52, 537 ss.

⁹⁹⁰ Sull’espressione *too big to jail*, si rimanda a GARRETT, *Too big to jail. How Prosecutors compromise with corporations*, Harvard University Press, 2014.

⁹⁹¹ D’ACQUARONE, ROSCINI VITALI, *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti comparativi*, in *Resp. Amm. Soc. En.*, 2018, 2, 128.

ovverosia una somma di denaro corrisposta a titolo di risarcimento danni o di donazione; infine, l'adozione di un modello di organizzazione, possibilmente sotto la supervisione di un *monitor*, cioè un commissario esterno⁹⁹².

Il *non-prosecution agreement* si differenzia dal primo tipo di accordo poiché si colloca in una fase antecedente all'iscrizione della notizia di reato a carico della società, per cui può essere definito come quel compromesso concluso privatamente tra autorità inquirente ed ente indagato che non comporta l'apertura di un procedimento, e quindi, scongiura qualsiasi valutazione giudiziale⁹⁹³.

In base ai criteri determinati a partire dal 2000 nei *Memorandum del Department of Justice*, il *Prosecutor*, nel ricorrere agli *agreements* citati, deve tener conto dei seguenti fattori: natura e gravità del reato; grado di diffusione della condotta illecita nella struttura societaria; partecipazione al reato da parte dei vertici aziendali; precedenti giudiziari dell'ente; esistenza di danni cagionati a terzi; eventuali iniziative per riparare alle conseguenze dannose create con la commissione del fatto illecito; situazione economica della società; ma soprattutto la preventiva attività di investigazione interna e il successivo *self-reporting*⁹⁹⁴.

In entrambe le ipotesi di accordo, l'autorità ha la possibilità di verificare se il programma concordato con l'ente sia stato effettivamente rispettato: in caso di esito negativo di tale valutazione, potrà essere formalizzata un'accusa contro la *corporation*.

Il Regno Unito ha mutuato l'esperienza statunitense dei *settlement agreements*, ma con due differenze: sono stati infatti introdotti i soli *deferred prosecution agreements*, ritenendo i *non-prosecution agreements* incompatibili con i principi fondamentali del proprio sistema giudiziario; in secondo luogo, è stata predisposta una disciplina specifica per tale forma di differimento del procedimento, contenuta nel *Crime and Courts Act 2013*⁹⁹⁵.

⁹⁹² D'ACQUARONE, ROSCINI VITALI, *Sistemi di diversione processuale*, cit., 129; MAZZACUVA, *La diversione processuale*, cit., 81 s.

⁹⁹³ D'ACQUARONE, ROSCINI VITALI, *Sistemi di diversione processuale*, cit., 129; MAZZACUVA, *La diversione processuale*, cit., 82.

⁹⁹⁴ D'ACQUARONE, ROSCINI VITALI, *Sistemi di diversione processuale*, cit., 129; ALEXANDER, COHEN, *The evolution of corporate criminal settlements*; cit., 551.

⁹⁹⁵ D'ACQUARONE, ROSCINI VITALI, *Sistemi di diversione processuale*, cit., 131; MAZZACUVA, *La diversione processuale*, cit., 83.

L'operatività dell'istituto è circoscritta alle sole organizzazioni collettive *latu sensu* (con o senza personalità giuridica) le quali abbiano – in un lasso di tempo minimo rispetto al momento in cui è stato commesso il reato – tenuto dei comportamenti proattivi, collaborando spontaneamente con le indagini, intervenendo sulla struttura aziendale, irrogando sanzioni disciplinari, risarcendo il danno e via dicendo; sempreché la *corporation* risulti indagata per uno degli illeciti espressamente indicati dal *Crime and Courts Act* (tra cui la frode in commercio, il falso in bilancio, la truffa, *etc.*)⁹⁹⁶.

Il contenuto dell'*agreement* è predeterminato secondo parametri di equità, ragionevolezza, adeguatezza e proporzione, affinché possano essere scongiurati eventuali abusi da parte della pubblica accusa⁹⁹⁷.

Inoltre, prima del perfezionamento dell'accordo tra *Prosecutor* e impresa, il *DPA* deve essere valutato dalla *Crown Court* in una *preliminary hearing*, ovvero sia un'udienza preliminare a porte chiuse⁹⁹⁸.

Nell'ambito di tale valutazione il giudice – il quale non ha alcun potere di modifica dell'*agreement*, ma può opporvisi, rigettandolo – verifica la sussistenza dei criteri di equità, ragionevolezza, adeguatezza e proporzione a cui ogni compromesso deve sottostare⁹⁹⁹.

Non appena il *deferred prosecution agreement* viene approvato dall'organo giudicante – con decisione motivata in udienza pubblica –, il *Prosecutor* ne pubblica il contenuto, rispettando i principi di correttezza, equità, lealtà e trasparenza¹⁰⁰⁰.

Durante il periodo di differimento del *trial*, l'ente deve eseguire ogni impegno concordato con la pubblica accusa: in caso di esito positivo, il procedimento viene archiviato; in caso contrario, l'organo inquirente è tenuto a informare il giudice, il quale può alternativamente ordinare alle parti di modificare il contenuto dell'*agreement*, ovvero avviare il processo a carico dell'impresa.

⁹⁹⁶ D'ACQUARONE, ROSCINI VITALI, *Sistemi di diversione processuale*, cit., 132; MAZZACUVA, *La diversione processuale*, cit., 84.

⁹⁹⁷ D'ACQUARONE, ROSCINI VITALI, *Sistemi di diversione processuale*, cit., 132; MAZZACUVA, *La diversione processuale*, cit., 84 s.

⁹⁹⁸ D'ACQUARONE, ROSCINI VITALI, *Sistemi di diversione processuale*, cit., 133.

⁹⁹⁹ MAZZACUVA, *La diversione processuale*, cit., 85.

¹⁰⁰⁰ D'ACQUARONE, ROSCINI VITALI, *Sistemi di diversione processuale*, cit., 134.

I sistemi appena trattati presentano una serie di aspetti positivi che è opportuno evidenziare.

Secondo le analisi svolte negli Stati Uniti, dal 2007 ad oggi solamente in due casi il procedimento penale è stato riaperto, a dimostrazione del fatto che tali strumenti di *diversion* riducono il rischio di recidiva¹⁰⁰¹.

Inoltre, il ricorso ai *deferred prosecution agreements* e ai *non-prosecution agreements*, solamente nel 2014, ha portato nelle casse federali statunitensi oltre cinque miliardi di dollari¹⁰⁰²; al contempo gli stessi permettono un enorme risparmio di spesa e di tempo (si pensi che un procedimento penale per frode costa al *Serious Fraud Office* britannico quasi 1,6 milioni di sterline all'anno, e non si conclude prima di otto anni)¹⁰⁰³.

Tra gli altri benefici, gli accordi tra autorità ed ente evitano le conseguenze dannose di un processo penale, che coinvolgono non solo la società, ma anche i suoi dipendenti, azionisti o investitori e, più in generale, il funzionamento del mercato (si pensi al noto caso della *Enron Corp.*¹⁰⁰⁴) nonché incoraggiano una politica societaria volta alla totale trasparenza e cooperazione, la quale stimola l'auto-denuncia¹⁰⁰⁵.

In ogni caso, l'effetto forse più importante concerne il superamento della più volte segnalata prassi giudiziaria del "senno di poi", che oltre a essere presente nel sistema statunitense, costituisce uno dei fattori negativi più evidenti del sistema italiano di responsabilità amministrativa degli enti di cui al d.lgs. n. 231/2001.

L'ente indagato, infatti, concordando direttamente con l'organo inquirente – e nel caso del *deferred prosecution agreement*, con l'ulteriore verifica del giudice – il "programma di trattamento" e lo schema di *compliance* da adottare,

¹⁰⁰¹ Tali dati sono riportati da D'ACQUARONE, ROSCINI VITALI, *Sistemi di diversione processuale*, cit., 137; MAZZACUVA, *La diversione processuale*, cit., 82.

¹⁰⁰² MAZZACUVA, *La diversione processuale*, cit., 82.

¹⁰⁰³ D'ACQUARONE, ROSCINI VITALI, *Sistemi di diversione processuale*, cit., 135.

¹⁰⁰⁴ V. cap. IV, nota 41.

¹⁰⁰⁵ D'ACQUARONE, ROSCINI VITALI, *Sistemi di diversione processuale*, cit., 136.

potrà dotarsi di un modello organizzativo sostanzialmente “certificato”¹⁰⁰⁶ e dunque adeguato¹⁰⁰⁷.

Tuttavia, entrambi i sistemi di *common law* hanno in parte ricevuto anche giudizi avversi.

Negli Stati Uniti, la possibilità per gli enti di beneficiare di meccanismi di *diversion* è stata fortemente criticata da parte della dottrina, poiché considerata rappresentativa di una «vittoria del mercato sulla giustizia»¹⁰⁰⁸.

In particolare, gli accordi per differire il procedimento sono stati biasimati in ragione del fatto che il loro contenuto è solitamente definito in via principale dal *Prosecutor*, lasciando alla *corporation* esigui spazi decisionali¹⁰⁰⁹.

Allo stesso modo, una critica è stata mossa anche ai *non-prosecution agreements*, i quali diventano sovente oggetto di strumentalizzazioni, rappresentando quindi una decisione praticamente obbligata per le aziende, che, pur di evitare gli effetti negativi derivanti dal processo penale, si auto-incolpano e accettano le condizioni “riabilitative” imposte dalla pubblica accusa¹⁰¹⁰.

Nel Regno Unito, è stata criticata la scarsa attenzione rivolta ai diritti delle vittime del reato, le quali non godono di alcun potere nell’ambito del *deferred prosecution agreement*¹⁰¹¹.

Tuttavia, in un ipotetico giudizio di bilanciamento tra costi e benefici dei meccanismi di *diversion* anglo-americani, paiono prevalere i secondi, per cui si auspica l’introduzione di tali istituti anche nell’ordinamento italiano.

L’importazione nel nostro sistema della disciplina dei *settlement agreements*, basati sulla discrezionalità dell’organo d’accusa nel decidere se avviare o meno il procedimento penale, sembrerebbe porsi però in contrasto con un elemento fondamentale del regime di responsabilità degli enti, ovvero sia il principio di obbligatorietà dell’azione penale di cui all’articolo 112 Cost.¹⁰¹².

¹⁰⁰⁶ È opportuno ricordare come uno dei punti-chiave del Progetto AREL riguardasse proprio l’introduzione di meccanismi di certificazione preventiva del modello organizzativo.

¹⁰⁰⁷ D’ACQUARONE, ROSCINI VITALI, *Sistemi di diversione processuale*, cit., 136.

¹⁰⁰⁸ MOKHIBER, Crime without conviction: the rise of deferred and non prosecution agreements. A report released by corporate crime reporter, in *Corporate Crime Reporter*, 2005, 3 ss.

¹⁰⁰⁹ In questi termini si esprime SEVERINO, *La responsabilità dell’ente*, cit., 1124.

¹⁰¹⁰ In questo senso, v. SEVERINO, *La responsabilità dell’ente*, cit., 1124.

¹⁰¹¹ Tale critica è riportata da MAZZACUVA, *La diversione processuale*, cit., 85.

¹⁰¹² D’ACQUARONE, ROSCINI VITALI, *Sistemi di diversione processuale*, cit., 136.

Eppure, il d.lgs. n. 231/2001 non è estraneo alla logica special-preventiva tipica dei sistemi di diversione processuale, la quale assegna un valore particolare alle condotte tenute dall'ente indagato.

Si pensi a tal proposito agli articoli 11 commi 1 e 2¹⁰¹³; all'articolo 12 comma 2 lett. a) e b)¹⁰¹⁴ e all'articolo 17¹⁰¹⁵.

Da un punto di vista processuale, inoltre, alcune previsioni contenute nel decreto in commento riconoscono al Pubblico Ministero margini di discrezionalità tali da poter essere ricondotte alle ragioni di opportunità che caratterizzano il meccanismo di *diversion*¹⁰¹⁶.

Ad esempio, l'articolo 58 d.lgs. n. 231/2001 consente alla pubblica accusa di emettere, *inaudito iudice*, decreto motivato di archiviazione degli atti, qualora non proceda alla contestazione *ex* articolo 59¹⁰¹⁷.

L'articolo 63 comma 1, d'altra parte, ammette l'applicazione all'ente della sanzione su richiesta se il giudizio nei suoi confronti è definito o definibile ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, ovvero nei casi in cui per l'illecito amministrativo è irrogabile la sola sanzione pecuniaria¹⁰¹⁸.

Infine, la stessa Relazione governativa al d.lgs. n. 231/2001 ammette che «le contro-azioni di natura reintegrativa, riparatoria e riorganizzativa sono orientate alla tutela degli interessi offesi dall'illecito e, pertanto, la rielaborazione

¹⁰¹³ «1. Nella commisurazione della sanzione pecuniaria il giudice determina il numero delle quote tenendo conto della gravità del fatto, del grado della responsabilità dell'ente nonché dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti. 2. L'importo della quota è fissato sulla base delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione».

¹⁰¹⁴ «La sanzione è ridotta da un terzo alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado: a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso; b) è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi».

¹⁰¹⁵ «Ferma l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, le sanzioni interdittive non si applicano quando, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, concorrono le seguenti condizioni: a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso; b) l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; c) l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca».

¹⁰¹⁶ D'ACQUARONE, ROSCINI VITALI, *Sistemi di diversione processuale*, cit., 141.

¹⁰¹⁷ D'ACQUARONE, ROSCINI VITALI, *Sistemi di diversione processuale*, cit., 141.

¹⁰¹⁸ D'ACQUARONE, ROSCINI VITALI, *Sistemi di diversione processuale*, cit., 142.

del conflitto sociale sotteso all'illecito e al reato avviene non solo attraverso una logica di stampo repressivo, ma anche, e soprattutto, con la valorizzazione di modelli compensativi dell'offesa»¹⁰¹⁹.

L'introduzione dei sistemi di diversione processuale, dunque, consentirebbe di superare la concezione retributiva della pena in favore di forme di "rieducazione" che permetterebbero all'impresa indagata di essere reinserita nella società¹⁰²⁰.

Alla luce di queste osservazioni, autorevole dottrina ha sostenuto l'opportunità di ammettere, nel sistema italiano di responsabilità da reato degli enti, la definizione *extra*-processuale delle controversie, perlomeno in alcune ipotesi tassative, contrassegnate ad esempio da una non rilevante gravità¹⁰²¹.

I tempi sembrano ormai maturi per una riforma di questa portata, la quale consentirebbe di superare i limiti strutturali del d.lgs. n. 231/2001, rendendolo più moderno e attento alle reali esigenze e peculiarità del microcosmo economico-imprenditoriale italiano.

¹⁰¹⁹ Relazione ministeriale al d.lgs. n. 231/2001, par. 6.1.

¹⁰²⁰ D'ACQUARONE, ROSCINI VITALI, *Sistemi di diversione processuale*, cit., 144.

¹⁰²¹ SEVERINO, *La responsabilità dell'ente*, cit., 1126.

CONCLUSIONI

Alla luce di quanto emerso nel corso di questa disamina, una riforma del sistema sanzionatorio penale italiano appare assolutamente necessaria.

I gravi problemi concernenti il tasso di densità carceraria e la connessa violazione del criterio di *extrema ratio* e del principio di rieducazione, infatti, rendono inevitabile un intervento strutturale sul nostro ordinamento penitenziario.

A tal proposito, un interessante punto di riflessione è senz'altro rappresentato dal pregevole contributo degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, impegnato nella ricerca di strumenti idonei a rimodernare la legislazione italiana.

Approfondendo, in particolare, il contenuto delle proposte di cinque dei diciotto Tavoli di studio, è emerso chiaramente come il lavoro del gruppo di esperti possa costituire un punto di partenza per un necessario intervento riformatore.

L'interesse principale delle Commissioni è stato quello di incidere in maniera rilevante sulla realtà carceraria italiana: in tal senso, non può non essere accolto con estremo favore il proposito riformatore circa l'introduzione delle c.d. "misure penali di comunità", attraverso le quali le esigenze deflattive e risocializzanti sarebbero state soddisfatte.

È da condividere il pensiero del Tavolo XII, secondo il quale solamente un'efficace riabilitazione sociale del trasgressore avrebbe potuto garantire la sicurezza della comunità.

Tale rieducazione sarebbe dovuta avvenire in un contesto esterno al carcere ed essere fondata su interventi specifici per la tipologia di crimine commesso.

Ad esempio, per chi avesse commesso un reato per ragioni di alcol o tossico-dipendenze, si sarebbe dovuto garantire una cura in un ambiente idoneo e con caratteristiche custodiali limitate solamente a chi si fosse rivelato realmente pericoloso.

Per chi avesse commesso un crimine per motivi passionali, accertata la natura occasionale del fatto, si sarebbe dovuto prevedere meccanismi di

risarcimento del danno in forma di riparazione, assicurando profili di tutela sociale nel caso in cui il percorso riparativo si fosse palesato insufficiente.

Per fare ciò, inoltre, è condivisibile l'attenzione rivolta dalla Commissione all'importanza della massima collaborazione della comunità, con il coinvolgimento degli enti locali e delle associazioni di volontariato, sensibilizzando inoltre la popolazione tramite la messa in onda di *spot* pubblicitari sul tema o tramite lezioni e incontri con soggetti "testimoni" dell'efficacia del proprio percorso riabilitativo, svolto attraverso una sanzione di comunità.

Nell'ambito di tali meccanismi riabilitativi, l'ingresso in carcere avrebbe dovuto rappresentare l'ultima *ratio*, da impiegare solo laddove le misure di comunità fossero state ritenute inadeguate.

Tramite gli strumenti in commento, quindi, non solo si sarebbe eliminato il problema del sovraffollamento, ma si sarebbe contribuito anche a rendere effettivo il dettato costituzionale di cui all'articolo 27 comma 3 Cost. circa la funzione rieducativa della pena.

Anche nel caso di restrizione in un istituto penitenziario, comunque, si sarebbero dovuti prevedere meccanismi che ne avessero consentito una rapida uscita.

In tal senso, si è riportato, condividendolo, l'auspicio degli Stati Generali circa una riforma delle misure alternative, in cui quest'ultime avrebbero dovuto essere basate sul principio di progressività trattamentale; a cui sarebbe dovuta seguire l'abrogazione di tutti i meccanismi preclusivi.

Ogni percorso avrebbe dovuto essere fondato su un graduale ampliamento degli spazi di libertà del condannato, coinvolgendo attivamente i servizi sociali.

Sempre nell'ottica della risocializzazione, un altro progetto di riforma, di cui si è trattato nel corso dell'elaborato e che è stato accolto con favore, ha riguardato l'introduzione di meccanismi di giustizia riparativa, da rendere accessibili in ogni stato e grado del procedimento.

Come osservato, «la previsione di un sistema di *Restorative Justice* avrebbe consentito di superare la logica penale della mera e semplice punizione, facendo sì che il reato venisse considerato come un conflitto che provochi la rottura di aspettative sociali, come un comportamento intrinsecamente offensivo il

quale provocava alle vittime sofferenze e dolori, e che avrebbe richiesto al reo di attivarsi per riparare il danno provocato».

L'autore dell'illecito avrebbe dovuto partecipare attivamente a percorsi di giustizia riparativa, tramite l'adesione a incontri di mediazione estesi a tutti i soggetti coinvolti, per poter insieme rielaborare i motivi che avevano determinato il compimento dell'atto criminoso e, in seguito, riparare l'offesa anche da un punto di vista sentimentale.

Gli esperti hanno proposto, da un lato, una modifica di alcune disposizioni dell'ordinamento penitenziario – tra cui gli articoli 1 e 13 –, prevedendo espressamente la possibilità di ricorrere allo strumento della *Restorative Justice*; dall'altro, l'inserimento di nuove disposizioni, come ad esempio l'articolo 47 comma 3-ter, il quale avrebbe consentito ai soggetti sottoposti ad affidamento in prova al servizio sociale di poter accedere ai programmi di giustizia riparativa; o ancora, in stretta connessione con la proposta del Tavolo XVI circa l'eliminazione di ogni ostacolo all'accesso ai benefici penitenziari, l'introduzione di un nuovo comma 1-bis all'articolo 58-ter, il quale avrebbe permesso di superare le ostatività alla concessione dei suddetti vantaggi qualora il reo avesse compiuto una serie di attività riparative, «manifestando condotte di ravvedimento e risocializzazione».

A ben vedere, tutte le soluzioni di cui si è detto finora non sono state riportate nella c.d. “Riforma Orlando”, confermando la direzione negativa intrapresa negli ultimi tempi dal legislatore.

Bisogna dunque rimarcare l'opportunità e l'urgenza di una ristrutturazione dell'ordinamento sanzionatorio, auspicandosi un futuro provvedimento sulla stessa linea del lavoro svolto dagli Stati Generali dell'Esecuzione Penale.

In una prospettiva *de iure condendo*, un possibile intervento, non considerato dalle Commissioni per la riforma, potrebbe riguardare la pena pecuniaria, alla quale potrebbe essere affidato un ruolo centrale nel nostro sistema.

In Italia, a differenza di altri Paesi tra cui la Germania e la Spagna, la sanzione in commento riveste una posizione piuttosto modesta, solitamente connessa a fattispecie contravvenzionali: ebbene, attribuire spazi più ampi alla misura in questione, possibilmente costruendola su un sistema per tassi giornalieri

che garantisca trasparenza e proporzionalità, contribuirebbe a ridimensionare in maniera rilevante il ruolo della pena detentiva.

In realtà, l'applicazione di un tale provvedimento per quote giornaliere è attualmente previsto per l'eventuale sostituzione di misure restrittive fino a sei mesi, tuttavia, l'importo minimo giornaliero ivi indicato, pari a duecentocinquanta euro, risulta eccessivamente gravoso e poco adeguato, perlomeno finché non lo si rapporti alle condizioni economiche proprie di ogni soggetto, permettendo al giudice di modificarne l'ammontare nei casi in cui particolari eventi influiscano negativamente sulle possibilità patrimoniali del reo.

Certamente, andrebbe rivisto il sistema di conversione delle pene della multa e dell'ammenda non eseguite per insolvibilità del condannato, che attualmente si trasformano in libertà controllata o in lavoro sostitutivo, ma che spesso – a seguito di violazioni delle prescrizioni inerenti a tali provvedimenti – si traducono in un periodo di reclusione pari al tempo della misura sostitutiva ancora da eseguire, ai sensi dell'articolo 108 della legge 689/1981.

Per queste eventualità, una soluzione potrebbe consistere nel sostituire l'eventuale ingresso in carcere con una misura di comunità, confidando nel criterio di progressività prospettato dagli Stati Generali per le misure alternative alla detenzione, in modo tale da escludere a prescindere l'entrata in un istituto penitenziario e al contempo svolgere un'opera di rieducazione e risocializzazione.

Non si vede allora perché non ipotizzare una riforma anche sul piano della sanzione pecuniaria, sulla base delle ipotesi anzidette ed eventualmente prendendo ad esempio le esperienze degli ordinamenti stranieri, ove tale misura è ampiamente ed efficacemente utilizzata.

Anche il sistema sanzionatorio per le persone giuridiche di cui al d.lgs. n. 231/2001, come osservato nella seconda parte della presente trattazione, necessita di una serie di interventi che autorevole dottrina considera oramai improrogabili.

In particolare, i principali problemi sul tema riguardano il poco adeguato modello *carrot-stick* e l'assenza di meccanismi di diversione processuale per le società.

A tal proposito, sono da condividere le proposte di riforma del sistema di responsabilità degli enti analizzate.

Si ritiene che, tra tutte le modifiche prospettate, l'introduzione dei meccanismi tipicamente anglo-americani dei *settlement agreements* sia particolarmente utile e idonea alla causa.

Attraverso i *deferred prosecution agreements* e i *non-prosecution agreements* – concessi a valle di un'attiva e adeguata collaborazione con le autorità competenti, in cui il *self-reporting* rivestirebbe un ruolo chiave –, infatti, le società potrebbero beneficiare di strumenti di sospensione del procedimento, molto simili nel funzionamento all'istituto della *probation*.

Tramite tali meccanismi, la sanzione eventualmente da applicare risulterebbe “congelata” in funzione di un periodo di osservazione, in cui la persona giuridica sarebbe tenuta a rispettare quanto contenuto nell'accordo raggiunto con il Pubblico Ministero, al fine di raggiungere, in maniera sicura e trasparente, un effettivo ritorno alla legalità.

Tali strumenti, inoltre, consentirebbero di superare le criticità relativa alle piccole e medie imprese – che come più volte ripetuto, rappresentano il 99,5% della realtà economico-imprenditoriale italiana –, le quali, caratterizzate da una sovrapposizione tra proprietà e gestione, difficilmente contribuirebbero alle operazioni di ricerca e emersione di illeciti, se non adeguatamente assicurate da una prospettiva premiale che solo i *settlement agreements* paiono fornire in maniera idonea e proporzionata.

L'obiezione che si fonda sull'articolo 112 Cost., ovverosia il possibile contrasto di tali meccanismi con il principio di obbligatorietà dell'azione penale, non pare reggere il confronto con l'urgenza di una riforma che rimodelli il sistema *ex d.lgs. n. 231/2001* sulla vera situazione societaria del nostro Paese; inoltre, come dimostrato nelle battute finali dell'elaborato, l'ordinamento italiano non è estraneo all'attribuzione di margini di discrezionalità della Pubblica Accusa (si pensi agli articoli 58 e 63 comma 1 del decreto in commento).

Per tali ragioni, in questa sede si è ritenuto più che opportuno valorizzare quanto dalla dottrina suggerito per un possibile intervento strutturale sul modello di responsabilità degli enti.

In conclusione, dopo aver riportato i mali che affliggono il nostro ordinamento penale, sia con riguardo alle persone fisiche che alle persone

giuridiche, nonché esposto quali potrebbero essere le rispettive “cure”, si auspica che il legislatore prenda atto, il prima possibile, dell’esigenza irrinunciabile e non più differibile di un’ingente e ben progettata riforma dell’intero sistema sanzionatorio penale, da realizzarsi con lo stesso impegno e attenzione che diversi e stimati Autori hanno mostrato nell’identificazione delle corrispondenti migliori prospettive.

BIBLIOGRAFIA

ABRIANI, *Il modello di prevenzione dei reati nel sistema dei controlli societari*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, t. II, Milano, 2016, 2301 ss.

AGARWAL, Corporate liability: UK Bribery Act, in Ct. Uncourt, 2016, 5, 5 ss.

ALBERTI, *Per la Corte Costituzionale è illegittimo il divieto di cottura dei cibi imposto ai detenuti al 41-bis*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 ottobre 2018, 1 ss.

ALBERTI, *Caso Provenzano: la Corte EDU riconosce una violazione dell'art. 3 CEDU con riferimento all'ultimo decreto di proroga del 41-bis*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 ottobre 2018, 1 ss.

ALESSANDRI, *Il 1° comma dell'art. 27*, in BRANCA, PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione, Artt. 27-28. Rapporti civili*, Bologna, 1991, 1 ss.

ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in ALESSANDRI (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti*, Assago (MI), 2002, 23 ss.

ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in DOLCINI, PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. III, Milano, 2006, 2103 ss.

ALEXANDER, COHEN, The evolution of corporate criminal settlements: an empirical perspective on non-prosecution, deferred prosecution, and plea agreements, in *Am. Crim. L. Rev.*, 2015, 52, 537 ss.

AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1, 151 ss.

AMATI, *La responsabilità da reato degli enti. Casi e materiali*, Torino, 2007.

ANDREUCCIOLI, BONANNI, *Il regime detentivo speciale ex art. 41-bis O.P.: dalla "emergenzialità" originaria alla sua stabilizzazione. Legislatura 17^a - Dossier n. 152, Senato Della Repubblica, 2014*, in www.senato.it, 1 ss.

ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, ed. XVI, Milano, 2003.

ARENA, *Le modifiche al d.lgs. 231 proposte dalla Commissione Greco*, in www.reatisocietari.it, 18 novembre 2008, 1 ss.

ARLEN, Corporate liability in the United States: using prosecutorial discretion to induce corporations to join the war against crime, in BERIA DI ARGENTINE, *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009, 303 ss.

ASCARELLI, *Personalità giuridica e problemi delle società*, Milano, 1959.

AUDEGEAN, *Critica della ragion penale. Beccaria e la filosofia*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 maggio 2016, 1 ss.

BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Bologna, 1982.

BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1, 96 ss.

BARTOLI, *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 4/2016, 4 ss.

BASSI, EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006.

BECCARIA, in CAMBI (a cura di), *Dei delitti e delle pene*. Seconda ristampa, Roma, 2011.

BERNASCONI, “Razionalità” e “irrazionalità” della Cassazione in tema di idoneità dei modelli organizzativi, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 12, 1429 ss.

BOURTIN, HOULE, *Investigazioni interne: uno sguardo all’esperienza americana*, in CENTONZE, MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità “penale” degli enti*, Bologna, 2016, 199 ss.

BRESSANELLI, “Braccialetto elettronico”: alle Sezioni Unite la questione della applicabilità della custodia cautelare in carcere in caso di accertata indisponibilità del dispositivo, in www.penalecontemporaneo.it, 4 aprile 2016, 1 ss.

BRICOLA, *Il costo del principio “societas delinquere non potest” nell’attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 4, 951 ss.

BRICOLA, *Il sistema sanzionatorio penale nel codice Rocco e nel progetto di riforma*, in BRICOLA, CAVALLARI, LUGNANO, NEPPI MODONA, SPAGNOLI,

TERRACINI, *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia. Atti del seminario organizzato dal Centro studi e iniziative per la riforma dello Stato*, 1974, 1 ss.

BRICOLA, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997.

BRICOLA, *Introduzione a AA.VV., Il carcere riformato*, 1977, in www.costituzionalismo.it, 2015, 2, 1 ss.

BRONZO, *La delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Leg. Pen.*, 18 gennaio 2018, 1 ss.

BRUNETTI, *Le principali novità introdotte dalla legge n. 251/2005 (c.d. ex Cirielli) in materia di esecuzione penale e di diritto penitenziario. Questioni interpretative*, in *Rass. Penit. e Crimin.*, 2006, 2, 47 ss.

BRUTI LIBERATI, *Dieci anni di riforma penitenziaria*, in *Quest. Giust. – Riv. Trim.*, 2/2015, 1 ss.;

BUONOMO, *Maxi-emendamento nella speranza di tappare le falle del codice militare di guerra*, in *Dir. Giust.*, 24 gennaio 2002, 1 ss.

CALDERONE, *L'articolo 41 bis Ord. penit. e altri regimi particolari di detenzione*, in www.adir.unifi.it, 2005, 1 ss.

CALIGARIS, *Giustizia: la territorialità della pena è un principio irrinunciabile*, in www.ristretti.it, 2 giugno 2013, 1 ss.

CAMBI, *Saggio introduttivo. Cesare Beccaria, l'Illuminismo europeo e la "filosofia civile"*, in CAMBI (a cura di), *"Cesare Beccaria. Dei delitti e delle pene"*, Roma, 2011, 9.

CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, Padova, 2002.

CAVALLA, *La pena come problema: il superamento della concezione razionalistica della difesa sociale*, Padova, 1979.

CENTONZE, *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei compliance programs nell'ordinamento italiano*, in *An. Giur. Econ.*, 2009, 2, 219 ss.

CENTONZE, *La responsabilità degli enti e la piccola e media impresa*, in CENTONZE, MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità "penale" degli enti*, Bologna, 2016, 87 ss.

CENTONZE, MANTOVANI, *Dieci proposte per una riforma del d.lgs.*

231/2001, in CENTONZE, MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità "penale" degli enti*, Bologna, 2016, 283 ss.

CERAUDO, *La territorialità della pena*, in *www.ristretti.it*, dicembre 2012, 1 ss.

CERETTI, *Giustizia riparativa e mediazione penale. Esperienze pratiche a confronto*, in SCARPARO (a cura di), *Il coraggio di mediare*, Milano, 2001, 307 ss.

CERNUTO, *Art. 14*, in GIARDA, MANCUSO, VARRASO, SPANGHER (a cura di), *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, Torino, 2007, 146.

CERQUA, *Il trattamento sanzionatorio. I modelli organizzativi ex d.lgs. n. 231/2001*, Macerata, 2006.

CERQUA, *Sub Art. 9. Sanzioni amministrative*, in CADOPPI, GARUTI, VENEZIANI (a cura di), *Ente e responsabilità da reato*, Torino, 2010, 153 ss.

CERQUA, *Sub Art. 11. Criteri di commisurazione della sanzione pecuniaria*, in CADOPPI, GARUTI, VENEZIANI (a cura di), *Ente e responsabilità da reato*, Torino, 2010, 182 ss.

CERQUA, *Sub Art. 12. Casi di riduzione della sanzione pecuniaria*, in CADOPPI, GARUTI, VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, 188 ss.

CHIODI, "Delinquere ut universi". *Scienza giuridica e responsabilità penale delle Universitas tra XII e XIII secolo*, in *Studi di storia del diritto*, Milano, III, 2001, 91 ss.

COFFEE, *Deferred prosecution: has it gone too far?*, in *Nat' L. L. J.*, 25 luglio 2005, 13.

COLACURCI, *L'idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2016, 2, 66 ss.

COLAO, NEPPI MODONA, PELISSERO, *Alfredo Rocco e il codice penale fascista*, in *Democrazia e dir.*, 2011, 1-2, 175 ss.

COLLI, *Capitalismo familiare*, Bologna, 2006.

COLLICA, *La delega della legge Orlando sulle misure di sicurezza*, in *Leg. Pen.*, 7 dicembre 2017, 1 ss.

COMMISSIONE CASCINI, *Commissione per la riforma in tema di ordinamento penitenziario minorile e di modelli di giustizia riparativa in ambito esecutivo*, in

www.giustizia.it, 5 giugno 2018.

COMMISSIONE GIOSTRA, *Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso*, in *www.giustizia.it*, 5 giugno 2018.

COMMISSIONE PELLISSERO, *Commissione per la riforma del sistema normativo delle misure di sicurezza personali e dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario, specie per le patologie di tipo psichiatrico, e per la revisione del sistema delle pene accessorie*, in *www.giustizia.it*, 5 giugno 2018.

COMPAGNA, *L'interpretazione della nozione di profitto nella confisca per equivalente*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 12, 1643 ss.

D'ACQUARONE, ROSCINI VITALI, *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti comparativi*, in *Resp. Amm. Soc. En.*, 2018, 2, 123 ss.

D'ANGELO, *Responsabilità penale degli enti e persone giuridiche*, Sant'Arcangelo di Romagna (RN), 2008.

DAMINI, *Sub Art. 13. Sanzioni interdittive*, in CADOPPI, GARUTI, VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, 194 ss.

DANUSSO, *Patibolo ed ergastolo dall'Italia liberale al fascismo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 4/2017, 51 ss.

DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1, 88 ss.

DE MAGLIE, *La disciplina della responsabilità amministrativa degli enti e delle associazioni. Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 11, 1342 ss.

DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale della società*, Milano, 2002.

DE SIMONE, *I profili sostanziali delle responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la «parte generale» e la «parte speciale» del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 57 ss.

DE SIMONE, *Societas e responsabilità da reato. Note dogmatiche e comparatistiche*, in BERTOLINO, FORTI, EUSEBI (a cura di), *Studi in onore di M. Romano*, vol. III, Napoli, 2011, 1883 ss.

DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 ottobre 2012, 1 ss.

DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012.

DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di Diritto Penale*, vol. IV, Milano, 2008.

DE VERO, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 10, 1137 ss.

DELLA BELLA, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 gennaio 2014, 1 ss.

DELLA BELLA, *Approvata in via definitiva la legge sulla sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili. Al Governo due deleghe in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 aprile 2014, 1 ss.

DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 ottobre 2014, 1 ss.

DELLA BELLA, *Riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute: uno sguardo all'esperienza francese*, in www.giustizia.it, 2015, Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo XIV, Allegato 3, 1 ss.

DELLA BELLA, *Il carcere oggi: tra diritti negati e promesse di rieducazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 4/2017, 42 ss.

DELLA BELLA, *Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 6/2017, 250 ss.

DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 novembre 2018, 1 ss.

DELLA CASA, *Quarant'anni dopo la riforma del 1975 (ovvero: il continuo divenire della questione penitenziaria)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 3, 1163 ss.

DELLA CASA, *L'urgenza della riforma penitenziaria: un malinconico anacronismo nell'era della riscoperta del carcere*, in

www.penalecontemporaneo.it, 25 giugno 2018, 4.

DELVECCHIO, *Il detenuto a rischio radicalizzazione e i rimedi delle prevenzione terziaria: triage iniziale, scelta allocativa e ruolo degli operatori penitenziari*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 6/2017, 193 ss.

DEMATTÉ, *Il caso Enron: una lezione per tutti*, in *Ec. Manag.*, 2002, 2, 3 ss.

DI GENNARO, *Attività di self-reporting ed impatto sulla responsabilità dell'ente ai sensi della normativa anticorruzione*, in www.ecnews.it, 17 ottobre 2013, 1 ss.

DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, II, 2010, 3 ss.

DIAMANTE, *La Direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato*, in *Giur. Pen.*, 24 marzo 2016, 1 ss.

DI ROSA, *Le solitudini in carcere. Il detenuto malato e il detenuto straniero: dialogo a tre voci*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 luglio 2018, 1 ss.

DI ROSA, *Le specificità del trattamento esecutivo nei confronti dei condannati per fatti di terrorismo*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 dicembre 2018, 1 ss.

DI STEFANO, DI MEO, CALABRESE, D'IMPERIO, FOSSATI, GIOVANNANGELI, GALLO, ISONE, GIURA, BERARDO, *L'emergenza del sistema carcerario italiano*, in *Arch. Pen.*, 2013, 2, 1 ss.

DODARO, *Il sovraffollamento delle carceri: un rimedio extra ordinem contro le violazioni dell'art. 3 CtEdU*, *Quaderni Cost.*, 2013, 2, 426 ss.

DOLCINI, *La rieducazione del condannato: un'irrinunciabile utopia?*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 dicembre 2011, 1 ss.

DOLCINI, *L'Europa in cammino verso carceri meno affollate e meno lontane da accettabili standard di umanità*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 marzo 2016, 1 ss.

DOLCINI, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1500 ss.

DOLCINI, *Carcere, problemi vecchi e nuovi*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 novembre 2018, 1 ss.

DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 dicembre 2018, 1 ss.

DOLCINI, *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.* 2/2018, 175 ss.

DOLCINI, *Superare il primato del carcere: il possibile contributo della pena pecuniaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2, 393 ss.

DOLCINI, *La rieducazione: dalla realtà ai percorsi possibili*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1667 ss.

DOVA, *La Corte di Cassazione torna sulla nozione di profitto confiscabile nel reato di manipolazione del mercato*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 giugno 2014, 1 ss.

ESPOSITO, *Le pene fisse e i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena*, in *Giur. Cost.*, 1963, 661 ss.

EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 3, 811 ss..

EUSEBI, *Beccaria, la Chiesa Cattolica e la pena di morte*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 dicembre 2013, 1 ss.

FALZEA, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Studi per Lorenzo Campagna*, Milano, 1982.

FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980.

FERRARI, *Sub Art. 23. Inosservanza delle sanzioni interdittive*, in CADOPPI, GARUTI, VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, 293 ss.

FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza inescusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza 364/88*, in *Foro it.*, 1988, 1385 ss.

FIANDACA, *Il 3° comma dell'articolo 27*, in BRANCA, PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione, Artt. 27-28. Rapporti civili*, Bologna, 1991, 222 ss.

FIANDACA, *Il 4° comma dell'articolo 27*, in BRANCA, PIZZORUSSO (a cura

di), *Commentario della Costituzione, Artt. 27-28. Rapporti civili*, Bologna, 1991, 346 ss.

FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, ed. VIII, 2019.

FIDELBO, *Misure cautelari nei confronti delle società: primi problemi applicativi in materia di tipologie delle «sanzioni» e limiti all'operatività del commissario giudiziale*, in *Cass. pen.*, 2004, 1, 276 ss.

FIDELBO, *Il principio del “ne bis in idem” e la sentenza “Grande Stevens”:* *pronuncia europea e riflessi nazionali*, in *Centro Studi di Diritto Penale Europeo*, 9 aprile 2014, 1 ss.

FILIPPI, SPANGHER, CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, ed. IV, Milano, 2016.

FIORELLA, *Principi generali e criteri di imputazione all'ente della responsabilità amministrativa*, in LANCELLOTTI (a cura di), *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, Torino, 2003, 85 ss.

FIorentIN, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art 3 CEDU: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 novembre 2014, 1 ss.

FIorentIN, *La conclusione degli “Stati Generali” per la riforma dell'esecuzione penale italiana*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 giugno 2016, 1 ss.

FIorentIN, *L'ergastolo ostativo ancora davanti al giudice di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3/2018, 5 ss.

FLICK, *Le prospettive di modifica del d.l. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti. Un rimedio peggiore del male?*, in *Cass. Pen.*, 2010, 11, 4032 ss.

FLICK, *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1505 ss.

FLICK, *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale fra speranza e delusione*, in *Cass. Pen.*, 2018, 4, 1047 ss.

FLORA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di “metamorfosi” della sanzione penale?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 11, 1398 ss.

FLORIAN, *Dei reati e delle pene in generale*, in ZERBOGLIO (a cura di) *Trattato di diritto penale*, I, Parte I, Milano, 1906.

FORTI, *Uno sguardo ai “piani nobili” del d.lgs. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 4, 1249 ss.

FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 2014.

FRANCIONI, *Beccaria filosofo utilitarista: il rapporto con Helvétius*, in ROMAGNOLI, PISAPIA (a cura di), *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, Milano-Bari, 1990, 69 ss.

GALLIANI, *Le briciole di pane, i giudici, il senso di umanità. Una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 35, 35-bis e 35-ter ord. penit.*, *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 12/2018, 73 ss.

GALLUCCIO, *Pubblicata in Gazzetta Ufficiale la Riforma Orlando*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 7-8/2017, 200 ss.

GARGANI, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1508 ss.

GARLATI, *Nemo propheta in patria. La proposta abolizionista di Beccaria nel dibattito italiano di fine Settecento tra tiepidi entusiasmi e tenaci opposizioni*, in GARLATI, CHIODI (a cura di), *Un uomo, un libro. Pena di morte e processo penale nel Dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria*, Milano, 2014, 9 ss.

GARLATI, *Echi del passato e istanze riformiste: Beccaria e il processo penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 ottobre 2016, 1 ss.

GARLATI, *Sepolti vivi. Il carcere al tempo delle pratiche criminali: riti antichi per funzioni nuove*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 4/2017, 12 ss.

GARRETT, *Too big to jail. How Prosecutors compromise with corporations*, Harvard University Press, 2014.

GASPARINI, *La giustizia riparativa in Francia e in Belgio tra istituti consolidati e recenti evoluzioni normative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 4, 1982 ss.

GATTA, *Riforma Orlando: la delega in materia di misure di sicurezza personali. Verso un ridimensionamento del sistema del doppio binario*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 6/2017, 253 ss.

GIALUZ, CABIALE, DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti*

al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3/2017, 173 ss.

GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, vol. I, 1988.

GIARDA, Sub Art. 9, in GIARDA, MANCUSO, VARRASO, SPANGHER (a cura di), *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*, Torino, 2007, 111 ss

GIARDA, Sub Art. 11, in GIARDA, MANCUSO, VARRASO, SPANGHER (a cura di), *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*, Torino, 2007, 117 ss

GIOSTRA, *Carceri, materiali per una riforma, working paper*, in GIOSTRA (a cura di), www.penalecontemporaneo.it, 17 giugno 2015, 1 ss.

GIOSTRA, *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 4/2018, 119 ss.

GRIECO, *La Corte Costituzionale sul diritto dei detenuti all’affettività ed alla sessualità*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 gennaio 2013, 1 ss.

GRIFFIN, *Compelled Cooperation and the New Corporate Criminal Procedure*, in *N.Y.U. L. Rev.*, vol. 82, 311 ss.

GUERINI, *Più braccialetti (ma non necessariamente) meno carcere: le Sezioni Unite e la portata applicativa degli arresti domiciliari con la procedura di controllo del braccialetto elettronico*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 giugno 2016, 1 ss.

GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, Milano, 2006.

HART, *Responsabilità e pena. Saggi di filosofia del diritto*, JORI (tradotto da), Roma, 1981.

JORI, PINTORE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Giappichelli editore, Torino, 2014.

L’INSALATA, Sub Art. 20. *Reiterazione*, in CADOPPI, GARUTI, VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, 278 ss.

LEO, *Sovraffollamento carcerario: dalla Corte Costituzionale una decisione di inammissibilità con un severo monito per il legislatore*, in www.penalecontemporaneo.it, 25 novembre 2013, 1 ss.

LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 127 ss.

LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005.

LOTTINI, *La responsabilità da reato degli enti: natura e principi generali*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, t. II, Milano, 2016, 2366 ss.

LOTTINI, *I criteri di imputazione soggettiva: i modelli di organizzazione, l'organismo di vigilanza e la colpevolezza dell'ente*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, t. II, Milano, 2016, 2452 ss.

MACRÌ, *Le sanzioni*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, t. II, Milano, 2016, 2571 ss.

MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2017, 49 ss.

MANCA, *Il DAP riorganizza il 41-bis o.p.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 novembre 2017, 1 ss.

MANCA, *Perché occuparsi della questione "affettività" in carcere?*, in *Affettività e carcere: un binomio (im)possibile?*, *Giur. Pen.*, 2-bis/2019, 7 ss.

MANCONI, ANASTASIA, CALDERONE, *Abolire il "carcere duro". Legittimità e limiti del 41-bis alla luce della sua applicazione*, in *Criminalia*, 2016, 263 ss.

MANCUSO, *La giustizia riparativa in Austria e in Germania: uno sguardo d'insieme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 4, 1958 ss.

MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, in CENTONZE, MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità "penale" degli enti*, Bologna, 2016, 217 ss.

MANES, *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*, in *www.cortecostituzionale.it*, 15 ottobre 2011, 1 ss.

MANES, TRIPODI, *L'idoneità del modello organizzativo*, in CENTONZE, MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, 137 ss.

MANNA, LASALVIA, *"Le pene senza delitto": sull'inaccettabile "truffa delle*

etichette”, in *Arch. Pen.*, 2017, 1, 1 ss.

MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, 2003.

MANNOZZI, *La “visione” di Raffaello: giustizia, filosofia, poesia e teologia*, in MANNOZZI, LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015, 225 ss.

MANTOVANI, *Il d.lgs. n. 231/2001 e gli incentivi alla persona giuridica: il punto di vista dell’impresa*, in CENTONZE, MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità “penale” degli enti*, Bologna, 2016, 117 ss.

MANTOVANI, FRANCESCHINI, *La compliance in Eni*, in ROSSI (a cura di), *La corporate compliance: una nuova frontiera per il diritto?*, coll. *Riv. Soc.*, Milano, 2016, 1 ss.

MANTOVANI, *Diritto penale parte generale*, ed. X, Padova, 2017.

MARCOLINI, *L’ergastolo nell’esecuzione penale contemporanea*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 4/2017, 68 ss.

MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993.

MARINUCCI, “*Societas puniri potest*”: *uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 4, 1193 ss.

MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, 2-3, 445 ss.

MAUGIERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001.

MAZZACUVA, AMATI, “*Doppio binario sanzionatorio*” e ne bis in idem, in ID., *Diritto penale dell’economia*, ed. IV, Milano, 2018, 351 ss.

MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell’esperienza anglo-americana*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2/2016, 80 ss.

MOCCIA, *Riflessioni intorno al sistema sanzionatorio e propositi di riforma*, in *Leg. Pen.*, 9 settembre 2016, 1 ss.

MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo Stato di diritto. Relazione di sintesi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1720 ss.

MOKHIBER, *Crime without conviction: the rise of deferred and non prosecution agreements. A report released by corporate crime reporter*, in

Corporate Crime Reporter, 2005, 3 ss.

MOLARI, *Il problema dell'unificazione delle pene e delle misure di sicurezza nella Costituzione italiana*, in BETTIOL (a cura di), *Sul problema della rieducazione del condannato*, Atti del II Convegno di diritto penale, 1964.

MOMIGLIANO, *Giustizia e vendetta sono due cose così diverse?*, in *Riv. Stud.*, 7 giugno 2017, 1 ss.

MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del Modello di Organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. Amm. Soc. en.*, 2011, 3, 69 ss.

MONTAGNA, *Il regime carcerario differenziato verso nuovi equilibri*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 10, 1280 ss.

MONTALDO, *Emergenza carceri: a tre anni dalla sentenza Torreggiani, gli esiti e l'effettività delle riforme*, in www.forumcostituzionale.it, 3 febbraio 2016, 1 ss.

MOSCONI, *La giustizia riparativa: definizioni, interpretazioni, applicazioni. A proposito dei lavori del Tavolo XII deli Stati Generali dell'Esecuzione Penale*, in *Oss. Antigone*, 16 aprile 2018, 1 ss.

MUCCIARELLI, *Una progettata modifica al D.Lgs. n. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità*, in *Riv. Soc.*, 2010, 10, 1247 ss.

NESTOLA, *L'articolo 41-bis O.P.: fino a che punto il bisogno di sicurezza può legittimare il regime detentivo speciale?*, in *Giur. Pen.*, 2017, 7-8, 1 ss.

NUNES, *Organizational Sentencing Guidelines: the conundrum of compliance programs and self-reporting*, in *Ariz. St. L. J.*, 1995, 27, 1039 ss.

ORLANDI, *Il sovraffollamento delle carceri al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Quaderni Cost.*, 2013, 2, 424 ss.

ORSINA, *Il caso "Rete Ferroviaria Italiana S.p.A.": un'esperienza positiva in tema di colpa di organizzazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 gennaio 2017, 1 ss.

PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Torino, 2004,

13 ss.

PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 2006, 1, 32 ss.

PAIUSCO, *Giustizia riparativa: responsabilità, partecipazione, riparazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2 febbraio 2017, 1 ss.

PALAZZO, *A proposito di codice penale e leggi speciali*, in *Quest. Giust.*, 1991, 2, 310 ss.

PALAZZO, *Il sistema sanzionatorio sempre al centro di riforme grandi e piccole*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 9, 1061 ss.

PALAZZO, *Codice penale 1930: un passato (ancora) senza futuro*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 settembre 2011, 1 ss.

PALAZZO, *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: de lege data e de lege ferenda*, in *Pol. Dir.*, 2017, 2, 349 ss.

PALIERO, *La responsabilità penale della persone giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, 17 ss.

PALIERO, *Extrema ratio: una favola raccontata a veglia? Pragmatica e paradigmatica della clausola di "extrema ratio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1447 ss.

PARODI, *Ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata e art. 3 CEDU: meno rigidi gli standard garantistici richiesti in caso di estradizione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 maggio 2012, 1 ss.

PASCULLI, *La responsabilità da reato degli enti collettivi nell'ordinamento italiano. Profili dogmatici ed applicativi*, Bari, 2005.

PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, GROSSO (a cura di), Milano, vol. II, 2018, 741 ss.

PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario: vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008.

PERINI, *Prospettive attuali dell'alternativa al carcere tra emergenza e rieducazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2017, 4, 77 ss.

PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, ed. II., Milano,

2010, 153 ss.

PIERGALLINI, *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, II, 2010, 211 ss.

PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex D.lg. n. 231/2001)*, in *Cass. pen.*, 2013, 2, 842 ss.

PISANI, *La pena dell'ergastolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 2, 575 ss.

PISAPIA, *Carceri: sentenza pilota della Corte di Strasburgo condanna l'Italia*, in *Quest. Giust.*, 29 gennaio 2013, 1 ss.

PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 2, 686 ss.

PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 2, 421 s.

REDAZIONE GIURISPRUDENZA PENALE, *Sentenza Torreggiani: Strasburgo condanna l'Italia*, in *Giur. Pen.*, 1 aprile 2013, 1 ss.

RELAZIONE MINISTERIALE AL D.LGS. 231/2001, in www.aodv231.it.

RICCARDI, CHILOSI, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversione dell'ente?*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 10/2017, 47 ss.

RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione*, Napoli, 2000.

ROCCO, *Relazione al Re*, in *G.U., Relazione e R.D. 19 ottobre 1930 – Anno VIII, n. 1398*, Roma, 1930, 1 ss.

ROMANO, *Societas delinquere non potest (nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 4, 1031 ss.

ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. Soc.*, 2002, 2-3, 393 ss.

ROSSI, *Le sanzioni dell'ente*, in VINCIGUERRA, CERESA GASTALDO, ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (d.lgs. 231/2001)*, Padova, 2004.

RUARO, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le principali novità dei*

decreti attuativi in materia di semplificazioni dei procedimenti e di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria, in www.penalecontemporaneo.it, 9 novembre 2018, 1 ss.

RUOTOLO, *Quale tutela per il dritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in *Giur. Cost.*, 2013, 6, 4549 ss.

SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Milano-Roma, 2006.

SEMERARO, *Sorveglianza dinamica e trattamento rieducativo: ambiti di tutela giurisdizionale per il detenuto*, in *Giur. Pen.*, 2018, 10, 1 ss.

SEVERINO, *La responsabilità dell'ente ex d.lgs. 231 del 2001: profili sanzionatori e logiche premiali*, in BASILE, GATTA, PALIERO, VIGANÒ (a cura di), *La pena, ancora fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, t. II, Milano, 2018, 1101 ss.

SICLARI, *Applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza personali*, Milano, 1977.

SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966.

STATI GENERALI DELL'ESECUZIONE PENALE, *Tavolo VI*, Allegato 3, in www.giustizia.it, 2015, 1 ss.

STATI GENERALI DELL'ESECUZIONE PENALE, *Tavolo XI*, in www.giustizia.it, 2015, 1 ss.

STATI GENERALI DELL'ESECUZIONE PENALE, *Tavolo XII*, in www.giustizia.it, 2015, 1 ss.

STATI GENERALI DELL'ESECUZIONE PENALE, *Tavolo XII, Misure alternative alla detenzione: la significativa esperienza della C.R. di Milano Opera*, in www.giustizia.it, 2015, 1 ss.

STATI GENERALI DELL'ESECUZIONE PENALE, *Tavolo XIII*, in www.giustizia.it, 2015, 1 ss.

STATI GENERALI DELL'ESECUZIONE PENALE, *Tavolo XIII*, Allegato 3, in www.giustizia.it, 2015, 1 ss.

STATI GENERALI DELL'ESECUZIONE PENALE, *Tavolo XIII*, Allegato 5, in www.giustizia.it, 2015, 1 ss.

STATI GENERALI DELL'ESECUZIONE PENALE, *Tavolo XIII*, Allegato 8, in www.giustizia.it, 2015, 1 ss.

STATI GENERALI DELL'ESECUZIONE PENALE, *Tavolo XIII*, Allegato 9-ter, in www.giustizia.it, 2015, 1 ss.

STATI GENERALI DELL'ESECUZIONE PENALE, *Tavolo XIII*, Allegato 10, in www.giustizia.it, 2015, 1 ss.

STATI GENERALI DELL'ESECUZIONE PENALE, *Tavolo XVI*, in www.giustizia.it, 2015, 1 ss.

STATI GENERALI DELL'ESECUZIONE PENALE, *Tavolo XVI*, Allegato 1, in www.giustizia.it, 2015, 1 ss.

STATI GENERALI DELL'ESECUZIONE PENALE, *Tavolo XVI*, Allegato 3, in www.giustizia.it, 2015, 1 ss.

STATI GENERALI DELL'ESECUZIONE PENALE, *Tavolo XVI*, Allegato 4, in www.giustizia.it, 2015, 1 ss.

STATI GENERALI DELL'ESECUZIONE PENALE, *Tavolo XVI*, Allegato 5, in www.giustizia.it, 2015, 1 ss.

STATI GENERALI DELL'ESECUZIONE PENALE, *Documento finale*, in www.giustizia.it, 2016, 1 ss.

STORTONI, TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. Pen.*, 2006, 1, 7 ss.

SWENSON, The organizational Guidelines' «carrot and stick» philosophy; and their focus on «effective» compliance, in *Corporate Crime in America: Strengthening the «good citizen» Corporation*, 1995, 1 ss.

TESSITORE, *Fascismo e pena di morte. Consenso e informazione*. Milano, 2000.

TOMBARI, *Governo societario, compliance e «indagini interne» nella S.p.A. quotata*, in ROSSI (a cura di), *La corporate compliance: una nuova frontiera per il diritto?*, coll. *Riv. Soc.*, Milano, 2016, 261 ss.

TORRENTE, *La popolazione detenuta in Italia. Tra sforzi riduzionisti e nuove tentazioni populiste*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 ottobre 2016, 1 ss.

TURCHETTI, *Legge svuotacarceri e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?*, in

www.penalecontemporaneo.it, 14 dicembre 2010, 1 ss.

TURCHETTI, *Emergenza carceri: una prima risposta dal governo Monti*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 gennaio 2012, 1 ss.

UBIALI, *Ergastolo ostativo e preclusione all'accesso ai permessi premio: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 27 Cost.*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 gennaio 2019, 1 ss.

VESPERTINO, *L'affettività e la sessualità in carcere: verso un modello trattamentale affettivo-rieducativo*, in DE PASCALIS (a cura di), *La dimensione dell'affettività in carcere. Uno studio su sessualità, genitorialità e possibilità di procreazione nel sistema penitenziario*, www.giustizia.it, 2015, 13, 97 ss.

VICOLI, *Sospensione dell'ordine di esecuzione e affidamento in prova: la Corte Costituzionale ricuce il filo spezzato dal legislatore*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 4/2018, 89 ss.

VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 luglio 2012, 1 ss.

VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 gennaio 2013, 1 ss.

VIGANÒ, *Alla ricerca di un rimedio giurisdizionale preventivo contro il sovraffollamento delle carceri: una questione di legittimità costituzionale della vigente disciplina in materia di rinvio dell'esecuzione della pena detentiva*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 febbraio 2013, 1 ss.

VINCIGUERRA, *Quale specie di illecito?*, in VINCIGUERRA, CERESA-GASTALDO, ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (d.lgs. n. 231/2001)*, Padova, 2004, 183 ss.

VIZZARDI, SANTA MARIA, *Il progetto di riforma alla "231": che cosa cambia, che cosa manca*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2010, 1 ss.

WEISSMAN, NEWMAN, *Rethinking criminal corporate liability*, in *Ind. L. J.*, vol. 82, 411 ss.

ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti umani, la responsabilità*

delle persone morali e la nozione di pena, in *Cass. Pen.*, suppl. 2003, 6, 32 ss

ZIRULIA, Nota a *Cass. Pen.*, Sez. IV., 17.9.2010 (dep. 13.12.2010), n. 43786, *Pres. Marzano, Rel. Blaiotta, imp. Cozzini e altri (amianto e nesso di causalità)*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 gennaio 2011, 1 ss.

ZIRULIA, *Riforma Orlando: la “nuova prescrizione e le altre modifiche al codice penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 6/2017, 243 ss.

GIURISPRUDENZA

- Corte Cost., sent. 5 giugno 1956, n. 1.
- Corte Cost., sent. 14 maggio 1974, n. 204.
- Corte EDU, sent. 23 novembre 1976, n. 22, “*Engel e altri c. Italia*.”
- Corte Cost., sent. 24 marzo 1988, n. 364.
- Cass. Pen., sez. I, 15 novembre 1988, n. 2102.
- Corte Cost., sent. 28 luglio 1993, n. 349.
- Corte Cost., sent. 23 novembre 1993, n. 410.
- Corte Cost., sent. 18 ottobre 1996, n. 351.
- Corte Cost., sent. 5 dicembre 1997, n. 376.
- Corte Cost., ord. 23 luglio 2002, n. 390.
- Corte Cost., sent. 9 aprile 2003, n. 135.
- Corte Cost., ord. 23 dicembre 2004, n. 417.
- Corte Cost., ord. 2 aprile 2004, n. 108.
- Cass. Pen., Sez. Un., 8 marzo 2005, n. 9163.
- Cass. Pen., sez. II, 31 maggio 2005, n. 3615.
- Cass. Pen., sez. I, ord. 2 novembre 2005.
- Cass. Pen., sez. VI, 23 giugno 2006, n. 32627.
- Corte Cost., sent. 4 luglio 2006, n. 257.
- Corte Cost., sent. 16 marzo 2007, n. 79.
- Corte eur., sez. II, 15 gennaio 2008, *Bagarella c/Italia*.
- Cass. Pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654.
- Corte eur., sez. II, 17 luglio 2008, *De Pace c/Italia*.
- Cass. Pen., Sez. Un., 23 gennaio 2011, n. 34476.
- Corte Cost., sent. 11 dicembre 2012, n. 301.
- Cass. Pen., sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 21192.
- Corte Cost., sent. 22 novembre 2013, n. 279.
- Corte eur., sez. II, 19 marzo 2013, *Riina c/Italia*.
- Cass. Pen., sez. I, sent. 30 gennaio 2013, n. 4772.
- Cass. Pen., Sez. Un., 30 gennaio 2014, n. 10561.
- Cass. Pen., sez. V., sent. 30 gennaio 2014, n. 4677.

Corte EDU, sent. 4 marzo 2014, n. 18640/10 “*Grande Stevens e altri c. Italia*”.

Cass. Pen., sez. V, 13 giugno 2014, n. 25450.

Cass. Pen, sez. II, 23 settembre 2014, RV 261439.

Cass. Pen., sez. I, 10 settembre 2015, RV 264943.

Trib. Catania, sez. VI, sent. 14 aprile 2016, n. 2133.

Cass. Pen., sez. I, sent. 13 dicembre 2016, n. 52819.

Cass. Pen., sez. I, sent. 17 novembre 2016, n. 13124.

Cass. Pen., sez. I, sent. 15 settembre 2017, n. 42211.

Corte Cost., sent. 26 settembre 2018, n. 186.

Corte Cost., sent. 2 marzo 2018, n. 4.

RIFERIMENTI NORMATIVI

- R.D. 19 Ottobre 1930, n. 1398.
Legge 27 dicembre 1947, n. 298.
Legge 26 luglio 1975, n. 354.
Legge 24 novembre 1981, n. 389.
Legge 10 ottobre 1986, n. 663.
Legge 8 novembre 1991, n. 381.
Legge 13 ottobre 1994, n. 589.
Ass. Gen. Consiglio d'Europa, Racc. 22 settembre 1997, n. 1340.
Legge 27 maggio 1998, n. 165.
T.U. 25 luglio 1998, n. 286.
Legge 22 giugno 2000, n. 193.
D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.
D.lgs. 28 agosto 2000, n. 274.
D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.
D.P.R. 20 giugno 2002, n. 313.
Parlamento Europeo, Racc. 15 dicembre 2003, n. 2188.
Legge 5 dicembre 2005, n. 251.
Comitato dei Ministri, Racc. 11 gennaio 2006, n. 2.
Legge 31 luglio 2006, n. 241.
Legge Cost. 2 ottobre 2007, n.1.
Legge 15 ottobre 2008, n. 179
Legge 26 novembre 2010, n. 199.
Parlamento Europeo, Dir. 25 ottobre 2012, n. 29, (2012/29/UE).
D.L. 1 luglio 2013, n. 78.
Legge 9 agosto 2013, n. 94.
Legge 21 febbraio 2014, n. 10.
Legge 28 aprile 2014, n. 67.
D.lgs. 16 marzo 2015, n. 28.
D.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7.
D.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8.