

Dipartimento di Giurisprudenza
Cattedra di Diritto penale

CRISI DEL SISTEMA CARCERARIO E
PROSPETTIVE DI RIFORMA DEL
SISTEMA SANZIONATORIO. LE
SANZIONI SOSTITUTIVE NELLA
RIFORMA CARTABIA.

Chiar.mo Prof. Antonio Gullo *Chiar.ma Prof.ssa Paola Balducci*

Relatore

Correlatrice

Fabrizia Vallone
Matricola n. 150203

Candidata

ANNO ACCADEMICO
2021-2022

INDICE

INTRODUZIONE	5
--------------------	---

CAPITOLO I

LA FUNZIONE E LO SCOPO DELLA PENA.

1. Il problema definitorio della pena	11
2. Le pene previste nel nostro ordinamento e i principi costituzionali rilevanti.	13
3. Il carcere: da luogo di custodia a luogo di detenzione in forma sanzionatoria	17
3.1 La scuola classica	19
3.2 La scuola positiva.....	21
3.3 Dal primato della pena detentiva, al superamento della visione carcero- centrica	22
4. L'attuale crisi del sistema carcerario: verso una necessaria opera di riforma sanzionatoria	25
4.1 Verso un "carcere dei diritti"	29
5. La funzione della pena, dal codice Rocco alla Costituzione	30
5.1 La funzione della pena nella giurisprudenza della Corte Costituzionale	33
5.2 Il sistema penale vigente: tre diverse concezioni della finalità della pena	39
6. La funzione retributiva	40
6.1 La retribuzione giuridica e la retribuzione morale.....	44
7. La funzione preventiva.....	47
7.1 La funzione general-preventiva.....	48
7.2 La funzione special-preventiva	52
8. La funzione propositiva.....	55
9. La funzione rieducativa.....	55
9.1 La discussa compatibilità del "carcere duro" con la finalità rieducativa della pena	61
9.2 I rapporti tra rieducazione e giustizia riparativa	69
10. Conclusione.....	72

CAPITOLO II

LE CAUSE DELLA CRISI DEL SISTEMA PENITENZIARIO ITALIANO E GLI INTERVENTI ADOTTATI PER FAR FRONTE AL MONISMO CARCERARIO.

1. Il sovraffollamento carcerario	73
1.1 Le cause del sovraffollamento carcerario	77
1.2 L'inefficacia dell'amnistia e dell'indulto quali strumenti deflattivi	79
2. Le condanne dell'Italia da parte della Corte EDU per violazione dell'art 3 della Convenzione	81
2.1 Sentenza Sulejmanovic c. Italia	85
2.2 Deliberazione del "piano carceri" e approvazione della legge n. 199/2010 c.d. "svuota carceri"	87
2.3 Sentenza Torreggiani e altri c. Italia	89
2.4 Successivi interventi legislativi adottati a scopo deflattivo	94
2.5 D.l. n. 78/2013.....	95
2.6 D.l. n. 146/2013.....	96
2.7 D. l. n. 92/2014.....	97
2.8 Sentenza Mursic c. Croazia.....	98
3. Rapporto tra sovraffollamento e recidiva.....	101
4. Impatto della pandemia da Covid-19 sugli istituti penitenziari	103
5. Rapporto tra sovraffollamento e tortura nelle carceri	109
5.1 Profili di regolamentazione e repressione della tortura prima e dopo la l. n. 110/2017.....	112
6. Fallimento del carcere. Verso una sua possibile abolizione?.....	117
6.1 Interventi normativi in chiave alternativa e in chiave sostitutiva per far fronte al monismo carcerario	119
7. Interventi normativi in chiave alternativa	120
7.1 D. l. n. 211/2011 "pacchetto Severino" e d.d.l. n. 5019/2012 c.d. "d.d.l. Severino"	121
7.2 Legge delega n. 103/2017 c.d. Riforma Orlando.....	124
8. Interventi normativi in chiave sostitutiva.....	127
8.1 Proposte di riforma della Commissione Lattanzi.....	128

CAPITOLO III

LA RIFORMA CARTABIA, LE SANZIONI SOSTITUTIVE E IL RIPENSAMENTO DEL SISTEMA SANZIONATORIO.

1. Il Progetto di riforma del sistema sanzionatorio penale: il piano Cartabia ...	132
1.1 Il contesto in cui nasce la riforma Cartabia.....	134
1.2 Gli obiettivi perseguiti dalla riforma.....	137
2. Novità introdotte dalla riforma Cartabia sul processo penale, sul sistema sanzionatorio e sulla giustizia riparativa.....	140
3. Novità introdotte dalla riforma Cartabia sulla prescrizione del reato e sull'improcedibilità dell'azione penale.....	146
4. Le sanzioni sostitutive tra storica ineffettività e tentativi di rivitalizzazione ad opera della riforma.....	148
4.1 La riforma Cartabia sulle sanzioni sostitutive: analogie e differenze con le proposte avanzate dalla commissione Lattanzi.....	152
4.2 Criteri guida della decisione giudiziale sull' <i>an</i> e sul <i>quomodo</i> della sostituzione..	156
4.3 Pene sostitutive e pene alternative tra giudizio di cognizione e giudizio di sorveglianza.....	159
5. Le sanzioni sostitutive introdotte dalla riforma Cartabia.....	164
5.1 La detenzione domiciliare.....	166
5.1.1 L'esecuzione della pena presso il domicilio.....	171
5.2 La semilibertà.....	173
5.3 Il lavoro di pubblica utilità.....	175
5.4 La pena pecuniaria.....	178
6. Cosa aspettarsi nel prossimo futuro dalla Riforma Cartabia: criticità e punti di forza.....	182
CONCLUSIONE	188
BIBLIOGRAFIA	190
RINGRAZIAMENTI	204

INTRODUZIONE

L'obiettivo perseguito con il presente elaborato, è stato quello di trattare tematiche che, seppur risalenti nel tempo, si confermano essere tuttora attuali.

Ci si riferisce ad esempio all'impatto che ha avuto la pandemia da Covid-19 sul carcere, al sovraffollamento carcerario, agli episodi di tortura avverso i detenuti che si sono registrati in questi ultimi anni e, agli interventi del presidente del consiglio Mario Draghi e della ministra della giustizia Marta Cartabia che ne sono conseguiti. Dunque, dalla lettura della seguente trattazione si desume che ci si è voluti soffermare, in particolare, sulla pena detentiva e più specificamente, sull'importanza della funzione rieducativa della pena, sancita dall'art 27 co. 3 della Costituzione e sugli ostacoli che si frappongono alla sua attuazione, i quali permettono di avallare la tesi secondo cui la pena detentiva sia inefficace nel garantire una pena che sia davvero rieducativa.

Di conseguenza, si approfondirà la tematica del fallimento della pena detentiva, entrata in crisi a causa della persistenza di varie problematiche che continuano ad affliggere i nostri istituti penitenziari, e ci si soffermerà sugli interventi che sono stati adottati per cercare di farvi fronte, partendo da quelli più risalenti nel tempo, passando poi per le proposte avanzate dalla Commissione Lattanzi e arrivando infine alla disamina dell'attuale riforma della giustizia, ossia la riforma Cartabia.

La trattazione, dunque, prende le mosse dalla constatazione della contraddizione in cui si ritrova oggi la pena carceraria, che, se da un lato appare irrinunciabile per i reati più gravi, dall'altro sono evidenti i segni di una crisi profonda; crisi causata dal gravoso sovraffollamento carcerario, dall'alto tasso di recidiva, dalla violenza avverso i detenuti, che si risolve in una maggiore difficoltà a proporre attività volte a favorire percorsi di recupero.

Proprio a causa di questa crisi, dunque, sono sorti interrogativi sulla effettiva utilità in termini di rieducazione della pena carceraria, nonché sulla effettività della pena detentiva¹ dal momento che il nostro sistema punitivo continua a essere basato prevalentemente sulla pena detentiva, pena che difficilmente riesce a rieducare ma

¹ F. CAPASSO, *Una nuova forma di politica criminale. La giustizia riparativa nella riforma Cartabia*, in www.unicost.it, p. 14.

che addirittura diseduca, producendo ulteriori effetti desocializzanti e, pur dovendosi ammettere che il carcere continua a essere uno strumento imprescindibile per alcune categorie di reati di particolare allarme sociale, si giunge alla soluzione che è necessario pensare a un sistema sanzionatorio alternativo.

In tal senso, si muove proprio la riforma Cartabia, che, perseguendo l'obiettivo di ridurre lo spazio occupato nel nostro sistema dalla pena detentiva, individua nell'esigenza di riformare il sistema sanzionatorio, e in particolare nell'esigenza di superare il primato del carcere, una priorità del proprio programma.² Con l'attuazione della legge delega in materia penale, infatti, si svilupperanno forme di esecuzione della pena alternative al carcere.

Il presente elaborato risulta suddiviso in tre capitoli, con i relativi paragrafi e sotto paragrafi.

Nel primo capitolo, ci analizzerà la storia e la progressiva evoluzione della sanzione penale, concentrandosi in particolare sulla pena carceraria, rammentando come il carcere fosse, fino alla fine del Settecento, solamente un luogo temporaneo di custodia dei soggetti in attesa di interrogatorio, e che solo in seguito è divenuto un vero e proprio luogo di detenzione in forma sanzionatoria.

In un secondo momento, invece, ci si concentrerà sull'attuale crisi del sistema carcerario e sulla conseguente necessità di una riforma del sistema sanzionatorio volta a superare la visione carcerocentrica.

In ultimo, si analizzeranno le varie funzioni della pena: retributiva, secondo cui la punizione deve essere inflitta *quia peccatum est*; 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; special-preventiva, secondo cui l'obiettivo principale della sanzione penale è quello di impedire che il colpevole commetta nuovi crimini e infine rieducativa, prevista dall'art 27 comma 3 della Costituzione, secondo cui la pena ha come fine la riabilitazione del condannato e il suo reinserimento nella vita sociale.

² E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in www.sistemapenale.it, 2021, par. 1.

Il capitolo si concluderà poi con una attenta riflessione sulla discussa compatibilità del carcere duro con la finalità rieducativa e sui rapporti intercorrenti tra rieducazione e giustizia riparativa.

Per quanto concerne invece il secondo capitolo, in esso verranno ampiamente analizzate le problematiche, sempre più evidenti, relative alla realtà penitenziaria italiana; problematiche che non possono essere più ignorate non solo perché il carcere finisce per essere luogo di sofferenza piuttosto che luogo di pena³, ma anche perché il modo in cui uno Stato decide di trattare chi assume comportamenti devianti riflette il suo grado di civiltà giuridica.⁴

Infatti, è pacifico che, quando un soggetto viene ristretto in carcere, si dovrebbe perseguire la rieducazione e la risocializzazione del condannato, contemperando l'esigenza di sicurezza della collettività con quella del rispetto dei diritti umani fondamentali.

Tuttavia, tale obiettivo non viene sempre raggiunto a causa della persistenza di varie problematiche, la prima delle quali concernente il sovraffollamento carcerario, considerato il più grande ostacolo alla piena realizzazione del principio rieducativo, con la quale si intende il fenomeno di sproporzione del numero di detenuti rispetto alla effettiva capienza degli istituti penitenziari.

A riguardo, ci si soffermerà in primo luogo sulle cause del sovraffollamento, poi sui provvedimenti che sono stati adottati per cercare di farvi fronte ed infine sulle condanne dell'Italia da parte della Corte EDU per violazione dell'art 3 della CEDU quali la sentenza Sulejmanovic, la sentenza Torreggiani e la sentenza Mursic.

In particolare, oltre ai primi interventi "tamponi" risultati inidonei a risolvere nel lungo periodo la questione, quali l'amnistia e l'indulto, ci si soffermerà sulla l. n. 199/2010 c.d. svuota carceri e sui decreti-legge n. 78/2013, n. 146/2013 e n. 92/2014.

In secondo luogo, nel corso del capitolo, si passerà all'analisi di tematiche che in questi ultimi anni hanno interessato non solo gli istituti penitenziari ma tutta la

³ Ci si riferisce non alla sofferenza implicita nella privazione della libertà personale, ma ad una addizionale ossia che eccede la lettera legislativa. Per ulteriori approfondimenti si veda L. MANCONI, V. CALDERONE, *Quando hanno aperto la cella*, Milano, 2014.

⁴ M. TOSI, *Diritti e rovesci del detenuto in Italia tra normative, effettività e tutela*, in *Crimen et delictum*, 2012, p. 14.

collettività in generale e che si rivelano essere ancora attuali, quali ad esempio l'impatto che ha avuto la pandemia da Covid-19 sul carcere e le rivolte e i gravi episodi di violenza che ne sono scaturiti.

In particolare, ci si soffermerà sia sui provvedimenti che sono stati adottati per cercare di diminuire la popolazione detenuta, data l'impossibilità di mettere in atto il distanziamento sociale all'interno degli istituti penitenziari quali: il decreto "cura Italia", il decreto "anti-boss", il decreto "antiscarcerazione" e il decreto "ristori", sia sui drammatici episodi di violenza commessi da parte delle forze dell'ordine a danno dei detenuti; episodi toccanti che hanno destato ampio clamore e che hanno suscitato gli interventi del presidente del consiglio Mario Draghi e della ministra della giustizia Marta Cartabia.

Ci si riferisce in particolar modo a quanto accaduto presso il carcere di Santa Maria Capua Vetere in data 6 aprile 2020 in merito al quale si farà un cenno anche alla relativa sentenza (n. 8973 del 2022) emessa il 16 marzo 2022 dalla Corte di Cassazione.

Inoltre, verranno analizzate come ulteriori cause della crisi del sistema carcerario la recidiva e la tortura, entrambe conseguenze del sovraffollamento, dal momento che, a causa dello stesso, i detenuti sono costretti a trascorrere molte ore della giornata nelle celle, senza la possibilità di svolgere attività lavorative, istruttive o anche solo ricreative e⁵ ciò, ovviamente, comporta sia che dal carcere i detenuti escono con ancora più problemi di quelli che avevano prima dell'ingresso in carcere sia che, per la carenza del personale, che sovraccarica di ulteriori responsabilità quelli in servizio e li sottopone a ulteriori condizioni di stress, scaturiscano episodi di violenza.

A riprova di ciò, anche la ministra Cartabia ha sottolineato che vivere in un ambiente degradato di sicuro non aiuta i detenuti nel delicato percorso di risocializzazione e che di certo, rende più gravoso il già impegnativo lavoro di chi vi lavora e che «affinché non si ripetano mai più episodi di violenza, ma più ampiamente affinché la pena possa davvero conseguire la sua finalità, prevista dalla

⁵ M. DI STEFANO- C. DI MEO- R. CALABRESE, *L'emergenza del sistema carcerario italiano*, in *Arch. pen.*, 2013, n.2, p. 4.

Costituzione, occorrerebbe realizzare investimenti sulle strutture penitenziarie, assumere più personale e diffondere l'uso delle tecnologie».

Infine, si approderà all'analisi degli interventi normativi in chiave alternativa e in chiave sostitutiva che sono stati intrapresi per infrangere il monismo carcerario, partendo dal pacchetto Severino e dal d.d.l. Severino, passando poi alla legge delega n. 103/2017 nota come riforma Orlando e concludendo infine con le proposte elaborate dalla commissione Lattanzi, istituita a marzo 2021 proprio con il compito di elaborare proposte di riforma in materia di sistema sanzionatorio penale.

Nel terzo capitolo invece, si giungerà alla disamina della Riforma Cartabia e in particolar modo della sua origine, dei suoi obiettivi e delle novità che ha introdotto. Quanto agli obiettivi, innanzitutto, è noto che la legge delega del 23 settembre 2021 costituisce un ripensamento non solo delle sanzioni sostitutive ma di tutto il sistema sanzionatorio in generale, dal momento che essa persegue lo scopo di ridurre lo spazio occupato nel nostro sistema dalla pena detentiva.

In particolare, ridurre i tempi della giustizia e superare il primato del carcere, individuando possibili alternative al processo e alla pena carceraria, sono gli obiettivi principali della riforma.

In un secondo momento, verranno esposte le novità introdotte dalla legge delega, analizzando i contenuti dell'art. 1 l. n. 134/2021 e dell'art. 2 l. n. 134/2021 dai quali si desume che gli interventi di riforma attraversano tutto il processo penale, dalla fase delle indagini al giudizio di legittimità, estendendosi anche a istituti chiave del sistema sanzionatorio e della giustizia riparativa.

In particolare, insieme all'introduzione della giustizia riparativa, la delega per la revisione del sistema sanzionatorio e in particolare delle sanzioni sostitutive costituisce la maggiore innovazione della riforma Cartabia.

Una più ampia attenzione, infatti, viene dedicata alle novità introdotte dalla riforma sulle sanzioni sostitutive, in merito al quale verranno, in un primo momento, esposte le analogie e le differenze rispetto alle proposte avanzate dalla Commissione Lattanzi, e in un secondo momento, ci si soffermerà sui criteri guida della decisione sull'*an* e sul *quomodo* della sostituzione come limite alla discrezionalità giudiziale.

Per adesso, si anticipa solo che, l'art. 1 co. 17 l. n. 134/2021, in conformità alla Commissione Lattanzi, delega il governo ad abolire la semidetenzione e la libertà controllata, in quanto sanzioni oggi esistenti solo sulla carta, e a prevedere come sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi: la semilibertà, la detenzione domiciliare, il lavoro di pubblica utilità e la pena pecuniaria.

A differenza di quanto proposto dalla Commissione Lattanzi, invece, non viene inserito nel catalogo delle sanzioni sostitutive l'affidamento in prova al servizio sociale.

La particolarità più evidente quindi, è che, con la riforma, si trasformano le misure alternative alla detenzione della detenzione domiciliare e della semilibertà, attualmente di competenza del tribunale di sorveglianza, in sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, che sono invece comminabili dal giudice della cognizione.

Questa trasformazione delle misure alternative in sanzioni sostitutive è stata adottata dalla riforma per combattere la condizione dei cosiddetti "*liberi sospesi*", ossia la situazione di coloro che, condannati a una pena detentiva entro i 4 anni, chiedono dopo il passaggio in giudicato della sentenza ed entro 30 giorni dalla sospensione dell'ordine di carcerazione una misura alternativa, e,⁶ in attesa del giudizio del magistrato di sorveglianza, non vanno in carcere, ma non iniziano neanche a scontare la pena alternativa, creando una situazione di "limbo".

In ultimo, si passerà all'analisi delle singole sanzioni sostitutive e per finire, si concluderà la trattazione con un paragrafo dedicato alle aspettative di breve e di lungo termine che sorgono da tale riforma.

⁶ La sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nel limite di 4 anni, anche se costituente residuo di maggiore pena, è il portato dell'intervento della sentenza Corte Cost., n. 41/2018, che ha inciso sull'originario testo dell'art 656 co. 5 c.p.p. al fine di rendere detto termine corrispondente al termine di concessione dell'affidamento in prova allargato.

CAPITOLO I

LA FUNZIONE E LO SCOPO DELLA PENA

SOMMARIO: 1. Il problema definitivo della pena. – 2. Le pene previste nel nostro ordinamento e i principi costituzionali rilevanti. – 3. Il carcere: da luogo di custodia a luogo di detenzione in forma sanzionatoria; 3.1 La scuola classica; 3.2 La scuola positiva; 3.3 Dal primato della pena detentiva, al superamento della visione carcerocentrica. – 4. L'attuale crisi del sistema carcerario: verso una necessaria opera di riforma sanzionatoria; 4.1 Verso un "carcere dei diritti". – 5. La funzione della pena, dal codice Rocco alla Costituzione; 5.1 La funzione della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale; 5.2 Il sistema penale vigente: tre diverse concezioni della finalità della pena. – 6. La funzione retributiva; 6.1 La retribuzione giuridica e la retribuzione morale. – 7. La funzione preventiva; 7.1 La funzione general-preventiva; 7.2 La funzione special-preventiva. – 8. La funzione propositiva. – 9. La funzione rieducativa della pena; 9.1 La discussa compatibilità del "carcere duro" con la finalità rieducativa della pena; 9.2 I rapporti tra rieducazione e giustizia riparativa. – 10. Conclusione.

1. Il problema definitivo della pena.

Il Codice penale, pur prevedendo una cospicua disciplina della sanzione penale all'interno delle disposizioni della parte generale, non fornisce una compiuta definizione di pena.

Un punto di partenza però è pacifico: senza la pena, non può esservi il diritto penale. Già sul finire del XIX secolo, il filosofo Friedrich Nietzsche affermava che il concetto di pena non presenta in realtà un unico significato ma una intera gamma di significati.

Infatti, anche se dal punto di vista della teoria generale del diritto, la pena rientra nel più ampio *genus* delle "sanzioni", che costituiscono la risposta dello Stato ad un determinato comportamento giuridicamente vincolante, e secondo la dottrina, la pena sarebbe la sanzione afflittiva prevista dall'ordinamento giuridico per chi viola un comando di natura penale, la pena rimane un'entità problematica che continua a sollevare una serie di questioni controverse relative alla sua definizione, al suo significato, ai suoi scopi e ai suoi effetti¹.

Secondo una definizione essenziale, la pena, dal momento che arreca sofferenza all'autore del reato, si contraddistingue per il suo carattere afflittivo che sottintende

¹ G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bologna, 2017, p. 3.

che l'autore merita una punizione in quanto ha commesso un'azione illecita che non doveva essere compiuta.

Tuttavia, la differenza tra la sanzione penale e gli altri tipi di sanzioni (civili e amministrative) non si può basare sul carattere della afflittività e della sofferenza della pena.

La pena cioè, non può più essere definita una sofferenza ma semmai essa consisterebbe nella privazione o diminuzione di un bene individuale.

Per distinguere quindi la sanzione penale dalle altre sanzioni, si devono ricercare altri criteri.

Secondo alcuni autori, la differenza tra la sanzione penale e le altre sanzioni risiede nel mezzo con cui la prima viene irrogata e nell'organo deputato alla sua applicazione, mentre secondo altri, si deve guardare alle conseguenze accessorie della sanzione. Ad esempio, la conseguenza della sanzione penale è l'acquisizione della qualità di condannato che si ripercuote in materia di recidiva, amnistia e così via.

Si deve considerare poi che, secondo il principio di proporzione, la sanzione penale deve essere prevista unicamente per quelle fattispecie lesive di diritti fondamentali che trovano o possono trovare il loro riconoscimento nella Costituzione, mentre per tutti gli altri casi, è più coerente il ricorso al sistema sanzionatorio amministrativo o a quello civilistico².

Sembra sufficiente, quindi, considerare la sanzione penale come una reazione dell'ordinamento giuridico alla violazione di un precetto dello Stato volto a tutelare un bene di particolare rilevanza con funzione di prevenzione generale e speciale³.

Da questa affermazione, dunque, si può desumere che, a presidio della legittimità delle reazioni penali, sono posti il principio di determinatezza, di ragionevolezza e quello di proporzione.⁴

Secondo il primo, il fondamento della punibilità e la minaccia di una sanzione penale, richiedono che la legge sia formulata nel modo più chiaro possibile. L'imposizione di questo principio al legislatore penale viene articolato tramite tre

² M.A. RUFFO, *Diritto Penale amministrativo*, Padova, 2004, p. 85.

³ M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario: le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, Milano, 2004, p. 3.

⁴ Per ulteriori approfondimenti si veda P. NUVOLONE, voce *Pena*, in *Enc. Del dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, 787, e MATHIEU, *Perché punire? Il collasso della giustizia penale*, Milano, 1978.

divieti: il divieto di applicare per analogia i concetti legislativi, il divieto di applicarli con effetto retroattivo e il divieto di fondare la punibilità sul diritto consuetudinario.

Secondo il secondo e il terzo, i limiti posti all'attività sanzionatoria sono oltrepassati se la sanzione viene irrogata sulla base di presupposti incerti, se la violazione della norma non è sicura e se la sanzione risulta eccessiva, ad esempio quando agli occhi degli astanti non è proporzionata al comportamento dannoso.⁵

2. Le pene previste nel nostro ordinamento e i principi costituzionali rilevanti.

La sanzione penale ha da sempre ricoperto un ruolo fondamentale in ogni ordinamento giuridico e ha potuto al contempo indicare: un mezzo di repressione e/o prevenzione del crimine, un mezzo per comunicare disapprovazione, un fattore di educazione collettiva e anche una forma di esercizio del potere⁶.

Inizialmente, la pena era inquadrata come un semplice accordo tra privati mentre in seguito, la sanzione iniziava a diventare un concetto pubblico incentrata sulla vendetta.

Nel Medioevo e nell'età moderna le pene per eccellenza erano la pena di morte, come l'impiccagione e la decapitazione, e le punizioni corporali, come le mutilazioni e le frustate.⁷

La prima, ritenuta la pena massima, aveva una funzione intimidatrice e preventiva; le seconde invece avevano una duplice funzione: la prima, ancorata a una prospettiva religiosa, inquadrava il dolore come forma di espiazione dei propri peccati mentre la seconda, acquisiva anche l'effetto di rendere riconoscibile e quindi emarginabile l'autore del delitto.⁸

In sostanza, la pena corporale, aveva una funzione di vendetta e di punizione.⁹

⁵ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012, p. 45.

⁶ G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., p. 4.

⁷ Ad esempio, il taglio delle mani per il ladro o della lingua per i bestemmiatori.

⁸ L. GARLATI, *Sepolti vivi. Il carcere al tempo delle pratiche criminali: riti antichi per funzioni nuove*, in www.penalecontemporaneo.it, n. 4/2017, p. 17.

⁹ M. FOCALTY, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1976, p. 47.

Accanto a queste due tipologie di pene ve ne erano altre che avevano un ruolo secondario quali le ammende pecuniarie, i bandi, gli esili e le condanne a galera.

È stato solo nel Settecento che la pena detentiva ha soppiantato le sanzioni imperniate sull'uso della violenza fisica.

Oggi, invece, nel nostro Paese, le pene principali per i delitti sono: l'ergastolo¹⁰, che è la pena più grave tra quelle previste nel Codice penale, la reclusione, che è prevista e disciplinata dall'art 23 c.p. e la multa, prevista e disciplinata dall'art 24 c.p.

Le pene per le contravvenzioni invece sono l'arresto, disciplinato dall'art 25 c.p. e l'ammenda, disciplinata dall'art 26 c.p.

Poi, accanto alle classiche forme di punizione, esistono alternative alla detenzione, per mezzo delle quali la pena non viene più intesa solo come punizione ma anche come rieducazione volta a reinserire il condannato nella società.

Il tema della pena, inoltre, è interessato da molteplici principi costituzionali, tra i quali rilevano il principio di inviolabilità della libertà personale ex. art.13 co.1 Cost., il principio di eguaglianza ex. art. 3 Cost. ed il principio di legalità ex. art. 25 co. 2 Cost.

Per quanto concerne il primo principio, secondo l'art. 13 co. 1 Cost.¹¹, «la libertà personale è inviolabile»¹².

Dei limiti alla libertà personale, però, discendono sia dalla pena detentiva, che è posta al centro del sistema sanzionatorio penale italiano, sia da sanzioni dai

¹⁰ Il termine “ergastolo” deriva dal greco ἔργον, lavoro, e dal verbo ἐργάζομαι 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, C. DANUSSO, *Patibolo ed ergastolo dall'Italia liberale al fascismo*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 4/2017, p. 52.

¹¹ Art.13 Cost:

La libertà personale è inviolabile.

1. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.

2. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.

3. È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà.

4. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva.

¹² Per ulteriori approfondimenti si veda L. FILIPPI, G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011, p. 3-5.

contenuti diversi come ad esempio la libertà controllata, il lavoro di pubblica utilità e la detenzione domiciliare.

Anche la pena pecuniaria, inoltre, incide potenzialmente sulla libertà personale, dal momento che essa può essere convertita in libertà controllata o in lavoro di pubblica utilità in caso di insolvenza del condannato.

Inoltre, sempre da questo articolo, discende il principio di sussidiarietà della norma penale secondo cui la pena deve essere applicata come *ultima ratio*.

Ciò significa che la pena detentiva deve essere utilizzata in modo residuale, ossia deve essere limitata ai casi in cui non sono disponibili strumenti più efficaci per la prevenzione di quel fenomeno socialmente dannoso.

In sostanza, secondo il principio dell'*extrema ratio*, la pena criminale deve essere applicata solo quando risulta realmente l'unico mezzo a disposizione.¹³

Quindi, affermando che la libertà personale è inviolabile, la Costituzione impone al legislatore di applicare soltanto la pena pecuniaria quando essa appaia sufficiente a garantire un adeguato effetto di prevenzione e ove quest'ultima non basti, si potrà ricorrere a misure di comunità; alla pena detentiva invece spetterà il ruolo di *ultima ratio*, ossia essa verrà utilizzata quale strumento sussidiario rispetto alle restanti sanzioni penali, non privative della libertà personale.¹⁴

In merito al carcere come *extrema ratio*, si possono distinguere tre sottosistemi.

Innanzitutto, rispetto a reati di alta gravità, il carcere deve essere utilizzato in entrata. Ciò significa che, per questi reati, le porte del carcere si aprono immediatamente, con la conseguenza che le misure alternative potranno trovare applicazione solo in fase esecutiva.

Rispetto a reati di media gravità, invece, il carcere deve trovare effettiva esecuzione solo se necessario, con la conseguenza che l'esecuzione della pena carceraria deve essere sospesa per applicare istituti ispirati alla *probation*; infine, il carcere non deve essere utilizzato rispetto ai reati di bassa gravità, che devono essere puniti con pene principali diverse dal carcere come ad esempio la detenzione domiciliare, le pene interdittive, la pena pecuniaria e la confisca.¹⁵

¹³ M.A. RUFFO, op. cit., p. 90.

¹⁴ E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, fasc. 1, p. 6.

¹⁵ R. BARTOLI, *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, p. 10.

Un altro principio costituzionale rilevante è il principio di eguaglianza, sancito all'art 3 della Costituzione secondo cui «tutti i cittadini hanno pari dignità e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, razza, lingua, condizioni personali e sociali¹⁶. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana¹⁷».

La Corte costituzionale, in una sentenza del 1980 ha statuito che uguaglianza di fronte alla pena significa “proporzione” della pena rispetto alle personali responsabilità.

Dal principio di proporzione discende che la sanzione penale può essere ammessa unicamente quando esiste proporzione fra il bene primario della libertà personale sacrificato dalla pena ed il bene offeso dal reato.¹⁸

In merito a ciò, però, è sorto un problema, ossia quello della legittimità costituzionale delle pene fisse, tornato di attualità in relazione alle pene accessorie e si ritiene che il dubbio di illegittimità costituzionale delle pene fisse potrà essere superato solo se, per la peculiare fisionomia del singolo illecito, la misura della pena appaia proporzionata all'intera gamma dei comportamenti riconducibili alla fattispecie astratta.¹⁹

Per quanto concerne la pena pecuniaria, invece, emergono due problemi sotto il profilo dell'eguaglianza, dal momento che, in caso di insolvibilità del condannato, la pena pecuniaria deve cedere il passo a sanzioni di diverso contenuto, più gravose per il destinatario; a parità di ammontare, invece, la pena pecuniaria ha un diverso grado di afflittività, a seconda delle condizioni economiche del condannato. In merito a ciò, si rammenta che la Corte costituzionale, nel 1979, basandosi sull'art 3 Cost ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della conversione della pena pecuniaria in pena detentiva, come prevista nella versione originaria dell'art. 136 c.p. in quanto, essa si risolve in una discriminazione basata sulle condizioni personali e sociali.

¹⁶ Art 3 Cost.

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ M.A. RUFFO, op. cit., p. 95.

¹⁹ E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, cit., p. 9.

In seguito, è intervenuta la l. n. 689/1981 che ha introdotto le condizioni economiche dell'agente tra i criteri di commisurazione della multa e dell'ammenda (art. 133 bis c.p.) e ha previsto la possibilità di pagamento rateale in ragione delle condizioni economiche del soggetto (art. 133 ter c.p.).

L'art. 133 bis c.p. tuttavia ha prodotto effetti marginali nella prassi in quanto il criterio commisurativo delle condizioni economiche del reo è stato quasi ignorato dal giudice italiano.²⁰

Infine, un altro importante principio costituzionale è quello di legalità, contenuto nell'art 25 co.2 Cost., secondo cui: «nessuno può essere punito se non in forza di una legge»²¹. Anche in assenza di un riferimento espresso alla pena, si ritiene che accanto al principio di legalità del reato, l'art 25 co.2 Cost, contiene anche il principio di legalità della pena, secondo cui la specie, i contenuti e la misura della pena devono avere la loro fonte nella legge.²²

3. Il carcere: da luogo di custodia a luogo di detenzione in forma sanzionatoria.

Il carcere, fino alla fine del Settecento, si contraddistingueva per essere solamente un luogo temporaneo di custodia dei soggetti in attesa di interrogatorio e di esecuzione della pena.

La sua funzione, dunque, era quella di “deposito” volta non a punire, ma semplicemente a garantire la presenza del soggetto nel processo.

In questo contesto, la pena pecuniaria, anche se pena principale, aveva un ruolo indubbiamente secondario, data la previsione della stessa quasi sempre in forma cumulativa o anche potenziale, destinata ad essere convertita, ove non pagata, in pena detentiva.

²⁰ E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, cit., p. 11.

²¹ Per ulteriori approfondimenti si veda L. FILIPPI, G. SPANGHER, op. cit., p. 5-7 e anche G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Bologna, 2010, p. 48-49 e p. 54.

²² Si ritiene costituzionalmente illegittima, ad esempio, una pena indeterminata nel massimo, o una cornice edittale imprecisa, così come una cornice edittale eccessivamente divaricata.

Le pene interdittive, invece, seppur contemplate, erano previste quali pene accessorie e dunque si ponevano in forma aggiuntiva rispetto alle principali.²³

Fu invece solamente con il diritto canonico che per primo si legittimò il carcere come pena e non più come luogo di custodia, in quanto il carcere permetteva il pentimento, quindi il ravvicinamento a Dio e di conseguenza la salvezza dell'anima. L'idea della pena di morte invece, contrastava con la visione religiosa della vita ritenuta sacra.

Fu, dunque, soltanto a cavallo tra Settecento e Ottocento che il carcere, da strumento a carattere preventivo, divenne un luogo di detenzione in forma sanzionatoria, rappresentando la prima tipologia di sanzione penale proporzionabile alla gravità del reato e individualizzabile alla luce della personalità del suo autore. Con l'illuminismo, il sistema carcerario cominciò a basarsi su principi come quello dell'integrità fisica e morale del detenuto e, la funzione della pena e della detenzione, divenne quella di contrastare non più il singolo uomo ma il delitto in quanto tale.

Inoltre, il passaggio dall'elaborazione giuridica dell'Illuminismo alla codificazione delle legislazioni liberali dell'Ottocento, passò attraverso l'elaborazione dottrinale della cosiddetta «Scuola classica»²⁴, la cui nascita viene ricondotta al 1764, con la fondazione, da parte di Cesare Beccaria e i fratelli Verri, della rivista milanese «Il caffè»²⁵, e alla pubblicazione, dello stesso Beccaria, del trattato «Dei delitti e delle pene».²⁶

²³ L. VIOLI, *Il trattamento penitenziario*, in P. BALDUCCI, A. MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020, p. 683.

²⁴ Tra i numerosi contributi della Scuola classica, oltre alla teoria della scelta razionale, vi fu l'affermazione di vari principi, tra cui la necessità di un sistema di leggi a garanzia dei diritti umani, l'analisi probatoria processuale, la certezza della pena e l'abolizione della pena di morte.

²⁵ Il periodico in questione è «Il Caffè», pubblicato dal 1764 al 1766 e nato a Milano ad opera dei fratelli Pietro e Alessandro Verri. «Il Caffè» divenne il principale strumento di diffusione del pensiero illuminista lombardo e ciò lo si evince dalle parole di Verri nel Preambolo, 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».

²⁶ Anche se ebbe molto successo, il saggio «Dei delitti e delle pene» ricevette pure delle critiche. Un primo addebito fu mosso dal Facchini nel suo «Note ed osservazioni» sul libro intitolato «Dei delitti e delle pene» in cui egli cercò di difendere gli ideali cattolici e monarchici dell'opposizione, rimarcando il «diritto di punire» come proprio dei sovrani.

Il saggio, poi, fu inserito nell'Indice dei libri proibiti dalla Chiesa in quanto ritenuto offensivo per la religione cristiana, poiché aderente al protestantesimo. Sul punto L. EUSEBI, *Beccaria, la Chiesa Cattolica e la pena di morte*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 dicembre 2013, p. 3 ss.

A partire dall'Ottocento, invece, iniziarono a muoversi varie critiche in quanto gli evidenti difetti del carcere vennero a galla.

In particolare, si iniziarono a manifestare le prime perplessità circa la possibilità di realizzare, nella pratica, un ambiente carcerario che fosse davvero rieducativo, e si diede quindi avvio alla ricerca sulla personalità del condannato che volgeva verso l'idea di trattamento individualizzato.

Dunque, si iniziò ad accogliere il concetto di "flessibilità" dell'esecuzione che portò a prevedere le prime forme di liberazione condizionale²⁷ e di semilibertà²⁸ nella parte finale dell'esecuzione, e dalla seconda metà dell'Ottocento, si iniziò a criticare l'esclusivo utilizzo della pena carceraria avverso ogni forma di reato.

3.1 La scuola classica.

In merito all'esame sull'evoluzione dell'esecuzione delle sanzioni penali, appare opportuno procedere all'esame dei modelli derivanti dalla scuola classica e da quella positiva.²⁹

La scuola classica è la prima scuola moderna di diritto penale che è sorta in pieno illuminismo come reazione alla situazione politica, sociale e giuridica italiana e al sistema penale allora vigente, basato sulla tortura e sulla atrocità delle pene.

Il fulcro della scuola classica è il libero arbitrio ossia la facoltà di autodeterminarsi. Secondo tale indirizzo, l'uomo è libero nella scelta delle proprie azioni e, proprio per questo, l'erogazione della pena, in quanto castigo per il male commesso, ha senso solo se l'uomo ha volontariamente e consapevolmente scelto la violazione di tale norma. Dunque, da ciò ne discende che, coloro che sono affetti da malattie psichiche, non avendo capacità di discernimento, non meritano di essere puniti.

Secondo la scuola classica, infatti, il reato è una violenza cosciente e volontaria della norma penale e la pena, intesa come retribuzione del male compiuto, deve essere personale, afflittiva e proporzionata.

²⁷ Art. 176 c.p.

²⁸ Art. 50 co. 5 ord. penit.

²⁹ M. CANEPA, S. MERLO, op. cit., p. 23.

Tuttavia, in merito a tale concezione, sono stati evidenziati alcuni limiti: il primo è che il concetto di uomo libero nelle sue scelte ha indotto la scuola classica ad ignorare i possibili condizionamenti interni ed esterni dell'agire umano; il secondo è che la pena è l'unico strumento di prevenzione generale e speciale, e il terzo è che nessuna attenzione è stata rivolta all'esecuzione della pena ai fini del recupero sociale del delinquente.

L'influenza della scuola classica si vede già nel Codice penale austriaco del 1787, emanato sotto la monarchia di Giuseppe II, che, disposta l'esclusione della tortura, divide le pene in pecuniarie, correttive, detentive e pena di morte³⁰ e che, per i suoi caratteri di autonomia, completezza e per l'accoglimento del principio del proporzionalismo, secondo cui viene adottata una scala di intensità delle pene correlate alla gravità dei reati, viene considerato il primo Codice penale moderno.³¹ I principali esponenti della scuola classica furono Cesare Beccaria e Jeremy Bentham.³²

Bentham è ricordato sia perché ideò il *panopticon*, ossia una nuova specie di prigione a forma di una stella, che, proprio per la sua forma, permette alla guardia, seduta al centro, di vedere la porta di ogni cella e, per mezzo di un sistema combinato di specchi, di sorvegliare il prigioniero senza esserne scoperto³³, sia perché, sostenitore dell'uguaglianza giuridica, trovava irrazionale che una punizione potesse variare secondo gli umori o le condizioni fisiche di colui che la infliggeva³⁴ ed escogitò quindi una macchina per la fustigazione che poteva colpire la schiena di ogni delinquente con la stessa forza per ciascuno.³⁵

Cesare Beccaria, invece, principale esponente dell'illuminismo, nel 1764 scrisse il trattato «Dei delitti e delle pene», pubblicato in forma anonima per paura di possibili ritorsioni da parte del governo austriaco, dal momento che in esso si manifestava una forte critica verso l'amministrazione della giustizia.

³⁰ M. CANEPA, S. MERLO, op. cit., p. 26

³¹ Il codice Giuseppino divide le pene pecuniarie in multa e confisca mentre quelle correttive in bastonate, marchio a fuoco o nerbate. Inoltre, le pene detentive sono la prigionia sola, quella con lavoro pubblico, quella con catene.

³² In Italia, la Scuola classica, sviluppatasi a metà del 1800, ha come massimo esponente Carrara.

³³ M. CANEPA, S. MERLO, op. cit., p. 30.

³⁴ *Ibidem*

³⁵ *Ibidem*

I principi di fondo del trattato erano: che la legge non poteva essere applicata arbitrariamente, che i processi penali non dovevano più essere caratterizzati da segretezza e che le leggi penali dovevano avere un fine preventivo.

Da questi tre principi può desumersi che nel saggio venivano ripudiate sia la tortura che la pena di morte. La tortura, in quanto con essa si infliggevano sofferenze atroci sia ai colpevoli che agli innocenti, dal momento che quest'ultimi, per evitare di essere ulteriormente sottoposti a dolore, confessavano ciò che non era mai accaduto, falsandone il processo.³⁶

Riguardo alla pena di morte invece, Beccaria sosteneva che nessuno poteva essere autorizzato ad uccidere i propri simili e che tale prassi rappresentava un atto di guerra della Nazione contro il cittadino³⁷.

Più specificamente, secondo Beccaria, era più efficace una pena che comportava la perdita della libertà, piuttosto che la pena di morte, dal momento che quest'ultima era considerata da lui estremamente diseducativa per la collettività.

Per quanto riguarda il carcere, invece, egli gli attribuiva solo una funzione cautelare in quanto sosteneva che esso favoriva la recidiva³⁸.

L'istituzione carceraria, inoltre, veniva criticata dai riformisti sia perché eccessivamente costosa, sia perché, "mantenendo i condannati all'ozio, ne aumentava i loro vizi".

Tuttavia, nonostante queste consapevolezza, il carcere continuava ad affermarsi come pena suprema.

Nello stesso Codice penale francese del 1810, infatti, accanto alla pena di morte e all'ammenda, la prigione era la preponderante, se non unica, forma di pena.

3.2 La Scuola positiva.

³⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 2008., cap. XVI. 31: «Una strana conseguenza che necessariamente deriva dall'uso della tortura è che l'innocente è posto in peggiore condizione che il reo; perché, il primo 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».

³⁷ *Ivi*, cap. XVI.31: «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».

³⁸ La recidiva, prevista dall'art 99 c.p., è la condizione personale di chi, dopo essere già stato condannato per un reato, ne commette un altro.

Nella seconda metà dell'Ottocento, invece, come reazione ai principi sostenuti dalla Scuola Classica, si è sviluppata in Italia la scuola positiva, il cui fulcro principale è il principio di causalità³⁹ e il suo più noto esponente è Cesare Lombroso a cui si attribuisce l'opera «l'uomo delinquente».⁴⁰

La caratteristica della scuola positiva è che essa ha spostato l'obiettivo dell'azione sanzionatoria dal fatto illecito alla personalità del criminale, in quanto, per la concezione positivista, il reato è un fatto umano individuale, rivelatore di una personalità socialmente pericolosa.

In particolare, coloro che delinquono, devono essere sottoposti a misure di sicurezza che non devono essere proporzionate alla gravità del fatto ma alla loro pericolosità e dunque, devono essere indeterminate nella durata e derogabili.

La sanzione penale, infatti, serve solo come strumento per impedire la commissione di crimini e non c'è ragione per escludere dalla sua applicazione gli autori di reato infermi di mente.

L'ostacolo alla concreta applicazione delle concezioni di questa scuola è da ravvisarsi nella indeterminatezza della durata della sanzione.⁴¹

La scuola positiva si differenzia da quella classica visto che, mentre la seconda è volta a rendere il sistema in cui viviamo più rispettoso della dignità umana, i positivisti perseguono lo scopo di spiegare scientificamente il mondo attorno a loro e, mentre gli esponenti della scuola classica sostengono che gli individui possiedono una facoltà di scelta tra il bene e il male, i positivisti, sostengono che l'uomo è condizionato dal suo agire da tratti biologici psicologici e sociali.⁴²

3.3 Dal primato della pena detentiva al superamento della visione carcerocentrica.

³⁹ Tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento nasce un nuovo indirizzo criminologico secondo il quale il fenomeno criminale affonderebbe le proprie radici nell' 'uomo delinquente', cioè nelle caratteristiche biologico-somatiche di singoli individui; pertanto, la lotta alla criminalità dovrebbe rivolgersi non tanto contro il reato, quanto contro il soggetto ritenuto pericoloso.

⁴⁰ Successivamente, questa teoria si è sviluppata con le teorie di altri esponenti come Enrico Ferri con la sua opera «la sociologia criminale» e con Garofalo.

⁴¹ M. CANEPA, S. MERLO, op. cit., p. 33.

⁴² R. BARTOLI, *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, cit., p. 10.

Nel 1930, il legislatore, imperniandosi su una rigida logica custodialistica in base alla quale la pena doveva considerarsi lo strumento per isolare, per il tempo determinato in sentenza, gli autori di reati ritenuti meritevoli di privazione della libertà personale,⁴³ diede vita ad un sistema articolato in cui la pena detentiva era posta al centro dell'impianto sanzionatorio.

Successivamente, con la caduta del fascismo, la fine della Seconda guerra mondiale, ed il tormentato processo di riforma istituzionale, si giunse all'approvazione della Costituzione repubblicana, con cui vennero fissati nuovi principi e valori.

In particolare, la nuova Carta sancì all'art 27 co. 3, i due cardini cui doveva ispirarsi il sistema delle pene ossia il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e la rieducazione del condannato.

Tuttavia, nonostante l'avvento della Costituzione, che con l'affermazione del finalismo rieducativo di cui all'art 27 co. 3 statui per la prima volta che la pena non potesse esaurire i suoi effetti nella retribuzione del reato, la privazione della libertà personale non perse il ruolo predominante, neanche a fronte di un dibattito volto alla individuazione di risposte sanzionatorie alternative al carcere.⁴⁴

Quindi, semmai, la ricerca di soluzioni alternative al carcere iniziò a registrarsi nelle ipotesi in cui il carcere fosse previsto come risposta sanzionatoria rispetto a reati di scarso disvalore penale, data la sua disfunzionalità rispetto al progetto rieducativo. In quel contesto quindi, si aprì la questione della legittimità della pena detentiva breve (i condannati a pene detentive brevi rappresentavano nel 1974 la maggioranza della popolazione carceraria)⁴⁵, dal momento che si riteneva che, anche brevi permanenze nelle prigioni, potessero incidere negativamente sull'individualità umana, specie se trattasi del primo contatto del soggetto con la realtà carceraria.⁴⁶

⁴³ L. VIOLI, *Il trattamento penitenziario*, in P. BALDUCCI, A. MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020, p. 675.

⁴⁴ *Ivi*, p. 676.

⁴⁵ F. PALAZZO, *Crisi del carcere e culture di riforma*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 febbraio 2018.

⁴⁶ M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Torino, p. 56.

Per l'eliminazione di questo tipo di pena, si pronunciarono sia quanti intravedevano in ciò il primo passo per una graduale soppressione della pena carceraria, sia quanti ritenevano che l'effetto deflattivo conseguente all'aumento di misure alternative determinasse un vantaggio in termine di funzionalità del carcere,⁴⁷ in quanto si riteneva che queste fossero totalmente prive di capacità rieducativa e che anzi producessero all'ordinamento giuridico danni più gravi di quelli che sarebbero potuti derivare dalla completa impunità del reo.

La vera svolta si ebbe solo con la legge n. 354 del 1975.

Questa novella, finalizzata a dare concreta attuazione all'art 27 co. 3 Cost., intervenne in un momento storico e culturale particolare, nel quale lo Stato fu costretto a interfacciarsi con numerosi fenomeni di eversione dell'ordinamento democratico.

Essa rappresenta un documento di grande valore per l'ordinamento nazionale in quanto ha previsto un sistema di diritti e garanzie per i detenuti nel contesto di un carcere che si sarebbe dovuto aprire all'esterno al fine di agevolare il reinserimento sociale per i detenuti.

Abbandonata la concezione del carcere quale luogo di esclusione e di emarginazione del reo e l'idea della pena detentiva quale strumento volto a soddisfare soltanto esigenze di carattere retributivo e preventivo generale, la legge in esame, infatti, ha finalmente introdotto un nuovo modello di esecuzione delle misure privative della libertà personale.

In tal senso, fondamentale è stata l'introduzione delle misure alternative alla detenzione, la quale rappresenta la concretizzazione del dettato costituzionale sulla finalità rieducativa della pena che imponeva misure a carattere non detentivo da rapportare alle caratteristiche individuali e al singolo percorso risocializzante.⁴⁸

Tuttavia, le esigenze di sicurezza degli ultimi anni hanno condotto sul versante sanzionatorio ad un inasprimento delle pene per alcune categorie di reati in particolare contro il patrimonio e contro la pubblica amministrazione, riportando alla luce il binomio: più carcere più sicurezza.⁴⁹

⁴⁷ L. VIOLI, op. cit., p. 677.

⁴⁸ *Ivi*, p. 679.

⁴⁹ *Ivi*, p. 681.

Inoltre, si rammenta che l'obiettivo di ridimensionare il ruolo del carcere e di rendere il sistema sanzionatorio penale meno distante dai principi costituzionali di umanità della pena e della rieducazione del condannato, è stato ben presente anche al legislatore italiano nel 2017, con la riforma Orlando, che purtroppo si è arenata alla fine della XVIII legislatura senza ricomprendere la pena pecuniaria.⁵⁰

Tra gli obiettivi che si proponeva questa legge delega, alcuni riguardavano il carcere, altri le misure alternative.

Quanto al carcere, la delega contemplava l'introduzione di norme volte al rispetto della dignità umana attraverso l'impegno a incrementare opportunità di lavoro retribuito, intramurario e all'esterno, al potenziamento di assistenza psichiatrica, al riconoscimento del diritto all'affettività, a interventi a tutela delle donne recluse e di detenute madri, ad integrare i detenuti stranieri.⁵¹

Tuttavia, i decreti legislativi approvati, ossia i d.lgs. 2018 n. 121, 123 e 124, contengono solo una parte delle proposte elaborate.

Tra i numerosi profili esclusi vi sono l'ampliamento delle misure alternative alla detenzione ed il superamento delle preclusioni per i reati ostativi, ma anche il potenziamento dell'assistenza psichiatrica in carcere.

Con riferimento al tema delle detenute madri il legislatore delegato del 2018 non ha invece portato a compimento le direttive contenute nella delega limitandosi a riordinare le previsioni già esistenti.

Dunque, la sfida del legislatore, sembra essere, ancora, quella di abbandonare definitivamente il primato della pena detentiva.⁵²

4. L'attuale crisi del sistema carcerario: verso una necessaria opera di riforma sanzionatoria.

⁵⁰ L. VIOLI, op. cit., p. 406.

⁵¹ E. DOLCINI, *Il principio di rieducazione: ieri, oggi, domani*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, fasc. 3, p. 4.

⁵² L. VIOLI, op. cit., p. 683.

Da tali premesse, dunque, si desume la persistenza di un sistema sanzionatorio penale nettamente incentrato sul carcere e la conseguente necessità di una profonda opera di riforma sanzionatoria.

La pena detentiva, infatti, si conferma essere inefficace nel garantire una pena che sia davvero rieducativa.

In particolare, anche se il carcere da un lato ha indubbiamente costituito la prima tipologia di pena umana e individualizzante, dall'altro sono da tempo noti gli effetti collaterali prodotti sulla personalità del delinquente, in virtù della sua dimensione "totalizzante".

Invero, i diritti dei detenuti subiscono tuttora all'interno del carcere una ineliminabile compressione in virtù del controllo totale della loro vita, che si estende fino alla sfera più intima dell'esistenza umana.⁵³

In particolare, l'isolamento del detenuto, la limitazione forzata della sua vita affettiva, la problematicità delle relazioni all'interno della struttura penitenziaria, la quasi totale privazione della libertà di autodeterminazione e la sottoposizione a "regole di vita" predefinite provocano l'"infantilizzazione" del carcerato, vale a dire una regressione ad una dimensione di immaturità, generatrice di una profonda insicurezza.⁵⁴

Spesso si parla di fallimento, di disintegrazione e di dissolvimento, per descrivere l'attuale stato di crisi del nostro sistema sanzionatorio⁵⁵, che da un lato si presenta precario e incerto a causa dell'ampliamento eccessivo degli istituti sospensivi e dei benefici penitenziari e dall'altro, appare affetto da una cronica ingovernabilità.⁵⁶

In sostanza, anche se da un lato, la pena carceraria appare uno strumento irrinunciabile, dall'altro sono attualmente evidenti i segni di una crisi profonda da molteplici punti di vista.⁵⁷

Chiare e nette sono le cause di questa crisi:

⁵³ M. VENTUROLI, op. cit., p. 50.

⁵⁴ *Ivi*, p. 51.

⁵⁵ Per ulteriori approfondimenti si veda E. DOLCINI, *Carcere, problemi vecchi e nuovi*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 novembre 2018, fasc. 2.

⁵⁶ Per ulteriori approfondimenti si veda A. DELLA BELLA, *Il carcere oggi: tra diritti negati e promesse di rieducazione*, in www.penalecontemporaneo.it, – Riv. Trim., 4/2017, p. 42 ss.

⁵⁷ Si veda F. PALAZZO, *Crisi del carcere e culture di riforma*, cit.

Innanzitutto, la causa prima è costituita dalla mancata riforma del Codice penale; un'altra causa è data dal sovraffollamento carcerario che ha contribuito al disfacimento funzionale degli istituti che compongono il sistema sanzionatorio; e in ultimo, frequenti sono il crescente senso di insicurezza e di sfiducia verso la giustizia e le sue istituzioni.⁵⁸

Quindi, non c'è dubbio che la riforma⁵⁹ del nostro sistema sanzionatorio costituisce ormai un passaggio necessario da inserire nelle priorità della nuova legislatura.⁶⁰

In merito alla esigenza di una riforma del nostro sistema sanzionatorio⁶¹, gli obiettivi di fondo sembrano essere in sostanza quattro.

In primo luogo, occorre ridurre l'incidenza quantitativa della pena carceraria non solo perché la pena carceraria risulta spesso sproporzionata rispetto al disvalore del fatto, ma anche perché gli obiettivi di tutela sarebbero meglio perseguiti mediante l'impiego di altre tipologie sanzionatorie.

In secondo luogo, occorre potenziare il tasso di effettività della pena inflitta dal momento che è pacifico che l'incertezza della pena sia ormai diventata la causa principale della crisi del nostro sistema penale.

In terzo luogo, è opportuno assicurare un orientamento del sistema all'obiettivo di prevenzione speciale mediante risocializzazione.

Infine, occorre assumere l'individualizzazione della risposta sanzionatoria come criterio generale nel diversificare il sistema tanto sul piano delle previsioni legislative quanto su quello della discrezionalità nella commisurazione in senso ampio.⁶²

Detto ciò, la riforma sanzionatoria dovrebbe perseguire una diversificazione, nel senso che alla pena detentiva carceraria dovrebbero essere affiancate pene autonome principali⁶³ aventi un minore contenuto afflittivo quali la pena detentiva

⁵⁸ Per ulteriori approfondimenti si veda DI STEFANO, DI MEO, CALABRESE, D'IMPERIO, FOSSATI, *L'emergenza del sistema carcerario italiano*, in *Arch. Pen.*, 2013, n.2, p. 1.

⁵⁹ È lo stesso impianto di fondo della fondamentale sentenza n. 313/1990 a prefigurare la necessità di una revisione complessiva dell'intero sistema sanzionatorio in chiave rieducativa.

⁶⁰ F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Certeza o flessibilità della pena?* Torino, 2007, p. 28.

⁶¹ S. MOCCIA, *Riflessioni intorno al sistema sanzionatorio e propositi di riforma*, in *Leg. pen.*, 9 settembre 2016, p. 5.

⁶² F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Certeza o flessibilità della pena?* cit., p. 137.

⁶³ Quindi tutte le tipologie sanzionatorie diverse dalla detenzione carceraria dovrebbero essere previste quali pene autonome comminate all'interno delle singole fattispecie relative a reati di lieve o media gravità.

domiciliare, la pena pecuniaria, le pene prescrittive, le pene interdittive e la confisca.⁶⁴

Una profonda opera di riforma della disciplina della pena pecuniaria, il cui ruolo nell'ordinamento italiano è sempre stato modesto, infatti, sarebbe utile per sottrarre terreno alla pena detentiva⁶⁵.

Per valorizzare la pena pecuniaria, alcune soluzioni potrebbero essere l'introduzione dei tassi giornalieri (attualmente prevista in Italia per la sola pena pecuniaria sostitutiva di pene detentive), e il ripensamento del rapporto tra pena pecuniaria e sospensione condizionale.

La pena pecuniaria per tassi giornalieri è molto antica ed essendo adottata con buoni risultati in ordinamenti diversi, anche il legislatore italiano potrebbe adeguarsi.

Infatti, il modello dei tassi giornalieri assicura l'eguaglianza di tutti i condannati di fronte alla pena pecuniaria, garantendo altresì gli effetti di prevenzione generale e speciale della sanzione.

Infine, si ritiene che il sistema risulterebbe più effettivo se si riducesse la risposta sanzionatoria penale in generale e la pena carceraria in particolare e se si facesse più ampio ricorso alle misure alternative alla detenzione, alle pene sostitutive e alla sospensione condizionale della pena.⁶⁶

Deve menzionarsi a riguardo, l'importanza della l. n. 689/81 che ha introdotto le pene sostitutive, che contribuiscono ad attenuare il rigore del binomio pena-carcere e, della l. 24 novembre 1999 istitutiva della competenza penale del giudice di pace, che ha introdotto le sanzioni della permanenza domiciliare e del lavoro di pubblica utilità.⁶⁷

La l. n. 689/81 infatti con cui sono state introdotte le sanzioni sostitutive, è espressione di quel processo di progressiva riduzione della pena detentiva che connota il XX secolo.

⁶⁴ Per ulteriori approfondimenti si veda C. PERINI, *Prospettive attuali dell'alternativa al carcere tra emergenza e rieducazione*, in www.penalecontemporaneo.it, – Riv. Trim., 4/2017, 81.

⁶⁵ Secondo Giorgio Marinucci, la pena pecuniaria è «l'unica reale alternativa alla pena detentiva di portata generale».

⁶⁶ F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Certezza o flessibilità della pena?* cit., p. 147.

⁶⁷ M. CANEPA, S. MERLO, op. cit., p. 8.

4.1 Verso un “carcere dei diritti”.

Per rispettare il principio rieducativo della pena, quindi, il carcere dovrebbe essere quanto più possibile simile al mondo dei liberi, ossia dovrebbe essere una sorta di palestra per i detenuti nella quale essi acquisiscono la capacità di vivere all'interno della società nel rispetto delle regole.⁶⁸

Per realizzare questo obiettivo, basterebbe dare attuazione alla l. n. 354 del 1975, visto che, specialmente in passato, è rimasta in gran parte inattuata.

Essa, superando la concezione del carcere come luogo di mera custodia, regola un trattamento penitenziario fondato su diritti e garanzie che devono essere riconosciuti ai detenuti, nell'ambito di un carcere aperto verso l'esterno.

Pur con molte difficoltà, l'amministrazione penitenziaria sta cercando di muoversi in questa direzione, in quanto, il presupposto per la costruzione del “carcere dei diritti” è l'esercizio di questi ultimi da parte dei detenuti in libertà all'interno delle mura del carcere. Ovviamente si tratta di una libertà relativa che consentendo un percorso di responsabilizzazione della persona, crea le condizioni per avviare un percorso di risocializzazione.⁶⁹

È evidente però, che non basta tenere aperte le celle durante il giorno per garantire un'esecuzione della pena rispettosa dei diritti fondamentali della persona: perché il carcere sia il luogo di recupero della persona occorre infatti riempire il tempo della pena con attività attraverso le quali il condannato possa essere rieducato.⁷⁰

Infatti, tra gli elementi fondamentali del trattamento previsti dall'art 15 dell'ordinamento penitenziario vi sono: il diritto all'istruzione, la formazione professionale, il lavoro all'esterno⁷¹, il lavoro di pubblica utilità, la religione, il diritto a mantenere contatti con l'esterno e anche le attività ricreative, culturali e sportive.

Esse sono tutte attività che contribuiscono alla rieducazione e alla risocializzazione del condannato e che stimolano l'esercizio di attività in comune, limitando la permanenza all'interno della cella solo durante la notte.

⁶⁸ A. DELLA BELLA, *Il carcere oggi, tra diritti negati e promesse di rieducazione*, cit., p. 42.

⁶⁹ *Ivi*, p. 47.

⁷⁰ *Ibidem*

⁷¹ Art. 21 co. 1 ord. penit.

Rilevante è poi l'intervento che riguarda il diritto all'affettività dei detenuti e degli internati e la predisposizione delle condizioni necessarie per garantirne l'esercizio. Con tale espressione, il legislatore ha inteso riferirsi sia al diritto del detenuto a coltivare relazioni affettive con il proprio nucleo familiare, sia al diritto del detenuto di poter intrattenere relazioni sessuali con il proprio partner.

L'intervento è necessario perché da un lato il mantenimento delle relazioni familiari e affettive è imprescindibile e dall'altro perché il nostro sistema penitenziario è ormai uno dei pochi a non avere introdotto una adeguata disciplina in merito.⁷²

Anche la Corte costituzionale ha più volte chiamato l'attenzione del legislatore a intervenire a riguardo, sottolineando l'inadeguatezza del nostro sistema.

Attualmente, una forma di tutela del diritto all'affettività può essere riconosciuta nella disciplina dei permessi premio⁷³ di cui all'art 30-ter, in quanto questi possono essere concessi anche per coltivare interessi affettivi, mentre per chi non può accedervi, rileva la disciplina dei colloqui.

In conclusione, possiamo affermare quindi che il carcere deve essere un luogo che rispetta la dignità e i diritti dei detenuti, perché solo un carcere dei diritti può ambire a risocializzare la persona realizzando una funzione di prevenzione speciale, secondo quanto sancito dalla nostra Costituzione.⁷⁴

5. La funzione della pena dal codice Rocco alla Costituzione.

Dopo aver analizzato l'evoluzione della sanzione penale, l'attuale crisi del sistema carcerario e la conseguente necessità di una riforma del sistema sanzionatorio volta a superare la visione carcerocentrica, adesso ci si soffermerà sull'analisi della funzione e dello scopo della pena.

Innanzitutto, bisogna rammentare che il problema della funzione della pena è stato da sempre oggetto di un acceso dibattito, soprattutto a causa della mancanza di un referente vincolante visto il silenzio della Convenzione, della Carta dei diritti dell'Unione e dei trattati.

⁷² A. DELLA BELLA, *Il carcere oggi, tra diritti negati e promesse di rieducazione*, cit., p. 49.

⁷³ Art. 30-ter co. 4 lett. d) ord. penit.

⁷⁴ A. DELLA BELLA, *Il carcere oggi, tra diritti negati e promesse di rieducazione*, cit., p. 50.

Le prescrizioni relative al divieto di trattamenti inumani o degradanti e alla necessaria proporzione tra reato e pena sono infatti compatibili sia con le esigenze retributive, sia con quelle della prevenzione generale, che con quelle della prevenzione speciale anche negativa.⁷⁵

Invece, dalla nozione di Stato delineato dalla nostra Costituzione come uno Stato democratico di diritto laico e pluralista, derivano direttamente dei riflessi sulle funzioni della pena, dal momento che non è ammesso il suo uso quale indiscriminato deterrente né si può farvi ricorso per realizzare finalità ulteriori a quelle previste.

In base a una nota formulazione laica risalente a Seneca, le teorie concernenti lo scopo e la funzione della pena sono divisibili in due grandi gruppi:

da un lato le dottrine che giustificano la pena *quia peccatum est*, e che quindi guardano al passato ossia a fatti compiuti, dall'altro le dottrine che giustificano la pena *ne peccetur*, e che guardano invece al futuro.

In merito a tale distinzione, si ritiene che nel primo gruppo vi rientri la teoria assoluta o retributiva della pena; e nel secondo la teoria della prevenzione, dell'emenda e della difesa sociale.

Prima dell'entrata in vigore della Costituzione si rammenta che vigevano tre teorie relative alla funzione della pena: la teoria retributiva, la teoria general-preventiva e la teoria special-preventiva.

Quella retributiva, in virtù della quale la sanzione rappresentava il corrispettivo per aver commesso l'illecito e dunque essa doveva essere proporzionata alla gravità dell'illecito commesso; quella general-preventiva, secondo la quale la pena, avendo un'efficacia deterrente, veniva utilizzata come mezzo per dissuadere la collettività dal compiere azioni delittuose; e quella special-preventiva, secondo cui la pena esplicava un'efficacia deterrente nei confronti del singolo condannato così da evitare che lo stesso compisse ulteriori azioni delittuose.

Nel 1930 invece, il codice Rocco di procedura penale prevedeva la concezione retributiva affiancata dalla teoria della prevenzione generale.

⁷⁵ S. ANASTASIA, M. ANSEMI, D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015, p. 62.

Con l'avvento della Costituzione nel 1948 poi, la situazione è mutata ma l'attuazione dei principi contenuti in essa avverrà solo nel 1975 con la legge n. 354 che introdurrà l'ordinamento penitenziario.

Dunque, nel nostro ordinamento, la finalità della pena non è stata sempre la stessa. Come accennato prima, antecedentemente all'entrata in vigore della Costituzione, il «*Regolamento per gli istituti di prevenzione e pena*» (R.D. 787/31), meglio noto come “*Regolamento Rocco*”, in linea con l'ideologia fascista, perseguiva una finalità fortemente repressiva e intimidativa, dalla quale derivava un trattamento ampiamente degradante per i detenuti.

Basti pensare che i detenuti e gli internati venivano identificati e chiamati con un numero di matricola anziché con il loro cognome e che le uniche attività consentite all'interno delle mura carcerarie erano il lavoro inteso come sfruttamento, l'istruzione civile e le pratiche religiose.

Il codice Rocco del 1930 inoltre introdusse nell'ordinamento penale italiano il sistema del doppio binario, ovvero un sistema che prevedeva sia l'applicazione di una misura di sicurezza che di una sanzione penale.

La prima, fondandosi sulla necessità di arginare le condotte di un soggetto socialmente pericoloso e di pervenire ad una sua risocializzazione, aveva una funzione di prevenzione speciale.

La seconda invece, basandosi sul presupposto della colpevolezza, perseguiva una funzione di prevenzione generale.

Il meccanismo del doppio binario però, mostrò immediatamente dopo la sua introduzione i suoi limiti.

La rotta venne invertita con il tramonto della dittatura fascista e, in particolar modo, con l'entrata in vigore, il primo gennaio 1948, della Carta costituzionale, con la quale sono stati introdotti alcuni principi contrastanti con il Regolamento Rocco, come quello relativo alla finalità rieducativa della pena ex art. 27 co. 3⁷⁶.

Sempre nello stesso articolo, al secondo comma, si prevedeva la presunzione di innocenza e al quarto comma l'abolizione della pena di morte, ma la novità più rilevante resta sicuramente quella contenuta nel comma 3, dal momento che, per la

⁷⁶ Secondo cui «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato».

prima volta nel nostro Paese, la pena assolve una funzione non più retributiva bensì rieducativa.

Premesso questo però, bisogna dire che gli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione, furono caratterizzati da numerose proteste all'interno delle carceri che però non portarono a dei miglioramenti definitivi, ma soltanto ad alcuni tentativi volti a rendere l'esecuzione penale più rispettosa dei diritti umani.⁷⁷ Per la riforma dell'ordinamento penitenziario, infatti, bisogna aspettare fino al 1975.

In questi anni, inoltre, parte della dottrina e della giurisprudenza di legittimità, focalizzandosi sul verbo “tendere”, avevano finito per sminuire la concezione rieducativa della pena in quanto si arrivava alla presunzione che, avendo il Costituente usato il verbo “tendere”, la finalità rieducativa non costituiva un vero imperativo categorico ma soltanto uno scopo “eventuale”, da ciò derivando che l'obiettivo della pena era quello della retribuzione e invece la funzione rieducativa era relegata all'interno della sola fase esecutiva.⁷⁸

Tutto ciò ovviamente finiva in netto contrasto con la disciplina costituzionale neutralizzando l'art. 27 comma 3 Cost.

5.1 La funzione della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

A partire dagli anni Settanta il principio rieducativo è stato riscoperto e valorizzato e diversi sono stati gli attori di questa rivalutazione: la dottrina, il legislatore e la Corte costituzionale.⁷⁹

Per quanto concerne la dottrina, bisogna richiamare due illustri maestri ossia Franco Bricola, che rivisitava l'intera teoria di reato in chiave costituzionale e Giorgio Marinucci che compiva una analoga operazione riferita al sistema sanzionatorio penale.

⁷⁷ Come avvenne, ad esempio, con la circolare ministeriale del Guardasigilli Zoli.

⁷⁸ Per ulteriori approfondimenti si veda G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, cit., p. 700.

⁷⁹ E. DOLCINI, *Principio di rieducazione: ieri oggi domani*, cit., p. 5.

Quanto alla legislazione, si deve richiamare la legge 26 luglio 1975, n. 354, recante «Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure preventive e limitative della libertà personale»,⁸⁰ che, ribaltando i tradizionali rapporti tra detenuto e Amministrazione penitenziaria, introduce un sistema penitenziario radicalmente nuovo, che prevede una serie di diritti e garanzie per il detenuto e che è finalizzato alla rieducazione e al reinserimento sociale dello stesso: si è infatti passati da un regolamento a carattere afflittivo, che non prevedeva alcun diritto per il detenuto e che metteva in primo piano le prerogative dell'Amministrazione penitenziaria, ad un sistema in cui il detenuto come persona viene posto al centro. Le caratteristiche principali della riforma sono la previsione del principio di individualizzazione del trattamento e l'introduzione delle misure alternative alla detenzione.⁸¹

Per quanto riguarda invece l'*iter* seguito dalla Corte costituzionale in materia di funzione della pena, possono distinguersi, secondo la dottrina, tre stagioni giurisprudenziali.

In una prima fase, che si sviluppava tra il 1966 e il 1988, nel silenzio della legge, parte della dottrina e della giurisprudenza erano concordi nel ritenere che la pena assolvesse contemporaneamente a una serie di funzioni e la Consulta interpretava restrittivamente il principio del finalismo rieducativo aderendo alla concezione "polifunzionale" della pena.⁸²

Secondo la concezione polifunzionale della pena, la pena assolveva contemporaneamente più funzioni, e cioè quella afflittivo-retributiva, quella

⁸⁰ Per ulteriori approfondimenti si veda L. FILIPPI, G. SPANGHER, op. cit., p. 45.

⁸¹ Quanto appena affermato trova concreto riscontro nell'art. 1 ord. penit.:

«Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona. Il trattamento è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose.

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

Non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con le esigenze predette o, nei confronti degli imputati, non indispensabili a fini giudiziari. I detenuti e gli internati sono chiamati o indicati con il loro nome. Il trattamento degli imputati deve essere rigorosamente informato al principio che essi non sono considerati colpevoli sino alla condanna definitiva. Nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi. Il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti».

⁸² Per ulteriori approfondimenti si veda G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, cit., p. 702.

general-preventiva, quella special-preventiva, e quella satisfattoria o di reintegrazione dell'ordine giuridico violato.

La teoria polifunzionale della pena in un primo momento ha portato ad una affermazione dell'equivalenza tra retribuzione, prevenzione generale, prevenzione speciale negativa e rieducazione facendo risultare sufficiente che una pena perseguisse una di queste finalità.

Successivamente invece, si è affermato di dover individuare volta per volta quella che fosse prevalente in ciascuna delle diverse fasi della vicenda penale, così confinando il vincolo rieducativo alla sola fase del momento punitivo.⁸³

In una prima fase, infatti, la Corte tendeva a confinare il principio di cui all'art. 27 co. 3 della Costituzione alla fase dell'esecuzione della pena e non alla fase "astratta" di elaborazione della stessa da parte del legislatore; in seguito, però, è giunta a riconoscere che il principio rieducativo non trovasse applicazione solo nella fase esecutiva ma, al contrario, si riflettesse sulle stesse «qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagna da quando nasce, fino a quando si estingue».⁸⁴

Una prima importante pronuncia è la sentenza n.12 del 1966, con cui è stata dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale in merito all'utilizzo della pena pecuniaria con riferimento ad alcune tipologie di reato.

Con questa pronuncia, la Corte ha affermato che, anche se la finalità rieducativa trova copertura costituzionale, essa non può essere intesa in senso esclusivo ed assoluto ma deve agire in concorso con le altre funzioni della pena.

La pronuncia del giudice delle leggi del 1966 quindi, confermata dalla sentenza successiva n.113 del 1968, chiarisce che il principio di rieducazione è pienamente compatibile con le altre finalità della pena, non potendo dunque essere interpretato in senso esclusivo ed assoluto.

Con questa sentenza, inoltre, la Corte costituzionale ha affermato che la rieducazione del condannato non può essere scissa dall'umanità del trattamento sanzionatorio in quanto sono l'una in funzione dell'altra.

⁸³ S. ANASTASIA, M. ANSELMI, D. FALCINELLI, op. cit., p.47.

⁸⁴ Corte cost. 26 giugno 1990 n.313, in www.giurcost.org.

La Corte inoltre sostiene che l'espressione «le pene devono tendere alla rieducazione del condannato» comporta l'obbligo per il legislatore di avere come obiettivo la finalità rieducativa e di disporre di tutti i mezzi idonei a realizzarla e, che qualora non vi siano le condizioni necessarie a realizzarla, la pena è comunque legittima purché persegua «le altre funzioni della pena che sono essenziali alla tutela dei cittadini e dell'ordine giuridico contro la delinquenza».⁸⁵

Un'altra importante sentenza che si differenzia da quella riportata sopra, è la n. 204 del 1974.

Essa, infatti, nel dichiarare incostituzionale l'art. 43 delle disposizioni di attuazione del Codice di procedura penale, che attribuiva al Ministro della giustizia la facoltà di concedere la liberazione condizionale, per la prima volta individua un vero e proprio diritto alla rieducazione e intende il recupero sociale del condannato come «fine ultimo e risolutivo della pena».

Fondamentale è anche la sentenza n. 364 del 1988 nella quale la Corte, per la prima volta, ha riconosciuto la portata costituzionale del principio di colpevolezza⁸⁶ e lo ha ricondotto alla finalità rieducativa: «collegando il primo al terzo comma dell'art. 27 Cost.» – sostiene la Corte – «si scorge che, comunque s'intenda la funzione rieducativa, essa postula almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica», in quanto «non avrebbe senso la rieducazione di chi, non ha avuto colpe rispetto al fatto di reato».⁸⁷

In particolare, secondo la Corte costituzionale «non avrebbe senso una pretesa rieducativa nei confronti di colui al quale non possa muoversi alcun rimprovero per il fatto commesso».⁸⁸

Del pari, tale connessione si manifesta anche in rapporto al principio di proporzionalità sanzionatoria, dal momento che una pena sproporzionata risulterebbe inidonea a perseguire un obiettivo di risocializzazione, giacché verosimilmente il condannato prenderebbe le distanze da tale sanzione in ragione della sua «iniquità».⁸⁹

⁸⁵ Corte cost. 4 febbraio 1996 n.12, in www.giurcost.org.

⁸⁶ Art. 27 co. 1 Cost.: *La responsabilità penale è personale.*

⁸⁷ Corte cost. 23 marzo 1988 n.364, in www.giurcost.org.

⁸⁸ M. VENTUROLI, op. cit., p. 76.

⁸⁹ *Ibidem*

Dunque, se la colpevolezza richiede “l’appartenenza soggettiva” dell’illecito al suo autore, la funzione rieducativa può essere realmente perseguita solo se la conseguenza sanzionatoria dell’illecito viene in concreto “scelta” alla luce della “personalità” e del “vissuto” dell’autore.⁹⁰

Inoltre, nella stessa direzione si muove la sentenza n. 282 del 1989, con la quale la Consulta afferma che non si può stabilire una gerarchia assoluta tra le molteplici finalità della pena.⁹¹

Per giungere ad una compiuta valorizzazione del principio rieducativo, invece, si deve attendere la sentenza della Corte costituzionale del 2 luglio 1990 n. 313, con la quale la Corte costituzionale decide di far prevalere la funzione preventiva sulla concezione polifunzionale della pena e in merito alla finalità rieducativa ha affermato che essa è l’unica espressamente consacrata nella Costituzione ed è l’unica che evita il rischio di strumentalizzare l’individuo per fini di politica criminale o di sicurezza collettiva.

Secondo la Corte quindi, essa non può che accompagnare la pena in tutta la sua vicenda, da quando nasce fino a quando si estingue.

A lungo, infatti, la finalità rieducativa è rimasta circoscritta alla sola fase terminale dell’esecuzione.

Da questo momento, invece, essa diventa oggetto di una illimitata espansione: il precetto dell’art. 27, 3° comma, «vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione⁹², oltre che per quelli dell’esecuzione e della sorveglianza nonché per le stesse autorità penitenziarie⁹³, e anche per il Parlamento e per il Presidente della Repubblica nell’esercizio dei rispettivi poteri di clemenza.⁹⁴

La Corte quindi, tramite questa pronuncia, ha riconosciuto che la finalità rieducativa non consiste in una mera tendenza ma semmai sia una delle qualità essenziali e generali della pena.⁹⁵

In questa pronuncia, inoltre, la Corte ha rilevato che il condannato è libero o meno di aderire all’offerta trattamentale, essendo l’ordinamento penitenziario chiamato a

⁹⁰ M. VENTUROLI, op. cit., p. 76.

⁹¹ Corte cost. 17 maggio 1989 n.282, in www.giurcost.org.

⁹² A. PUGIOTTO, op. cit., p. 4.

⁹³ *Ibidem*

⁹⁴ *Ibidem*

⁹⁵ S. ANASTASIA, M. ANSELMI, D. FALCINELLI, op. cit., p.48.

garantire e incentivare il processo rieducativo, senza però imporlo alla libera autodeterminazione del detenuto.⁹⁶

L'accento, dunque, cade sul "devono", mentre il "tendere" è da intendersi quale limite all'ordinamento penitenziario chiamato a garantire e incentivare il processo rieducativo, senza però imporlo alla libera autodeterminazione del detenuto.⁹⁷

In sostanza, il diritto al trattamento non equivale al dovere del detenuto di sottoporvisi, altrimenti si cadrebbe in un rapporto di supremazia dell'ordinamento penitenziario sul condannato.

Tuttavia, anche dopo questa pronuncia, la Corte costituzionale ha continuato a utilizzare una concezione variabile del significato di pena non imponendo una gerarchia con il fine rieducativo alla sommità ma spesso riducendo la portata di esso.⁹⁸

Il contenuto innovatore della sentenza del 1990 è stato poi più recentemente ribadito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 149/2018, nella quale la Consulta ha affermato «il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa per altre, pur legittime, funzioni della pena».

La Corte però non è arrivata ad affermare in forma espressa il carattere preminente della funzione rieducativa rispetto ad ogni altra funzione della pena (lo ha fatto soltanto in relazione al diritto penale minorile), ma sembra muoversi, finalmente, in quella logica".⁹⁹

Nella sentenza n. 322 del 2007 poi, dopo essere tornata a evidenziare l'importanza che ha la colpevolezza rispetto alla funzione rieducativa, la Corte Costituzionale ha statuito che quest'ultima «non potrebbe essere obliterata dal legislatore a vantaggio di altre e diverse funzioni della pena, che siano astrattamente perseguibili, a prescindere dalla rimproverabilità dell'autore», dal momento che, sanzionare penalmente una persona in assenza di colpevolezza implicherebbe «una strumentalizzazione dell'essere umano, contrastante con il principio personalistico affermato dall'art. 2 della Costituzione».¹⁰⁰

⁹⁶ S. ANASTASIA, M. ANSELMI, D. FALCINELLI, op. cit, p. 50.

⁹⁷ A. PUGIOTTO, op. cit., p. 4.

⁹⁸ A. AVERARDI, op. cit., p. 10.

⁹⁹ M. VENTUROLI, op. cit., p. 79.

¹⁰⁰ Corte cost. 11 luglio 2007 n. 322, in www.giurcost.org.

Dunque, un minimo grado di colpevolezza, è sempre necessario affinché possa essere irrogata una pena.

Per concludere, il ragionamento della Corte sulla polifunzionalità della pena ha senso in quanto deve essere fatta salva la possibilità per il legislatore di ripartire nella maniera più opportuna, in relazione al mutevole periodo storico, la finalità della pena.

Non è quindi possibile stabilire a priori una gerarchia tra le varie funzioni.

5.2 Il sistema penale vigente: tre diverse concezioni della finalità della pena.

Il sistema penale vigente è contraddistinto dalla presenza di tre diverse concezioni della pena: la funzione retributiva, la funzione preventiva e la funzione rieducativa. In particolare, alla base del sistema della pena vi è la teoria della retribuzione, visto che il più immediato effetto della pena è quello di castigare per la violazione della legge penale; tale principio è affiancato poi dalla funzione rieducativa prevista dall'art 27 Cost.

In merito a ciò, la Corte costituzionale ha affermato che il giudice deve tenere conto del principio rieducativo nell'infliggere la pena, comparando l'art 133, che indica gli indici che il giudice deve seguire per quantificare la sanzione, con quello dell'art 27 Cost, che afferma che le pene devono tendere alla rieducazione del condannato.¹⁰¹

Da qualche anno, a questi principi si affianca quello della riparazione, principio nascente dal risarcimento del danno al soggetto danneggiato e da quello della concessione della sospensione condizionale della pena subordinata al risarcimento e alle restituzioni.¹⁰²

Le pene poi, oltre che tendere alla rieducazione del condannato, devono avere anche una natura umanitaria che si sostanzia nel divieto di trattamenti inumani e

¹⁰¹ M. CANEPA, S. MERLO, op. cit., p. 42.

¹⁰² *Ivi*, p. 43.

degradanti. A riguardo, si rammentano le problematiche sia in merito alla pena dell'ergastolo¹⁰³ che alla tortura.¹⁰⁴

Invece, i pilastri fondamentali che non vengono intaccati dalla disputa sulla funzione della pena sono essenzialmente tre e sono: la dignità umana, l'effetto e la misura.

Per quanto riguarda il primo, nessuna pena può intaccare la dignità umana, visto che la protezione e il rispetto della dignità umana sono il fulcro fondamentale dello stato di diritto che per nessun motivo può essere intaccato.

Per quanto riguarda l'effetto, le pene devono giustificarsi anche per quel che concerne quest'ultimo e per quanto attiene alla misura invece, fondamentale è il principio di proporzionalità.¹⁰⁵

6. La funzione retributiva.

Una prima funzione della pena è quella afflittiva o retributiva.

Questa teoria non è menzionata dalla Costituzione in quanto si dà per presupposta ed inoltre è definita assoluta perché trovando in sé stessa la sua giustificazione è svincolata da qualunque finalità ulteriore.

Nel corso del tempo però, la teoria retributiva è andata attenuando la sua assolutezza di principio, dal momento che le pene possono perseguire, in via secondaria, anche un'efficacia preventiva.

Da qui l'emergere di teorie cosiddette "miste" ossia inclini a fare interagire retribuzione e prevenzione.¹⁰⁶

¹⁰³ Riguardo all'ergastolo, la Corte Edu, si è pronunciata più volte sulla compatibilità di esso con l'art. 3 CEDU ribadendo che l'inflizione di esso senza possibilità di liberazione anticipata integra una violazione convenzionale.

Riguardo alla c.d. tortura, essa è stata individuata dalla Corte EDU in base alla particolare gravità e crudeltà delle sofferenze inflitte in quanto: mentre la pena mira alla risocializzazione del reo, la tortura mira a una sofferenza insopportabile; mentre la pena deve essere proporzionata alla gravità del reato e al grado di colpevolezza del reo, la tortura è proporzionata alla sua specifica finalità; mentre la pena deve essere non contraria al senso di umanità, la tortura è crudele e disumana e annienta la dignità umana della vittima.

¹⁰⁴ S. ANASTASIA, M. ANSELMINI, D. FALCINELLI, op. cit., p. 54.

¹⁰⁵ W. HASSEMER, op. cit., p. 95.

¹⁰⁶ G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., p. 12.

La principale caratteristica di questa teoria è che la pena viene considerata come una vera e propria punizione, che viene inflitta dallo Stato al reo, a causa della commissione di un crimine; in sostanza, il diritto penale mira a infliggere una sofferenza al reo come retribuzione per il male commesso.

Il fondamento di questo pensiero risiede nella concezione per cui l'uomo è un essere dotato di consapevolezza e quindi è giusto che dal suo agire ne derivino delle conseguenze.

Si parte dall'idea quindi che, qualora l'uomo scelga la via del male, egli dovrà essere adeguatamente punito in base alla gravità del fatto e al grado di colpevolezza. Devono invece essere esclusi altri fattori come la pericolosità del soggetto o la possibilità di rieducazione.

Dunque, questa teoria, secondo cui si punisce perché è giusto e non perché la pena sia utile in vista di una qualsivoglia finalità,¹⁰⁷ rivolge lo sguardo al passato visto che trova la sua giustificazione nell'idea di compensare la colpevolezza relativa a un reato già commesso e si interessa poco o non si interessa di quel che può accadere in futuro al condannato o alla società.¹⁰⁸

La pena poi, oltre a retribuire il male commesso assolve anche a una funzione più generale ossia quella di riaffermare il ruolo e l'autorità della legge.

Tuttavia, la teoria retributiva classica, proprio per la sua assolutezza, non poteva e non può soddisfare le esigenze di un giurista.

Per questo, si è giunti alla conclusione che essa trova una giustificazione più raffinata della legge del taglione e nasce semmai dalla natura stessa dell'essere umano.

Infatti, secondo la tesi neo-retributiva, dal compimento di un delitto deriva un bisogno insito nella società di punire l'autore del crimine, in quanto ciò che proibiamo al delinquente lo proibiamo a noi stessi.

Tuttavia, anche le spiegazioni "neoretributive", non si discostano dalla semplice constatazione che la pena come retribuzione altro non è che una vendetta; vendetta legale, certo, ma sempre vendetta.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Per ulteriori approfondimenti si veda I. KANT, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, 2005, p. 144 e F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale Parte generale*, Milano, 2003, p. 682-683.

¹⁰⁸ G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., p. 11.

¹⁰⁹ Per ulteriori approfondimenti si veda R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2016, fasc.1, p. 96 ss.

A questa teoria infatti sono state mosse numerose critiche proprio perché, intendendo la pena come una vendetta, sorge il rischio che le sanzioni penali possano diventare irrazionali e incontrollabili.

La più importante critica che si è mossa alla teoria della retribuzione è che la pena è un male, e reagire ad un male commesso con un altro male non porta alcun beneficio alla società ma semmai può aggravare i conflitti sociali, risolvendosi in un danno per la società, dal momento che se le pene inflitte ai cittadini vengono sentite da loro come ingiuste, questi tenderanno a ribellarsi allo Stato.

Un'altra critica rilevante, della pena intesa come vendetta, discende da Hugo Grozio, che si appella a Seneca per la legittimazione della pena statale e inoltre come quest'ultimo si richiama a Platone, il quale a sua volta cita un discorso di Protagora: «Nessuno punisce colui che agisce in modo ingiusto solo perché ha commesso qualcosa di ingiusto, tranne chi, come un animale, cerca irrazionalmente la vendetta».

Si tratta di una tesi significativa perché con essa si sottintende che non si deve infliggere una pena impulsivamente, bensì con accortezza.

In questo modo viene vietato di infliggere una pena con altri fini se non quelli del miglioramento dell'autore.

Lo stesso Hobbes giustifica questa tesi affermando che, solo provvedendo alla sicurezza per il futuro viene garantita la pace e che la vendetta, praticata esclusivamente per il proprio piacere e senza particolare scopo, porta allo stato di guerra, peggiorando di conseguenza le possibilità dell'individuo.¹¹⁰

Merita attenzione anche l'intervento più recente di Del Vecchio, che ha contrapposto all'idea di ripagare il male con il male, il principio di ricambiare il male con il bene.

Le teorie retributive però hanno anche un vantaggio, dal momento che esse non tendono a permettere o a giustificare pene eccessive.

In particolare, nonostante la teoria retributiva abbia perso quel ruolo centrale che aveva in passato, essa ha continuato a mantenere una certa vitalità in quanto persegue un rapporto di proporzione tra il reato e la pena.¹¹¹

¹¹⁰ G. JAKOBS, *La pena statale*, 2019, p. 49.

¹¹¹ *Ivi*, p. 143.

Il rapporto di proporzione, però, non deve essere posto, come per la teoria classica, tra il singolo illecito e la singola sanzione, ma deve esserlo tra l'insieme dei danni comuni che la norma vuole prevenire e l'insieme dei danni comuni provocati dall'applicazione della stessa norma.

Ne segue che l'applicazione della norma penale non deve procurare un danno sociale complessivo, che sia superiore a quel danno sociale che si voleva prevenire e che il bene comune non può essere perseguito cagionando un maggiore danno comune.

A differenza della retribuzione tradizionale, quindi, questo nuovo principio di retribuzione ha un significato "relativo".

Secondo questa teoria infatti una pena eccessiva, non equilibrata rispetto alla misura dell'illecito e alla colpevolezza di un reato, già da principio non è retribuzione, ossia non è una risposta adeguata a tale reato.¹¹²

L'idea di proporzione, infatti, è coesistente alla pena retributiva.

Come scrive Giuseppe Bettioli, «la pena retributiva deve essere strettamente proporzionata al comportamento precedente in quanto, con una reazione sproporzionata, lo Stato finirebbe per seppellire, anziché rafforzare la sua autorità». Quindi, una punizione eccessiva non violerebbe soltanto il principio di proporzionalità, che sembra ormai far parte dei principi fondamentali del diritto,¹¹³ ma fallirebbe già alla luce di qualsivoglia retribuzione.

Secondo il giudice delle leggi, inoltre, una delle basi costituzionali del principio di proporzionalità tra reato e sanzioni si riscontra nell'art 27 co. 1 Cost., secondo cui una pena astrattamente esorbitante rispetto al disvalore dell'illecito preclude all'interprete di "proporzionare" la sanzione alla personale responsabilità dell'autore stesso.¹¹⁴

Per proporzionalità si intende l'adeguatezza della pena commisurata rispetto all'illecito. Si tratta cioè della corrispondenza tra la misura dell'illecito e della colpevolezza da un lato e la quantità di pena dall'altra.

¹¹² W. HASSEMER, op. cit., p. 75.

¹¹³ *Ivi*, p. 154.

¹¹⁴ M. VENTUROLI, op. cit., p.75.

Necessarietà, adeguatezza ed esigibilità fanno parte del concetto di proporzionalità; Con necessarietà si intende che, in presenza di più mezzi, debba essere scelto quello che rappresenta il minor onere possibile per la persona.

Con adeguatezza si intende la concezione di una causalità fondata empiricamente ed esige che la decisione sulla giustificazione di un intervento, sia collegata strettamente a questa concezione della realtà. Retribuzione e adeguatezza sono intimamente affini.

Invece, con “esigibilità” del mezzo impiegato per raggiungere un determinato fine, si vuole alludere al fatto che anche quegli interventi che risultano mirare a un fine legittimo, vengono sottoposti a un terzo ulteriore controllo teso a verificare che l'intervento non sia sproporzionato.

6.1 La retribuzione giuridica e la retribuzione morale.

La «retribuzione» può essere intesa sia in senso morale che giuridico.

Dal punto di vista giuridico, la funzione retributiva serve per ripristinare la legalità violata mentre dal punto di vista morale, la retribuzione del colpevole sarebbe un'esigenza che trova in sé stessa la sua giustificazione.

In sostanza, la teoria della retribuzione giuridica si basa sul concetto per cui il delitto sia una ribellione dell'individuo nei confronti delle imposizioni della legge e, per tale ragione, sia meritevole di una risposta sanzionatoria che sia in grado di riaffermare l'autorità dello Stato.¹¹⁵

Dunque, la sua giustificazione risiederebbe nella antica legge del taglione e quindi nella regola occhio per occhio dente per dente.

Secondo la teoria della retribuzione morale, invece, così come il bene merita un premio, il male deve essere retribuito con il male.

Classici sostenitori rispettivamente della retribuzione morale e della retribuzione giuridica sono considerati Kant e Hegel.

¹¹⁵ 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 dello Stato.

Secondo Kant, il colpevole deve essere punito semplicemente perché ha commesso un delitto.

Dunque, il criminale deve essere condannato senza effettuare valutazioni di prudenza, perché la legge penale è un “imperativo categorico”¹¹⁶ e solo la legge del taglione può stabilire concretamente la quantità e la qualità della sanzione. Tutti gli altri motivi non possono avere proporzionalità con il giudizio della giustizia pura e severa.¹¹⁷

In realtà, anche lo stesso Kant relativizza l’imperativo categorico perché anche se sostiene che l’imperativo categorico deve esistere perché se la giustizia penale sparisce la vita degli uomini sulla terra non ha più senso, ritiene anche che si possa fare eccezione alla giustizia quando ad esempio hanno partecipato in un omicidio una quantità di cittadini tale che l’esecuzione della pena di morte di tutti i partecipanti porterebbe a sterminare la popolazione mediante l’esecuzione della pena. Anche Kant, quindi, mette al di sopra della giustizia la sicurezza del popolo e quindi dello Stato.

In conclusione, è rimasta inadempita sia la proposta di intendere la pena come taglione che la richiesta di far seguire al reato una pena categorica.¹¹⁸

Un altro rappresentante della retribuzione morale è Pellegrino-Rossi, il quale afferma che nei confronti del delitto, la società ha il diritto di rendere male per male; la pena è per lui «la retribuzione fatta da un giudice legittimo, con ponderazione e misura del male per il male».

Alla teoria della retribuzione morale secondo cui è giusto rendere male per male sono state mosse varie critiche elaborate soprattutto da giuristi e filosofi seguaci di Kant che si sono distaccati dallo stesso sul problema della pena; esse consistono nell’individuazione, alla base della retribuzione, dell’idea della vendetta, nell’attribuzione di un carattere irrazionale a un sistema penale fondato su quel principio, e nell’indicazione della mancanza di scopo nella sofferenza fine a sé stessa.

Una sottospecie della dottrina retributiva morale è la cosiddetta “teoria denunciatoria della pena”, sostenuta per la prima volta dal giudice e scrittore inglese

¹¹⁶ G. JAKOBS, op. cit., p. 59.

¹¹⁷ *Ivi*, p. 65.

¹¹⁸ *Ivi*, p. 68.

James Fitzjames Stephen, e ripresa in tempi più recenti da esponenti della classe giudiziaria britannica.

Secondo questa teoria, il diritto penale, che si fonda sulla concezione che è moralmente giusto odiare i criminali, ha il compito di reprimere il male morale e di soddisfare il risentimento provocato nella società da questo tipo di condotta infliggendo ad essi la pena. Una simile concezione, fondata su principi irrazionali, è stata sottoposta a varie critiche da Herbert L. A. Hart.

Per quanto riguarda i sostenitori della retribuzione giuridica, invece, Hegel sviluppa la sua dottrina sulla triade “diritto-reato-pena”: egli ritiene infatti che il reato è negazione del diritto, che la pena è negazione del reato e che quest'ultima, pertanto, è negazione della negazione.

La teoria hegeliana della pena però è suscettibile di varie critiche poiché concepisce lo Stato come “sostanza etica”, ed è fondata su una consapevole non separazione fra diritto e morale.

Enrico Pessina poi, giurista italiano di fine Ottocento, sostenitore della teoria della retribuzione giuridica, concepisce la retribuzione penale come “mezzo indispensabile per la riaffermazione del diritto”.

Altri personaggi di spicco sono il tedesco Johannes Nagler e l'inglese J. D. Mabbott, che sviluppano una teoria moderna della retribuzione giuridica che può essere definita “negativa” in quanto entrambi mostrano gli elementi negativi della dottrina retributiva.

Nagler sottolinea il carattere giuridico della retribuzione penale deducendo due fondamentali principi: che la pena può essere inflitta soltanto a causa della colpa; e che la misura della pena deve essere adattata alla colpa.

Per Mabbott, invece, il carattere giuridico della retribuzione penale sta nel fatto che la pena deve essere inflitta non per la commissione di un illecito morale, ma semplicemente per la violazione di una norma giuridica, e soltanto nei confronti di chi ha realmente compiuto tale violazione.

In conclusione, risulta fondata la risposta offerta dalla teoria della retribuzione giuridica, nella versione negativa elaborata dal Nagler e dal Mabbott, la quale indica la persona punibile “soltanto” in colui che ha realmente e volontariamente

commesso un delitto, e afferma, che la misura della pena non deve superare la gravità del delitto.

7. La funzione preventiva.

Un'altra importante funzione è quella preventiva, designata come relativa, in quanto assegna uno scopo alla pena.

In particolare, questa teoria attribuisce alla pena la funzione di prevenire la commissione di delitti, in quanto imprimendo una sorta di contropinta alla spinta criminosa, frena i soggetti nella loro tendenza a delinquere.

La prevenzione, quindi, moltiplicando i divieti e innalzando il tetto delle sanzioni penali minacciate, serve a garantire la sicurezza collettiva.

Tutto questo cresce grazie al bisogno urgente di una prevenzione efficace, collegato a un'ampia fiducia negli effetti preventivi dei mezzi del diritto penale.¹¹⁹

Tale funzione, inoltre, è in netta antitesi con la teoria retribuzionista, in quanto quest'ultima punisce poiché si è commesso un delitto mentre la prima ritiene assurdo punire per un male che già si è commesso e che quindi non può essere riparato, e semmai punisce perché non si commettano delitti in futuro.

Il contrasto con la tesi retributiva emerge dal pensiero di Hugo Grozio che, richiamandosi a Platone, citava un discorso di Protagora¹²⁰:

«Nessuno punisce colui che agisce in modo ingiusto solo perché ha commesso qualcosa di ingiusto, tranne chi, come un animale, cerca irrazionalmente la vendetta. Chi al contrario agisce razionalmente per punire, lo fa non come conseguenza del reato già commesso, in quanto non è possibile annullare ciò che è già avvenuto, bensì come insegnamento futuro in modo che né il colpevole stesso

¹¹⁹ W. HASSEMER, op. cit., p. 78.

¹²⁰ Platone nell'opera "Protagora" statuisce: «Chi voglia saggiamente punire, non infligge la pena come retribuzione per un atto ingiusto, ma punisce pensando all'avvenire, e perché la stessa persona non commetta di nuovo la stessa ingiustizia, e perché non lo faccia altri, dopo aver visto che quella è stata punita. La persona viene punita per servire da esempio e ammonimento». Cinquecento anni più tardi il filosofo romano Seneca ha formulato questo stesso pensiero con la frase: *Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur.*

torni ad agire ingiustamente, né lo facciano gli altri, prendendo atto della punizione inflitta al colpevole».

Ciò che si sottintende con questa espressione è che non si deve infliggere la pena impulsivamente, ma che semmai si deve perseguire lo scopo del miglioramento e della sicurezza del reo, come sostiene la teoria della prevenzione speciale, o il miglioramento e la sicurezza della collettività, secondo la teoria della prevenzione generale.¹²¹

Anche Seneca, rifacendosi a Platone, sosteneva che nessun uomo intelligente punisce perché si è commesso un peccato, bensì per fare in modo che non si giunga più a commetterlo. Ciò che è successo nel passato, infatti non si può più modificare, avendo prodotto effetti irreversibili, ma semmai si può evitare ciò che potrebbe riaccadere in futuro.

Inoltre, secondo la tesi di Grozio, la vendetta, ossia il godere dei dolori altrui, contraddice l'indole umana e secondo Hobbes «nella vendetta, ovvero la retribuzione di un male attraverso un altro male, non si deve guardare alla grandezza del male subito, bensì all'utile futuro. In questo modo ci viene vietato di infliggere una pena con altri fini se non quelli del miglioramento dell'autore».

Hobbes giustifica questa tesi affermando che solo provvedendo alla sicurezza per il futuro viene garantita la pace.¹²²

La prevenzione, poi, può essere generale e speciale:

La prima è volta a impedire agli altri soggetti dell'ordinamento giuridico di commettere delitti mentre la seconda, mira a impedire che il soggetto che ha commesso un delitto torni a delinquere.

7.1 La funzione general-preventiva.

La prevenzione generale è l'attività diretta ad orientare il comportamento dei cittadini distogliendoli dal compiere atti socialmente dannosi o pericolosi.

¹²¹ G. JAKOBS, op. cit., p. 50.

¹²² *Ivi*, p. 53.

La finalità general preventiva, quindi, va intesa non solo come deterrenza ma anche come orientamento culturale¹²³: l'effetto general-preventivo postula cioè l'interiorizzazione da parte dei consociati delle valutazioni politico criminali espresse dal legislatore attraverso la norma incriminatrice.¹²⁴

La teoria della prevenzione generale risale nella sua forma classica alle opere di Cesare Beccaria e di Jeremy Bentham¹²⁵ e tende ad atteggiarsi nella forma negativa e positiva: l'aspetto negativo della prevenzione generale consiste nell'adozione di strumenti volti al raggiungimento di risultati repressivi, tramite l'intimidazione e la deterrenza, mentre l'aspetto positivo è legato all'effetto pedagogico della fattispecie che tende al rafforzamento della fiducia dei consociati nell'ordinamento giuridico.¹²⁶ In quest'ultima ottica, la pena e la stessa norma penale divengono una sorta di strumento pedagogico che nel lungo periodo tende a formare la coscienza civile e morale dei consociati.

Inoltre, fondamentale è la celebre teoria della «coazione psicologica», elaborata nei primi anni dell'Ottocento dal giurista Feuerbach, secondo cui l'effetto preventivo sarebbe in primo luogo da collegare alla minaccia della pena: occorre partire infatti dal semplice fatto che la pena, prima di essere irrogata venga minacciata e di conseguenza, in questa fase, lo scopo del legislatore non può che essere quello preventivo.

Ne discende poi che una pena minacciata, per essere efficace, debba anche essere eseguita e che la pena debba essere inflitta in modo certo, quindi la sanzione sarà tanto più efficace quanto più sarà elevata.

La minaccia infatti avrebbe la funzione di fornire una contropinta psicologica alla persona tentata di delinquere, nel presupposto che la rappresentazione mentale anticipata di poter incorrere in una punizione, costituisca per il potenziale delinquente un freno dal compiere l'azione criminosa.¹²⁷

¹²³ Per ulteriori approfondimenti si veda E. DOLCINI, *Relazione introduttiva*, in *Sist. sanz.*, p. 38.

¹²⁴ L. DEGL'INNOCENTI, F. FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Milano, 2006, p. 5.

¹²⁵ Secondo Jeremy Bentham, la prevenzione generale deve essere il fine principale della pena.

¹²⁶ S. ANASTASIA, M. ANSELMI, D. FALCINELLI, op. cit., p. 62.

¹²⁷ G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., p. 17.

Quindi, secondo Feuerbach, lo scopo si raggiunge quando la pena minacciata ha un peso maggiore del desiderio di commettere l'atto criminoso.¹²⁸

Ovviamente, è necessario che le pene minacciate non rimangano cartacee ma che siano effettivamente applicate per perseguire effettivamente la funzione deterrente. Più specificatamente, secondo Feuerbach la finalità dello Stato consiste nella reciproca libertà di tutti i cittadini e ogni offesa, contraddice la natura e la funzione dell'associazione dei cittadini.

In virtù di questo scopo, è necessario che nello Stato non avvenga alcuna offesa, ma poiché lo Stato non può mettere alle catene tutti i cittadini, deve utilizzare "catene psichiche efficaci".¹²⁹

Ciò vuol dire che il desiderio malvagio del singolo si compensa con uno spavento maggiore ossia: «quando ogni cittadino è consapevole con certezza che, alla trasgressione seguirà un male maggiore», quindi quando il cittadino nel caso in cui dovesse delinquere, è cosciente che esiste una minaccia penale sufficientemente elevata e non dubita della sua conseguente realizzazione.¹³⁰

Questo è il nucleo essenziale della teoria denominata proprio da Feuerbach come «dottrina della coercizione psicologica».

Tuttavia, dall'insoddisfazione nei confronti della prevenzione generale come deterrenza, è derivato un modello di prevenzione diverso, etichettato come prevenzione generale positiva¹³¹, secondo cui lo scopo della punizione andrebbe individuato nel rafforzamento della coscienza morale della maggioranza della popolazione.

Secondo questa tesi, si possono orientare le scelte di comportamento della generalità dei consociati neutralizzando le loro spinte a delinquere e puntando sugli effetti di intimidazione correlati al contenuto afflittivo della stessa.

¹²⁸ La teoria della 'coazione morale' è descritta da Feuerbach, *Anti-Hobbes ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, a cura di Cattaneo, Milano, 1972, p. 108. Secondo Feuerbach, importante esponente dell'illuminismo giuridico tedesco, la minaccia della pena può funzionare a condizione «che il male minacciato sia così grande, che il timore di esso superi il desiderio di quell'atto, che la rappresentazione del male superi quella del bene da ottenere».

¹²⁹ G. JAKOBS, op. cit., p. 74.

¹³⁰ *Ibidem*

¹³¹ Gli inizi della dottrina della prevenzione generale positiva, si trovano nella giurisprudenza della Corte di Cassazione tedesca.

Anche con l'azione pedagogica della norma penale viene perseguito l'effetto di prevenzione generale; ossia, si ritiene che con il passare del tempo, la collettività aderisca spontaneamente ai valori e ai principi espressi dalle norme penali.

Secondo questa teoria il tasso di commissione di un reato per il quale sia stabilita una pena dovrebbe diminuire in correlazione inversa con la gravità della pena.

A pena più severa, dovrebbe corrispondere una diminuzione del tasso di criminalità.

Inoltre, affinché l'effetto di prevenzione generale si verifichi in pieno, è necessario che la sanzione sia avvertita come giusta dai consociati.

Tuttavia, la teoria classica della prevenzione generale necessita di una forte correzione.

Innanzitutto, bisogna partire dal presupposto che il più alto effetto preventivo si realizza non tramite la sanzione più severa ma tramite la sanzione avvertita come giusta dai consociati; quindi, un rapporto di proporzione tra pena e gravità del reato nei limiti segnati dalla colpevolezza, è rivendicato anche da chi attribuisce alla pena una finalità di prevenzione.

Il principio di proporzionalità, infatti, rileva non solo in merito alla funzione retributiva, ma anche a quella general-preventiva dal momento che essa implica che la pena sia sentita come giusta dai suoi destinatari e quindi proporzionata.

Quindi, una pena sproporzionata per eccesso e sentita come ingiusta dai consociati e dal condannato, determinerebbe una reazione di rigetto verso i precetti dell'ordinamento, contraddicendo così la teoria della prevenzione generale.

In merito al rapporto di proporzione, secondo Giorgio Marinucci l'art. 27 co. 3 Cost., esige che la sanzione non superi mai, nell'*an* e nel *quantum*, la misura della colpevolezza individuale.

Anche Winfried Hassemer asseriva che: «Le sanzioni sociali hanno dei limiti che possono essere violati se la sanzione risulta eccessiva, ossia se agli occhi degli astanti non è proporzionata al comportamento dannoso cui dovrebbe fornire risposta».

In conclusione, i tre elementi dai quali dipende l'effetto di prevenzione generale non sono «severità, certezza e prontezza», bensì «giustizia, certezza e prontezza» della sanzione.

Si giunge così a una nuova teoria della prevenzione generale denominata teoria della «prevenzione generale allargata», in contrapposizione alla teoria della «prevenzione generale ristretta» o teoria della «deterrenza».

Anche a questa teoria, però, sono state mosse numerose critiche, come quella secondo cui questa funzione è tipica anche di altre sanzioni come quelle civili così che essa non vale a distinguere la pena dalle altre sanzioni.

7.2 La funzione special-preventiva.

La funzione special-preventiva, invece, consiste, come la prevenzione generale, in un'attività diretta a diminuire la probabilità che nel futuro siano commessi fatti dannosi o pericolosi ma, a differenza di quella, non cerca di orientare le condotte della generalità dei cittadini, ma invece punta in modo “specifico” (perciò la dizione “prevenzione specifica” sembra più corretta della dizione di “prevenzione speciale”) su una singola persona individuata, che ha già commesso un reato o che è stata in procinto di commetterlo. Essa, quindi, mira al miglioramento dell'autore del reato attraverso la sua educazione, la sua intimidazione o la messa in sicurezza mediante metodi coercitivi come la reclusione.¹³²

A differenza della prevenzione generale positiva, in cui si richiede da una persona la riparazione, nell'ambito della prevenzione speciale si mira, attraverso la rieducazione, a costruire la personalità dell'autore.

Questa tesi, infatti, sostiene che il fatto di reato è stato commesso da una persona che presenta delle lacune comportamentali.¹³³

Questa concezione, anticipata da Platone e valorizzata, in seguito, dal pensiero penale illuminista, ha avuto un'ulteriore diffusione a partire dal secondo Ottocento.¹³⁴

In merito a questa tesi, c'è stata una discussione tra Grolmann e Feuerbach: secondo Grolmann il delinquente difetta di una mentalità conforme al diritto e quindi bisogna utilizzare metodi coercitivi di prevenzione.

¹³² G. JAKOBS, op. cit., p. 100.

¹³³ *Ivi*, p. 101.

¹³⁴ G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., p. 24.

Secondo Feuerbach invece, ciò che Grolmann vuole ottenere con la pena preventiva, egli lo considera già fatto con la sua prevenzione generale intimidatoria.¹³⁵

Anche la prevenzione speciale può essere negativa e positiva¹³⁶:

nella prima forma, la prevenzione speciale opera come neutralizzazione o incapacitazione fisica del soggetto ritenuto pericoloso.¹³⁷

Tra le due, la metodologia più risalente è la neutralizzazione del soggetto. Tipico esempio è il regime carcerario di cui al 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario.

L'incapacitazione può essere ottenuta anche mediante sanzioni a carattere interdittivo e consiste nel porre il soggetto in una condizione nella quale gli sia reso impossibile o almeno assai difficile, il compimento di atti penalmente illeciti.

Essa è materiale quando al soggetto è tolta la possibilità fisica di compiere gli illeciti, ad esempio, attraverso la reclusione; è giuridica invece, quando al soggetto è tolta l'autorizzazione a compiere qualche condotta.

In secondo luogo, l'effetto special-preventivo è perseguibile anche mediante intimidazione psicologica con la quale si intende il riflesso psicologico nei confronti dei soggetti per i quali la pena come strumento rieducativo non sortisce effetto, ma verso le quali la minaccia della pena costituisce un freno all'attività criminosa. Si fa leva cioè sull'applicazione di una pena afflittiva al punto da suscitare nel soggetto il timore di potere incorrere in una pena analoga.¹³⁸

Per quanto riguarda la prevenzione speciale positiva invece, si fa riferimento a tecniche di risocializzazione con cui si mira a evitare il compimento di ulteriori illeciti nel momento in cui il colpevole viene reimpresso nella società civile.

Bisogna evidenziare innanzitutto come essa si differenzia dalla prevenzione speciale negativa in quanto, essa non si limita a frapporre ostacoli alla commissione di nuovi reati, ma tende a promuovere un miglioramento della personalità degli autori già condannati, attraverso tecniche di tipo rieducativo e riabilitativo.¹³⁹

La "risocializzazione" consiste nel riadattare il reo alle esigenze della società. A questo proposito, la nostra Costituzione stabilisce espressamente che "le pene

¹³⁵ G. JAKOBS, op. cit., p. 105.

¹³⁶ G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., p. 24.

¹³⁷ S. ANASTASIA, M. ANSELMINI, D. FALCINELLI, op. cit., p. 62.

¹³⁸ G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., p. 25.

¹³⁹ *Ibidem*

devono tendere alla rieducazione del condannato” (art. 27, comma 3). Tuttavia, dall’esame di numerose statistiche, qualche studioso ha desunto che, qualsiasi trattamento si faccia a un soggetto adulto, e persino se non si faccia alcun trattamento, le sue probabilità di ricadere nel delitto non subiscano variazione alcuna; che probabilmente un effetto rieducativo si verifica, ma soltanto su alcuni criminali e che quindi bisogna evitare di farvi affidamento come se la rieducazione potesse costituire l’unico scopo delle sanzioni penali.

Anche a questa tesi, però, sono state mosse varie critiche come quella secondo cui in tal caso anche la pena di morte assolverebbe a questa funzione, e che se tale tesi fosse vera, dovrebbero essere ammissibili anche trattamenti come l’ipnosi o la somministrazione di psicofarmaci che rendano il reo incapace di nuocere ancora.

Secondo Jakobs poi, se è pacifico riconoscere il soggetto della prevenzione speciale come un soggetto dalla personalità inferma, e quindi da rieducare, ciò significa che esso non sarà mai consapevole del disvalore dell’atto posto in essere e che, se il soggetto che agisce non è consapevole della portata negativa dell’atto illecito da lui realizzato, non lo sarà neanche della sanzione.¹⁴⁰

Tali critiche comunque sembrano infondate dal momento che dire funzione difensiva non significa legittimare la pena di morte.

In conclusione, quindi, la pena dinanzi alla società non deve dimostrarsi una giustiziera, capace solo di reprimere, ma deve svolgere primariamente la funzione di prevenzione, generale nei confronti della società e speciale, nei confronti del reo.¹⁴¹

Un istituto di prevenzione è la condanna condizionale, perché esercita sull’animo del condannato una coazione, che ha il carattere di forza psichica inibitoria rispetto alle tendenze criminose.¹⁴²

Pertanto, la funzione fondamentale della sospensione condizionale è quella preventiva, che si attua con l’applicazione del beneficio a persone che si mostrano degne di ottenerlo e inoltre, essa si presenta come il mezzo più idoneo a prevenire la recidiva.

¹⁴⁰ G. JAKOBS, op. cit., p. 35.

¹⁴¹ M.A. RUFFO, op. cit., p. 101.

¹⁴² *Ivi*, p. 102.

Quindi, la condanna condizionale oltre ad avere un valore sostitutivo delle pene brevi carcerarie, ha un notevole valore sociale di prevenzione.¹⁴³

8. La funzione propositiva.

Una ulteriore funzione della pena è quella propositiva.

Essa promuove la realizzazione degli scopi che sono prefissati dalla Costituzione e stimola i cittadini a tenere alcuni comportamenti anziché altri. Tale funzione è spesso assimilata a quella general-preventiva ma in realtà se ne discosta perché la funzione general-preventiva agisce tramite l'intimidazione, mentre quella propositiva agisce per mezzo della educazione morale. Però, anche contro questa tesi sono state mosse varie critiche.

9. La funzione rieducativa.

La pena assolve anche un'ulteriore finalità ossia quella rieducativa, secondo cui la pena deve tendere alla riabilitazione del condannato e al suo reinserimento nella vita sociale.¹⁴⁴

In sostanza, con il termine rieducazione ci si intende riferire ad una serie di strumenti e di opportunità offerte al detenuto, tali da consentirgli la correzione dei propri comportamenti antigiuridici.

A tal fine è fondamentale creare nel reo delle motivazioni che lo inducano a tenere comportamenti corretti e avviarlo a un percorso che crei in lui responsabilità e consapevolezza delle conseguenze delle azioni che realizza.

Questa funzione, che a prima vista può sembrare contraddittoria in quanto la pena è una sofferenza mentre la rieducazione e l'emenda sono un sollievo, anche se non rappresenta l'unica funzione della pena prevista nel nostro ordinamento, ne

¹⁴³ M.A. RUFFO, op. cit., p. 103.

¹⁴⁴ Per ulteriori approfondimenti si veda E. DOLCINI, *La rieducazione: dalla realtà ai percorsi possibili*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, fasc. 3, p. 1668.

rappresenta la funzione primaria,¹⁴⁵ e inoltre, è l'unica funzione che la Costituzione¹⁴⁶ sancisce in modo espresso all'art 27 comma 3 della Costituzione secondo cui: «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso d'umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato¹⁴⁷».

Da questo articolo discende uno stretto legame di inscindibilità tra il principio umanitario, che esclude implicitamente certi tipi di pena come le pene corporali e le mutilazioni di ogni specie, e il paradigma rieducativo.

Secondo la Corte costituzionale, infatti, un trattamento penale ispirato a criteri di umanità¹⁴⁸ è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato.¹⁴⁹

Inoltre, con il verbo tendere si intende che la rieducazione non può essere coercitivamente imposta, ma semmai costituisce un'offerta che presuppone il previo consenso da parte del potenziale destinatario. Quindi, lo Stato non può imporre al reo alcun trattamento rieducativo, né l'autore del reato è tenuto a sottostarvi e, condizione necessaria perché l'offerta di rieducazione possa essere accolta, è che la sanzione sia in linea con il senso di umanità.

Dunque, siffatta opera di risocializzazione non può che concretarsi in una solidaristica offerta di opportunità, cioè come creazione delle condizioni obiettive affinché al soggetto sia data la possibilità di correggere la propria antisocialità e di adeguare il proprio comportamento alle regole sociali.¹⁵⁰

La rieducazione, quindi, non deve essere identificata con il pentimento o con l'emenda spirituale o morale, ma semmai deve essere intesa quale risocializzazione, ossia deve essere volta a promuovere la reintegrazione del delinquente nella comunità, attraverso l'avvicinamento dello stesso a quei valori fondamentali su cui

¹⁴⁵ La Corte costituzionale, infatti, ha affermato che questa finalità non può mai essere sacrificata per perseguire altre funzioni della pena.

¹⁴⁶ Tuttavia, si rammenta che la scelta di dare espresso rilievo nella Costituzione al principio rieducativo sia stata alquanto controversa, essendo profondamente ostili a quell'idea alcuni membri della Commissione per la Costituzione, tra cui Giuseppe Bettiol, uno dei massimi teorici italiani della pena retributiva.¹⁴⁶

¹⁴⁷ Art. 27 Cost.

¹⁴⁸ Rilevante è anche l'art 3 CEDU che colloca la dignità dell'uomo al centro del sistema della Convenzione e stabilisce uno stretto nesso fra umanità della pena e risocializzazione del condannato. Analoghi divieti di trattamenti inumani o degradanti si ritrovano anche nell'art 10, Patto internazionale sui diritti civili e politici e nell'art 4 della carta dei diritti fondamentali dell'UE.

¹⁴⁹ E. DOLCINI, *La pena e la Costituzione*, cit., p. 23.

¹⁵⁰ L. DEGL'INNOCENTI, F. FALDI, op. cit., p.7.

regge la convivenza umana, quanto meno quelli rientranti nel “programma di protezione” accordato dalla norma penale infranta.¹⁵¹

In questa prospettiva emerge l’art. 1 della l. n. 354/1975 secondo cui, nei confronti dei condannati, deve essere attuato un trattamento rieducativo personalizzato¹⁵² che tenda, anche attraverso i contatti con l’ambiente esterno, al loro reinserimento sociale.¹⁵³

Quanto agli strumenti per la rieducazione, si può dire che, se il fine della rieducazione è unitario, i mezzi per il suo raggiungimento possono essere diversi, sia in base al tipo di reato che in base alla personalità del reo.

Innanzitutto, un primo strumento per la realizzazione della finalità rieducativa è la predisposizione di un sistema sanzionatorio differenziato. Altri importanti strumenti sono, poi, la previsione di una serie di misure alternative alla detenzione e la concessione di benefici penitenziari.

Le misure alternative, ad esempio, pur essendo misure eterogenee, tendono tutte alla rieducazione e al reinserimento sociale del condannato. Esse sono: la detenzione domiciliare¹⁵⁴ e l’esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi¹⁵⁵, l’affidamento in prova ai servizi sociali¹⁵⁶ e l’affidamento terapeutico¹⁵⁷, la semilibertà¹⁵⁸ e la liberazione anticipata¹⁵⁹.

Per quanto concerne invece i benefici penitenziari, si tratta di istituti aventi natura premiale che possono essere concessi ai detenuti durante l’espiazione della pena detentiva. Tra questi, i più importanti sono sicuramente i permessi premio¹⁶⁰.

¹⁵¹ M. VENTUROLI, op. cit., p. 83.

¹⁵² Ossia attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti.

¹⁵³ Un ulteriore strumento di rieducazione è poi l’istituto del permesso premio, considerato dal 3 comma dell’art 30 *ter* come parte integrante del programma di trattamento, in quanto consente un iniziale reinserimento del condannato nella società per coltivare interessi lavorativi, culturali e affettivi.

¹⁵⁴ Disciplinata dall’art 47-*ter* e *quinquies* ord. penit.

¹⁵⁵ Introdotta dalla l. n. 199/2010, la quale introduceva tale istituto temporaneamente per colmare le lacune della detenzione domiciliare generica, concedendo l’esecuzione della pena presso il domicilio anche ai condannati a cui fosse stata applicata la recidiva ex art. 99 co. 4 c.p.; tale misura divenne definitiva con la conversione in legge del D.L. 146/2013.

¹⁵⁶ Disciplinato dall’art 47 ord. penit.

¹⁵⁷ Trova la sua disciplina non nella legge sull’ordinamento penitenziario come le altre misure alternative, ma nel D.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309 – *testo unico in materia di disciplina degli stupefacenti* e precisamente all’art 94.

¹⁵⁸ Disciplinata dagli artt. 48 s.s. ord. penit.

¹⁵⁹ Disciplinata dall’art 54 ord. penit.

¹⁶⁰ Disciplinati dall’art 30-*ter* ord. penit.

Infine, un ruolo importante nel percorso rieducativo dei detenuti è assolto da tutte quelle attività elencate all'art. 15 dell'ordinamento penitenziario che configurano i c.d. "elementi del trattamento", tra cui rientrano il lavoro, l'istruzione e la formazione professionale, le attività culturali, la religione, la partecipazione a progetti di pubblica utilità e i contatti con il mondo esterno e quindi anche con la famiglia.

Tuttavia, nonostante la presenza di questi vari strumenti per attuare tale finalità, nella prassi si riscontrano alcuni ostacoli alla rieducazione.

Questi ostacoli possono essere di natura quantitativa e di natura qualitativa.

Tra i primi, il principale ostacolo è rappresentato dal sovraffollamento carcerario,¹⁶¹ a causa del quale la Corte Europea dei Diritti dell'uomo, ha condannato l'Italia per la prima volta nel 2009, con la sentenza sul caso Sulejmanovic, e poi nel 2013 con la sentenza Torreggiani e altri contro Italia.

Mentre, tra i secondi emerge la composizione della popolazione carceraria.

In particolare, molto alto è il tasso di detenuti stranieri che sono quelli che, meno di altri, possono accedere alle misure alternative al carcere.¹⁶²

Infatti, anche se l'introduzione del mediatore culturale ha segnato un notevole passo avanti, le barriere linguistiche e le diversità culturali restano ancora ostacoli molto difficili da superare in un ambiente come il carcere.

Inoltre, molto alta è anche la percentuale di detenuti tossicodipendenti e di soggetti con patologie mentali. Per i primi, si rende necessario un potenziamento delle misure alternative alla detenzione in quanto è stato evidenziato che coloro che scontano la pena in apposite comunità tornano raramente a delinquere. Per i soggetti con patologie mentali invece, è necessaria una assistenza psichiatrica che spesso è carente sia per una questione organizzativa-strutturale, sia per mancanza di fondi; Nella maggior parte dei casi quindi, queste persone vengono curate con terapie farmacologiche con finalità meramente sedative, le quali, oltre ad ostacolare il recupero sociale del detenuto, provocano danni ancora più gravi alla salute.

Infine, nei confronti dei soggetti sottoposti al regime del 41-*bis* e di quelli che vivono in regime di "massima sicurezza", vi è il problema della realizzazione della

¹⁶¹ Il tema del sovraffollamento carcerario sarà trattato approfonditamente nel capitolo 2.

¹⁶² Le misure alternative presuppongono alcune condizioni quali l'esistenza di un domicilio ma spesso i detenuti stranieri ne sono sprovvisti.

finalità rieducativa. Per essi si dovrebbe agevolare l'accesso alle misure alternative alla detenzione visto che il tasso di recidiva tra coloro i quali hanno scontato la pena in apposite comunità è inferiore rispetto a chi ha espiato l'intera pena all'interno degli istituti penitenziari.

Per quanto concerne invece sia il ruolo che assolve la rieducazione nelle diverse fasi del processo punitivo, si ritiene che nello stadio della minaccia legislativa, il ricorso alla pena da parte del legislatore italiano si legittima in chiave di prevenzione generale proprio perché la minaccia di una pena funge da deterrente nei confronti dei consociati per la commissione di nuovi crimini. Essa però incontra un limite nella funzione di prevenzione speciale e di rieducazione della pena.

Il tipo e la misura della pena minacciata dal legislatore devono infatti essere tali da rendere possibile la realizzazione della rieducazione del condannato, sia nella fase dell'inflizione che specialmente in quella dell'esecuzione. Ciò significa che l'effetto deterrente nei confronti dei consociati non potrà essere indiscriminato come in uno Stato autoritario e si dovranno quindi evitare pene che per la loro gravità siano avvertite come ingiuste dai destinatari. Problemi, infatti, sorgono in merito alla pena dell'ergastolo che di per sé preclude il ritorno del condannato nella società. È per questo che sono stati previsti istituti come la liberazione condizionale, che apre al condannato prospettive di reinserimento nella società, proprio per cercare di attenuare il contrasto tra questa specie di pena e il principio di rieducazione.

È quindi nella fase dell'esecuzione che la funzione rieducativa svolge il suo ruolo principale, anche se incontra una serie di limiti.

In primo luogo, l'opera di rieducazione non può essere condotta coattivamente e inoltre, essa deve cedere il passo alla neutralizzazione del condannato qualora questi non appaia suscettibile né di essere reinserito nella società attraverso l'esecuzione della pena, né appaia sensibile ai suoi effetti di intimidazione e ammonimento.¹⁶³

Infine, si rammenta che, nell'ultimo scorcio del Novecento, la funzione rieducativa ha ispirato leggi di grande rilievo in materia penitenziaria e, insieme al principio di

¹⁶³ G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale: parte generale*, cit., p. 70.

umanità della pena, ha contribuito a promuovere la riduzione del sovraffollamento carcerario e ha fornito alla Corte costituzionale uno strumento utile a correggere alcuni trattamenti sanzionatori gravemente sproporzionati.

Per il prossimo futuro invece, la rieducazione si propone nuovamente quale ispiratrice della riforma del sistema sanzionatorio prefigurata nella legge Orlando, anche sulla scorta degli Stati generali dell'esecuzione penale.¹⁶⁴

Tuttavia, nonostante tale premessa, in realtà siamo in presenza di un sistema punitivo che continua ad essere basato prevalentemente sulla pena detentiva, pena che difficilmente riesce a rieducare ma che addirittura diseduca, producendo ulteriori effetti desocializzanti. È ben noto, infatti, quanto sia difficile il conseguimento di un obiettivo di rieducazione attraverso la pena detentiva, soprattutto quando la pena, essendo sproporzionata per eccesso rispetto alla gravità del fatto, sia avvertita dal condannato come un'incomprensibile vessazione. Dalla sentenza *Vinter c. Regno Unito*, infatti, è emerso che qualsiasi pena nettamente sproporzionata è contraria all'articolo 3 della Convenzione.¹⁶⁵

In particolare, in base al principio di proporzionalità sanzionatoria, inteso quale espressione dell'esigenza di pene proporzionate alla gravità del reato entro i limiti segnati dalla colpevolezza individuale, solo le pene che non sono sproporzionate alla gravità del reato possono essere avvertite come giuste dal condannato e possono dunque sortire, in presenza di una serie di ulteriori condizioni, un effetto rieducativo, rilievo che ha trovato piena adesione da parte della Corte EDU.

Quindi, qualsiasi prospettiva di rieducazione risulterebbe frustrata se il condannato avvertisse la pena che gli viene inflitta come un'ingiusta vessazione.¹⁶⁶

Dunque, vista la strutturale incapacità riabilitativa del carcere, si dovrebbe limitare l'applicazione della pena detentiva solo ai soggetti per i quali sia indispensabile, si

¹⁶⁴ E. DOLCINI, *Il principio di rieducazione: ieri, oggi domani*, cit., p. 1.

¹⁶⁵ E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione funzione rieducativa della pena: la Corte ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, fasc. 4.

¹⁶⁶ La Corte costituzionale è stata chiamata a vagliare la legittimità di alcune pene fisse, rispetto alle quali la commisurazione in senso stretto risulta *in re ipsa* preclusa: sul punto emerge la sentenza n.50/1980, con la quale la Consulta ha legittimato, alla luce dei principi costituzionali, le sole pene fisse che appaiano proporzionate all'intera gamma dei comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato.

In breve, secondo la Corte, le pene fisse sono compatibili con il principio costituzionale di individualizzazione solo quando comminate per reati espressivi di un disvalore "unitario", rispetto ai quali la sanzione risulterebbe in ogni evenienza proporzionata.

dovrebbe mirare a un miglioramento delle condizioni di vita all'interno degli istituti di pena, e si dovrebbe fare un maggior ricorso alle misure alternative.

9.1 La discussa compatibilità del carcere duro con la finalità rieducativa della pena.

Sia la pena dell'ergastolo (art. 22 c.p.), che la pena dell'ergastolo ostativo¹⁶⁷ (art. 41-*bis* ord. penit.), sono state da sempre oggetto di pronunce sovranazionali e di costituzionalità in relazione al principio di rieducazione del condannato¹⁶⁸.

In particolare, dopo la previsione del principio di rieducazione e di umanità della pena nella Costituzione, un largo movimento di opinione pubblica si è pronunciato contro il mantenimento dell'ergastolo, ritenendolo inconciliabile con il principio costituzionale visto che la finalità rieducativa non poteva essere conseguita da una pena che, come l'ergastolo, precludendo all'ergastolano la possibilità di riabilitarsi e di rientrare a far parte del consorzio umano, presentava un carattere perpetuo ed eliminativo.

A causa di ciò, la Corte costituzionale proprio in virtù dell'art 27 comma 3 Cost., ha provveduto a rimodellare i regimi giuridici dell'ergastolo e dell'ergastolo ostativo, eliminando molti di quegli automatismi normativi che precludevano

¹⁶⁷ Con l'espressione "carcere duro" si indica il regime di esecuzione della custodia cautelare e della pena riservato dall'art. 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario ai detenuti ritenuti socialmente pericolosi.

Esso è stato introdotto con il d.l. n. 306 del 1992 a pochi giorni dalla strage di Capaci, con l'obiettivo di recidere i legami tra il detenuto e gli affiliati liberi. Lo scopo principale, quindi, era quello di fornire uno strumento valido di lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso.

Con la l. 23 dicembre 2002 n. 279, il 41-*bis* perde il suo carattere di temporaneità e diventa una misura definitiva, sul presupposto che il fenomeno criminale che intende contrastare ha natura permanente.

¹⁶⁸ In merito al carcere duro, poi, ci si è ripetutamente domandati se esso rispetti i principi stabiliti dalla Costituzione e dalle Carte internazionali.

In particolare, con riguardo alla Costituzione, ci si chiede se la sua disciplina sia conforme all'art 27 co. 3; se sia conforme alla presunzione di non colpevolezza di cui all'art 27 co. 2, visto che il regime in rigore si applica non solo ai condannati definitivi ma anche agli indagati e agli imputati e se sia conforme all'art 13 Cost. che prevede una serie di garanzie per le restrizioni della libertà personale, dopo averla consacrata come inviolabile.

Tra le fonti internazionali invece, vengono in considerazione l'art 7 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e l'art 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

l'accesso o imponevano la revoca dei benefici penitenziari al condannato¹⁶⁹ e inoltre, è stata chiamata più volte a pronunciarsi sulla legittimità dell'ergastolo ostativo e, nonostante questo si sostanziasse in un regime differenziato rispetto al normale trattamento penitenziario, fino al 2019, lo ha ritenuto conforme alla Costituzione.¹⁷⁰

Si parla di regime differenziato in quanto il ministro della giustizia, anche su richiesta del ministro dell'interno, può sospendere in tutto o in parte le regole di trattamento e gli istituti previsti dall'ordinamento penitenziario, nei confronti di detenuti di delitti riconducibili principalmente all'associazione criminale di stampo mafioso, terroristico o eversivo, qualora risultino socialmente pericolosi per l'ordine e la sicurezza pubblica¹⁷¹; la sospensione delle regole di trattamento, dunque, si concretizza essenzialmente nella privazione di una serie di diritti previsti in generale per i detenuti.¹⁷²

A partire dal 1993, la Corte costituzionale, più volte chiamata a pronunciarsi sul regime detentivo differenziato mediante alcune sentenze interpretative di rigetto, ne ha affermato la legittimità costituzionale, a condizione che le esigenze di difesa sociale venissero bilanciate con la garanzia per il detenuto di non vedersi intaccati i diritti fondamentali.¹⁷³

Innanzitutto, va premesso che i condannati all'ergastolo ordinario, possono accedere ad una serie di benefici, trascorso un periodo di pena previsto dalla legge.

¹⁶⁹ A. PUGIOTTO, op. cit., p. 5.

¹⁷⁰ Per ulteriori approfondimenti si veda L. EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, convegno nazionale dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP), Firenze, 2012, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p.1324, 1325; A. PUGIOTTO, *Una questione sulla pena dell'ergastolo*, cit.

¹⁷¹ Inizialmente, però, il riferimento alle regole di trattamento e agli istituti era talmente vago che si riteneva potesse incidere anche sui diritti fondamentali della persona.

Dopo il 1992, infatti, da più parti si era sottolineata la formulazione troppo generica dei presupposti del regime differenziato di cui all'art 41-bis ord. penit.

Il legislatore del 2002, invece, ha tipizzato le singole restrizioni eseguibili nei confronti del detenuto: fortemente limitato è il diritto al colloquio con i familiari, dal momento che essi hanno diritto a massimo due colloqui al mese, da svolgersi in luoghi attrezzati per impedire il passaggio di oggetti e sono sottoposti a controllo uditivo e a registrazione. Sono vietati invece i colloqui con persone diverse dai familiari e dai conviventi salvo casi eccezionali. La permanenza all'aria aperta invece non può superare le quattro ore al giorno e non può svolgersi in gruppi superiori a cinque persone.

¹⁷² A. GIANNELLI, M. PATERNÒ, *La tortura di Stato*, Roma, 2004, p. 218.

¹⁷³ Per ulteriori approfondimenti si veda M. MONTAGNA, *Il regime carcerario differenziato verso nuovi equilibri*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 1280 ss.

Essi sono: la liberazione anticipata¹⁷⁴, la quale comporta una detrazione di 45 giorni per ogni semestre di pena scontata qualora il condannato abbia dato prova di rieducazione; la semilibertà, che consente di trascorrere parte della giornata all'esterno dopo avere scontato almeno 20 anni di pena; i permessi premio, che permettono di trascorrere fuori dall'istituto un periodo massimo di 15 giorni e non superiore a 45 giorni l'anno, per coltivare interessi affittivi, familiari e culturali; il lavoro all'esterno dopo 10 anni di pena scontata e la liberazione condizionale dopo avere scontato almeno 26 anni di pena.

Tutti questi benefici, però, sono preclusi ai condannati all'ergastolo ostativo in virtù di alcune presunzioni legali assolute dichiarate costituzionalmente e convenzionalmente illegittime.

L'art 4-*bis* co. 1 infatti statuisce che i benefici come i permessi premio e le misure alternative alla detenzione, possono essere concessi ai detenuti e agli internati per i seguenti delitti solo nei casi in cui collaborino con la giustizia a norma dell'art 58-*ter*: delitti commessi con la finalità di terrorismo anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico, delitti di cui agli artt. 416-*bis* e 416-*ter*, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo o al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste.

In particolare, la Corte inizialmente riteneva che l'art 4-*bis* ord. penit. non contrastasse con il principio rieducativo *ex* art. 27 co. 3 Cost in quanto la mancata collaborazione con la giustizia sarebbe stata sempre imputabile ad una libera scelta del condannato, da ciò derivando la non totale preclusione al condannato riguardo all'accesso alla liberazione condizionale. Secondo la Corte, infatti, dalla mancata collaborazione emergeva l'attualità di quei collegamenti e dunque l'assenza di progressi nel percorso verso la rieducazione.

Tuttavia, una tale presunzione assoluta è priva di qualsiasi fondamento visto che la mancata collaborazione può derivare anche da altri fattori come dal timore di ritorsioni sui familiari da parte dell'organizzazione criminale.

La scelta di collaborare o meno con la giustizia quindi, non sempre equivale a una effettiva rescissione dei vincoli associativi e infatti, numerosi sono i casi di collaboratori che una volta ottenuti gli sconti di pena tornano a delinquere così come

¹⁷⁴ Art. 54 co. 1 e 4 ord. penit.

i casi in cui i soggetti che non hanno collaborato, decidono di rompere i legami con l'ambiente criminoso.

In tal senso, rilevante è la sentenza 306/1993 con cui la Corte asserisce che la collaborazione consente di presumere che chi la presta si sia dissociato dalla criminalità ma dalla mancata collaborazione non può trarsi una presunzione di segno contrario cioè che essa sia sintomo di mantenimento dei legami con l'organizzazione.

Secondo la Consulta, infatti, la collaborazione non necessariamente è sintomo di ravvedimento così come il contrario non è sempre indice di mancato ravvedimento in quanto, la scelta di non collaborare può essere determinata da altre ragioni.

Con l'ordinanza 20 novembre del 2018 poi, la prima sezione della Cassazione dichiara rilevante e non manifestamente infondata una questione di costituzionalità riguardante un particolare aspetto della disciplina dell'ergastolo ostativo chiamando la Corte costituzionale a pronunciarsi sulla questione.

Specificamente l'ordinanza solleva questione di legittimità costituzionale con riferimento agli artt. 3 e 27 Cost, dell'art 4-*bis* co. 2 ord. penit. nella parte in cui esclude che il condannato all'ergastolo per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare tali attività, che non abbia collaborato con la giustizia possa beneficiare dei permessi premio di cui all'art 30-*ter* ord. penit.¹⁷⁵

Con la sentenza n. 253/2019, a seguito della pronuncia della Corte di Strasburgo sul caso «Viola», la Corte Costituzionale si è espressa sul tema dichiarando l'illegittimità dell'articolo 4-*bis* comma 1, nella parte in cui non prevede la concessione dei permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia, nonostante siano stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità della partecipazione all'associazione criminale¹⁷⁶ sia, il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata. Ovviamente, sempre che il condannato abbia dato piena prova di partecipazione al percorso rieducativo.

¹⁷⁵ Sul punto, M. C. 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, p. 1 ss.

¹⁷⁶ *Ergastolo ostativo e preclusione all'accesso di permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia: dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis c. 1 O.P.*, in *Giur. Pen.* 2019.

In particolare, ciò che la Corte sanziona è la presunzione assoluta di pericolosità sociale insita nell'art 4-*bis* perché essa non consente di valutare caso per caso.

Infatti, secondo la Corte, la presunzione di pericolosità sociale del detenuto che non collabora è superabile non solo sulla base della regolare condotta carceraria e di una dichiarata dissociazione dall'associazione, ma anche in base all'acquisizione di specifici elementi che il condannato ha l'onere di allegare.

La Corte è stata chiamata poi a pronunciarsi su talune questioni di legittimità costituzionale con riferimento agli artt. 3, 27, 117 della Costituzione e degli artt. 4-*bis* e 58-*ter* dell'ordinamento penitenziario, nelle parti in cui escludono che il condannato all'ergastolo per delitti di cui all'art. 416-*bis* ovvero al fine di agevolare le attività delle associazioni ivi previste, che non abbia collaborato con la giustizia possa accedere alla liberazione condizionale.

Rilevate in merito è anche l'ordinanza della Corte costituzionale dell'11 maggio 97/2021 con cui la Corte afferma l'incompatibilità con la Costituzione della presunzione assoluta di pericolosità in assenza di collaborazione in quanto è proprio il carattere assoluto di tale presunzione che, impedendo alla magistratura di sorveglianza di valutare il percorso carcerario del condannato, si pone in contrasto con l'art 27 comma 3.

La disciplina vigente dell'ergastolo ostativo, infatti, sempre in base alla presunzione della persistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, preclude a chi non abbia utilmente collaborato con la giustizia di chiedere la liberazione condizionale. In merito alla questione, la Corte ha rinviato il giudizio al 2022 e ha dato al legislatore un anno di tempo per intervenire.

Detto ciò, si può concludere affermando che il carcere duro risponde ad una esigenza contraria alla rieducazione della pena, visto che consiste nella sospensione delle ordinarie regole di trattamento, ossia regole che comportano una progressiva apertura del carcere verso l'esterno, visto che la sola finalità è quella di neutralizzare i contatti tra il detenuto mafioso e la sua associazione.¹⁷⁷

¹⁷⁷ Per ulteriori approfondimenti si veda E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 2017, fasc. 4, p. 1500-1504.

Tuttavia, il regime differenziato non si risolve in un trattamento contrario al senso di umanità se i suoi contenuti si presentano funzionali alla tutela di esigenze di ordine e sicurezza.¹⁷⁸

Inoltre, anche la Corte EDU si è pronunciata in merito alla problematica compatibilità della pena dell'ergastolo con il parametro convenzionale di cui all'art. 3 della Convenzione e dall'esame della sua giurisprudenza si evince la volontà di tutelare i principi della dignità umana e della rieducazione del condannato, previsti sia a livello internazionale che dalla nostra Costituzione.

In particolare, nelle sentenze *Vinter c. Regno Unito* e *Harkins e Edwards c. Regno Unito*, e *Babar Ahmad c. Regno Unito*, la Corte si è soffermata sulla questione dell'ergastolo, nella forma di pena detentiva sconnessa dalla possibilità di beneficiare della liberazione anticipata o condizionale e, dopo aver esplicitato le differenze sussistenti tra pena detentiva perpetua comprimibile, ossia quella sanzione che può essere soggetta a riesame in prospettiva della liberazione condizionale, e pena non comprimibile, ha ritenuto che ai fini della legittimità dell'ergastolo rispetto all'art 3 Cedu e al principio di rieducazione del condannato, è necessario che la pena si configuri come comprimibile.

Inoltre, nella sentenza del 2013 relativa al caso *Vinter* vengono indicati i principi ai quali il legislatore deve attenersi affinché possa qualificarsi come comprimibile una pena: innanzitutto è necessario che vi sia proporzione tra le finalità di punizione e quella di rieducazione e reinserimento sociale del reo e inoltre che venga istituito il meccanismo del riesame della pena perpetua.

la Corte sostiene, infatti, che l'art 3 della Convenzione esige che le pene perpetue siano riducibili, ossia sottoposte a un riesame che permetta alle autorità nazionali di verificare se, durante l'esecuzione della pena, il detenuto abbia fatto dei progressi tali da non giustificare più il suo mantenimento in detenzione e che ove il legislatore non tenga in considerazione tali condizioni, il condannato può agire immediatamente ex art. 34 CEDU in difesa dei propri diritti, per contrasto con la Convenzione.

¹⁷⁸ Per ulteriori approfondimenti si veda L. MANCONI, S. ANASTASIA – V. CALDERONE, *Abolire il carcere duro. Legittimità e limiti del 41-bis alla luce della sua applicazione*, in *Criminalia*, 2016, p. 281; Flick, *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale fra speranza e delusione*, in *Cass. Pen.*, 2018, 4, p. 1047 ss.

Infatti, «una persona condannata all'ergastolo, senza alcuna possibilità di far riesaminare la sua pena perpetua, rischia di non potersi mai riscattare: qualsiasi cosa faccia in carcere, per quanto possa aver fatto progressi, la sua pena rimane immutabile».

In sintesi, per la Corte di Strasburgo, la pena detentiva perpetua rispetta il principio di umanità della pena a condizione che non precluda al condannato ogni prospettiva di reinserimento sociale.

I principi che la quarta sezione della Corte EDU ha enunciato, a maggioranza, nel caso Vinter, hanno trovato appoggio nella giurisprudenza britannica che, nel caso Wellington, si è anche allineata alle motivazioni di Kafkaris sancendo che l'esecuzione dell'ergastolo deve ritenersi compatibile con la disposizione convenzionale a condizione che il condannato possa comunque beneficiare di una possibilità di liberazione.¹⁷⁹

Altro caso molto importante è quello relativo alla sentenza Viola c. Italia, pronunciata dalla I sezione della Corte EDU il 13 giugno 2019, con cui l'Italia è stata condannata per violazione del principio di umanità della pena di cui all'art 3 della Convenzione, essendo stato ritenuto che l'ergastolo ostativo restringa eccessivamente la prospettiva di liberazione dell'interessato e la possibilità di riesame della sua pena.

Nel caso di specie, il ricorrente Viola, condannato a quattro ergastoli per omicidi plurimi, occultamento di cadavere, sequestro di persona e detenzione di armi, in base all'art 4-*bis* non poteva accedere al lavoro all'esterno, ai permessi premio e alle misure alternative perché non aveva collaborato con la giustizia.

Nel 2016 quindi il signor Viola adiva la Corte di Strasburgo nel 2016 per la violazione dell'art 3 e 8 CEDU la quale accogliendo il ricorso, ha dichiarato l'illegittimità dell'ergastolo ostativo per contrasto con l'art 3 CEDU in quanto esso costituisce trattamento inumano e degradante.

La CEDU in particolare ha contestato il meccanismo di presunzione assoluta che regola i reati ostativi affermando che la presunzione deve essere relativa ossia non

¹⁷⁹ La compatibilità di tale meccanismo con l'art 3 CEDU era stata già riconfermata dalla corte d'appello inglese nel 2009, nel caso Bieber.

si possono negare i benefici perché non c'è collaborazione, ma bisogna semmai verificare se essa comporti un pericolo per sé e per la famiglia.

Nel caso in esame, infatti, Marcello Viola aveva deciso di non collaborare con la giustizia, per timore di reazioni violente da parte dei membri dell'associazione criminale.

La presunzione assoluta, infatti, sottrae al giudice il potere di valutare caso per caso l'accesso ai benefici e dunque rende impossibile effettuare una valutazione successiva della situazione concreta.

La CEDU, quindi, ha concesso il risarcimento e ha rinviato il caso al tribunale di sorveglianza che tuttavia non ha concesso il permesso.

Avverso questa sentenza il governo italiano, essendo contrario con quanto stabilito in sentenza, ha presentato una richiesta di rinvio alla *Grand Chamber* ai sensi dell'art 43 della Convenzione per riesaminare la decisione.

La Corte di Strasburgo però ha respinto il ricorso dell'Italia contro la sentenza 13 giugno del 2019.

La CEDU inoltre ha affermato che lo Stato deve intraprendere una riforma dell'ergastolo ostativo in modo tale che venga garantita la possibilità di un riesame della pena nel caso in cui il detenuto durante l'esecuzione si sia evoluto e abbia fatto progressi tali da non giustificare il mantenimento in detenzione e inoltre ha aggiunto che la dimostrazione della rottura dall'associazione mafiosa si può esprimere anche in modo diverso dalla collaborazione e senza automatismo.

In sostanza, l'idea portante della giurisprudenza di Strasburgo è che non vi possano essere situazioni in cui venga negato il cosiddetto *right to hope*, ossia situazioni in cui l'ordinamento non offre la possibilità, entro un lasso di tempo ragionevole, di sostituire la pena perpetua con una misura alternativa che consenta al condannato la fuoriuscita dal carcere.

D'altronde, come affermato dalla Corte, la mancanza di collaborazione non sempre è sintomo di mancato ravvedimento ossia di mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza, così come la collaborazione non è sempre indice di ravvedimento. La dissociazione dall'ambiente mafioso, infatti, può desumersi anche da altri fattori, ad esempio, il ricorrente a sostegno della domanda di liberazione condizionale presentata al Tribunale di sorveglianza dell'Aquila, aveva

documentato i risultati positivi del proprio percorso di risocializzazione in carcere.¹⁸⁰

Tuttavia, il Tribunale non aveva potuto far altro che constatare il mancato rispetto della condizione della collaborazione, senza poter effettuare una valutazione del percorso individuale del detenuto e della sua evoluzione verso la risocializzazione.

9.2 I rapporti tra rieducazione e giustizia riparativa.

La riflessione sull'opportunità della giustizia riparativa prende le mosse, in quasi tutti gli ordinamenti occidentali, prevalentemente da una profonda insoddisfazione per gli esiti della giustizia penale, sia per quanto riguarda il monitoraggio del crimine sia per quanto attiene alla adeguatezza della pena.¹⁸¹

Il progressivo incremento dei tassi di criminalità, l'aumento del tasso di recidiva ma anche la marginalizzazione della vittima all'interno del processo sono infatti la dimostrazione di una profonda crisi della giustizia penale senza precedenti.

Ad infrangere la sequenza reato/pena contribuisce oggi l'emergere di un sistema antagonista al diritto penale, ossia il sistema della "giustizia riparativa".

Con essa il reato perde la connotazione di offesa ad un bene giuridico e torna ad essere considerato come un conflitto che oppone due o più parti all'interno di una comunità.¹⁸²

Per quanto riguarda il rapporto tra rieducazione e riparazione, a prima vista esse potrebbero apparire come categorie antitetiche in quanto la rieducazione mette in primo piano l'autore del reato mentre la giustizia riparativa valorizza la vittima, collocandola su un piano quanto meno di parità rispetto all'autore.¹⁸³

Inoltre, la rieducazione evoca l'idea di trattamento mentre la riparazione chiama l'autore del reato a un ruolo attivo che è condizione imprescindibile per ricomporre il conflitto nato attraverso il reato.

¹⁸⁰ E. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*

¹⁸¹ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, 2003, p. 23.

¹⁸² *Ivi*, p. 27.

¹⁸³ E. DOLCINI, *Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi, domani*, cit., p. 24.

Il termine riparazione è però un concetto generico che può evocare sia una sanzione tipicamente civilistica come il risarcimento, sia una sanzione penale come l'espiazione.

Ovviamente, il momento riparatorio non si può risolvere in una punizione per l'autore ma piuttosto in una prestazione volta a eliminare le conseguenze discendenti dalla condotta antigiuridica; ossia, essa deve tendere ad annullare materialmente gli effetti dannosi del crimine.

La giustizia riparativa si è sviluppata a partire dalla fine degli anni Settanta e rappresenta il frutto di due diverse correnti di pensiero: da un lato la corrente abolizionista e dall'altro il percorso di ricerca antropologica puro.

Secondo la ricerca antropologica, la soluzione del conflitto è costituita dal coinvolgimento della comunità, dal tentativo di favorire una soluzione consensuale del conflitto e dall'interesse alla ricostituzione dell'armonia sociale all'interno della comunità.¹⁸⁴

Per quanto riguarda invece la corrente abolizionista, si fa riferimento alle correnti di pensiero che hanno auspicato la fine dell'epoca caratterizzata dalla pena detentiva.¹⁸⁵

Con la giustizia riparativa il reato non è concepito quindi come mera violazione di una norma con conseguente applicazione di una pena, ma diventa espressione di una realtà molto più complessa, in quanto plurimi sono i soggetti che risentono del fatto illecito.¹⁸⁶

Questo tipo di giustizia, quindi, coinvolge attivamente sia il colpevole del reato sia la vittima¹⁸⁷, nella ricerca di soluzioni che possano risarcire, soddisfare e riparare il danno che la vittima ha subito.

¹⁸⁴ G. MANNOZZI, op. cit., p. 34

¹⁸⁵ *Ibidem*

¹⁸⁶ *Ivi*, p. 47.

¹⁸⁷ Con il termine vittima si allude al soggetto titolare del bene giuridico protetto dalla norma penale, il quale risente, primariamente o secondariamente, della commissione del reato con sofferenza o con dolore.

Solo a partire dagli anni Quaranta/Cinquanta, la figura della vittima¹⁸⁸ comincia ad affiancare quella del delinquente negli studi criminologici, ma bisogna attendere gli anni Settanta per rafforzare la loro posizione giuridica all'interno del processo.¹⁸⁹

La riparazione è preceduta da un percorso di mediazione che implica una serie di passaggi come il riconoscimento da parte del reo della sua responsabilità e la comprensione del danno arrecato.

Gli obiettivi della giustizia riparativa si distinguono in: obiettivi endo-sistematici, con destinatario specifico e individuale, che si riferiscono a quegli obiettivi destinati a incidere prevalentemente sul funzionamento del sistema penale e gli obiettivi eso-sistematici, a destinatario generico/collettivo.¹⁹⁰ A questa classe appartengono quegli obiettivi che riguardano interessi esterni al funzionamento del sistema penale.¹⁹¹

Tra gli obiettivi endo-sistematici si possono citare il riconoscimento della vittima e la riparazione del danno nella sua dimensione globale:

in merito al primo obiettivo, la giustizia riparativa ha come obiettivo primario la presa in carico dei bisogni delle vittime di reato, le quali rivestono una posizione del tutto marginale all'interno del processo penale.

In merito al secondo, dalla riparazione dell'intero danno si sottintende la comprensione della sofferenza fisica e psicologica arrecata alla vittima oltre che meramente economica.¹⁹²

Per quantificare razionalmente il danno, inoltre, bisogna innanzitutto individuare quali sono le vittime che devono ricevere la riparazione, distinguendo tra le vittime primarie e quelle secondarie e occorre anche evitare le disparità di trattamento.¹⁹³

Tuttavia, anche se con la giustizia riparativa si supera la visione incentrata sul solo autore del reato, essa non marginalizza assolutamente il reo¹⁹⁴.

¹⁸⁸ Le vittime si distinguono in vittime primarie e secondarie: Le prime sono i soggetti contro i quali il reato viene commesso direttamente.

Le vittime secondarie invece sono quelle che vengono solo indirettamente danneggiate dal reato, ad esempio la famiglia della vittima primaria.

¹⁸⁹ G. MANNOZZI, op. cit., p. 51.

¹⁹⁰ Per ulteriori approfondimenti si veda CERETTI, *Giustizia riparativa e mediazione penale. Esperienze pratiche a confronto*, in Scarparo, *il coraggio di mediare*, Milano, 2001, p. 307 ss.

¹⁹¹ G. MANNOZZI, op. cit., p. 102.

¹⁹² *Ivi*, p. 103.

¹⁹³ *Ibidem*

¹⁹⁴ *Ibidem*

Al contrario, infatti, la risoluzione del conflitto passa attraverso una attività positiva del reo stesso.

Gli obiettivi eso-sistematici invece, hanno una fascia di destinatari più ampia di quella degli obiettivi endo-sistematici: ad esempio coinvolgono anche la comunità interessata dal conflitto o la generalità dei consociati.

La comunità, quindi, rileva sia come destinatario della riparazione sia come promotore del percorso di riparazione.¹⁹⁵

Inoltre, all'interno della esecuzione penitenziaria ma anche all'interno di istituti extra murari, trovano posto alcune pratiche conciliative e mediative vicine alla giustizia riparativa.

In questa direzione, emerge la legge 107/2017 nella quale si prospetta la previsione di attività di giustizia riparativa e delle relative procedure quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale.

10. Conclusione.

In conclusione, si può affermare che l'intento della pena di perseguire più finalità contribuisce a spiegare la prevalenza di concezioni miste o polifunzionali. Tuttavia, pur aderendo ad un approccio polifunzionale, la rilevanza costituzionalmente attribuita alla finalità rieducativa impone di darvi spazio in tutte le fasi del ciclo punitivo.

A causa però della discrasia tra il piano applicativo e quello concreto, secondo alcuni il nostro Codice penale non è ispirato ad una funzione in particolare, ma ad un insieme contraddittorio e confuso di principi.

Logica conseguenza è che i giudici applicano la pena senza seguire percorsi logici precisi, ed è per questo che molti autori parlano di "crisi del sistema sanzionatorio". Da qui, sorgono i numerosi inviti rivolti dalla dottrina al legislatore affinché specifichi meglio gli scopi della pena, e detti direttive più precise al giudice, per dare a questa materia quella certezza e concretezza di cui avrebbe bisogno.

¹⁹⁵ G. MANNOZZI, op. cit., p. 109.

CAPITOLO II

LE CAUSE DELLA CRISI DEL SISTEMA PENITENZIARIO ITALIANO E GLI INTERVENTI ADOTTATI PER FAR FRONTE AL MONISMO CARCERARIO.

SOMMARIO: 1. Il sovraffollamento carcerario; 1.1 Le cause del sovraffollamento carcerario; 1.2 L'inefficacia dell'amnistia e dell'indulto quali strumenti deflattivi. – 2. Le condanne dell'Italia da parte della Corte EDU per violazione dell'art. 3 della Convenzione; 2.1 Sentenza Sulejmanovic c. Italia; 2.2 Deliberazione del “piano carceri” e approvazione della l. n. 199/2010 c.d. “scuola carceri”; 2.3 Sentenza Torreggiani e altri c. Italia; 2.4 Successivi interventi legislativi adottati a scopo deflattivo; 2.5 D.l. n. 78/2013; 2.6 D.l. n. 146/2013; 2.7 D. l. n. 92/2014; 2.8 Sentenza Mursic c. Croazia. – 3. Rapporto tra sovraffollamento e recidiva. – 4. Impatto della pandemia da Covid-19 sugli istituti penitenziari – 5. Rapporto tra sovraffollamento e tortura nelle carceri; 5.1 Profili di regolamentazione e repressione della tortura prima e dopo la l. n.110/2017; 6. Fallimento del carcere. Verso una sua possibile abolizione? 6.1 Interventi normativi in chiave alternativa e in chiave sostitutiva per far fronte al monismo carcerario. – 7. Interventi normativi in chiave alternativa; 7.1 D.l. n. 211/2011 c.d. “pacchetto Severino” e d.d.l. n. 5019/2012 c.d. “d.d.l. Severino”; 7.2 Legge delega n. 103/2017 c.d. “Riforma Orlando”; 8. Interventi normativi in chiave sostitutiva; 8.1 Proposte di riforma della Commissione Lattanzi.

1. Il sovraffollamento carcerario.

Le problematiche relative alla realtà penitenziaria italiana sono sempre più evidenti e non possono essere più ignorate, non solo perché il carcere si conferma essere luogo di sofferenza piuttosto che luogo di pena¹, ma anche perché il modo in cui uno Stato decide di trattare chi realizza comportamenti devianti riflette il suo grado di civiltà giuridica.²

Come evidenziato nel primo capitolo, la Costituzione italiana sancisce all'art 27 co. 3 della Costituzione uno dei principi fondamentali del nostro ordinamento che costituisce altresì espressione di una delle basilari funzioni della pena ossia la funzione rieducativa. Tuttavia, l'attuazione di questo principio nel nostro ordinamento incontra vari ostacoli, qualitativi e quantitativi, che permettono di avallare la tesi secondo cui la pena detentiva non è in grado di garantire una pena che sia davvero rieducativa.

¹ Ci si riferisce non alla sofferenza implicita nella privazione della libertà personale, ma ad una addizionale ossia che eccede la lettera legislativa. Per ulteriori approfondimenti si veda L. MANCONI, V. CALDERONE, *Quando hanno aperto la cella*, Milano, 2014.

² M. TOSI, *Diritti e rovesci del detenuto in Italia tra normative, effettività e tutela*, in *Crimen et delictum*, 2012, p. 14.

Il principale ostacolo alla piena realizzazione del principio rieducativo sancito dall'art 27, co. 3 Cost., è costituito dal sovraffollamento carcerario che, considerato ormai come una condizione fisiologica degli istituti detentivi, rappresenta uno dei problemi più gravi della Repubblica Italiana³, ed è oggetto di attenzione anche a livello internazionale, da parte del Consiglio d'Europa e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Da più parti, si ritiene che il notevole aumento della popolazione ristretta in carcere derivi dal quasi esclusivo ricorso alla pena detentiva, nell'ottica di una logica carcere-centrica, volta ad attribuire prevalenza a tale tipo di sanzione sulle altre modalità di esecuzione della pena.

Con il termine "sovraffollamento carcerario" si intende la situazione di sproporzione del numero di detenuti rispetto alla effettiva capienza degli istituti penitenziari,⁴ capace sia di ostacolare il generale funzionamento degli istituti penitenziari rendendo ardua l'attuazione dei percorsi trattamentali, sia, correlativamente, di ledere i diritti dei soggetti costretti a scontare il proprio debito con la giustizia in siffatte circostanze.⁵

Le carceri sovraffollate, infatti, conducono a condizioni di detenzione contrarie alle norme internazionali, rendono più difficile e stressante il lavoro del personale penitenziario, generano rischi per la salute pubblica e impediscono di garantire attività di formazione a tutti i detenuti. In sostanza, vanificano gli obiettivi principali della pena detentiva.⁶

Da più parti, si ritiene che da tale persistente problematica, scaturisca una vera e propria emergenza, sia perché vengono fortemente compressi i diritti delle persone

³ Per ulteriori approfondimenti v. A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1204 ss.

⁴ Per ulteriori approfondimenti v. A. GARGANI, *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 1259 ss.; G. GIOSTRA, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, fasc. 1, p. 55 ss.; P. SECHI, *Contrasto al sovraffollamento carcerario e misure alternative alla detenzione: un primo bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 199 ss; R. BARTOLI, *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2016, p. 4 ss.

⁵ M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Torino, 2020, p. 159.

⁶ P. BARZANÒ, *Il sovraffollamento carcerario: un problema diffuso*, in *Rass. Pen e crimin.*, n. 1/2015, p. 319.

sottoposte a esecuzione penale sia perché esso può essere concausa, nei casi più estremi, di scelte auto repressive.⁷

A riprova di ciò, eloquenti sono i dati del ministero della giustizia, secondo cui il 29 febbraio 2020, la popolazione detenuta in carcere in Italia era di 61.250 persone, a fronte di una capienza regolamentare di 50.931 posti e i dati sui suicidi in carcere, che mettono in ulteriore evidenza la drammaticità dei problemi del nostro sistema penitenziario.

In particolare, dal report di Antigone si evince che, al 23 aprile 2022, vi sono stati 21 i suicidi, cifra allarmante visto che in tutto il 2021 erano stati 57.

Secondo Antigone, quindi, l'Italia è tra i Paesi europei con il tasso di suicidio più alto.

Questa emergenza, divenuta ormai una situazione ordinaria del sistema penitenziario⁸, non riguarda solo i detenuti, dal momento che la situazione è resa ancor più allarmante dalla mancanza del personale di polizia penitenziaria.

Spesso, infatti, a causa del sovraffollamento e della carenza di polizia penitenziaria, i detenuti sono costretti a trascorrere molte ore della giornata nelle celle, senza la possibilità di svolgere attività lavorative, istruttive o anche solo ricreative.⁹

Dunque, nel nostro sistema avviene esattamente il contrario di quanto prescritto dall'art. 6 dell'ordinamento penitenziario, per cui, le attività in comune, da svolgersi al di fuori della cella, sono limitate e riguardano un numero circoscritto di detenuti dal momento che la prassi consiste nel trascorrere l'intera giornata all'interno delle camere detentive.

Come si desume poi dalle statistiche, almeno uno studente detenuto su tre, ha abbandonato la scuola e a causa della pandemia, sono pochi i casi in cui è garantita la didattica a distanza.

Osservando quindi le condizioni in cui versano oggi gli istituti penitenziari italiani e analizzando il disposto dell'art. 27 comma 3 Cost. che statuisce che «le pene non

⁷ L. SPAVENTI, F. GHEZZI, *Le misure alternative alla detenzione nell'interpretazione giurisprudenziale*, in P. BALDUCCI, A. MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020, p. 549.

⁸ E. SOMMARIO, *Il sovraffollamento delle carceri italiane e gli organi internazionali per il rispetto dei diritti umani*, in *Quest. giust.*, 2012, p. 33.

⁹ M. DI STEFANO- C. DI MEO- R. CALABRESE, *L'emergenza del sistema carcerario italiano*, in *Arch. pen.*, 2013, n.2, p. 4.

possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato» si può dedurre che il sovraffollamento rappresenta l'emblema di disumanità, dal momento che sono violati diritti costituzionalmente garantiti ai detenuti.¹⁰

In particolare, le condizioni degradanti e disumane che il sovraffollamento comporta, si risolvono nella negazione della stessa dignità umana,¹¹ quando invece lo stato di detenzione non dovrebbe mai condurre alla negazione di diritti inviolabili ma semmai dovrebbe preservare il diritto all'integrità psicofisica, allo studio e alla salute.

Ovviamente, quando l'individuo è sottoposto a una sanzione penale o a un provvedimento coercitivo, la sua dignità è inevitabilmente oggetto di una qualche mortificazione, ma la Costituzione, proprio per tutelarla, pone alcune essenziali garanzie, prescrivendo limiti e condizioni che l'autorità pubblica deve rispettare quando sono in gioco diritti fondamentali.¹²

Spesso invece, nella realtà penitenziaria i detenuti sono costretti a condividere con altre persone spazi limitati, carenti di acqua calda e di illuminazione sufficiente e in più, mancano educatori e psicologi preposti alla realizzazione del trattamento rieducativo.

È evidente quindi che, se la pena viene eseguita in condizioni disagiate e per di più violando i diritti fondamentali della persona, essa non potrà mai conseguire pienamente la sua finalità rieducativa.

Tali violazioni dei diritti fondamentali dei detenuti si ritiene che derivino innanzitutto da un problema di ineffettività sul piano normativo. A riprova di ciò, anche se l'art.1 della legge sull'ordinamento penitenziario prevede una serie di garanzie per i detenuti, essa resta in larga parte inattuata.

In particolare, l'art 1, recependo quanto già affermato in ambito internazionale e dall'art 27 Cost., prevede che «il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona» e al secondo

¹⁰ M. DI STEFANO- C. DI MEO- R. CALABRESE, op. cit., p. 6.

¹¹ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si apre all'insegna della dignità umana: «la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata». Sulla rilevanza della dignità v. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2015, p. 184 ss.

¹² G. SERGIES, *Il diritto a non subire tortura ovvero: il diritto di libertà dalla tortura*, in M. RUOTOLO, S. TALINI, *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, p. 335.

comma sancisce l'imparzialità del trattamento riprendendo il principio di uguaglianza di cui all'art 3 Cost.¹³ Dunque, è evidente che la finalità del trattamento è quella di salvaguardare la salute e la dignità del detenuto.

La medesima legge stabilisce poi che gli istituti penitenziari devono essere realizzati in modo da accogliere un numero non elevato di detenuti o internati, in modo tale da favorire l'individualizzazione del trattamento. Nelle nostre carceri invece, una delle cause del sovraffollamento è proprio la mancanza di spazi adeguati.

Inoltre, l'art 15 dell'ordinamento penitenziario, elenca una serie di elementi del trattamento: lavoro, istruzione, religione, attività culturali ricreative sportive e contatti con il mondo esterno.

Quanto all'istruzione, sia per gli iscritti a corsi scolastici che all'università, il dato va crescendo sempre di più.

In relazione al lavoro invece, la situazione non è per nulla confortante in quanto la quota di detenuti lavoratori è molto bassa e tende a ridursi progressivamente.

Anche la religione, in ultimo, riveste oggi un ruolo minore nel trattamento rieducativo.¹⁴

Tuttavia, come detto precedentemente, quanto stabilito sul piano normativo rimane spesso inattuato, anche a causa delle difficoltà economiche e strutturali.

Se davvero si riuscisse a mettere in pratica tutto ciò che è sancito a livello normativo la situazione delle nostre carceri sarebbe migliore e il nostro Paese eviterebbe i risarcimenti che si trova a dover corrispondere a seguito delle condanne della CEDU.

1.1 Le cause del sovraffollamento carcerario.

Diverse sono le cause del sovraffollamento carcerario.

¹³ M. TOSI, op. cit., p.17

¹⁴ E. DOLCINI, *Quale futuro per la pena carceraria*, in www.sistemapenale.it, 11/2019, p. 31.

Una di esse si rinviene nella legge 5 dicembre 2005 n. 251, nota come legge “ex Cirielli”, alla quale è conseguito l’intervento della Corte costituzionale che ha provveduto a eliminare alcune norme contenute in essa.¹⁵

In particolare, questa legge, inasprendo il sistema sanzionatorio con particolare riferimento ai recidivi e prevedendo stringenti limitazioni all’accesso ai benefici penitenziari,¹⁶ ha causato l’aumento della densità carceraria.

Tra le altre cause poi, l’introduzione di nuove fattispecie criminose sicuramente ha influito sull’aumento della popolazione detenuta.

Basti pensare alle leggi sulla immigrazione o sugli stupefacenti.¹⁷

Inoltre, una delle cause più rilevanti è sicuramente la condizione dell’edilizia carceraria ma allo stesso modo rilevano anche la carenza di posti all’interno degli istituti penitenziari, il cattivo stato di manutenzione in cui essi versano, il non perfetto funzionamento delle misure alternative alla detenzione e l’eccessivo ricorso della custodia cautelare in carcere.

La custodia cautelare in carcere, ad esempio, è divenuta la principale misura cautelare da applicare agli indagati ancora in attesa di giudizio, a discapito ovviamente del principio fondamentale della presunzione di innocenza¹⁸ e divenendo a tutti gli effetti una sorta di anticipazione della pena.

Ciò ovviamente rende difficoltoso il reinserimento sociale del detenuto e la sua rieducazione. Anche con riguardo a questo profilo, sarebbe utile adottare provvedimenti legislativi volti a ridurre il ricorso alla custodia cautelare o alle misure precautelari e a ricorrere invece il più possibile alle alternative alla custodia in carcere¹⁹, riservando tale misura solo nei casi in cui le altre risultino non idonee.²⁰

¹⁵ Cfr. Corte cost., sent. 15 novembre 2012, n. 251.

¹⁶ C. BRUNETTI, *Le principali novità introdotte dalla legge n. 251/2005 in materia di esecuzione penale e di diritto penitenziario. Questioni interpretative*, in *Rass. penit. e crim.*, 2006, 2, p. 47.

¹⁷ In questo ambito, si potrebbe optare per un intervento volto a depenalizzare o a riqualificare alcune fattispecie in modo da evitare la pena detentiva quando è possibile provvedere in altro modo.

¹⁸ V. GREVI, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell’imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in AA. VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni* (Atti del Convegno dell’Associazione tra gli studiosi del processo penale, Foggia- Mattinata 25-27 settembre 1998), Milano, 2000, p. 99.

¹⁹ Le misure alternative alla custodia cautelare sono ad esempio l’obbligo per l’indagato di risiedere ad un indirizzo specificato, il divieto di raggiungere un luogo senza autorizzazione, la scarcerazione su cauzione.

²⁰ P. CORVI, op. cit., p. 1799.

Il codice di procedura penale, infatti, prevede la possibilità di ricorrere alla custodia cautelare in carcere solo come *extrema ratio*, ossia quando tutte le altre misure, anche combinate tra loro, risultano inadeguate a fronteggiare le esigenze cautelari. Da ciò, la Consulta ha via via dichiarato incostituzionali le presunzioni assolute di custodia cautelare in carcere per una serie di reati per i quali erano state introdotte, come ad esempio i reati contro la libertà sessuale.²¹

Da ultimo, anche le Sezioni Unite hanno rimesso alla Corte costituzionale un'eccezione di incostituzionalità relativa alla custodia obbligatoria in carcere per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art 416-*bis* c.p. o al fine di agevolare gli associati. Dunque, ciò che si propone è di rimuovere le residue presunzioni salvo che per i reati di mafia in modo da evitare il carcere ove non sia indispensabile per fronteggiare le esigenze cautelari.

Tuttavia, come asserisce autorevole dottrina, qualcuno potrebbe obiettare a queste proposte statuendo che se il legislatore ha previsto alcune presunzioni assolute di necessità del carcere per alcuni reati, egli avrà sicuramente valutato quali sono le esigenze di tutela della collettività e che rimuovere queste presunzioni potrebbe comportare la rimessione in libertà di qualche soggetto pericoloso.

In realtà però, ciò che si intende perseguire è semplicemente valutare se ci sono i presupposti per evitare il carcere.²²

Eliminare le preclusioni, dunque, non significa ammettere automaticamente alle misure extracarcerarie chi non è meritevole ma significa semmai non escludere chi ne è meritevole solo perché il titolo del reato che ha commesso è di un certo tipo.²³

1.2 L'inefficacia dell'amnistia e dell'indulto quali strumenti deflattivi.

Guardando la legislazione adottata sino ad ora, si nota come essa non è stata sufficiente a risolvere adeguatamente la questione carceraria.

²¹ G. GIOSTRA, op. cit., p. 58.

²² *Ivi*, p. 59.

²³ *Ivi*, p. 62.

In particolare, fino ai primi anni Novanta del XX secolo, si è cercato di porre rimedio al problema del sovraffollamento carcerario soprattutto con gli strumenti dell'amnistia e dell'indulto²⁴.

Dopo la riforma dell'art 79 Cost., invece, il legislatore ha intrapreso le riforme di istituti di diritto processuale e sostanziale.

Quanto al versante processuale, si rammenta la previsione della sospensione obbligatoria dell'esecuzione delle pene detentive fino a tre anni di cui all'art 656 c.p.p.²⁵

Sul versante del diritto sostanziale invece, si riconducono svariate modifiche della disciplina delle pene sostitutive e delle misure alternative.²⁶

Quanto alle pene sostitutive, ad esempio, la l. n. 134/2003 ha portato a due anni il limite massimo per la sostituzione della pena detentiva; quanto invece alle misure alternative alla detenzione, la detenzione domiciliare ha visto espandere i limiti massimi della sua applicabilità, essendo stata estesa anche nei confronti di qualsiasi condannato che debba scontare una pena detentiva fino a due anni, quando non ricorrono i presupposti per ricorrere all'affidamento in prova al servizio sociale.²⁷

Il legislatore, quindi, si è sempre limitato a provvedimenti "tampone" idonei a risolvere la questione solo nel breve periodo quando invece sarebbe stata necessaria una riforma finalizzata a risolvere definitivamente questo problema.²⁸

In particolare, a partire dal 1942, il legislatore ha adottato circa 25 provvedimenti tra cui amnistie, indulti e indultini e con la l. n. 207 del 2003, il legislatore ha varato un provvedimento meglio noto come "indultino", mirante alla scarcerazione dei detenuti che avessero già riportato condanna a una pena detentiva e che la stessero scontando e inoltre si proponeva di evitare il carcere a coloro che, condannati a pena detentiva, fossero in attesa della sua esecuzione.²⁹

²⁴ Sulla prassi dei provvedimenti di amnistia e indulto a partire dall'unità d'Italia si veda V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale, amnistia e indulto dall'indulgentia principis all'idea dello scopo*, Napoli, 2007, p. 225 ss.

²⁵ L. SPAVENTI, F. GHEZZI, op. cit., p. 548.

²⁶ S. TURCHETTI, *Legge svuota-carceri e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?* in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2010, p. 1.

²⁷ *Ivi*, p. 2.

²⁸ M. DI STEFANO- C. DI MEO- R. CALABRESE, op. cit., p.1.

²⁹ A proposito della sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva nel limite massimo di due anni, spesso designata come indultino, si veda C. RUGA RIVA, *Sanatorie, condoni*,

Nel primo caso, doveva essere stata eseguita almeno metà della pena e il residuo non doveva superare i due anni; nel secondo caso invece la pena inflitta doveva essere inferiore o pari a due anni.³⁰ La pena detentiva era poi destinata ad estinguersi nel caso in cui non fossero state violate le prescrizioni imposte al condannato.³¹

Ciò nonostante, l'emergenza permaneva e il legislatore si determinava ad emanare un provvedimento di indulto mediante la l. n. 241 del 2006³². Nella sostanza, l'indulto prevedeva l'estinzione della pena non superiore a tre anni per le pene detentive e non superiore a 10.000 euro per quelle pecuniarie.

In particolare, di esso hanno beneficiato gli autori dei reati commessi entro il 2 maggio 2006, salvo gli autori di reati di maggiore allarme sociale come reati di strage, terrorismo, schiavitù.

Tuttavia, mentre in un primo periodo esso ha ottenuto risultati soddisfacenti, già nel 2009, le carceri divennero di nuovo sovraffollate e il legislatore è dovuto di nuovo intervenire con la medesima urgenza.³³

In sostanza, si può concludere affermando che le misure di emergenza quali l'amnistia e l'indulto, possono alleviare le situazioni di sovraffollamento ma non possono risolvere il problema all'origine, in quanto esse, interrompendo i percorsi di reinserimento individuali e comportando la liberazione di molti detenuti con possibili reazioni negative da parte dell'opinione pubblica, appaiono come misure potenzialmente controproducenti.

2. Le condanne dell'Italia a opera della Corte EDU per violazione dell'art 3 della Convenzione.

indultino: forme e limiti costituzionali dell'impunità retroattiva, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 2004, p. 191 ss.

³⁰ S. TURCHETTI, op. cit., p. 3.

³¹ L. SPAVENTI, F. GHEZZI, op. cit., p. 550.

³² Circa beneficiari diretti e indiretti dell'indulto del 2006, si veda F. CONSULICH, *Ordinamento penitenziario*, l. 31 luglio 2006 n. 241.

³³ M. DI STEFANO- C. DI MEO- R. CALABRESE, op. cit., p. 7.

In merito al sovraffollamento carcerario, ampio spazio deve essere dedicato alla Corte europea dei diritti dell'uomo che ha condannato il nostro Paese per ben due volte a causa della violazione dell'art 3 Cedu,³⁴ ossia per la violazione del divieto di pene inumane o degradanti, produttive di una sofferenza di carattere psicologico, consistente nell'umiliazione patita dai soggetti.³⁵

Secondo la Corte di Strasburgo, la violazione dei diritti dei detenuti non è da ascrivere alla singola guardia penitenziaria o all'amministrazione carceraria, ma chiama in causa la responsabilità internazionale dello Stato che, firmando e ratificando numerosi accordi internazionali in materia di diritti umani, si è impegnato a garantirne il rispetto nei confronti di chiunque ricada sotto la propria giurisdizione.³⁶

Come noto, infatti, l'Italia è stata tra i firmatari nel 1950 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, resa esecutiva nel nostro Paese con la l. n. 848 del 1955, con la quale si è vincolata a garantire a ogni persona sottoposta alla sua giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nella Convenzione stessa. Tra questi diritti ne risalta uno, definito come assolutamente inderogabile dall'art 15 CEDU, ossia quello enunciato nell'art. 3 della Carta.

L'art 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali statuisce che: «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o a trattamenti inumani o degradanti».

Esso, diversamente dalla maggior parte delle altre clausole normative della Convenzione, non può essere limitato o derogato, neanche in caso di pericolo

³⁴ *Contrada v. Italia*, 11 febbraio 2014, consultabile *online* nel sito www.penalecontemporaneo.it, 7 novembre 2014, con nota di V. MANCA, *La Corte dei diritti dell'uomo torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti: l'inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell'art 3 CEDU*.

Nel caso *Contrada c. Italia* del 2014, la Corte EDU ha riconosciuto che l'aver trattenuto in carcere un soggetto molto anziano affetto da una serie di patologie eccedeva i limiti di umana detenzione, condannando quindi l'Italia per violazione dell'art 3.

Nel caso di specie, infatti, il ricorrente soffriva di una serie di patologie come di cardiopatia, diabete, artrosi, depressione ma, nonostante ciò, svariate istanze di scarcerazione furono respinte dalla magistratura di sorveglianza finché dopo nove mesi gli fu concessa la detenzione domiciliare. La Corte concludeva statuendo che il mantenimento in stato detentivo del ricorrente fosse incompatibile con il divieto di trattamenti inumani e degradanti dell'art 3 della Convenzione.

³⁵ A. GARGANI, *op. cit.*, p. 1053.

³⁶ E. SOMMARIO, *op. cit.*, p. 35.

pubblico imminente per la vita della Nazione. Quindi il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti è assoluto.³⁷

Le tre condotte vietate dalla norma sono quindi: la tortura, che è la condotta più grave, i trattamenti o le pene inumane e i trattamenti o le pene degradanti.

Esse possono essere differenziate in base alle sofferenze inflitte anche se in realtà una chiara distinzione tra le varie condotte non è del tutto agevole.

La tortura è qualificata dalla CEDU come un'inflizione di sofferenze gravi e crudeli allo scopo di ottenere informazioni o confessioni. È inumano invece, il trattamento che provoca volontariamente sofferenze mentali e fisiche di una particolare intensità, mentre al trattamento degradante sono associate manifestazioni quali il sentimento di paura, angoscia e la capacità di umiliare fortemente la persona tale da farla agire anche contro la sua volontà.

Il suddetto art. 3, inoltre, impone allo Stato di assicurarsi che le condizioni detentive di ogni detenuto siano compatibili con il rispetto della dignità umana, che la salute e il benessere del detenuto siano adeguatamente garantite e che le modalità di esecuzione della misura non sottopongono l'interessato a disagio.

Tra gli indici da valutare per verificare se le condizioni di detenzione cagionino sofferenze di intensità maggiori rispetto al livello di sofferenza tipico, assume particolare rilievo la misura dello spazio personale riservato a ciascun individuo.

Il nostro Paese, infatti, è stato condannato più di una volta per avere ristretto i detenuti in spazi detentivi molto esigui, visto che secondo la Corte di Strasburgo ciò è sufficiente a determinare la violazione dell'art. 3 CEDU.

In particolare, la prima condanna dell'Italia a opera della Corte EDU è avvenuta nel 2009 con la nota sentenza *Sulejmanovic c. Italia*, al seguito della quale il governo ha approvato un Piano carceri per la costruzione di nuovi istituti penitenziari e per l'aumento della capienza di quelli già esistenti, ma, nonostante ciò il problema del sovraffollamento non è stato del tutto risolto.

Il nostro Paese, infatti, è stato nuovamente condannato dalla Corte EDU nel 2013 con la sentenza *Torreggiani e altri c. Italia*.

Ciò che si imputava all'Italia, in entrambi i casi, era di aver ristretto i ricorrenti per diversi mesi in spazi inferiori a 3 mq. per persona, limite al di sotto del quale la

³⁷ M. DI STEFANO- C. DI MEO- R. CALABRESE, op. cit., p.15.

Corte di Strasburgo considera comunque integrato un trattamento inumano o degradante.³⁸

In realtà però, visto che nell'art 6 ord. penit. non sono specificati i criteri per determinare le caratteristiche dei locali detentivi, l'amministrazione penitenziaria ha individuato come criterio per definire la capienza delle camere di pernottamento quello previsto dal ministero della sanità con d.m. 5 luglio 1975, il quale all'art 2 co. 2 stabilisce quale debba essere la superficie minima delle stanze da letto. Da ciò, ne consegue che l'applicazione agli istituti penitenziari di tali parametri comporta che le stanze da pernottamento debbano avere una estensione di 9 mq.³⁹ Tuttavia, si tratta di parametri che non sono previsti dalla legge e che non sono stati elaborati in riferimento alle strutture carcerarie, ma per le camere da letto delle civili abitazioni.⁴⁰

Questa lacuna è stata colmata grazie all'evolversi della giurisprudenza della Corte EDU con le note sentenze che hanno sancito il principio per cui l'esiguità dello spazio detentivo disponibile può costituire di per sé elemento sufficiente a motivare una sentenza di condanna.⁴¹

Inoltre, dopo avere per lungo tempo evitato di fornire una misura precisa dello spazio che deve essere attribuito a ciascun detenuto, la Corte è giunta a individuare una specifica e inderogabile soglia minima.

In particolare, anche se il comitato europeo per la prevenzione della tortura raccomandi uno standard minimo di 4 mq *pro capite*, secondo la giurisprudenza della Corte occorre garantire una superficie di almeno 3 mq, al di sotto della quale l'art 3 della Convenzione risulta essere violato.

Tuttavia, la Corte non chiarisce se tale superficie vada calcolata al lordo o al netto della mobilia e del bagno di pertinenza della cella. Pertanto, con l'emergere di questo principio a seguito della sentenza Sulejmanovic, viene ampliata la tutela del

³⁸ G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale parte generale*, Milano, 2021, p. 724.

³⁹ A. ALBANO, F. PICOZZI, *Gli incerti confini del sovraffollamento carcerario*, in *Cass. pen.*, 2014, n.07/08, p. 2400.

⁴⁰ F. CASCINI, *Il carcere, i numeri, i dati, le prospettive*, in *Quest. Giust.*, 2010, n. 1, p. 51.

⁴¹ A. ALBANO, F. PICOZZI, *Gli incerti confini del sovraffollamento carcerario*, cit. p. 2401.

detenuto in favore del quale si configura un vero e proprio diritto ad uno spazio minimo incompressibile.⁴²

Comunque, nella materia penitenziaria si riscontrano due differenti criteri di calcolo⁴³ della capienza delle strutture detentive. Essi si riferiscono entrambi alla superficie delle sole camere detentive, senza attribuire rilievo agli spazi comuni, ma si distinguono per valore giuridico, poiché solo la violazione di quello elaborato dal giudice della Convenzione costituisce trattamento inumano e degradante e dunque può essere fatto valere in giudizio dall'interessato.⁴⁴

Essi divergono anche sotto il punto di vista dimensionale, visto che mentre per il criterio italiano una cella di 14 mq è appena sufficiente per due persone, ai sensi della giurisprudenza della Convenzione, essa può ospitarne quattro.

Comunque, il comitato dei ministri ha concentrato la propria attenzione sul rispetto del parametro dei 3 mq, il solo rilevante nel sistema CEDU.⁴⁵

In merito ai criteri di calcolo dei 3 mq, poi, si è pronunciata la Corte EDU nella sentenza *Mursic c. Croazia*, che sarà analizzata successivamente.

2.1 Sentenza Sulejmanovic c. Italia.

La prima condanna dell'Italia per violazione dell'art 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, risale al 16 luglio 2009 e riguarda la famosa sentenza "Sulejmanovic c. Italia".

Il caso in esame riguarda un ricorso presentato alla corte EDU il 4 luglio del 2003 da un cittadino bosniaco, Izet Sulejmanovic, detenuto nel carcere di Rebibbia fra il novembre 2002 e l'ottobre 2003, per aver subito nel corso della sua detenzione, un trattamento contrario all'art 3 CEDU, dovuto alle insostenibili condizioni detentive causate dal sovraffollamento carcerario.

⁴² A. ALBANO, F. PICOZZI, *Gli incerti confini del sovraffollamento carcerario*, cit., p. 2402.

⁴³ A proposito dei criteri di calcolo della capienza regolamentare e della capienza tollerabile degli stabilimenti penitenziari, v. *Relazione sulla situazione penitenziaria in Emilia-Romagna nell'anno 2009*, nota di sintesi, luglio 2010.

⁴⁴ A. ALBANO, F. PICOZZI, *Gli incerti confini del sovraffollamento carcerario*, cit., p. 2402.

⁴⁵ *Ivi*, p. 2403.

In particolare, fra il 17 gennaio e la fine di aprile del 2003, il detenuto aveva condiviso con altri cinque detenuti, una cella di 16,20 mq, avendo quindi ciascun detenuto a disposizione solo 2,7 mq di spazio vitale. Il ricorrente allegava poi di avere trascorso in cella più di 18 ore al giorno, essendogli stata negata la possibilità di lavorare in carcere.

Successivamente il ricorrente fu trasferito in un'altra cella, condivisa prima con altre 4 persone, poi con tre e poi con due, avendo quindi a disposizione prima 3,42 mq, poi 4,05 e infine di 5,40.

La Corte, prima di dichiarare la violazione dell'art 3 CEDU, ha ritenuto necessaria una valutazione concreta della vita complessiva del detenuto in carcere e in seguito è giunta a riconoscere che effettivamente l'Italia non ha rispettato il contenuto dell'art 3 CEDU in quanto ha permesso la permanenza del ricorrente per circa due mesi e mezzo in una cella condivisa con altre 5 persone, avendo quindi a disposizione solo 2,7 mq di spazio vitale.

Invece, per il periodo successivo di detenzione durante il quale lo spazio personale è stato sempre superiore a 3 mq, non si è raggiunto il livello minimo di gravità per rientrare nella previsione dell'art 3, non configurandosi quindi alcuna violazione.

La Corte EDU inoltre, pur precisando di non poter quantificare in modo preciso lo spazio personale che deve essere concesso a ciascun detenuto, visto che rilevano anche altre circostanze, quali la durata della privazione della libertà personale e le possibilità di accesso all'aria aperta, ha affermato che, in certi casi, la mancanza di spazio personale può essere tale da integrare da sola la violazione dell'art 3 CEDU e dunque nel caso in esame, la mancanza di spazio personale integra di per sé un trattamento inumano o degradante.⁴⁶ Quindi, la sentenza si è conclusa con la condanna dell'Italia a risarcire al ricorrente una somma pari a 1.000 euro per i danni morali che ha subito durante il periodo in cui ha goduto di meno di 3 metri quadri. In questa sentenza si riscontra un dato innovativo: lo spazio personale, che in origine era considerato solo unitamente ad altri fattori, come la durata della pena, le condizioni fisiche e psichiche del detenuto, e la possibilità di accedere all'aria aperta, adesso viene considerato singolarmente.

⁴⁶ S. TURCHETTI, op. cit., p. 4.

Ciò significa che la Corte EDU, nel condannare l'Italia per l'esiguità dello spazio assegnato al detenuto per scontare la pena, ha tenuto conto solo della misura dello spazio personale.⁴⁷ Dunque, si tratta del primo caso in cui la Corte, in sede di valutazione del sovraffollamento carcerario, utilizza il solo fattore spaziale come criterio sufficiente per constatare la violazione della Convenzione, ossia esso è da solo indice di un trattamento contrario al senso di umanità.⁴⁸

A questa sentenza, che è stata a lungo criticata dalla dottrina, è allegata una *dissenting opinion* del giudice Zagrebelsky, dalla quale emergono le contraddizioni in cui è caduta la Corte nell'applicazione dell'art 3.

In particolare, nella stessa è evidenziato che, se in alcuni precedenti, la Corte ha ritenuto che lo spazio personale inferiore a 3 mq fosse da solo sufficiente a violare l'art 3 della convenzione, in altri invece, seppur al di sotto della già menzionata soglia, ha negato l'esistenza di una violazione e in altri ancora ha concluso che la mancanza di spazio non era da sola sufficiente a integrare una violazione dell'art 3. Nel caso di specie, inoltre, secondo il giudice dissenziente, il minimo di gravità necessario non è stato raggiunto visto che Sulejmanovic non denunciava alcun altro elemento oltre alla mancanza di spazio personale.

2.2 Deliberazione del c.d “piano carceri” e approvazione della l. n. 199/2010 c.d.“svuota carceri”.

In seguito a questa condanna, il 13 gennaio 2010 l'allora presidente del consiglio Silvio Berlusconi, ha dichiarato lo stato di emergenza⁴⁹ e ha approvato un “piano carceri” suddiviso in quattro pilastri: i primi due finalizzati a potenziare l'edilizia penitenziaria attraverso la costruzione di nuove carceri e attraverso l'ampliamento

⁴⁷ A. GARGANI, op. cit., pag. 1054.

⁴⁸ Per ulteriori approfondimenti si veda N. PLASTINA, *L'Italia condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per insufficienza temporanea dello spazio individuale assegnata a un detenuto nel carcere di Rebibbia nel 2003, ma assolta per la gestione della sovrappopolazione carceraria*, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 4928 ss.

⁴⁹ Lo stato di emergenza nazionale per la durata di un anno è stato deliberato con D.P.C.M. 13 gennaio 2010 e successivamente prorogato fino al 31 dicembre 2012, per il perdurare dello stato di criticità. Esso ha portato alla nomina di un Commissario straordinario del governo per la gestione del piano carceri, finalizzato alla costruzione di nuovi istituti penitenziari.

di quelli già esistenti; il terzo volto a intervenire sul piano normativo introducendo strumenti deflattivi e a potenziare il ricorso alle misure alternative e ai benefici penitenziari; infine, il quarto pilastro finalizzato ad aumentare l'organico del personale della polizia penitenziaria per gestire la popolazione detenuta.

In attuazione di quanto disposto dal piano carceri, il Parlamento nel 2010 ha approvato la l. n. 26 novembre n. 199/10 rubricata «disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ad un anno», ossia la legge “svuota carceri”,⁵⁰ che ha introdotto la misura alternativa dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive fino a dodici mesi ossia la c.d. detenzione domiciliare svuota carceri, che prevedeva la possibilità di scontare presso la propria abitazione o in altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza la pena detentiva non superiore a un anno, anche residua di maggiore pena. Termine che poi è stato aumentato ad un anno e sei mesi dal d.l. n. 211 del 2011.

Nel progetto originario del legislatore, infatti, l'istituto costituiva una misura temporanea, applicabile fino alla completa attuazione del “piano carceri” e comunque non oltre il 31 dicembre 2013 invece, in seguito, con il d.l. 23 dicembre 2013 n. 146, è stata conferita natura permanente a tale misura⁵¹.

In sostanza, il legislatore ha inteso evitare il carcere a beneficio di soggetti che abbiano commesso un reato non grave o che abbiano già scontato una parte rilevante della pena e che avendo un domicilio idoneo non rischiano di rendersi irreperibili agli agenti di controllo.⁵²

In sostanza, la locuzione “svuota-carceri” inizialmente veniva usata per indicare l'obiettivo di ridurre la popolazione carceraria rinunciando ad eseguire le pene di ammontare non elevato in carcere. Dunque, non si trattava di una rinuncia a punire, ma solamente di eseguire la pena fuori dalle mura del carcere.

Oggi invece, la parola “svuota-carceri”, ha un significato dispregiativo, ossia di sversamento nella società del pericoloso contenuto dei penitenziari.⁵³

⁵⁰ Per ulteriori approfondimenti sulla l. n. 199 del 2010 v. S. TURCHETTI, op.cit.

⁵¹ Per ulteriori approfondimenti dei contenuti della l. n. 199/2010 v. DELLA CASA F., *Approvata la legge svuota-carceri*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, fasc. 1, p.5.

⁵² S. TURCHETTI, op. cit., p. 8.

⁵³ E. DOLCINI, *A proposito di leggi svuota carceri*, in www.penalecontemporaneo.it, 3/2018, p. 225.

2.3 Sentenza Torreggiani e altri c. Italia.

Nonostante tali interventi, il problema del sovraffollamento carcerario non è cessato. L'Italia, infatti, è stata condannata per la seconda volta dalla Corte EDU, sempre per violazione dell'art 3 della Convenzione, l'8 gennaio del 2013 con la nota sentenza "Torreggiani e altri c. Italia"⁵⁴.

Si tratta di una pronuncia di fondamentale importanza in quanto la Corte, per decidere i molteplici ricorsi riguardanti la medesima vicenda, ha utilizzato la procedura della sentenza pilota⁵⁵ prevista dall' art 46 della CEDU ed attualmente disciplinata dall'art 61 del regolamento, alla quale la Corte EDU ricorre quando le vengono sottoposti un elevato numero di "repetitive cases", riguardanti la violazione di diritti tutelati dalla Convenzione.

Si tratta di una procedura affermata nella prassi, che consente alla Corte di selezionare uno o più casi da trattare in via prioritaria sospendendo il giudizio relativo a casi omogenei.⁵⁶

Essa può essere attivata quando il caso specifico evidenzia l'esistenza di un problema strutturale derivante da prassi statale incompatibile con la CEDU, suscettibile di interessare un vasto numero di persone. In particolare, la Corte, individuando il problema strutturale alla base dei ricorsi, intima allo Stato convenuto di adeguare la propria legislazione interna alla Convenzione, adottando una serie di misure entro un termine prestabilito, decorso il quale, la Corte procede a esaminare i ricorsi omogenei.⁵⁷

⁵⁴ La sentenza Torreggiani e altri c. Italia, è la sentenza pilota che la Corte EDU ha emanato dopo la sentenza Sulejmanovic c. Italia, in risposta a numerosi ricorsi da parte di detenuti italiani. Per ulteriori approfondimenti si veda F. 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.dirittopenalecontemporaneo.it, 2013.

⁵⁵ La procedura della sentenza pilota, fondata sull'art. 46 comma 1 CEDU, è disciplinata dall'art. 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, v. M. DI STEFANO- C. DI MEO, *L'emergenza del sistema carcerario italiano*, cit., p. 19.

⁵⁶ Un altro Paese per il quale la CEDU ha adottato recentemente una sentenza pilota in relazione all'art 3 è la federazione russa (*Ananyev e altri c. Russia*, ric. n. 42525/07 e 60800/08, 10 gennaio 2012).

⁵⁷ Per ulteriori approfondimenti si veda F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro un anno*, cit.

Questa sentenza poi, è rilevante in quanto al paragrafo 76, indica qual è il livello di abitabilità raccomandato dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti ossia deve essere garantita una dimensione della cella di almeno 4 mq per detenuto, al di sotto del quale si è di fronte a una violazione dei diritti dell'uomo ai sensi dell'art 3 CEDU.⁵⁸

In merito al caso Torreggiani⁵⁹, vi furono sette ricorsi proposti da vari detenuti nei confronti dell'Italia per violazione dell'art 3 Cedu conseguenti alle condizioni detentive alle quali erano stati sottoposti tra il 2009 e il 2010 negli istituti penitenziari di Busto Arsizio e di Piacenza. I ricorrenti infatti lamentavano di essere stati sottoposti a trattamenti inumani e degradanti a causa di insufficienza di spazio personale⁶⁰, mancanza di acqua calda, insufficiente esposizione a luce e scarso ricambio di aria.⁶¹

Tuttavia, dinanzi ai giudici di Strasburgo, il governo italiano ha sostenuto che, le condizioni detentive denunciate dagli interessati, non raggiunsero il livello minimo di gravità richiesta dall'art 3 della Convenzione e inoltre ha opposto due eccezioni sulla ricevibilità dei ricorsi: la prima, secondo cui i ricorrenti risultavano già scarcerati o trasferiti in altre celle, difettando quindi la qualità di vittima per poter proporre il ricorso; e la seconda secondo cui non erano state esaurite le vie di ricorso interne, in quanto solo uno dei ricorrenti aveva presentato reclamo al magistrato di sorveglianza. Entrambe le eccezioni però sono state respinte dai giudici di Strasburgo.

⁵⁸ M. DI STEFANO- C. DI MEO, op. cit., p. 21.

⁵⁹ Corte EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, in www.giustizia.it.

⁶⁰ Nello specifico, essi lamentavano di essere stati confinati per diversi mesi in celle di 9 mq insieme ad altri due detenuti, residuando così a disposizione di ciascuno uno spazio personale di 3 mq, diminuito dal mobilio.

A riguardo, la recente pronuncia Cass. Sez. III Civ., 22 gennaio 2019, n. 1564 ha affermato che ai fini della determinazione dello spazio individuale minimo intramurario, pari o superiore a tre metri quadri da assicurare a ogni detenuto affinché lo Stato non incorra in violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti stabilito dall'art 3 convenzione, dalla superficie lorda della cella devono essere detratte l'area destinata ai servizi igienici e quella occupata da strutture tendenzialmente fisse, tra cui il letto nonché gli armadi che non possono essere spostati. Non rilevano nel computo gli altri arredi che possono essere facilmente trasportati.

⁶¹ Per ulteriori approfondimenti si veda G. DELLA MORTE, *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standard sui diritti umani*, in *diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 147 ss.; M. DOVA, *Torreggiani c. Italia, un barlume di speranza nella cronaca del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 948 ss.

Nell'esaminare il ricorso, la Corte ha constatato che, nonostante fossero state adottate misure a seguito della prima condanna per violazione dell'art 3 CEDU, il problema non era stato risolto, ma anzi che «la violazione del diritto dei ricorrenti a beneficiare di condizioni detentive adeguate⁶², non deriva da episodi isolati, ma trae origine da un problema sistemico derivante da un malfunzionamento del sistema penitenziario italiano».⁶³

Del resto, il fatto che si fosse davanti a una violazione sistemica dell'art. 3 CEDU era dimostrato non solo dai numerosi ricorsi pendenti davanti alla Corte di ma anche dall'inefficacia degli stessi provvedimenti di emergenza attuati dallo Stato condannato, che non hanno risolto il sovraffollamento carcerario.

In particolare, la Corte ha reputato credibili le asserzioni dei ricorrenti, in virtù del fatto che il Governo non aveva fornito prove che attestassero il contrario, secondo cui essi avrebbero disposto per periodi variabili tra i 14 e i 54 mesi di uno spazio individuale di 3 mq, alla quale si aggiungeva l'assenza di acqua calda e di illuminazione insufficiente. Per questo, la Corte ha affermato che le condizioni detentive in questione hanno sottoposto gli interessati a una prova di intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione. Quindi, accertata la violazione dell'art 3 della Convenzione, la Corte ha condannato lo Stato italiano a corrispondere a titolo di equa soddisfazione per il danno morale subito, somme di entità variabile da 10.600 a 23.500 euro.⁶⁴

Inoltre, con questa sentenza pilota, la CEDU ha imposto al nostro Paese di adottare entro un anno a decorrere dalla data in cui la sentenza sarebbe divenuta definitiva, un sistema di ricorsi interni, idonei sia a garantire un rimedio preventivo contro le violazioni dell'art 3 a carico dei detenuti, quanto un rimedio compensatorio nei casi di avvenuta violazione. Sulla necessaria compresenza dei due strumenti la Corte era stata categorica: «i rimedi preventivi e compensativi devono coesistere in modo complementare». Se le condizioni detentive sono contrarie all'art 3 CEDU, «la riparazione consiste nella cessazione della violazione del diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti», ma chiunque abbia subito una detenzione lesiva

⁶² Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, Ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, causa *Torreggiani e altri c. Italia*.

⁶³ Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, Ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, causa *Torreggiani e altri c. Italia*.

⁶⁴ L. SPAVENTI, F. GHEZZI, op. cit., p. 552.

della propria dignità deve anche «poter ottenere una riparazione per la violazione subita».

Recependo le direttive impartite dalla Corte EDU con la sentenza Torreggiani⁶⁵, il 13 Febbraio 2013, il Tribunale di sorveglianza di Venezia ha individuato nel rinvio dell'esecuzione (art 147 c.p.) una possibile soluzione al sovraffollamento carcerario: in merito all'art 147 c.p., è stata sollevata una questione di costituzionalità laddove non prevede l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando quest'ultima sia contraria al senso di umanità.

Di fatto, nell'ordinanza del 13 febbraio 2013 di rimessione della questione alla Corte costituzionale, si invoca una pronuncia di accoglimento sull'incostituzionalità della norma nella parte in cui non prevede la facoltà per il giudice di differire l'esecuzione della pena.

Il 5 giugno 2014 infine, il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha espresso la propria valutazione positiva riguardo all'adempimento da parte dell'Italia agli obblighi discendenti dalle statuizioni della Corte.⁶⁶

In particolare, il Comitato in primo luogo si è felicitato per i risultati significativi ottenuti dall'Italia, tramite l'utilizzo di vari strumenti che hanno portato alla riduzione della popolazione carceraria.⁶⁷

In secondo luogo, ha apprezzato l'utilizzo tempestivo del rimedio preventivo⁶⁸ e quello di natura compensativa.⁶⁹

Al momento, quindi, deve ritenersi che l'Italia sia dotata di un adeguato sistema di rimedi volti a compensare, mediante un ristoro monetario, i casi di pregiudizio dei detenuti in conseguenza del sovraffollamento.

Anche la Corte EDU ha valutato i rimedi introdotti dall'Italia per far fronte al sovraffollamento come compatibili con la Convenzione, pur riservandosi un

⁶⁵ Per ulteriori approfondimenti si veda P. CORVI, op. cit., p. 1794 ss.; M. DOVA, op. cit., p. 948 ss.; M. PELISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 261 ss.; G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. Pen.*, 2013, p. 11 ss.

⁶⁶ Per ulteriori approfondimenti v. *Comitato dei Ministri del Consiglio D'Europa, decisione 5 giugno 2014*.

⁶⁷ Si veda R. MONTALDO, *Emergenza carceri: a tre anni dalla sentenza Torreggiani, gli esiti e l'effettività delle riforme*, in www.forumcostituzionale.it, 2016, 1 s.

⁶⁸ Si tratta del reclamo giurisdizionale ex art 35-bis ord. penit. introdotto dal d.l. 23 dicembre 2013 n. 146, convertito con modificazioni in l. 21 febbraio 2014, n.10.

⁶⁹ Si tratta del recentissimo d.l. 26 giugno 2014 n. 92.

eventuale riesame,⁷⁰ e il consiglio d'Europa, l'8 marzo 2016 ha chiuso il caso Torreggiani per adempimento delle prescrizioni della Corte EDU.

In merito ai rimedi quindi, che essi siano stati introdotti è fuori discussione, ma che essi siano effettivi, è controverso.⁷¹

Sul piano preventivo, infatti, è stato introdotto il nuovo art. 35-*bis* ord. penit., con il d.l. n. 146 del 2013 secondo cui il detenuto o l'internato che contesti l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla legge di ordinamento penitenziario e dal relativo regolamento, dalla quale derivi un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei suoi diritti, può chiedere al magistrato di sorveglianza di ordinare all'amministrazione di porre fine alla violazione in atto. Ciò all'esito di un apposito procedimento di reclamo giurisdizionale, deciso dal magistrato di sorveglianza.⁷²

La procedura per il rimedio preventivo, tuttavia, è troppo lunga per garantire il suo scopo dal momento che il magistrato di sorveglianza non ha un termine perentorio entro cui decidere e non ha il potere di attuare il provvedimento nemmeno in via cautelare; inoltre, la sua decisione è impugnabile dapprima davanti al tribunale di sorveglianza e poi in Cassazione e poi, quando è divenuta definitiva, in caso di inerzia dell'amministrazione penitenziaria, è necessario attivare un procedimento di ottemperanza affidata a un commissario *ad acta*.⁷³

Per quanto riguarda i rimedi restitutori, invece, il detenuto privato dei suoi diritti fondamentali deve essere risarcito non solo in forma pecuniaria, ma anche tramite una riduzione della pena ancora da scontare in quanto la pena detentiva sofferta in

⁷⁰ L. SPAVENTI, F. GHEZZI, op. cit., p. 555.

Per ulteriori approfondimenti si veda A. MARTUFI, *La Corte EDU dichiara irricevibili i ricorsi presentati dai detenuti italiani per violazione dell'art 3 CEDU senza il previo esperimento dei rimedi ad hoc introdotti dal legislatore italiano per fronteggiare il sovraffollamento*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2014; A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal D.L. 92/2014* cit.

⁷¹ Una trattazione completa dei rimedi può essere consultata in A. 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; F. 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.

⁷² F. CAPRIOLI, L. SCOMPARIN, *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015, p. 2.

⁷³ A. PUGIOTTO, op. cit., p. 1219.

condizioni disumane, è più gravosa e afflittiva di quella inflitta dal giudice di cognizione.⁷⁴

2.4 Successivi interventi legislativi adottati a scopo deflattivo.

Nel 2013, contestualmente alla seconda condanna da parte della Corte EDU, il tasso di sovraffollamento era pari al 40%. Vi era stato quindi un lieve miglioramento rispetto al 2009 ma l'emergenza rimaneva attuale.

Il Governo italiano, infatti, proprio per cercare di diminuire la popolazione carceraria e per dare attuazione agli obblighi derivanti dalla sentenza pilota, ha emanato alcuni decreti-legge volti a introdurre misure alternative per ridurre l'ingresso dei detenuti in carcere e per aumentare il flusso dei detenuti in uscita.

Inoltre, sono stati eliminati alcuni automatismi carcerari che impedivano o rendevano difficile l'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione per i recidivi reiterati; sono state apportate delle modifiche per limitare l'applicazione della custodia cautelare; è stata introdotta la sospensione con messa alla prova per gli adulti e infine si è intervenuti sul testo unico degli stupefacenti.⁷⁵

Fondamentale, poi, è stata l'introduzione di due rimedi, il reclamo giurisdizionale previsto dall'art 35-*bis* ord. penit. e i rimedi risarcitori all'art 35-*ter*⁷⁶ ord. penit., dal momento che con essi è stata colmata la lacuna del nostro ordinamento derivante dalla mancata previsione di un rimedio giurisdizionale di carattere generale utilizzabile dal detenuto per far accertare la lesione dei propri diritti da parte dell'amministrazione penitenziaria.⁷⁷

Tali decreti-legge sono: il d.l. n.78 del 2013, il d.l. 146 del 2013 e infine il d.l. 92/2014 nei quali sono state parzialmente recepite le proposte formulate dalla

⁷⁴ F. CAPRIOLI, L. SCOMPARIN, op. cit., p. 2.

⁷⁵ A. DELLA BELLA, *Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia*, cit, p. 44.

⁷⁶ Prima dell'introduzione di tale articolo, non era previsto nell'ordinamento italiano un rimedio di tipo compensativo. Infatti, la Corte di Cassazione aveva negato che un magistrato di sorveglianza potesse disporre un risarcimento del danno come conseguenza di una situazione di sovraffollamento, essendo questo potere previsto solo in capo al giudice civile.

⁷⁷ A. DELLA BELLA, *Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia*, cit, p. 45.

commissione mista del CSM, dal gruppo di studio e dalla commissione di studio ministeriale presiedute dal prof. Glauco Giostra.

2.5 Decreto-legge n.78/2013.

Il d.l. 1 luglio 2013 n.78 recante «disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena» convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013 n. 94, costituisce il primo intervento legislativo conseguente alla seconda condanna ricevuta dal nostro Paese da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per violazione dell'art 3 CEDU. Esso è intervenuto sul Codice penale; sul codice di procedura penale, modificando gli artt. 280 e 656 c.p.p.; sull'ordinamento penitenziario e sul T.U. stupefacenti. Inoltre, è intervenuto prevedendo delle misure per favorire il lavoro all'esterno dagli istituti di pena.

Procedendo per ordine, innanzitutto è stato modificato il secondo comma dell'art 280 c.p.p., infatti è stato innalzato da 4 a 5 anni il limite di pena che consente di applicare la misura della custodia cautelare in carcere.⁷⁸

Sul fronte del diritto penitenziario invece, nell'ottica di ridurre il sovraffollamento, il provvedimento ha modificato l'art 656 c.p.p., rubricato "esecuzione delle pene detentive".

In particolare, il decreto ha previsto che il pubblico ministero, prima di emettere l'ordine di esecuzione della pena, debba richiedere al magistrato di sorveglianza l'eventuale applicazione della liberazione anticipata e il fine è quello di limitare l'ingresso in carcere per brevi periodi di detenzione.

Inoltre, ha innalzato da tre a quattro anni il limite di pena detentiva per la sospensione dell'ordine di esecuzione nei casi previsti dall'art 47-ter co.1 ord. penit. e ha ridotto le condizioni preclusive del provvedimento sospensivo.

In seguito, tra le modifiche apportate all'ordinamento penitenziario rientra quella relativa all'introduzione del lavoro di pubblica utilità.

⁷⁸ L. SPAVENTI, F. GHEZZI, op. cit., p. 553.

All'art 21 ord. penit., infatti, è stato aggiunto il comma 4-ter il quale prevede la possibilità di prestare la propria attività lavorativa in favore della collettività in modo gratuito e volontario.

Il decreto è poi intervenuto sull'art 50 ord. penit. eliminando le preclusioni all'accesso alla misura della semilibertà per i recidivi reiterati.

Per quanto riguarda la detenzione domiciliare, il decreto ha eliminato il divieto di concessione della detenzione domiciliare breve ai recidivi reiterati e ha eliminato le preclusioni di natura oggettiva.

In materia di permessi premio il decreto ha previsto che la concessione è consentita ai condannati all'arresto o alla reclusione non superiore a 4 anni e ai condannati alla reclusione superiore a 4 anni dopo l'espiazione di almeno un quarto di pena.

Infine, per quanto riguarda le modifiche apportate al T.U. stupefacenti, il decreto-legge è intervenuto sull'art 73 del T.U., per consentire al condannato tossicodipendente di essere ammesso al lavoro di pubblica utilità, anche in caso di commissione di reati diversi da quelli di traffico, produzione e detenzione di sostanze stupefacenti.

2.6 Decreto-legge n.146/2013.

Il d.l. 23 dicembre 2013 n. 146, meglio noto come decreto svuota-carceri, recante «misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione controllata della popolazione carceraria», convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2014 n.10, è intervenuto per cercare di risolvere il problema del sovraffollamento e per assicurare maggiore tutela ai detenuti.

Esso si è pronunciato in materia di misure alternative alla detenzione, di arresti domiciliari e di esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi.

Per quanto riguarda la misura alternativa dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi, come accennato prima, è stata introdotta in un primo momento come misura straordinaria e temporanea e poi invece è stata stabilizzata all'interno del nostro ordinamento.

È stato poi introdotto il comma 3-*bis* all'art. 47 ord. penit., con cui è stato modificato il limite di pena entro il quale è possibile richiedere l'ammissione all'affidamento in prova al servizio sociale, ossia è stato innalzato da tre a quattro anni; è stato introdotto poi, anche l'art. 58-*quinquies* ord. penit., con l'intento di incentivare l'utilizzo del braccialetto elettronico *ex art. 275-bis c.p.p.*

In particolare, il decreto ha previsto come regola generale, l'imposizione, nell'applicazione della misura cautelare degli arresti domiciliari del c.d. braccialetto elettronico e ha previsto il suo utilizzo anche durante la detenzione domiciliare.

Tale decreto inoltre ha introdotto la liberazione anticipata speciale, misura straordinaria, visto che comporta una detrazione di 74 giorni per ogni semestre di pena scontata invece che di 45 come previsto dalla liberazione anticipata generale e misura temporanea visto che è rimasta in vigore fino al 2015.

Il decreto inoltre ha introdotto il reclamo all'art 35-*bis*.

Si tratta di un reclamo giurisdizionale, che il detenuto può proporre avverso i provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria che compromettono i suoi diritti. Inoltre, è stata istituita la figura del Garante nazionale dei diritti dei detenuti, ossia un'autorità di garanzia collegiale e indipendente cui è assegnato il compito di vigilare affinché l'esecuzione della custodia dei detenuti, degli internati e dei soggetti sottoposti a custodia cautelare, sia attuata in conformità alla Costituzione e alle convenzioni internazionali.⁷⁹ Tale autorità agisce in via preventiva, avendo il potere di visitare gli istituti penitenziari senza necessità di autorizzazione, per controllare la conformità alla normativa che tutela i diritti dei detenuti.

Infine, ha trasformato la circostanza attenuante del delitto di detenzione e cessione illecita di stupefacenti in autonoma fattispecie di reato e ha abrogato il divieto di disporre per più di due volte dell'affidamento terapeutico al servizio sociale.

2.7 Decreto-legge n. 92/2014.

⁷⁹ A. DELLA BELLA, *Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia*, cit., p. 45.

L'ultimo intervento, successivo alla seconda condanna dalla CEDU, è rappresentato dal decreto-legge n. 92/2014 recante «disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'art 3 della Convenzione».

Con tale decreto si mira ad ottemperare quanto disposto dalla sentenza Torreggiani, nella quale era stato imposto allo Stato italiano di predisporre un sistema di rimedi entro il termine di un anno, idonei a offrire una riparazione adeguata alle vittime del sovraffollamento.

Con esso, infatti, si inserisce nella l. n. 354 del 1975 l'art 35-ter ord. penit. rubricato «rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'art 3 della CEDU nei confronti di soggetti detenuti o internati», che consiste in un rimedio risarcitorio per detenzione inumana e degradante a beneficio del detenuto che sia stato per almeno 15 giorni in condizioni incompatibili con l'art 3 CEDU e consente alle vittime di trattamento disumano a causa delle condizioni di detenzione, di ottenere dal competente magistrato di sorveglianza una riduzione di pena di un giorno per ogni 10 di pregiudizio subito e, qualora la pena ancora da espiare non sia tale da consentire una riduzione, una somma di denaro in misura fissa pari a otto euro al giorno.⁸⁰ Coloro i quali abbiano invece subito un trattamento disumano per poi terminare di espiare la pena senza aver adito il magistrato di sorveglianza, ovvero i detenuti in custodia cautelare in carcere non computabile, potranno adire il giudice civile per ottenere la medesima somma di denaro entro sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione.⁸¹

2.9 Sentenza Mursic c. Croazia.

⁸⁰ Per ulteriori approfondimenti v. F. FIORENTIN, op. cit.; F. VIGANÒ, *Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 febbraio, 2013, a commento Cass. Pen., Sez I, 15 gennaio 2013, n. 4772.

⁸¹ L. SPAVENTI, F. GHEZZI, op. cit., p. 554.

Per ulteriori approfondimenti si veda: C. CATTANEO, *Le Sezioni Unite Civili si pronunciano sulla natura del rimedio previsto dall'art. 35-ter, comma 3, ord. penit. per violazione dell'art. 3 CEDU e sul relativo termine di prescrizione*, 2018, in www.penalecontemporaneo.it, 2018 e anche A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal D.L. 92/2014*, 2014, cit.

Sui criteri di computo dello spazio minimo disponibile per ciascun detenuto, al netto o al lordo degli arredi e sulla rilevanza di altri fattori individuati dalla Corte EDU, la Corte di Cassazione ha adottato soluzioni diverse.

Innanzitutto, dalle sentenze Sulejmanovic e Torreggiani, sembra emergere che uno spazio detentivo in cella collettiva inferiore a 3 metri quadri, comporti di per sé una violazione dell'art 3 della Convenzione, mentre qualora il detenuto abbia a disposizione uno spazio compreso tra i 3 e i 4 metri quadri vi sia un indizio di violazione che può essere smentito nel caso in cui il complesso delle condizioni detentive sia adeguato.

Tuttavia, resta da chiedersi quali siano i criteri di calcolo dei 3 mq.⁸²

In questo contesto, ha fatto irruzione una pronuncia della Corte EDU datata 12 marzo 2015.

Ci si riferisce alla sentenza Mursic c. Croazia, che trae le mosse da un ricorso presentato alla Corte EDU dal signor Mursic nel quale questi si lamentava delle cattive condizioni di detenzione cui era stato sottoposto nel carcere croato per insufficienza di spazio personale, mancanza di opportunità di svolgere attività lavorative in carcere e mancato accesso ad attività educative.

In particolare, egli sosteneva che nel corso della sua permanenza in istituto, protrattasi per un anno e cinque mesi, aveva avuto costantemente a disposizione meno di 3 metri quadri di spazio vitale.

Il governo croato però, ha prodotto una tabella da cui risulta che per la quasi totalità del periodo di carcerazione il ricorrente aveva beneficiato di uno spazio superiore a 3 metri quadri, mentre solo occasionalmente aveva avuto a disposizione una superficie di poco inferiore.

La Corte di Strasburgo è entrata nel merito della questione ricordando che il maltrattamento deve raggiungere un minimo di gravità per integrare una violazione dell'art 3 e che la valutazione di questo minimo è relativa dovendo tenere conto di tutte le circostanze del caso concreto.

La Corte, quindi, si rifà a quanto enunciato nel precedente caso Ananyev e altri c. Russia⁸³ in merito agli elementi da considerare per stabilire se vi sia o meno

⁸² In merito alle dimensioni delle celle, l'art. 6 ord. penit. si limita a stabilire che i locali nei quali si svolge la vita dei detenuti e degli internati devono essere di ampiezza sufficiente.

⁸³ Altra sentenza pilota, pronunciata dalla Corte EDU sulla stessa materia.

violazione dell'art 3 ossia: ogni detenuto deve avere un posto individuale per dormire in cella, deve disporre di almeno 3 mq di superficie e il detenuto deve potersi muovere liberamente fra gli arredi.

Dall'assenza di uno di questi elementi si presume che le condizioni detentive si risolvono in un trattamento inumano e degradante.

Ad avviso della Corte, quindi, nella valutazione dello spazio individuale minimo di 3 mq da assicurare a ogni detenuto affinché lo Stato non incorra nella violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, si deve avere riguardo alla superficie che assicura il normale movimento nella cella; pertanto, vanno dettratti gli arredi tendenzialmente fissi al suolo, tra cui i letti a castello.⁸⁴

Si passa quindi dal ritenere che uno spazio personale inferiore a 3 metri quadri costituisca di per sé violazione dell'art 3, come nel caso Sulejmanovic, a considerarlo soltanto elemento di forte presunzione come nel caso Mursic.⁸⁵

Nel caso specifico, sulla base delle informazioni fornite dal governo croato, secondo la Corte il ricorrente, disponendo di un letto per dormire, potendo muoversi liberamente fra gli arredi e avendo fruito per i periodi anzidetti di poco meno di 3 mq., ebbe a disposizione solo occasionalmente di uno spazio personale inferiore a 3 mq e quindi, sulla base di tale occasionalità e del complesso delle altre condizioni, le sue condizioni detentive non avevano raggiunto il livello di gravità necessario per definire il trattamento inumano e degradante.

Le altre condizioni detentive, quindi, quali il fatto che al ricorrente fosse stata concessa una sufficiente libertà di movimento nonché una sistemazione in una struttura detentiva adeguata, erano state considerate sufficienti a compensare l'esiguità degli spazi detentivi.⁸⁶

Tuttavia, questa sentenza incrinava le certezze sino ad allora acquisite in merito alla questione sullo spazio detentivo minimo e prova ne è un'opinione dissenziente nella

⁸⁴ G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G. L. GATTA, op. cit., p. 726.

⁸⁵ La Corte dichiara di voler seguire il criterio della forte presunzione secondo il quale la permanenza in uno spazio detentivo inferiore a 3 metri quadri deve essere ritenuta un forte indizio ma non presunzione assoluta di violazione dell'art 3. Ciò significa che devono essere considerate anche le altre condizioni in cui versa il detenuto.

⁸⁶ A. ALBANO, *La Cassazione alle prese con la giurisprudenza CEDU sul sovraffollamento carcerario: anamorfofi della sentenza Mursik*, in *Cass. pen.*, 2017, fascicolo 7-8, p. 2880.

quale si dimostrano almeno quattro orientamenti della Corte EDU tra loro incompatibili⁸⁷.

Dalla pronuncia della Corte, il signor Mursic rimasto insoddisfatto, ha chiesto il rinvio alla grande camera che si è pronunciata il 20 ottobre 2016.

La Corte, in primo luogo ha stabilito che la superficie minima delle celle a più posti è di 3 mq e in merito al calcolo, ha ritenuto che non si debba tener conto dell'area del bagno di pertinenza della cella, mentre si debba computare lo spazio occupato dagli arredi e che l'importante è determinare se i detenuti abbiano la disponibilità di muoversi normalmente nella cella.⁸⁸

Risolte queste questioni, la Corte si è interrogata su un'altra problematica ossia se sotto i 3 mq vi è violazione automatica dell'art 3 CEDU o solo una forte presunzione di violazione, suscettibile di essere vinta. A tale questione la Corte ha risposto che, quando lo spazio è inferiore a 3 mq vi è una forte presunzione di violazione dell'art 3, ma che tale presunzione è confutabile dallo Stato convenuto qualora provi che vi siano altri fattori in grado di compensare la scarsa disponibilità di spazio personale e tali fattori sono: la brevità e l'occasionalità delle riduzioni di spazio personale; la possibilità per la persona ristretta di godere di sufficiente libertà di movimento e di svolgere attività al di fuori della cella; la adeguatezza della struttura e il non ulteriore peggioramento delle condizioni generali di detenzione.

Dunque, su tali basi la Corte ha ritenuto accertata la violazione dei diritti umani di Mursic per un periodo di 27 giorni consecutivi durante i quali aveva avuto a disposizione solo 2,62 mq. Al contrario, per i restanti giorni il ricorso non è stato accolto.⁸⁹

3. Rapporto tra sovraffollamento e recidiva.

⁸⁷ Quattro diversi orientamenti: meno di 3 mq inducono a ravvisare una forte presunzione di violazione dell'art 3 CEDU; meno di 3 mq integrano *ex se* una violazione dell'art 3; meno di 4 mq violano l'art 3; meno di 4 mq creano una forte presunzione di violazione dell'art 3.

⁸⁸ A. ALBANO, *La Cassazione alle prese con la giurisprudenza CEDU sul sovraffollamento carcerario: anamorfosi della sentenza Mursik*, cit., p. 2882.

⁸⁹ Si deve considerare che in primo grado la Corte aveva calcolato la superficie comprendendo anche il bagno mentre in secondo grado il computo al netto dei servizi igienici comportava una riduzione della superficie disponibile.

Il sovraffollamento carcerario, secondo numerosi autori, non solo costituisce il principale ostacolo alla piena realizzazione del principio rieducativo, ma è anche un moltiplicatore di recidiva, considerata come una delle cause della crisi dell'istituzione carceraria⁹⁰.

Dal rapporto pubblicato dall'associazione Antigone emergono in particolare due dati principali: il primo, concernente il numero dei detenuti, dimostra che si è passati dalle 53.364 presenze della fine del 2020 alle 54.134 di dicembre 2021 ai 54.609 di fine marzo 2022; il secondo dato, invece, concernente il tasso di recidiva, dimostra che al 31 dicembre 2021, solo il 38% era alla prima carcerazione; che il restante 62% era già stato detenuto almeno un'altra volta e che il 18% c'era stato in precedenza 5 o più volte.

In particolare, si ritiene che il sovraffollamento carcerario incida sulla recidiva in quanto a causa di esso, i detenuti sono costretti a trascorrere molte ore della giornata nelle celle, senza la possibilità di svolgere attività lavorative, istruttive o anche solo ricreative⁹¹ e ciò, ovviamente, oltre ad ostacolare il loro reinserimento sociale, acuisce i problemi che hanno contribuito alla condotta delittuosa, quali la mancanza di lavoro, la dipendenza da sostanza stupefacenti e la scarsità di mezzi economici. La mancanza di spazio personale, quindi, diventa una sorta di giustificazione per non attuare una politica di reinserimento sociale e ciò comporta che, dal carcere, i detenuti escono con ancora più problemi e con ancora meno senso di appartenenza alla società.⁹²

Inoltre, i detenuti, una volta usciti dal carcere, hanno difficoltà a trovare lavoro e di conseguenza, il rischio che tornino a commettere altri reati per poter sopravvivere è alto.

Tuttavia, si ritiene che provvedere a costruire nuovi istituti penitenziari non sarebbe sufficiente a risolvere adeguatamente la questione, in quanto esso non inciderebbe su uno dei fattori causanti l'aumento della recidiva⁹³ ossia la promiscuità che si crea

⁹⁰ Per ulteriori approfondimenti v. E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 515 ss.

⁹¹ M. DI STEFANO- C. DI MEO- R. CALABRESE, *L'emergenza del sistema carcerario italiano*, in *Arch. pen.*, 2013, n.2, p. 4.

⁹² P. BARZANÒ, *op. cit.*, p. 323.

⁹³ In Italia il tasso di recidiva degli ex detenuti si aggira intorno al 70%, dunque, più di 2 persone su 3, una volta uscite dal carcere, commettono ulteriori crimini e devono scontare un'altra pena in carcere.

fra i detenuti che comporta l'addottrinamento di modalità criminose dai più esperti verso i meno esperti, contribuendo a rendere le carceri vere "accademie del crimine".⁹⁴

In sostanza, dentro il carcere si rafforzano i legami con gli altri detenuti e si allentano quelli con il mondo esterno.

Un'adeguata soluzione, invece, che potrebbe abbattere il pericolo di recidiva potrebbe essere, secondo la prof.ssa Severino, un maggiore ricorso alle misure alternative alla detenzione, dal momento che esse promuovono l'ingresso graduale verso la libertà, a differenza del carcere che è concepito come luogo in cui prevale l'ozio e in cui i detenuti restano in cella per l'intera giornata.

Infatti, contro la propaganda "più carcere, più sicurezza", secondo cui il carcere sarebbe il rimedio più efficace per garantire la sicurezza collettiva, emergono le statistiche che dimostrano il contrario ossia che il tasso di recidiva si riduce se la pena viene espiata in misura alternativa o in carceri aperte, rispettose cioè dei diritti fondamentali dei detenuti e organizzate in modo da consentire l'accesso alle alternative e poi alla libertà.⁹⁵

Inoltre, un ulteriore rimedio potrebbe essere il ricorso al lavoro carcerario dato che, tra i detenuti che hanno avuto esperienze lavorative, si registra una forte riduzione della recidiva.

In particolare, per cercare di contenere il tasso di recidiva si potrebbero fornire più opportunità ai detenuti, ad esempio offrendo dei periodi di tirocinio in aziende convenzionate con il carcere.

La recidiva, in sostanza, si può contenere creando tutte quelle condizioni materiali e psicologiche affinché le persone detenute, una volta uscite dal carcere, abbiano la possibilità di effettuare scelte diverse dalla criminalità.

4. Impatto della pandemia da Covid-19 sugli istituti penitenziari.

⁹⁴ D. STASIO, *Carcere e recidiva, l'offensiva contro le statistiche per fermare il cambiamento*, in *Quest. Giust.*, 2018.

⁹⁵ *Ibidem*

Lo scoppio della pandemia da Covid-19 ha prodotto pesanti effetti sulle condizioni di vita in carcere ma soprattutto non ha fatto altro che evidenziare le problematiche che sono da sempre presenti negli istituti penitenziari, dal sovraffollamento carcerario alle scarse condizioni igieniche, che hanno alimentato la nascita di focolai.⁹⁶

Ovviamente, a causa della pandemia sono sorte anche nuove criticità quali quelle relative al congelamento delle attività rieducative e al problema dello smistamento nel territorio che si è tradotto in una lontananza dai propri affetti.

È fuori discussione, quindi, che il carcere, in questi due anni, ha avuto un carattere più afflittivo sia per i detenuti che per la polizia penitenziaria e per tutto il personale. In particolare, proprio a causa del sovraffollamento⁹⁷ e della conseguente impossibilità di mettere in pratica il distanziamento sociale all'interno degli istituti penitenziari, in questo biennio di pandemia, sono stati adottati vari provvedimenti deflattivi e provvisori volti a diminuire la popolazione detenuta.

Essi si sono sostanziati sia nella possibilità di concedere licenze premio straordinarie ai semiliberi e permessi premio ai detenuti già ammessi al lavoro esterno, sia nell'adozione di meccanismi deflattivi pensati già nel corso della prima ondata pandemica come l'accesso alla detenzione domiciliare con braccialetto elettronico.

Naturalmente, si trattava di misure che potevano essere concesse individualmente e solo all'esito del vaglio della magistratura di sorveglianza che deve valutare caso per caso sia la meritevolezza della misura che l'assenza della pericolosità sociale.

In un primo momento, con il d.l. 8 marzo 2020, n. 11, il governo aveva previsto che i colloqui con i detenuti avvenissero da remoto e che la concessione dei permessi premio e della semilibertà fosse sospesa fino al 31 maggio 2020⁹⁸. Tuttavia, ci si

⁹⁶ Come ha statuito la ministra Cartabia, «Il sovraffollamento esaspera i rapporti tra detenuti e rende assai più gravoso il lavoro degli operatori penitenziari, a partire da quello della polizia penitenziaria, troppo spesso vittima di aggressioni. Sovraffollamento significa maggiore difficoltà a garantire la sicurezza e significa maggiore fatica a proporre attività che consentano alla pena di favorire percorsi di recupero».

⁹⁷ Alla fine del 2019 il sistema penitenziario italiano presentava tassi di affollamento considerevoli e a febbraio 2020 la popolazione detenuta in carcere in Italia era di 61.250 persone, a fronte di una capienza regolamentare di 50.931 posti, il che rendeva impossibile qualunque ipotesi di distanziamento sociale. A fine febbraio 2020 il tasso di sovraffollamento era pari al 120%.

⁹⁸ E. DOLCINI, G. GATTA, *Carcere, coronavirus, decreto cura Italia: a mali estremi, timidi rimedi*, in *Sist. pen.*, 2020.

rese conto che non bastava chiudere le porte del carcere ma si dovevano adottare precauzioni al suo interno.

In tal senso, rilevanti sono stati il d.l. marzo 2020 n.18 c.d. “decreto cura Italia”, il c.d. “decreto anti boss”, il “decreto antiscarcerazioni” e il decreto “ristori”.

Il primo, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 convertito in legge n. 27/2020, ha comportato una diminuzione della popolazione detenuta introducendo una serie di misure alternative al carcere.

In particolare, esso mirava a ridurre l’ingresso di nuovi detenuti dall’esterno⁹⁹ e per perseguire tale obiettivo, veniva individuato come strumento principale, l’esecuzione presso il domicilio delle pene non superiori a 18 mesi.

Esso individuava negli art. 123 e 124 la normativa di riferimento per la gestione della pandemia all’interno degli istituti.

L’art 123 prevedeva che salvo eccezioni per alcune tipologie di reati e per alcuni condannati, fino al 30 giugno 2020 la pena detentiva non superiore a 18 mesi fosse eseguita presso il domicilio.

Quanto alle preclusioni il decreto cura Italia non ribadiva quella prevista dalla l. n. 199/2010 secondo cui la misura non può essere concessa quando si accerti il pericolo che il condannato si dia alla fuga o commetta altri delitti e introduceva una nuova preclusione per chi abbia subito una condanna per maltrattamenti contro familiari e conviventi o per atti persecutori.¹⁰⁰

Inoltre, la procedura per l’applicazione di tale misura ai detenuti pare semplificata rispetto a quella della l. n. 199/2010 e quanto ai controlli, invece, si prevedeva obbligatorio il controllo con mezzi elettronici quali il braccialetto elettronico.¹⁰¹

Inoltre, il decreto cura Italia prevedeva la possibilità che nella concessione delle licenze premio al condannato ammesso alla semilibertà si potesse derogare il termine massimo di 45 giorni all’anno statuendo che la durata potesse arrivare al 30 giugno 2020.

Tuttavia, la nuova forma di “esecuzione della pena detentiva presso il domicilio” era segnata da alcune, gravi irragionevolezza, che la rendevano inidonea a ridurre

⁹⁹ E. DOLCINI, *Carcere e Covid-19: una cronistoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 9.

¹⁰⁰ *Ivi*, p. 11.

¹⁰¹ *Ivi*, p.12.

la popolazione penitenziaria e, nonostante l'intervento sulle licenze premio appariva apprezzabile, esso produceva effetti modesti sui numeri.¹⁰²

Al decreto "cura Italia" il governo ha fatto seguire due provvedimenti, il c.d. "decreto anti boss" e il "decreto antiscarcerazioni" volti a frenare l'applicazione di misure alternative e del rinvio dell'esecuzione della pena detentiva a beneficio di chi sia detenuto per alcuni gravi reati di criminalità organizzata o sia sottoposto al regime di cui all'art 41-bis ord. penit. e ciò in risposta all'allarme sociale suscitato da un numero in realtà limitato di scarcerazioni per motivi di salute di esponenti della criminalità organizzata.¹⁰³

In particolare, con il decreto *anti-boss* è stato inserito il comma 5-*bis* all'art 47 *ter* secondo cui quando la misura alternativa (o il rinvio dell'esecuzione) debbano essere applicati nei confronti di chi sia sottoposto al 41 *bis* ord. penit. o di chi sia detenuto per reati di criminalità organizzata¹⁰⁴, il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza devono chiedere il parere del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto in cui è stata pronunciata la condanna¹⁰⁵, e, per i detenuti in 41 *bis*, il parere del Procuratore nazionale antimafia in merito all'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata e alla pericolosità del soggetto.¹⁰⁶

Infine, è stato approvato il 28 ottobre il nuovo "decreto ristori", che ha reintrodotto nuove misure per contenere i contagi nelle carceri, ma con effetti più limitati e che hanno permesso un calo di poco più di 1100 presenze.

In particolare, il "decreto ristori" ha predisposto tre misure: i permessi premio straordinari, ossia concessi anche in deroga ai limiti temporali fissati dall'art 30-*ter* ord. penit., le licenze premio straordinarie per i semiliberi e l'esecuzione della pena presso il domicilio designata come detenzione domiciliare.

Il termine per l'applicazione delle misure, individuato dal decreto ristori nel 31 dicembre 2020 è stato prorogato al 31 dicembre 2021 e poi al 31 luglio 2021.

Queste misure anti Covid, se da un lato si sono rivelate utili per contenere il perdurante problema del sovraffollamento carcerario, essendo riuscite a ridurre la

¹⁰² E. DOLCINI, *Carcere e Covid-19: una cronistoria*, cit., p. 14.

¹⁰³ G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G. GATTA, op. cit., p. 727.

¹⁰⁴ E. DOLCINI, *Carcere e Covid-19: una cronistoria*, cit., p. 19.

¹⁰⁵ *Ibidem*

¹⁰⁶ *Ibidem*

popolazione penitenziaria che è scesa di quasi 8000 unità, dall'altro non sono riuscite a frenare il contagio, sia tra detenuti che tra agenti e altri operatori penitenziari.

Oltre a questi provvedimenti si rammenta che da marzo 2020, per cercare di prevenire la diffusione del contagio, ne sono stati adottati altri che, per il loro carattere particolarmente afflittivo, hanno scatenato una serie di rivolte dei detenuti.¹⁰⁷

Le cause di queste rivolte sono state la paura del contagio all'interno del carcere, il blocco dei colloqui, il non sapere come l'amministrazione penitenziaria si stesse adoperando di fronte all'emergenza, la carenza di telefonate e videochiamate; la mancanza di disinfettanti, mascherine e tutto ciò che serviva per prevenire il contagio e l'assenza di volontari, insegnanti e operatori che prima riempivano le giornate dei detenuti e dopo non più.

In particolare, tra il 7 e il 10 marzo 2020, in oltre 70 carceri una parte di detenuti ha preso parte alle sommosse¹⁰⁸ bruciando materassi e salendo sui tetti per avanzare richieste di indulto e di dispositivi di protezione, distruggendo alcune sezioni e prendendo d'assalto le infermerie per cercare dosi di metadone e psicofarmaci.

Tra i provvedimenti che sono stati adottati per prevenire la diffusione del contagio e che hanno scatenato le proteste dei detenuti si rammenta il d.l. n.11/2020 con cui si disponeva la sospensione di tutti i colloqui con i congiunti o con altre persone cui avevano diritto le persone detenute, disponendone lo svolgimento a distanza tramite il ricorso a strumenti di cui dispone l'amministrazione penitenziaria o mediante corrispondenza telefonica e inoltre prevedeva la possibilità per la magistratura di sorveglianza di sospendere la concessione di permessi premio e del regime di semilibertà fino al 31 maggio 2020.

Alle proteste e alle rivolte si sono accompagnate alcune segnalazioni di presunte violenze da parte delle forze dell'ordine avverso i detenuti che hanno interessato varie carceri italiane.

¹⁰⁷ G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G. GATTA, op. cit., p. 727.

¹⁰⁸ G. RIZZO, *Le rivolte nelle carceri sono il frutto di crisi vecchie e nuove*, in www.internazionale.it.

In particolare, il caso che sicuramente ha destato maggiore clamore è stato quello verificatosi presso il carcere di Santa Maria Capua Vetere¹⁰⁹ iniziato giorno 6 aprile 2020 e proseguito anche nei giorni seguenti, nel quale circa 300 agenti di polizia penitenziaria hanno organizzato una serie di perquisizioni personali totalmente arbitrarie con lo scopo di punire i detenuti responsabili delle proteste del giorno precedente, scaturite dalla scoperta di un detenuto positivo al Covid-19.

Grazie alle immagini acquisite dal sistema di videosorveglianza del carcere, alle chat degli agenti e alle dichiarazioni dei detenuti, è stato possibile ricostruire la vicenda, che si è risolta in un uso indiscriminato della forza da parte degli agenti di polizia.

Più specificamente, le guardie avevano formato un “corridoio umano”, attraverso il quale i detenuti dovevano passare per essere singolarmente picchiati con manganelli, calci, schiaffi e pugni; violenza che veniva esercitata anche su soggetti disabili. Oltre a violenze fisiche, i detenuti erano sottoposti anche a umiliazioni degradanti, essendo costretti a subire sputi e a bere acqua prelevata dal water, e ciò ovviamente suscitava in loro reazioni intense.

Con la Sent. del 16 marzo 2022, n. 8973, la Cassazione penale sez. V, si è pronunciata sulla questione, rigettando il ricorso presentato dal comandante della polizia penitenziaria del carcere di Santa Maria Capua Vetere, Manganelli Gaetano, avverso l’ordinanza applicativa degli arresti domiciliari e lo ha condannato al pagamento delle spese processuali.¹¹⁰

Questa sentenza è emblematica anche per alcuni rilevanti passaggi giuridici.

In particolare, secondo la Quinta Sezione penale, il ricorso del comandante è da bocciare laddove contesta la qualificazione dei fatti in quanto l’evento sarebbe stato circoscritto ad un evento singolo ed eccezionale e quindi privo del requisito della abitualità. A riguardo, infatti, la Cassazione ha affermato che il delitto di tortura è stato configurato dal legislatore come reato eventualmente abituale, potendo essere

¹⁰⁹ A seguito di questa vicenda sono stati disposti arresti e misure cautelari dal GIP del tribunale di Santa Maria Capua Vetere nei confronti di 144 agenti di polizia penitenziaria, coinvolti nelle violenze avvenute nella casa circondariale Francesco Uccella, ai danni di numerosi detenuti. Oltre 100 sono stati gli indagati, di cui 52 hanno ricevuto misure cautelari come arresti domiciliari e interdizioni. Tra questi, vi è stato anche chi ha cercato di nascondere le prove come medici Asl e dirigenti del carcere.

¹¹⁰ In relazione ai numerosi delitti di lesioni aggravate e tortura nonché per reati di falso, calunnia e depistaggio.

integrato sia da più condotte violente e reiterate nel tempo, che da un unico atto lesivo dell'incolumità o della libertà individuale e morale della vittima.¹¹¹

Il ricorrente, poi, sosteneva che egli aveva solo presenziato alla riunione organizzativa che aveva deciso la legittima “perquisizione straordinaria”, ma che poi non vi avesse partecipato in prima persona essendo dunque non responsabile dei metodi illegali con i quali era stata condotta.

Tuttavia, secondo le ricostruzioni della Corte, una serie di elementi confermano la piena e consapevole partecipazione del comandante alle operazioni sfociate in tortura e alle operazioni di falsificazione di atti pubblici, calunnia e depistaggio.

Dunque, secondo la Corte, l'assenza del comandante dal reparto Nilo e la sua mancata partecipazione agli atti esecutivi di tortura non bastano per escluderlo dalla sua responsabilità derivante dal contributo fornito avendo autorizzato l'ingresso in carcere di oltre 200 agenti provenienti da istituti penitenziari armati di scudi e manganelli, avendo partecipato alla riunione organizzativa che ha preceduto la perquisizione straordinaria, avendo impartito indicazioni ai subordinati e avendo consentito al personale del gruppo di supporto di operare “senza freni”.

Quanto al dolo poi, si prevede che per l'integrazione dell'elemento soggettivo non è richiesto un dolo unitario ma è sufficiente la coscienza e volontà, di volta in volta, delle singole condotte.

5. Rapporto tra sovraffollamento e tortura nelle carceri.

Il sovraffollamento, non incide solo sulla recidiva, ma incide anche su un'altra problematica, sempre più grave e sempre più frequente, che contribuisce al disfunzionamento del sistema penitenziario: la tortura in carcere.

¹¹¹ Dunque, ai fini dell'integrazione del delitto di tortura di cui all'art. 613-bis co. 1 c.p., la locuzione “mediante più condotte”, va riferita non solo a una pluralità di episodi reiterati nel tempo, ma anche a una pluralità di comportamenti violenti tenuti nel medesimo contesto.

Con quest'ultima, richiamata espressamente dall'art 3 CEDU e dall'art. 4 della Carta di Nizza, si intende alludere a episodi di violenza commessi avverso i detenuti e ormai divenuti quasi un'abitudine¹¹² in varie carceri italiane.¹¹³

Sia dal report 2020 del CPT che dalla associazione Antigone, infatti, emerge la persistenza di gravi episodi di tortura nelle carceri italiane, più specificamente presso il carcere di Monza, di San Gimignano¹¹⁴, di Torino, di Viterbo¹¹⁵.

Tra gli episodi che hanno scosso maggiormente l'opinione pubblica e sulle quali si è pronunciata di recente la Cassazione, si rammentano il caso Stefano Cucchi¹¹⁶ e il caso del carcere di Santa Maria Capua Vetere.

In particolare, per quanto concerne il primo¹¹⁷, il 4 aprile 2022 è giunta la sentenza definitiva della Corte di Cassazione con cui sono stati condannati a 12 anni di reclusione i due carabinieri autori del pestaggio.¹¹⁸

¹¹² G. NEPPI MODONA, *Carcere e società civile*, cit., p. 1913, « Gli episodi di reazione armata delle guardie di custodia contro i detenuti sono continui e rappresentano la prassi costante della vita carceraria, secondo una dinamica che si ripete con raccapricciante monotonia: il condannato disubbidisce all'agente di custodia, o lo ingiuria o gli rivolge gesti osceni o parole di scherno; la guardia, senza che peraltro vi sia alcun pericolo di fuga o di ribellione, reagisce sparando contro il detenuto, talvolta mirando alle gambe e ferendolo, più spesso colpendolo alla testa e riducendolo cadavere all'istante».

¹¹³ R. DE VITO, *Carcere e tortura: la lezione di Parma*, in www.questionegiustizia.it, 08/04/2016.

¹¹⁴ Nel carcere di San Gimignano, furono condannati 10 agenti di polizia per tortura e lesioni aggravate; Nel carcere di Sollicciano, invece, furono disposte varie misure cautelari, tra cui i domiciliari, a vari agenti accusati di tortura contro i detenuti.

¹¹⁵ Presso il carcere di Viterbo, si registrano numerose denunce di maltrattamenti da parte dei detenuti verso il personale, accusato di un eccessivo uso della forza, sia in risposta a provocazioni, sia in modo gratuito.

¹¹⁶ Grazie all'attivismo della sorella Ilaria Cucchi e a seguito della pubblicazione delle foto dell'autopsia di Stefano Cucchi, che sono state riprese poi da agenzie di stampa, giornali e telegiornali, il caso ha avuto un forte impatto mediatico e ha ispirato numerosi documentari e lungometraggi cinematografici.

¹¹⁷ Stefano Cucchi, geometra romano trentunenne, fu fermato il 15 ottobre 2009 dai carabinieri presso la stazione Roma Appia e dopo essere stato perquisito, fu trovato in possesso di un'ingente quantità di stupefacenti. Di conseguenza, fu portato in caserma e il giorno dopo il fermo, venne convalidato l'arresto e fu processato per direttissima. Già in tale udienza le sue condizioni di salute erano abbastanza precarie: presentava gravi ematomi agli occhi e aveva difficoltà a camminare e a parlare ma, nonostante ciò, il giudice confermò la custodia cautelare nel carcere di Regina Coeli in attesa della prossima udienza.

I giorni seguenti le sue condizioni di salute peggiorano sempre di più e il 16 ottobre fu condotto al pronto soccorso dell'ospedale Fatebenefratelli, presso il quale furono refertate lesioni ed ecchimosi alle gambe, al volto, all'addome e al torace, con frattura alla mandibola, alla terza vertebra lombare e al coccige. Gli fu quindi consigliato il ricovero che egli rifiutò. Nei giorni successivi, per l'aggravarsi delle sue condizioni, Cucchi fu ricoverato nel reparto detentivo dell'ospedale Sandro Pertini, dove morì all'alba del 22 ottobre. Al momento del decesso pesava 37 chilogrammi.

¹¹⁸ Con tale sentenza, i carabinieri sono stati condannati per omicidio preterintenzionale ed è stato disposto anche che dovrà essere nuovamente celebrato il processo di secondo grado nei confronti dei carabinieri Tedesco e Mandolini, accusati di aver falsificato il verbale d'arresto, per i quali però a maggio scatterà la prescrizione.

Per quanto concerne il secondo episodio, come accennato prima, si rammenta che la Cassazione si è pronunciata sulla questione con la Sent. del 16 marzo 2022, n. 8973.

Su tali drammatici episodi, si sono pronunciati sia la ministra della giustizia Marta Cartabia sia il presidente del consiglio Mario Draghi e da tali interventi emerge il nesso intercorrente tra sovraffollamento e tortura.

In particolare, secondo la ministra, un primo fattore dal quale possono scaturire questi episodi violenti, è costituito proprio dal sovraffollamento carcerario e di conseguenza, dalle condizioni materiali di detenzione, inadeguate e deplorevoli, che ne derivano e che connotano la maggioranza degli istituti di pena italiani.

Per far fronte a tale problematica, la ministra ha asserito che «se vogliamo farci carico dei mali del carcere, in primo luogo perché non si ripetano mai più episodi di violenza, ma innanzitutto perché la pena possa davvero conseguire la finalità rieducativa, occorre realizzare una strategia che operi su più livelli, ossia su un'accelerazione delle assunzioni del personale, su una più ricca offerta formativa per il personale in servizio e sulla diffusione dell'uso delle tecnologie».

Secondo la ministra poi, oltre ad ampliare gli istituti, si dovrebbero rendere più vivibili le strutture in cui risiedono sia i detenuti che gli agenti di polizia penitenziaria, sulla base del presupposto che, se ambienti deteriorati dal punto di vista architettonico e ambientale influenzano negativamente i comportamenti sociali degli individui, la priorità deve essere la ristrutturazione degli istituti penitenziari.

Dunque, si dovrebbero ripensare i luoghi in modo tale che non siano solo luoghi di custodia ma anche luoghi in cui possono svolgersi varie attività di lavoro e cultura e si dovrebbe implementare anche il ruolo degli educatori.

In quest'ottica, afferma la ministra, è stata prevista la realizzazione di otto nuovi padiglioni, tra cui anche a Santa Maria Capua Vetere, dove, su una capienza di 809 posti, 905 sono i detenuti presenti.

Inoltre, si dovrebbe incrementare l'organico della polizia penitenziaria in quanto la carenza di personale sovraccarica di ulteriori responsabilità quelli in servizio e li sottopone a maggiore stress.

Si ritiene quindi che, se si offrisse ai detenuti e agli operatori penitenziari la possibilità di vivere in ambienti dignitosi e se i detenuti potessero ricorrere all'assistenza di sanitari, psicologi e educatori, allora molte delle cause che provocano violenza potrebbero essere eliminate.

5.1 Profili di regolamentazione e repressione della tortura prima e dopo la legge n. 110 del 2017.

Il nesso tra carcere e tortura risale a tempi molto remoti, addirittura a quando il carcere aveva solo una finalità di custodia preventiva.

In particolare, in tale luogo veniva praticata la c.d. tortura giudiziaria ossia un trattamento volto a far emergere la verità processuale dai custoditi e, anche successivamente, quando il carcere è diventato un vero e proprio luogo di espiazione, esso non ha perso la connotazione di luogo violento e ciò lo si desume dai racconti dei detenuti e da una ricca casistica giudiziaria.¹¹⁹

Al dibattito illuministico, invece, risale il problema della inadeguatezza della tortura come metodo indiziario.

In particolare, a riguardo, emergono le parole di Pietro Verri in «osservazioni sulla tortura» del 1804 nel quale afferma: «mi pare impossibile che l'usanza del tormentare nel carcere per avere la verità possa durare a lungo».

Nella stessa direzione, secondo Cesare Beccaria, «la tortura è un abuso che non dovrebbe essere tollerato nel decimottavo secolo».¹²⁰

Nonostante ciò, ancor oggi la tortura rappresenta un fenomeno ininterrotto, una costante della storia umana¹²¹.

Infatti, come descritto da Amnesty International nel report 2016/2017, la tortura continua a essere praticata in maniera più o meno occulta in moltissimi Paesi del mondo, anche in quelli in cui più radicata dovrebbe essere la cultura democratica e il rispetto dei diritti umani, come Europa e Stati Uniti.¹²²

¹¹⁹ R. DE VITO, *La tortura in carcere*, Bologna, 2/2018, p. 97.

¹²⁰ E. SCAROINA, *Il delitto di tortura, l'attualità di un crimine antico*, Bari, 2018, p. 255.

¹²¹ D. DI CESARE, *Tortura*, Torino, 2016, p. 17.

¹²² E. SCAROINA, op. cit., p. 15.

La tortura lede oltre alla libertà morale e all'integrità psicofisica della vittima, il corretto andamento della pubblica amministrazione e dell'amministrazione della giustizia, ma appare evidente che il bene primariamente offeso sia quello della dignità umana,¹²³ che per espressa disposizione costituzionale, costituisce limite invalicabile quando si sottopongono gli individui a sanzioni penali o quando si adottano atti coercitivi nei confronti di individui già sottoposti a limitazioni della libertà.

In Italia, fino all'introduzione della legge del 2017, non esistendo giuridicamente il reato di tortura, si cercavano altre etichette penali quali le lesioni personali o l'art 608 c.p. e, a causa di questa lacuna, si diceva che l'Italia fosse morosa rispetto a un obbligo internazionale rilevante ossia la ratifica della Convenzione ONU contro la tortura del 1984¹²⁴, che obbliga gli Stati a introdurre tale reato nel proprio ordinamento, ma in realtà, l'Italia era innanzitutto morosa rispetto al dettato costituzionale, che all'art 2 garantisce tutela ai diritti inviolabili dell'uomo, tra i quali il diritto a non essere sottoposti ad atti di tortura o a trattamenti inumani e degradanti e all'art 13 comma 4, che prevede l'obbligo di punire ogni atto di violenza sia fisica che morale avverso le persone sottoposte a restrizione della loro libertà personale.

Il reato che meglio si attagliava ai casi di tortura era l'art 608 c.p., norma che ha trovato applicazione in vari casi, come ad esempio nei procedimenti relativi al G8, e che punisce il pubblico ufficiale che sottopone a misure non consentite dalla legge, una persona arrestata o detenuta di cui egli abbia la custodia anche temporanea o che sia stata a lui affidata.

Tuttavia, questa disposizione si rivelava inefficace in quanto, a fronte di fatti di significativo disvalore, la pena era fin troppo esigua e dunque sproporzionata.¹²⁵

Altre fattispecie a cui si ricorreva erano: l'art. 613, che sanziona il fatto di procurare lo stato di incapacità di taluno mediante violenza; le percosse (art. 581 c.p.) e le

¹²³ E. SCAROINA, op. cit., p. 255.

¹²⁴ La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, firmata a New York il 10 dicembre 1984 vige per la Repubblica italiana dall'11 febbraio 1989.

¹²⁵ E. SCAROINA, op. cit., p. 234.

lesioni personali (art. 582 c.p. ss.), tuttavia anche queste si rivelavano inadatte a reprimere le forme attuali di tortura, in particolare quelle di natura psicologica.¹²⁶ Dunque, fino all'introduzione della legge del 2017, la legislazione penale italiana si è rilevata inadeguata sia a sanzionare gli atti di tortura sia a prevenire altre violazioni simili dell'art 3 CEDU.¹²⁷

A riprova di ciò, nel corso degli anni, alcune condotte perpetrate all'interno delle carceri da parte degli agenti della polizia penitenziaria non sono state punite in virtù del fatto che il suddetto reato di tortura non figurava tra quelli previsti dalle leggi italiane: basti citare i fatti verificatisi negli istituti detentivi di Asti¹²⁸ e Bolzaneto¹²⁹, che hanno evidenziato le criticità delle nostre carceri conseguenti ai metodi posti in essere dagli agenti di polizia penitenziaria.¹³⁰

In particolare, visto che all'epoca dei fatti, non esisteva in Italia un reato di tortura, il giudice, è stato costretto a ricorrere ad altre fattispecie incriminatrici in concreto rivelatesi inefficaci sul piano repressivo: maltrattamenti (art. 572 c.p.), lesioni personali (art. 582), abuso di autorità contro detenuti o arrestati (art. 608 c.p.)¹³¹ e il processo terminò con la prescrizione di tutti i reati ipotizzati.¹³²

Per quanto concerne invece i fatti avvenuti nella caserma di Bolzaneto, anche in questo caso la Corte EDU rilevò la violazione dell'art 3; tuttavia la quasi totalità dei reati contestati agli imputati sono stati dichiarati prescritti:¹³³ solo 8 su 45 sono stati condannati in via definitiva per abuso di autorità, falso e lesioni volontarie.

¹²⁶ E. SCAROINA, op. cit., p. 235.

¹²⁷ *Ivi*, p. 238.

¹²⁸ Per quanto concerne i fatti verificatisi nel carcere di Asti, due detenuti subirono violenze fisiche e psicologiche essendo stati denudati e collocati in una cella priva di riscaldamento, senza materasso e senza servizi igienici, per 19 giorni di seguito per il primo detenuto e 6, per il secondo.

¹²⁹ Per quanto concerne invece i fatti avvenuti nella caserma di Bolzaneto, essi riguardano 59 ricorrenti di varie nazionalità che erano stati arrestati a seguito delle proteste accadute durante il G8 a Genova nel 2001.

Essi furono trasportati a Bolzaneto, in attesa di essere smistati e trasferiti in altre carceri e proprio lì, subirono numerose lesioni da parte degli agenti di polizia che marchiaron con una croce sulla guancia tutti coloro che erano stati arrestati durante l'irruzione nella scuola Diaz Pertini.

¹³⁰ S. NEGRI, *Violenze, maltrattamenti ed abusi commessi dalle forze dell'ordine*, Vicenza, p. 115.

¹³¹ *Ibidem*

¹³² Nel 2017 la Corte Europea dei diritti dell'uomo (Cirinno e Renne c. Italia, 26 ottobre 2017), riconobbe lo Stato italiano colpevole della violazione sostanziale e procedurale dell'art. 3 della Convenzione che prevede il divieto di trattamenti inumani e degradanti e di tortura. Secondo i giudici europei, la responsabilità della mancata punizione di quei fatti non era ascrivibile all'autorità giudiziaria ma all'assenza nell'ordinamento italiano di disposizioni che penalizzassero le prassi di cui all'art 3.

¹³³ E. ZUCCA, *La decisione della Corte EDU su Bolzaneto. Un altro grido nel deserto. L'Italia volta le spalle alla Convenzione, si assolve e guarda alla tortura degli altri*, in www.questionegiustizia.it

A causa della inadeguatezza di tali fattispecie penali, finalmente si è arrivati all'introduzione ad opera della l. n. 110/2017 del reato di tortura nell'art. 613-*bis* nel c.p. tra i delitti contro la libertà morale, recependo la Convenzione di New York.

L'introduzione di una fattispecie di tortura assolve a una importante funzione, in quanto trasmette un messaggio di assoluta riprovazione non solo rispetto a qualsiasi forma di maltrattamento di persone sottoposte a restrizione della libertà personale, ma anche ai comportamenti che spesso si accompagnano ad essi quali l'occultamento della verità e l'ostacolo delle indagini.¹³⁴

In particolare, l'art 613-*bis* co. 1 punisce con la reclusione da 4 a 10 anni «chiunque con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo cura o assistenza ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, qualora il fatto sia commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona»¹³⁵.

Da tale disposizione si desume che la norma deve poter trovare applicazione anche nel caso in cui la vittima del reato sia stata illegittimamente privata della libertà personale dall'autore del reato, dal momento che essa non richiede espressamente che la privazione della libertà personale consegua ad un provvedimento giurisdizionale.

Al secondo comma, poi, è prevista la c.d. tortura di Stato, punita più severamente, in quanto gli atti di tortura sono perpetrati dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio «con abuso di poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio»¹³⁶.

Inoltre, è previsto che il comma precedente non si applica nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti e che, se dai fatti deriva una lesione personale, le pene sono aumentate di un terzo e se invece ne deriva una lesione personale gravissima sono aumentate della metà.

¹³⁴ E. SCAROINA, op. cit., p. 239.

¹³⁵ Art. 613-*bis* c.p.

¹³⁶ Art. 613-*bis* co. 2 c.p.

Poi, se dai fatti deriva la morte come conseguenza non voluta, la pena è di anni 30, se invece è cagionata volontariamente è dell'ergastolo.

In sostanza quindi, con il termine tortura si allude a qualsiasi atto che provoca dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche.¹³⁷

La normativa italiana sulla tortura però, recependo solo parzialmente il dettato della convenzione ONU, non è del tutto allineata alla definizione internazionale; la differenza più evidente riguarda la connotazione della fattispecie sia come reato comune, ossia che può essere commesso da chiunque a prescindere dalla qualifica rivestita, sia come reato proprio, realizzato cioè dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio.

La l. n. 110/2017 poi, ha inserito anche l'art 613-ter c.p. che punisce il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che nell'esercizio delle funzioni o del servizio istiga in modo concretamente idoneo altro pubblico ufficiale o altro incaricato di pubblico servizio, a commettere il delitto di tortura, se l'istigazione non è accolta ovvero se è accolta ma il delitto non è commesso.¹³⁸

Infine, sul piano processuale¹³⁹ la l. n. 110/2017 ha modificato l'art. 191 c.p.p. in tema di prove illegittimamente acquisite¹⁴⁰: il nuovo comma 2-bis stabilisce l'inutilizzabilità delle dichiarazioni o delle informazioni ottenute mediante il delitto di tortura, «salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale».¹⁴¹

In conclusione, si può ritenere con certezza che, nonostante l'introduzione dell'art. 612-bis nel Codice penale, la costante illegalità nelle nostre carceri è il segno evidente che esso da solo non basta a risolvere la questione tortura nelle carceri, ma che invece sarebbe necessario operare una profonda riforma normativa e culturale all'interno del sistema penitenziario italiano.

¹³⁷ Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, New York, 10 dicembre 1984.

¹³⁸ E. SCAROINA, op. cit., p. 252.

¹³⁹ F. S. CASSIBBA, *Brevi riflessioni sull'inutilizzabilità delle dichiarazioni estorte con la tortura ai sensi del nuovo art. 191 comma 2-bis c.p.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 24 aprile 2018, fasc. 4/2018.

¹⁴⁰ *Ivi*, p. 110.

¹⁴¹ Art 191 co. 2 bis c.p.p. La legge prevede anche il divieto di estradizione, espulsione e respingimento di una persona verso uno Stato qualora vi siano fondati motivi di ritenere che essa possa essere sottoposta a tortura.

Bisognerebbe, ad esempio, prevenire i fatti di tortura attraverso la previsione di apparecchi di video sorveglianza in tutti gli istituti, predisporre linee guida nazionali sull'uso della forza e assumere personale civile.

6. Fallimento del carcere. Verso una sua possibile abolizione?

Le problematiche che sono state analizzate fino ad adesso costituiscono la principale causa della crisi in cui versa oggi la pena detentiva e sono la dimostrazione che quest'ultima sia la pena meno indicata per assolvere la finalità rieducativa di cui all'art 27. co.3 Cost. e che, per assolverla, si dovrebbe ricorrere maggiormente a pene alternative.¹⁴²

La pena detentiva, in particolare, tende a produrre effetti discordanti con quelli prescritti dalla Costituzione, dal momento che tendenzialmente desocializza, rischia cioè di restituire alla società una persona che incontrerà difficoltà di inserimento più gravi di quelle che incontrava prima dell'ingresso in carcere.

Proprio a causa di tale crisi, sono sorti interrogativi sulla effettività della pena detentiva¹⁴³ e sulla possibilità di abolire il carcere e si giunge alla soluzione che, da un lato, pensare di poter “abolire” il carcere dal nostro ordinamento, e quindi pensare ad una società senza prigionieri, è soltanto una lontana idea, dal momento che esso gode ancora oggi del favore incondizionato dell'opinione pubblica, e dall'altro che, pur dovendosi ammettere che il carcere continua a essere strumento imprescindibile per alcune categorie di reati di particolare allarme sociale, è necessario pensare a un sistema sanzionatorio alternativo.

Come diceva Voltaire, il grado di civiltà di un Paese si misura osservando la condizione delle sue carceri e, vista la disastrosa situazione penitenziaria presente in Italia, sembrerebbe che essa sia il simbolo di un totale disinteresse del governo per tali problematiche.

¹⁴² Per ulteriori approfondimenti v. G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 160; F. PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in www.penalecontemporaneo.it, 2013, p. 97.

¹⁴³ F. CAPASSO, *Una nuova forma di politica criminale. La giustizia riparativa nella riforma Cartabia*, in www.unicost.it, p. 14.

Invece, uno Stato che, come l'Italia, si definisce democratico, non dovrebbe assolutamente permettere che si trascurino queste problematiche, ma anzi dovrebbe far sì che l'espiazione della pena detentiva avvenga all'interno di un quadro rispettoso dei diritti umani, come chiedono la Convenzione e la Costituzione.

Dunque, se l'Italia vuole continuare a considerarsi rispettosa dei trattati internazionali sui diritti umani, è doveroso operare un ripensamento dell'intero sistema.

In tal senso, lo stesso Presidente del Consiglio Mario Draghi ha sostenuto che: «la detenzione dovrebbe risolversi in recupero e in riabilitazione, che non può esservi giustizia dove c'è abuso e che non può esserci rieducazione dove c'è sopruso e che la responsabilità collettiva fa parte di un sistema che va riformato».

Anche la ministra Cartabia, ha statuito che: «un piano fondamentale su cui occorre intervenire è quello normativo. Occorre correggere una visione del diritto penale incentrata solo sul carcere, riservando la detenzione, pur necessaria, ai fatti più gravi e procedendo, dunque, attraverso forme di punizione diverse dal carcere».

La Costituzione, infatti, parla di “pene” al plurale. La pena, quindi, non è solo il carcere.

Come ha osservato, invece, il prof. Palazzo, si dovrebbe intervenire non solo sul piano normativo, ma anche su quello culturale, diffondendo l'idea che laddove venga previsto il carcere come sanzione, esso debba essere un luogo nel quale vengano rispettati la dignità e i diritti dei detenuti, perché solo un carcere dei diritti, può ambire a risocializzare la persona realizzando una funzione di prevenzione speciale, come previsto dalla nostra Costituzione.¹⁴⁴

Pertanto, si dovrebbe ricorrere alla pena detentiva solo come *extrema ratio*, e si dovrebbe puntare alla costruzione di un “carcere dei diritti”,¹⁴⁵ ossia un carcere migliore di quello attuale, un carcere che non produce un'afflittività più elevata di quella minima ossia che non comporti effetti di degradazione della persona né effetti di stimolo a una maggiore antisocialità dopo l'espiazione.¹⁴⁶

¹⁴⁴ F. CAPASSO, op. cit., p. 50.

¹⁴⁵ Ossia un luogo quanto più possibile simile al mondo dei liberi.

¹⁴⁶ «Il movimento per riformare le prigioni, per controllarle il funzionamento non è un fenomeno tardivo. La riforma della prigione è quasi contemporanea alla prigione stessa».

Così un celebre passo di M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, 1975, p. 255.

La dignità umana, infatti, deve rimanere integra anche dentro le mura del carcere e, a riguardo, si rammentano le parole del Presidente della Repubblica Giorgio Mattarella secondo cui «dignità è un carcere non sovraffollato, è un carcere dove si possa percorrere veramente una strada di reinserimento, perché è anche in questo modo che si coltiva la sicurezza della società».

In questa direzione, negli ultimi anni, nel circuito di media sicurezza, si sta sperimentando un modello di carcere aperto, caratterizzato cioè dalla libertà di movimento dei detenuti all'interno della sezione dell'istituto nel quale sono collocati.

È evidente però che non basta tenere aperte le celle durante il giorno per garantire un'esecuzione della pena rispettosa dei diritti fondamentali della persona ma che bisogna riempire il tempo con lo svolgimento di attività rieducative.¹⁴⁷

6.1 Interventi normativi in chiave alternativa e in chiave sostitutiva per far fronte al monismo carcerario.

Proprio per perseguire l'obiettivo di ricorrere a un sistema sanzionatorio alternativo, per infrangere il monismo carcerario e dunque per risolvere la problematica del sovraffollamento carcerario, sono stati compiuti vari interventi normativi, alcuni dei quali si sono battuti per l'ampliamento della sfera di applicazione delle misure alternative alla detenzione e altri invece, per la riforma delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi.¹⁴⁸

Dietro questi interventi si collocano quindi due scopi principali: innanzitutto quello deflattivo, perseguito tramite interventi di depenalizzazione e di estensione dei reati perseguibili a querela della persona offesa,¹⁴⁹ e in secondo luogo, quello di infrangere il monismo carcerario, il quale pregiudica l'effettività del principio di

¹⁴⁷ A. DELLA BELLA, *Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia*, in www.penalecontemporaneo.it, 4/2017, p. 47.

¹⁴⁸ M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena, l'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Torino, 2020, p. 300.

¹⁴⁹ Cfr. C. PERINI, *Prospettive attuali dell'alternativa al carcere tra emergenza e rieducazione*, in *Dir. pen. Cont. – Riv. Trim.*, n. 4/2017, p. 79.

personalizzazione della pena come declinato nella Costituzione e di conseguenza, quello di fornire una risposta al reato in termini alternativi alla sanzione.

Misure alternative e sanzioni sostitutive presentano varie differenze:

Innanzitutto, le sanzioni sostitutive alla detenzione sono state introdotte con la l. n.689/1981 sul presupposto dell'effetto desocializzante per il condannato derivante dalle pene detentive di breve durata.

Esse, nell'impianto originario, erano la semidetenzione, la libertà controllata e la pena pecuniaria.

Le misure alternative alla detenzione invece sono state introdotte dalla legge n. 354/1975 e sono: l'affidamento in prova al servizio sociale, la semilibertà, la liberazione anticipata e la detenzione domiciliare.

Un'ulteriore differenza tra le due misure è ravvisabile nella diversa finalità che perseguono:

le sanzioni sostitutive sono prive di finalità risocializzante, mirando piuttosto a impedire la desocializzazione derivante dalla carcerazione di breve durata e sono quindi incentrate sulla finalità retributiva.

Le misure alternative invece, sono state introdotte al fine di valorizzare la funzione rieducativa della pena sancita dall'art 27 della Costituzione e tendono a realizzare finalità di risocializzazione del reo.

Inoltre, mentre le misure alternative sono delle modalità di esecuzione della pena, le sanzioni sostitutive, come ha riconosciuto la Corte di Cassazione, hanno natura di pena autonoma.

7. Interventi normativi in chiave alternativa.

Per quanto concerne gli interventi normativi volti ad ampliare l'ambito di applicazione delle misure alternative spiccano innanzitutto l'intervento dell'ex ministro della giustizia Paola Severino, che ha più volte affermato che, essendo giunti ormai a un livello non più risolvibile con misure quali l'amnistia e l'indulto, si dovrebbe semmai puntare su interventi immediati dando più spazio alla sospensione con messa alla prova, a misure alternative alla detenzione quali la

detenzione domiciliare e l'affidamento in prova e al rilancio del braccialetto elettronico. Quest'ultimo in particolare riuscirebbe non solo ad ovviare il problema del sovraffollamento ma anche a far ottenere risparmi notevoli dal punto di vista economico visto che verrebbero meno i costi della detenzione.

In secondo luogo, anche la legge delega n.103/2017, nota come legge Orlando, che prevedeva un radicale progetto di riforma naufragato in sede di attuazione, aveva tra i vari obiettivi quello riguardante le misure alternative alla detenzione.

Tuttavia, in sua attuazione, sono stati emanati tre decreti legislativi n. 121, 123, 124/2018, che compongono la riforma Orlando e che non fanno alcun riferimento ad alcuni istituti per i quali la legge delega auspicava una riforma, come ad esempio il tema della facilitazione all'accesso alle misure alternative e alla eliminazione di automatismi preclusivi.

7.1 D.l. n. 211/2011 c.d. “pacchetto Severino” e d.d.l. n. 5019/2012 c.d. “d.d.l. Severino”.

In merito agli interventi realizzati dall'ex ministro della giustizia Paola Severino, si rammenta che, a causa della persistenza dell'emergenza carceraria, il Consiglio dei ministri, il 16 dicembre 2011, ha approvato il decreto Severino o svuota-carceri (d.l. 22 dicembre 2011, n. 211), convertito in l. n. 9/2012, facente parte del c.d. “Pacchetto Severino”, che ha introdotto varie novità:

innanzitutto, ha esteso l'ambito applicativo della misura dell'esecuzione presso il domicilio fino a diciotto mesi, e poi ha modificato l'art 558 c.p.p. introducendo i commi 4-*bis* e 4-*ter*, in materia di convalida dell'arresto e di giudizio direttissimo per rimediare al problema delle c.d. “porte girevoli”.

Più specificamente, la disciplina codicistica vigente fino a quel momento prevedeva che, in caso di arresto in flagranza, il soggetto potesse essere recluso in carcere in attesa di essere presentato, entro 48 ore dall'arresto, all'udienza per la convalida e

per il contestuale giudizio e, al giudice che non avesse tenuto udienza, era data la possibilità di fissarla entro le successive 48 ore.¹⁵⁰

Ovviamente quindi, sorgeva il rischio che, soggetti ancora non giudicati, né posti in custodia cautelare, permessero in carcere anche quattro giorni.

Invece, con il decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, il Governo ha perseguito lo scopo di ridurre il numero delle persone recluse per periodi di tempo brevissimi, prevedendo due distinte soluzioni: la prima, adottata con il decreto-legge, è rimasta in vigore dal 23 dicembre 2011 al 20 febbraio 2012 e, la seconda, introdotta con la legge di conversione del decreto, è in vigore dal 21 febbraio 2012.¹⁵¹

Con la prima, il Governo è intervenuto sulla procedura di convalida dell'arresto, imponendo la celebrazione della relativa udienza in ogni caso entro 48 ore dallo stesso. Il risultato è stato ottenuto mediante la cancellazione della disposizione che consentiva di fissare l'udienza, anziché entro le quarantotto ore successive all'arresto, entro le quarantotto ore successive alla richiesta del pubblico ministero.¹⁵²

Il decreto-legge poi, è intervenuto anche in merito al luogo nel quale devono essere contenuti i soggetti arrestati trasformando l'incarcerazione, da soluzione primaria, a soluzione residuale, a cui il pubblico ministero può ricorrere solo nell'eventualità di mancanza o indisponibilità di "altri idonei luoghi di custodia" nel circondario in cui sia stato eseguito l'arresto, per motivi di salute della persona arrestata, ovvero per "altre specifiche ragioni di necessità" (art. 558 c.p.p.); oppure, nel caso in cui gli ufficiali e agenti che hanno eseguito l'arresto abbiano rappresentato la pericolosità della persona arrestata (art. 123 bis att.).¹⁵³

Quali "altri luoghi di custodia", dunque, venivano indicate le camere di sicurezza eventualmente esistenti presso gli uffici di polizia. Tuttavia, le numerose critiche rivolte a tale soluzione hanno portato il Parlamento a rivoluzionare la disciplina nell'atto di conversione del decreto.

Ovvero, è stato previsto che, sempre nelle more della celebrazione dell'udienza di convalida, e purché non si tratti dei reati di furto, rapina o estorsione, il pubblico

¹⁵⁰ S. ANASTASIA – G. BILLERI, *L'illusione normativa. Il decreto Severino e il sovraffollamento penitenziario*, in *Antigone*, n. 1/2012, p. 166.

¹⁵¹ *Ibidem*

¹⁵² *Ivi*, p. 167.

¹⁵³ *Ibidem*

ministero può disporre, in via prioritaria, la custodia dell'arrestato nel luogo di privata dimora¹⁵⁴ e in via secondaria, e solo quando quest'ultimo non abbia la disponibilità di un alloggio o questo non risulti idoneo, ovvero sia ubicato fuori dal circondario in cui è stato eseguito l'arresto o, ancora, quando la sua pericolosità risulti incompatibile con la custodia domiciliare, il pubblico ministero può disporre la custodia nelle strutture di polizia e, in ultimo, solo ove le precedenti soluzioni non siano possibili (per le medesime ragioni già individuate nell'originaria formulazione della norma), in una casa circondariale.¹⁵⁵

Inoltre, è previsto l'utilizzo delle camere di sicurezza per custodire coloro che sono stati arrestati in flagranza di reato per attendere il momento della convalida dell'arresto e del contestuale giudizio direttissimo, nell'ipotesi in cui manchino o siano inadeguati i luoghi per gli arresti domiciliari.

Invece, si utilizzerà la casa circondariale solamente nel caso di mancanza, indisponibilità e inadeguatezza delle camere di sicurezza o nel caso in cui vi siano altre ragioni di necessità o urgenza.

Queste misure, in sostanza, perseguono lo scopo di ridurre il numero di persone che transitano in carcere per periodi brevi.

Accanto al d.l. 211/2011 poi, bisogna rammentare anche un ulteriore provvedimento che compone il c.d. "pacchetto Severino" ossia il d.d.l. n. 5019/2012 che il ministro Severino ha presentato alla camera il 29 febbraio 2012 con cui delegava il governo ad adottare uno o più decreti legislativi in 4 ambiti principali, perseguendo la politica di decarcerizzazione.

I 4 ambiti erano: depenalizzazione, in merito al quale si proponeva di trasformare in illeciti amministrativi tutti i reati per i quali era prevista la sola pena della multa o dell'ammenda ad eccezione di alcuni reati; sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili per garantire l'effettiva conoscenza del processo; sospensione del procedimento con messa alla prova in caso di reati non particolarmente gravi e infine previsione di pene detentive non carcerarie.¹⁵⁶

¹⁵⁴ S. ANASTASIA – G. BILLERI, *L'illusione normativa. Il decreto Severino e il sovraffollamento penitenziario*, cit., p. 166.

¹⁵⁵ *Ibidem*

¹⁵⁶ G. L. GATTA, *Nuovo atto del "Pacchetto Severino": interventi di depenalizzazione e decarcerizzazione oltre alla sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili nel disegno di legge presentato alla Camera*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2012, p. 6.

In merito alle pene detentive non carcerarie, si proponeva di introdurre come nuove pene detentive principali, la reclusione (per i delitti puniti con la reclusione non superiore nel massimo a 4 anni) e l'arresto (e per le contravvenzioni punite con l'arresto) presso l'abitazione o un altro luogo di privata dimora.

Queste potevano essere previste anche per fasce orarie o per giorni della settimana, in misura non inferiore a 15 giorni e non superiore a 4 anni in caso di reclusione; non inferiore a 5 giorni e non superiore a 3 anni in caso di arresto.

Il disegno di legge delegava inoltre, il governo a prevedere particolari modalità di controllo con mezzi elettronici o tecnici¹⁵⁷ quali il braccialetto elettronico e a escludere l'applicazione delle nuove pene detentive non carcerarie qualora la reclusione o l'arresto presso l'abitazione non fossero idonee a prevenire il pericolo di commissione di ulteriori reati.¹⁵⁸

Tuttavia, il d.d.l. Severino non è mai divenuto legge in quanto, passato alla camera con lo stralcio della parte relativa alla depenalizzazione, si è arenato in Senato a causa della interruzione anticipata della legislatura.¹⁵⁹

Sempre a causa di ciò, si è arenato anche l'autonomo disegno di legge sulla depenalizzazione derivante dallo stralcio del d.d.l. Severino.

7.2 Legge delega n. 103/2017 c.d. Riforma Orlando.

Il persistere del problema del sovraffollamento carcerario, il non perseguimento della finalità rieducativa sancita dall'art 27 co.3 Cost. e l'esigenza di accelerare i tempi del procedimento di sorveglianza, hanno reso evidente la necessità di operare una nuova riforma.

A tal fine, la legge delega n.103/2017 nota come legge Orlando,¹⁶⁰ prevedeva un radicale progetto di riforma, che tuttavia è naufragato nella fase di attuazione a

¹⁵⁷ G. L. GATTA, *Nuovo atto del "Pacchetto Severino": interventi di depenalizzazione e decarcerizzazione oltre alla sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili nel disegno di legge presentato alla Camera*, cit., p. 7.

¹⁵⁸ *Ibidem*

¹⁵⁹ All'inizio del 2013.

¹⁶⁰ Per una panoramica dei contenuti della riforma e per una valutazione complessiva, cfr. E. DOLCINI, *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, fasc. 2/2018, p. 175 ss.

seguito del cambiamento intervenuto nella maggioranza parlamentare e, conseguentemente nel Governo.

Anche la riforma penitenziaria promossa dalla legge Orlando affonda le proprie radici nella giurisprudenza della Corte EDU e in particolare nella sentenza Torreggiani, che ha richiamato il legislatore italiano non solo a risolvere il problema del sovraffollamento carcerario, ma anche a rimodellare l'intero sistema sanzionatorio penale secondo le istanze del principio di umanità della pena.

In particolare, il 19 maggio 2015, l'allora ministro della giustizia Orlando, aveva dato il via agli Stati Generali dell'esecuzione penale, suddivisi in 18 tavoli tematici composti da magistrati, professori ed esperti del sistema penitenziario e di altre discipline, aventi il compito di ridefinire la pena all'interno dei principi di rieducazione e risocializzazione del detenuto.

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 configurassero non solo la prospettiva più efficiente per risolvere il problema del sovraffollamento, ma anche il mezzo per consentire al nostro Paese di tornare ad essere un modello di civiltà per gli altri Paesi.¹⁶¹ Tuttavia, l'impegno degli Stati generali non è stato accompagnato da uno sforzo legislativo, anche a causa della allora diffusa concezione "più carcere più sicurezza".¹⁶²

La riforma si proponeva un triplice obiettivo: il primo riguardava il carcere, il secondo riguardava le misure alternative alla detenzione e il terzo l'adeguamento delle norme dell'ordinamento penitenziario alle esigenze educative dei minori di età. Essa conteneva anche una parte dedicata alla sanità psichiatrica.

In sua attuazione invece sono stati emanati tre d.lgs. n. 121,123,124/2018, che compongono la c.d. "riforma Orlando" che però non fanno alcun riferimento ad istituti per i quali la legge delega auspicava una riforma, come ad esempio il tema della facilitazione dell'accesso alle misure alternative e alla eliminazione di automatismi preclusivi. Essi rappresentano dunque solo una "piccola riforma", un

¹⁶¹ F. FIORENTIN, *La conclusione degli Stati Generali, per la riforma dell'esecuzione penale italiana*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 giugno 2016, p. 4.

¹⁶² E. DOLCINI, *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, cit., p. 175.

intervento di portata ridotta rispetto a quanto prescriveva il delegante¹⁶³ ; permane quindi la necessità di una riforma integrale del sistema penitenziario.

In materia di misure alternative alla detenzione si segnalano le seguenti novità:

il limite per l'applicazione dell'affidamento in prova è stato portato a 4 anni; è stato inserito nell'art. 47 ord. penit., al co. 5, un catalogo di prescrizioni, alcune delle quali obbligatorie ed è stato introdotto l'affidamento in prova per i condannati con infermità psichica.

Per quanto riguarda la detenzione domiciliare, è stata estesa la detenzione domiciliare ordinaria *ex art. 47 ter* co. 1 lett. *a e b*, alla madre o al padre, in caso di morte o di assoluto impedimento della madre e di figlio gravemente disabile; è stato portato a 4 anni il limite di applicabilità della c.d. detenzione domiciliare generica ed è stata resa accessibile anche al condannato per delitti di cui all'art. 4 *bis*; tuttavia, se si tratta di delitto di cui al 4-*bis* co.1, rimane, quale condizione necessaria, la collaborazione con la giustizia e infine, la detenzione domiciliare dell'art. 47 *ter* co. 01 è divenuta applicabile anche ai recidivi.

Inoltre, era prevista la soppressione, dopo un anno dall'entrata in vigore del d.lgs., della misura alternativa dell'esecuzione presso il domicilio di pene detentive brevi (art. 1 l. 199/2010).

Quanto alla semilibertà, invece, tra le attività che possono essere svolte all'esterno dell'istituto, sono state annoverate anche "attività di volontariato e di rilevanza sociale".

Inoltre, i condannati all'ergastolo possono accedere alla semilibertà dopo 20 anni o anche dopo che abbiano fruito correttamente di permessi premio per 5 anni consecutivi.

Tuttavia, alla riforma Orlando sono state mosse numerose critiche, a partire da quella che la riteneva una riforma "svuota-carceri" in senso dispregiativo.¹⁶⁴

Tuttavia, queste critiche sembrano infondate, in quanto appare falso sia che si trattasse di un provvedimento svuota-carceri sia che si trattasse di un regalo rivolto ai mafiosi e terroristi sottoposti al 41-*bis* ord. penit.

¹⁶³ A. M. CAPITTA, *La piccola riforma penitenziaria e le sue ricadute sul sistema*, in *Arch. pen.*, 2019 n.2, p. 4.

¹⁶⁴ E. DOLCINI, *A proposito di leggi svuota carceri*, cit., p. 227.

Ciò si può desumere dal fatto che, in merito alle misure alternative alla detenzione, tra i criteri direttivi della delega, figurava la revisione delle modalità e dei presupposti di accesso alle stesse.

Inoltre, se da un lato la legge Orlando sembra rivolta al futuro nel segno della deflazione, dall'altro lato sembra rivolgersi al passato, dal momento che tende a inasprire le cornici edittali di alcune norme incriminatrici come lo scambio elettorale politico mafioso, il furto aggravato, il furto in abitazione e con strappo e in ultimo la rapina. Si assiste quindi a un'operazione di restyling edittale.

Questa prospettiva della legge Orlando però, sembra in antitesi rispetto all'intento deflattivo della stessa, poiché tali inasprimenti di pena interessano prevalentemente i delitti contro il patrimonio e hanno contribuito ad alimentare l'affollamento carcerario.

Ciò, quindi, si contrappone allo scopo della stessa legge, che ha come criterio direttivo l'agevolazione dell'accesso alle misure alternative alla detenzione.¹⁶⁵

Dunque, per un verso, la legge innalza le pene edittali per alcuni reati e per altro, cerca di facilitare un processo di decarcerizzazione che in realtà contribuirà verosimilmente ad alimentare.¹⁶⁶

Infine, come ha osservato Francesco Palazzo, «una prova del perdurante vizio della nostra politica sanzionatoria la troviamo nella l. n. 103/2017: tra le tante riforme in essa contenute vi è infatti da un lato, l'inasprimento sanzionatorio per una serie di reati di maggior allarme sociale e dall'altro, norme di delega per la dilatazione e semplificazione del campo applicativo delle misure».

8. Interventi normativi in chiave sostitutiva.

Per quanto riguarda invece gli interventi normativi incidenti sulle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi si richiamano la commissione Lattanzi, che propone una revisione organica della loro disciplina nella consapevolezza che il carcere non debba essere l'unica risposta al reato e che gli effetti desocializzanti

¹⁶⁵ M. VENTUROLI, op. cit., p. 331.

¹⁶⁶ Cfr. M. PELISSERO, *La politica penale delle interpolazioni*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 30 maggio 2016, p. 64.

che comporta devono essere per quanto possibile evitati, e la riforma Cartabia, ossia la l. n.134 del 2021 di riforma della giustizia penale, che mira a rinvigorire il sistema sanzionatorio, modificando la disciplina delle sanzioni sostitutive contenuta nella l. n. 689/81.

In merito alla riforma Cartabia, che sarà analizzata nel dettaglio nel terzo capitolo, è importante accennare quali sono state le modifiche di maggior rilievo.

Innanzitutto, il limite di pena sostituibile è stato esteso da 2 a 4 anni e inoltre, sono state abolite, per la loro scarsa applicazione, la semidetenzione e la libertà controllata e al loro posto sono state introdotte la semilibertà, la detenzione domiciliare e il lavoro di pubblica utilità insieme alla permanente ma rivisitata pena pecuniaria.

8.1 Proposte di riforma della Commissione Lattanzi.

Per quanto concerne la Commissione Lattanzi, si rammenta che con decreto 16 marzo 2021, la ministra della giustizia Marta Cartabia ha istituito presso l'ufficio legislativo del ministero tale commissione per elaborare proposte di riforma al d.d.l. n. 2435 dell'ex ministro Bonafede in materia di processo e sistema sanzionatorio penale nonché in materia di prescrizione del reato.¹⁶⁷

La commissione, presieduta da Giorgio Lattanzi e affiancata, nella veste di vicepresidenti, da Ernesto Lupo e Gianluigi Gatta, è intervenuta su tre ambiti principali: processo penale; prescrizione e rimedi per la durata irragionevole dei processi; sistema sanzionatorio e giustizia riparativa.

Rispetto al d.d.l. Bonafede, viene riconosciuta la centralità della pena pecuniaria, vengono previste diverse sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, viene esteso l'ambito di operatività della tenuità del fatto e dei reati per i quali è consentita

¹⁶⁷ Nelle premesse del decreto istitutivo erano specificati i compiti della commissione, individuati nella stesura di un documento nel quale fossero delineate, anche mediante la prospettazione di alternative, le misure più idonee ad assicurare maggiore efficienza ed efficacia del processo penale, e nella formulazione di proposte di possibili emendamenti al citato disegno di legge numero 2435.

la sospensione del processo con messa alla prova, e viene introdotta la giustizia riparativa.

Queste proposte, oltre che perseguire l'obiettivo di ridurre i tempi del processo, hanno il principale scopo di ammodernare il sistema delle sanzioni penali e di adeguare la giustizia penale ad orientamenti europei.

L'obiettivo della commissione Lattanzi, dunque, è quello di valorizzare l'utilizzo della pena pecuniaria come alternativa alla pena detentiva, seguendo il monito della Corte costituzionale.¹⁶⁸

In tal senso, si prevede l'adozione del sistema delle quote giornaliere, in misura non inferiore a 5 e non superiore a 360, e una volta statuito il numero delle quote, il giudice definisce l'importo delle stesse tra un minimo di 1 euro e un massimo di 30.000 tenendo conto delle condizioni economiche del condannato e inoltre propone di adeguare a tale sistema le pene pecuniarie proporzionali, la disciplina dell'oblazione e del ragguglio fra pene detentive e pecuniarie e di abolire le pene pecuniarie fisse.

Inoltre, per garantire l'effettività delle pene pecuniarie si esclude la sospensione condizionale.

Inoltre, si propone una modifica della disciplina delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi di cui alla l. n. 689/81, nella consapevolezza che il carcere non debba essere l'unica risposta al reato e che gli effetti desocializzanti che comporta devono essere per quanto possibile evitati.

In particolare, secondo la commissione, le pene sostitutive ossia semidetenzione, libertà controllata e pena pecuniaria non rappresentano più efficaci strumenti di lotta agli effetti dannosi delle pene detentive brevi in quanto esse, come testimoniano i dati statistici, sono entrate in crisi.

Per questo, la Commissione propone di abolire la semidetenzione e la libertà controllata in quanto sanzioni oggi esistenti solo sulla carta, e di prevedere che entro la soglia di 4 anni, la pena detentiva, purché applicata con la sentenza di patteggiamento, possa essere sostituita con misure corrispondenti alle misure

¹⁶⁸ Con la sentenza n.15 del 2020 la Corte costituzionale auspicava un intervento volto a restituire effettività alla pena pecuniaria.

alternative alla detenzione, ossia detenzione domiciliare, affidamento in prova e semilibertà.

Di fatto, attraverso il meccanismo di cui all'articolo 656 co. 5, il condannato a pena detentiva non superiore a quattro anni, può evitare l'ingresso in carcere accedendo a una misura alternativa.

Le misure stesse, incidendo sulla qualità della pena e determinando lo star fuori dal carcere, sono sempre più concepite come pene alternative al carcere più che come mere modalità alternative di esecuzione della pena detentiva. Entro la soglia massima di 3 anni di pena detentiva invece, la commissione propone il lavoro di pubblica utilità.

La Commissione, quindi, propone di applicare le già menzionate misure a titolo di sanzioni sostitutive,¹⁶⁹ inflitte direttamente dal giudice di cognizione e propone di estendere l'ambito di applicabilità dell'istituto di cui all'art 131 *bis* c.p. per tutte le fattispecie di reato che siano punite nel minimo fino a 3 anni di pena detentiva.

Quanto alla pena pecuniaria sostitutiva, secondo la Commissione, il criterio di ragguglio previsto all'art 135 c.p., ha reso troppo onerosa tale sostituzione e dunque, propone di innalzare da sei mesi a un anno il limite di pena da sostituire con la pena pecuniaria e poi conferma il ricorso ai tassi giornalieri per determinare l'ammontare e rimodula il valore giornaliero prevedendo un minimo di 3 euro e un massimo di 3000 euro.

Anche in merito alla pena pecuniaria la commissione Lattanzi mira a incentivare il ricorso ai riti alternativi prevedendo che la sostituzione con la pena pecuniaria possa avvenire anche con il decreto penale di condanna e in tal caso il valore minimo va da 1 euro a 1000. Inoltre, per garantirne l'effettività si esclude la possibilità di sospensione condizionale e si prevede che in caso di mancato pagamento la pena pecuniaria possa essere riconvertita in pena detentiva salvi alcuni casi.

Inoltre, la Commissione, confidando nella notevole potenzialità deflattiva della sospensione del procedimento con messa alla prova, mira a estenderne l'ambito di applicabilità ad ulteriori reati puniti con pena detentiva non superiore nel massimo

¹⁶⁹ *Riforma del processo penale, del sistema sanzionatorio e della prescrizione del reato: la relazione finale della commissione Lattanzi*, 25 maggio 2021 in www.sistemapenale.it, p. 66.

a 10 anni. Infine, valorizza i metodi della giustizia riparativa come beneficio per le vittime e per gli autori di reato.

In conclusione, la relazione Lattanzi è passata all'esame della ministra Cartabia ed è stata emendata a più riprese dal governo, fin quando si è giunti all'approvazione della l. n. 134 del 2021 ossia la "legge Cartabia" di riforma della giustizia penale, che sarà analizzata nel dettaglio nel terzo capitolo.

CAPITOLO III

LA RIFORMA CARTABIA, LE SANZIONI SOSTITUTIVE E IL RIPENSAMENTO DEL SISTEMA SANZIONATORIO.

SOMMARIO: 1. Il progetto di riforma del sistema sanzionatorio penale: il «Piano Cartabia»; 1.1 Il contesto in cui nasce la riforma Cartabia; 1.2 Gli obiettivi perseguiti dalla riforma. – 2. Novità introdotte dalla riforma Cartabia sul processo penale, sul sistema sanzionatorio e sulla giustizia riparativa. – 3. Novità introdotte dalla riforma Cartabia sulla prescrizione del reato e sull'improcedibilità dell'azione penale. – 4. Le sanzioni sostitutive, tra storica ineffettività e tentativi di rivitalizzazione ad opera della riforma; 4.1 La riforma Cartabia sulle sanzioni sostitutive: analogie e differenze con le proposte avanzate dalla Commissione Lattanzi; 4.2 Criteri guida della decisione giudiziale sull'*an* e sul *quomodo* della sostituzione; 4.3 Pene sostitutive e pene alternative tra giudizio di cognizione e giudizio di sorveglianza. – 5. Le sanzioni sostitutive introdotte dalla riforma Cartabia; 5.1 La detenzione domiciliare; 5.1.1 L'esecuzione della pena presso il domicilio; 5.2 La semilibertà; 5.3 Il lavoro di pubblica utilità; 5.4 La pena pecuniaria. – 6. Cosa aspettarsi nel prossimo futuro dalla Riforma Cartabia: criticità e punti di forza.

1. Il progetto di riforma del sistema sanzionatorio penale: il «Piano Cartabia».

Come evidenziato nel capitolo precedente, il modello penale tradizionale fondato sul carcere è entrato in una crisi profonda a causa di varie ragioni quali il sovraffollamento carcerario; il risultato modesto della effettiva rieducazione dei condannati durante il percorso di espiazione; la recidiva; la violenza nei confronti dei detenuti e le rivolte nelle carceri, sempre più frequenti, a causa della negazione di alcuni diritti quali quello all'affettività e alla sessualità.

Proprio a causa di questa crisi, sono sorti interrogativi sulla effettività della pena detentiva¹e, pur dovendosi ammettere che il carcere continua a essere uno strumento imprescindibile per alcune categorie di reati di particolare allarme sociale, si giunge alla soluzione che è necessario pensare a un sistema sanzionatorio alternativo.

Proprio per perseguire l'obiettivo di ricorrere a un sistema sanzionatorio alternativo, per infrangere il monismo carcerario e dunque per risolvere la problematica del sovraffollamento, nel corso del tempo, sono stati compiuti vari interventi normativi, alcuni dei quali si sono battuti per l'ampliamento della sfera

¹ F. CAPASSO, *Una nuova forma di politica criminale. La giustizia riparativa nella riforma Cartabia*, in www.unicost.it, p. 14.

di applicazione delle misure alternative alla detenzione e altri, invece, per la riforma delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi.

In quest'ultimo senso si sono mosse sia la commissione Lattanzi², che propone una revisione organica della disciplina delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi di cui alla l. n. 689/81, nella consapevolezza che il carcere non debba essere l'unica risposta al reato e che gli effetti desocializzanti che comporta devono essere per quanto possibile evitati, sia la riforma Cartabia, ossia la l. n.134 del 2021 di riforma della giustizia penale, che, strutturata come un catalogo di emendamenti al d.d.l. Bonafede, coinvolge temi ulteriori di diritto processuale e sostanziale³ rispetto all'originario disegno di legge⁴.

In particolare, la riforma Cartabia, dopo vari tentativi falliti quali il progetto di riforma Bonafede, il disegno di legge dell'ex ministro Paola Severino e la legge delega 67/2014, costituisce un ripensamento non solo delle sanzioni sostitutive ma di tutto il sistema sanzionatorio in generale, avendo come obiettivo quello di ridurre lo spazio occupato nel nostro sistema dalla pena detentiva.⁵

Sin dai primi giorni dalla costituzione del governo Draghi, infatti, la ministra Marta Cartabia ha individuato nell'esigenza di riformare il sistema sanzionatorio e in particolare nell'esigenza di superare il primato del carcere, una priorità del proprio programma.⁶

In commissione giustizia della Camera dei deputati essa ha affermato: «penso sia opportuna una seria riflessione sul sistema sanzionatorio che ci orienti verso il

² Si rammenta che la Commissione Lattanzi, istituita con decreto 16 marzo 2021 dalla ministra della giustizia Marta Cartabia per elaborare proposte di riforma al d.d.l. n. 2435 dell'ex ministro Bonafede in materia di processo e sistema sanzionatorio penale nonché in materia di prescrizione del reato, è passata all'esame della ministra Cartabia ed è stata emendata a più riprese dal governo, fin quando si è giunti alla approvazione della l. n. 134 del 2021 ossia la "legge Cartabia" di riforma della giustizia penale.

³ Tra i temi ulteriori di diritto sostanziale vi è, ad esempio, quello delle sanzioni sostitutive in merito al quale, la legge delega 134/2021 mira a predisporre una disciplina organica come paradigma alternativo e complementare a quello tradizionale da sperimentare in ogni fase del procedimento penale.

⁴ cfr. G. A. DE FRANCESCO, *Brevi appunti sul disegno di riforma della giustizia*, in *Leg. pen.*, 2021, secondo cui il nucleo ispiratore della riforma si esprima nel legittimare un più ampio ricorso alle misure alternative al carcere.

⁵ R. DE VITO, *Fuori dal carcere, la riforma Cartabia, le sanzioni sostitutive e il ripensamento del sistema sanzionatorio*, 4/2021, p. 30.

⁶ E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in www.sistemapenale.it, 2021, par. 1.

superamento dell'idea del carcere come unica ed effettiva risposta al reato»⁷; «la certezza della pena non è la certezza del carcere»⁸; «la detenzione in carcere, per gli effetti desocializzanti che comporta⁹, deve essere invocata come *extrema ratio*¹⁰ e occorre valorizzare piuttosto le alternative al carcere»¹¹.

Secondo la ministra, dunque, occorre correggere una visione del diritto penale incentrata solo sul carcere, visto che esso non sempre è in grado di assolvere l'unica funzione della pena esplicitamente menzionata dalla Costituzione ossia la funzione rieducativa, per riservare la detenzione, pur necessaria, ai fatti più gravi. Ovviamente, la pena non assolve solamente la funzione rieducativa, ma il rilievo costituzionale delle altre coesistenti funzioni della pena, non è «tale da autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione».

Non bisogna dimenticare, quindi, che la Costituzione parla di “pene” al plurale e non al singolare. La pena, quindi, non è solo il carcere.

In conclusione, il progetto di riforma del sistema sanzionatorio penale si muove in due direzioni: da un lato emerge l'intento di valorizzare le alternative al carcere, tra cui le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi e dall'altra, si persegue l'obiettivo di fornire un maggior grado di sistematicità alla giustizia riparativa.¹²

1.1 Il contesto in cui nasce la riforma Cartabia.

Prima di procedere all'esposizione delle novità introdotte dalla riforma Cartabia, è importante, come sostiene il prof. Palazzo¹³, risalire alla sua origine e quindi al contesto politico in cui la stessa è stata approvata.

⁷ E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in www.sistemapenale.it, 2021, par. 1.

⁸ Le dichiarazioni si ritrovano in T. CARBONI, *Disposizioni in materia di sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi*, a cura di L. LEVITA, *La riforma Cartabia della giustizia penale. Commentario organico alla legge n. 134/2021*, Roma, 2021, p. 207.

⁹ E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, cit., par. 1.

¹⁰ Cfr. E. NOVI, *Cartabia, una “rivoluzione costituzionale”*, *il Dubbio*, 16 marzo 2021.

¹¹ E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, cit., par. 1.

¹² C. CASTELLI, *Il progetto di riforma Cartabia: una rivoluzione copernicana per il sistema sanzionatorio penale?* in *Il Penalista*, 20 settembre 2021.

¹³ Si veda F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in www.sistemapenale.it, 2021, p. 1-18.

La legge Cartabia è nata in Parlamento come disegno di legge Bonafede (d.d.l. A.C. 2435), presentato alla Camera dei deputati dall'allora ministro della giustizia il 13 marzo 2020 in una stagione politica recente ma molto diversa dall'attuale.¹⁴

Il provvedimento, subendo varie vicissitudini, culminate con la nascita del governo Draghi,¹⁵ faceva seguito all'impegno di accompagnare al blocco della prescrizione del reato dopo il primo grado, realizzato con la menzionata legge n. 3/2019, una riforma del processo penale capace di assicurare la celere definizione dei procedimenti nei giudizi di impugnazione,¹⁶ dal momento che uno degli obiettivi principali era quello di ottenere i fondi che l'Unione europea ha destinato agli Stati Membri per il rilancio indispensabile a superare la fase pandemica e post pandemica.¹⁷

In particolare, il 15 marzo 2021, la ministra della giustizia Marta Cartabia ha illustrato alla Commissione giustizia della Camera dei deputati le linee programmatiche del quadro nel quale il nuovo Governo si trova ad operare¹⁸ e, con specifico riferimento alla giustizia penale, ha illustrato al Parlamento le direttrici lungo le quali intende muoversi, ossia, verso la riduzione dei tempi processuali; verso l'aumento dell'efficienza e dell'efficacia della giustizia processuale e verso il rispetto dei principi costituzionali in materia di garanzie e di ragionevole durata del processo.¹⁹

Inoltre, nelle linee programmatiche, la ministra ha prefigurato la possibilità di operare interventi di deflazione e di operare una seria riflessione sul sistema sanzionatorio penale.²⁰

Per dare avvio agli ambiziosi obiettivi di tali linee programmatiche, la Ministra Cartabia ha deciso di avvalersi dell'opera di una Commissione di studio, presieduta dal presidente emerito della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi e da altre competenti figure di giurisdizione, e, dopo averla istituita il 16 marzo 2021, già

¹⁴ G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della legge Cartabia*, in www.sistemapenale.it, 2021, p. 3.

¹⁵ G. SPANGHER, *Tra politica e giustizia: la riforma Cartabia*, in *Pen. Dir. e proc.*, 2021, p.1.

¹⁶ Per ulteriori approfondimenti si veda G. L. GATTA, *Prescrizione del reato e riforma della giustizia penale: gli emendamenti approvati dal governo su proposta della ministra Cartabia*, cit.

¹⁷ A. NATALE, *La c.d. riforma Cartabia e la giustizia penale*, in *Quest. Giust.*, 2022, p. 2.

¹⁸ *Ibidem*

¹⁹ *Ibidem*

²⁰ *Ibidem*

nell'arco di pochi mesi la stessa aveva elaborato un pacchetto contenente proposte di emendamenti al d.d.l. Bonafede, corredato da un'articolata relazione illustrativa. In particolare, il lavoro della Commissione Lattanzi, come enunciato nel secondo capitolo, si basava sul rafforzamento delle alternative al dibattimento; sull'incentivo a definizioni alternative rispetto al processo (ad esempio con la creazione di istituti riparatori e al rafforzamento della messa alla prova); sulla elaborazione di un sistema di sanzioni sostitutive quasi interamente sovrapponibile alle misure alternative alla detenzione, applicabili dal giudice di cognizione anziché dalla magistratura di sorveglianza; sul ripensamento della disciplina della prescrizione elaborata nel d.d.l. Bonafede e sulla introduzione nel sistema degli istituti di giustizia riparativa.²¹

Tuttavia, anche se l'elaborato della Commissione Lattanzi è stato consegnato il 24 maggio 2021, ci sono voluti quasi due mesi prima che, il 14 luglio 2021, il Governo formulasse le proposte di emendamento al ddl Bonafede e infine, il risultato che ne è conseguito, a causa delle varie modifiche che sono state apportate nel corso dell'*iter* parlamentare su iniziativa del governo e della ministra Cartabia, è molto diverso dall'originario disegno di legge e in parte lo è anche rispetto alle proposte di emendamento elaborate dalla commissione Lattanzi²².

Tra maggio e settembre 2021, infatti, il progetto elaborato dalla Commissione Lattanzi è stato sottoposto a un profondo ripensamento su molti aspetti: in particolare, è stato ridotto il novero delle sanzioni sostitutive alla pena detentiva, non essendo previsto che il giudice di cognizione possa sostituire la detenzione con l'affidamento in prova al servizio sociale; sono state apportate modifiche in modo radicale alla disciplina della prescrizione e sono stati affievoliti alcuni caratteri premiali immaginati dalla Commissione Lattanzi per i riti alternativi.²³

Dunque, ne è scaturito un prodotto normativo in cui si riscontrano figure di dubbia coerenza sistematica e in cui alcuni criteri di delega risultano eccessivamente vaghi, tanto da potersi paventare, secondo alcuni, un rischio di illegittimità costituzionale.²⁴

²¹ A. NATALE, op. cit., p. 2.

²² G. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della legge Cartabia*, cit., p. 3.

²³ A. NATALE, op. cit., p. 3.

²⁴ *Ivi*, p. 4.

1.2 Gli obiettivi perseguiti dalla riforma.

La riforma Cartabia si concretizza in due diverse leggi ossia nella l. n. 134/2021, entrata in vigore il 19.10.2021, denominata «delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari²⁵» e nella l. n. 206/2021, entrata in vigore il 24.12.2021, denominata «delega al governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata²⁶».

Anche se la riforma si concretizza in questi due differenti interventi normativi, vi è una parola chiave che accomuna le due riforme ossia la parola “efficienza²⁷”, con la quale si intende l'obiettivo di rendere la giustizia più efficiente, riducendo i tempi dei processi sia attraverso la riscrittura delle norme processuali che attraverso nuovi modelli di organizzazione del lavoro degli uffici giudiziari²⁸, dal momento che si ritiene che la durata eccessiva dei processi non dipenda tanto dalla volontà delle parti di allungare i tempi quanto dalla disorganizzazione degli uffici giudiziari.²⁹

La necessità e l'urgenza di questa riforma, dunque, deriva dal fatto che l'Italia è stata condannata più volte dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per la violazione dell'art 6 par. 1 della CEDU secondo cui «ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti ad un Tribunale indipendente e imparziale costituito per legge», analogamente a quanto prevede l'art 111 co. 2 Cost. secondo cui «la legge assicura la ragionevole durata del processo», dal momento che dai dati statistici emerge che i tempi medi dei processi

²⁵ L. n. 134/2021

²⁶ L. n. 206/2021

²⁷ Per ulteriori approfondimenti si veda M. DONINI, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *Pol. Dir.*, 2021, p. 591 ss., che intende l'efficienza come «chiave interpretativa centrale per comprendere tutta la c.d. riforma Cartabia», avvertendo però che non è determinante «l'obiettivo di accelerazione dei procedimenti» ma semmai di renderli “efficienti”.

²⁸ Nuovi modelli di organizzazione del lavoro degli uffici giudiziari sono resi possibili grazie a investimenti sul personale, sull'edilizia e sulla digitalizzazione.

²⁹ G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della legge Cartabia*, cit., p. 3.

civili e penali sono superiori sia ai termini di ragionevole durata individuati dalla legge Pinto che agli standard europei.³⁰

Da diversi decenni, infatti, l'Italia risulta avere il primato per la mancata celerità dei processi, risultando destinataria di ben 1202 sentenze di condanna a opera della CEDU.

Come ha affermato la ministra, «i processi troppo lunghi sono una sconfitta per tutti. Innanzitutto, per gli indagati e per gli imputati, che subiscono oltre il tempo necessario la pena del processo e il connesso effetto di stigmatizzazione sociale; poi per i condannati, che, trovandosi a dover eseguire la pena a distanza di tempo dalla commissione del fatto, nel frattempo possono essere diventate persone diverse; per gli innocenti, che ingiustamente subiscono oltre il dovuto il peso di un processo che può aver distrutto relazioni personali e professionali. E infine per le vittime, che non riescono ad ottenere in tempi ragionevoli un accertamento dei fatti e delle eventuali responsabilità»³¹.

Inoltre, nell'incontro con i capigruppo delle Commissioni Giustizia della Camera, la ministra ha affermato che «sulla durata dei processi il Governo si gioca tutto il Recovery», dal momento che la Commissione europea ha imposto al governo italiano alcune condizioni per ottenere i 191,5 miliardi dei fondi *Next Generation EU*³², il cui fulcro è costituito dal dispositivo per la ripresa e resilienza. In particolare, per quanto concerne la giustizia, si deve perseguire l'obiettivo di ridurre in cinque anni, del 25% i tempi della giustizia penale e del 40% quelli della giustizia civile.³³

Infine, da uno studio effettuato dalla Banca d'Italia, si stima che la riduzione della durata dei processi di circa il 15% causa l'aumento di almeno mezzo punto percentuale del Pil e ciò conferma che l'efficienza del sistema giudiziario incide direttamente sulla solidità economica del Paese.

³⁰ G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della legge Cartabia*, cit., p. 3.

³¹ Relazione al Parlamento della ministra della giustizia Marta Cartabia sull'amministrazione della giustizia, in Ministero della giustizia, 2022.

³² Il "Next Generation EU" è uno strumento temporaneo per la ripresa da oltre 800 miliardi di euro, approntato dall'Unione Europea per affrontare le conseguenze economiche della pandemia e l'Italia è una tra i suoi maggiori beneficiari.

³³ G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della legge Cartabia*, cit., p. 1.

È evidente quindi il nesso tra efficienza e ragionevole durata del processo, dal momento che senza l'una non è raggiungibile l'altra.³⁴

Per raggiungere questa efficienza, però, l'Italia non deve intervenire con meri provvedimenti 'tampone' inidonei a risolvere nel lungo periodo la questione, ma semmai si richiede uno sforzo volto ad un miglioramento definitivo: ad esempio, si ritiene che il potenziamento delle possibilità di ricorrere al patteggiamento e al rito abbreviato darebbe un prezioso contributo all'eliminazione dei processi in dibattimento.

Insieme alla deflazione poi, si mira a predisporre una disciplina organica in materia di sanzioni sostitutive e di giustizia riparativa e, il raggiungimento di questi obiettivi costituisce condizione imprescindibile per l'attuazione del piano nazionale di ripresa e resilienza (P.N.R.R.)³⁵, attraverso il quale ingenti fondi europei, essenziali per la ripresa del paese, entrano nell'economia pubblica italiana.

In sintesi, quindi, il fattore comune che connota tutti gli interventi è rappresentato dall'intento di ridurre i tempi della giustizia senza rinunciare a fondamentali garanzie per il detenuto e dall'intento di individuare possibili alternative al processo e alla pena carceraria,³⁶ nella consapevolezza degli elevati costi umani e sociali di quest'ultima e della necessità di farne l'*extrema ratio*.³⁷

Dunque, la valorizzazione di sostituti penali si pone come un'esigenza di proporzionamento del trattamento sanzionatorio³⁸: se un abbandono assoluto della pena detentiva risulta impensabile rispetto a moltissimi fatti di rilevanza penale, dall'altro lato il ricorso alla pena detentiva appare sproporzionata per eccesso in altri casi.³⁹

³⁴ G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della legge Cartabia*, cit., p. 1.

³⁵ Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza prevede la spesa di 123,9 milioni di euro in quattro anni per la costruzione di padiglioni da 120 posti ciascuno e il miglioramento degli spazi di 8 strutture penitenziarie.

³⁶ G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della legge Cartabia*, cit., p. 1.

³⁷ D. BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega Cartabia: una grande occasione non priva di rischi*, in www.sistemapenale.it, p. 2.

³⁸ *Ivi*, p. 3.

³⁹ *Ibidem*

2. Novità introdotte dalla riforma Cartabia sul processo penale, sul sistema sanzionatorio e sulla giustizia riparativa.

Nonostante il clamore suscitato dagli interventi in tema di prescrizione del reato e di improcedibilità, il cuore della riforma⁴⁰ è rappresentato dai criteri di delega contenuti nell'art. 1 della l. n. 134/2021⁴¹ con cui il Parlamento ha delegato il Governo a realizzare una vasta riforma che ha ad oggetto tre ambiti tematici: il processo penale, il sistema sanzionatorio e la giustizia riparativa⁴² e il comune denominatore di tutti questi interventi è rappresentato dalla riduzione dei tempi della giustizia.⁴³

Per quanto concerne il processo penale, l'art. 1 interviene su varie questioni: innanzitutto, delega il Governo a rendere più efficiente e spedita la giustizia penale attraverso la digitalizzazione e le tecnologie informatiche dal momento che una delle cause della lentezza del processo penale risiede proprio nello scarso livello di digitalizzazione e di informatizzazione degli atti e delle procedure.⁴⁴

Il processo penale, infatti, non può più rimanere indifferente all'innovazione tecnologica che ormai riguarda ogni settore dell'attività umana e ogni servizio pubblico quale è anche la giustizia.⁴⁵

Ancora oggi, i procedimenti penali prendono corpo in fascicoli cartacei che devono fisicamente transitare da un ufficio all'altro ma se i fascicoli fossero digitalizzati, si potrebbero trasmettere direttamente per via telematica e si potrebbero così ridurre i tempi della giustizia.⁴⁶

⁴⁰ G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della legge Cartabia*, cit., p. 5.

⁴¹ L'art. 1 della l. n. 134/2021 contiene la delega al governo per la riforma del processo penale concernente la modifica del Codice penale, di procedura penale e della giustizia riparativa che dovrà essere attuata dal governo entro un anno dall'entrata in vigore della legge (19 ottobre 2022) con uno o più decreti legislativi e i relativi schemi dovranno essere trasmessi alle competenti commissioni parlamentari per un parere che dovrà essere reso entro 60 giorni.

⁴² G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della legge Cartabia*, cit., p. 5.

⁴³ Gli interventi di riforma contemplati nella legge delega attraversano tutto il processo penale, dalla fase delle indagini al giudizio di legittimità, estendendosi anche a istituti chiave del sistema sanzionatorio e della giustizia riparativa.

⁴⁴ G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della legge Cartabia*, cit., p. 5.

⁴⁵ *Ibidem*

⁴⁶ *Ibidem*

Semplificare quindi le procedure attraverso la digitalizzazione e l'informatizzazione degli uffici e prevedendo ad esempio modalità telematiche per le notificazioni consentirebbe di ridurre i tempi della giustizia.⁴⁷

Un secondo ambito di intervento riguarda poi le notificazioni che, se da un lato sono adempimenti molto importanti per l'effettiva conoscenza degli atti del processo, dall'altro comportano un notevole dispendio di tempo.⁴⁸

Nell'attuare la legge delega, il governo dovrà seguire due indicazioni: in primo luogo si prevede l'obbligo per l'imputato non detenuto di indicare anche i recapiti telefonici e telematici di cui ha la disponibilità⁴⁹; in secondo luogo, si prevede che tutte le notifiche all'imputato non detenuto successive alla prima siano di norma eseguite mediante consegna al difensore anche attraverso posta elettronica certificata.⁵⁰

Un terzo ambito di intervento sempre volto a perseguire un notevole risparmio di tempo concerne invece la valorizzazione delle registrazioni audiovisive e il processo da remoto.

In particolare, si delega il Governo sia a prevedere la possibilità della registrazione audiovisiva e dell'audio registrazione per documentare l'interrogatorio, l'assunzione di informazioni e la testimonianza, sia a individuare i casi in cui, con il consenso delle parti, la partecipazione all'udienza possa avvenire da remoto.

Inoltre, la riforma Cartabia interviene anche sulle indagini preliminari, perseguendo l'obiettivo di ridurre i tempi delle indagini, di introdurre rimedi giurisdizionali alla eventuale stasi del procedimento e di filtrare maggiormente i procedimenti meritevoli di essere portati all'attenzione del giudice, esercitando l'azione penale.⁵¹

In particolare, si prevede che esse non possano durare più di sei mesi in caso di reati ordinari e di un anno in caso di reati gravi e che la proroga possa essere concessa fino a 18 mesi per i primi e fino a 24 per i secondi.

⁴⁷ G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della legge Cartabia*, cit., p. 5.

⁴⁸ *Ivi*, p. 7.

⁴⁹ *Ibidem*

⁵⁰ *Ibidem*

⁵¹ *Ivi*, p. 8.

Lo scopo della riforma, quindi, è proprio quello di prevedere la richiesta di rinvio a giudizio da parte del pubblico ministero solo se gli elementi acquisiti consentono una ragionevole previsione di condanna e di favorire invece l'archiviazione di tutti i reati nel caso contrario.

Dunque, Il P.M. dovrà chiedere l'archiviazione quando gli elementi che sono stati acquisiti nel corso delle indagini preliminari non consentono una ragionevole previsione di condanna.

Inoltre, sempre per contenere la durata delle indagini, si prevede che la *discovery* degli atti, che consente all'indagato e al difensore l'accesso ai dati, avrà luogo subito dopo la scadenza del termine massimo delle indagini.

Quanto all'udienza preliminare, invece, prendendo atto della sua criticità testimoniata, come si legge nella relazione della Commissione Lattanzi, dalla sua scarsa capacità di filtro, il legislatore propone di limitarne la previsione ampliando l'elenco dei reati con citazione diretta davanti al tribunale in composizione monocratica, individuandoli tra quelli puniti con pena della reclusione non superiore nel massimo a sei anni.⁵²

Tale previsione, però, anche se produce l'effetto positivo di ridurre i tempi del giudizio, limita fortemente le esigenze di tutela dell'imputato.

Inoltre, viene modificata la regola di giudizio prevedendo che il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere quando gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna.

Per quanto concerne i procedimenti speciali, invece, la legge interviene anche sul campo dei riti alternativi, delegando il governo a prevedere alcune modifiche ai riti di patteggiamento e di giudizio abbreviato.

Quanto al patteggiamento, si delega il Governo a prevedere che, quando la pena detentiva da applicare supera i due anni⁵³, l'accordo tra imputato e pubblico ministero possa estendersi alle pene accessorie e alla loro durata, nonché alla confisca facoltativa e alla determinazione del suo oggetto e del suo

⁵² G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della legge Cartabia*, cit, p. 10.

⁵³ C.d. "Patteggiamento allargato".

ammontare.⁵⁴ Inoltre, quanto alla sentenza di patteggiamento, si propone di ridurre i suoi effetti extra-penali, prevedendo che la stessa non possa avere efficacia di giudicato nel giudizio disciplinare e in altri casi.

Per quanto riguarda il giudizio abbreviato invece, si delega il governo a modificare le condizioni per l'accoglimento della richiesta subordinata ad un'integrazione probatoria prevedendone l'ammissibilità solo se l'integrazione risulta necessaria ai fini della decisione e se il procedimento speciale produce un vantaggio per quanto attiene ai tempi di svolgimento del giudizio.⁵⁵

Infine, per quanto riguarda il procedimento per decreto, tra le principali novità si segnala la previsione che al fine dell'estinzione del reato sia necessario il pagamento della pena pecuniaria in misura ridotta di un quinto in caso di mancata opposizione al decreto penale.⁵⁶

Ulteriori novità riguardano i mezzi di impugnazione: gli interventi in tema di appello mirano a ridurre il novero delle sentenze appellabili, ad ampliare le ipotesi di inammissibilità dell'appello, a semplificare il procedimento, e a ridurre le ipotesi di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, in vista di una riduzione dei tempi e di una maggiore efficienza del giudizio.⁵⁷

In particolare, si prevede che, a pena di inammissibilità, con l'atto di impugnazione si depositi la dichiarazione o l'elezione di domicilio ai fini della notificazione dell'atto introduttivo del procedimento.

In merito al ricorso per Cassazione, invece, sempre per ridurre i tempi del giudizio di legittimità, si delega il Governo a prevedere che la trattazione dei ricorsi davanti alla Corte di cassazione avvenga di norma con contraddittorio scritto senza l'intervento dei difensori, salva la possibilità per le parti di richiedere la discussione orale.⁵⁸

Inoltre, si delega il Governo a introdurre un nuovo mezzo di impugnazione straordinario davanti alla Corte di cassazione per dare esecuzione alle sentenze della Corte EDU.

⁵⁴ G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della legge Cartabia*, cit., p. 11.

⁵⁵ *Ibidem*

⁵⁶ *Ibidem*

⁵⁷ *Ivi*, p. 14.

⁵⁸ *Ivi*, p. 15.

Un ulteriore ambito di intervento della riforma concerne il diritto all'oblio, in merito al quale si prevede che, qualora venga emessa sentenza di assoluzione ovvero decreto di archiviazione o sentenza di non luogo a procedere, ne consegue la deindicizzazione dalla rete internet dei contenuti relativi al procedimento penale, contenente i dati personali dell'indagato o dell'imputato.⁵⁹

In tal modo, ogni persona nei cui confronti sia stata emessa sentenza di condanna, potrà chiedere che i propri dati non compaiano più sui motori di ricerca.

Inoltre, l'art 1 della l. n. 134/2021 interviene su altri due settori fondamentali: il sistema sanzionatorio e la giustizia riparativa.

Rilevante è l'intervento sulle pene pecuniarie, in merito al quale il governo è delegato a razionalizzare e semplificare il procedimento di esecuzione; a rivedere secondo criteri di efficienza, equità ed effettività i meccanismi di conversione della pena pecuniaria in caso di mancato pagamento per insolvenza o insolvibilità del condannato; a prevedere procedure amministrative efficaci che assicurano la riscossione della pena pecuniaria.⁶⁰

Inoltre, per quanto attiene all'istituto dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, istituto che ha già mostrato significative potenzialità di deflazione processuale,⁶¹ si prevede come limite all'applicabilità della disciplina di cui all'art. 131 *bis* c.p., in luogo della pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, la pena detentiva non superiore nel minimo a due anni, sola o congiunta alla pena pecuniaria.⁶²

Quanto invece alla sospensione del procedimento con messa alla prova, si prevede l'estensione del suo ambito di applicabilità. A riguardo, in sede di attuazione dovranno essere individuati, oltre ai casi previsti dall'art. 550, co. 2 c.p.p., ulteriori specifici reati, puniti con pena edittale detentiva non superiore nel massimo a sei anni, che si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell'autore, compatibili con l'istituto.⁶³

⁵⁹ G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della legge Cartabia*, cit., p. 15.

⁶⁰ *Ivi*, p. 16.

⁶¹ *Ivi*, p. 18.

⁶² *Ibidem*

⁶³ *Ivi*, p. 19.

Volgendo infine all'ultimo ambito d'intervento dell'art 1 della l. n. 134/2021, si passa all'esame della giustizia riparativa.

L'intento della riforma è quello di superare l'attuale assetto frammentario della disciplina della giustizia riparativa, per arrivare all'introduzione di una disciplina organica nel rispetto della direttiva 2012/29/UE e dei principi stabiliti in materia a livello internazionale.

In particolare, il governo è chiamato a introdurre una disciplina organica della giustizia riparativa, concepita dalla legge delega nell'interesse della vittima e dell'autore del reato secondo la logica della riconciliazione, in modo tale da consentire alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale.

L'intento è quello di recuperare centralità alla vittima del reato, intento che emerge anche dalla definizione delineata in linea di principio nella legge delega con la quale per vittima del reato si intende non solo la persona che ha avuto un danno diretto dall'illecito penale ossia la vittima primaria, ma anche i familiari della persona deceduta in conseguenza del reato ossia le vittime secondarie.⁶⁴

In sede di attuazione quindi, dovranno essere disciplinati l'accesso alla giustizia riparativa in ogni stato e grado del procedimento penale e durante l'esecuzione della pena; le specifiche garanzie per l'accesso ai programmi di giustizia riparativa anche in rapporto alla inutilizzabilità in sede penale delle dichiarazioni rese; la valutazione dell'esito favorevole dei programmi di giustizia riparativa nel procedimento penale e in fase di esecuzione; la formazione dei mediatori e requisiti professionali e di accreditamento e i centri di giustizia riparativa.⁶⁵

Infine, il forte rilievo attribuito alla giustizia riparativa si desume dalla previsione della possibilità di accedere a programmi di giustizia riparativa in ogni fase e grado del procedimento penale ovvero sin dalle indagini preliminari fino al momento dell'esecuzione della pena.⁶⁶

⁶⁴ F. CAPASSO, op. cit., p. 5.

⁶⁵ G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della legge Cartabia*, cit., p. 20.

⁶⁶ F. CAPASSO, op. cit., p. 5.

3. Novità introdotte dalla riforma Cartabia sulla prescrizione del reato e sull'improcedibilità dell'azione penale.

L'art. 2 della l. n. 134/2021, invece, contiene modifiche immediatamente precettive al Codice penale e al codice di procedura penale e interviene su varie tematiche, tra cui la prescrizione⁶⁷ del reato e l'improcedibilità dell'azione penale.

Per quanto riguarda la prescrizione, con la quale si intende il lasso di tempo fissato dalla legge dopo il quale un reato non può più essere perseguito, si ricorda che essa è stata già oggetto delle riforme del 2005 (legge ex Cirielli), del 2017 (legge Orlando) e del 2019 (legge Bonafede), e che da ultimo è stata modificata dalla legge Cartabia ossia dalla l. n. 134 del 2021.

Con quest'ultima, innanzitutto, viene confermata la scelta di fondo compiuta con la legge Bonafede secondo cui, nella prima fase, ossia quella che va dalle indagini preliminari alla sentenza di primo grado, decorre la c.d. "prescrizione sostanziale" che comporta l'estinzione del reato. Dopo la sentenza di primo grado invece, sia essa di condanna o di assoluzione, il corso della prescrizione si blocca.

In particolare, la disciplina, oggi contenuta nell'art. 159, co. 2 c.p. viene rimodulata e trasferita in un nuovo articolo ossia nel nuovo art. 161 *bis* c.p. nel quale si prevede che il corso della prescrizione del reato cessa definitivamente con la pronuncia della sentenza di primo grado e che, se la sentenza viene annullata con regressione del procedimento al primo grado o ad una fase anteriore, la prescrizione riprende a decorrere dalla pronuncia definitiva di annullamento. Inoltre, si prevede che il decreto penale di condanna, non ha l'effetto definitivamente interruttivo del corso della prescrizione.

Nella seconda fase invece, ossia quella che va dall'inizio del processo di appello fino alla sentenza di Cassazione, viene introdotta la cosiddetta "prescrizione processuale", che estingue il processo.

Ovvero, essa determina l'estinzione del processo una volta decorso un tempo prefissato dalla legge per il grado d'appello e per quello di Cassazione. In particolare, viene previsto un nuovo istituto all'art. 344 *bis* c.p., il quale

⁶⁷ Per ulteriori approfondimenti v. G. L. GATTA, *Prescrizione del reato e riforma della giustizia penale: gli emendamenti approvati dal governo su proposta della ministra Cartabia*, cit.

disciplina l'istituto dell'improcedibilità per il superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione.

Esso stabilisce infatti che la mancata definizione del giudizio di appello entro il termine di due anni e del giudizio di cassazione nel termine di un anno costituisce causa di improcedibilità dell'azione penale.

La norma, che si applica ai fatti commessi dopo l'1 gennaio 2020, entrerà in vigore gradualmente: fino al 31 dicembre del 2024, il processo d'appello potrà durare fino a 3 anni con possibilità di proroga fino a 4, mentre il processo di cassazione un anno e mezzo con proroga fino a due.

A partire dall'1 gennaio 2025 invece, il termine della prescrizione processuale sarà di due anni per i procedimenti in appello e di un anno per quelli giunti in cassazione, prorogabili su decisione motivata del giudice.

Per i reati più gravi invece, quali il traffico di droga, la violenza sessuale, l'associazione a delinquere, la corruzione e la concussione si può prorogare di un anno in appello e di sei mesi in Cassazione.

Una volta superati detti termini, quindi, l'imputato non potrà più essere condannato dal momento che sfocia l'improcedibilità, ad eccezione dei reati puniti con l'ergastolo che sono imprescrittibili.

La riforma Cartabia, quindi, contempera gli effetti della riforma Bonafede in merito alla prescrizione con l'istituto dell'improcedibilità, prevedendo l'estinzione del processo, trascorsi 2 anni tra il primo grado e l'appello e trascorso 1 anno, tra l'appello e il ricorso in Cassazione.

Tuttavia, proprio sulla questione dell'improcedibilità si sono riscontrate numerose critiche, tra cui quella del procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo secondo cui «immaginare che tanti processi vengano dichiarati improcedibili, mina la sicurezza del paese».

A queste critiche la ministra Cartabia ha risposto dichiarando: «spesso si è detto che i processi per mafia e terrorismo andranno in fumo ma non è così visto che i procedimenti puniti con la pena dell'ergastolo non sono soggetti ai termini dell'improcedibilità e che per i reati più gravi si prevede una possibilità di proroga».

4. Le sanzioni sostitutive tra storica ineffettività e tentativi di rivitalizzazione ad opera della riforma.

Tra le novità introdotte dalla riforma Cartabia, come accennato in precedenza, gli interventi in materia di sanzioni sostitutive⁶⁸ rappresentano indubbiamente uno degli aspetti più qualificanti della legge delega⁶⁹ la quale all'art 1 co. 17 della l. n. 134/2021, enuncia i principi e i criteri direttivi cui dovranno attenersi i decreti legislativi, da emanarsi entro un anno, per la modifica della disciplina contenuta ad oggi nella l. n. 689/1981⁷⁰.

La riforma Cartabia, infatti, così come la Commissione Lattanzi, per perseguire l'obiettivo di ricorrere a un sistema sanzionatorio alternativo, per infrangere il monismo carcerario e dunque per risolvere la problematica del sovraffollamento, ha intrapreso vari interventi normativi incentrati sulla riforma della disciplina delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi e non invece sulle misure alternative. La riforma Cartabia, però, non è stata l'unica che ha deciso di intervenire sulle sanzioni sostitutive.

Con la l. n. 134 del 2003, infatti, si era già cercato di rivitalizzare le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi in funzione della deflazione carceraria, ampliando il campo di applicazione di tali misure, eliminando le preclusioni oggettive, riducendo quelle soggettive e introducendo il sistema dei tassi giornalieri e, in tal senso, si era mossa anche la Commissione Lattanzi, istituita a marzo 2021 con il compito di elaborare proposte di riforma in materia di sistema sanzionatorio penale. Proprio nella relazione Lattanzi è statuito che «le sanzioni sostitutive della l. n. 689/81 hanno fallito per ragioni diverse, in buona parte riferibili all'evoluzione del sistema sanzionatorio e al mancato coordinamento con altre misure quali la

⁶⁸ Il legislatore sembra manifestare difficoltà ad abbandonare l'idea del carcere come risposta principale al reato; qui, infatti, si discute di «sanzioni sostitutive» e non di «pene principali».

⁶⁹ Le due deleghe per la revisione del sistema sanzionatorio, rispettivamente in materia di sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi e di giustizia riparativa, sono identificate come la parte più innovativa della riforma da F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, cit., 11; da A. GARGANI, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, in *Leg. pen.*, 20 gennaio 2022, 1 e da R. BARTOLI, *Verso la riforma Cartabia*, cit., 1168.

⁷⁰ L'introduzione delle sanzioni sostitutive alle pene detentive brevi con la l. n. 689/1981 è espressione di quel processo volto alla progressiva riduzione della pena detentiva.

sospensione condizionale della pena, applicabile come la sostituzione fino a 2 anni,⁷¹ e le misure alternative alla detenzione».⁷²

A riprova del fallimento di tali misure, eloquenti sono i dati statistici che segnalano la relazione, secondo cui al 15 aprile 2021 si trovavano solo 2 persone in semidetenzione e 104 in libertà controllata⁷³: «numeri insignificanti rispetto al dato complessivo delle misure che prevedono l'esecuzione penale esterna».⁷⁴

Inoltre, anche la pena pecuniaria sostitutiva, con la riforma realizzata nel 2009, era divenuta una sorta di privilegio per i soli condannati abbienti, essendo preclusa la sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria per chi non disponesse di apprezzabili risorse economiche.

Per questi motivi, la commissione Lattanzi aveva avanzato varie proposte sul tema⁷⁵, la maggior parte delle quali sono state accolte dalla riforma Cartabia.

Con il termine “sanzioni sostitutive” si allude alle sanzioni alternative alla pena detentiva da applicarsi nei casi di minore allarme sociale che richiedono la condanna a periodi di detenzione brevi.

In realtà, è stato osservato che in molti casi, la sostituzione si fonda piuttosto sull'esigenza di deflazionare le carceri, dal momento che il massiccio ricorso alla pena detentiva ha determinato una situazione di sovraffollamento penitenziario.

Il tentativo della riforma Cartabia di “rivitalizzare” le sanzioni sostitutive si dimostra in astratto perfettamente compatibile con l'obiettivo di offrire al sistema un complesso di strumenti alternativi alla pena detentiva di breve durata sufficientemente dotati di efficacia general e special-preventiva.

In particolare, si ritiene che la riforma della disciplina delle sanzioni sostitutive possa incidere positivamente sia sull'efficienza del processo penale che sulla celere definizione dei procedimenti giudiziari.

L'obiettivo di realizzare una revisione organica dell'assetto legislativo relativo alle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, di cui alla l. n. 689/81, parte dalla

⁷¹ Così *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. AC 2435*, 24 maggio 2021, in www.sistemapenale.it, 2021.

⁷² E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, cit., par. 2.

⁷³ *Ibidem*

⁷⁴ *Ibidem*

⁷⁵ Sul punto si veda A. MANNA, *Considerazioni critiche sulle proposte della Commissione Lattanzi in materia di sistema sanzionatorio penale e di giustizia riparativa*, in *Arch. pen.*, 2021, p. 1-11.

presa d'atto del fallimento di tali strumenti punitivi, finalizzati a prevenire gli effetti desocializzanti del carcere, dal momento che gli obiettivi sottesi a tali sanzioni come quello di contrasto agli effetti dannosi delle pene detentive brevi e quello di deflazione carceraria, non sono stati raggiunti nemmeno in parte, a riprova del persistente primato della pena detentiva.⁷⁶

Quanto agli effetti criminogeni delle pene detentive brevi, già dalla fine dell'Ottocento se ne è acquisita consapevolezza, in quanto esse, applicate agli autori di reati lievi, per lo più delinquenti primari per i quali l'ingresso in carcere segna la rottura dei rapporti di lavoro e familiari, favoriscono il contatto con i professionisti del crimine, dai quali il condannato può apprendere tecniche delittuose.

Inoltre, la breve parentesi temporale di permanenza all'interno dell'istituto di pena impedisce o quanto meno rende difficoltosa l'attivazione dei percorsi trattamentali individualizzati, diretti a contenere l'effetto desocializzante del carcere.⁷⁷

Emblematica risulta la posizione del criminologo tedesco Franz von Listz, secondo cui «non esiste nulla di più assurdo della pena detentiva breve⁷⁸, dal momento che produce all'ordinamento giuridico danni più gravi di quelli che deriverebbero dalla completa impunità del reo»⁷⁹.

Le sanzioni detentive di breve durata, dunque, non sono in grado di produrre alcun effetto di neutralizzazione, di intimidazione o di rieducazione del reo, risultando, pertanto, disfunzionali a qualsivoglia scopo special-preventivo⁸⁰.

Anche sul versante della prevenzione generale, la minaccia dello stesso tipo di pena, sia pure diversamente dosata, tanto per le più gravi figure di illecito, quanto per gli

⁷⁶ A. GARGANI, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, in *Leg. pen.*, 2022, p. 2.

⁷⁷ M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena, l'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Torino, 2020, p. 57.

⁷⁸ F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1882), citato da E. DOLCINI / C. E. PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano, 1989, p. 6.

⁷⁹ F. VON LISZT, *Kriminalpolitische Aufgaben* (1889-1892), in *Strafrecht Aufsätze und Vorträge*, Berlino, 1905, citato sempre da E. DOLCINI / C. E. PALIERO, *op. cit.*, p. 1.

⁸⁰ Quanto alla prima funzione si è rilevato che non può essere questo lo scopo della pena detentiva breve poiché nessun obiettivo di neutralizzazione è realizzabile in un lasso temporale eccessivamente ristretto. Considerazioni analoghe sono state svolte in relazione alla rieducazione, in quanto la brevità della pena non permette lo svolgimento di alcun serio trattamento.

Per quanto concerne l'intimidazione, infine, si è osservato che le pene detentive brevi non svolgono alcun effetto di ammonimento nei confronti degli autori di delitti. Per ulteriori rilievi critici cfr. E. DOLCINI / C. E. PALIERO, *op. cit.*, 6 ss., e letteratura citata.

illeciti bagatellari, finisce per compromettere la percezione del loro diverso disvalore nella coscienza sociale.⁸¹

Proprio per combattere gli effetti dannosi delle pene detentive brevi, i vari ordinamenti hanno fatto ricorso a una pluralità di strumenti.

In primo luogo, nel nostro ordinamento, si è fatto ricorso all'istituto della sospensione condizionale della pena, risalente al 1904, con cui è stata attribuita al giudice la facoltà di sospendere per un certo lasso di tempo l'esecuzione della pena senza sottoporre il condannato a controlli, a obblighi o a divieti.

In secondo luogo, sono stati creati istituti sospensivi dell'esecuzione della pena detentiva breve accompagnati da forme più o meno intense di controllo in libertà quale ad esempio, nel nostro ordinamento, l'istituto dell'affidamento in prova al servizio sociale.

In terzo luogo, i legislatori di vari paesi hanno previsto una più o meno ampia facoltà per il giudice di sostituire la pena detentiva con una pena pecuniaria.

In tale senso, il nostro legislatore è intervenuto con la legge 24 novembre 1981, n. 689 prevedendo apposite "sanzioni sostitutive" in grado di surrogare la pena carceraria quali la semidetenzione e la libertà controllata,⁸² affiancate alla pena pecuniaria.

Tuttavia, tali misure non hanno trovato una diffusa applicazione nella prassi, rivelandosi strumenti caratterizzati da un altissimo tasso di ineffettività.

Le cause dell'insuccesso delle sanzioni sostitutive possono individuarsi in almeno tre fattori: in primo luogo, un ruolo decisivo l'ha svolto il difficile coordinamento con la sospensione condizionale della pena, vista l'ampia coincidenza dei rispettivi ambiti applicativi (le sanzioni sostitutive potevano essere adottate entro il limite dei due anni di pena in concreto inflitta, coincidente con il più favorevole regime della prima); in secondo luogo, hanno influito anche le gravose modalità di esecuzione delle sanzioni sostitutive: la libertà controllata prevedeva che l'interessato non si allontanasse dal comune di residenza e si presentasse una volta al giorno presso gli uffici di pubblica sicurezza; la semidetenzione invece lo obbligava a trascorrere

⁸¹ F. VON HOLTZENDORFF, *Die Strafrechtsreformvorschläge von Bonneville de Marsangy*, in *Allgemeine Deutsche Strafrechtszeitung* (1864), 652, citato da E. DOLCINI / C. E. PALIERO, *op. cit.*, 7.

⁸² G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2021, p. 743.

almeno dieci ore al giorno all'interno di un istituto penitenziario (solitamente la notte); e in ultimo hanno contribuito anche le misure alternative alla detenzione che risultano essere meno limitative della libertà personale, soprattutto con riferimento all'affidamento in prova le cui relative prescrizioni sono meno afflittive rispetto alla libertà controllata e alla semidetenzione.

Infine, l'introduzione del meccanismo di sospensione dell'ordine di esecuzione ha causato un maggiore utilizzo delle misure alternative, a discapito delle sanzioni sostitutive.

4.1 La riforma Cartabia sulle sanzioni sostitutive: analogie e differenze con le proposte avanzate dalla Commissione Lattanzi.

In conformità alle proposte avanzate dalla Commissione Lattanzi⁸³, l'art. 1 co. 17 l. n. 134/2021, delega il governo ad abolire la semidetenzione e la libertà controllata, in quanto sanzioni oggi esistenti solo sulla carta, e a prevedere la detenzione domiciliare, la semilibertà, il lavoro di pubblica utilità e la pena pecuniaria nel catalogo delle sanzioni sostitutive.

Quindi, a differenza della Commissione Lattanzi, non viene inserito nel catalogo delle sanzioni sostitutive l'affidamento in prova al servizio sociale⁸⁴, in quanto si è ritenuto che un'applicazione di tale misura all'esito del giudizio di cognizione potesse da un lato disincentivare la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato⁸⁵ e dall'altro allungare i tempi del processo.⁸⁶

⁸³ Per ulteriori approfondimenti si veda F. PALAZZO, *Pena e processo nelle proposte della Commissione Lattanzi*, in *Leg. Pen.*, 2021, pp. 1-8.

⁸⁴ Critico sulla mancata inclusione dell'affidamento in prova tra le pene sostitutive anche A. GARGANI, che propone una netta ripartizione di funzioni tra sanzioni sostitutive che dovrebbero includere anche l'affidamento in prova applicabili dal giudice di cognizione e le misure alternative.

⁸⁵ La *ratio* dell'esclusione è stata rinvenuta nell'esigenza di non compromettere l'applicazione della sospensione del procedimento con messa alla prova. Sul punto si veda G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della legge Cartabia*, cit., p. 17; E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, cit., par. 3

⁸⁶ G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della legge Cartabia*, cit., p. 17.

Secondo altri invece, un'ulteriore dilatazione della sua area applicativa rischiava di assumere i connotati sempre più evidenti di una sospensione condizionale mascherata.

Quanto alla detenzione domiciliare e alla semilibertà, con la riforma, si trasformano tali misure alternative alla detenzione, attualmente di competenza del tribunale di sorveglianza, in sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, direttamente irrogabili dal giudice della cognizione.

Ovviamente esse continueranno a essere previste anche come misure alternative alla detenzione, applicabili dal tribunale di sorveglianza dopo la definitività della sentenza; ciò che cambia è solo la previsione della possibilità di anticiparne l'applicazione in fase di cognizione, con ciò incentivando i riti speciali e gli effetti deflattivi sul procedimento di sorveglianza.

Le nuove pene sostitutive, quindi, saranno assoggettate alla disciplina sostanziale e processuale in quanto compatibile prevista dalla legge sull'ordinamento penitenziario per le omonime misure alternative alla detenzione⁸⁷.

L'anticipazione di tale momento alla fase di cognizione è vista con favore dal momento che elimina in radice il problema della scissione temporale tra il momento in cui la sentenza di condanna viene pronunciata e il momento in cui la stessa viene in concreto eseguita e inoltre combatte la condizione dei cosiddetti "*liberi sospesi*", ossia la situazione di coloro che, condannati a una pena detentiva entro i 4 anni, chiedono, dopo il passaggio in giudicato della sentenza ed entro 30 giorni dalla sospensione dell'ordine di carcerazione, una misura alternativa e,⁸⁸ in attesa del giudizio del magistrato di sorveglianza, non vanno in carcere, ma non iniziano neanche a scontare la pena alternativa, creando una situazione di "limbo".

Quanto invece al lavoro di pubblica utilità, esso è stato ricompreso tra le sanzioni sostitutive ed è considerato applicabile per la generalità dei reati.

⁸⁷ E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, cit., par. 3.

⁸⁸ La sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nel limite di 4 anni, anche se costituente residuo di maggiore pena, è il portato dell'intervento della sentenza Corte Cost., n. 41/2018, che ha inciso sull'originario testo dell'art 656 co. 5 c.p.p. al fine di rendere tale termine corrispondente al termine di concessione dell'affidamento in prova allargato, introdotto nell'ordinamento penitenziario dall'art 3 co. 1 lett. c, dl n. 146/2013 convertito in l. n. 10/2014.

L'unica modifica rispetto alla commissione Lattanzi è la sostituzione della locuzione «se il condannato vi acconsente» con quella «se il condannato non si oppone» all'irrogazione del lavoro di pubblica utilità.

Inoltre, si prevede che il positivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità disposto con decreto penale di condanna o con sentenza di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p., accompagnato da condotte risarcitorie e riparatorie, ove possibile, comporti la revoca della confisca facoltativa.

In tema di pena pecuniaria sostitutiva invece, abbandonando la proposta della Commissione Lattanzi di adottare un sistema di commisurazione per tassi giornalieri della pena pecuniaria per pene inflitte sino a un anno (da €3 a €3.000 all'esito del giudizio ordinario e da €1 a €1.000 a seguito di decreto penale di condanna o di patteggiamento), si delega il governo a rimodulare il limite minimo del valore giornaliero distaccandosi da quello previsto all'art. 135 c.p. (250 euro) Ciò consentirà, fissando un valore più basso parametrabile alle condizioni economiche del condannato, di incentivare la sostituzione della pena e con essa i riti alternativi, con effetti di riduzione dei tempi processuali.⁸⁹

In tal senso, rilevante è il recente intervento della Corte costituzionale che con la sentenza 1° febbraio 2022, n. 28 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 53, secondo comma, della legge n. 689/1981, portando il tasso minimo di conversione da 250 a 75 euro al giorno, dando così seguito al monito già contenuto nella sentenza dell'11 febbraio 2020, n. 15 nella quale la Corte aveva affermato che il valore giornaliero minimo della pena pecuniaria sostitutiva rende «eccessivamente onerosa, per molti condannati, la sostituzione della pena pecuniaria con il conseguente rischio di renderla un privilegio per i soli condannati abbienti»⁹⁰.

Inoltre, sempre recependo le indicazioni della Commissione Lattanzi, la Riforma Cartabia, ha innalzato da 2 a 4 anni il limite massimo entro il quale la pena detentiva potrà essere sostituita dal giudice. Quindi sostanzialmente si fa coincidere il limite di pena detentiva sostituibile con quello della pena soggetta a sospensione

⁸⁹ G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della legge Cartabia*, cit, p. 17.

⁹⁰ Così Corte Cost., 11 febbraio 2020, n. 15 § 2.1 del *Considerato in diritto*.

dell'ordine di esecuzione in vista della richiesta di una misura alternativa alla detenzione.

In particolare, l'art. 1 co. 17 lett. e) prevede che: «quando il giudice, nel pronunciare la sentenza di condanna o la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'art 444 c.p.p., ritenga di dover determinare la durata della pena detentiva entro il limite dei 4 anni, possa sostituirla con la semilibertà o con la detenzione domiciliare⁹¹; quando ritenga di doverla determinare entro il limite di tre anni⁹² può sostituirla anche con il lavoro di pubblica utilità se il condannato non si oppone e quando ritenga di doverla determinare entro il limite di un anno può sostituirla altresì con la pena pecuniaria»⁹³.

Dai limiti edittali, dunque, si può comprendere come l'applicazione di tali sanzioni riguarderà la fascia di reati di gravità medio bassa.

Quindi sostanzialmente si supera l'impostazione dell'art. 53 co. 1 della l. n. 689/1981 nella versione della l. 12 giugno 2003, n. 134, che prevedeva che il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna, quando riteneva di dover determinare la durata della pena detentiva entro il limite di due anni, poteva sostituire tale pena con quella della semidetenzione; quando riteneva di doverla determinare entro il limite di un anno, poteva sostituirla anche con la libertà controllata; quando riteneva di doverla determinare entro il limite di sei mesi, poteva sostituirla altresì con la pena pecuniaria della specie corrispondente.

Il fatto quindi che le sanzioni sostitutive saranno suscettibili di essere applicate anche ai reati di media gravità denota il mutamento nella percezione della brevità delle pene detentive.⁹⁴

A differenza della Commissione Lattanzi però, la legge delega svincola l'accesso alle sanzioni sostitutive dall'adozione di riti alternativi, prevedendo che le nuove pene sostitutive possono essere applicate su scala generale dal giudice di cognizione, a prescindere quindi dalla richiesta di patteggiamento.⁹⁵

⁹¹ R. DE VITO, op. cit., p. 31.

⁹² A. GARGANI, op. cit., p. 7.

⁹³ Art. 1 co. 17 lett. e) l. n. 134/2021.

⁹⁴ *Ibidem*

⁹⁵ A. GARGANI, op. cit., p. 10.

Secondo la commissione Lattanzi invece, la pena detentiva entro la soglia di 4 anni, purchè applicata con la sentenza di patteggiamento poteva essere sostituita con nuove misure corrispondenti nei contenuti alle misure alternative alla detenzione. Infine, alla lett. *h.*, si prevede, conformemente alla Commissione Lattanzi, l'esclusione dell'applicazione della sospensione condizionale alla pena sostitutiva: in particolare, è stato imposto al legislatore delegato di prevedere che le disposizioni degli art. 163 e seguenti del Codice penale, relativi alla sospensione condizionale, non si applichino alle sanzioni sostitutive.

Questa scelta risulta senz'altro in grado di ampliare gli spazi di operatività dell'opzione sostitutiva, superando almeno in parte il difficile coordinamento tra i due istituti.

4.2 Criteri guida della decisione giudiziale sull'*an* e sul *quomodo* della sostituzione.

La riforma Cartabia interviene anche su un altro versante fondamentale concernente la discrezionalità del giudice sul piano dell'*an* e su quello del *quomodo* della sostituzione, dal momento che spetta a quest'ultimo decidere se e quale sanzione sostitutiva applicare e se arricchire di contenuti, tramite ulteriori prescrizioni, le sanzioni sostitutive.

La discrezionalità giudiziale però, è vincolata alla finalità rieducativa e alla concorrente finalità di prevenzione della recidiva⁹⁶ dal momento che il giudice potrà applicare le sanzioni sostitutive solo se ritiene che le stesse possano contribuire alla rieducazione del condannato e possano assicurare, anche attraverso opportune prescrizioni, la prevenzione del pericolo di commissione di ulteriori reati. (art. 1 comma 17 lett. c).

Dunque, da tale previsione, discende che il principio costituzionale del finalismo rieducativo dovrà presidiare la scelta, l'applicazione, e la declinazione

⁹⁶ D. BIANCHI, op. cit., p. 4.

individualizzata delle nuove sanzioni sostitutive, da plasmare sulla storia individuale del condannato.⁹⁷

Tra i criteri che devono orientare il giudice, qualche riserva può suscitare la previsione nella legge delega di una valutazione prognostica circa l' idoneità della sostituzione a prevenire il pericolo di commissione di altri reati, dal momento che essa risulta molto simile alla prognosi richiesta *ex art. 164 c.p.* per la concessione della sospensione condizionale⁹⁸ e alla valutazione *ex art. 47, comma 2, l. n. 354/1975* per l'accesso all'affidamento in prova al servizio sociale⁹⁹.

A riguardo, si ritiene che sarebbe stato più opportuno il riferimento alla valutazione prognostica già indicata nell'*art. 58, comma 2, l. n. 689/1981* che, come è noto, impedisce al giudice di procedere alla sostituzione quando si presuma che le prescrizioni non saranno adempiute dal condannato.

Secondo questa impostazione, dunque, per escludere la sostituzione, non saranno sufficienti meri dubbi circa l'osservanza degli obblighi da parte del reo, ma occorreranno specifici e positivi indizi che inducano a ritenere che le prescrizioni non verranno adempiute, risolvendosi a favore del condannato ogni stato di dubbio circa il rispetto delle stesse.

In secondo luogo, molto complessa appare la regolamentazione del potere discrezionale nella scelta tra le differenti sanzioni sostitutive.

In particolare, si potrebbe pensare di ampliare l'attuale formulazione dell'*art. 58, comma 1, l. n. 689/1981*¹⁰⁰ prevedendo che la scelta debba ricadere sulla sanzione che appaia idonea sia a garantire la minima intimidazione necessaria allo scopo che a perseguire il bisogno di risocializzazione del reo.

A riguardo, potrebbe rivelarsi utile la previsione di una clausola di *extrema ratio* della sanzione sostitutiva maggiormente afflittiva in aggiunta a un obbligo rafforzato di motivazione, in tutti i casi in cui il giudice scelga quella più afflittiva.

⁹⁷ R. DE VITO, op. cit., p. 30.

⁹⁸ Come è noto, l'*art. 164 c.p.* dispone che la misura sia applicabile soltanto se, avuto riguardo alle circostanze indicate nell'*art. 133 c.p.*, il giudice presuma che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati.

⁹⁹ In forza del quale la misura è disposta nei casi in cui si può ritenere che il provvedimento, anche attraverso opportune prescrizioni, contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati.

¹⁰⁰ La quale dispone, tra l'altro, che il giudice scelga tra le varie pene sostitutive quella più idonea al reinserimento sociale del condannato.

Inoltre, al fine di consentire l'applicazione delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi nel giudizio di cognizione¹⁰¹ (art. 1 comma 17 lett. g), viene previsto il coinvolgimento degli uffici per l'esecuzione penale esterna.

In particolare, così come nel giudizio di sorveglianza viene demandata l'indagine socio familiare sul condannato agli uffici per la esecuzione penale esterna, ai fini della valutazione delle istanze di misure alternative alla detenzione, la delega prevede il coinvolgimento di tali uffici nell'espletamento della medesima indagine nel giudizio di cognizione ai fini della eventuale irrogazione di una pena sostitutiva.¹⁰²

Infatti, per l'irrogazione della semilibertà e della detenzione domiciliare come sanzioni sostitutive, appaiono necessarie, oltre alle informazioni di polizia sulla pericolosità del condannato, anche le indagini sulla storia familiare e sul contesto sociale del condannato e a seguito di queste informazioni, il giudice di merito potrà anche formulare un giudizio negativo circa l'adeguatezza della pena sostitutiva con conseguente irrogazione della pena detentiva;¹⁰³

Un ulteriore eccesso di discrezionalità poi, emerge dalla possibilità concessa al giudice di arricchire con ulteriori prescrizioni le sanzioni sostitutive al fine di prevenire il pericolo di commissione di altri reati.

Al fine di evitare rischi di eccessiva vaghezza della previsione legislativa si ritiene che il legislatore delegato dovrebbe indicare la fisionomia di tali prescrizioni per conferire maggiore determinatezza al loro tenore precettivo.

Infine, l'art 1 co. 17 lett *m* prevede un regime più flessibile di quello previsto per la semidetenzione e per la libertà controllata dalla l. n. 689/81, in caso di mancata esecuzione della pena sostitutiva o di inosservanza delle prescrizioni, da un lato escludendo ogni automatismo tra violazione delle prescrizioni integrative delle sanzioni sostitutive e caducazione di queste ultime e, dall'altro, consentendo la conversione della pena sostitutiva revocata "in altra pena sostitutiva".¹⁰⁴

¹⁰¹ Un ulteriore vincolo alla discrezionalità giudiziale deriva dal coinvolgimento dell'Uepe dal momento che è indubbio che il giudice non potrà tenere conto delle indagini effettuate dagli uffici amministrativi nella sua valutazione sul se e sul come sostituire la pena detentiva.

¹⁰² F. CAPASSO, op. cit., p. 12.

¹⁰³ *Ivi*, p. 13.

¹⁰⁴ D. BIANCHI, op. cit., p. 6.

Più specificatamente, si dispone che la revoca consegue solo in caso di mancata esecuzione o di inosservanza grave o reiterata delle prescrizioni e che la conversione del residuo potrà avvenire oltre che nella pena detentiva sostituita anche in altra pena sostitutiva.¹⁰⁵

In sostanza quindi, il giudizio sulla valida espiazione delle sanzioni sostitutive viene ricollegato dal legislatore alla regolare esecuzione delle stesse assumendo rilievo l'inosservanza grave o reiterata delle relative prescrizioni, che comporta la revoca della sanzione sostitutiva e, per la parte residua, la conversione nella pena detentiva sostituita o in un'altra pena sostitutiva.¹⁰⁶

Nonostante il silenzio della delega poi, si deve ritenere che il giudice dovrà provvedere al ricalcolo della pena residua scomputando l'afflizione già subita.

La particolarità, quindi, è che il residuo può essere convertito anche in altra sanzione sostitutiva, maggiormente afflittiva rispetto a quella fallita.

4.3 Pene sostitutive e pene alternative tra giudizio di cognizione e giudizio di sorveglianza.

Dopo aver analizzato la novità introdotta dalla riforma di prevedere, tra le sanzioni sostitutive, le misure della semilibertà e della detenzione domiciliare, trasformando quindi tali misure alternative alla detenzione, attualmente di competenza del tribunale di sorveglianza, in sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, direttamente irrogabili dal giudice della cognizione, appare necessario procedere all'analisi del rapporto che intercorre tra il giudizio di cognizione e il giudizio di sorveglianza, e quindi all'analisi del coordinamento con le previsioni previste dall'ordinamento penitenziario.¹⁰⁷

Innanzitutto, si può partire statuendo che vari punti della delega sembrano voler equiparare il regime delle sanzioni sostitutive a quello delle misure alternative, in quanto il Governo è tenuto a prevedere che «le sanzioni sostitutive delle pene

¹⁰⁵ A. GARGANI, op. cit., p. 7.

¹⁰⁶ F. CAPASSO, op. cit., p. 13.

¹⁰⁷ O. CALAVITA, *La riforma delle sanzioni sostitutive; riflessioni processualistiche in attesa del decreto legislativo*, in *Leg. pen.*, 2022, p. 15

detentive brevi possano essere applicate solo quando il giudice ritenga che contribuiscano alla rieducazione del condannato e assicurino, anche attraverso opportune prescrizioni, la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati»; a coordinare le condizioni soggettive di accesso alle sanzioni sostitutive con «le preclusioni previste dall'ordinamento penitenziario per l'accesso alla semilibertà e alla detenzione domiciliare»; a mutuare da queste ultime «la disciplina sostanziale e processuale prevista dalla legge 26 luglio 1975, n. 354».¹⁰⁸

Per dirimere la questione concernente il rapporto tra giudizio di cognizione e giudizio di sorveglianza, pare potersi fare riferimento alla giurisprudenza che si è andata formando su quest'ultimo tema, secondo cui la «preclusione del giudicato opera *rebus sic stantibus*»: nel procedimento di esecuzione e di sorveglianza un'istanza può essere dichiarata inammissibile qualora sia una mera riproposizione di una richiesta già rigettata e basata sui medesimi elementi (art. 666, comma 2, c.p.p.)¹⁰⁹. Se, invece, si è in presenza di una domanda che presenta il medesimo *petitum* di una precedente, ma le circostanze su cui si fonda sono diverse, il giudice è tenuto a decidere nel merito, accogliendo o respingendo la richiesta.¹¹⁰

Pertanto, nel caso di sanzioni sostitutive rigettate dal giudice di merito, pare potersi sostenere che, al variare delle condizioni che hanno condotto alla decisione definitiva, potrà essere fornita una nuova valutazione circa la meritevolezza di una misura alternativa da parte del tribunale di sorveglianza.¹¹¹

Si consideri inoltre che nel procedimento di sorveglianza sono consentite, a differenza che nel giudizio di cognizione, indagini volte a stabilire la personalità del condannato, con le quali è possibile rivalutare il giudizio effettuato in sede di cognizione, il quale è certamente parziale rispetto all'indagine approfondita sulla personalità del condannato che può condurre la magistratura di sorveglianza.¹¹²

Quanto invece «al coordinamento con le preclusioni previste dall'ordinamento penitenziario» di cui agli artt. 4-*bis* e 58-*quater* ord. penit., partendo proprio da quest'ultimo articolo, la prima ipotesi impedisce a un condannato che è stato riconosciuto colpevole del delitto di evasione o nei cui confronti è stata disposta la

¹⁰⁸ O. CALAVITA, op. cit., p. 15

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*

¹¹¹ *Ibidem*

¹¹² *Ibidem*

revoca di una misura alternativa, di usufruire di una misura alternativa per tre anni dal momento in cui è ripresa l'esecuzione della pena.¹¹³

Traslando queste preclusioni in sede di cognizione, ci si chiede se la non meritevolezza delle sanzioni sostitutive per il delitto di evasione debba scaturire da un procedimento per tale reato o se, al contrario, la preclusione operi in caso di ulteriore condanna durante l'esecuzione della sanzione e, quest'ultima ipotesi pare essere la soluzione preferibile.¹¹⁴

Con riferimento, invece, all'impossibilità di concedere una sanzione sostitutiva per revoca che sia intervenuta nei tre anni precedenti la condanna, vi è da chiedersi se si debbano tenere in considerazione solo le revoche delle sanzioni sostitutive ovvero anche delle misure alternative.¹¹⁵ Una scelta coerente potrebbe essere quella di prevedere l'impossibilità di concedere le sanzioni sostitutive solo qualora la revoca sia stata disposta proprio durante l'esecuzione delle stesse e di rimettere invece alla discrezionalità del giudicante il caso in cui la revoca abbia riguardato una misura alternativa. Diversamente, si cadrebbe in un paradosso in cui la revoca di una misura alternativa sarebbe ostativa alla concessione di una sanzione sostitutiva, ma la revoca di quest'ultima non sarebbe ostativa per la concessione della prima.

Infine, l'art. 58-*quater* ord. penit. impone un divieto quinquennale di concessione delle misure alternative ai condannati per i reati previsti dall'art. 4-*bis*¹¹⁶ se in costanza di detenzione hanno commesso un ulteriore delitto doloso punito con una pena massima non inferiore a tre anni durante l'esecuzione di una misura alternativa alla detenzione.¹¹⁷ Questa ipotesi, come visto, presuppone un incardinato rapporto detentivo, ma nulla vieta che sia "importabile" anche in sede di cognizione con gli opportuni adeguamenti.

La questione diventa particolarmente complessa in relazione all'art. 4-*bis* ord. penit., il quale prevede una serie di preclusioni e deroghe di difficile interpretazione, anche a seguito dei recenti interventi della Corte costituzionale.¹¹⁸

¹¹³ O. CALAVITA, op. cit., p. 16.

¹¹⁴ *Ivi*, p. 17.

¹¹⁵ *Ibidem*

¹¹⁶ Commi 1, 1-*ter* e 1-*quater* ord. penit

¹¹⁷ O. CALAVITA, op. cit., p. 17.

¹¹⁸ *Ibidem*

L'art. 4 *bis*, co. 1 ord. penit., prevede che i benefici penitenziari possano essere concessi ai condannati per i c.d. "delitti di prima fascia" solo qualora vi sia da parte degli stessi una effettiva collaborazione con la giustizia ai sensi degli artt. 58 *ter* ord. penit. o 323 *bis* c.p., ad eccezione dei casi in cui siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, e la collaborazione stessa sia impossibile o irrilevante ovvero ancora sia stato risarcito integralmente il danno (art. 4 *bis*, comma 1 *bis*, ord. penit.).¹¹⁹

Negli ultimi anni, inoltre, la Corte costituzionale, in merito alla concessione dei permessi premio, ha in un primo momento reso relativa la preclusione assoluta prevista dalla norma, e in un secondo momento ha chiesto al legislatore di intervenire entro il 10 maggio 2022 per allineare il sistema penitenziario con il carattere non assoluto della preclusione in oggetto.¹²⁰

Traslando queste preclusioni in sede di cognizione per l'irrogazione delle sanzioni sostitutive, il legislatore delegato dovrà tenere in considerazione gli interventi della Corte costituzionale e un'eventuale modifica legislativa della disciplina penitenziaristica. Pertanto, sarebbe opportuno che il Governo e il legislatore parlamentare interloquiscano entro il 10 maggio 2022 e ove ciò non fosse possibile, sarebbe opportuno che il governo attendesse la decisione della Corte costituzionale per adottare la proposta di decreto legislativo da sottoporre alla Camere per il dovuto parere.¹²¹

Minori problemi, invece, sembrano esservi in relazione alle preclusioni per i delitti c.d. di "seconda fascia" (art. 4 *bis*, comma 1 *ter*, ord. penit.), dal momento che in questo caso non è necessaria la collaborazione con la giustizia qualora manchino elementi che facciano ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. Inoltre, non essendovi stati interventi della Corte costituzionale, pare che l'attuale formulazione del comma 1-*ter*, possa essere riproposta anche con riferimento alle sanzioni sostitutive, sebbene sarà in concreto arduo che queste possano essere concesse per la maggior parte dei reati ivi

¹¹⁹ O. CALAVITA, op. cit., p. 17.

¹²⁰ *Ibidem*

¹²¹ *Ivi*, p. 18.

annoverati a causa del loro elevato minimo edittale, se non a seguito di ritenuta prevalenza delle circostanze attenuanti e/o con l'accesso a riti alternativi.¹²²

Invece, l'ultima preclusione alla concessione dei benefici penitenziari, ossia quella riferita ai c.d. *sex offenders* (art. 4 *bis*, comma 1 *quater*, ord. penit.), torna a sollevare importanti problemi di coordinamento.

In relazione ad essi si prevede che possono essere ammessi alle misure alternative alla detenzione «solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno» e dunque presuppongono un avvenuto inserimento nel circuito penitenziario.¹²³ In sede di cognizione, tuttavia, proprio quest'ultimo aspetto induce a ritenere che la sottoposizione ad osservazione scientifica della personalità di un imputato si porrebbe in aperto contrasto con il principio costituzionale di non colpevolezza cristallizzato all'art. 27, comma 2, Cost., oltre che con il principio di innocenza di cui all'art. 6 CEDU¹²⁴, in quanto presupporrebbe una prognosi di condanna certa.¹²⁵

Dunque, la soluzione preferibile sembrerebbe essere quella di non trasporre *tout court* la preclusione in esame in sede di cognizione per le sanzioni sostitutive.

Tuttavia, tale impostazione creerebbe enormi diversità di trattamento tra i condannati detenuti e i condannati liberi, in quanto l'accesso dal carcere a una misura alternativa richiederebbe la sottoposizione del detenuto a un anno di osservazione scientifica della personalità *in status detentionis*, mentre la concessione di una sanzione sostitutiva sarebbe svincolata da siffatto requisito.¹²⁶ Spetterà dunque al legislatore risolvere questo problema, tenendo in considerazione tutti gli interessi coinvolti.

In conclusione, si segnala che l'art. 1, co. 17, lett. *d*, l. n. 134/2021 chiede che le preclusioni siano mutate da quelle previste dall'ordinamento penitenziario, al fine di «disciplinare opportunamente le condizioni soggettive per la sostituzione della pena detentiva». Sembra dunque che le citate preclusioni debbano essere riferite non solo alla semilibertà e alla detenzione domiciliare, bensì a tutte le sanzioni

¹²² O. CALAVITA, op. cit., p. 18.

¹²³ *Ibidem*

¹²⁴ *Ibidem*

¹²⁵ *Ibidem*

¹²⁶ *Ibidem*

sostitutive.¹²⁷ Diversamente ragionando, infatti, per alcuni reati si genererebbe una contraddizione in quanto per lo stesso delitto sarebbe impedita la concessione della semilibertà e della detenzione domiciliare, ma sarebbero irrogabili le più “leggere” sanzioni del lavoro di pubblica utilità e della pena pecuniaria¹²⁸.

5. Le sanzioni sostitutive introdotte dalla riforma Cartabia.

Le nuove sanzioni sostitutive introdotte dalla Riforma Cartabia, come affermato in precedenza, sono: la detenzione domiciliare, la semilibertà, il lavoro di pubblica utilità e la pena pecuniaria.

Per le pene fino a un anno potranno trovare applicazione tutte e quattro le sanzioni sostitutive, nonché come previsto dalla legge, anche la sospensione condizionale della pena.

Per le pene da uno a due anni, concorrono la detenzione domiciliare, la semilibertà e il lavoro di pubblica utilità, permanendo anche in questo caso la possibilità di applicare la sospensione condizionale.

Per le pene da due a tre anni potranno essere applicate la detenzione domiciliare, la semilibertà e il lavoro di pubblica utilità con esclusione stavolta della sospensione condizionale e infine, per le pene da tre a quattro anni concorreranno solo la detenzione domiciliare e la semilibertà.

Quando la pena si assesta tra i tre e i quattro anni, però, sorgono delle problematiche relative all'inconciliabilità del limite edittale delle misure alternative con le omonime sanzioni sostitutive.

In particolare, la detenzione domiciliare generica¹²⁹ può essere concessa in sorveglianza fino a due anni, mentre quattro anni è la soglia prevista per quella

¹²⁷ O. CALAVITA, op. cit., p. 19.

¹²⁸ Si pensi al reato di corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.), punita con la reclusione da tre a otto anni. Se la pena in concreto irrogata fosse pari a tre anni, questa sarebbe sostituibile con il lavoro di pubblica utilità, senza incorrere nelle preclusioni dell'ordinamento penitenziario. Al contrario, se la pena fosse di quattro anni, dette preclusioni opererebbero e il condannato sarebbe costretto a collaborare con la giustizia al fine di ottenere la semilibertà o la detenzione domiciliare oltre che le misure alternative alla detenzione.

¹²⁹ Art. 47-ter, co. 1-bis, ord. penit.

“umanitaria”¹³⁰ e per l’affidamento in prova¹³¹; al contrario, in sede di cognizione l’unico limite previsto è pari a quattro anni.

Tuttavia, tale discrasia non pare possa condurre a profili di illegittimità costituzionale, dal momento che rientra nella discrezionalità del legislatore disciplinare situazioni che non sono del tutto omogenee tra loro, ma comunque si ritiene che sarebbe stato opportuno mutuare dalla disciplina penitenziaria anche i relativi limiti edittali onde evitare incongruenze.

Inoltre, è prevedibile che un imputato preferirà non chiedere l’applicazione della detenzione domiciliare o della semilibertà all’esito del giudizio, in quanto la misura alternativa dell’affidamento in prova è ampiamente più “appetibile” rispetto alle prime e può anch’essa essere concessa per pene fino a quattro anni. Vi è dunque il rischio che le due “nuove” sanzioni sostitutive più gravose possano andare incontro a una disapplicazione simile a quella riscontrata per la semidetenzione e per la libertà controllata¹³².

Comunque, la novità dirompente della riforma Cartabia consiste nel fatto che viene sottratta centralità alla pena carceraria in quanto la semilibertà¹³³ e la detenzione domiciliare vengono trasformate in pene sostitutive e potranno quindi essere irrogate prima del passaggio in carcere da parte del condannato.

Nonostante ciò, si ritiene comunque che la semilibertà e la detenzione domiciliare, abbiano una forte carica afflittiva in quanto esse restano comunque sanzioni a tutti gli effetti detentive.

Infatti, se da un lato la detenzione domiciliare priva il condannato della sua libertà personale anche se in un contesto non carcerario, dall’altro la semilibertà, che è nella sostanza una forma aperta di esecuzione della pena detentiva, comporta un obbligo di permanenza in carcere maggiore rispetto alla semidetenzione.

La riforma, quindi, da un lato elimina la semidetenzione, ma allo stesso tempo introduce al suo posto una pena che ne riproduce in forma accentuata i connotati

¹³⁰ Art. 47-ter, co. 1, ord. penit.

¹³¹ Art. 47 ord. penit.

¹³² Così anche A. GARGANI, *La riforma*, cit., p. 15 che definisce l’affidamento in prova la «*default option*».

¹³³ E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, cit., par. 3 e A. GARGANI, op. cit., par. 8, evidenziano la natura di pena semicarceraria della semilibertà e la sua inclinazione ad assumere i caratteri della modalità esecutiva della pena detentiva.

para carcerari¹³⁴, anche se comunque, si deve considerare che la semilibertà può sostituire pene detentive maggiori rispetto a quelle oggetto di sostituzione mediante la semidetenzione ex art 53 l. n. 689/81: fino a 4 anni anziché fino a 2¹³⁵.

5.1 La detenzione domiciliare.

La legge delega prevede che le nuove pene sostitutive della detenzione domiciliare e della semilibertà, siano assoggettate alla disciplina sostanziale e processuale in quanto compatibile prevista dalla legge sull'ordinamento penitenziario per le omonime misure alternative alla detenzione e dunque ai relativi articoli previsti dalla l. n. 354/1975.

Essa però non si limita a prevedere la mutazione della disciplina sostanziale e processuale della l. n. 354/1975, bensì conferisce al governo anche il compito di disciplinare nuovamente le condizioni soggettive per la sostituzione della pena detentiva, assicurando il coordinamento con le preclusioni previste dall'ordinamento penitenziario previste per l'accesso a tali misure.

Quanto alla detenzione domiciliare, innanzitutto, è noto che essa è stata introdotta dalla l. 10 ottobre 1986 n. 663 c.d. legge Gozzini e che ha esteso sempre di più il suo campo di applicazione, divenendo il principale strumento di deflazione carceraria.

La particolarità di tale misura deriva dal fatto che l'espiazione della pena detentiva avviene nell'abitazione del condannato o in un altro luogo di privata dimora o in un luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza e che, durante l'espiazione, il tribunale di sorveglianza può sottoporre il condannato a varie prescrizioni quali il divieto di allontanarsi dal luogo di espiazione della pena e, ove il giudice lo ritenga necessario, il divieto di comunicare con persone diverse da quelle che con lui coabitano e se il condannato si allontana dal luogo in cui espia la pena, risponderà di evasione ex art. 385 c.p.¹³⁶

¹³⁴ D. BIANCHI, op. cit., p. 9.

¹³⁵ *Ibidem*

¹³⁶ G. MARINUCCI, G. L. GATTA, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale parte generale*, cit., p. 792.

Tuttavia, anche se da un lato la detenzione domiciliare comprime la libertà personale del condannato in maniera significativa, dal momento che gli impedisce di circolare liberamente nel territorio e di fuoriuscire dall'abitazione per numerose ore, dall'altro lato non implica comunque la carcerizzazione cioè l'imposizione di una vita comunitaria coatta.

In sostanza, si è in presenza di uno strumento che si pone tra la detenzione intramurale e l'affidamento in prova al servizio sociale, tramite il quale può realizzarsi la funzione del trattamento penitenziario progressivo.¹³⁷

Per quanto riguarda i presupposti per accedere a tale misura, sia se l'istanza proviene da un detenuto, sia se proviene da un soggetto in libertà, è necessario che colui che chiede di espiare la pena in detenzione domiciliare, abbia un domicilio idoneo.

Pertanto, in *primis*, nell'esaminare la domanda di detenzione, dovranno essere acquisite informazioni sull'esistenza, agibilità e idoneità del domicilio.

In particolare, esso deve essere legittimo ossia deve essere assicurata la titolarità formale in capo al condannato o in capo a colui che ne offre la disponibilità e deve essere adeguato ossia deve essere dotato di tutti i requisiti per i controlli da parte delle forze dell'ordine.¹³⁸

Il secondo elemento da valutare, poi, è l'affidabilità del soggetto.

Se il soggetto proviene dal carcere si valuterà la relazione di sintesi ossia il documento nel quale gli operatori esprimono un parere favorevole; se invece il soggetto è libero, la valutazione avrà ad oggetto altre fonti come la relazione delle forze dell'ordine o le indagini effettuate dall'Uepe.

Attualmente vi sono vari tipi di detenzione domiciliare: la c.d. detenzione domiciliare "*ordinaria*" (art. 47-ter l. 354/1975) nelle forme "anagrafica" (co. 01), "umanitaria" (co. 1) e "generica" (co. 1-bis); le ipotesi "*speciali*" di detenzione domiciliare che sono riservate ai soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria¹³⁹ (art. 47-quater l. 354/1975) e alle condannate madri (art. 47-quinquies l. 354/1975) e infine la detenzione domiciliare c.d. "*svuotacarceri*"

¹³⁷ L. SPAVENTI, F. GHEZZI, *Le misure alternative alla detenzione nell'interpretazione giurisprudenziale*, in P. BALDUCCI, A. MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, cit., p. 598.

¹³⁸ *Ivi*, p. 601.

¹³⁹ A. GARGANI, op. cit., par. 8.

(esecuzione della pena detentiva presso il domicilio per pene non superiori a diciotto mesi), introdotta dall'art.1 l. n. 199/2010, al fine di arginare il fenomeno del sovraffollamento carcerario.

Quanto alla detenzione domiciliare ordinaria *ex art 47 ter* ord. penit., essa si apre con il comma 01 che disciplina la detenzione domiciliare anagrafica secondo cui possono accedervi i soggetti che hanno superato i 70 anni di età.

Tuttavia, la norma prevede una serie di eccezioni: in primo luogo, la detenzione domiciliare per gli ultrasessantenni non può essere concessa nei casi di condanne per i reati di cui agli art. 600-604 c.p., 609 *bis*, *quater* e *octies* c.p. e per i reati di cui al 4-*bis* ord. penit., nei casi in cui l'ultrasessantenne sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza e nei casi in cui sia stato condannato con aggravante dell'art 99 c.p. anche se la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità per quest'ultima previsione.

L'art 47 *ter* co. 1 disciplina invece la detenzione domiciliare umanitaria la quale non incorre nella limitazione ostativa dei reati di cui al 4-*bis* ord. penit., perché le condizioni soggettive cui è subordinata prevalgono sulla presunzione di pericolosità sociale.

In particolare, la lett. *a*) statuisce che la detenzione domiciliare può essere concessa, quando la pena della reclusione non supera i 4 anni anche se residua di maggiore pena, alla donna incinta o alla madre di prole inferiore ad anni 10 con lei convivente. Tale misura viene concessa per consentire la cura del minore, non solo nella propria dimora ma anche in un luogo pubblico di cura, assistenza e accoglienza o in case-famiglia protette.¹⁴⁰

Secondo il comma 1 lett. *b*) dell'art 47 *ter*, allo stesso beneficio possono essere ammessi i padri che esercitano la potestà genitoriale sui figli, quando i figli abbiano età inferiore ad anni 10 e siano con loro conviventi, purché vi sia l'assoluta impossibilità della madre di occuparsi di essi, o perché è defunta o perché affetta da una gravissima infermità.¹⁴¹

Il co. 1 lett. *c*) invece, prevede la detenzione domiciliare concessa per motivi di salute, ossia quando la persona si trova in condizioni di salute particolarmente gravi

¹⁴⁰ L. SPAVENTI, F. GHEZZI, op. cit., p. 603.

¹⁴¹ *Ivi*, p. 604.

che richiedono costanti contatti con i presidi sanitari territoriali. Il limite, anche per questo tipo di detenzione domiciliare, è che la pena da espiare non sia superiore ad anni 4.

Al co. 1 lett *d*) invece si fa riferimento ai detenuti che, pur non avendo compiuto gli anni 70, hanno già compiuto gli anni 60; essi possono essere ammessi alla misura solo se inabili anche parzialmente e quando la pena non eccede i 4 anni.

In ultimo, alla lett. *e*) si fa riferimento alla persona minore di anni 21 e la misura gli può essere concessa solo per comprovate esigenze di salute, studio lavoro o famiglia.

All'art 47 *ter* poi, al comma *1-bis*, è disciplinata la detenzione domiciliare ordinaria o generica, introdotta dalla legge ex Cirielli e destinata a tutti i detenuti che hanno da espiare una pena non superiore a due anni, indipendentemente dalle condizioni soggettive esaminate salva l'ostatività dei delitti di cui al *4-bis* ord. penit., quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova e quando essa sia idonea a evitare il pericolo che egli commetta nuovi reati.¹⁴²

Il comma 1 *ter*, invece, prevede la c.d. detenzione domiciliare umanitaria, introdotta dalla legge Simeone e concedibile senza limiti di pena quando il soggetto potrebbe beneficiare del differimento dell'esecuzione ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p.

Dunque, si tratta di una forma di detenzione domiciliare eccezionale, collegata solo alla sussistenza dei presupposti del differimento della pena obbligatorio o facoltativo.

L'art 146 c.p. come è noto, disciplina il differimento obbligatorio e prevede che l'esecuzione di una pena che non sia pecuniaria è differita: se deve aver luogo nei confronti di una donna incinta, di una madre di prole di età inferiore ad anni uno, di persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria per effetto dei quali le condizioni di salute sono incompatibili con lo stato di detenzione. Ovviamente il differimento è revocato se la gravidanza si interrompe, se la madre è decaduta dalla responsabilità genitoriale, o il figlio muore o viene abbandonato.¹⁴³

¹⁴² L. SPAVENTI, F. GHEZZI, op. cit., p. 606.

¹⁴³ *Ivi*, p. 607.

Ovviamente è necessaria una certificazione medica che attesti l'attualità dello stato di gravidanza, o un certificato di nascita che attesti la condizione di madre di prole di età inferiore ad anni uno.

L'art 147 invece, prevede che l'esecuzione di una pena può essere differita se è presentata domanda di grazia, se una pena restrittiva della libertà personale deve essere eseguita contro chi si trova in condizioni di grave infermità, se una pena restrittiva deve essere eseguita nei confronti di madre di prole di età inferiore a 3 anni.¹⁴⁴

Gli articoli 47 *quater* e 47 *quinqües* della l. n. 354/1975, disciplinano invece le ipotesi "*speciali*" di detenzione domiciliare, che sono riservate rispettivamente ai soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, ai soggetti che abbiano in corso o che intendano intraprendere un programma di assistenza e alle condannate madri di prole non superiore ai 10 anni, condannate a una pena eccedente i 4 anni, che abbiano espiato almeno un terzo della pena.

L'art 47 *quinqües* ord. penit. è stato introdotto con la l. n. 40 del 2001 e prevede in un'ottica di maggiore tutela della maternità e dei minori una detenzione domiciliare concedibile oltre i limiti di cui all'art 47 *ter* ovvero due anni del comma 1-*bis* e quattro anni del comma 1 lett *a* e *b* in presenza di minori di tenera età.

La l. n. 62 del 2011 ha poi aggiunto all'art 47 *quinqües* il co. 1 *bis* secondo cui «l'espiazione della quota di pena richiesta per la fruizione della detenzione domiciliare speciale può avvenire presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri ovvero se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora o in luogo di cura, assistenza o accoglienza al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli¹⁴⁵» e che «in caso di impossibilità di espiare la pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, la stessa può essere espiata nelle case-famiglia protette ove istituite¹⁴⁶».

In questo modo quindi la madre di prole di età non superiore a 10 anni, condannata a pena detentiva di lunga durata o anche all'ergastolo, può essere ammessa a espiare la frazione iniziale della pena in speciali strutture dotate di sistemi di sicurezza non

¹⁴⁴ L. SPAVENTI, F. GHEZZI, op. cit., p. 609.

¹⁴⁵ Art 47 *quinqües* co. 1-*bis*.

¹⁴⁶ Art 47 *quinqües* co. 1-*bis*.

riconoscibili dai bambini o addirittura, se non vi è pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, può evitare sin dall'inizio l'ingresso in carcere.¹⁴⁷

Quindi, la concessione del beneficio in parola è subordinata all'accertamento che non sussista un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e che vi sia la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli, affinché la madre possa provvedere alla loro assistenza e cura.

La disciplina si presenta maggiormente flessibile anche in caso di ritardo nel rientro nel domicilio per venire incontro a imprevisti riguardanti la cura dei bambini. È ammesso infatti che, per la condannata ammessa alla detenzione domiciliare speciale, l'assenza dal domicilio senza giustificato motivo per non più di 12 ore possa essere motivo di revoca della misura, e, solo se l'assenza si protrae per un tempo maggiore la condannata sarà punita per evasione ai sensi dell'art 385 c.p.

Questa disciplina si applica anche al padre detenuto in caso di morte o impossibilità della madre a curare i figli.¹⁴⁸

Inoltre, la consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art 4-bis nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari la detenzione domiciliare di cui al 47 *ter* comma 1 lett. *a* e *b* in quanto secondo la Corte, assume un rilievo prioritario l'interesse del minore ad instaurare un rapporto con la madre.¹⁴⁹

Dunque, il corretto bilanciamento tra gli interessi contrapposti, ossia quello di difesa sociale e quello di tutela del minore, deve operarsi in concreto nel senso che il giudice deve verificare, nella specifica situazione, la eventuale sussistenza del pericolo di commissione di ulteriori delitti da parte della condannata.¹⁵⁰

5.1.1 L'esecuzione della pena presso il domicilio.

¹⁴⁷ F. FIORENTIN, *La consulta dichiara incostituzionale l'art 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, nota a Corte Cost., Sent. 22 ottobre 2014, n. 239, in *Dir. pen. cont.* 2014.

¹⁴⁸ L. SPAVENTI, F. GHEZZI, op. cit., p. 613.

¹⁴⁹ Anche fonti di livello sovranazionale qualificano superiore l'interesse del minore, tale da considerarlo preminente nell'ambito delle decisioni giurisdizionali.

¹⁵⁰ F. FIORENTIN, *La consulta dichiara incostituzionale l'art 4-bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*; Cass., Sez. I, 10 ottobre 2017, n. 53426, in *Dir. giust.*, 2017.

Nel gennaio del 2010, l'emergenza derivante dal sovraffollamento carcerario, conduceva il governo italiano ad approvare una serie di misure emergenziali.

Proprio in quel momento fu emanata la l. 26 novembre 2010, n. 199, che ha introdotto la possibilità di espiare le pene detentive brevi (non superiori a dodici mesi) presso un luogo esterno al carcere come l'abitazione del condannato ovvero presso un altro luogo di cura, assistenza e accoglienza.

Riguardo a tale misura, è stato modificato il *quantum* di pena da espiare per accedere alla misura portandolo da dodici a diciotto mesi e, con il d.l. 23 dicembre del 2013 n. 146, la misura è divenuta definitiva,¹⁵¹ diversamente dal progetto originario, che concepiva l'istituto come misura temporanea¹⁵² applicabile fino alla completa attuazione del piano carceri e comunque non oltre il 31 dicembre 2013.

Dunque, la finalità di quest'alternativa alla detenzione, è quella di ridurre la popolazione carceraria.

L'art 1, co. 1, prevede la possibilità per il condannato di scontare presso la propria abitazione o in altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza, la pena detentiva non superiore a 18 mesi, anche residua di maggiore pena. L'applicazione della misura è attribuita alla competenza del magistrato di sorveglianza che provvede entro cinque giorni dalla presentazione dell'istanza.

Alla misura si può accedere sia dallo stato di libertà che dallo stato di detenzione ma la disciplina è differenziata.¹⁵³ Solo nel primo caso, infatti, il potere di iniziativa è assegnato al pubblico ministero mentre per il detenuto la concessione è disposta dal magistrato di sorveglianza su impulso di parte.

¹⁵¹ Cass., 26 giugno 2013, in *DeJure*: essa persegue lo scopo di introdurre una misura temporanea applicabile fino al 31 dicembre 2013 per far fronte all'emergenza del sovraffollamento delle carceri, estendendo il beneficio della detenzione domiciliare a categorie di condannati che in applicazione del disposto dell'art 656 c.p.p. comma 9, non avrebbero potuto godere e in particolare ai condannati ai quali è stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99 c.p. comma 4.

¹⁵² Il carattere di temporaneità che ha in origine contraddistinto la misura ha indotto taluni interpreti a ritenere che tale istituto fosse un mero strumento di deflazione penitenziaria. La sua natura giuridica, infatti, è controversa: da un lato si colloca chi lo qualifica una nuova forma di detenzione domiciliare (cfr. FIORIO, *Detenzione domiciliare obbligatoria e sovraffollamento carcerario*, in *Giur. merito*, 2011, p. 1209) dall'altro alcuni lo ritengono una misura alternativa alla detenzione (cfr. DOLCINI, MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, Padova, 2014, p. 614)

¹⁵³ Per la trattazione della disciplina relativa al soggetto già detenuto, si veda G. MANTOVANI, *La detenzione domiciliare e la semilibertà*, in *Leg. pen*, 2018.

Nel caso di detenuto libero, il pubblico ministero ha il compito di svolgere alcuni accertamenti tramite la polizia giudiziaria, ad esempio sulla idoneità del domicilio. Quindi, sospende l'esecuzione e trasmette il tutto all'ufficio di sorveglianza.

A norma dell'art 1 co. 3 infatti, il pubblico ministero sospende l'esecuzione e il magistrato di sorveglianza, ricevuti gli atti, può disporre d'ufficio, in assenza quindi di un'istanza, l'esecuzione della pena nel domicilio, salva l'ipotesi in cui il pm debba emettere il decreto di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva di cui all'art 656 comma 5 c.p.p.

Il comma 2 invece, prevede delle condizioni ostative alla concessione del beneficio: questa misura non è applicabile ai condannati per delitti di particolare allarme sociale previsti dall'art. 4-*bis* ord. penit.¹⁵⁴ e nei casi dell'art. 656, co. 9 lett. a), ai delinquenti professionisti, abituali o per tendenza. Non può essere concesso nemmeno se vi è la possibilità che il condannato possa darsi alla fuga o se sussistono ragioni per ritenere che il condannato possa commettere altri delitti, o in caso di insussistenza di un domicilio idoneo.¹⁵⁵ Inoltre, non è ammissibile nemmeno nei confronti dei soggetti che abbiano subito il regime di sorveglianza particolare di cui all'art 14-*bis* ord. penit.

5.3 La semilibertà.

La semilibertà è stata per lungo tempo modello di riferimento della semidetenzione, sanzione sostitutiva disciplinata dalla l. n. 689/1981.

Le due misure però presentano varie differenze: innanzitutto, la semidetenzione prevede soltanto l'obbligo di trascorrere almeno 10 ore al giorno in istituto, restando indifferente l'impiego del tempo residuo.

La semilibertà,¹⁵⁶ invece, prevede per il detenuto un certo margine di libertà durante il giorno, poiché egli è autorizzato ad uscire dall'istituto per dedicarsi ad attività

¹⁵⁴ Per una disamina sulle problematiche dell'art 4-*bis* ord. penit, si veda L. SCOMPARIN, *Commento all'art 1 legge 26 novembre 2010, n. 199*, in *Leg. pen.*, 2011, p. 332-333.

¹⁵⁵ C. TERRACINA, *Il pubblico ministero e l'esecuzione delle pene detentive e pecuniarie*, in P. BALDUCCI, A. MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, cit., p. 151.

¹⁵⁶ Come è noto, il condannato in semilibertà trascorre la maggior parte della giornata all'interno di un apposito istituto penitenziario, salvo uscirne il tempo necessario "per partecipare ad attività

lavorativa, anche non retribuita oppure per dedicarsi ad attività istruttive o utili al reinserimento sociale¹⁵⁷; tuttavia, è imposto al semilibero l'obbligo di rientrare in carcere tutte le sere per trascorrere la notte.

Quanto ai presupposti di applicabilità di tale misura si rinvia all'art. 50 co. 1 e co. 2 l. n. 354/1975. Il co. 1 prevede che possano essere espiate in regime di semilibertà la pena dell'arresto e la pena della reclusione non superiore a sei mesi, se il condannato non sia affidato in prova al servizio sociale.

Si tratta, dunque, di un'ipotesi di semilibertà avente già dall'origine funzione sostitutiva di pene detentive brevi, in alternativa all'affidamento in prova;

il co. 2, invece, prevede che «fuori dai casi previsti dal comma 1, il condannato può essere ammesso alla semilibertà solo dopo l'espiazione di almeno metà della pena ovvero, se si tratta di condannato per taluno dei delitti indicati dal comma 1 dell'art. 4-bis, di almeno due terzi di essa. L'internato invece, può esservi ammesso in ogni tempo. Tuttavia, nei casi previsti dall'art 47, se mancano i presupposti per l'affidamento in prova, il condannato per un reato diverso da quelli del co. 1, 1-*ter* e 1-*quater* dell'art 4-*bis* può essere ammesso alla misura anche prima dell'espiazione di metà della pena»¹⁵⁸.

La semilibertà, quindi, può essere sostitutiva della detenzione fin dall'origine per pene detentive brevi, può essere misura preparatoria al ritorno in libertà o può avere funzione surrogatoria dell'affidamento in prova, in mancanza dei presupposti per questa misura.¹⁵⁹

Inoltre, la semilibertà è uno degli strumenti tramite i quali perseguire la realizzazione della progressione trattamentale in quanto, secondo l'art. 50 co. 4 «l'ammissione alla semilibertà è disposta in base ai progressi compiuti nel corso del trattamento, quando vi sono le condizioni per un graduale reinserimento del soggetto nella società».¹⁶⁰

lavorative, istruttive o comunque utili al reinserimento sociale”, mentre la semidetenzione comporta la presenza del condannato in istituto per almeno dieci ore al giorno.

¹⁵⁷ V. Cass. Sez. I, 24 gennaio 2017, n. 17861, in *Dir. giust.*, 2017.

¹⁵⁸ Art. 50 co.2 ord. penit.

¹⁵⁹ L. SPAVENTI, F. GHEZZI, op. cit., p. 620.

¹⁶⁰ Si veda F. PALAZZO, *Semilibertà e trattamento penitenziario*, in V. GREVI, *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Bologna, 1982, p. 67; L. DAGA, *Semilibertà*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, p. 1121 e ss; M. CANEPA, S. MERLO, op. cit., p. 383.

Dunque, ai fini dell'ammissione a tale misura, sono richieste due distinte indagini: una concernente i risultati del trattamento e l'altra sulla esistenza delle condizioni che garantiscono un graduale reinserimento del soggetto nella società.

Inoltre, essa è una misura che realizza in maniera efficace il trattamento risocializzante progressivo perché mette alla prova il detenuto in maniera significativa, impegnandolo a gestire le prescrizioni del programma nonché la pressione di rientrare ogni sera in orario in istituto.

In particolare, il programma di trattamento è redatto dall'equipe e poi sottoposto all'approvazione del magistrato di sorveglianza e la responsabilità di esso è del direttore del carcere, mentre il semilibero è sottoposto all'assistenza e vigilanza dell'Uepe.

Per quanto riguarda le modalità esecutive, i detenuti vengono assegnati ad appositi istituti o sezioni per evitare ingressi in carcere di oggetti non consentiti e la promiscuità tra detenuti.

Anche il regime di semilibertà può essere oggetto di revoca¹⁶¹.

Infine, se il soggetto si dimostra inidoneo al trattamento, potrà essere disposta la revoca in ogni tempo e se il condannato, senza giustificato motivo, non rientra in istituto e, se l'assenza non supera le 12 ore, il condannato sarà punito in via disciplinare. Solo se l'assenza si protrae più a lungo il condannato risponderà di evasione ai sensi del 385 c.p.

5.4 Il lavoro di pubblica utilità.

La previsione del lavoro di pubblica utilità tra le sanzioni sostitutive costituisce una novità accolta con favore sia perché esso appare svincolato dalla realtà carceraria sia perché appare dotato di una intrinseca valenza rieducativa.

A riguardo, la riforma Cartabia ha previsto che la sostituzione possa avvenire anche d'ufficio con sentenza di condanna o con sentenza di patteggiamento¹⁶² a

¹⁶¹ L. SPAVENTI, F. GHEZZI, op. cit., p. 621.

¹⁶² L'imputato o il condannato non dovranno dunque fare richiesta del lavoro di pubblica utilità. Inoltre, richiedendo che l'imputato non si opponga all'applicazione del lavoro di pubblica utilità, il d.d.l. governativo ricalca il disposto degli artt. 186 co. 9 *bis* e 187 co. 8 *bis* cod. strada in materia di guida in stato di ebbrezza e di guida sotto l'azione di sostanze stupefacenti.

condizione che il giudice ritenga di dover determinare la pena detentiva entro il limite di tre anni e che il condannato non vi si opponga (art. 1 co. 17 lett. e).

Inoltre, sempre a quest'ultima condizione, è stato previsto che con il decreto penale di condanna la pena detentiva possa essere sostituita, oltre che con la pena pecuniaria, con il lavoro di pubblica utilità (art. 1, comma 17, lett. e, l. 134/2021).

Il legislatore delegante poi, ha previsto che la disciplina del lavoro di pubblica utilità dovrà essere mutuata dall'omonima pena applicabile dal giudice di pace, in quanto compatibile, dettata dal d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 (art. 1 co. 17 lett. f) pur precisando che la durata debba essere pari a quella della pena detentiva sostituita.¹⁶³

In merito a quest'ultimo punto emerge una significativa differenza con le proposte avanzate dalla Commissione Lattanzi. Quest'ultima, infatti, all'art. 9-*bis* co. 1 lett. f) prevedeva una disciplina differenziata a seconda che la sostituzione avvenisse all'esito del giudizio ordinario, con sentenza di patteggiamento o con decreto penale di condanna. In particolare, solo nel primo caso il lavoro di pubblica utilità doveva avere una durata pari a quella della pena detentiva sostituita mentre negli altri due casi la durata doveva essere pari alla metà di quella della pena detentiva¹⁶⁴. La ragione si riteneva che fosse quella di incentivare il ricorso ai riti speciali e quindi di conseguire effetti di deflazione processuale, strada che comunque il governo non ha ritenuto di percorrere.¹⁶⁵

Poi, per incentivare il ricorso a tale misura, è stato previsto che nel caso in cui venga applicato con decreto penale di condanna o con patteggiamento, il positivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, se accompagnato dal risarcimento del danno o dalla eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, ove possibili, comporterà la revoca della confisca¹⁶⁶ che sia stata eventualmente disposta, purché non si tratti di confisca obbligatoria, anche per equivalente, del prezzo, del profitto o del prodotto del reato ovvero delle cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituiscano reato (art. 1 co. 17 lett. i).¹⁶⁷

¹⁶³ E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, cit., par. 4.

¹⁶⁴ *Ibidem*

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ *Ibidem*

¹⁶⁷ *Ibidem*.

Nel lavoro di pubblica utilità la valenza riparatoria si esplica non solo nei confronti della vittima del reato ma nei confronti della collettività laddove le prescrizioni imposte in sede esecutiva possono modulare la condotta del condannato a fini di riparazione del danno sia in direzione collettivistica che soggettivistica.¹⁶⁸

Inoltre, lo svolgimento del lavoro di pubblica utilità può essere accompagnato dal risarcimento del danno o da forme di ristoro alternative oltre all'osservanza di una serie di obblighi relativi alla dimora, alla libertà di spostamento, divieto di frequentazione e si svolge nell'ambito di un programma di trattamento sotto la supervisione dell'ufficio per la esecuzione penale esterna.¹⁶⁹

Tuttavia, questa misura si espone a due rischi diversi: da un lato, potendo sostituire la pena detentiva fino a 3 anni, rischia di apparire come una sanzione eccessivamente blanda; dall'altro lato, bastando la non opposizione del condannato per la sua applicazione, il reo potrebbe trovarsi a scontare una pena prescrittiva, consistente in un obbligo di *facere*, senza la necessaria consapevolezza e senza la possibilità di adempierla compiutamente.

Se è vero, infatti, che la mancata opposizione al decreto penale rappresenta una manifestazione di consenso tacito al lavoro di pubblica utilità, non è tuttavia da escludere che l'imputato voglia opporvisi, preferendo l'irrogazione della pena pecuniaria per le più svariate ragioni (esigenze di vita, lavorative, di studio o di famiglia ecc.), mantenendo comunque il cospicuo sconto di pena (sino alla metà del minimo edittale) previsto dall'art. 459 c.p.p.

Vi è a riguardo un tema controverso: allo stato attuale sembra preclusa l'opposizione al solo fine di richiedere una pena sostitutiva diversa dal momento che, come noto, l'opposizione al decreto penale è un mezzo di impugnazione totalmente devolutivo sprovvisto del divieto di *reformatio in peius*.

Sarebbe dunque opportuno che il legislatore delegato si facesse carico del problema, ad esempio prevedendo una forma di opposizione non tanto al decreto penale, ma al lavoro di pubblica utilità veicolato dallo stesso, volta a richiedere la pena pecuniaria in luogo del lavoro di pubblica utilità.

¹⁶⁸ F. CAPASSO, op. cit., p.11.

¹⁶⁹ *Ivi*, op. cit., p. 12.

Nel caso contrario, invece, cioè quando è stata irrogata una pena pecuniaria al posto del lavoro di pubblica utilità, non pare che vi possa essere spazio per un'opposizione volta a chiedere l'altra sanzione sostitutiva, in quanto il consenso dell'imputato per la pena pecuniaria non è una preconditione di legittimità dell'esecuzione della misura: il lavoro di pubblica utilità, infatti, presuppone un atteggiamento collaborativo da parte del condannato, mentre la pena pecuniaria può essere riscossa coattivamente anche in assenza dello stesso.

5.5 La pena pecuniaria.

Tra le sanzioni sostitutive previste dalla l. n. 689/1981, la pena pecuniaria è l'unica destinata a rimanere dopo la riforma, essendo però interessata da significative novità, alcune concernenti tutte le forme di pena pecuniaria e altre concernenti la sola pena pecuniaria sostitutiva.¹⁷⁰

L'obiettivo perseguito con l'intervento su tale tipologia sanzionatoria resta quello di superare la visione carcerocentrica promuovendo il ricorso ad altri strumenti alternativi, dal momento che a differenza degli altri Paesi, in Italia, il ricorso a tale misura è piuttosto ridotto.

Quanto alle novità di portata generale, si delega il governo a rivedere secondo criteri di equità, efficienza ed effettività i meccanismi di conversione della pena pecuniaria in caso di mancato pagamento per insolvenza o insolvibilità del condannato, a prevedere procedure amministrative efficaci che assicurino l'effettiva riscossione della pena pecuniaria e la sua conversione in caso di mancato pagamento.¹⁷¹

In merito ai problemi di conversione, si ritiene che essi siano correlati al modello di commisurazione della pena pecuniaria in quanto, anche se la l. n. 689/1981 impone al giudice di tenere conto delle condizioni economiche del condannato nel determinare l'ammontare della pena pecuniaria, il ricorso al procedimento a "somma complessiva" non lo consente. Dunque, sarebbe più logico ricorrere al sistema dei "tassi giornalieri" che, come dimostra l'esperienza comparatistica,

¹⁷⁰ E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, cit., par. 5.

¹⁷¹ G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della legge Cartabia*, cit., p. 16.

risulta idoneo a realizzare tale scopo e garantisce l'uguaglianza di sacrificio economico tra gli autori di un medesimo reato.

Esso, infatti, sostanziandosi nella determinazione del numero dei tassi in base al fatto di reato e, poi, nella quantificazione dell'ammontare di ogni singolo tasso in ragione delle condizioni economiche del reo, consente un reale adeguamento della pena pecuniaria alla situazione economica del condannato.

Quanto alla pena pecuniaria sostitutiva, il d.d.l. AS 2353 affida al legislatore delegato una serie di compiti.

Innanzitutto, viene portato ad un anno l'ammontare massimo di pena detentiva che può essere sostituita con la pena pecuniaria (art. 1 co. 17 lett. e).

Dunque, il giudice può convertire la pena detentiva non superiore ad un anno in pena pecuniaria, quando ritiene che le modalità di esecuzione del reato non siano gravi oppure ritenga che il fatto sia di lieve entità.

Dopo aver fatto questa valutazione, il giudice procede a convertire i giorni di pena detentiva che il soggetto dovrebbe scontare, tramite un calcolo moltiplicativo, in pena pecuniaria.

Inoltre, si rammenta che a seguito della legge n. 134/2003 si prevede il meccanismo dei tassi giornalieri che è scomposto in due fasi: nella prima fase, si stabilisce il numero delle quote giornaliere che il condannato, in base alla gravità del reato, è tenuto a pagare.

Nella seconda, invece, in base alle condizioni economiche del condannato, si stabilisce il valore di ciascuna quota.

Per determinare l'ammontare della pena pecuniaria, prima del recente intervento della Corte costituzionale, ogni giorno di pena detentiva corrispondeva ad almeno 250 euro di pena pecuniaria e il valore massimo non poteva superare l'ammontare di 2500 euro. Questa somma, però, moltiplicata per il numero dei giorni di pena detentiva da sostituire risultava eccessivamente onerosa.

Con la sentenza n. 28 dell'1 febbraio 2022, infatti, la Corte costituzionale ha dichiarato parzialmente incostituzionale, per violazione dei principi di eguaglianza e di finalità rieducativa della pena, l'art. 53 secondo comma della legge n. 689 del 1981, nella parte in cui prevede che il valore giornaliero non può essere inferiore

alla somma indicata dall'art 135 c.p.¹⁷² e che non può superare di 10 volte tale ammontare anziché «il valore giornaliero non può essere inferiore a 75 euro e non può superare di dieci volte la somma indicata dall'art 135 c.p.».

Secondo la Corte, infatti, la previsione del tasso minimo di 250 euro, trasforma la possibilità di sostituire la pena detentiva con la pena pecuniaria, in un privilegio per i soli condannati abbienti¹⁷³ e ciò comporta l'introduzione nell'ordinamento di una irragionevole discriminazione, in contrasto con i principi di uguaglianza sostanziale, di ragionevolezza e con la finalità rieducativa della pena.

La Corte, infatti, ha statuito che: «una quota giornaliera minima di 250 euro è di gran lunga superiore alla somma che la maggior delle persone che vivono oggi nel nostro paese sono ragionevolmente in grado di pagare» e che «se l'impatto di pene detentive della stessa durata è uguale per tutti i condannati, non altrettanto può dirsi per le pene pecuniarie», dal momento che esse dipendono dalla disponibilità economica di ognuno.

Inoltre, la Corte ha previsto che il legislatore può, nella sua discrezionalità, individuare soluzioni diverse e potenzialmente più aderenti ai principi costituzionali.

Dunque, la Corte, per fronteggiare tale disuguaglianza, ha ritenuto che ai 250 euro debbano essere sostituiti i 75 euro già previsti dalla normativa in materia di decreto penale di condanna e che, quanto al valore della quota giornaliera (art. 1 co. 17 lett. l), l'ammontare massimo dovrà essere fissato in misura non eccedente 2500 euro¹⁷⁴. Invece, nel caso in cui la sostituzione della pena detentiva avvenga con decreto penale di condanna, il valore della quota non potrà accedere i 250 euro.

Per quanto concerne invece, l'ammontare minimo della quota, la legge delega non lo individua in termini numerici ma si limita a prevedere che dovrà essere individuato in misura indipendente dalla somma indicata dall'art 135 c.p. (250 euro) e che dovrà essere tale da evitare che la sostituzione risulti eccessivamente onerosa in rapporto alle condizioni economiche del condannato e del suo nucleo

¹⁷² L'art 135 c.p. stabilisce che «quando si deve eseguire un ragguglio fra pene pecuniarie e pene detentive, il computo ha luogo calcolando euro 250 di pena pecuniaria per un giorno di pena detentiva».

¹⁷³ *La pena pecuniaria sostitutiva di pena detentiva breve: la Corte costituzionale porta il tasso minimo di conversione da 250 a 75 euro al giorno*, in www.sistemapenale.it, 1 febbraio 2022.

¹⁷⁴ E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, cit., par. 5.

familiare.¹⁷⁵ Inoltre, la mancata individuazione del valore minimo risulta vantaggiosa in quanto consente di allargare la sfera dei suoi possibili beneficiari. Infine, la legge delega prevede che, anche per la pena pecuniaria sostitutiva, così come per ogni altra sanzione sostitutiva della pena detentiva breve, dovrà essere esclusa l'applicazione della sospensione condizionale della pena (art. 1 co. 17 lett. h).

In ultimo, ha concluso statuendo che, solo una disciplina della pena pecuniaria in grado di garantire una misura proporzionata alla gravità del reato e alle condizioni economiche del reo, può costituire una seria alternativa alla pena detentiva, così come accade in altri Paesi.¹⁷⁶

In merito all'adozione della pena pecuniaria per tassi giornalieri, si rammenta che vi sono state forti obiezioni. Quella più ricorrente concerne le difficoltà che il giudice incontrerebbe nell'accertamento delle condizioni economiche del condannato. Tuttavia, negli altri ordinamenti, lo stesso problema ha trovato soluzioni appaganti, utilizzando ad esempio le dichiarazioni rese dall'imputato e la documentazione fornita e ricorrendo ad indagini disposte dal giudice d'ufficio quando vi è ragione di dubitare della veridicità di quanto affermato dall'imputato. Inoltre, confrontando il d.d.l. governativo con le proposte della Commissione Lattanzi, emergono due elementi di diversità.

Il primo concerne la struttura della pena pecuniaria comminata *ex lege* in quanto all'articolo 9 dell'articolato si prevedeva che nel codice penale, per le comminatorie della multa e dell'ammenda venisse adottato il sistema delle quote giornaliere, in numero inferiore a 5 e non superiore a 360, previsione che però è scomparsa nel d.d.l. AS 2353, nel quale il modello delle quote giornaliere è destinato a rimanere per la sola pena pecuniaria sostitutiva mentre la pena pecuniaria comminata *ex lege* rimarrà fedele al tradizionale modello della somma complessiva, che è orientato solo apparentemente alla capacità economica del condannato.¹⁷⁷

Il secondo elemento di diversità invece, concerne il regime della pena pecuniaria sostitutiva nell'ambito dei riti speciali e in particolare nel patteggiamento.

¹⁷⁵ R. DE VITO, op. cit., p. 31.

¹⁷⁶ F. LAZZARI, *Un nuovo monito dalla carta costituzionale al legislatore per la riforma della disciplina in materia di pena pecuniaria*, in www.sistemapenale.it, 2020.

¹⁷⁷ E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, cit., par. 5.

L'art 9 *bis* lett. g delle proposte prevedeva che nel caso in cui la sostituzione della pena detentiva con la pena pecuniaria avvenisse in sede di patteggiamento, il valore della quota giornaliera fosse compreso tra 1 e 1.000 euro. Dunque, il valore della quota giornaliera, già fortemente ridotto quando si trattava di pena pecuniaria sostitutiva (il massimo passava da 30.000 a 3.000), veniva ulteriormente abbassato quando alla sostituzione si perveniva in una sentenza di patteggiamento o tramite procedimento per decreto.¹⁷⁸

La soluzione prospettata dalla Commissione Lattanzi, nel quale il valore massimo della quota giornaliera mutava a seconda che si trattasse di pena pecuniaria comminata *ex lege*, della pena pecuniaria sostitutiva applicata all'esito del giudizio ordinario o di quella applicata nell'ambito di un rito speciale, portava risultati vantaggiosi soprattutto sul piano dell'economia processuale.¹⁷⁹

Tuttavia, il Governo non ha aderito alle proposte della Commissione Lattanzi, preferendo perseguire l'equilibrio complessivo della disciplina della pena pecuniaria piuttosto che risultati vantaggiosi in termini di economia processuale.

Infine, si può concludere statuendo che, nonostante le intenzioni della riforma appaiono ampiamente condivise, parrebbe che essa non riuscirebbe a raggiungere un effettivo successo a causa della realtà economica del nostro Paese, che essendo caratterizzato da una forte evasione ed elusione fiscale rischia di far andare a monte il funzionamento del sistema delle quote.

6. Cosa aspettarsi nel prossimo futuro dalla riforma Cartabia: criticità e punti di forza.

Per concludere, l'intervento del governo presentato come "Riforma Cartabia", in realtà emendativo rispetto al ddl AC 2435, c.d. Riforma Bonafede, contiene alcuni elementi che si rivelano essere positivi, altri che risultano essere ripetitivi di disposizioni già vigenti e altri che suscitano perplessità. Continuano a mancare

¹⁷⁸ E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, cit., par. 5.

¹⁷⁹ *Ibidem*

invece alcune modifiche normative e organizzative da tempo considerate necessarie.

In particolare, nonostante tale disegno di legge abbia correttamente individuato gran parte delle lacune caratterizzanti il processo penale, sono state riscontrate varie criticità e, solo dal superamento di queste ultime, la riforma riuscirà a raggiungere i suoi due principali obiettivi ossia: la riduzione del sovraffollamento e il miglioramento dei percorsi di risocializzazione.

Tra le varie criticità riscontrate, innanzitutto, rileva la possibile concretizzazione di un rischio dovuto al notevole lasso di tempo che intercorre tra il momento dell'applicazione della pena sostitutiva, ad opera del giudice, e il momento dell'esecuzione della stessa, una volta che la sentenza sarà divenuta irrevocabile: il rischio è che le condizioni che hanno giustificato l'applicazione della pena sostitutiva quali ad esempio l'esistenza di un domicilio idoneo per la detenzione domiciliare e la disponibilità di attività lavorative, istruttive o utili al reinserimento sociale per la semilibertà, vengano meno nel corso del giudizio e scompaiano al momento dell'esecuzione.¹⁸⁰

Inoltre, un'altra criticità deriva dall'ampia discrezionalità del giudice di cognizione che deve sia decidere sull'opportunità della sostituzione sia deve scegliere quale applicare tra le varie sanzioni sostitutive e a tal proposito, il legislatore delegante ha demandato al Governo di disciplinare il "potere discrezionale del giudice".

Il rischio però sembra essere duplice: da un lato, il legislatore delegato potrebbe limitarsi a rinviare ai criteri di cui all'art. 133 c.p., limitandosi a chiarire che devono essere presi in considerazione anche gli indici relativi alla «capacità a delinquere»¹⁸¹; dall'altro lato, invece, si potrebbe cadere nell'opposta tentazione di un irrigidimento eccessivo, ad esempio escludendo fin dall'inizio le pene sostitutive meno gravose (pena pecuniaria e lavori socialmente utili) per certi "tipi d'autore".¹⁸²

Altre criticità poi, sono dovute alla sovrapposizione parziale tra le sfere di applicazione delle sanzioni sostitutive con quelle della sospensione condizionale e delle misure alternative alla detenzione.

¹⁸⁰ R. DE VITO, op. cit., p. 33.

¹⁸¹ D. BIANCHI, op. cit., p. 11.

¹⁸² *Ibidem*

Per quanto attiene alla relazione intercorrente tra sanzioni sostitutive e sospensione condizionale della pena¹⁸³, si ritiene che, per quanto riguarda l'ambito delle pene detentive inflitte in misura non superiore a due anni, la sospensione condizionale rimane la soluzione più favorevole.

Inoltre, sembra che una valutazione negativa sui presupposti soggettivi di applicabilità della sospensione condizionale, possa influire sulla valutazione in ordine alla sostituibilità della pena: ossia l'imputato "inidoneo" alla misura sospensiva sarà "inidoneo" pure al trattamento sanzionatorio sostitutivo¹⁸⁴; qualora invece la sospensione condizionale non sia applicabile in ragione della capacità a delinquere del soggetto, saranno inapplicabili pure le sanzioni sostitutive, a meno che le prescrizioni formulabili dal giudice non siano talmente stringenti da assicurare "la prevenzione del pericolo che il condannato commetta ulteriori reati".¹⁸⁵

Per quanto riguarda le misure alternative invece, una criticità discende dal fatto che l'applicazione di alcuna di quest'ultime può essere anticipata in fase di cognizione, in quanto semilibertà e detenzione domiciliare possono essere applicate sia d'ufficio, come pene sostitutive da parte del giudice di cognizione, sia previa richiesta del condannato, come misure alternative, da parte del giudice di esecuzione.

Inoltre, la mancata previsione dell'affidamento in prova tra le sanzioni sostitutive determina una situazione paradossale in quanto tale misura, pur essendo maggiormente rispondente al principio del finalismo rieducativo della pena, non potrà come le sanzioni sostitutive, essere applicata già in fase di cognizione, ma soltanto in fase di sospensione dell'ordine di esecuzione. A causa di ciò, potrebbe accadere che un soggetto venga condannato a una misura più afflittiva, come la semilibertà o la detenzione domiciliare, di quella che potrebbe richiedere in sede esecutiva come l'affidamento in prova: è pacifico infatti che semilibertà e detenzione domiciliare sono misure più afflittive dell'affidamento in prova in quanto, mentre le prime sono misure para-carcerarie e quindi privano il condannato

¹⁸³ Sul punto si veda T. PADOVANI, *Sanzioni sostitutive e sospensione condizionale della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, p. 494-517.

¹⁸⁴ D. BIANCHI, op. cit., p. 13.

¹⁸⁵ *Ibidem*

della libertà personale, la seconda, agevolando il contatto con il mondo esterno sotto il controllo del servizio sociale, rende più efficace la risocializzazione del condannato.

In sostanza, la criticità si riscontra nel fatto che chi in fase di cognizione non è stato ritenuto meritevole della sostituzione della pena, potrebbe in seguito beneficiare dell'affidamento in prova mentre coloro per i quali è stata operata la sostituzione con la detenzione domiciliare o con la semilibertà, si troverebbero a scontare nei fatti una pena detentiva.¹⁸⁶

Dall'analisi di queste criticità si desume che, allo stato degli atti, non è possibile prevedere come verrà attuata la delega sulla modifica della disciplina delle sanzioni sostitutive e come il legislatore delegato disciplinerà il coinvolgimento degli UEPE nel tessuto del giudizio di cognizione¹⁸⁷.

Tuttavia, è indispensabile che si assicuri un consistente rafforzamento delle dotazioni degli uffici di esecuzione penale esterna, dal momento che nel solo anno 2020, gli UEPE hanno avuto in carico la “gestione” di oltre 100.000 casi¹⁸⁸.

Oltre a queste criticità, emergono anche i punti di forza della nuova impostazione normativa.

In primo luogo, tra i punti di forza derivanti da tale riforma spicca l'abolizione delle ormai obsolete ed esistenti soltanto “sulla carta” sanzioni della semidetenzione e della libertà controllata, dal momento che non garantivano alcun effetto deflattivo della popolazione carceraria e non possedevano alcun contenuto rieducativo.

Inoltre, rilevante è anche l'introduzione del lavoro di pubblica utilità, già ampiamente utilizzato per i delitti di guida in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti e proprio la sua ampia diffusione in contesti differenti, induce a ritenere che sarà la sanzione sostitutiva “regina”.

Infine, l'ultimo punto di forza consiste nell'innalzamento del limite edittale di conversione delle pene pecuniarie e nel conseguente sforzo di parametrare queste ultime alle effettive condizioni economiche del condannato.

Inoltre, l'innalzamento di pena da due a quattro anni del limite di pena per accedere alle sanzioni sostitutive ha fatto venire meno il carattere di “brevità” delle stesse, le

¹⁸⁶ D. BIANCHI, op. cit., p. 11.

¹⁸⁷ A. NATALE, op. cit., p. 23.

¹⁸⁸ *Ibidem*

quali paiono essersi trasformate da sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi a sanzioni sostitutive *tout court*.

Dunque, provando a tirare le somme del discorso, il sistema delle sanzioni sostitutive immaginato dal legislatore delegante appare sia coerente con i principi costituzionali che adeguato a fronteggiare le difficoltà che inevitabilmente si incontreranno nella prassi applicativa.

Inoltre, si ritiene che, per funzionare, il sistema delle sanzioni sostitutive non necessita solo di uffici di esecuzione penale esterna con adeguate dotazioni organiche e materiali, ma sarebbe auspicabile anche un maggiore coinvolgimento degli enti locali territoriali e degli enti del terzo settore, nella costruzione di percorsi che favoriscano l'inclusione sociale delle persone condannate; inclusione che ovviamente comporta un costo che però è interesse del Paese sostenere,¹⁸⁹ sia per il fatto che un efficace sistema processuale costituisce un fattore che previene l'insicurezza sociale, sia per il fatto che è dovere della Repubblica perseguire la finalità rieducativa sancita nella Costituzione.¹⁹⁰

In conclusione, si giunge alla soluzione che, solo con il passare del tempo, si potrà affermare se questa riforma abbia o meno apportato dei miglioramenti, visto che essa concerne solo i reati commessi dopo l'1 gennaio 2020 e che entrerà in vigore gradualmente, dopo la pubblicazione in Gazzetta ufficiale, per consentire agli uffici giudiziari di organizzarsi.

In particolare, fino al 2024 la riforma sarà una norma transitoria; dopo il 2024, la riforma della giustizia andrà a regime.

Inoltre, si ritiene che, se l'attuazione della delega sarà rigorosa, la riforma potrà sicuramente raggiungere obiettivi ragguardevoli nel campo della deflazione di quella popolazione carceraria che si trova a scontare pene di modesta entità per fatti di limitato allarme sociale.¹⁹¹

Ovviamente, però, la presenza di persone e luoghi disponibili ad accogliere una riforma è la *condicio sine qua non* per una sua compiuta realizzazione; se non si vuole che essa rimanga sulla carta, infatti, è proprio sul versante della cultura sociale della pena che si deve intervenire, cercando di eliminare il pregiudizio

¹⁸⁹ A. NATALE, op. cit., p. 23.

¹⁹⁰ *Ibidem*

¹⁹¹ R. DE VITO, op. cit., p. 30.

fondato sulla convinzione della sussistenza di un rapporto di proporzionalità diretta tra carcere e sicurezza.

CONCLUSIONE

Come si evince dalla lettura della presente trattazione, l'obiettivo è stato quello di soffermarsi su delle tematiche che, pur risalenti nel tempo, si confermano essere tuttora attuali.

Innanzitutto, da questa trattazione è emerso che la pena detentiva, nonostante i numerosi interventi che si sono registrati nel corso del tempo volti al superamento della concezione carcerocentrica, continua a prevalere su tutte le altre forme di pena e ciò, ovviamente, comporta l'aumento della popolazione carceraria che si ripercuote negativamente sulla recidiva e sugli episodi di tortura avverso i detenuti. In sostanza, anche a distanza di anni, le condizioni di detenzione nelle carceri italiane sono connotate da una situazione di sovraffollamento, che costituisce il principale ostacolo alla piena realizzazione del principio rieducativo sancito dall'art 27, co. 3 Cost. dal momento che i detenuti sono costretti a trascorrere molte ore della giornata nelle celle, senza la possibilità di svolgere attività lavorative, istruttive o anche solo ricreative e¹ ciò, ovviamente, influisce sia sulla recidiva che sugli episodi di tortura in carcere.

Dunque, sicuramente rispetto al passato ci sono stati dei miglioramenti, ma si è ancora abbastanza lontani da condizioni di vita carcerarie degne di un Paese civile e ne è la riprova l'elevato tasso di suicidi in carcere, ben al di sopra della media europea.

Dunque, la distanza tra legge scritta, in *primis* la Costituzione, e la realtà carceraria, è ancora abissale.

Come è emerso nel corso della trattazione, proprio per perseguire l'obiettivo di ricorrere a un sistema sanzionatorio alternativo, per infrangere il monismo carcerario e dunque per risolvere la problematica del sovraffollamento carcerario, sono stati compiuti vari interventi normativi, alcuni dei quali si sono battuti per l'ampliamento della sfera di applicazione delle misure alternative alla detenzione e altri invece, per la riforma delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi.

¹ M. DI STEFANO- C. DI MEO- R. CALABRESE, *L'emergenza del sistema carcerario italiano*, in *Arch. pen.*, 2013, n.2, p. 4.

In quest'ultimo senso, ampia attenzione è stata dedicata alla Riforma Cartabia, ossia alla attuale riforma della giustizia, che, partendo dal presupposto secondo cui la Costituzione parla di “pene” al plurale e che quindi la pena non è solo il carcere, prova a correggere tale visione carcerocentrica, per riservare la detenzione, pur necessaria, ai fatti più gravi.

In tal senso, la riforma delega il governo ad abolire la semidetenzione e la libertà controllata, in quanto sanzioni oggi esistenti solo sulla carta, e a ricomprendere nel catalogo delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, la semilibertà, la detenzione domiciliare, il lavoro di pubblica utilità e la pena pecuniaria.

Dunque, con la riforma, si trasformano tali misure alternative alla detenzione, attualmente di competenza del tribunale di sorveglianza, in sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, direttamente irrogabili dal giudice della cognizione.

In conclusione, provando a tirare le somme del discorso, si può ritenere che la riforma Cartabia risulti foriera non solo di alcuni vantaggi, ma anche di numerose criticità quali la sovrapposizione tra le sfere di operatività delle sanzioni sostitutive con quelle della sospensione condizionale e con quelle delle misure alternative alla detenzione e che solo con il passare del tempo si potrà affermare se questa riforma abbia o meno apportato dei miglioramenti.

Dunque, ancora non si ha la certezza se questa riforma sarà in grado di risolvere tutte le persistenti problematiche dei nostri istituti e quindi di facilitare l'attuazione del dettato costituzionale secondo cui le pene devono tendere alla rieducazione del condannato, ma al momento, si può ritenere che, se l'attuazione della delega sarà rigorosa, la riforma potrà raggiungere sicuramente obiettivi ragguardevoli nel campo della deflazione di quella popolazione carceraria che si trova a scontare pene di modesta entità per fatti di limitato allarme sociale, ma che ovviamente, in tal senso, sarà necessario lo sforzo di tutti gli operatori della giustizia e di tutti i cittadini.

La presenza di persone e luoghi disponibili ad accogliere la riforma, infatti, è la *condicio sine qua non* per una sua compiuta realizzazione; se non si vuole che essa rimanga meramente sulla carta, dunque, è sul versante della cultura sociale della pena che si deve intervenire, debellando il pregiudizio della sussistenza di un rapporto di proporzionalità diretta tra carcere e sicurezza.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, a cura di BALDUCCI P. – MACRILLÒ A., Milano, 2020.

ALBANO A., *La Cassazione alle prese con la giurisprudenza CEDU sul sovraffollamento carcerario: anamorfosi della sentenza Mursic*, in *Cass. pen.*, 2017, fasc.7-8

ALBANO A. – PICOZZI F., *Gli incerti confini del sovraffollamento carcerario*, in *Cass. pen.*, 2014, fasc. 7-8.

ANASTASIA S. – BILLERI G., *L'illusione normativa. Il decreto Severino e il sovraffollamento penitenziario*, in *Antigone*, n. 1/2012.

ANASTASIA S. – ANSELMI M. – FALCINELLI D., *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale Parte generale*, Milano, 2003.

AVERARDI A., *La funzione rieducativa della pena*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, fasc. 1.

BARTOLI R., *Il carcere come extrema ratio: una proposta concreta*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, fasc. 4.

BARTOLI R., *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, fasc.1.

BARZANÒ P., *Il sovraffollamento carcerario: un problema diffuso*, in *Rass. pen. e crimin.*, n. 1/2015.

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Milano, 2008.

BIANCHI D., *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega Cartabia: una grande occasione non priva di rischi*, in www.sistemapenale.it, 26 febbraio 2022.

BRUNETTI C., *Le principali novità introdotte dalla legge n. 251/2005 in materia di esecuzione penale e di diritto penitenziario. Questioni interpretative*, in *Rass. penit. e crim.*, 2006, fasc. 3.

BUFFA P., *Carcere e tortura: alcune riflessioni sul caso Asti* in *Antigone*, 2013, fasc.3.

CALAVITA O., *La riforma delle sanzioni sostitutive; riflessioni processualistiche in attesa del decreto legislativo*, in *Leg. pen.*, 2022.

CANCELLARO F., *Carcerazione in meno di 3 metri quadri: la grande camera sui criteri di accertamento della violazione dell'art 3 Cedu*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 novembre 2016.

CANCELLARO F., *A Bolzaneto e Asti fu tortura: tre nuove condanne inflitte dalla Corte di Strasburgo all'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 novembre 2017.

CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario: le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, Milano, 2004.

CAPASSO F., *Una nuova forma di politica criminale. La giustizia riparativa nella riforma Cartabia*, in www.unicost.it, 14 febbraio 2022.

CAPITTA A.M., *La piccola riforma penitenziaria e le sue ricadute sul sistema*, in *Arch. pen.*, 2019 fasc. 2.

CAPRIOLI F., SCOMPARIN L., *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015.

CASCINI F., *Il carcere, i numeri, i dati, le prospettive*, in *Quest. giust.*, 2010, fasc. 1.

CASSIBBA F. S., *Brevi riflessioni sull'inutilizzabilità delle dichiarazioni estorte con la tortura ai sensi del nuovo art. 191 comma 2-bis c.p.p.*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 aprile 2018.

CASTELLANO L., *Il carcere dei diritti*, Bologna, 2015.

CATTANEO C., *Le Sezioni Unite Civili si pronunciano sulla natura del rimedio previsto dall'art. 35-ter, comma 3, ord. penit. per violazione dell'art. 3 CEDU e sul relativo termine di prescrizione*, 2018, in www.penalecontemporaneo.it, 15 giugno 2018.

CONSULICH F., *Ordinamento penitenziario*, l. 31 luglio 2006 n. 241.

CORLEONE F., *La riforma penitenziaria e il fallimento del carcere*, in *Quest. giust.*, 2015, fasc. 2.

CORVI P., *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, fasc. 4.

DAGA L., *Semilibertà*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989.

DANUSSO C., *Patibolo ed ergastolo dall'Italia liberale al fascismo*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 4/2017.

DEGL'INNOCENTI L. – FALDI F., *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Milano, 2006.

DE FRANCESCO G. A., *Brevi appunti sul disegno di riforma della giustizia*, in *Leg. pen.*, 23 agosto 2021.

DELLA BELLA A., *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.

DELLA BELLA A., *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.

DELLA BELLA A., *Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017, fasc. 4.

DELLA BELLA A., *Il carcere oggi: tra diritti negati e promesse di rieducazione*, in www.penalecontemporaneo.it, – *Riv. Trim.*, 2017, fasc. 4.

DELLA BELLA A., *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 novembre 2018.

DELLA CASA F., *Approvata la legge svuota-carceri*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, fasc. 1.

DELLA MORTE G., *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standard sui diritti umani*, in *Dir. um. dir. int.*, 2013.

DE VITO R., *Carcere e tortura: la lezione di Parma*, in *Quest. giust.*, 2016.

DE VITO R., *La tortura in carcere*, Bologna, 2018.

DE VITO R., *Fuori dal carcere, la riforma Cartabia, le sanzioni sostitutive e il ripensamento del sistema sanzionatorio*, in *Quest. giust.*, 2021, fasc.4

DI CESARE D., *Tortura*, Torino, 2016.

DI STEFANO M. – DI MEO C. – CALABRESE R., *L'emergenza del sistema carcerario italiano*, in *Arch. pen.*, 2013, fasc.2.

DOLCINI E., *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, fasc. 2-3.

DOLCINI E., *Pene edittali, principio di proporzione funzione rieducativa della pena: la Corte ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, fasc. 4.

DOLCINI E., *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, fasc. 4.

DOLCINI E., *A proposito di leggi svuota carceri*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 marzo 2018.

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

DOLCINI E., *Il principio di rieducazione: ieri, oggi, domani*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, fasc. 3.

DOLCINI E., *La rieducazione: dalla realtà ai percorsi possibili*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, fasc. 3.

DOLCINI E., *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 febbraio 2018.

DOLCINI E., *Superare il primato del carcere: il possibile contributo della pena pecuniaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, fasc. 2.

DOLCINI E., *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2019, fasc. 2.

DOLCINI E., *Il sistema sanzionatorio penale tra minacce di involuzione e l'antidoto offerto dalla carta costituzionale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, fasc.1.

DOLCINI E., *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, fasc. 1.

DOLCINI E., *Quale futuro per la pena carceraria*, in www.sistemapenale.it, 25 novembre 2019.

DOLCINI E., *Carcere e Covid-19: una cronistoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021.

DOLCINI E., *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in www.sistemapenale.it, 2 settembre 2021.

DOLCINI E. – GATTA G. L., *Carcere, coronavirus, decreto cura Italia: a mali estremi, timidi rimedi*, in *Sist. pen.*, 2020.

DOLCINI E. – PALIERO C. E., *Sanzioni sostitutive*, in *Enc. Dir.*, vol. XLI.

DONINI M., *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *Pol. dir.*, 2021, fasc.4.

DOVA M., *Torreggiani c. Italia, un barlume di speranza nella cronaca del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, fasc.2.

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

FIANDACA G., *Prima lezione di diritto penale*, Bologna, 2017.

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale parte generale*, Bologna, 2010.

FILIPPI L., SPANGHER G., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011.

FIorentin F., *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.

FIorentin F., *La consulta dichiara incostituzionale l'art 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, nota a Corte Cost., Sent. 22 ottobre 2014, n. 239, in www.penalecontemporaneo.it, 27 ottobre 2014.

FIorentin F., *La conclusione degli Stati Generali, per la riforma dell'esecuzione penale italiana*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 giugno 2016.

FIorentin F., *L'ergastolo ostativo ancora davanti al giudice di Strasburgo*, in www.penalecontemporaneo.it, - *Riv. Trim.*, 14 marzo 2018.

FIORIO C., *Detenzione domiciliare obbligatoria e sovraffollamento carcerario*, in *Giur. merito*, 2011, fasc.5.

FOCAULT M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1976.

GARGANI A., *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, in *Cass. pen.*, 2011, fasc.3.

GARGANI A., *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, in www.la legislazione penale.it, 20 gennaio 2022.

GARLATI L., *Sepolti vivi. Il carcere al tempo delle pratiche criminali: riti antichi per funzioni nuove*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 febbraio 2018.

GATTA G., *Nuovo atto del "Pacchetto Severino": interventi di depenalizzazione e decarcerizzazione oltre alla sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili nel disegno di legge presentato alla Camera*, in www.penalecontemporaneo.it, 2012.

GATTA G., *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della legge Cartabia*, in www.sistemapenale.it, 15 ottobre 2021.

GIANNELLI A. – PATERNÒ M., *Tortura di Stato, le ferite della democrazia*, Roma, 2004.

GIOSTRA G., *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, fasc. 1.

GREVI V., *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in AA. VV., *presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni* (Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Foggia- Mattinata 25-27 settembre 1998), Milano, 2000.

HASSEMER W., *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012.

JAKOBS G., *La pena statale*, Napoli, 2019.

LAZZARI F., *Un nuovo monito dalla carta costituzionale al legislatore per la riforma della disciplina in materia di pena pecuniaria*, in www.sistemapenale.it, 12 febbraio 2020.

LEVITA L., *La riforma Cartabia della giustizia penale. Commentario organico alla legge n. 134/2021*, Roma, 2021.

MAIELLO V., *Clemenza e sistema penale, amnistia e indulto dall'indulgentia principis all'idea dello scopo*, Napoli, 2007.

MANCONI L. – CALDERONE V., *Quando hanno aperto la cella*, Milano, 2014.

MANCONI L – ANASTASIA S. – CALDERONE V., *Abolire il carcere duro. Legittimità e limiti del 41-bis alla luce della sua applicazione*, in *Criminalia*, 2016.

MANNA A., *Considerazioni critiche sulle proposte della Commissione Lattanzi in materia di sistema sanzionatorio penale e di giustizia riparativa*, in *Arch. pen.*, 2021, fasc.2.

MANNOZZI G., *La giustizia senza spada*, Milano, 2003.

MANNOZZI G., *Sanzioni sostitutive*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007.

MANTOVANI G., *La detenzione domiciliare e la semilbertà*, in *Leg. pen.*, 2018.

MARCOLINI S., *L'ergastolo nell'esecuzione penale contemporanea*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 febbraio 2018.

MARINUCCI G., *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, fasc.1.

MARINUCCI G. – DOLCINI E. – GATTA G., *Manuale di diritto penale parte generale*, Milano, 2021.

MARIOTTI M., *Ancora sul sovraffollamento carcerario: nel calcolo della superficie della cella è compreso lo spazio del letto? La Cassazione interpreta la giurisprudenza di Strasburgo in modo particolarmente favorevole ai detenuti*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 marzo 2017.

MARTUFI A., *La Corte EDU dichiara irricevibili i ricorsi presentati dai detenuti italiani per violazione dell'art 3 CEDU senza il previo esperimento dei rimedi ad hoc introdotti dal legislatore italiano per fronteggiare il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 novembre 2014.

MOCCIA S., *Riflessioni intorno al sistema sanzionatorio e propositi di riforma*, in www.lalegislazionepenale.it , 9 settembre 2016.

MONTAGNA M., *Il regime carcerario differenziato verso nuovi equilibri*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004.

MONTALDO R., *Emergenza carceri: a tre anni dalla sentenza Torreggiani, gli esiti e l'effettività delle riforme*, in www.forumcostituzionale.it, 3 febbraio 2016.

NATALE A., *La c.d. riforma Cartabia e la giustizia penale*, in *Quest. Giust.*, 2022.

NEGRI S., *Violenze, maltrattamenti ed abusi commessi dalle forze dell'ordine*, Vicenza, 2016.

NOVI E., *Cartabia, una "rivoluzione costituzionale"*, in www.ildubbionews.it , 16 marzo 2021.

NUVOLONE P., *voce Pena*, in *Enc. del dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982.

PADOVANI T., *Sanzioni sostitutive e sospensione condizionale della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, fasc.2.

PALAZZO F., *Semilibertà e trattamento penitenziario*, in V. GREVI, *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Bologna, 1982.

PALAZZO F., *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in www.penalecontemporaneo.it, 2013.

PALAZZO F., *Crisi del carcere e culture di riforma*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 febbraio 2018.

PALAZZO F., *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in www.sistemapenale.it, 8 settembre 2021.

PALAZZO F., *Pena e processo nelle proposte della Commissione Lattanzi*, in www.la legislazione penale.it, 2021.

PALAZZO F. – BARTOLI R., *Certezza o flessibilità della pena?* Torino, 2007.

PELISSERO M., *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, fasc.3.

PELISSERO M., *La politica penale delle interpolazioni*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 maggio 2016.

PERINI C., *Prospettive attuali dell'alternativa al carcere tra emergenza e rieducazione*, in www.penalecontemporaneo.it – *Riv. Trim.*, 2017, fasc.4.

PISANI M., *La pena dell'ergastolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, fasc. 2.

PLASTINA N., *L'Italia condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per insufficienza temporanea dello spazio individuale assegnata a un detenuto nel carcere di Rebibbia nel 2003, ma assolta per la gestione della sovrappopolazione carceraria*, in *Cass. Pen.*, 2009, fasc. 12.

PUGIOTTO A., *Il volto costituzionale della pena*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 giugno 2014.

PUGIOTTO A., *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, fasc. 3.

RIZZO G., *Le rivolte nelle carceri sono il frutto di crisi vecchie e nuove*, in www.internazionale.it.

RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2015.

RUFFO M. A., *Diritto Penale amministrativo*, Padova, 2004.

RUGA RIVA C., *Sanatorie, condoni, indultino: forme e limiti costituzionali dell'impunità retroattiva*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 2004, fasc. 1-2.

RUOTOLO M., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002.

SCAROINA E., *Il delitto di tortura, l'attualità di un crimine antico*, Bari, 2018.

SCOMPARIN L., *Commento all'art 1 legge 26 novembre 2010, n. 199*, in *Leg. pen.*, 2011.

SECHI P., *Contrasto al sovraffollamento carcerario e misure alternative alla detenzione: un primo bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2015, fasc.1.

SERGIES G., *Il diritto a non subire tortura. Ovvero: il diritto di libertà dalla tortura*, a cura di M. RUOTOLO, S. TALINI, *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2019.

SOMMARIO E., *Il sovraffollamento delle carceri italiane e gli organi internazionali per il rispetto dei diritti umani*, in *Quest. giust.*, 2012, fasc. 5

SPANGHER G., *Tra politica e giustizia: la riforma Cartabia*, in *Dir. pen. e proc.*, 2021, fasc.9.

TAMBURINO G., *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. Pen.*, 2013, fasc.1.

TELESCA M., *La nuova disciplina delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi prevista dalla c.d. riforma Cartabia*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 14 dicembre 2021.

TOSI M., *Diritti e rovesci del detenuto in Italia tra normative, effettività e tutela*, in *Crimen et delictum*, 2012, fasc. 4.

TURCHETTI S., *Legge svuota-carceri e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?* in www.penalecontemporaneo.it, 14 dicembre 2010.

UBIALI M. C., *Ergastolo ostativo e preclusione all'accesso ai permessi premio: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli art. 3 e 27 Cost*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 gennaio 2019.

VENTUROLI M., *Modelli di individualizzazione della pena, l'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Torino, 2020.

VIGANÒ F., *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.

VIGANÒ F., *Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza*, commento a *Cass. Pen., Sez I*, 15 gennaio 2013, n. 4772, in www.penalecontemporaneo.it, 20 febbraio 2013.

VIGANÒ F., *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.

ZUCCA E., *La decisione della Corte EDU su Bolzaneto. Un altro grido nel deserto. L'Italia volta le spalle alla Convenzione, si assolve e guarda alla tortura degli altri*, in *Quest. Giust.*, 22 novembre 2013.

RINGRAZIAMENTI

Con questo elaborato, intitolato “Crisi del sistema carcerario e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio. Le sanzioni sostitutive nella riforma Cartabia”, giunge ufficialmente al termine il mio percorso universitario.

Sono stati sicuramente anni di tanto studio e di tanti sacrifici ma allo stesso tempo, anche anni di tanta gratitudine e soddisfazione.

Sin dal primo giorno di università ho avuto modo di comprendere la grande efficienza e l’ottima organizzazione che contraddistingue questa università, che è allo stesso tempo imprescindibile per la corretta formazione di noi studenti.

Prova ne è la gestione in piena pandemia: in pochi giorni la Luiss è riuscita ad organizzarsi al meglio, rendendo telematiche tutte le attività cui eravamo soliti partecipare in sede e cercando di non lasciare indietro niente e nessuno.

Sono stati anni difficili ma allo stesso tempo indimenticabili.

Non posso che essere orgogliosa, quindi, di aver fatto parte di questa prestigiosa università, che mette al primo piano noi studenti, offrendoci le opportunità migliori per il nostro futuro.

Il mio percorso universitario, inoltre, non sarebbe stato lo stesso senza le persone che ho avuto il piacere e la fortuna di conoscere e che hanno reso più leggeri e più piacevoli questi anni.

Innanzitutto, tengo a ringraziare il mio professore e relatore Antonio Gullo: grazie alla professionalità e alla diligenza che lo contraddistingue, ho avuto la possibilità di accrescere ulteriormente il mio bagaglio culturale e di coltivare la mia passione per il diritto penale; passione che ho sempre avuto, ma che è andata via via ad aumentare grazie a lui. Inoltre, grazie al suo ottimo metodo di insegnamento, contraddistinto da una chiara esposizione in aula e dal coinvolgimento di noi studenti, sia a lezione che fuori, ad esempio con progetti ai quali ho preso parte, quale quello relativo al processo simulato, ho avuto l’occasione di cimentarmi su ricerche giuridiche, sul confronto con gli altri studenti e sull’esposizione in aula e ciò, ovviamente, essendo molto utile e formativo, ha contribuito alla mia crescita

personale. Tutto ciò ha reso molto più piacevole e agevole l'approccio alla materia e prova ne sono stati gli ottimi risultati che ho raggiunto in tutti i suoi esami.

Inoltre, tengo a ringraziare molto il dott. Pietro Maria Sabella che mi ha seguito in tutti questi mesi di stesura della tesi, sempre con disponibilità, pazienza e professionalità e che mi ha dato l'opportunità di approfondire varie tematiche del diritto penale. Il suo aiuto e i suoi consigli sono stati per me indispensabili.

Tengo a ringraziare inoltre la professoressa Paola Balducci nonché mia correlatrice, per la sua disponibilità nonché per la passione che mette nell'insegnamento. Seguire il corso di esecuzione penale è stato estremamente interessante in quanto ci ha reso più consapevoli di quello che si cela dietro i libri; ossia sulle problematiche delle nostre carceri e su tutte le iniziative che si stanno cercando di prendere in questi anni, quale il progetto "*made in carcere*".

Inoltre, con la sua grande chiarezza espositiva e con il coinvolgimento di noi studenti mi ha fatto appassionare ancora di più alla materia e prova ne è la scelta dell'argomento di questa tesi, che tocca, in parte, argomenti che ha trattato in aula; argomenti molto attuali e all'ordine del giorno.

Un ringraziamento speciale va inoltre ai miei genitori, senza i quali non avrei potuto frequentare questa università e vivere questi anni molto importanti. Anche se lontani, mi sono sempre stati d'aiuto supportandomi, consigliandomi e credendo sempre in me. A me e alle mie sorelle non ci hanno fatto mancare mai nulla e spero di essere riuscita a ripagare i loro sacrifici avendoli resi orgogliosi.

Inoltre, tengo a ringraziare mia nonna Tina, che è stata per me una seconda mamma e che continua a essere uno dei miei principali punti di riferimento. Se ho scelto questo percorso è stato anche grazie a lei, che ha sempre creduto che questa fosse la mia strada e che mi ha sempre stimolato e supportato.

Un ringraziamento prezioso va poi alle mie sorelle Damiana e Federica che mi sono state sempre vicino sia nei momenti più belli che in quelli più difficili. Essendo tre

gemelle siamo cresciute e abbiamo affrontato ogni momento insieme essendoci sempre l'una per l'altra, supportandoci e aiutandoci. La decisione di dividerci in tre città diverse per frequentare l'università, all'inizio è stata abbastanza difficile ma, nonostante ciò, siamo rimaste inseparabili. So che posso contare sempre su di loro.

Inoltre, ringrazio le persone che ho avuto la fortuna di conoscere in questo percorso universitario e che hanno reso più leggeri e più piacevoli questi anni.

In particolare, ringrazio: Stefano, Valentina, Agnese, Ilaria, Iolanda, Chiara, Lucrezia, Giulia, Federica, Giovanni, Paola, Antonio, Jordan, Pizza, Mario, Francesca, Giuseppe.

In particolare, ringrazio Valentina, Agnese e Ilaria, con la quale ho legato maggiormente al quarto anno nella scelta del profilo e da allora siamo diventate inseparabili. Grazie per essermi state sempre vicino nei momenti belli e in quelli più difficili. Spero che rimarremo sempre così.

In ultimo ringrazio Stefano, che è stata la persona più importante in questi 5 anni e che continua a esserlo tuttora. Sin dal primo anno di università, senza immaginarcelo, abbiamo iniziato a condividere ogni momento, supportandoci e spronandoci a vicenda. In sostanza, questi anni, senza te che mi sei stato sempre vicino, che mi hai fatto ridere, mi hai ascoltato e mi hai supportato, non sarebbero stati gli stessi. Non smetterò mai di ringraziarti e di ritenermi fortunata ad averti sempre accanto a me.

Ringrazio poi i miei amici di Siracusa, che sono la mia seconda casa: Nicoletta, Mattia, Cecilia, Angelica, Adriano, Andrea, Alessandro, Alberto, Abba, Fabiana, Federica, Lorenza.

Nonostante la lontananza siamo inseparabili e ogni volta che torno, non vedo l'ora di rivedervi. Basta una vostra chiamata per migliorarmi le giornate.

Grazie per essermi stati vicino anche se a distanza.

In particolare, ringrazio Mattia che per me è come un fratello maggiore e che in questi anni è stato fondamentale. Infatti, nonostante qualche litigio è stato sempre pronto ad aiutarmi ma anche a sopportarmi.