



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
Cattedra di Metodologia della scienza giuridica

CRISI DELLA ISTITUZIONE CARCERARIA E IL
FUTURO DELLA FUNZIONE RIEDUCATIVA

Chiar.mo Prof. Antonio Punzi

RELATORE

Chiar.ma Prof.ssa Alessia Farano

CORRELATORE

Federica Miani

Matr. 155893

CANDIDATA

ANNO ACCADEMICO 2022/2023

Alla mia famiglia,

Il modo in cui uno Stato decide di trattare chi realizza comportamenti devianti, riflette il suo grado di civiltà giuridica.

Voltaire

INDICE

INTRODUZIONE.....	1
I. LA CRISI DEL SISTEMA PENITENZIARIO E L'UTILIZZO IN OTTICA DEFLATTIVA DELLE MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE.....	6
1.1. PREMESSA.....	6
1.2. LA SANZIONE PENALE.....	7
<i>1.2.1. I principi costituzionali alla base della pena.....</i>	<i>11</i>
1.3. IL CARCERE È VERAMENTE UNA EXTREMA RATIO?	16
1.4. LA CRISI DEL SISTEMA PENITENZIARIO.....	21
1.5. LE CONSEGUENZE DELLA CRISI: CONDANNE E RIFORME	25
<i>1.5.1. La riforma Cartabia.....</i>	<i>30</i>
1.6. LA LEGGE SIMEONE SARACENI.....	34
<i>1.6.1. La sospensione automatica dell'esecuzione per le pene detentive brevi.....</i>	<i>35</i>
1.7. IL TRATTAMENTO PENITENZIARIO.....	43
1.8. IL TRATTAMENTO RIEDUCATIVO. LE MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE.....	45
1.9. L'AFFIDAMENTO IN PROVA AL SERVIZIO SOCIALE.....	48
1.10. LA DETENZIONE DOMICILIARE.....	55
II. ERGASTOLO OSTATIVO E CARCERE DURO. UNA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ GIURIDICA E SOCIALE.....	61
2.1. IL DOPPIO BINARIO PENITENZIARIO.....	61
2.2. ERGASTOLO OSTATIVO E LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE	67
2.3. L'ARTICOLO 3 CEDU E LA CENSURA DEI GIUDICI DI STRASBURGO CON LA SENTENZA VIOLA.....	73
2.4. SVILUPPO DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE E IL CONSEGUENTE APPRODO ALLA RIFORMA DEL 2022	79
2.5. IL REGIME DEL CARCERE DURO.....	85
<i>2.5.1. Il caso Provenzano e la recente questione Cospito.....</i>	<i>91</i>
2.6. IL DIRITTO ALLA SPERANZA.....	97
2.7. RIFLESSIONI FINALI	102
III. IDEOLOGIA E FUTURO DELLA FUNZIONE RIEDUCATIVA.....	107
3.1. PREMESSA.....	107
3.2. LA CONCEZIONE RETRIBUTIVA DELLA PENA.....	108
3.3. LA PENA COME PREVENZIONE.....	113

3.4.	LA FUNZIONE RIEDUCATIVA DELLA PENA.....	120
3.5.	LA PROPOSTA DI RIFORMA DELL'ART. 27 COST.....	125
3.6.	IL RICORSO ALLA PAURA E IL C.D. POPULISMO PENALE.....	127
3.7.	LA GIUSTIZIA RIPARATIVA.....	131
3.8.	NUOVE PROSPETTIVE DI RIEDUCAZIONE: L'ESPERIENZA NORVEGESE CON IL CARCERE DI HALDEN.....	134
	CONCLUSIONE.....	139
	BIBLIOGRAFIA.....	146
	DOTTRINA.....	146
	GIURISPRUDENZA.....	157
	FONTI NORMATIVE.....	159
	SITOGRAFIA.....	160

INTRODUZIONE

Nel 2009 e nel 2013 l'Italia è stata condannata dalla Corte EDU – rispettivamente con le sentenze *Sulejmanovic* e *Torreggiani* – per aver violato l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Si è trattato di un punto di arrivo – oppure di inizio ? – di un declino evolutivo già oggetto di molti dubbi e criticità e che rappresenta tutt'oggi una delle principali tematiche su cui si concentrano strategie di governo e politiche legislative. Una cosa, dunque, è certa: il sistema penitenziario italiano è in crisi.

La seguente trattazione si pone l'obiettivo di analizzare i livelli e le sfumature di detta crisi, le varie soluzioni adottate per porvi rimedio e le ripercussioni nell'attuazione di quello che è – a tutti gli effetti - il baluardo della disciplina sanzionatoria di stampo penale, ovvero il principio di rieducazione sancito all'art. 27 co. 3 della Carta costituzionale. A tal proposito, il primo capitolo è dedicato all'analisi del fenomeno del sovraffollamento carcerario che rappresenta la manifestazione più «concreta» della difficoltà in cui da molti anni versa l'ordinamento legislativo in tale ambito. Difficoltà a cui si è tentato di porre rimedio favorendo in maniera sempre maggiore – forse anche troppa – l'accesso alle misure alternative alla detenzione, ovvero modalità di esecuzione della pena che rispondono al principio di progressività trattamentale in ottica rieducativa. Il problema, invece, si pone laddove tali misure vengano utilizzate con finalità prettamente deflattive, svalutando il finalismo risocializzante cui esse sono – quantomeno formalmente – rivolte e privandole di quella stessa attitudine teleologica che ne ha determinato la formulazione. Nell'ultimo rapporto del Comitato anti-tortura del Consiglio d'Europa viene segnalata una situazione patologica non irrilevante laddove viene riscontrato che «il sovraffollamento carcerario rappresenta un

problema, con carceri che operavano al 114% della loro capacità ufficiale di 50.863 posti al momento dell'ultima visita condotta»¹.

Tuttavia, l'idea che ispira detta trattazione è quella di comprendere l'estensione di tale situazione di crisi e valutare come possa evolversi e svilupparsi in un simil contesto l'attitudine di recupero e reintegro sociale del reo. A tal proposito, nel secondo capitolo la riflessione guarderà a specifici istituti giuridici che rendono assolutamente peculiare l'ordinamento italiano. Dunque, anche una crisi di legittimità. Le fattispecie dell'ergastolo ostativo e del regime di cui al 41-*bis* ord. penit. rappresentano un *unicum* del sistema italiano e sono state ripetutamente oggetto – nel corso degli anni – di pronunce da parte dei giudici costituzionali e della Corte di Strasburgo. In particolare, nei confronti dell'istituto rinominato dalla dottrina come *ergastolo ostativo* sono sorti plurimi dubbi di legittimità alla luce della rispondenza – soprattutto – all'art. 27 co. 3 cost, laddove era originariamente precluso l'accesso sia alla liberazione condizionale sia ai permessi premio in assenza di attitudini collaborative del condannato. Gli interventi di riforma susseguitisi – specialmente quello della recente Riforma Cartabia - hanno tentato di superare la componente assoluta della presunzione di pericolosità ad esso sottesa – secondo cui un soggetto non collabora perché è ancora legato al contesto criminale di appartenenza e quindi ancora pericoloso – così da consentire di attenuare l'originaria rigidità con cui veniva precluso ai condannati per i reati di cui all'art. 4-*bis* ord. penit non collaboranti di giovare di quelle componenti attuative – permessi premio, libertà condizionale [...] - del principio di progressività trattamentale sotteso al proposito rieducativo del condannato. I giudici di Strasburgo, infatti, avevano rimarcato nella sentenza *Viola* che la previsione di una pena perpetua non fosse di per sé in contrasto con i valori della convenzione laddove – qui l'importanza – fosse comunque garantita la rivedibilità *de iure* e *de facto* della pena. Si trattava di una caratteristica essenziale non prevista nella conformazione originaria

¹Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT), *Rapporto sull'Italia*, Strasburgo, 24 marzo 2023. Disponibile su www.coe.int.

dell'ergastolo ostativo italiano nel caso di un detenuto non collaborante. Nel corso di detto capitolo, si affronterà anche la questione del regime previsto all'art. 41-*bis* ord. penit. ove viene delineato un trattamento penitenziario differenziato per particolari categorie di detenuti – di solito esponenti delle organizzazioni criminali – rispetto ai quali vengono sospese tutte quelle regole penitenziarie ritenute inidonee a interrompere effettivamente e definitivamente i contatti tra il detenuto e il mondo delinquenziale di appartenenza. Si tratta di un istituto da molto tempo al centro di dibattiti etici e giuridici, tornato recentemente all'attenzione – nazionale e internazionale – per il caso che ha riguardato Alfredo Cospito, esponente della FAI (Federazione Anarchica Informale). Lasciando l'analisi specifica ai relativi paragrafi di trattazione, ciò che qui preme, invece, sottolineare è come le difficoltà etiche e di legittimazione giuridica connesse a detti due istituti – esclusivi del sistema italiano – siano sintomatiche del carattere diffuso di quella crisi cui si faceva accenno poco sopra. In altre parole, se il sovraffollamento è sicuramente il fenomeno più eclatante e concreto della situazione emergenziale in cui versa il sistema penitenziario, non deve essere in alcun modo trascurato come sussistano situazioni di difficoltà e di allarme anche in altri ambiti dell'ordinamento. Una crisi, dunque, immanente all'ossatura ordinamentale stessa. Il monito dei giudici di Strasburgo e i plurimi interventi della Consulta non possono essere trascurati, come d'altronde non può trascurarsi che entrambe le fattispecie sopracitate siano tutt'ora delle componenti dell'ordinamento e, dunque, sarà opportuno trovare un modo per garantirne la compatibilità rispetto al precetto rieducativo costituzionale. Per tali ragioni, si è perseguita l'idea di riflettere circa la connotazione etico-valoriale della crisi che sempre più intensamente attanaglia l'intero assetto dell'istituzione penitenziaria. Si passa dal carcere alla norma, appunto.

In linea di continuità con quanto detto fino ad adesso, è sembrato opportuno tentare un'analisi ancora più «da lontano», ovvero guardando a quella stessa società alla cui tutela si rivolge – a diversi livelli - la pressoché generale totalità delle previsioni normative e rispetto cui il carcere si pone come

estremo baluardo garantistico in ottica di convivenza civica. Il terzo capitolo, infatti, ricostruisce le diverse attitudini teleologiche della sanzione penale per guardare poi all'unico finalismo espressamente sancito e riconosciuto dalla Carta costituzionale ovvero il precetto rieducativo. In particolare, il paragrafo § 3.6. («*Il ricorso alla paura e il c.d. populismo penale*») mira a ricostruire la percezione sociale del diritto penale alla luce della sempre più frequente strumentalizzazione in ottica di controllo ed esorcizzazione sociale. In maniera più chiara, si tenta di analizzare come la funzione costituzionalmente ed ermeneuticamente attribuita alla sanzione penale sia stata deviata dall'utilitarismo politico. Sta cambiando la percezione che la generalità di consociati tende ad avere a proposito di una pena: il diritto penale, dunque, va divenendo uno strumento di catarsi della società, per usare le parole di Aristotele. Tornando al discorso iniziale, tale ricostruzione rileva in quanto viene così attenzionata un'ulteriore componente della crisi penitenziaria, una crisi che riguarda la società e i valori con cui essa guarda alla sanzione penale. La recente proposta di riforma dell'art. 27 cost. – e in particolare la volontà di dare spazio a *pene esemplari* – è estremamente sintomatica del cambiamento che sta intervenendo. Per tale ragione, l'analisi dovrà volgersi a capire che conseguenze vi potranno essere per la funzione rieducativa costituzionalmente attribuita alla pena e per le sue modalità di attuazione, laddove la sanzione penale tende drasticamente a essere esaltata quasi totalmente nella sua funzione di prevenzione generale, ovvero di intimidazione e deterrenza.

Per risolvere tali interrogativi, è parso opportuno volgere lo sguardo oltreconfine e, in particolare, all'esperienza norvegese caratterizzata da un sistema penitenziario con valori molto simili a quello italiano – anche qui la rieducazione e l'umanizzazione sono principi dominanti. Il carcere di Halden è stato, infatti, definito nel 2015 dal New York Times come «il carcere più umano del mondo» per via delle modalità trattamentali riservate ai propri detenuti. Il cambio di approccio è drastico. Tuttavia, l'elemento che – come si vedrà – più preme sottolineare riguarda l'attitudine a sviluppare un senso di affidabilità e fiducia nei reclusi tale per cui ne deriva un netto abbattimento

dei tassi di recidiva. Il detenuto viene effettivamente recuperato, rieducato e risocializzato, non solo sulla carta. La tesi, dunque, volge a indagare l'ampiezza di una situazione di crisi che non può più essere circoscritta al solo fenomeno del sovraffollamento, ma deve essere valutata e apprezzata per la propria portata complessiva così da poter sviluppare gli adeguati mezzi di soluzione. Una crisi che inizia nella società e nei suoi modi di percepire la sanzione penale, prosegue abbracciando le norme che di quella società sono lo strumento di tutela e – ovviamente – termina nella realtà concreta del carcere. D'altronde, con eccelso occhio critico già Voltaire diceva: «non fatemi vedere i vostri palazzi ma le vostre carceri, poiché è da esse che si misura il grado di civiltà di una Nazione».

I. LA CRISI DEL SISTEMA PENITENZIARIO E L'UTILIZZO IN OTTICA DEFLATTIVA DELLE MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE

«Conosciamo tutti gli inconvenienti della prigione, e come sia pericolosa, quando non è inutile. E tuttavia non «vediamo» con quale altra cosa sostituirla. Essa è la detestabile soluzione, di cui non si saprebbe fare a meno»

M. FOUCAULT

1.1. Premessa – 1.2. La sanzione penale – 1.2.1. I principi costituzionali alla base della pena – 1.3. Il carcere è veramente una *extrema ratio*? – 1.4. La crisi del sistema penitenziario – 1.5. Le conseguenze della crisi: condanne e riforme – 1.5.1. La riforma Cartabia – 1.6. La legge Simeone-Saraceni – 1.6.1. La sospensione automatica dell'esecuzione per le pene detentive brevi – 1.7. Il trattamento penitenziario – 1.8. Il trattamento rieducativo. Le misure alternative alla detenzione – 1.9. L'affidamento in prova al servizio sociale – 1.10. La detenzione domiciliare

1.1. Premessa.

La materia del diritto penitenziario è da anni ormai al centro dell'agenda politica del legislatore, alla luce delle problematiche relative alla direzione degli istituti di pena derivanti dalla modifica della componente sociale della popolazione e dal cambiamento – qualitativo e quantitativo – dei reati e delle relative pene cui dare esecuzione. Le condanne della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo hanno, di fatto, certificato il carattere patologico della situazione italiana, alla quale per molto tempo inizialmente si è cercato di apporre soluzione ricorrendo agli istituti dell'amnistia e dell'indulto e capendo soltanto in seguito la necessità di una effettiva opera di riforma del sistema.

Il sovraffollamento carcerario si presenta come fenomeno ben chiaro e noto al legislatore, il quale sempre più spesso – come si vedrà – ha provveduto a introdurre interventi normativi in ottica deflattiva volti a scardinare o quantomeno depotenziare il ricorso alla pena detentiva in senso stretto. Tuttavia, il problema oltre che legislativo è anche e soprattutto di stampo filosofico-concettuale. Sempre più spesso – e sempre più in maniera congenita -riaffiora l'idea, forse mai superata effettivamente, che la pena più efficace sia quella che consiste in una privazione di libertà. Una privazione della libertà da doversi realizzare sempre e soprattutto nel carcere.

1.2. La sanzione penale.

«La storia della pena è una continua abolizione»².

Era il 1877. Rudolf von Jhering, ultimo grande esponente della Scuola Storica, si apprestava a terminare il primo volume della sua opera più famosa, conosciuta in italiano con il nome «*Lo scopo del diritto*». Nella sua indagine sulla genesi del diritto - con particolare attenzione verso lo *ius romanorum* di cui era illustre conoscitore - riassume e al contempo anticipa la tendenza comune e persistente in gran parte dei sistemi sanzionatori di matrice penalistica dei paesi europei. Per ragioni di linearità logica, conviene mettere temporaneamente da parte tale espressione al fine inquadrare quello che ne rappresenta il fulcro semantico. Jhering parla di una «*storia della pena*». Sovviene alla mente la lezione del grande filologo Luciano Canfora, il quale riconduce ai lemmi una insita capacità di auto definirsi e auto raccontarsi, evidenziando come siano «*le stesse parole, spesso, a parlare*»³. Pena, appunto, dal latino *poena*, a sua volta ripresa - in ottica ancor più remota - dal greco *poinë* ovvero castigo o vendetta, ma anche indennizzo o ammenda. È

² R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, trad.it. M.G. Losano, Aragno, Torino, 1972, vol. I, p. 269.

³ L. CANFORA, *La democrazia, storia di una ideologia*, Laterza, 2008, p. 45.

proprio nelle sfumature di tali significati che si celano secoli di sviluppi ideologici e politici, di abolizioni e innovazioni, nel tentativo di rispondere al granitico interrogativo sotteso, ovvero cosa debba tendere a realizzare una sanzione penale.

Nel libro IX de *le Leggi – oi Nomoi* – Platone afferma che «la pena deve avere lo scopo di rendere migliore. Tuttavia, [...] se si dimostra che il delinquente è incurabile, la morte sarà per lui il minore dei mali»⁴ Dunque, la dottrina del contraccambio o *lex talionis* - formulata prima ancora dai pitagorici e innalzata quasi a *fil rouge* di molte epoche seguenti - ne dava un'accezione prettamente vendicativa. Ai medioevali si deve, invece riconoscere il merito dell'aver coniato l'espressione più emblematica del diritto penale di stampo retributivo, laddove Grozio scriveva con lungimirante capacità di sintesi «*malum passionis propter malum actionis*»⁵. Al male subito si deve rispondere con altrettanto male - anche di diversa natura – purché vi sia piena corrispondenza tra l'intensità del torto subito e la punizione che ne consegue. Interessante richiamare alla mente la posizione assunta da due grandi filosofi dell'età moderna, anch'essi sostenitori di una ricostruzione della pena in chiave retributiva e strenui postulatori della necessità della esecuzione capitale. In particolare, Kant identificava nel fine retributivo l'unico strumento idoneo a determinare la qualità e la quantità della pena, in quanto quest'ultima, essendo preposta alla realizzazione della giustizia, doveva attuare una perfetta corrispondenza tra delitto e castigo: «*se egli ha ucciso, egli deve morire*»⁶. Qualche anno più tardi, Hegel formulerà il concetto di pena come *lesione della lesione*⁷: il reato è per il filosofo una lesione di diritti e questa lesione viene eliminata mediante la lesione, insita nell'inflizione della pena, dei diritti del reo, in particolare del suo diritto alla libertà⁸. Fatte

⁴ PLATONE, *Le leggi* (trad. A. Cassarà) 854e.

⁵ *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XX, § 1,1.

⁶ «Non vi è nessun surrogato, nessuna commutazione di pena, che possa soddisfare la giustizia. [...] non c'è nessun altro compenso tra il delitto e la punizione, fuorché nella morte inflitta giuridicamente al criminale, spogliandola però di ogni malizia che potrebbe rivoltare l'umanità». I. KANT, *Dottrina del diritto - Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Utet, Torino, 1956, p. 522.

⁷ G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, 1821.

⁸ U. KLUG, *Il commiato da Kant e da Hegel*. In L. Eusebi (Ed.), *La funzione della pena: Il commiato da Kant e da Hegel*, Giuffrè, Milano, 1989, p.5.

simili premesse, non può che essere ancor di più apprezzata la significativa rivoluzione consolidatasi con l'illuminismo italiano, a partire dal quale si va, invece, ad affermare il primato dell'oggettivo sul soggettivo e la separazione tra peccato e reato. Proprio durante quegli stessi anni dell'idealismo tedesco - in territorio italiano - Cesare Beccaria scriveva che «la vera misura dei delitti è il danno fatto alla nazione e però errarono coloro che credettero vera misura dei delitti l'intenzione di chi li commette»⁹. Il carattere copernicano del pensiero appena citato viene compiutamente colto all'interno di un saggio del letterato Francesco Venturi - tra i massimi conoscitori del secolo dei lumi - laddove rileva che «allo Stato spettava soltanto il compito di valutare e di risarcire il danno che l'infrazione della legge aveva portato all'individuo e alla società. La pena non era più un'espiazione»¹⁰. È bene chiarire che le ricostruzioni storico-filosofiche relative alle finalità cui è sottesa una sanzione penale, saranno oggetto di specifica e dettagliata analisi nell'ambito del Capito III di tale trattazione. Tuttavia, ciò che per il momento preme sottolineare riguarda il ruolo assunto dall'ideologia penale liberale - di cui Beccaria è il più illustre esponente - nell'indirizzare lo sviluppo di un diritto penale fino a come consolidatosi nei giorni a noi contemporanei. Quelli appena menzionati sono gli anni in cui sorge l'istituzione carceraria nella accezione moderna del termine, in cui si consolida il passaggio dal pubblico supplizio - proprio del periodo preilluministico - al carcere, ancora purtroppo inteso come strumento di punizione e isolamento.

Contro la Scuola Classica¹¹ si schiera la Scuola positiva¹², fautrice della concezione del reato come sintomo di una pericolosità sociale insita nel soggetto agente. Scontro produttivo. È proprio dalla mediazione degli argomenti di queste opposte posizioni che trova sviluppo - intorno agli anni

⁹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, p.22.

¹⁰ F. VENTURI, *Il diritto di punire*, in *Utopia e riforma nell'Illuminismo*, Einaudi, 1970, p.125.

¹¹ La scuola Classica si basava sulla difesa del principio di legalità e sulla proporzionalità tra il reato e la reazione dell'ordinamento

¹² La scuola Positiva ruotava attorno all'idea che lo Stato - non potendosi assolutamente limitare all'applicazione delle sanzioni tipizzate a livello formale - dovesse svolgere una sorta di terapeutica sociale scientificamente fondata, agendo sulle cause del crimine o comunque realizzando un'azione preventiva a garanzia della sicurezza della società.

Trenta del secolo precedente - il sistema del cosiddetto *doppio binario*. Il criterio che ne scaturisce ruota attorno al duplice dualismo *responsabilità individuale-pena e pericolosità sociale-misura di sicurezza*, differenziando le conseguenze che il fatto-reato implica per il soggetto a seconda che esso sia imputabile o socialmente pericoloso o entrambe le precedenti, ma sempre e soltanto in un'ottica di difesa sociale. Il passaggio dal finalismo vendicativo a quello di giustizia e tutela della convivenza sociale si realizza anche e soprattutto per merito di un ripensamento del principio di proporzionalità. Proporzionalità concepita non già nei termini meccanicistici della pena vetero-testamentaria del taglione [...], ma come concetto etico-sociale, per cui si considera giusto corrispettivo anche un male di diversa natura¹³; un male che la giurista Cantarella definisce come «irrogato da un'autorità statale che interviene a disciplinare casi e modalità di legittimo esercizio del potere sanzionatorio, segnando la nascita del diritto penale quale diritto pubblico»¹⁴. La codificazione penale attualmente in vigore – c.d. Codice Rocco – trae spunto proprio da quel doppio binario di cui è stata appena fatta menzione, nonostante non venga comunque in alcun modo fornita una compiuta definizione del concetto di pena. È sufficiente per il momento 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 speciale¹⁵, nozioni su cui ci soffermerà lungamente nel Capitolo III.

Citando von Jhering, la storia della pena – si è detto - è una continua abolizione e non sembra plausibile possa essere diversamente. Lo richiede il progresso cognitivo sotteso a ogni secolo trascorso. Lo richiede il bisogno di salvaguardare quella convivenza sociale che permette agli uomini di essere e rimanere tali, animali razionali – letteralmente *zòon politikòn*¹⁶. Ancora,

¹³ F. MANTOVANI, *Il problema della criminalità*, Cedam, Padova, 1984.

¹⁴ E. CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, Rizzoli, Milano, 1991.

¹⁵ M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario: le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, Milano, 2004, p.3.

¹⁶ ARISTOTELE, *La Politica*, (trad. A. Russotti e T. Torcello), 1253a. «L'uomo è per natura un animale politico e chi vive fuori dalla comunità civile, per sua natura e non per qualche caso, o è un abietto o è superiore. [...] la natura, come diciamo, non fa niente senza ragione e l'uomo è l'unico essere ad avere la parola, [...] questa serve a comunicare ciò che è utile e ciò

Benedetto Croce ricostruisce il perché si sia pervenuti a sviluppare un concetto di responsabilità e - in particolare – di responsabilità giuridica. «*Non si è responsabili, ma si è fatti responsabili, e chi ci fa responsabili è la società, che impone certi tipi di azione, e dice all'individuo: «Se tu vi ti conformi, avrai premio: se vi ti ribelli, avrai castigo; e, poiché' tu sai quel che fai e intendi quel che io chiedo, io ti dichiaro responsabile dell'azione che eseguirai»*¹⁷.

1.2.1. I principi costituzionali alla base della pena.

Il Codice penale è la Magna Charta del reo¹⁸ e la Carta costituzionale rappresenta la base e la garanzia della libertà¹⁹ dei concittadini. Tale paragrafo si concentrerà proprio sulla centralità dei principi costituzionali nella concettualizzazione della pena in astratto e nella sua esecuzione in concreto. Punto chiave della trattazione è l'art 27 Cost²⁰, ove al co. 3 individua il fondamento e la legittimazione delle pene nella necessità che esse *tendano alla rieducazione* del condannato. Il giudice, nella scelta della sanzione penale da irrogare, dovrà orientarsi verso quella più in grado di prevenire il rischio della reiterazione di reati da parte dello stesso soggetto. Riabilitazione che, tuttavia, sarebbe irraggiungibile - o non ipotizzabile - se non fosse contestualizzata dall'ulteriore requisito della *colpevolezza* dell'agente, così come codificato al co. 1 dell'articolo in analisi. Dunque, rieducazione nella colpevolezza. Attraverso la storica sentenza del 1988, la Corte costituzionale ha evidenziato come «dal co. 1 dell'art. 27 Cost, risulti indispensabile il collegamento – almeno nella forma della colpa – tra soggetto agente e fatto»;

che è nocivo, e quindi anche ciò che è giusto e ciò che è ingiusto; ciò, infatti, è proprio dell'uomo rispetto agli altri animali, l'avere egli solo, la percezione del bene e del male, del giusto e dell'ingiusto e delle altre cose.»

¹⁷ B. CROCE, *Etica e politica*, 1931, p. 103.

¹⁸ F. VON LISZT, *Strafrechtliche aufsätze und Vorträge*, II, Berlino, 1905, p.80.

¹⁹ S. MATTARELLA, Quirinale, 09-2018.

²⁰ Art. 27 Cost.:

«*La responsabilità penale è personale.*

L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.

Le pene non possono consistere in trattamento contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.

Non è ammessa la pena di morte».

infatti, perché la suddetta disposizione costituzionale «sia pienamente rispettata e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente, siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa»²¹. Non avrebbe senso, d'altronde, la rieducazione di chi, non essendo in colpa, non ha bisogno di essere rieducato²².

Da una lettura combinata dell'art. 25 co. 2 Cost²³. e dell'art. 1 c.p.²⁴. viene individuato un ulteriore elemento costitutivo della potestà sanzionatoria statale, che i latini riassumevano nel brocardo *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. In maniera più chiara, non chi è socialmente pericoloso, bensì solo chi ha commesso azioni socialmente pericolose ben determinate e nettamente individuate nella legge, soggiace alla potestà punitiva dello Stato. Ancora, chi soggiace al potere punitivo dello Stato non è però messo al bando, né rimane privo di diritti e tutela, bensì anche il male che lo può colpire è fissato dalla legge una volta per tutte²⁵.

La legge quale presupposto per la configurazione di una responsabilità da reato e della conseguente pretesa punitiva, stante la necessaria rimproverabilità quantomeno nella forma della colpa – escluse le ipotesi di responsabilità oggettiva²⁶ – del soggetto agente, che rappresenta un vincolo

²¹ Sentenza n. 1085 del 1988, Corte costituzionale.

²² Sentenza n. 364 1988, Corte costituzionale.

²³ Art. 25 Cost.:

«Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge.

Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.

Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge».

²⁴ Art. 1 c.p.:

«Nessuno può essere punito per un fatto ce non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite».

²⁵ F. VON LISZT in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. GATTA, *Manuale di Diritto Penale – parte generale*, Giuffrè, Milano, 2020, p.8.

²⁶ Con la pronuncia n.1085 del 13 dicembre 1988, la Corte costituzionale dichiara illegittima la disciplina dettata dall'art. 626 co.1 n. 1 c.p. per il *furto d'uso*, laddove attribuiva rilevanza penale all'ipotesi della mancata restituzione della *cosa sottratta* anche se dovuta a caso fortuito o a forza maggiore. Tuttavia, quella appena menzionata è l'unica disposizione su cui la Corte è potuta intervenire in via diretta con una declaratoria di illegittimità., Attualmente, infatti, vi sono ulteriori ipotesi di *responsabilità oggettiva* all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, sia nell'ambito di una norma di parte generale – art. 42 co. 3 c.p. – sia in

tanto per il legislatore quanto per il giudice, sicché questi deve tenere conto nella commisurazione della pena del tetto massimo segnato dal grado di colpevolezza. A tal proposito è bene chiarire che qualsiasi vantaggio per la società possa derivare da una comminatoria di pena, esso debba essere messo a confronto con i costi, individuali – in termini di libertà personale e patrimonio - e collettivi ad essa connessi. Dunque, nel rispetto del principio di proporzionalità anzidetto - immanente agli ulteriori principi costituzionali di eguaglianza-ragionevolezza (art. 3 Cost) e di rieducazione del condannato (art 27 co. 2 Cost) - è necessario negare legittimità a quelle incriminazioni che, anche se idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono danni all'individuo e alla società sproporzionatamente maggiori rispetto ai vantaggi ottenuti²⁷. Secondo la Corte, la pena deve essere proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia al contempo alla funzione di difesa sociale ed a quella di tutela delle posizioni individuali²⁸.

Si è parlato - in termini di sinonimia rispetto al principio appena menzionato - anche di meritevolezza della pena: solo determinati gradi di offese a determinati beni giuridici sono considerate dall'ordinamento «meritevoli» di pena. Ciò che deve essere colto è, dunque, il ruolo centrale che assume il principio di proporzionalità, nella duplice accezione teleologica di *prevenzione generale* – dissuasione dal commettere reati – e di *prevenzione speciale* – rieducazione del condannato. Una sanzione penale deve essere proporzionata alla gravità oggettiva e soggettiva del reato – sia in astratto che

diverse e ulteriori disposizioni di parte generale e speciale che sono sintetizzabili in tre macrocategorie:

- a. Responsabilità oggettiva in relazione all'*evento*
- b. Responsabilità oggettiva in relazione ad *elementi del fatto diversi dall'evento*
- c. Responsabilità oggettiva in relazione all'*intero fatto di reato*

In attesa di nuovi interventi da parte del legislatore o di ulteriori pronunce dell'organo garante delle leggi, al giudice è richiesto di interpretare le norme appena menzionate *in conformità alla Costituzione*. A tal proposito, la stessa Corte costituzionale ha affermato, nella sentenza del 24 luglio 2007 n. 322, che «*il principio di colpevolezza si pone non soltanto come vincolo per il legislatore, nella conformazione degli istituti penalistici e delle singole norme incriminatrici, ma anche come canone ermeneutico per il giudice, nella lettura e nella applicazione delle disposizioni vigenti*»

²⁷ Sentenza n. 341 del 1994, Corte costituzionale.

²⁸ Sentenza n. 236 del 2016, Corte costituzionale.

in concreto – così da non risultare incomprensibile al suo destinatario tale da inibire e ridurre sensibilmente le possibilità di sviluppare un suo atteggiamento favorevole e propedeutico al reinserimento nella società. «La palese sproporzione del sacrificio della libertà personale [...] produce [...] una vanificazione del fine rieducativo della pena»²⁹.

Ancora. L'art. 13 co. 1 Cost³⁰. attribuisce *carattere inviolabile alla libertà personale*. È bene precisare che tutte le sanzioni penali³¹ attualmente previste dall'ordinamento giuridico incidono – direttamente o indirettamente – sulla libertà personale. L'elevazione della sfera di autonomia individuale a bene inviolabile³² – ex art. 13 Cost. – impone di fare un uso della pena esclusivamente in termini residuali, ovvero quando non sono disponibili diversi mezzi sanzionatori in grado di assicurare eguale tutela al bene giuridico rispetto a una determinata forma di aggressione subita. Dunque, secondo il *principio di sussidiarietà* appena citato, la pena, oltre che *proporzionata* – cioè meritata – rispetto alla gravità del fatto, dovrà anche e soprattutto essere *necessaria*, dovrà essere intesa tanto dal legislatore quanto dal giudice come una *extrema ratio*.

In definitiva, il ricorso del legislatore alla sanzione penale trova la sua legittimazione, all'interno dell'ordinamento italiano, nella finalità di *prevenzione generale* – intimidazione-deterrenza e orientamento culturale dei comportamenti dei consociati – nel rispetto dei limiti imposti dal principio della rieducazione del condannato – *prevenzione speciale* -, a tutela

²⁹ Sentenza n. 343 del 1993, Corte costituzionale.

³⁰ Art. 13 Cost.:

«La libertà personale è inviolabile.

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.

[..]»

³¹ Anche una pena pecuniaria può incidere sulla libertà personale del condannato attraverso i meccanismi della conversione, in caso di insolubilità del reo. Si ricordi la declaratoria di illegittimità costituzionale con sentenza del 21 novembre 1979 n. 131 relativa all'art. 136 c.p. per contrasto con il principio di eguaglianza. Il suddetto articolo è stato sostituito dall'art. 101 della L. 24 novembre 1981, n. 689. Cfr. Corte cost. 440/1994. Cfr. Corte cost. 01/2021. Cfr. Corte cost. 28/2022

³² Sebbene il principio dell'*habeas corpus* venga fatto risalire già alla *Magna Charta* (1215), esso si consoliderà e influenzerà tutte le altre costituzioni liberali dei vari paesi con l'*Habeas Corpus Act* e, soprattutto, con il successivo *Bill of Rights*.

proporzionata e sussidiaria di beni giuridici contro offese inferte colpevolmente³³.

Meritano, ora, di essere prese in analisi le modalità con cui vengono attuati i suddetti principi durante la fase dell'esecuzione vera e propria.

Un primo limite richiede che l'opera di rieducazione, per motivi precedentemente affermati, non possa essere, dunque, condotta in termini coattivi. È proprio l'art. 27 co. 3 Cost. – manifesto della disciplina sanzionatoria di stampo penale – a richiedere che le pene non debbano consistere *in trattamenti contrari al senso di umanità*³⁴. Rieducazione, ma non rieducazione coattiva; offerta di aiuto e non trasformazione coattiva della personalità.

Un secondo limite può, invece, esser individuato nella necessità che il fine rieducativo ceda il passo alla *neutralizzazione* del condannato, ogniquale volta non risulti possibile un reinserimento di questi nella società, per il tramite dell'esecuzione della pena, né risulti realizzabile una effettiva opera di intimidazione e ammonimento. La disciplina prevista agli artt. 4 bis e 41 bis³⁵ rappresenta il baluardo di tale ipotesi ed è oggetto ormai da tempo di dubbi di legittimità costituzionale e opposte valutazioni politico-criminali. Il capitolo II della suddetta trattazione è completamente dedicato agli sviluppi connessi proprio a quel sistema speciale di esecuzione della pena detentiva codificato all'interno dei due articoli appena citati.

Il carattere afflittivo della pena è ritenuto una autentica *conquista di civiltà*³⁶ e la multiforme natura della punizione, diritto-dovere dell'autorità statale, ne rappresenta la moderna concettualizzazione. Essa è un male che colpisce il reo, e lo colpisce in proporzione al male fatto³⁷. L'idea di un diritto penale come mezzo ultimo di tutela – *extrema ratio* - comporta, da un lato, che si

³³ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. GATTA, *Manuale di Diritto Penale – parte generale*, Giuffrè, Milano, 2020, p.16.

³⁴ Lo stesso concetto in art. 4 CEDU:

«Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti»

³⁵ L. 26 luglio 1975, n.354. *Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*.

³⁶ F. MANTOVANI, *Il problema della criminalità*, Cedam, Padova, 1984.

³⁷ U. BRASIELLO, *Pena e Diritto romano*, in *Novissimo Digesto Italiano*, (Vol. XII). Utet, Torino, 1982, pp.808-813

ricorra allo strumento della sanzione penale - nel rispetto del principio di sussidiarietà - se non vi sono alternative meno gravose ma comunque ugualmente efficaci per l'individuo e, dall'altro lato, che tale concetto sia attuato soprattutto durante la scelta dello strumento sanzionatorio penale da applicare in concreto. Non solo, dunque, il diritto penale, ma ancor prima la stessa reclusione in carcere e in generale la risposta detentiva devono rappresentare *l'ultima ratio*³⁸.

1.3. Il carcere è veramente una extrema ratio?

A conclusione del precedente paragrafo, si è detto che il regime carcerario - in ottica di coerenza con il principio di sussidiarietà - deve essere inteso come ultimo strumento cui fare ricorso laddove eguali vantaggi per la società e l'individuo non possano essere raggiunti con sanzioni penali meno invasive della libertà personale. Si passerà ora all'analisi del ruolo assunto dal carcere e all'effettivo uso che ne è stato fatto nel corso degli anni recenti.

Interessante sottolineare come, fino alla fine del Settecento, la detenzione inframuraria non avesse una connotazione punitiva, essa era anzi intesa come un semplice strumento di contenimento per coloro che avessero arrecato danno a terzi, un luogo temporaneo di custodia finalizzato a garantire la presenza del soggetto al processo. Nel tentativo di conciliare le spinte riformistiche della Scuola classica e della Scuola positiva, il legislatore del 1930 ha sviluppato un impianto sanzionatorio *carcerocentrico*. Secondo tale visione, la pena doveva essere intesa come lo strumento per isolare, per il tempo determinato in sentenza, gli autori di reati ritenuti meritevoli della privazione della libertà personale³⁹, attribuendo, dunque, alla sanzione penale di stampo pecuniario un ruolo prettamente secondario - essendo essa sempre destinata a essere convertita, ove non pagata, in pena detentiva - e alle pene

³⁸ Parere del Comitato Etico della Fondazione Umberto Veronesi, *Ripensare il sistema sanzionatorio penale*, 2014, p. 71, in www.scienceandethics.fondazioneveronesi.it.

³⁹ V.P. CORSO, *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Monduzzi, Bologna, 2006

interdittive una valenza esclusivamente accessoria – in quanto sempre previste in forma aggiuntiva alle principali.

Dopo la caduta del fascismo e l'approvazione della Costituzione repubblicana, con il rispettivo art. 27 – vero e proprio manifesto della fase esecutiva di stampo penale – vengono codificati gli estremi cui doveva – *rectius* deve – improntarsi il sistema delle pene: *rieducazione del condannato e divieto di trattamenti inumani*.

Tuttavia, restava forte già all'epoca l'esigenza di una radicale riforma del settore penitenziario, in quanto a tale introduzione non seguirono concrete innovazioni in grado di risolvere il problema del rapporto tra la difesa sociale e gli altri obiettivi delle pene. Nonostante venne chiarito che la pena non potesse essere ridotta - nel proprio significato teleologico – a mero strumento retributivo 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 carcere⁴⁰. Forse mai il trionfo del carcere è stato realmente ed interamente tale, e la storia in effetti documenta i continui tentativi per il suo superamento: ma nonostante le sue deficienze e le insoddisfazioni prodotte, il carcere ha resistito in virtù di questa convinzione di ineluttabilità che ha continuato ad alimentarlo operando quasi sottotraccia⁴¹. In una pronuncia del 1966, la stessa Corte costituzionale ridimensionava la portata del principio di cui all'art 27 Cost., chiarendo come la sua introduzione non potesse spingersi a «negare l'esistenza della pena laddove essa non contenga [...] le condizioni idonee a realizzare tale finalità. Ciò in considerazione delle altre funzioni della pena che [...] sono essenziali alla tutela dei cittadini e dell'ordine giuridico contro la delinquenza e da cui dipende l'esistenza stessa della vita sociale»⁴².

Il fattore principale che ostacola, tuttora, la piena attuazione e l'effettività del principio rieducativo è rappresentato dal sovraffollamento carcerario,

⁴⁰ L. VIOLI, *Il trattamento penitenziario*, in P. BALDUCCI, A. MACRILLÒ, *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020, p. 676.

⁴¹ F. PALAZZO, *Crisi del carcere e culture di riforma*, in *Diritto penale contemporaneo*, 26 febbraio 2018, www.penalecontemporaneo.it

⁴² Sentenza n. 12 del 1996, Corte costituzionale.

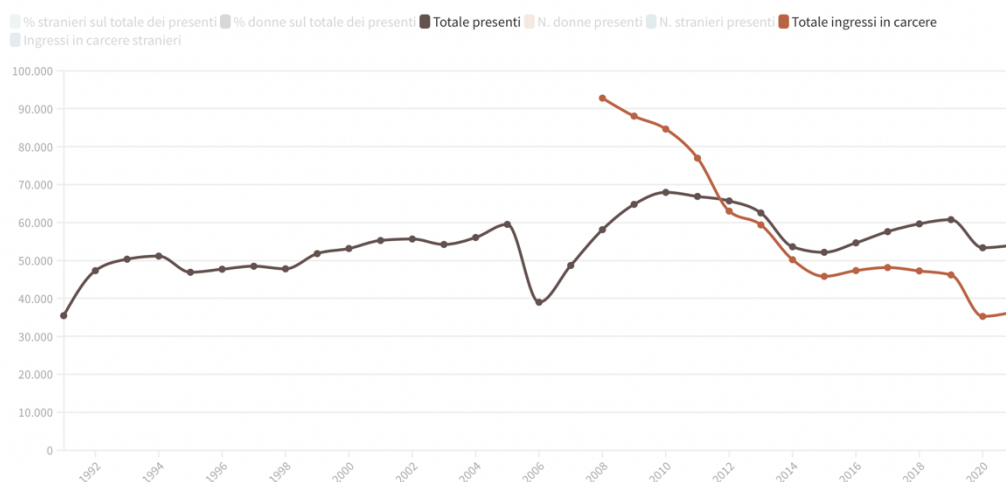
condizione patologica della quasi totalità degli istituti detentivi, al punto tale da essere divenuto – come si vedrà meglio in seguito – oggetto di attenzione da parte del Consiglio d'Europa e della Corte europea dei diritti dell'uomo. È bene ricordare che una significativa svolta normativa si è realizzata con la l. 26 luglio 1976 n. 354 recante «*Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*»; legge che ha contribuito al superamento della concezione *carcerocentrica* soprattutto mediante l'introduzione delle misure alternative alla detenzione, vera e propria declinazione del principio costituzionale rieducativo. La suddetta novella e gli ulteriori interventi legislativi saranno oggetto di specifica analisi nei paragrafi successivi. Per il momento, conviene sottolineare come l'intero sviluppo del sistema sanzionatorio e penitenziario sia segnato dal binomio «*più carcere, più sicurezza*»⁴³. Il problema principale legato al *sovraffollamento carcerario* – ovvero lo squilibrio tra l'effettiva capienza delle prigioni rispetto al numero di detenuti concretamente presenti⁴⁴ - è rappresentato, da un lato, dal rischio – pratico – di ostacolare il funzionamento degli istituti di pena rendendo ardua l'attuazione dei percorsi trattamentali e, dall'altro, dal pericolo di lesione dei diritti dei soggetti ivi detenuti⁴⁵. Dunque, sebbene il carcere sia formalmente inteso, secondo il principio di sussidiarietà, come *extrema ratio* del panorama sanzionatorio di stampo penale, nel concreto sussiste una situazione patologica di sovraffollamento delle prigioni dovuta, spesso, a un ricorso improprio alla pena detentiva – soprattutto negli anni passati.

Si riporta qui di seguito un grafico riassuntivo delle presenze negli istituti penitenziari a partire dal 1991 fino al 31 dicembre del 2022:

⁴³ M. PELLISSERO, *Politica, consenso sociale e dottrina: un dialogo difficile sulle riforme attuate e mancate del sistema sanzionatorio* in *Arch. Pen.*, 1, 2019.

⁴⁴ Per ulteriori approfondimenti v. A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. It dir. Proc. Pen.*, 2015, . 1204 ss.

⁴⁵ M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Torino, 2020, p. 159.



⁴⁶ dati al 31 dicembre di ogni anno.

Un primo elemento interessante riguarda la progressiva crescita del numero di detenuti presenti in carcere – linea di colore marrone - con la sola eccezione del 2006, anno in cui è stato approvato l’ultimo provvedimento di indulto.

Un secondo dato che emerge dal grafico riguarda l’ammontare degli ingressi in carcere – linea di colore rosso – che ha subito un netto calo in conseguenza delle misure adottate a partire dal 2012⁴⁷ per contrastare il fenomeno delle *cd. porte girevoli*⁴⁸.

⁴⁶ ASSOCIAZIONE ANTIGONE, *Serie storica delle presenze in carcere*, in *Numeri del carcere, XVIII rapporto sulle condizioni di detenzione*, in www.rapportoantigone.it.

⁴⁷ Si fa riferimento al Decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211 – c.d. Decreto *Salva carceri* – convertito in Legge 17 febbraio 2012, n. 9 e facente parte del c.d. *Pacchetto Severino*. Per effetto della suddetta normativa, il sistema di custodia dell’arrestato è passato ad essere incentrato sulla detenzione domiciliare e la soglia di pena massima prevista per accedervi, nei casi previsti dalla l. n. 199 del 2010, è stato innalzato da dodici a diciotto mesi. Nella relazione sulla giustizia inviata alle Camere dalla all’epoca ministro Severino si legge che *«per effetto di tale misura si è registrata un’importante diminuzione delle persone interessate al fenomeno delle porte girevoli: si è passati dal 27% del 2009 al 13% del 2012»*. Cfr. in www.altalex.it. Nel *Pacchetto* avrebbe dovuto far parte anche il disegno di legge delega 5019 presentato nel 2012 - che però non ebbe alcun seguito – volto a realizzare una forte opera di depenalizzazione e alla creazione di nuove pene detentive non carcerarie. Per un’analisi del disegno di legge 5019 si rinvia a 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-delega presentato alla Camera*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 marzo 2012.

⁴⁸ Si fa riferimento al fenomeno di ingresso in carcere per uno scarso periodo di tempo – di solito non più di tre giorni - di persone arrestate in flagranza e in attesa di convalida. Evitare tale effetto significa - oltre che alleggerire il totale delle presenze nelle celle essendo tra le principali cause del sovraffollamento – evitare il trauma delle pratiche di identificazione, perquisizione e inserimento carcerario per quelle persone destinate a essere poi rilasciate a breve.

Una curiosa anomalia, invece, riguarda il rapporto tra presenze e ingressi. Se gli ingressi - come appena detto - sono in netto calo appare insolito constatare come, di contro, le presenze abbiano un andamento di progressiva crescita costante. Come si può spiegare tale patologia?

Una prima causa deve essere individuata nella tendenza, sempre più frequente negli ultimi anni, di evitare il ricorso alla misura della custodia cautelare determinando, dunque, un significativo aumento tra la popolazione detenuta di soggetti aventi già una condanna definitiva, spesso di durata anche molto lunga. A quanto appena detto si aggiunga, inoltre, il progressivo innalzamento dell'età dei detenuti. Ancora, il grafico evidenzia che la cifra record di presenze negli istituti di pena viene raggiunta a novembre del 2010, anno in cui - come si vede - il totale dei detenuti arriva quasi a toccare le 70.000 unità. In quegli stessi anni si amplia l'ambito dei soggetti sottoposti a modalità esecutive della pena alternative al carcere.

Nel XVIII rapporto sulle condizioni di detenzione, l'Associazione Antigone ha rilevato che, a fine 2022, il costo medio di un detenuto al giorno è di 164,33€ - cifra comprensiva anche del costo della retribuzione del personale preposto ai servizi penitenziari - mentre una persona in misura alternativa costa circa dieci volte di meno⁴⁹. Il rischio di tale impostazione è quello di applicare in chiave de-carcerizzante istituti che perseguono altre finalità - soprattutto rieducative - nel tentativo di conformare la reazione penale allo scarso disvalore sociale del fatto di reato.

Come ricordava Marinucci, «*il diritto penale è l'extrema ratio della politica sociale*» e «*la politica sociale è la migliore politica criminale*»⁵⁰.

⁴⁹ Cfr. sez. Costi, in XVIII rapporto sulle condizioni di detenzione, Associazione Antigone, in www.rapportoantigone.it.

⁵⁰ G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, p. 477.

1.4. La crisi del sistema penitenziario.

Si è detto, dunque, che tra le sanzioni penali di cui all'art.17 c.p.⁵¹ il ricorso alla detenzione carceraria deve considerarsi legittimo solo nel caso in cui non sia possibile raggiungere un proporzionale ed eguale risultato attraverso una misura meno limitativa della libertà personale. L'evoluzione del sistema sanzionatorio se, da un lato, ha contribuito a spostare l'attenzione dal «fatto» criminoso alla valutazione della «persona» da punire, ha anche determinato, dall'altro, un significativo mutamento del concetto stesso di istituzione penitenziaria⁵². In tale paragrafo si affronterà il problema della crisi del sistema penitenziario – crisi immanente all'istituto stesso – per passare poi ad analizzare i risvolti che tale patologia ha prodotto all'interno dell'ordinamento giuridico italiano sulla spinta delle riforme che si sono susseguite nel corso degli anni recenti.

Qualche anno fa, il giurista Palazzo scriveva che «il carcere è sempre stato in crisi, ma oggi questa crisi perenne pare essere più radicale»⁵³. A tal proposito, problemi di sovraffollamento si manifestarono già in epoca tardo antica nell'ambito della carcerazione preventiva. Ancora, in pieno Ottocento Alexis de Tocqueville ricercava nel Nuovo Continente soluzioni a una condizione penitenziaria quasi insostenibile sul piano umanitario, conseguenza della configurazione del carcere quale pena principale – se non addirittura unica – del sistema punitivo dell'epoca. Guardando al panorama italiano, si è già detto che il legislatore del 1930, in ottica di continuità con le esperienze precedenti, si faceva fautore di una visione dell'impianto sanzionatorio penale

⁵¹ Art. 17 c.p.:

«Le pene principali stabilite per i delitti sono:

1. [la morte];
2. l'ergastolo;
3. la reclusione;
4. la multa;

Le pene principali stabilite per le contravvenzioni sono

1. l'arresto;
2. l'ammenda».

⁵² A. MARGARA, *La modifica della legge penitenziaria: una scommessa per il carcere, una scommessa contro il carcere*, in *Questione di giustizia*, n. 3, 1983.

⁵³ F. PALAZZO, *Crisi del carcere e interventi di riforma: dialogo con la storia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 26 febbraio 2018, p. 5.

di stampo carcerocentrico, in cui la pena era intesa come lo strumento per isolare gli autori di reati meritevoli di tale sanzione. L'avvento della Costituzione e l'introduzione della legge n. 354 del 1975 intervengono in un momento di pregnante significato. In ambito sovranazionale la «*Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*»⁵⁴ aveva canonizzato i principi fondamentali in ambito dell'esecuzione penale cui l'ordinamento italiano non poteva evitare di conformarsi. A tal proposito, è decisivo sottolineare che la realizzazione della funzione rieducativa - prevista come finalità ultima e non unica della sanzione penale ex art. 27 co.3 cost. - dipende soprattutto dalle modalità del regime di esecuzione adottato e non solo, invece, dalla relativa durata. Con la riforma del 1975 si prende coscienza dell'importanza e della necessità di un trattamento rieducativo tentando di superare - o quantomeno tamponare - il fenomeno del sovraffollamento tramite l'introduzione di misure alternative alla detenzione ispirate all'idea della *probation*⁵⁵. Successivamente, il cambiamento di maggior rilievo è avvenuto con la c.d. *Legge Gozzini*, l. 10 ottobre 1986, n. 663 «*Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*», con cui il legislatore è intervenuto sia sul piano collettivo - postulando una differenziazione della popolazione detenuta sulla base di una «*presunzione di pericolosità carceraria collettiva*»- sia sul piano dei singoli condannati - prevedendo misure restrittive ed impeditive al ricorrere di particolari ragioni di sicurezza.

Come si vedrà meglio a breve, l'insieme delle norme introdotte nel nostro ordinamento penale non solo ha condotto alla concreta possibilità di ridimensionare - in sede di esecuzione - la durata e le modalità di attuazione delle pene, ma ha determinato anche un importante avvicinamento

⁵⁴ Legge del 04 agosto 1955, n. 848.

⁵⁵ La *probation* - secondo la definizione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa - *descrive l'esecuzione in area penale esterna di sanzioni e misure definite dalla legge ed imposte ad un autore di reato*. Cfr. Raccomandazione CM/Rec(2010)1 e Raccomandazione CM/Rec(92)16. L'amministrazione italiana incaricata dell'esecuzione penale condivide la suddetta definizione. All'interno del sistema di *probation* vi sono istituti di diversa natura, aventi come comun denominatore il loro svolgimento nella comunità esterna e l'essere finalizzati tanto al reinserimento sociale del reo quanto alla tutela della sicurezza pubblica

concettuale tra lo strumento della sanzione e quello della misura di sicurezza, dando ampio ruolo alla valutazione della condizione concreta del soggetto⁵⁶. Eppure, nonostante gli interventi normativi appena menzionati e i tentativi di riforma successivi, è opportuno parlare ancora di crisi del sistema penitenziario.

In primis, una crisi *umanitaria*, come conseguenza del fenomeno del sovraffollamento ormai sempre più dilagante. Le carceri sovraffollate 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 detentiva⁵⁷. Un drastico aumento della popolazione carceraria deve essere fatto risalire già a partire dagli anni '90 del secolo scorso quando, in conseguenza della riforma costituzionale del 1992, venne attribuito carattere eccezionale ai provvedimenti di amnistia e indulto, strumento principe – fino a quel momento – per contrastare tale patologia degli istituti detentivi. Ulteriori interventi normativi – ad es. la c.d. *legge ex Cirielli* - e le dubbie condizioni dell'edilizia carceraria hanno contribuito a determinare una situazione di densità penitenziaria oltre il limite del sopportabile come certificato anche a livello sovranazionale con le sentenze Sulejmanovic e Torreggiani della Corte europea dei diritti dell'uomo⁵⁸.

Crisi umanitaria ma anche, in secondo luogo, crisi di *efficienza ed effettività*⁵⁹. Gli alti tassi di recidività prodotti dal carcere conducono alla conseguenza paradossale per cui tale strumento si dimostra, di fatto, generatore di quella stessa criminalità che esso mira a prevenire in via generale. Inoltre, l'avvento di alcuni meccanismi giuridici introdotti in ottica deflattiva – dalla

⁵⁶ C. BRUNETTI, *Diritto Penitenziario*, Esselibri, Napoli, 2010, p. 148.

⁵⁷ P. BARZANÒ, *Il sovraffollamento carcerario; un problema diffuso*, in *Rass. Pen e crimin.*, n. 1/2015, p. 319.

⁵⁸ Il riferimento è C. eur. Dir. uomo, Sez II, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia. E poi anche C. eur. Dir. uomo, 8 gennaio 2014, Torreggiani c. Italia.

⁵⁹ Cfr. F. PALAZZO, *Crisi del carcere e interventi di riforma: un dialogo con la storia*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 6.

prescrizione alle misure alternative – hanno accentuato il rischio che la pena minacciata appaia come un semplice *flatus vocis*.

In ultimo, crisi *ideologica*. Il carcere è esposto alla possibile degenerazione quale strumento di pura «esclusione» del reo, quasi a rappresentare simbolicamente il rifiuto del male mediante l'esclusione del condannato e la sua relegazione in uno spazio chiuso non solo dall'interno carcerario verso l'esterno sociale ma anche, nell'opposta direzione, dall'esterno sociale verso l'interno carcerario⁶⁰.

Diversi studi di settore⁶¹ dimostrano che l'esecuzione della pena in misura alternativa riduce significativamente le ipotesi di recidività, presentandosi come più idonea a soddisfare l'istanza rieducativa e rendendosi, dunque, più efficace. Il problema, semmai, riguarda il modo in cui tali misure vengono percepite, ovvero troppo dispendiose e poco punitive. Affinché si possa parlare di modalità di esecuzione della pena efficaci – cioè che consentano di attuare e raggiungere la rieducazione del condannato in ottica di un suo reinserimento nel contesto sociale – è necessario garantire a tutti i detenuti delle condizioni di vita dignitose che sono sostanzialmente impossibili in assenza di spazi idonei (aule scolastiche, sale lettura, biblioteche, palestre) e funzionali ai percorsi di recupero sociale. Il sovraffollamento riduce e limita tali ipotesi e, quindi, è causa di inefficacia del finalismo trattamentale reintegrativo. La storia del nostro ordinamento penitenziario dimostra che «*se non cambia la cultura sociale della pena e se non si debella il pregiudizio in forza del quale, limitando i diritti dei condannati, si ottiene maggiore sicurezza, qualsiasi progresso rimarrà precariamente esposto alla prima risacca legislativa giustificata con indifferibili esigenze di tutela della collettività. [...] Il problema è culturale prima ancora che normativo*»⁶².

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Per ulteriori approfondimenti si veda *XVIII rapporto sulle condizioni di detenzione*, di Associazione Antigone in www.rapportoantigone.it.

⁶² MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Stati generali sull'esecuzione penale*, 2016, p. 7. In www.giustizia.it.

1.5. Le conseguenze della crisi: condanne e riforme

Già nel 1974 il giurista Marinucci scriveva «il compito futuro della politica criminale non risiederà nel miglioramento della pena detentiva, bensì nella sua progressiva eliminazione: ogni privazione della libertà personale in qualunque tipo di stabilimento, anche pensato con la più ampia fantasia rinnovatrice, provoca danni psicologici e sociali così certi da rendere difficile qualunque obiettivo di risocializzazione»⁶³.

L'intero sistema del diritto penitenziario è stato attraversato, nel corso degli anni, da differenti e significative riforme con l'obiettivo di adeguare la suddetta materia alla Carta costituzionale e alle Convenzioni ratificate dall'Italia, tentando di rendere sempre meno frequente il ricorso alla detenzione carceraria e di risolvere le problematiche relative alla gestione degli istituti di pena. In particolare, l'obiettivo dell'agenda politica italiana degli ultimi anni ha riguardato la risoluzione del problema della sovrappopolazione penitenziaria.

Nel paragrafo §1.4 si è già menzionato del provvedimento di indulto – l'ultimo – emanato mediante la l. 31 luglio 2006 n. 241, del quale hanno beneficiato gli autori di reati commessi entro il 2 maggio 2006, esclusi i reati di «maggior allarme sociale».

Nonostante tale intervento, il problema del sovraffollamento tornò presto attuale, al punto che – nel 2009 – l'Italia venne condannata con la sentenza *Sulejmanovic c. Italia* dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per violazione dell'art. 3 CEDU, secondo cui «nessuno può essere sottoposto a pene o trattamenti inumani o degradanti». Importante sottolineare che la misura dello spazio personale da garantire a ciascun individuo assume particolare rilievo tra gli indici da considerare per verificare se le condizioni di detenzione cagionino sofferenze di grado maggiore rispetto al livello tipico. A tal proposito, attraverso un richiamo alla propria precedente

⁶³ G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale, in jus. Rivista di scienze giuridiche*, 1974, 486.

giurisprudenza⁶⁴, la Corte precisa che «se di norma non è possibile fissare - in maniera precisa e definitiva - la misura dello spazio personale che deve essere garantito a ciascun detenuto nel rispetto della Convenzione, in alcuni casi la mancanza di tale spazio può essere talmente flagrante da integrare da sola una violazione dell'art. 3, come appunto successo per il ricorrente in detta evenienza».

Il 13 gennaio dello stesso anno veniva dichiarata dal Governo la c.d. *emergenza carceri*⁶⁵ e, contestualmente, l'Italia approvava un nuovo *piano carceri*⁶⁶ con il fine di aumentare la capienza degli istituti penitenziari. Il presidente del Consiglio dell'epoca, Silvio Berlusconi, sottolineava l'unicità del provvedimento con queste parole: «la situazione nelle carceri è diventata insostenibile, uno Stato civile non può togliere la dignità delle persone. In passato, il problema del sovraffollamento veniva risolto con amnistie e condoni, noi invece vogliamo dare una soluzione duratura nel tempo. Per la prima volta abbiamo deciso di dar vita ad un piano per affrontare questa emergenza nelle carceri italiane: la situazione non è più tollerabile». In attuazione di tale provvedimento, venne adottata la l. 26 novembre 2010, n. 199⁶⁷ - c.d. *svuota carceri* - con la quale si introdusse un istituto di carattere originariamente eccezionale - poi divenuto, invece, definitivo⁶⁸ - denominato «*esecuzione presso il domicilio delle pene detentive, anche residue, non superiori ai dodici mesi*» - la c.d. *detenzione domiciliare svuota carceri*. Tuttavia, il rimedio introdotto non risolse completamente il problema.

⁶⁴ Cfr. *Trepachkine c. Russia*, n. 36898/03, sentenza del 19 luglio 2007, § 92.

⁶⁵ V. *Dichiarazione dello stato di emergenza conseguente all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari presenti sul territorio*, in www.ristretti.it.

⁶⁶ Per il primo anno, il piano prevedeva l'ampiamiento di una serie di istituti già esistenti e la costruzione di nuovi stabilimenti in modo da portare la c.d. capienza tollerabile delle carceri italiane a circa 80.000 unità, con un incremento di oltre 21.700 posti. Cfr. P. BALDUCCI, A. MACRILLÒ, *Le misure alternative alla detenzione*, in *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2020, p. 551. Per un'analisi dei provvedimenti adottati all'interno del c.d. *piano carceri* si rinvia a A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale - i d.l. del 2013 e la sentenza della Corte costituzionale 32/2014*, Giappichelli, Torino, 2014, pagg 5 e seguenti.

⁶⁷ Per un'analisi della suddetta legge si rinvia a S. TURCHETTI, *Legge svuotacarceri ed esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare? - Considerazioni a margine della l. 26 novembre 2010, n. 199*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 dicembre 2010.

⁶⁸ La stabilizzazione della misura è avvenuta con il d.l. n. 146 del 2013

Davanti a una situazione penitenziaria non più tollerabile, il Consiglio dei ministri approvò, in data 16 dicembre 2011, il decreto-legge n. 211 – convertito in legge n. 9 del 2012⁶⁹ – facente parte degli interventi del c.d. *Pacchetto Severino*. Le misure introdotte erano finalizzate a ridimensionare il fenomeno delle *porte girevoli* ed a dare maggiore applicazione all’istituto della detenzione domiciliare introdotta nel 2010, innalzandone la soglia di pena detentiva per accedervi – non più dodici mesi ma bensì diciotto.

Nel 2013 arrivò una ulteriore condanna da parte della stessa CEDU con la sentenza *Torreggiani*, ove si accertava il carattere *sistemico* delle violazioni dell’art. 3 CEDU e si imponeva l’adozione di un sistema di ricorsi interni idonei a garantire sia un rimedio di tipo *preventivo* contro le violazioni dell’articolo appena citato, sia un rimedio compensatorio nei casi di avvenuta violazione⁷⁰. I giudici di Strasburgo avevano rilevato che il tema della sovrappopolazione carceraria in Italia, era arrivato a rappresentare «un *problema sistemico* risultante da un *malfunzionamento cronico* proprio del sistema penitenziario italiano e non solo, invece, un fenomeno episodico»⁷¹. In estrema sintesi, si tenterà di individuare le principali misure adottate dallo Stato italiano come reazione al diktat di Strasburgo.

Il d.l. luglio 2013, n. 78 («*Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena*») - convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 94. – merita di essere citato per due importanti novità. In primo luogo, è intervenuto sull’art. 656 c.p.p. prevedendo l’obbligo per il pubblico ministero di richiedere al magistrato di sorveglianza l’eventuale applicazione di misure alternative prima di emettere l’ordine di esecuzione, attraverso l’anticipazione delle detrazioni di pena, al fine di limitare gli ingressi in carcere di breve periodo. In secondo luogo, ha modificato il limite minimo di pena – da 4 a 5 anni - per l’applicazione della custodia cautelare in carcere.

Con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, («*Misure urgenti in tema dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione*

⁶⁹ V. infra § 1.3.

⁷⁰ 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*, cit.

⁷¹ §§ 87 e ss. della sentenza *Torreggiani e altri c. Italia*

carceraria) – convertito con modificazioni nella l. 21 febbraio 2014, n. 10 – è stata immessa la regola del c.d. *braccialetto elettronico* nell’applicazione della misura cautelare degli arresti domiciliare ed estesa anche alla detenzione domiciliare. Tale intervento normativo ha, inoltre, introdotto la misura temporanea della *liberazione anticipata speciale*⁷² e ha aumentato - da 3 a 4 - anni il limite massimo di pena per l’affidamento in prova al servizio sociale. Ulteriore menzione merita il d.l. 26 giugno 2014, n. 92, («*Rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell’articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati*») – convertito con modifiche nella l. 11 agosto 2014, n. 117, con cui è stato introdotto il rimedio risarcitorio⁷³ per detenzione inumana e degradante di cui all’art. 35-ter ord. penit⁷⁴.

Alcuni passi in avanti erano stati fatti, ma la realtà carceraria, salvo circoscritte eccezioni, era ancora distante dalle connotazioni e dal compito che alla pena assegna la Costituzione⁷⁵. A tal proposito è interessante notare come, sebbene il Consiglio d’Europa – in data 8 marzo 2016 – abbia chiuso il caso Torreggiani avendo rilevato un sostanziale adempimento delle

⁷² L’istituto deve essere annoverato tra quegli strumenti adottati dopo la condanna della *Sentenza Torreggiani c. Italia* volti ad assicurare una forma riparativa di ristoro nei casi di detenzione inumana e degradante. Tutte le pene già in espiazione a partire dalla data del 1° gennaio 2010 – eccetto i condannati per i delitti di cui all’art. 4-bis della l. n. 354 del 1975 – hanno subito una detrazione di pena pari a settantacinque (non invece di quarantacinque giorni come normalmente previsto dalla liberazione anticipata di cui all’art. 54 della legge appena citata) giorni per ogni semestre di buona condotta trascorso. Per i condannati che al 1° gennaio 2010 avevano già beneficiato della liberazione anticipata, invece, era riconosciuto la maggiore detrazione di trenta giorni per ogni singolo semestre, laddove avessero mantenuto un regime di buona condotta anche dopo aver beneficiato della liberazione anticipata normale.

⁷³ Il rimedio risarcitorio per detenzione inumana e degradante è volto a garantire al soggetto che - per le condizioni di detenzione in cui è posto – diviene vittima di trattamenti disumani e degradanti, una diminuzione di pena pari a un giorno per ogni dieci di pregiudizio subito o, laddove la durata della pena rimanente da espire renderebbe vana tale riduzione, attribuisce al reo il diritto a una somma di denaro pari a otto euro al giorno. Se si tratta di pena già completamente espia, la vittima di tali condizioni potrà rivolgersi, comunque, al giudice civile – entro sei mesi dal termine della detenzione - al fine di ottenere la somma anzidetta. Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 30 gennaio 2018, n. 11018. In dottrina, v. A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, 2014, in *Dir. pen. cont.*, 2014.

⁷⁴ V. legge n. 354 del 1975.

⁷⁵ V. Relazione finale degli Stati Generali dell’esecuzione penale, in www.giustizia.it

prescrizioni imposte dalla Corte europea dei diritti umani, il numero di detenuti è ricominciato a crescere già sul finire dello stesso anno.

Per questa ragione già nel maggio 2015, il Ministro della Giustizia dell'epoca, Orlando, diede vita a un progetto di approfondimento di diverse tematiche in ambito penale - finalizzato a produrre una riforma dell'ordinamento - denominato «Stati Generali dell'esecuzione penale». La presentazione dei risultati del progetto avvenne nel 2016 e si rivelò di utile incoraggiamento per il Parlamento nell'approvazione della legge delega sulla riforma⁷⁶ dell'ordinamento penitenziario di cui alla l. 23 giugno 2017, la quale era finalizzata a rivoluzionare il procedimento «tipico» di sorveglianza - di cui all'art. 678 c.p.p. - in ottica di deflazionare il carico giudiziario dei tribunali facilitando l'accesso alle misure alternative. Tuttavia, le aspettative sono andate presto deluse in quanto si è pervenuti all'approvazione - mediante il varo dei d.lgs. nn. 121, 123 e 124 del 2018 - di un testo ben diverso rispetto agli obiettivi sanciti, con sostanziale mancata attuazione della legge delega nella parte relativa alla facilitazione dell'accesso alle misure alternative. Contro la riforma Orlando sono state indirizzate molte critiche, a partire da quella che la riteneva una riforma «svuota-carceri» in senso dispregiativo⁷⁷. In ogni caso, sono rimasti esclusi dalla riforma numerosi profili di grande rilievo che erano stati oggetto di attenzione nella legge delega originaria, tra cui la previsione di ipotesi di giustizia riparativa, l'introduzione di misure alternative specifiche per i condannati con infermità psichica. Il problema di fondo restava sempre lo stesso, ovvero abbandonare effettivamente e concretamente il primato della pena detentiva attraverso l'adozione di una prospettiva in grado di abbassare i *ponti levatoi* tra carcere e società⁷⁸.

⁷⁶ La riforma Orlando ha introdotto una nuova causa estintiva dei reati - estinzione dei reati a seguito di condotte riparatorie - modifica il regime della prescrizione dei reati e rende più duro il trattamento sanzionatorio per alcune fattispecie criminose - furto, rapina e scambio elettorale politico-mafioso.

⁷⁷ E. DOLCINI, *A proposito di leggi svuota carceri*, cit., p. 227.

⁷⁸ G. GIOSTRA, intervento al Convegno *Che fine hanno fatto gli Stati Generali?*, in *dir. pen. cont.*, 2017.

1.5.1. La riforma Cartabia.

Nonostante gli interventi normativi già citati, restava forte – anche a cause delle condanne di Strasburgo – la necessità di superare il monismo carcerario attraverso il ricorso a un sistema sanzionatorio alternativo. In questa ottica si pone l'attività svolta dalla commissione Lattanzi⁷⁹, istituita il 16 marzo del 2021, la quale aveva elaborato in poco tempo alcune proposte di emendamenti al d.d.l. Bonafede⁸⁰ in coerenza con le linee programmatiche illustrate il giorno precedente dalla ministra Cartabia alla Commissione giustizia della Camera dei deputati. Tuttavia, il suddetto progetto di riforma è stato sottoposto a una significativa opera di ripensamento tale per cui le modifiche apportate durante il consueto *iter* parlamentare hanno, di fatto, stravolto l'impostazione originaria, dando vita a un prodotto normativo ben distante sia dal progetto della Commissione Lattanzi sia dall'originario disegno di legge. La riforma Cartabia così risultante si compone di due atti: la l. n. 134 del 2021 (*«Delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari»*) e la l. n. 206 del 2021 (*«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 forzata»*)⁸¹. La legge 134 ha ad

⁷⁹ Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435 dell'ex ministro Bonafede. In proposito, cfr. *Forum sulla proposta di riforma della giustizia penale*, in *lalegislazionepenale.it*, con interventi di F. Alvino, M. Bargis, V. Bonini, G. De Francesco, F. Palazzo, D. Pulitanò e B. Romano. V. inoltre A. MANNA, *Considerazioni critiche sulle proposte della Commissione Lattanzi in materia di sistema sanzionatorio penale e di giustizia riparativa*, in *Arch. pen.*, 29 giugno 2021.

⁸⁰ Riferimento al disegno di legge n. A.C.2435-A presentato nel marzo 2020 dall'allora ministro della Giustizia Alfonso Bonafede.

⁸¹ Si noti che in entrambe le leggi viene utilizzato il termine «efficienza». Peculiarità sintomatica dell'esigenza di ridurre i tempi dei processi attraverso una riscrittura delle norme processuali e delle norme organizzative degli uffici giudiziari, la cui disorganizzazione è alla base dell'inefficienza dell'intero sistema di giustizia. Cfr. G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della legge Cartabia*, 2021, p. 3, in www.sistemapenale.it.

oggetto tre ambiti tematici: la ristrutturazione dell'intero sistema sanzionatorio mediante il tentativo di valorizzare le alternative al carcere con le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, l'attribuzione di maggiori spazi di sistematicità alla giustizia riparativa e l'incentivazione della economicità efficienza e effettività del processo penale. In particolare, la riforma attuata mediante il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 è di fatto entrata in vigore il 30 dicembre 2022, convertito con modificazioni nella l. n. 199/ del 2022.

In questo paragrafo si analizzerà il contributo della Riforma Cartabia in relazione alle pene sostitutive, nel tentativo da essa compiuto di ridurre la pena detentiva al ruolo residuale che le è assegnato dalla Costituzione⁸², rimasto irrealizzato nella prassi giurisprudenziale e nel panorama legislativo. Dunque, la pena non è - e non può essere - solo il carcere. «Non esiste nulla di più assurdo della pena detentiva breve⁸³, dal momento che produce all'ordinamento giuridico danni più gravi di quelli che deriverebbero dalla completa impunità del reo»⁸⁴. All'esigenza di superare «l'idea del carcere come unica effettiva risposta al reato»⁸⁵ risponde la riforma attuata con la legge n. 134 del 2021, introducendo – all'art. 20 *bis* c.p. – le sanzioni sostitutive⁸⁶ ora rinominate come *pene sostitutive delle pene detentive brevi*. In particolare, viene aumentato da due a quattro anni il limite entro il quale la pena detentiva può esser sostituita dal giudice e vengono rimpiazzate le sanzioni sostitutive della libertà controllata e della semidetenzione – ora abolite – con la detenzione domiciliare, il lavoro di pubblica utilità e la semilibertà. Per essere più chiari, il cambiamento di grande rilievo da sottolineare consiste nell'attuale possibilità di applicare in via anticipata,

⁸² E. DOLCINI, *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 7 e p. 25.

⁸³ 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.

⁸⁴ 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

⁸⁵ Marta Cartabia in Commissione Giustizia della Camera dei deputati, cfr. E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia* in www.sistemapenale.it.

⁸⁶ Le sanzioni sostitutive, introdotte con la l. 689/1981, riguardano le pene detentive brevi e non comportano la detenzione del condannato, potendo essere applicate già con la sentenza di condanna, dunque prima che inizi l'esecuzione della pena

ovvero già all'esito del giudizio di cognizione, le misure della *detenzione domiciliare* e della *semilibertà* – che continuano comunque a essere previste anche come misure alternative alla detenzione, di competenza del tribunale di sorveglianza in seguito alla definitività della sentenza – ora ricomprese nell'elenco delle pene sostitutive. Ad ogni modo, le nuove pene sostitutive restano assoggettate alla disciplina processuale e sostanziale prevista per le corrispondenti misure alternative, in quanto compatibile, nell'ambito della legge sull'ordinamento penitenziario (l. n. 354/1975). La scelta di mettere a disposizione del giudice di cognizione sanzioni che riproducono nei contenuti le attuali misure alternative deve essere valorizzata sul piano dell'importanza in quanto non solo scongiura il passaggio del condannato attraverso il carcere, ma promette anche di ridimensionare il fenomeno patologico dei c.d. liberi sospesi⁸⁷⁸⁸.

Si noti come già qui è possibile evidenziare una prima difformità rispetto alla Commissione Lattanzi, la quale includeva nel sopracitato elenco anche la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale, poi escluso dal testo di legge finale nel timore che una sua applicazione in via anticipata potesse avere conseguenze disincentivanti verso la sospensione del giudizio con messa alla prova dell'imputato e potesse determinare un allungamento dei tempi processuali⁸⁹. Un ulteriore punto di novità riguarda la previsione per cui tali pene possano essere applicate direttamente dal giudice di cognizione a prescindere dall'adozione di riti alternativi e, quindi, della richiesta di patteggiamento. Viceversa, in ottica di conformità con la Commissione, viene esclusa la possibilità di utilizzare la sospensione condizionale per le pene sostitutive prevedendo espressamente che le disposizioni di cui agli artt. 163 e seguenti del c.p. non trovi applicazione in tale ambito. La riforma Cartabia libera le pene sostitutive dal mortale abbraccio della *sospensione condizionale della pena*: la sovrapposizione delle aree applicative della

⁸⁷ Si fa riferimento a quei soggetti condannati che – ex art. 656 co. 5 c.p.p. – aspettano in stato di libertà la decisione del Tribunale di sorveglianza relativa all'istanza di accesso a una delle misure alternative alla detenzione

⁸⁸ E. DOLCINI, *La svolta impressa dalla riforma Cartabia*, 2021, in www.sistemapenale.it.

⁸⁹ G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della legge Cartabia*, p. 17 in www.sistemapenale.it.

sospensione condizionale e della sostituzione della pena detentiva aveva infatti portato al fallimento delle sanzioni sostitutive quali previste dalla legge n. 689/1981⁹⁰. Si tratta di un passo decisivo per garantire l'effettività dell'intero sistema, evitando che tali pene vengano eclissate dalla sospensione condizionale; laddove, infatti, siano integrate le condizioni per entrambi i provvedimenti, sarà il giudice a dover scegliere quale strada seguire. Dunque, *non ci saranno più pene detentive sostituite e sospese*⁹¹.

È bene chiarire che la scelta del giudice di cognizione circa la pena da applicare e, più nello specifico, la possibilità di irrogare una pena sostitutiva dipenderà – ex art. 1 co. 17 lett. c - dalla concreta capacità della stessa di contribuire alla rieducazione del reo e dalla idoneità a prevenire la commissione di ulteriori reati. In tale ambito poi, la l. 134/202 attribuisce piena discrezionalità all'autorità giudiziaria sul piano dell'*an* – ovvero se applicare effettivamente la pena sostitutiva - e del *quomodo* - ovvero circa la sua tipologia e i suoi contenuti.

Ultimo punto della riforma che interessa quivi trattare è quello relativo al rapporto tra giudizio di cognizione e giudizio di sorveglianza. La preclusione del giudicato è retta dal principio *rebus sic stantibus*, sicché – sia nel rito di esecuzione che in quello di cognizione – è possibile dichiarare l'inammissibilità di una istanza solo in quanto si tratti della mera riproposizione di una istanza precedente già rigettata e basata sui medesimi elementi di fatto⁹². L'inammissibilità viene, dunque, rilevata *ictu oculi* senza procedere con la decisione nel merito. In caso di rigetto da parte del giudice di merito di una istanza relativa all'applicazione di pene sostitutive si può sostenere che sarà possibile una nuova valutazione della meritevolezza della corrispondente misura alternativa ad opera del tribunale di sorveglianza al

⁹⁰ E. DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, 2022, p. 5 in www.sistemapenale.it.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Si noti che se l'istanza presenta il medesimo *petitum* di quella già rigettata ma si basa su circostanze differenti, il giudice dovrà decidere nel merito – con rigetto o accoglimento - non potendone dichiarare l'inammissibilità.

variare delle condizioni che hanno condotto alla decisione definitiva nel giudizio di cognizione⁹³.

La valorizzazione di sostituti penali si pone come un'esigenza di proporzionamento del trattamento sanzionatorio: 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 sproporzionato per eccesso in altri casi⁹⁴. In conclusione, dal 2 novembre 2022 si è attuata la possibilità di vedere applicare nell'ambito del processo di cognizione penale la detenzione domiciliare, la semilibertà, il lavoro di pubblica utilità e la pena pecuniaria, quali sanzioni direttamente disposte dall'autorità giudiziaria nel rispetto del limite di 4 anni⁹⁵ di detenzione per la pena in concreto considerata. Seppur con il rischio di sfociare in una valutazione a priori troppo affrettata, pare opportuno sottolineare che la vera e grande novità della riforma Cartabia si sostanzia nell'aver ridotto – almeno sul piano formale - la centralità della pena carceraria⁹⁶.

Ulteriori profili innovativi verranno trattati nei prossimi paragrafi, nel corso dell'analisi di alcuni istituti travolti, in parte, dalla suddetta riforma

1.6. La legge Simeone Saraceni.

Il problema del sovraffollamento è stato – e resta – una costante di tutto il processo di sviluppo e aggiornamento del diritto sanzionatorio di stampo penale. Sul finire degli anni '90, si effettuò un tentativo molto interessante di frenare l'espansione della popolazione carceraria mediante la legge 27 maggio 1998, n. 165 («*Modifiche all'articolo n. 656 del codice di procedura penale ed alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni*») –

⁹³ O. CALAVITA, *La riforma delle sanzioni sostitutive; riflessioni processualistiche in attesa del decreto legislativo*, in Leg. pen., 2022, p. 15

⁹⁴ D. BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega Cartabia: una grande occasione non priva di rischi*, p. 2, in www.sistemapenale.it.

⁹⁵ In precedenza, il limite massimo di pena detentiva sostituibile era di due anni.

⁹⁶ E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, § 3, in www.sanzionepenale.it.

c.d. Simeone-Saraceni - la quale era finalizzata a razionalizzare l'intera disciplina favorendo l'accesso alle misure alternative - senza passare necessariamente dal carcere - e responsabilizzando maggiormente la figura del magistrato di sorveglianza. Il contributo di maggior rilievo deve essere individuato nella modifica delle modalità di fruizione delle misure alternative attraverso l'automatizzazione della sospensione dell'esecuzione introdotta al co 5 dell'art. 656 c.p.p. In precedenza, «si poteva evitare di finire immediatamente in carcere, in attesa che il tribunale di sorveglianza decidesse in ordine alla misura di sorveglianza, solo se si presentava l'istanza di sospensione della pena e di applicazione della misura alternativa al momento giusto, cioè cogliendo il momento propizio tra il passaggio in giudicato della sentenza e l'ordine di esecuzione o l'esecuzione dell'ordine di carcerazione»⁹⁷. Il problema di tale impostazione, come sottolineava l'onorevole Saraceni, consisteva nel fatto che «non tutti gli «utenti del sistema giustizia» che sono destinati al carcere hanno le possibilità culturali, sociali ed economiche per sapere quale sia il momento appropriato in cui presentare quell'istanza»⁹⁸.

Nel prossimo paragrafo si analizzerà, dunque, il nuovo istituto della sospensione -automatica - dell'esecuzione così come risultate dalla modifica introdotta con la legge Simeone-Saraceni.

1.6.1. La sospensione automatica dell'esecuzione per le pene detentive brevi.

Il libro X, titolo II, del codice di procedura penale disciplina la fase dell'esecuzione della sentenza passata in giudicato; fase dominata dalla figura del pubblico ministero, soggetto preposto alla «cura» - ex art. 655 c.p.p. - attraverso la duplice funzione di impulso e direzione attribuitagli. Si è già detto come, attraverso la Legge- Simeone Saraceni, è stato introdotto al co. 5

⁹⁷ Cfr. Relazione onorevole Saraceni alla commissione giustizia della Camera dei deputati del 27 luglio 1998, seduta n. 347, p. 46, in www.camera.it.

⁹⁸ *Ibidem*.

e ss. dell'art. 656 c.p.p. l'istituto della sospensione automatica dell'esecuzione per le pene detentive brevi, la cui attuazione è demandata, ancora una volta, al pubblico ministero. Tale ennesima responsabilizzazione dell'organo di accusa si giustifica alla luce della necessità di garantire eguali benefici a quei soggetti che non sono economicamente in grado di sostenere i costi della difesa dopo la conclusione del giudizio di cognizione⁹⁹.

Con la novella del 1999, si è impostato un modello generale di esecuzione delle pene detentive brevi¹⁰⁰ secondo cui il pubblico ministero è tenuto a notificare oltre all'ordine di esecuzione¹⁰¹ anche un contestuale decreto sospensivo – si parla di *ordine di esecuzione contestualmente sospeso* - che ne «congela» l'attuazione per trenta giorni dall'intervenuta notifica. Il fine di questo istituto è consentire al condannato di presentare istanza per l'accesso a una misura alternativa – ovvero l'affidamento in prova ai servizi sociali o la detenzione domiciliare – già da *libero*, evitando a priori il suo ingresso in carcere in quanto soggetto probabilmente destinato – per la scarsa durata della pena da scontare – a uscirne in tempi brevi. Prima di proseguire ulteriormente con l'analisi, è bene effettuare delle precisazioni. Al verificarsi delle condizioni di legge di cui si dirà a breve, la sospensione dell'esecuzione è un atto dovuto del pubblico ministero, il quale è sottratto da qualsiasi possibilità di esercizio di poteri discrezionali. Inoltre, è consentita un'unica chance di sospensione per ciascuna condotta (co. 7) al fine di evitare l'utilizzo del suddetto meccanismo per rimandare *sine die* l'attuazione del dispositivo della sentenza. Ruolo chiave è assegnato alla notifica¹⁰², tramite la quale si accerta

⁹⁹ Per maggiori approfondimenti v. A. PRESUTTI, *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, Cedam, Padova, 1999, p. 292.

¹⁰⁰ Per il resto delle pene detentive, il modello di esecuzione è quello definito dai primi due commi dell'art. 656 c.p.p.:

«1. *Quando deve essere eseguita una sentenza di condanna a pena detentiva, il pubblico ministero emette ordine di esecuzione con il quale, se il condannato non è detenuto, ne dispone la carcerazione. Copia dell'ordine è consegnata all'interessato.*

2. *Se il condannato è già detenuto, l'ordine di esecuzione è comunicato al Ministro di grazia e giustizia e notificato all'interessato».*

¹⁰¹ La successione delle attività che conduce all'emissione dell'ordine di esecuzione è disciplinata dal d.m. 30 settembre 1989, n. 334.

¹⁰² La notifica dell'atto viene effettuata al difensore di cognizione se non è stato nominato un difensore per la fase esecutiva. Si tratta dell'unica ipotesi in tale fase, in cui la mancata nomina di un difensore ad hoc viene automaticamente risolta facendo riferimento a quello nominato per la fase di cognizione.

l'avvenuta conoscenza dell'avviso relativo alla possibilità di presentare entro trenta giorni - dalla stessa - l'istanza per le misure alternative. Per tale ragione è prevista la possibilità per il pubblico ministero di assumere le *opportune informazioni* e - all'esito di queste - di rinnovare la notifica (co. 8-bis)¹⁰³ «quando è provato o appare probabile che il condannato non abbia avuto effettiva conoscenza dell'avviso di cui al comma 5». A ogni modo, la giurisprudenza esclude che la disposizione possa trovare applicazione nei confronti degli irreperibili¹⁰⁴.

Si è parlato di *pene detentive brevi*. Dunque, resta da capire quali fattispecie rientrino nella suddetta tipologia alla luce dei recenti sviluppi giurisprudenziali.

Originariamente la norma prevedeva che la sospensione operasse per le pene di durata massima¹⁰⁵ fino ai tre anni. Un'eccezione era - ed è tutt'ora - quella prevista dalla normativa sugli stupefacenti, la quale fissa limiti di pena più elevati - pari a sei - per favorire la disintossicazione di soggetti tossicodipendenti o alcolodipendenti.

In materia di affidamento in prova, il legislatore è intervenuto con finalità deflattive mediante la legge 21 febbraio 2014, n. 10¹⁰⁶ elevando a quattro anni la misura di pena necessaria nel massimo per accedervi, laddove il periodo di osservazione utile a studiare il percorso del condannato sia stato della durata di un anno anziché di un mese¹⁰⁷ - c.d. *affidamento allargato*. Tuttavia, il mancato contestuale adeguamento del limite per la sospensione della esecuzione fissato a tre anni dall'art. 656 co. 5 c.p.p. aveva dato vita a una discrasia tale da neutralizzare la stessa *ratio* sottesa al meccanismo introdotto

¹⁰³ Di seguito il co. 8-bis dell'art. 656 c.p.p.:

«Quando è provato o appare probabile che il condannato non abbia avuto effettiva conoscenza dell'avviso di cui al comma 5, il pubblico ministero può assumere, anche presso il difensore, le opportune informazioni, all'esito delle quali può disporre la rinnovazione della notifica».

¹⁰⁴ Cfr. Cass., Sez. I, 30 novembre 2017, n. 1779.

¹⁰⁵ Si noti che il riferimento è alla pena «da eseguire», al netto di benefici, di presofferto e fungibilità.

¹⁰⁶ Modifica inserita dall'art. 3 comma 1 d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. In l. 21 febbraio 2014, n. 10.

¹⁰⁷ P. BALDUCCI, A. MACRILLÒ, *Pubblico ministero ed esecuzione delle pene in Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Giuffrè, 2020, p. 122.

dalla legge Simeone-Saraceni - ovvero prevenire l'ingresso in carcere per quei soggetti che avevano i requisiti per scontare diversamente la pena. La problematica è stata risolta con la sentenza n. 41 del 2018 della Corte costituzionale ove è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 656, co. 5 c.p.p. «nella parte in cui si prevede che il pubblico ministero sospende l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro anni»¹⁰⁸. La portata dell'intervento è colta nelle motivazioni della sentenza. A tal proposito, il giudice delle leggi rileva che la previsione della concedibilità dell'affidamento in prova al condannato in libertà - dopo il periodo di osservazione sopradetto - era in concreto irrealizzabile in assenza della possibilità di sospendere l'ordine di esecuzione. Il mancato adeguamento si risolveva, dunque, in una sostanziale differenziazione del trattamento normativo in relazione a situazione di fatto uguali¹⁰⁹.

Un cenno merita di essere fatto anche al caso dei condannati tossicodipendenti o alcolodipendenti nelle condizioni di chiedere l'affidamento in prova in casi particolari di cui agli artt. 90 e 94 T.U. stupefacenti. Nei confronti di soggetti aventi da scontare una condanna a pena detentiva non superiore a sei anni - purché non si tratti di reati ricompresi nell'art. 4-bis ord. penit. - coloro che hanno in corso, o stanno per iniziare, un programma di recupero che la detenzione potrebbe interrompere o precludere, possono richiedere la sospensione dell'esecuzione depositando apposita documentazione¹¹⁰. In tale evenienza, è irrilevante il momento di

¹⁰⁸ Trovasi in Giur. Cost., fasc. 2, 2018, p. 500 ss. con nota di D. VICOLI, *Un decisivo passo verso il recupero degli equilibri sistematici: elevata a quattro anni la soglia per la sospensione dell'ordine di esecuzione*. Cfr. con commento dottrinale alla pronuncia in: M. PASSIONE, *La consulta riallinea l'ordine di esecuzione e l'affidamento in prova: uno sguardo prospettico per nuovi e diversi scenari*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1, p. 57.

¹⁰⁹ Così la Consulta: «Bisogna allora considerare che è espressamente prevista la concessione dell'affidamento allargato al condannato in stato di libertà, ma, se l'ordine di esecuzione di una pena detentiva tra tre anni e un giorno e quattro anni non potesse essere sospeso, si tratterebbe di una previsione in concreto irrealizzabile, per quanto normativamente stabilita e voluta. Infatti, l'esecuzione dell'ordine di carcerazione, avvenuta senza aver dato al condannato il tempo di chiedere l'affidamento in prova allargato e comunque senza attendere una decisione al riguardo, renderebbe, impossibile la concessione della misura alternativa prima dell'ingresso in carcere.

¹¹⁰ P. BALDUCCI, A. MACRILLÒ, op. cit., p. 129.

inizio della dipendenza rispetto alla data di commissione del reato per la cui condanna si procede a esecuzione.

Attraverso la legge Simeone-Saraceni e le successive modificazioni si è provveduto a inserire un meccanismo di sospensione automatica ad opera del pubblico ministero nei confronti di soggetti condannati a pene detentive brevi, i quali possono beneficiare del termine sospensivo di trenta giorni dall'avvenuta notifica per presentare istanza al PM di accesso a una misura alternativa alla detenzione – istanza da trasmettere ad opera del pubblico ministero al tribunale di sorveglianza.

Si passerà, ora, all'analisi delle due ipotesi previste espressamente dal comma 9 dell'art. 656 c.p.p. in cui si deve escludere l'applicabilità dell'istituto in questione.

Si è detto che la legge Simeone-Saraceni è stata introdotta con la finalità – tra le altre – di evitare o quantomeno ridurre l'effetto *porte girevoli*. Alla luce di tale elemento, la lettera *b* del comma 9¹¹¹ esclude l'automatismo sospensivo dell'ordine di esecuzione per quei soggetti che si trovino già in stato di custodia cautelare per il medesimo titolo da eseguire al momento del passaggio in giudicato della sentenza. La ratio dell'eccezionalità della suddetta ipotesi merita di essere individuata, inoltre, nel fatto che l'applicazione e la permanenza fino alla irrevocabilità della sentenza nella misura di massimo rigore – quella della custodia cautelare – cui l'autore del reato era sottoposto, presuppone una particolare pericolosità dello stesso tale da giustificare un ulteriore periodo di controllo in stato detentivo - successivamente al giudicato della sentenza - prima di concedergli l'accesso a misure alternative. La giurisprudenza equipara ai detenuti anche i latitanti e gli evasi in quanto accomunati da una uguale valutazione positiva in termini di pericolosità sociale effettuata in sede cautelare¹¹². A diversa conclusione

¹¹¹ Art. n. 656 co. 9, lett. *b*, c.p.p.:

«La sospensione dell'esecuzione di cui al comma 5 non può essere disposta [...] nei confronti di coloro che, per il fatto oggetto della condanna da eseguire, si trovano in stato di custodia cautelare in carcere nel momento in cui la sentenza diviene definitiva».

¹¹² «Sul punto, Cass. Sez. IV, 18 aprile 2001, n. 20989: «La sospensione dell'ordine di carcerazione di cui al comma 5 dell'art. 656 c.p.p., come sostituito dall'art. 1 della l. 27 maggio 1998, n. 165, trova applicazione solo quando il condannato, al momento della formazione del giudicato, si trova in libertà, condizione che deriva sia dal non essere mai

giunge la giurisprudenza di legittimità nel caso in cui si tratti di un condannato in stato di custodia cautelare per fatto diverso da quello oggetto della sentenza da eseguire in quanto non c'è soluzione di continuità «tra un fatto ancora *sub iudice* e l'espiazione della pena detentiva inflitta per un diverso illecito già giudicato»¹¹³.

Alla lettera *a* (comma 9)¹¹⁴ si elencano, invece, le eccezioni legate alla gravità del reato. Il focus di tale ipotesi eccezzuativa ruota attorno alla fattispecie dei reati di cui al 4-*bis* della legge 354/1975 – oggetto di specifica analisi nel Capitolo 2 di questa trattazione. La norma appena citata, originariamente legata alla lotta alle mafie e al terrorismo politico, è stata trasformata nel tempo in una sorta di indice di tutte quelle fattispecie criminose particolarmente allarmanti per la società tali da richiedere l'introduzione di una sorta di «doppio binario» in termini di accesso dal carcere ai benefici penitenziari e tali da costituire una deroga al regime della sospensione dell'esecuzione. Interessante notare come con la legge Simeone-Saraceni si altera quel parallelismo fino a prima esistente tra la disciplina di accesso ai benefici penitenziari e la sospensione dell'ordine esecutivo in materia di reati di cui al 4-*bis* ord. penit. In particolare, la condanna ad un reato «ostativo» alla sospensione, ricompreso nel comma 9 dell'art. 656 c.p.p., e, in virtù del rinvio mobile ivi contenuto, anche dell'art. 4-*bis*, ord. penit., impedisce¹¹⁵ al pubblico ministero di sospendere l'esecuzione delle pene detentive brevi, ed impone l'emissione di un ordine di carcerazione immediato anche per una

stato raggiunto da misura cautelare personale sia dalla avvenuta revoca di questa, ma che non può invece ritenersi sussistente quando il soggetto risulti destinatario di un provvedimento di custodia cautelare relativo al fatto per cui è intervenuta condanna, sebbene si trovi di fatto in libertà per essersi volontariamente sottratto all'esecuzione dello stesso o per essere evaso».

¹¹³ Cfr. Relazione dell'Ufficio del Massimario 45/15 del 1° giugno 2015 in cui si riprende la motivazione di Cass., Sez. VI, 9 gennaio 2001, n. 8498, in *C.E.D. Cass.*, n. 219095.

¹¹⁴ Art. n. 656 co. 9, lett. *a*, c.p.p.:

«La sospensione dell'esecuzione di cui al comma 5 non può essere disposta nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'articolo 4 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, nonché di cui agli articoli 423 bis, 572, secondo comma, 612 bis, terzo comma, 624 bis del codice penale, fatta eccezione per coloro che si trovano agli arresti domiciliari disposti ai sensi dell'articolo 89 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni».

¹¹⁵ Cfr. Cass., Sez II, 18 gennaio 2000, n. 287, in *C.E.D. Cass.*, n. 215557. Si tratta dell'unica pronuncia della Suprema Corte in senso favorevole alla sospensione dell'esecuzione anche per i reati di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. Ad essa sono seguite solo pronunce difformi e tutte unanimi nell'escludere tale possibilità.

condanna nel minimo di legge¹¹⁶ e *nonostante* l'eventuale *contributo collaborativo* del condannato. Nel caso in cui si consideri un ordine di esecuzione avente ad oggetto più reati, tra cui quelli del tipo di cui si sta discorrendo, è possibile giovare dell'istituto di cui al co. 5 solo tramite uno *scioglimento virtuale* del cumulo di reati imputando in fungibilità un eventuale periodo di presofferto – nel rispetto della regola dell'art. 657 co. 4 c.p.p – al reato ostativo sicché, se questi risultasse estinto al termine dell'operazione appena descritta, non rappresenterebbe più un ostacolo alla sospensione automatica.

La seconda ipotesi che resta da analizzare riguarda il comma 10 dell'art. 656 c.p.p., il quale contiene una disciplina a sé stante per il condannato che al momento dell'esecuzione si trova agli arresti domiciliari, disponendo che il PM, se sono presenti le condizioni sopracitate relative alla tipologia di reato e alla durata della pena, «sospende l'esecuzione dell'ordine di carcerazione e trasmette gli atti senza ritardo al tribunale di sorveglianza perché provveda alla eventuale applicazione di una delle misure alternative di cui al comma 5». L'idea è quella di evitare il passaggio in carcere per quei soggetti che già si trovano nella misura cautelare degli arresti domiciliari – la cui pericolosità, dunque, è stata già accertata in tale sede – e che sono destinati alla espiazione extramuraria in quanto soddisfacenti le condizioni di titolo e durata previste dall' art. 656 c.p.p. Interessante sottolineare la peculiarità della suddetta fattispecie, che si sostanzia nella determinazione *officiosa* della procedura volta all'applicazione delle misure alternative e, in particolare, nell'automatismo di transito tra la misura cautelare degli arresti domiciliari e la corrispondente misura alternativa della detenzione domiciliare. Per essere più chiari, dunque, l'iniziativa è del tutto rimessa al pubblico ministero senza la necessità di alcuna istanza da parte del soggetto condannato, fatta salva la possibilità per questi di domandare e ottenere tutte le misure alternative anche diverse dalla detenzione domiciliare. Un'eccezione è rappresentata dal caso in cui si consideri un condannato per i reati di cui all'art. 4-*bis* ord. penit.

¹¹⁶ P. BALDUCCI, A. MACRILLÒ, op. cit., p. 136. Cfr. Cass., Sez I, 2 aprile 2008, n. 16741, in *C.E.D. Cass.*, n. 240128.

ristretto agli arresti domiciliari – salva l'unica ipotesi degli arresti domiciliari terapeutici nel caso di tossicodipendenti o alcolodipendenti. In tale evenienza non opera il meccanismo descritto al comma 10 e il relativo ordine di esecuzione detentivo viene immediatamente eseguito, in quanto «la presunzione di pericolosità, insita nella condanna definitiva pronunciata per alcuno dei reati di cui al 4-*bis* ord. penit., è presa in considerazione anche dal comma 10 dell'art. 656 c.p.p., senza che possa avere rilievo contrario la valutazione favorevole compiuta dal giudice di cognizione con l'applicazione della misura degli arresti domiciliari»¹¹⁷.

In ultimo, occorre effettuare un breve cenno alle modifiche introdotte con la recente riforma. Il capo decimo della Legge Cartabia (l. 199/2022) - artt. 38 e 39 – apporta alcune modifiche al libro decimo del c.p.p. in materia di esecuzione delle pene detentive e pecuniarie. Più precisamente, l'art. 38¹¹⁸ (co. 1 lett. a) rettifica l'art. 656 del c.p.p. aggiungendo che l'ordine di esecuzione per una pena detentiva deve contenere - in aggiunta – l'avviso circa la possibilità per il condannato di accedere ai programmi di giustizia riparativa. Inoltre, nel caso in cui intervenga il meccanismo di sospensione automatica per le pene brevi di cui al co. 5 dell'art. 656 c.p.p. la notifica dell'ordine di esecuzione e del relativo decreto sospensivo deve informare il reo della possibilità di essere rimesso in termini entro trenta giorni dall'avvenuta conoscenza della sentenza – se il processo si è tenuto in sua *assenza* - ai fini dell'impugnazione della sentenza conclusiva oppure di chiedere la rescissione del giudicato al ricorrere dei presupposti. La modifica normativa intervenuta con la riforma prevede in aggiunta a tali ultime due ipotesi, anche la possibilità per il condannato di presentare richiesta di ammissione ai programmi di giustizia riparativa.

¹¹⁷ Così. Cass., Sez. II, 20 settembre 2001, n. 36764, in *C.E.D. Cass.*, n. 220369.

¹¹⁸ Per l'intervento sul co. 5 dell'art.656 c.p.p., si veda il principio di delega di cui all'art.1, co.7, lett. i), della legge nr.134 del 2021 laddove dispone che nell'ordine di esecuzione sia contenuto l'avviso al condannato che, ove si sia proceduto in sua assenza senza che egli abbia avuto conoscenza del processo, lo stesso potrà esercitare i diritti previsti ai sensi della lett. g).

1.7. Il trattamento penitenziario.

Si è detto, nel 1975 arriva la svolta ideologica del sistema penitenziario nazionale mediante la legge n. 354 a cui si deve – tra le altre – l'introduzione delle misure alternative alla detenzione - e che ha adeguato il trattamento dei detenuti ai modelli più avanzati in materia di privazione della libertà, conformandosi alle regole imposte dall'ONU (1955) e del Consiglio d'Europa¹¹⁹. Tuttavia, continuava a resistere un netto scarto tra i principi e i diritti solennemente dichiarati in essa e l'effettiva condizione di vita nelle carceri. In tal senso, l'approvazione unanime della legge Gozzini il 10 ottobre del 1986 – legge n. 663 – faceva trasparire la volontà e la necessità di dare una maggiore valorizzazione ai diritti dei detenuti, apparentemente dichiarati fino a quel momento solo sulla carta. L'idea alla base era quella di ripensare concettualmente la struttura carceraria attribuendogli un nuovo significato: non più luogo di esclusione e isolamento ma strumento fondamentale al recupero e alla risocializzazione del soggetto. Merita ulteriore menzione il recente intervento di revisione effettuato dal legislatore delegato del 2018 – con i decreti legislativi n. 123 e n. 124 – con il quale si è provveduto – tra le altre – a riscrivere completamente l'art. 1 della legge 354/1975 in termini di maggiore incisività, rimarcando la necessità che il trattamento penitenziario sia conforme a umanità, imparzialità e sia proiettato al reinserimento del reo nel contesto sociale. Si ricordi che la funzione risocializzativa della pena detentiva inizia ad affermarsi nei sistemi penalistici già agli inizi del XX secolo attraverso la concettualizzazione della c.d. *pena utile*, ovvero la pena ripensata come strumento sia correzionale sia terapeutico. In tal senso, ruolo decisivo è svolto dal trattamento penitenziario inteso come il complesso di norme e di attività che regolano e assistono la privazione della libertà per l'esecuzione di una sanzione penale¹²⁰. Come detto – v. *infra* § 1.2.1. - ogni restrizione nei confronti dei detenuti deve essere ispirata ai principi di adeguatezza e proporzionalità così da imporre loro soltanto il minimo

¹¹⁹ L. DAGA, *Le nuove regole penitenziarie europee*, in *Documenti giustizia*, 1988.

¹²⁰ M. CANEPA, *Personalità e delinquenza*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 89.

sacrificio necessario. La giurisprudenza costituzionale ha chiarito che «la sanzione non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona. Chi si trova in stato di detenzione, conserva sempre un residuo di libertà personale, ancora più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito in cui può espandersi la sua personalità individuale¹²¹. Lo scarto di pensiero è netto. Dall'iniziale idea del detenuto come soggetto privo di ogni diritto vantabile e opponibile¹²² si arriva alla formalizzazione della dimensione opposta con l'art. 4 ord. penit.¹²³ che garantisce l'esercizio personale dei diritti sia ai detenuti sia anche – si colga la portata innovativa – agli internati. Dunque, chi si trova in stato di detenzione subisce, una limitazione della propria libertà personale e una compressione dei propri diritti che, tuttavia, non può e non deve diventare mai *totale soppressione*. In via generale, il trattamento penitenziario inerisce ai diritti dei detenuti e agli oneri dell'Amministrazione penitenziaria relativi alla gestione degli stessi, sicché la definizione delle specifiche garanzie di un detenuto e dei relativi strumenti di tutela si pone come elemento principale di un effettivo e moderno trattamento. Per effetto della legge del 1975, infatti, il detenuto acquista una specifica soggettività giuridica, che è sia sostanziale che formale. È sostanziale in quanto egli viene identificato quale titolare di diritti e aspettative; ed è formale in quanto egli viene legittimato all'agire giuridico, proprio in riferimento alla condizione di ristretto¹²⁴. Di conseguenza, devono essere garantiti al soggetto che si trova presso un istituto di pena quei *diritti inviolabili* dell'uomo che sono riconosciuti a chiunque a prescindere dallo status in cui esso si trovi, libero o meno. Allo stesso modo, dovranno essere garantiti i diritti relativi all'integrità fisica, alla tutela dei rapporti familiari e sociali e quelli relativi all'integrità morale e culturale e il relativo fondamento normativo è rappresentato dalla carta costituzionale e dalla legge 354/1997.

¹²¹ V. Corte cost. 24 giugno 1993, n. 34, in *Foro it.*, 1995, I, p. 488.

¹²² F. GONNELLI, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2005.

¹²³ Art. n 4, l. 354/1975:

«I detenuti e gli internati esercitano personalmente i diritti loro derivanti dalla presente legge anche se si trovano in stato di interdizione legale».

¹²⁴ G. LA GRECA, *La riforma penitenziaria del 1975 e la sua attuazione*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2005, pag. 38.

Elemento cardine è quello rappresentato dall'art. 13 ord. penit. laddove prevede che «il trattamento debba rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto, incoraggiare le attitudini e valorizzare le competenze che possono essere di sostegno per il reinserimento sociale». La norma tipicizza il principio dell'*individualizzazione* del trattamento, fondamentale per raggiungere l'effettività della pretesa rieducativa e risocializzante. Ogni soggetto detenuto, infatti, si fa portatore di esigenze reintegrative differenti, tali da richiedere una differenziazione di trattamento al fine di garantire la reale uguaglianza dei diritti sopracitati. Si noti, inoltre, che parte del trattamento penitenziario è proprio il trattamento rieducativo – sua specifica componente - in quanto il periodo di detenzione carceraria, sia come esecuzione della pena sia come della misura di sicurezza, dovrà necessariamente tendere alla rieducazione del soggetto. Nel secondo capitolo della suddetta trattazione si vedrà che il regime del c.d. *carcere duro* rappresenta l'unica eccezione in cui il legislatore ha ritenuto prevalente la finalità di prevenzione rispetto a quella rieducativa nei confronti di soggetti che sono un pericolo per le esigenze di ordine e sicurezza pubblica.

1.8. Il trattamento rieducativo. Le misure alternative alla detenzione.

Nello stesso anno in cui in Italia faceva il suo ingresso la legge¹²⁵ contenente le norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà, Foucault scriveva «la sofferenza fisica, il dolore del corpo, non sono più elementi costitutivi della pena. Il castigo è passato da un'arte di sensazioni insopportabili a una economia di diritti sospesi. Se è ancora necessario, per la giustizia, manipolare e colpire il corpo dei giustiziandi, lo farà da lontano, con decenza, secondo regole austere, e mirando ad un obiettivo ben più *elevato*. Per effetto di questo nuovo ritegno, tutto un *esercito di tecnici* ha dato il cambio al boia, anatomista immediato

¹²⁵ Legge n. 354 del 1975.

della sofferenza»¹²⁶. Quello stesso esercito di tecnici di cui parlava Foucault viene ora ripensato nel ruolo dell'équipe di osservazione (art. 80 ord. penit.), parte nevralgica dell'individualizzazione del trattamento in ottica risocializzante. Interessante notare come l'art. 1 co. 2 del D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 («Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà») definisca le finalità del trattamento rieducativo nella promozione di «un processo di modificazione delle condizioni e degli atteggiamenti personali, nonché delle relazioni familiari e sociali che sono di ostacolo a una costruttiva partecipazione sociale». Si è detto che il trattamento rieducativo è parte, centrale, del trattamento penitenziario previsto per i soggetti in stato di detenzione. A tal proposito, al fine di individuare le componenti di tale trattamento - ovvero le specifiche attività, finalizzate alla risocializzazione del reo, condotte dall'Amministrazione penitenziaria - sono predisposti gli strumenti dell'osservazione scientifica della personalità, il programma di trattamento e la cartella personale. Durante la prima fase - indirizzata all'individuazione delle cause che hanno condotto il soggetto a delinquere - assume ruolo determinante l'équipe di osservazione, composta da psicologi, psichiatri e educatori, il cui lavoro contribuisce per la gran parte nella redazione del programma rieducativo individualizzato. Quest'ultimo viene elaborato e reso operativo - tanto dal gruppo di osservazione scientifica quanto dagli altri addetti alle attività di rieducazione - entro sei mesi dall'inizio della restrizione e, di norma, riguarda tre aspetti tipici: la comprensione del vissuto del soggetto, la comprensione della percezione che lo stesso ha della propria situazione, la comprensione delle sue intenzioni e disponibilità nei confronti delle possibilità offerte dal sistema penitenziario¹²⁷. Infine, la cartella personale viene definita al momento dell'ingresso in carcere per la prima volta e vi sono annotate una serie di informazioni relative alla situazione del detenuto e alla sua evoluzione comportamentale. L'art. 15 ord. penit. - così

¹²⁶ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e Punire*, Giulio Einaudi, Torino, 2014, p. 4.

¹²⁷ G. DI GENNARO, R. BREDA, G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, Milano, 1997.

come riformato dal D.lgs. n. 123 del 2018 – individua gli elementi principali del trattamento nell'«istruzione, la formazione professionale, il lavoro, la partecipazione a progetti di pubblica utilità, la religione, le attività culturali ricreative e sportive» e nella perduranza di contatti con il mondo esterno. Si noti che, sebbene l'alto valore che astrattamente si può attribuire alla partecipazione a questo processo della società esterna è fortemente ridotto, nella pratica, dalle esigenze proprie del carcere¹²⁸, il testo della legge richiede che il tempo della permanenza carceraria debba essere scandito - oltre che dalle precauzioni tipiche di tale condizione in termini di limitazione della propria libertà personale e dei propri beni – anche da attività che facciano da *pendant* positive all'effetto destrutturante del vivere in una comunità coatta. Proprio la parziale ineluttabilità dell'effetto de-socializzante del carcere - nonostante la presenza di un effettivo programma rieducativo – rende ancora più apprezzabile l'introduzione delle misure alternative alla detenzione effettuata con la legge del 1975, vera e propria traduzione del proposito teleologico di cui all'art. 27 Cost. Attraverso tale sistema si attua il cosiddetto principio di «flessibilità dell'esecuzione penale»¹²⁹, flessibilità che attribuisce al condannato la facoltà di disporre del diritto a che «il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato, al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente il fine rieducativo»¹³⁰. Per essere più chiari, tramite l'introduzione delle misure alternative alla detenzione, si riconosce al condannato la possibilità di incidere, tramite la propria condotta, sulla tipologia e sulla durata della pena da eseguire. Ruolo decisivo è assunto dalla magistratura di sorveglianza, sulla quale grava l'onere di garantire il rispetto della legalità per tutta la durata dell'esecuzione. Una ulteriore spinta verso la de-carcerazione si è attuata tramite la Legge Gozzini, con cui si è – di fatto – consolidata quella tendenza correzionale della eccessiva rigidità propria della prassi penale italiana fino

¹²⁸ G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario-commentario*, Cedam, Padova, 2006.

¹²⁹ F. PALAZZO, *Esecuzione progressiva e benefici penitenziari*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Giuffrè, Milano 2002, p. 149.

¹³⁰ Cfr. Corte Cost., sent. 4.7.1974, n. 204, cit., in *Giur. Cost.*, 1974, I, 1707.

ad allora. Per via delle modifiche da essa introdotte, tale intervento normativo merita di essere considerato come «l'acme della scommessa sull'uomo, sulla sua recuperabilità, sulla flessibilità della pena, sulla sufficienza degli istituti premiali, sulla bastevolezza del criterio valutativo fondato sul comportamento»¹³¹.

Prima di passare all'analisi specifica delle due misure di maggior applicazione e portata reintegrativa, merita di essere sottolineata la portata innovativa di tale introduzione. Con le misure alternative alla detenzione, il legislatore ha scelto -dando un messaggio simbolico e pratico - di intraprendere una via ben diversa da quell'originario utilizzo «muscolare» del diritto penale in ottica di tutela sociale: ha scelto «di non limitarsi ad agire sul terreno del confine tra lecito e illecito o tra diritto penale e altre modalità punitive, ma di iniziare a tracciare all'interno del sistema sanzionatorio penale ambiti in cui, in linea di massima, non debba più essere prevista la reclusione in carcere¹³²». A sostegno della funzione de-carcerizzante cui esse sono sottese, non si può trascurare che nella legge sull'ordinamento penitenziario venga utilizzato spesso il termine «benefici»¹³³ per indicare proprio le suddette misure alternative. Nei prossimi paragrafi verranno analizzate le misure dell'affidamento in prova al servizio sociale e della detenzione domiciliare, ovvero i due principali strumenti utilizzati in ottica deflattiva negli anni recenti.

1.9. L'affidamento in prova al servizio sociale.

Con la legge del 1975 n. 354, il legislatore ha introdotto all'art. 47 la misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale, un istituto mutuato dalla *probation* anglosassone¹³⁴ dalla quale si discosta per il fatto che

¹³¹ L. DAGA, *L'evoluzione della normativa e la situazione penitenziaria dopo la riforma del 1986*, in Relazione all'incontro con i magistrati di sorveglianza, Frascati, 16-20 febbraio 1993

¹³² Parere del Comitato Etico della Fondazione Umberto Veronesi, *Ripensare il sistema sanzionatorio penale*, 2014, p. 8, www.scienceandethics.fondazioneveronesi.it.

¹³³ Cfr. art 4-bis, legge 354/1975, recante «*Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti*».

¹³⁴ L. FILIPPI, *Adelante pedro... con (poco) juicio. Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria* in *Diritto penale e processo*, 4/2014, pag. 379.

quest'ultima è una vera e propria astensione dalla pena. La misura in analisi, invece, è volta a evitare - o comunque a interrompere - ogni rapporto con la detenzione carceraria da parte di un soggetto già definitivamente condannato con sentenza passata in giudicato. Nel corso degli anni si è assistito a un sempre maggior ricorso al suddetto istituto come strumento deflattivo delle carceri, con il rischio - più concreto che mai - che esso venga distolto dall'ulteriore finalità cui è preposto, ovvero ridurre il pericolo di recidiva e la perpetrazione di altri reati, ai fini dell'attuazione del precetto rieducativo costituzionalmente orientato e in conformità - oltretutto - alle recenti raccomandazioni europee¹³⁵. Per quanto riguarda i presupposti, un primo elemento decisivo riguarda il *quantum* - in concreto - di pena da espiare, fissata nella misura massima di tre anni (co. 1) oppure quattro (co. 3-*bis*) se l'ultimo anno trascorso nell'esecuzione della pena o in libertà ha consentito la formulazione di una *prognosi favorevole* circa la reintegrazione sociale del reo. Si ricordi che con l'introduzione dell'appena citato *affidamento allargato* - tramite la legge n. 10 del 2014 - si era venuta a creare una discrasia rispetto al regime della sospensione automatica previsto dalla legge Simeone-Saraceni - di cui si è già detto - che rendeva chiara la necessità di un intervento di adeguamento¹³⁶ arrivato nel 2018 ad opera del legislatore delegato. Ulteriori preclusioni sono previste all'art. 58-*quater* ord. penit. L'accesso all'affidamento in prova è consentito anche ai soggetti condannati per i reati di cui all' art. 4-*bis* ord. penit., in presenza di determinate condizioni che verranno analizzate dettagliatamente nel Capitolo II.

In ogni caso, il centro nevralgico ai fini della concessione della misura è rappresentato dalla prognosi di effettiva rieducabilità del reo - ovvero una

¹³⁵ Cfr. la Raccomandazione R (92)16) dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 19 ottobre 1992 sulle «*community sanctions*» definite come misure che «*mantengono il reo nella comunità*», Raccomandazione poi rinnovata anche in data 22 marzo 2017CM/Rec. (2017).

¹³⁶ Così l'On. Saraceni in sede di presentazione del d.d.l. alla Camera dei deputati in data 6 maggio 1996: «Tra le molteplici disfunzioni che caratterizzano la grave condizione in cui versa il sistema penitenziario italiano, va senz'altro segnalato il fenomeno del sovraffollamento degli istituti di pena. Senza entrare nel merito del problema, ci si limita a sottolineare l'indispensabilità di un intervento legislativo finalizzato ad agevolare un decremento del numero dei detenuti ed a limitare il ricorso ai provvedimenti limitativi della libertà personale».

valutazione positiva circa l'idoneità della misura a contribuire alla sua rieducazione ed a prevenire il pericolo di recidiva - che consegue a un periodo di osservazione scientifica della personalità, all'interno o all'esterno¹³⁷ del carcere a seconda dello status del soggetto - e della durata di almeno un mese. Per chiarezza argomentativa, conviene precisare che non è ben chiaro in dottrina se il compito di osservazione inframurario coincida con quello svolto nei confronti del condannato in libertà. Il dato letterale, infatti, non collima completamente in quanto al co. 2 (art. 42) si parla di *osservazione sul comportamento* e non di *osservazione della personalità*¹³⁸.

La portata di tale momento viene concretamente colta dalla Suprema Corte laddove afferma che «il diniego dell'affidamento in prova al servizio sociale è da ritenere adeguatamente motivato anche quando, nell'ambito di un giudizio prognostico che, per sua natura non può che essere largamente discrezionale, venga indicata una sola ragione, purché plausibile, atta a far ritenere la scarsa probabilità di successo dell'esperimento, in relazione alle specifiche finalità dell'istituto (rieducazione del reo e prevenzione del pericolo che egli commetta ulteriori reati) [...]»¹³⁹. La collaborazione del condannato durante il periodo di osservazione ha ruolo rilevante ai fini dell'individualizzazione del trattamento che deve necessariamente rispondere agli specifici bisogni della personalità del soggetto. Essa coincide con l'inizio dell'esecuzione e prosegue per tutta la durata della stessa - mantenendo la caratteristica della *continuità* - concludendosi con un giudizio prognostico in tema di meritevolezza del detenuto nella fruizione della misura alternativa. In realtà, tale momento valutativo è una costante necessaria a garantire l'accesso

¹³⁷ Il legislatore ha posto l'osservazione scientifica della personalità anche al centro dell'istanza presentata da un soggetto in libertà tramite il coinvolgimento dell'Ufficio di esecuzione penale esterna ex art. 42 co. 2 ord. penit. come novellato dalla l. n. 3 del 2019.

¹³⁸ Cfr. F. DE SIMONE, *Gli esiti della controriforma penitenziaria*, in *Arch. Pen.*, 2019, p. 1. L'autore nota come il concetto di *osservazione sul comportamento* rappresenti un'anomalia rispetto al linguaggio adottato dal legislatore nel parlare dell'affidamento in prova per un condannato già in stato di detenzione carceraria. «Ne consegue o che il legislatore abbia voluto estendere l'osservazione scientifica della personalità del reo anche alla fase dell'esecuzione penale extra muraria - e si tratterebbe allora di una novità assoluta, di difficile realizzazione e di scarsa utilità pratica - o che il legislatore abbia voluto riferirsi a qualcos'altro, di cui però a questo punto nulla è stato esplicitato».

¹³⁹ Cfr. Cass. pen., sez. I, 19.10.1992, Gullino, Rv. 192368.

a pressoché la totalità dei benefici riconosciuti ai detenuti. Il giudizio sotteso alla decisione del giudice in tema di concessione dell'affidamento ha natura bifasica, in quanto il giudice è chiamato ad analizzare prima la personalità del condannato e la tipologia di reato commesso – incluso il relativo contesto personale – e poi l'idoneità della misura a prevenire il pericolo di recidiva e ad attuare la finalità rieducativa. In quest'ottica, senza mai arrivare alla pretesa di una vera e propria rivisitazione critica, si richiede che il condannato abbia raggiunto almeno una «fase minima della consapevolezza del reato commesso» - prodromica rispetto alla rivisitazione¹⁴⁰ – altrimenti sarebbe reso vano il finalismo sotteso alla concessione della misura a causa della impermeabilità psicologica del soggetto. Nessuna ammissione degli addebiti, dunque, ciò che è implicitamente richiesto è la consapevolezza da parte del reo della correttezza della sentenza in esecuzione quale provvedimento validamente reso da un'autorità a ciò deputata¹⁴¹; altrimenti sarebbe difficilmente configurabile una partecipazione positiva all'esecuzione della misura in ottica risocializzativa¹⁴².

Oggetto dell'osservazione scientifica sono - per citare gli elementi più importanti - il reato, ivi incluse le modalità e le circostanze con cui è stato realizzato, i precedenti penale e i motivi che hanno spinto il soggetto a commettere tale illecito penale, «nella consapevolezza che l'investigazione sulle motivazioni, a sua volta, non può essere condotta se non nel quadro di una ricerca diretta ad accertare la globale personalità del soggetto, in quanto il motivo è visto come un frammento della personalità dell'autore ed [...] esso appare allora come un ponte che consente di passare dal reato al suo autore»¹⁴³.

Nel caso in cui non si debba procedere con il rigetto dell'istanza, dopo una valutazione relativa oltre che ai presupposti formali – ad es. titolo di reato e durata della pena da eseguire – relativa anche al giudizio prognostico di cui si

¹⁴⁰ Così Trib. Sorv. Torino, 21 febbraio 2007, *inedita*.

¹⁴¹ P. BALDUCCI, A. MACRILLÒ, *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario, cit.*, p. 585.

¹⁴² Cfr. Cass., Sez. I, 8 febbraio 2019, n. 10586, in *C.E.D. Cass.*, n. 274993.

¹⁴³ A. MALINVERNI, *Motivi*, in *Enc. Dir.* vol. XXVII, Giuffrè, Milano, 1977, p. 287 e ss.

è detto, il giudice concederà l'affidamento mediante ordinanza che avrà effetto solo a partire dal momento della sottoscrizione del verbale da parte del reo. A partire da tale momento, il provvedimento applicativo dell'affidamento, da una parte, recide qualsiasi rapporto del soggetto con l'istituzione penitenziaria e, dall'altro, determina l'inizio di una «relazione di tipo collaborativo con il servizio sociale che deve, attraverso il suo personale, aiutarlo a superare le difficoltà di adattamento alla vita sociale e controllarne la condotta»¹⁴⁴.

Si noti che già prima dell'ammissione alla misura sussiste per il condannato un obbligo di collaborazione e di contatto diretto con il servizio sociale il cui mancato rispetto è una componente negativa della valutazione circa l'ammissibilità all'affidamento. Una volta che, invece, viene accolta l'istanza e viene sottoscritto il relativo verbale, il soggetto è tenuto al rispetto delle prescrizioni – ovvero alle regole di condotta da osservare durante l'esecuzione della misura – ed è, soprattutto, tenuto a partecipare al servizio sociale come previsto all'interno del proprio programma trattamentale. In caso contrario – cioè in caso di violazione delle prescrizioni o dell'obbligo di frequentare il servizio sociale – sarà, eventualmente, possibile revocare la misura laddove – e soltanto a tale condizione – la condotta di violazione non sia conseguenza di caso fortuito o forza maggiore e appaia al giudice come indicativa di una inidoneità del condannato a essere risocializzato con tale misura alternativa alla detenzione¹⁴⁵. Merita di essere sottolineata l'importanza svolta dalle prescrizioni nell'attuazione della finalità costituzionale sottesa a tali istituti. Esse, infatti, sono «parte integrante del giudizio prognostico in ordine alla sussistenza delle condizioni per l'ammissione alla misura alternativa richiesta, le cui finalità rieducative e di prevenzione della recidiva vengono perseguite attraverso le stesse

¹⁴⁴ CATELANI, Manuale dell'esecuzione penale, Giuffrè, Milano, 2002, p. 330.

¹⁴⁵ Cfr. Cass., Sez. I, 13 settembre 2016, n. 51879, in *C.E.D. in Cass.*, n. 268926.

prescrizioni»¹⁴⁶. In tal senso si riconosce al giudice la facoltà (dovere) di adeguare le prescrizioni contenute nel provvedimento che dispone la misura alternativa al variare delle condizioni di fondo, sicché da garantire sempre una corretta ed effettiva individualizzazione del programma trattamentale predisposto sul condannato, il quale ha – dalla sua parte – l’obbligo di collaborare con il servizio sociale e di rispettare le suddette prescrizioni così da realizzare la miglior riuscita finalistica del percorso intrapreso. La misura dell’affidamento in prova al servizio sociale merita di essere apprezzata per la forte portata rieducativa e risocializzante cui è preposta – quantomeno sul piano teorico – in quanto fa dell’osservazione scientifica della personalità e della conseguente predisposizione del programma di trattamento individualizzato, i momenti salienti e tipici della disciplina applicativa ed esecutiva. Tuttavia, è bene chiarire che il giudice - in caso di rigetto dell’istanza - può procedere all’applicazione di una ulteriore e diversa misura laddove ritenga esistenti le relative condizioni di accesso. Guardando al piano pratico, infatti, capita spesso che la misura alternativa scelta e applicata alla fine dal giudice sia quella della detenzione domiciliare, stante la complessità nella predisposizione del programma di trattamento e la scarsità di risorse dell’amministrazione penitenziaria. La Suprema Corte, in forte disaccordo con la suddetta prassi, ha chiarito che «è criterio generale orientativo della scelta tra le varie misure alternative applicabili quello che, in omaggio al principio del *favor libertatis*, impone di applicare, tra quelle astrattamente fruibili, la misura meno afflittiva»¹⁴⁷. Per essere più chiari, l’idea alla base è che le misure alternative non devono essere reclusi a meri strumenti deflattivi, snaturando la natura – risocializzante - attribuita loro dal legislatore al momento dell’introduzione nell’ordinamento.

Altro elemento interessante riguarda l’innalzamento del limite di pena – fino a quattro anni - in seguito alla legge 664/1986 mediante il quale, attualmente,

¹⁴⁶ Cass. Sez. I, 9 luglio 2008, n. 32932, in *C.E.D. Cass.*, n. 240685., Cass. Sez. I, 5 maggio 2015, n. 31420, in *C.E.D. Cass.*, n. 264602.

¹⁴⁷ V. Cass., Sez. I, 10 gennaio 2019, n.1032.

la misura può essere concessa in alcuni casi¹⁴⁸ anche ad autori di reati di più rilevante gravità tra cui – a titolo esemplificativo – la bancarotta fraudolenta. La dottrina evidenzia come una tale risultanza altro non è che «l'indice inequivocabile della metamorfosi degenerativa dell'istituto de quo trasformatosi da strumento di assistenza e di controllo destinato al recupero sociale di soggetti condannati per reati non particolarmente gravi, in strumento diretto a porre rimedio al sovraffollamento carcerario¹⁴⁹» o in una «incontrollata forma di grazia giudiziale»¹⁵⁰.

Nel capitolo §1.5.1. si è detto che con l'avvento della Riforma Cartabia è ora possibile applicare già all'esito del rito di cognizione, a prescindere dall'adozione di riti alternative, la pena sostitutive della detenzione domiciliare – come anche della semilibertà e del lavoro di pubblica utilità - nel rispetto della disciplina prevista per le omonime misure alternative, in quanto compatibile. Una sostanziale differenziazione rispetto all'iniziale progetto di riforma riguarda proprio la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale, originariamente incluso dalla Commissione Lattanzi tra le pene applicabili direttamente dal giudice di cognizione. Le ragioni che hanno portato all'attuale configurazione dell'intervento normativo possono essere individuate, in primis, nel fatto che l'affidamento in prova, già oggi applicato su larga scala, in caso di ulteriore dilatazione della sua area applicativa rischiava di assumere i connotati sempre più evidenti di una sospensione condizionale mascherata¹⁵¹. Un'ulteriore ragione sovviene in considerazione di come, tra le misure alternative alla detenzione, l'affidamento in prova è l'unica a non comportare alcuna privazione della libertà personale. La detenzione domiciliare – ad esempio - priva il condannato della libertà personale, sia pure in un contesto non

¹⁴⁸ Nel caso in cui si aggiungano ad es. anche le diminuenti processuali legate all'applicazione di riti alternativi.

¹⁴⁹ A. BERNASCONI, *Esecuzione penale ed alternative penitenziarie*, Cedam, Padova 1999, p. 23.

¹⁵⁰ G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1, 2000, p. 160.

¹⁵¹ E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, cit., §3

carcerario¹⁵². Ritorna ancora una volta l'idea – forse mai tramontata – che la pena sia necessariamente una privazione di libertà.

1.10. La detenzione domiciliare.

Tra tutte le misure alternative, la detenzione domiciliare si pone come via mediana tra l'affidamento in prova e la vera e propria reclusione carceraria. Introdotta con l'art. 13 della legge 10 ottobre 1986, n 663 (c.d. legge Gozzini), – successivamente oggetto di ulteriori interventi volti ad ampliarne il campo di applicazione – è stata utilizzata sempre più intensamente in ottica deflattiva come rimedio alla situazione di sovraffollamento carcerario ormai imperversante. La misura consiste nell'esecuzione della pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, in luogo pubblico di cura, assistenza e accoglienza e, solo in caso di donne incinta o madri di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente, di case-famiglia protette¹⁵³. Importante sottolineare come la detenzione domiciliare si inserisca, di fatto, nella logica del *trattamento penitenziario progressivo* basato sull'evoluzione e lo sviluppo della *affidabilità* del condannato, ovvero la sua capacità – acquisita tramite il trattamento rieducativo proprio della permanenza carceraria – di rispettare piccole regole affinché risulti verosimile che fruendo di maggiore libertà egli sia in grado di autogestirsi, senza incorrere in violazioni¹⁵⁴. L'idea è quella di concedere ai soggetti detenuti la possibilità di fruire progressivamente di benefici penitenziari – fra cui si annoverano anche le misure alternative – progressivamente sempre più ampie così da arrivare, infine, al momento in cui costoro siano abbastanza idonei da poter essere sottoposti a un regime extra-murario, coincidente – di solito – proprio con la

¹⁵² *Ibidem.*

¹⁵³ Definizione fornita dal Ministero della Giustizia in data 12 luglio 2018, in www.giustizia.it.

¹⁵⁴ P. BALDUCCI, A. MACRILLÒ, *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, cit., p. 598.

detenzione domiciliare. Il *favor* del legislatore per tale misura si giustifica alla luce del fatto che, in primo luogo, la detenzione domiciliare non ha costi per lo Stato, in quanto il mantenimento, la cura e l'assistenza medica del detenuto domiciliare non gravano sull'amministrazione penitenziaria, ma sul detenuto medesimo in qualità di comune cittadino e, in secondo luogo, per il fatto che essa è inoltre la più contenitiva e, perciò, la più rispondente alle esigenze di sicurezza e prevenzione¹⁵⁵. Non deve trascurarsi che il contenuto tipico della misura, ovvero l'obbligo per il beneficiario di restare all'interno della propria abitazione per la gran parte delle ore giornaliere, la rende lo strumento tipico per quei soggetti di cui si cerca comunque di evitare una ulteriore permanenza carceraria ma che continuano a presentare una certa misura di pericolosità sociale – non adeguata all'affidamento in prova al servizio sociale. Per molto tempo la dottrina maggioritaria ha classificato la detenzione domiciliare nell'ambito degli «strumenti di diversificazione alternativa all'esecuzione delle sanzioni penali»¹⁵⁶. Era, infatti, opinione comune il fatto che tale misura fosse «priva di elementi aventi valenza promozionale dei comportamenti del condannato verso il reinserimento sociale»¹⁵⁷ e che la sua finalità si sostanziasse soltanto nell'evitare gli effetti de-socializzanti del carcere. Si tratta, tuttavia, di un orientamento superato. Durante la permanenza carceraria, la finalità rieducativa viene perseguita tramite l'attuazione del trattamento individualizzato con il supporto dell'équipe multidisciplinare - difficilmente attuabile, invece, in regime di detenzione domiciliare. Il momento di risocializzazione, allora, deve essere individuato nella facoltà riconosciuta al soggetto di uscire dalla abitazione – per orari determinati – così da consentirgli di ricucire progressivamente i rapporti con il mondo esterno. Già nel 1999, la Corte costituzionale ha chiarito che la misura «ha assunto aspetti più vicini e congrui alla ordinaria finalità rieducativa e di reinserimento sociale della pena, non essendo più limitata alla protezione dei «soggetti deboli» prima

¹⁵⁵ M. GASPARI, M. LEONARDI, *La detenzione domiciliare*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 5.

¹⁵⁶ M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, 2010, p. 242.

¹⁵⁷ M. PAVARINI, *Codice Commentato dell'Esecuzione Penale*, UTET, 2002, p. 129.

previsti come destinatari esclusivi della misura, ed essendo applicabile in tutti i casi di condanna a pena non superiore a due anni (anche se residuo di maggior pena), purché idoneo ad evitare il pericolo di recidiva. [...] La stessa detenzione domiciliare concessa «d'ufficio» al condannato che ne abbia titolo non soltanto non è in contrasto, ma piuttosto realizza lo scopo rieducativo di cui all'art. 27 Cost»¹⁵⁸. Ancora, la Corte di Cassazione ha precisato che «la detenzione domiciliare, al pari delle altre misure alternative alla detenzione, ha come finalità il reinserimento sociale del condannato»¹⁵⁹ e che «anche per la detenzione domiciliare la concedibilità del beneficio non si sottrae al criterio della valutazione discrezionale da parte del giudice, il quale deve riguardare, [...], l'opportunità del trattamento alternativo che [...] deve concernere le premesse meritorie e l'attingibilità concreta del beneficio, in relazione alla personalità del condannato»¹⁶⁰.

Tra l'altro, è bene precisare per chiarezza argomentativa che l'accesso alla misura è possibile anche per condannati che si trovano già in stato di libertà, attraverso il meccanismo della sospensione automatica dell'esecuzione (art. 656 co. 5 c.p.p.) di cui si è ampiamente parlato nel § 1.6.1

Dunque, la detenzione domiciliare è, in vista di una prospettiva volta a favorire la dismissione di una visione carceri-centrica della esecuzione penale¹⁶¹, la misura prediletta dal legislatore in quanto riesce a attuare una significativa compressione della libertà personale del condannato – in coerenza con quell'idea, sempre più radicata nella popolazione, secondo cui la vera pena è quella che si sostanzia nella privazione della autonomia individuale – e al contempo evitare la *carcerizzazione*, in un sistema penitenziario già abbastanza al limite delle proprie capacità contenitive.

¹⁵⁸ Sentenza n. 422 del 1999, Corte di Cassazione.

¹⁵⁹ Cass., Sez. I, 19.10.1999

¹⁶⁰ Sentenza n. 9306 del 1996, Corte di Cassazione.

¹⁶¹ P. BALDUCCI, A. MACRILLÒ, *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, cit., p. 601.

Proprio per l'ampio impiego, sono state introdotte diverse forme di detenzione domiciliare nel corso degli anni a seconda delle esigenze del destinatario. Prima di passarle a menzionare, conviene chiarire che il centro nevralgico della valutazione al momento di presentazione dell'istanza ai fini dell'accesso è rappresentato dalla *affidabilità*¹⁶² – di cui si è già detto – del condannato e dalla disponibilità da parte dello stesso di un *domicilio idoneo*¹⁶³. L'accesso alla misura è possibile – a determinate condizioni – anche nel caso di soggetti condannati per i reati di cui all'art. 4-*bis* (l. 354/1975), in relazione ai quali è stato istituito per l'accesso ai benefici un sistema di c.d. «doppio binario» che verrà dettagliatamente analizzato nel Capitolo II di questa trattazione.

Il punto di riferimento in tema di detenzione domiciliare è l'art. 47-*ter* ord. penit. – oggetto di plurimi interventi di modifica – il quale prevede che possono accedere alla misura alternativa una serie di soggetti. Ai fini della nostra trattazione, è interessante menzionare solo alcune fattispecie di potenziali destinatari tipizzati dal legislatore. In primo luogo, possono beneficiare della misura della detenzione domiciliare tutti i condannati che hanno superato i 70 anni di età, ad eccezione di quelli che si caratterizzano per una pericolosità sociale qualificata in base al titolo di reato¹⁶⁴ (co. 1). Se la pena della reclusione non è superiore a quattro anni, inoltre, vi può avere accesso ogni donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci e con essa convivente (co. 1 lett. *a*), oppure il padre con prole sempre inferiore a dieci anni quando la figura materna sia assolutamente impossibilitata a dare assistenza (co. 1 lett. *b*). Ancora, si includono anche le ipotesi di persone in

¹⁶² L'affidabilità del condannato viene desunta dalla relazione di sintesi fornita dagli operatori penitenziari – nel caso di soggetto detenuto – oppure viene desunta dalla relazione delle forze dell'ordine nel caso in cui la richiesta di accesso alla misura provenga da un soggetto già in stato di libertà.

¹⁶³ Per essere considerato idoneo, il domicilio deve essere *legittimo* – cioè il condannato o colui che lo mette a disposizione dello stesso deve averne la titolarità formale – e deve essere *adeguato* – cioè disporre di tutti i requisiti necessari a consentire i controlli delle forze dell'ordine.

¹⁶⁴ Si tratta, a titolo esemplificativo, di reati a sfondo sessuale (*ex artt. 609-bis, 609-quater e 609-octies c.p.*). Ulteriore ipotesi eccezionale – oltre quella dei reati di cui all'art. 4-*bis* – riguarda il caso in cui questi siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali o recidivi ai sensi dell'art. 99 c.p.

condizioni di salute particolarmente gravi tali da richiedere contatti costanti con i presidi sanitari territoriali (co. 1 lett. c), o altrimenti di persone di età superiore ai sessanta anni affette da inabilità (co. 1 lett. d), (co. 1 lett. e), o di persona inferiore ad anni ventuno laddove sia necessario per esigenze di studio, lavoro e di famiglia. Gli ulteriori commi prevedono altre e distinte fattispecie di soggetti¹⁶⁵ che il legislatore ha considerato meritevoli di continuare – o iniziare – l'esecuzione della pena loro destinata in modalità esterne al carcere. Tuttavia, ciò che qui preme sottolineare è come a questa grande opera di ampliamento delle possibilità di accedere alla detenzione domiciliare – effettuata soprattutto in ottica deflattiva – non si è accompagnato un eguale tentativo di riempire la misura di maggiori contenuti risocializzanti. In tal modo, tra l'altro, si riuscirebbe a perseguire anche un maggiore risultato in termini di riduzione del sovraffollamento in quanto modalità di esecuzione della pena contraddistinte da una forte connotazione risocializzante determinano un'importante riduzione dei tassi di recidiva nella popolazione carceraria¹⁶⁶.

Si è detto che con la Riforma Cartabia la detenzione domiciliare viene ripensata – oltre che come misura alternativa – come una pena sostitutiva così da poter essere irrogata già durante la fase del giudizio di cognizione. La legge delega prevede che tali sanzioni siano assoggettate alla disciplina sostanziale e processuale – ove compatibile – delineata dalla legge sull'ordinamento penitenziario (l. 354/1975).

Tuttavia, la forte componente afflittiva della suddetta misura è plausibile che induca l'imputato a evitare di chiederne l'applicazione in sede di cognizione, preferendo attendere la sentenza di condanna alla pena detentiva così da poter presentare successivamente istanza per l'accesso alla misura alternativa dell'affidamento in prova, ben più conveniente. Interessante, dunque, sottolineare come nonostante l'intervento di riforma, resta forte il rischio che

¹⁶⁵ Il riferimento è alle ipotesi della detenzione domiciliare speciale per detenute madri (art. 47-*quinquies* ord. penit) introdotta con la legge 8 marzo 2001, n. 40. Altra fattispecie di rilievo è rappresentata dai soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria (art. 47-*quater* ord. penit.).

¹⁶⁶ Parere del Comitato Etico della Fondazione Umberto Veronesi, *Ripensare il sistema sanzionatorio penale*, 2014, p. 8, www.scienceandethics.fondazioneveronesi.it.

le pene sostitutive introdotte, tra cui la detenzione domiciliare, subiscano una radicale disapplicazione – a causa della carica afflittiva di cui sono portatrici - in favore della più conveniente misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale.

II. ERGASTOLO OSTATIVO E CARCERE DURO. UNA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ GIURIDICA E SOCIALE

«L'idea del diritto, nonostante tutto, sembra ancora essere più forte di ogni altra ideologia
del potere»

H. KELSEN.

2.1. Il doppio binario penitenziario – 2.2. Ergastolo ostativo e legittimità costituzionale – 2.3. L'articolo 3 CEDU e la censura dei giudici di Strasburgo con la sentenza Viola – 2.4. Sviluppo della giurisprudenza costituzionale e il conseguente approdo alla riforma del 2022 – 2.5. Il regime del *carcere duro* – 2.5.1. Il caso Provenzano e la recente questione Cospito – 2.6. Il diritto alla speranza – 2.7. Riflessioni finali.

2.1. Il doppio binario penitenziario

Gli ultimi due decenni del secolo scorso furono tormentati da un susseguirsi di avvenimenti critici. Gli scempi della mafia stragista, i timori per l'incolumità pubblica e i falliti tentativi di applicazione di misure premiali a soggetti caratterizzati da una elevata pericolosità, indussero a dubitare dell'effettività e utilità della attitudine rieducativa sottesa alla sanzione penale, ex art. 27 co. 3 Cost. I risultati di tale clima condussero a una drastica inversione di rotta rispetto ai buoni propositi della Legge Gozzini al punto da indurre il legislatore a differenziare l'operatività del momento esecutivo del processo penale nei confronti degli autori di delitti rivelanti una particolare

propensione al crimine organizzato¹⁶⁷. Ne è scaturito un vero e proprio *doppio regime* penitenziario – c.d. *doppio binario* – in cui l'elemento distintivo è «sempre riconducibile alla natura del reato commesso, ma prevalentemente diretto a diversificare le regole probatorie dettate per l'ammissione alle varie misure»¹⁶⁸. Per capire la portata di tale intervento conviene richiamare sinteticamente il panorama generale.

L'introduzione della pena detentiva perpetua – anche detta «*ergastolo*» – deve essere fatta risalire al Codice Zanardelli, che la postulava all'art. 12 nella veste di «surrogato della pena capitale»¹⁶⁹. Interessante sottolineare che l'introduzione della suddetta misura si poneva come un passo in avanti in termini di avvicinamento all'umanità della pena rispetto alla diversa misura dei *lavori forzati a vita*, presenti fino alla precedente codificazione del 1859. Con l'avvento del codice Rocco, la coesistenza delle due pene è continuata fino a che nel 1944 l'ergastolo ha assunto il ruolo di sanzione penale massima sostituendo la pena capitale ormai abolita. Tuttavia, ciò che preme qui sottolineare riguarda lo sviluppo normativo che ha segnato la pena perpetua rispetto alla sua formulazione originale. Nel 1962¹⁷⁰, infatti, viene definitivamente meno la caratteristica qualificante e tipica della misura – ovvero la perpetuità – attraverso la sua inclusione nel campo applicativo della *liberazione condizionale* dopo aver *effettivamente scontato almeno ventotto anni di pena*. Si trattava di una svolta normativa drastica: anche per i condannati alla pena massima prevista dall'ordinamento sarebbe stato – da quel momento – possibile un ritorno nella convivenza civile non più soltanto tramite provvedimenti di amnistia o di grazia, ma anche e soprattutto attraverso la possibilità di beneficiare della liberazione condizionale per mezzo di *prove costanti di buona condotta*. Attualmente si richiede, invece che il condannato durante l'esecuzione della sanzione penale tenga un

¹⁶⁷ C. FIORIO, *Il doppio binario penitenziario*, in *Archivio penale*, 2018. www.archiopenale.it.

¹⁶⁸ V. GREVI, *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in Id., *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, p. 7.

¹⁶⁹ G. CRIVELLARI, 1890), vol. II, *sub art.* 12, p. 279. V. anche MANZINI (1926), vol. III, p. 40, che richiama in proposito la Relazione ministeriale al Progetto del 1887.

¹⁷⁰ Con la Legge 25 novembre 1962, n. 1634

*comportamento tale da far ridere sicuro il suo ravvedimento*¹⁷¹. L'avvento della Legge Gozzini ha segnato una ulteriore svolta, riducendo a ventisei anni il *quantum* di pena da scontare per accedere alla liberazione condizionale, ammettendo la possibilità di uscire temporaneamente dall'istituto di pena già prima¹⁷² di tale termine - a seconda degli sviluppi del suo percorso rieducativo - e infine consentendo anche all'ergastolano di beneficiare della liberazione anticipata. Ad ogni modo, ciò che qui preme sottolineare è che anche nel caso di soggetti condannati alla massima pena - tra l'altro si tratta di soggetti condannati, ad esempio, per delitti contro l'incolumità pubblica o contro la personalità dello Stato - non si può più parlare di una reclusione *sine die*. L'ergastolo, nella sua formulazione «comune», ha perso la propria caratteristica qualificante della perpetuità in ottica di coerenza con la finalità rieducativa - e dunque risocializzativa - della pena ex art. 27, co. 3 cost. e nel rispetto del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 cost. Tramite gli interventi del 1962 e, soprattutto, del 1986 «al condannato all'ergastolo si apre una porta che può dargli accesso alla società libera: modellato secondo lo schema dell'esecuzione progressiva, l'ergastolo lascia ora intravedere al condannato il ritorno allo stato di libertà»¹⁷³.

Come accennato a inizio paragrafo, vi fu poi una drastica inversione di rotta con la c.d. legislazione di emergenza¹⁷⁴, adottata in risposta al fenomeno dilagante della criminalità di stampo mafioso e delle sue tendenze stragiste. In particolare, il legislatore ha introdotto all'interno dell'ordinamento l'articolo 4-*bis* ord. penit. mediante la l. n. 203 del 1991 («Conversione in

¹⁷¹ Per la nozione di *ravvedimento*: G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 7° ed. Giuffrè, Milano, 2018, p. 750.

¹⁷² In particolare, un soggetto condannato all'ergastolo può accedere al lavoro all'esterno (art. 21 co. 1 ord. penit.) o ai permessi premio (art. 30-*ter* co. 4 *lett. d* ord. penit.) dopo dieci anni di espiazione della pena, oppure alla semilibertà dopo venti anni di detenzione (art. 50 co. 5 ord. penit).

¹⁷³ E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, 2018, In *Diritto penale contemporaneo*. Disponibile su www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.

¹⁷⁴ Con il termine «*legislazione di emergenza*» si indica quel pacchetto di provvedimenti legislativi che, a partire dal 1974, lo Stato ha con frequenza e sistematicità emanato per combattere prima i *fenomeni eversivi* (nei cd. *anni di piombo*) e, successivamente la *criminalità organizzata*. Definizione tratta da Dizionari Simone, disponibile su www.dizionari.simone.it.

legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, recante provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa») e ne ha inasprito drasticamente il regime a seguito degli avvenimenti di Capaci con la l. n. 356 del 1992 («Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, recante modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa»). Il magistrato Amato, capo dell'Amministrazione penitenziaria dell'epoca, ricordava con parole solenni come quello di quegli anni «non era il tempo di criticare, bensì di fare»¹⁷⁵. La risposta dello Stato non si fece attendere. Quella codificata all'art. 4-bis è una forma di detenzione *sui generis* pensata e modellata in relazione a soggetti condannati per alcuni gravissimi delitti – nella formulazione attuale generalmente riconducibili ai reati di mafia, terrorismo, sfruttamento della prostituzione minorile, traffico di esseri umani ecc. – per i quali viene – *rectius* veniva - delineata un *presunzione* legale assoluta di *pericolosità sociale* tale per cui è loro precluso l'accesso ai benefici penitenziari – come anche liberazione condizionale e misure alternative – in assenza del requisito chiave della *collaborazione utile*. Tra l'altro, a seguito degli interventi della Corte costituzionale, è stata aggiunta ulteriormente la possibilità di accedere a tali benefici anche in caso di collaborazione *oggettivamente irrilevante*¹⁷⁶ o altrimenti *impossibile*¹⁷⁷ laddove siano stati acquisiti «*elementi tali da far escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva*». Si viene così a delineare per tali soggetti una condizione che la dottrina riassume con il termine di «*ergastolo ostativo*»¹⁷⁸, ovvero una condizione ove «sulla base di una presunzione assoluta di persistente pericolosità del condannato non

¹⁷⁵ N. AMATO, *I giorni del dolore, la notte della ragione: stragi di mafia e carcere uro*, Roma, 2021, p.83.

¹⁷⁶ Cfr. Corte cost. 27 luglio 1994, n. 357.

¹⁷⁷ Cfr. Corte cost. 1° marzo 1995, n. 68.

¹⁷⁸ In M. BONTEMPELLI, *Diritto alla rieducazione e libertà di non collaborazione*, Riv. it. dir. proc. Pen, pp. 1527 ss. Anche F. PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in C.E. PALIERO, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, Giuffrè, 2018 (II tomi), pp. 1200.

collaborante viene esclusa qualsiasi possibilità di ritorno – sia temporaneo sia definitivo – alla società libera»¹⁷⁹.

Dunque, con la legge n. 356 del 1992 viene instaurato il c.d. *doppio binario penitenziario*¹⁸⁰ ovvero un sistema che prevede due distinte tipologie di ergastolo: da una parte quello c.d. *comune*, ove la compatibilità con il fine rieducativo è in parte garantito dalla possibilità di accedere, in linea di massima sempre, a trattamenti extra-murari – restano comunque alcuni flebili dubbi di legittimità di parte della dottrina – e dall'altra l'ergastolo c.d. *ostativo* il quale, sebbene la giurisprudenza della Cassazione ne neghi la configurabilità come autonoma tipologia sanzionatoria¹⁸¹, si sostanzia nell'escludere dal trattamento extra-murario qualsiasi condannato non collaborante per i delitti menzionati all'art. 4-*bis*. In tale ultima circostanza, infatti, alla attitudine rieducativa si sostituisce una diversa finalità ovvero quella di incentivare il radicale distacco dalle associazioni criminali di appartenenza e di prevenirne - in via generale - l'adesione attraverso l'intimidazione della pretesa punitiva. «*Pochi sanno che i tipi di ergastolo sono due: quello normale, che manca di umanità, proporzionalità, legalità, eguaglianza ed educatività, ma ti lascia almeno uno spiraglio; poi c'è quello ostativo, che ti condanna a morte facendoti restare vivo, senza nessuna speranza*»¹⁸².

Per correttezza narrativa, conviene precisare che in passato esisteva una *terza* forma di ergastolo (all'art. 58-*quater* ord. penit) poi dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con sentenza del 21 giugno 2018, n. 149. La peculiarità di tale regime era il suo porsi, di fatto, a metà strada tra le altre due fattispecie tutt'ora esistenti. In particolare, agli autori dei reati di sequestro di persona a scopo di terrorismo o eversione, oppure a scopo di estorsione ma

¹⁷⁹ E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, 2018, In *Diritto penale contemporaneo*. Op. cit. p. 9.

¹⁸⁰ L'idea di individuare un fenomeno eccezionale necessariamente da reprimere e di adottare, a tal fine, una normativa *ad hoc*, diversa da quella ordinaria, affonda le sue origini circa un secolo prima del periodo in analisi. L'instaurazione di un *doppio binario* può essere intraveduta già nel 1863 con l'introduzione della Legge Pica – prorogata fino al 1865 – volta a reprimere il fenomeno all'epoca dilagante e fuori controllo del brigantaggio.

¹⁸¹ Sentenza n. 18206 del 2015, Corte di Cassazione.

¹⁸² G. ANGELINI, N. BIZZOTTO, *Introduzione*. In C. MUSUMECI, *Gli uomini Ombra*, Gabrielli, 2010.

da cui ne fosse conseguita la morte della vittima, era precluso l'accesso «*ad alcuno dei benefici indicati nel comma 1 dell'art. 4 bis se non avessero effettivamente espiato [...], nel caso dell'ergastolo, almeno ventisei anni di pena*» Tuttavia, al condannato era consentita la possibilità di beneficiare della liberazione condizionale laddove avesse soddisfatto la fattispecie descritta all'art. 54 ord. penit. – ovvero già prima dei ventisei anni. Si era venuta così a determinare una situazione paradossale ove veniva completamente capovolto il rapporto tra liberazione condizionale e benefici penitenziari, i quali – è bene precisare - vengono pensati all'interno della struttura ordinamentale di stampo penitenziario in funzione preparatoria alla liberazione condizionale, nel rispetto dell'idea progressiva del trattamento carcerario. Tale terza ipotesi – *ibrida* - risultava totalmente sorda alle modificazioni che possono intervenire nella persona del condannato¹⁸³, al punto che il giudice delle leggi ne ha riconosciuto la illegittimità costituzionale, rilevando che «il carattere automatico della preclusione temporale all'accesso ai benefici, impedendo al giudice qualsiasi valutazione individuale sul concreto percorso di rieducazione compiuto dal condannato, in ragione soltanto del titolo di reato che supporta la condanna, contrasta con la ineliminabile finalità di rieducazione della pena, che deve sempre essere garantita anche nei confronti degli autori di reati gravissimi». Si noti che simile argomentazione viene ugualmente avallata da coloro che sostengono la necessità di epurare dall'ordinamento anche la forma ostativa dell'ergastolo. Non a caso già nel 2010, il presidente del Tribunale di Sorveglianza di Perugia – il dott. Canevelli – notava come «una riflessione sull'ergastolo forse bisognerà pur farla, perché l'ergastolo, è vero che ha all'interno dell'Ordinamento dei correttivi possibili, con le misure come la liberazione condizionale e altro, ma ci sono moltissimi detenuti oggi in Italia che prendono l'ergastolo, tutti per reati ostativi, e sono praticamente persone condannate a morire in carcere. Anche su questo, forse, una qualche iniziativa cauta di apertura credo che

¹⁸³ F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della «scommessa anticustodialistica» agli insidiosi pragmatismi del doppio binario*. In V. GREVI, *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*. Cedam, Padova, 1994

vada presa, perché non possiamo, in un sistema costituzionale che prevede la rieducazione [...], lasciare questa pena perpetua, che per certe categorie di autori di reato e assolutamente certa, nel senso che non ci sono spazi possibili per diverse vie di uscita»¹⁸⁴. Ad ogni modo - come si vedrà meglio a breve (v. *infra* §2.4.) - a dicembre del 2022 è intervenuta una riforma dell'istituto, in risposta alle posizioni assunte dai giudici di Strasburgo e della Consulta.

2.2. *Ergastolo ostativo e legittimità costituzionale*

«Quando si dice pena perpetua si dice una cosa estremamente pesante, estremamente grave, umanamente non accettabile»¹⁸⁵. Parole lungimiranti e più che mai attuali, pronunciate da Aldo Moro nel lontano 1976.

Nel precedente paragrafo si è detto che in base al sistema del doppio binario penitenziario, sono presenti all'interno dell'ordinamento due tipologie di ergastolo. Alcuni dubbi di legittimità costituzionale sono stati rivolti all'ergastolo di cui all'art. 22¹⁸⁶ c.p. in ragione della sua incompatibilità con il paradigma stesso dello stato di diritto¹⁸⁷. Il giurista Ferrajoli, utilizzando un'argomentazione proposta già da Beccaria in relazione alla pena di morte, osservava come ciascun cittadino – con l'ingresso in società – ceda una porzione della propria libertà privata al fine di vedere tutelata dalla stessa la porzione di libertà restante. Tuttavia, non rientra mai in tale sacrificio il bene massimo costituito dalla vita – o comunque la libertà per la vita - e, dunque, non è ammissibile un eventuale potere dello Stato di privare l'individuo di questi beni¹⁸⁸. Si noti che la Corte costituzionale ha cercato di risolvere più

¹⁸⁴ P. CANAVELLI, intervento al Convegno «*Carceri 2010: il limite penale ed il senso di umanità*». 2010. Disponibile su www.ristretti.it.

¹⁸⁵ A. MORO, *Lezioni di istituzioni di diritto e procedura penale, tenute nella Facoltà di scienze politiche dell'Università degli studi di Roma*, Bari, Cacucci, 2005.

¹⁸⁶ Art. 22 c.p.:

«*La pena dell'ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno*».

¹⁸⁷ E. DOLCINI, *Fine pena: 31/12/1999. Il punto sulla questione ergastolo*. In *Sistema penale*, 2021, p. 16. Disponibile su www.sistemapenale.it.

¹⁸⁸ L. FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, p.79.

volte¹⁸⁹ i dubbi di legittimità in relazione alla suddetta pena - in particolare rispetto al principio di rieducazione del condannato ex art. 27 co. 3 - rilevando come essa non rivesta più i caratteri della perpetuità¹⁹⁰, inserendosi coerentemente - soprattutto grazie ai permessi premio e alla liberazione condizionale - nel panorama del trattamento penitenziario progressivo volto al reinserimento del condannato. Se, dunque, in tale evenienza è lecito parlare di un diritto - dell'ergastolano comune - a ottenere un periodico riesame del proprio percorso rieducativo con la conseguente possibilità di accedere a benefici penitenziari sempre più ampi, la questione cambia totalmente laddove si consideri il caso di un condannato per i reati di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. In tale evenienza, «se la collaborazione non è irrilevante, inesigibile, impossibile, l'ergastolano che può collaborare - ma non lo fa - non può mai accedere ad alcuna misura alternativa, anche se ha scontato in carcere il tempo previsto per poterla domandare e anche se ha dato prova di sicuro ravvedimento¹⁹¹. Per capire meglio la rilevanza della questione, conviene analizzare alla luce dei parametri costituzionali la difficoltà di legittimare la fattispecie dell'ergastolo ostativo, così come risultante dalla combinazione degli articoli 4-*bis* e 58-*ter* ord. penit.

La previsione dell'art. 4-*bis* sottrae al giudice qualsiasi potere valutativo circa la meritevolezza di accesso ai benefici penitenziari da parte del condannato non collaborante, rendendo la misura confliggente con il principio di separazione dei poteri che sorregge pressoché ogni stato di diritto. Così facendo, il legislatore lega le mani del giudice¹⁹². Ne consegue che la

¹⁸⁹ Con la sentenza n. 264 del 1974, la Corte costituzionale ha affermato la legittimità dell'ergastolo ostativo sulla base di due argomentazioni. In primo luogo, ha rilevato come «*la funzione e il fine della pena non siano solo il riadattamento del delinquente*», facendosi sostenitrice della teoria polifunzionale della sanzione penale poi superata e infine ripresa - come si vedrà nel Capitolo III - nella proposta di legge costituzionale AC3154 ad opera del Governo Meloni. In secondo luogo, afferma che «*l'istituto della liberazione condizionale consente il reinserimento del condannato nella società civile*».

¹⁹⁰ Cfr. sentenza n. 168 del 1994 della Corte costituzionale. V. anche commento di E. GALLO, *Un primo passo per il superamento dell'ergastolo*, *Giur. Cost.* 1994, p. 1267. V. anche M. RUOTOLO, *L'illegittimità costituzionale della pena dell'ergastolo nei confronti del minore: un segno di civiltà giuridica*, *Giur. It.*, 1995.

¹⁹¹ D. GALLIANI, *Riflettere, insieme, sull'ergastolo ostativo*, in *Rivista di studi e ricerche sulla criminalità organizzata*, Vol. n. 5, 2019, p. 111.

¹⁹² *Ivi*, p. 12.

presunzione assoluta di pericolosità sociale del condannato non collaborante – escluse le ipotesi di collaborazione oggettivamente irrilevante o impossibile dell'art. 4-bis co. 1 bis -, impedendo *a priori* l'accesso alla liberazione condizionale¹⁹³ (ex art. 58-ter) e – di conseguenza – disinteressandosi di qualsiasi progresso trattamentale da esso compiuto – condanna l'ergastolano a non poter beneficiare di alcuna forma di risocializzazione e a scontare una pena sostanzialmente perpetua. Di diverso avviso era la Corte costituzionale, quando nel 2003 – con la sentenza n. 135 – si pronunciava per la prima volta sulla legittimità del suddetto istituto sancendone la conformità con il dettato di cui all'art. 27 co. 3 cost. In particolare, la Corte rilevava che «la disciplina in questione, subordinando l'ammissione alla liberazione condizionale alla collaborazione con la giustizia – che si considerava rimessa alla *scelta del condannato* – non preclude in modo assoluto e definitivo l'accesso al beneficio e non si pone quindi in contrasto con il principio rieducativo enunciato dall'art. 27 co. 3 cost». L'idea era quella di utilizzare un'argomentazione di poco differente rispetto a quella utilizzata nell'ambito dell'ergastolo c.d. *comune* intravedendo nell'attività di collaborazione il lascia passare per consentire al condannato l'accesso alle misure premiali, presupponendo – come espressamente riportato – che l'opera collaborativa, tranne che nei casi di collaborazione impossibile o irrilevante (co. 1 bis), sia sempre e soltanto frutto di una *scelta volontaria* del reo. Tuttavia, si tratta di una ricostruzione poco condivisibile sul piano razionale in quanto è assolutamente plausibile che un condannato che abbia pienamente e definitivamente ripudiato scelte di vita criminale, rimanga comunque in

¹⁹³ Tra i benefici preclusi nel caso dell'ergastolo ostativo deve essere esclusa la liberazione anticipata, la quale – tuttavia – viene privata di ogni effettiva e pratica utilità in quanto si traduce nella diminuzione di una pena che, in presenza di soggetto non collaborante, è a tutti gli effetti perpetua. Cfr. A. PUGIOTTO, *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, op. cit., p. 17: «Per un ergastolano ostativo la liberazione anticipata è *inutile*, perché in assenza degli specifici presupposti richiesti dall'art. 4-bis ord. penit., la sua concessione non produce alcun effetto concreto, rivelandosi ininfluyente sullo *status detentionis* tanto nella sua durata quanto nelle sue modalità ed è *priva di scopo*, essendone prevista la concessione al condannato *al fine del suo più efficace reinserimento nella società* (ex art. 54 ord. penit.), prospettiva preclusa all'ergastolano ostativo non collaborante».

carcere in applicazione dell'art. 4-*bis* co. 1 ord. penit¹⁹⁴. A titolo esemplificativo, conviene ricordare che la mancata collaborazione può essere semplicemente motivata dal timore di ripercussioni sui propri familiari da parte dell'organizzazione criminale di appartenenza. Tra l'altro, la stessa Corte già nel 1993 - con la sentenza n. 306 - affermava che «dalla mancata collaborazione non può trarsi una valida presunzione [...] di mantenimento dei legami di solidarietà con l'organizzazione criminale». Da simili argomentazioni si può rilevare una difficile giustificazione dell'ergastolo ostativo alla luce del finalismo costituzionale di stampo rieducativo poiché preclude l'accesso a tutti gli strumenti usualmente predisposti nella progressione trattamentale per la risocializzazione del reato. Inoltre, la finalità rieducativa presuppone la messa a valore dei risultati dell'osservazione, della partecipazione all'opera rieducativa, dell'adesione al trattamento da parte del detenuto; viceversa l'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. desume aprioristicamente una persistente pericolosità sociale da parametri probatori estrinseci rispetto a elementi riconducibili alla progressione rieducativa del condannato¹⁹⁵. Tra l'altro, è interessante sottolineare che l'eventuale collaborazione non è di per sé sintomatica in via assoluta del ravvedimento del soggetto. L'equivalenza tra collaborazione e ravvedimento è frutto di un'illogica *presunzione* legale *assoluta*, ben potendosi avere collaborazione senza ravvedimento¹⁹⁶, in quanto essa può semplicemente «essere il frutto di mere valutazioni utilitaristiche»¹⁹⁷. In tal senso, la fattispecie dell'ergastolo ostativo è oggetto di dubbi di legittimità anche sotto il principio di eguaglianza-ragionevolezza - ex art. 3 cost. Esiste, infatti, una differenza sostanziale tra l'ergastolano che non collabora per ragioni personali ma che ha seguito con successo il proprio percorso rieducativo arrivando a distaccarsi dall'ambiente criminale, rispetto all'ergastolano che *dolosamente* sceglie di non collaborare poiché non ha ancora effettivamente ripudiato il mondo della

¹⁹⁴ E. DOLCINI, *Fine pena: 31/12/1999. Il punto sulla questione ergastolo*. Op. cit. p. 19.

¹⁹⁵ PUGIOTTO, A. (2016). *Come e perché eccipire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 16. Disponibile su www.ristretti.it.

¹⁹⁶ *Ivi*, p. 17.

¹⁹⁷ Sentenza n. 306 del 2003, Corte costituzionale.

criminalità organizzata di appartenenza. Vista la chiara difformità di situazioni, laddove si delinei un trattamento normativo sostanzialmente uguale per situazioni di fatto diverse – come avviene in tale evenienza – ciò che consegue è una lesione del principio costituzionale di eguaglianza e ragionevolezza.

Risulta egualmente difficile giustificare il suddetto istituto alla luce del diritto di difesa - di cui all'art. 24 cost¹⁹⁸ - e, in particolare, alla luce della sua componente del c.d. diritto al silenzio. Occorre ricordare che il principio tipizzato nel brocardo latino *nemo tenetur se detegere* trova applicazione sia nella fase del giudizio quanto in quella della esecuzione. In tal senso, la previsione di escludere il reo dall'accesso ai benefici penitenziari e dalla libertà condizionale laddove carente di collaborazione – escluse le ipotesi del co. 1 bis – si pone in netto contrasto con quella che è la formulazione del diritto di difesa inteso anche e soprattutto come diritto a non fornire elementi a proprio danno e diritto a non rispondere.

Ulteriori ambiti di incompatibilità riguardano il tema della libertà morale e quello di umanità della pena. La normativa di cui all'art. 4-bis pone il condannato nell'alternativa di «collaborare con la giustizia e ottenere che si aprano le porte del carcere o non collaborare rimanendo segregato per sempre»¹⁹⁹, contrastando con la previsione di cui all'art. 13 cost, secondo cui «è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà». Di fatti, la prospettazione della pena massima e la insita preclusione di accesso sia ai benefici penitenziari che alla libertà condizionale realizzano una significativa coercizione della libertà morale e di autodeterminazione del condannato non collaborante. Infine, per quanto riguarda il principio di umanità della pena – sancito al co. 3 dell'art. 27 cost. – la questione si sposta addirittura in un piano extra giuridico. È umanamente

¹⁹⁸ Art. 24 cost:

«Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.

La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.

Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione.

La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari».

¹⁹⁹ E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*. In *Diritto penale contemporaneo*, 2018, p. 17. Disponibile su www.penalecontemporaneo.it.

e socialmente accettabile una sanzione penale che condanna un soggetto alla reclusione penitenziaria *sine die*? In tal senso, ritorna alla mente la lezione di Turati, ripresa successivamente anche da Calamandrei, laddove parlava delle *carceri come dei cimiteri dei vivi*²⁰⁰. La fattispecie dell'ergastolo ostativo è - all'interno dell'ordinamento italiano - l'unica ipotesi in cui il condannato, sebbene fautore di un percorso rieducativo positivo, non può comunque giungere mai alla propria risocializzazione, nemmeno nella forma di semplice uscita temporanea. «Ogni giorno trascorso in carcere è per lui un giorno in più e non in meno di detenzione»²⁰¹.

In ottica comparativa e al fine di rendere la narrazione più eterogenea, si ritiene opportuno riportare anche una corrente di pensiero diametralmente opposta. Secondo il procuratore Sferlazza, «l'organico inserimento in sodalizio di stampo mafioso segna la vita dell'affiliato in modo irreversibile, atteso che, l'uomo d'onore formalmente affiliato, si trova in una situazione di succubanza, ricattabilità e coinvolgimento così soggiogante da non poter recidere i legami criminali e né recedere dalla «*affectio societatis*» se non con la morte, spesso violenta, ovvero con una scelta collaborativa: *tertium non datur*»²⁰². In conclusione, dunque, l'istituto dell'ergastolo ostativo è stato motore di numerose pronunce di legittimità nel tentativo di giustificarne la conformità rispetto ai principi sanciti nella carta costituzionale. Nel corso dei prossimi paragrafi si analizzeranno gli sviluppi che lo hanno riguardato e, soprattutto, il contributo – significativo – da esso svolto nella acutizzazione della crisi del sistema penitenziario italiano.

²⁰⁰ F. TURATI, *I cimiteri dei vivi*, a cura di P.E. IRMICI. Il Papavero, 2021.

²⁰¹ A. PUGIOTTO, *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, op. cit. p. 4.

²⁰² O. SFERLAZZA, *Riflessioni a margine della ordinanza della Corte costituzionale n. 97/2021 sull'ergastolo ostativo: molti dubbi poche certezze*. In *Questione giustizia*, 24 giugno 2021. Disponibile su www.questionegiustizia.it.

2.3. L'articolo 3 CEDU e la censura dei giudici di Strasburgo con la sentenza Viola

Prima di passare all'analisi dei recenti interventi della Consulta in materia di ergastolo ostativo e della conseguente riforma intervenuta a fine 2022, conviene indirizzare l'attenzione alle significative spinte giurisprudenziali che sono arrivate da parte della Corte di Strasburgo. Il punto di partenza deve essere individuato nell'articolo 3 CEDU, laddove sancisce che «*Nessuno può essere sottoposto a tortura²⁰³ né a pene²⁰⁴ o trattamenti inumani o degradanti*»²⁰⁵. D'altronde, dopo la tragica esperienza del secondo conflitto mondiale, serviva sviluppare un manifesto di tutela della dignità umana perché - come scriveva qualche anno addietro Oriana Fallaci - «quasi niente quanto la guerra, e niente quanto una guerra ingiusta, frantuma la dignità dell'uomo»²⁰⁶. Norma dinamica e di portata assoluta. A tal proposito, si noti che la tutela da essa fornita opera – di qui il *dinamismo* – su un piano non solo *verticale*, ovvero quando la violazione dell'art. 3 viene realizzata da un agente dello Stato, ma anche e soprattutto su un piano *orizzontale*, cioè nelle relazioni tra soggetti privati. Inoltre, merita di essere sottolineata la portata *assoluta* della protezione sopra menzionata in quanto essa non è suscettibile di alcuna deroga, né per esigenze di tutela della collettività²⁰⁷, né in caso di guerra o pericolo pubblico per la nazione (ex art. 15 CEDU).

²⁰³ Nell'ambito dell'art. 1 della Convenzione Onu contro la tortura, questa viene definita come «ogni atto con il quale viene intenzionalmente inflitto ad una persona un dolore o sofferenza acute, fisiche o psichiche, al fine di ottenere da essa o da un terzo informazioni o confessioni, punirlo per un atto che lui o un terzo hanno commesso o di cui sono sospettati [...]». In tal senso, secondo i giudici di Strasburgo, la tortura è una forma più grave e severa di trattamento inumano finalizzata a estorcere una confessione – o comunque informazioni – oppure a intimidire la vittima. Cfr. Sentenza *Gäfgen contro Germania*, Corte europea dei diritti dell'uomo.

²⁰⁴ Per pene inumane e degradanti si intendono quelle che eccedono quella soglia minima di sofferenza intrinseca alla privazione della libertà personale.

²⁰⁵ A parere della Corte EDU sono *trattamenti degradanti* quelli idonei a indurre nella vittima uno stato di umiliazione. I giudici definiscono *inumani* i trattamenti che producono sofferenze psicofisiche, a prescindere dal fine perseguito dal loro autore. Cfr. Sentenza *Savitchi c. Moldavia* del 2008, Corte europea dei diritti dell'uomo.

²⁰⁶ O. FALLACI, *Niente e così sia*, Rizzoli, New York, 1969.

²⁰⁷ Cfr. Sentenza *Gäfgen c. Germania* (ric.n.22978/05), Corte europea dei diritti dell'uomo.

Fatte simili premesse e inquadrata l'ampio raggio di azione della norma, si passerà a definire in maniera compiuta le singole fattispecie cui viene fatto riferimento per proseguire poi l'analisi circa la conformità dell'istituto dell'ergastolo ostativo. A ben vedere, affinché si possa propriamente parlare di una violazione dell'art. 3, la giurisprudenza consolidata della Corte richiede il superamento di una *soglia minima di gravità* - individuata caso per caso - in relazione alle circostanze oggettive del fatto – ad es. la durata del trattamento – e alle qualità soggettive della vittima – ad es. età, condizioni psicologiche²⁰⁸. La previsione normativa in analisi vincola uno Stato a rispettare - nell'ambito della soglia minima di gravità anzidetta - la dignità umana anche durante l'esercizio della propria potestà punitiva, in quanto fenomeni di violazione possono manifestarsi in conseguenza della tipologia del regime carcerario – come si vedrà nel paragrafo § 2.5.1 in merito all'art. 41-*bis* ord. penit. - oppure a causa dell'eccessiva durata della pena. In altre parole, il detenuto non può mai essere privato del proprio diritto ad avere un trattamento penitenziario dignitoso. Su ciascun Paese membro gravano, infatti, non soltanto *obblighi negativi* (di astensione), ma anche ben più pervasivi *obblighi positivi* (di intervento), ovvero veri e propri *obblighi di protezione* a fronte di condotte contrarie all'art. 3 CEDU, ivi inclusa l'ipotesi in cui la vittima delle stesse sia un soggetto «affidato» alla custodia dello Stato nelle sue varie articolazioni, come accade quando la stessa si trova in carcere²⁰⁹.

Chiarito quanto detto, si presenta estremamente attuale la domanda circa la conformità dell'ergastolo con l'interpretazione sopra descritta della norma convenzionale. La copiosa giurisprudenza della Corte EDU ha affrontato più volte il tema della pena perpetua (comune). Significativa è stata la sentenza *Kafkaris c. Cipro* del 2008, ove i giudici hanno subordinato l'eventuale conformità dell'ergastolo alla sua riducibilità *de iure e de facto*, ovvero alla previsione ordinamentale di un meccanismo che consenta l'effettiva

²⁰⁸ A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*. In *Diritto penale contemporaneo*, 2011, §1.2, p. 223.

²⁰⁹ *Ivi*, p. 222.

possibilità di ritorno in libertà da parte del condannato. Si tratta di un principio ulteriormente ribadito anche nelle pronunce successive²¹⁰ e integrato con la precisazione che la sopracitata pena non deve mai presentarsi come «*nettamente sproporzionata rispetto alla gravità del fatto*»²¹¹. In sintesi, l'idea della Corte di Strasburgo è di identificare un trattamento inumano o degradante ogniqualvolta la pena non si lascia in nessun modo giustificare al metro della proporzione con la gravità del fatto commesso²¹².

Tuttavia, il contributo di massima portata per l'ordinamento italiano deve essere individuato nella sentenza *Viola c. Italia*, prima volta in assoluto in cui la Corte EDU si pronuncia sulla conformità dell'ergastolo *ostativo* – non quello *comune* – rispetto ai dogmi della Convenzione. Come osserva la giurista Risicato, tale decisione ha ruolo determinante in quanto oltre ad esser la prima pronuncia che guarda sia all'ergastolo *ostativo* – *unicum* del sistema italiano - che alla CEDU, essa va soprattutto a evidenziare il netto contrasto tra la presunzione *assoluta* di pericolosità alla base dell'istituto e l'art. 3 CEDU²¹³. Per una maggiore chiarezza si passerà brevemente in analisi il quadro evolutivo dell'intera vicenda per arrivare, infine, ad analizzare i momenti più salienti della sentenza – i cui principi sono la vera componente copernicana. Alla base del ragionamento della Corte vi sono due temi. Il primo riguarda la correttezza dell'inquadramento della collaborazione nell'ambito delle libere scelte del condannato e dunque della possibilità di considerarla frutto esclusivo della sua autodeterminazione al netto di qualsiasi condizionamento. Il secondo, invece, riguarda la già citata presunzione assoluta di equiparazione tra la assenza di collaborazione e la perdurante pericolosità sociale del reo; equiparazione che, come detto, è il presupposto fondativo del meccanismo motore dell'ergastolo *ostativo*. Nel precedente

²¹⁰ Cfr. Sentenza *Kafkaris c. Cipro*. Cfr. Sentenza *Trabelsi c. Belgio*. Cfr. *Murray c. Olanda*. Cfr. *Hutchinson c. Regno Unito*.

²¹¹ V. sentenza *Vinter c. Regno Unito*. Nella versione originale letteralmente: «*di peine nettement disproportionnée à la gravité de l'infraction*».

²¹² F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 Cedu: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della corte di Strasburgo*. In *Dir. Pen. Cont.* 4 luglio 2012.

²¹³ L. RISICATO, *L'incostituzionalità riluttante dell'ergastolo ostativo: alcune note a margine di Corte cost., ordinanza n. 97/2021*. In *Riv. Dir. Proc. Pen.*, p. 651.

capitolo si è già discusso della conformazione del suddetto istituto. In via riassuntiva e generale, non è errato dire che a un soggetto condannato per i reati di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. è preclusa in via assoluta la godibilità di tutti i benefici penitenziari, inclusa la liberazione condizionale, tranne quello della liberazione anticipata – della quale si è già sottolineata la sostanziale inutilità – laddove dovesse rifiutare qualsiasi tipo di collaborazione con la giustizia. Per smorzare la rigidità di tale costruzione, la Consulta ha introdotto, in passato, al comma 1-*bis* (art. 4-*bis*) due ulteriori ipotesi: in caso di collaborazione impossibile o irrilevante, l'accesso ai benefici è comunque possibile se sono stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata²¹⁴. Fatta tale premessa, il problema di compatibilità alla base della sentenza Viola riguarda l'art. 3 CEDU, laddove esso è posto a baluardo della tutela fisica e morale dell'essere umano. A tal proposito, è interessante notare come già nel relativo ricorso introduttivo, venga espressamente dichiarato che «la libertà morale è di ogni individuo per la sola ragione di appartenere al genere umano; di conseguenza non può essere oggetto di alcuna violazione, restrizione, eliminazione»²¹⁵. A parere degli autori dell'*amicus curiae*, il contrasto con l'art. 3 CEDU sorge nel momento in cui si ricollegano conseguenze negative – come in questo caso è la preclusione del godimento dei benefici penitenziari – alla assenza di collaborazione. L'idea è che un soggetto non collaborante sta comunque pienamente esercitando il suo diritto al silenzio, esplicazione della propria libertà morale. Per tale ragione, non può essere considerata legittima alcuna pretesa sanzionatoria nei suoi confronti mentre può validamente essere oggetto di premialità l'eventuale situazione opposta, cioè la sussistenza di una attitudine collaborativa. Ne consegue, come già detto, che l'automatismo legislativo su cui si poggia l'intero istituto dell'ergastolo ostativo – ovvero assenza di collaborazione = perdurante pericolosità sociale del soggetto – svincola ogni finalità rieducativa costituzionalmente riconosciuta alla pena.

²¹⁴ S. SANTINI, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta «via di scampo»:* dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana. In *Dir. Pen. Cont.*, 1° luglio 2019, p. 2

²¹⁵ Ricorso n. 77633/16, sentenza *Viola c. Italia*.

Per essere più chiari, la codificazione effettuata dal legislatore nella disciplina dell'art. 4-*bis*, basandosi in via generale solo sul dato oggettivo della assenza di collaborazione, usurpa il giudice del suo mestiere²¹⁶ in quanto priva quest'ultimo della possibilità di rivalutare sia *de iure* che *de facto* la personalità del condannato in termini di progresso penitenziario, annullando la connotazione teleologica della pena sotto il profilo della rieducazione.

Ad inizio paragrafo, si è detto come la giurisprudenza della Corte EDU consideri la pena perpetua – c.d. comune - conforme alla convenzione solo in quanto sussista la possibilità di una sua riduzione sia sul piano teorico che su quello pratico. Riducibilità *de iure* e *de facto*, appunto. A tal proposito, è interessante notare come, invece, nell'ambito dell'ergastolo ostativo tale facoltà sia preclusa a priori dalla previsione legislativa. In altre parole, seppure è ipotizzabile una rivedibilità della pena *in astratto* laddove il soggetto collabori con la giustizia, tale rivedibilità si presenta, invece, come non perseguibile *in concreto* se il condannato è non collaborante – eppure il diritto al silenzio rientra nella libertà morale - sulla base dell'automatismo sopracitato e in forza del quale si presume perdurante la pericolosità sociale del soggetto. Tra l'altro, tale diniego di rivalutazione sottrae il detenuto anche e soprattutto del diritto a sperare – c.d. right to hope di cui si parlerà più dettagliatamente a breve – di poter uscire un giorno dal carcere. Diritto implicito dello stesso esistenzialismo umano. Il difetto di tale impalcatura legislativa riguarda il «sostenere che l'uomo si riduce a strumento invece di essere il fine, nel momento in cui si mette in campo, a fronte di una pena perpetua, l'equiparazione assoluta tra mancata utile collaborazione e pericolosità sociale, che conduce, per legge, alla impossibilità di ottenere tutte le misure alternative, liberazione condizionale compresa»²¹⁷.

Dunque, il ragionamento da cui prendono le mosse i giudici di Strasburgo riguarda la possibilità che il meccanismo più volte sopracitato (collaborare per ottenere la liberazione condizionale) soddisfi effettivamente il requisito della rivedibilità *de iure* e *de facto* e affronta la questione su piani differenti.

²¹⁶ D. GALLIANI, *Riflettere, insieme, sull'ergastolo ostativo*, op. cit., p. 112.

²¹⁷ *Ivi*, p. 127.

In primo luogo, si rileva come la assenza di collaborazione non possa essere classificata nell'ambito delle *libere scelte*, in quanto il condannato può essere anche mosso – tra le tante ragioni – dal timore di ripercussioni sulla sua famiglia da parte dell'organizzazione criminale cui era originariamente pertinente. In aggiunta, la Corte EDU sottolinea che la scelta dell'ergastolano può essere ulteriormente mossa dal proposito di accedere ai benefici penitenziari – v. infra § 2.2 – e, dunque, l'eventuale opera collaborativa non è necessariamente sintomatica di una sua effettiva redenzione. «l'immediata equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la presunzione assoluta di pericolosità sociale finisce per non corrispondere al reale percorso rieducativo del ricorrente, in quanto trascura [...] gli altri elementi che permettono di valutare i progressi compiuti dal detenuto²¹⁸». Il meccanismo italiano, infatti, ruota attorno al ricollegamento della «pericolosità dell'interessato al momento in cui i delitti sono stati commessi, invece di tenere conto del percorso di reinserimento e degli eventuali progressi compiuti dal momento della condanna»²¹⁹. I giudici evidenziano che la condotta non collaborativa «determina una presunzione inconfutabile di pericolosità, che ha l'effetto di privare il ricorrente di qualsiasi prospettiva realistica di liberazione [...]. Questi rischia di non potersi mai riscattare: qualsiasi cosa faccia in carcere, la sua pena rimane immutabile e non soggetta a controllo»²²⁰. Secondo il sistema convenzionale, in materia di detenzione (v. art. 5 CEDU) una presunzione legale di pericolosità può essere giustificata, in particolare, quando non è *assoluta*, ma si presta ad essere contraddetta dalla prova contraria²²¹. Il carattere di incompatibilità rispetto alla Convenzione, dunque, deve essere individuato nella componente assolutistica della presunzione definita dal legislatore, in quanto determina una situazione di sostanziale impossibilità rivalutativa – *de iure e de facto* – della pena con totale disinteresse per il percorso rieducativo compiuto dal detenuto.

²¹⁸ Sentenza Viola c. Italia, Corte Europea dei diritti dell'Uomo, § 120-121.

²¹⁹ Sentenza Viola c. Italia, Corte Europea dei diritti dell'Uomo, § 128.

²²⁰ Sentenza Viola c. Italia, Corte Europea dei diritti dell'Uomo, § 127.

²²¹ V. MANCA, *Le declinazioni della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti nel dialogo tra le Corti: da Viola c. Italia all'attesa della Corte costituzionale*. In *Arch. Pen.*, 2019, p. 28.

2.4. Sviluppo della giurisprudenza costituzionale e il conseguente approdo alla riforma del 2022

Sulla scorta della giurisprudenza di Strasburgo, l'Italia ha iniziato un percorso evolutivo completamente opposto rispetto a quelli che erano i principi sanciti nella originaria pronuncia n. 135 del 2003 della Corte costituzionale, ove si affrontava per la prima volta la questione dell'ergastolo ostativo. Prima di passare alla riforma intervenuta nel dicembre 2022, si ritiene opportuno richiamare gli interventi giurisprudenziali della Consulta alla luce delle conclusioni della sopracitata sentenza Viola. Il primo turning point deve essere individuato nella sentenza n. 253 del 2019, in cui viene dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* co. 1 nella parte in cui non prevedeva che i condannati per tali delitti potessero accedere ai permessi premio – si noti che in questo caso si parla dei reati ostativi e non generalmente dell'ergastolo ostativo in quanto il riferimento è solo ai permessi premio e non anche alla liberazione condizionale - anche laddove non collaboranti, qualora fossero stati assunti elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con il mondo criminale, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti. Come già anticipato, la sentenza si pone in soluzione di continuità con quanto affermato dai giudici di Strasburgo, ovvero nel censurare il carattere *assoluto* della presunzione alla base della disciplina del 4-*bis* e più in generale dell'ergastolo ostativo, poiché si presentava come indifferente ai valori costituzionale e alla finalità risocializzativa. In tal modo, la presunzione può essere vinta da prova contraria e, dunque, il giudice nella valutazione della eventuale pericolosità sociale del detenuto non collaborante è chiamato a considerare – come evidenziato dalla Consulta – sia le relazioni delle autorità penitenziarie - e in generale le altre informazioni di cui viene dato riscontro - sia anche le prove a discarico prodotte dal condannato, le quali devono essere indirizzate a escludere il *pericolo potenziale* della possibilità

di ripristinare rapporti con la criminalità organizzata. Si noti che, nonostante la chiara difficoltà nel dover dimostrare in via generale l'assenza di un pericolo e la limitata portata della sentenza ai soli permessi premio – non anche alla liberazione condizionale –, la sentenza n. 253 ha rappresentato senza dubbio un passo decisivo in avanti. Si era, infatti, abbandonato quello schema sinallagmatico che ruotava intorno alla induzione/costrizione alla delazione²²² e la concessione del permesso-premio era comunque intesa come una eccezione alla regola del diniego²²³.

La liberazione condizionale è stata, invece, oggetto del *thema decidendum* nell'ordinanza n. 97/2021. Il momento chiave deve essere individuato nel punto 8 della stessa, dove la Corte sottolinea il diverso effetto che l'ordinamento riconduce alla liberazione condizionale rispetto ai permessi premio. Con la prima, infatti, il condannato riacquista definitivamente la propria libertà mentre per il tramite dei secondi si realizza soltanto una temporanea sospensione della carcerazione. «La Corte costituzionale pone dunque l'accento sul carattere «apicale» della normativa sottoposta al suo giudizio nel quadro del contrasto alla criminalità organizzata, il cui equilibrio complessivo verrebbe messo a rischio da un intervento meramente demolitorio, con grave pregiudizio per le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva a fronte del «pervasivo e radicato fenomeno della criminalità mafiosa»²²⁴. D'altra parte, per i giudici non poteva essere riconosciuta alcuna equiparazione – ai fini dell'accesso alla liberazione condizionale - tra la posizione del condannato collaborante e quello non collaborante. Per tale ragione, la Consulta affida al legislatore – come già era stato indicato nella sentenza Viola dai giudici di Strasburgo – il compito di decidere quali elementi servano a distinguere la condizione dell'uno e dell'altro ergastolano²²⁵. Per essere più chiari, la Corte in tale situazione si comporta in maniera opposta rispetto a quanto effettuato nella sentenza del

²²² M.MICHETTI, *L'accesso ai permessi premio tra finalità rieducativa della pena ed esigenze di politica criminale*. 2019.

²²³ E. DOLCINI, *Fine pena 31/12/1999. Il punto sulla questione ergastolo*. Op. cit., p. 25.

²²⁴ E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sistema penale*, 25 maggio 2021. § 4.

²²⁵ E. DOLCINI, *Fine pena 31/12/1999. Il punto sulla questione ergastolo*. Op. cit., p. 27.

2019 sopra citata. L'onere probatorio rafforzato ivi introdotto, determinante per differenziare la posizione del non collaborante e consentirgli l'accesso – si noti bene – solo ai permessi premio, non è, invece, considerato egualmente adatto nel caso in cui si parli di beneficiare della libertà condizionale. Non solo. I giudici - con una pronuncia che merita di fare scuola per dimostrare l'importanza di quel principio di separazione dei poteri alla base di ogni stato di diritto - riconoscono e attribuiscono la facoltà di precisare l'elemento discriminante in tale ipotesi soltanto al legislatore.

Tuttavia, la scelta di utilizzare una ordinanza di incostituzionalità differita²²⁶ non si è poi rivelata del tutto congrua, poiché per tutta la pendenza del periodo concesso dalla Corte, ogni istanza di accesso alla liberazione condizionale da parte degli ergastolani ostativi non è stata valutata nel merito e il giudice è stato chiamato a sospendere il giudizio in attesa della risoluzione della questione. In questo caso, la pronuncia-monito ha un costo diverso, del tutto peculiare: un costo drammatico, che va oltre gli stessi costi comunque connaturati al ricorso a questa tecnica da parte della Corte costituzionale²²⁷. Tra l'altro la Consulta ha rinviato – di altri sei mesi – il termine concesso originariamente al legislatore spostandolo così all'8 novembre 2022. Si trattava di una novità giurisprudenziale assoluta che nascondeva, tuttavia, un prolungato arresto cardiaco del principio di legalità costituzionale²²⁸. Prima di passare ad analizzare come ha provveduto il legislatore a rispondere all'ordinanza dei giudici, conviene menzionare un'ultima decisione intercorsa nel 2022. Con la pronuncia n. 20, la Corte si è posta in continuità con quanto affermato precedentemente in materia di reati ostativi e permessi premio nel 2019 – come già detto la sentenza n. 253 aveva introdotto tra le

²²⁶ Si tratta di ordinanze che rinviando il giudizio di costituzionalità chiedendo nelle more al Parlamento di legiferare nella materia oggetto del giudizio. In Documentazione parlamentare – Camera dei deputati. Da www.temi.camera.it. Tra l'altro, con tale strumento viene accertata l'illegittimità di una norma senza dichiararla tale, sicché la suddetta norma continua a produrre effetti nell'ordinamento fino a che, una volta scaduto il termine concesso, non interverrà la dichiarazione di incostituzionalità o verrà varato dal Parlamento la riforma richiesta.

²²⁷ E. DOLCINI, *Fine pena 31/12/1999. Il punto sulla questione ergastolo*. Op. cit., p. 28.

²²⁸ A PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria. L'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo differita per la seconda volta*. In *Riv. Dir. Proc. Pen.*, n°2 – 2022, p. 762.

fattispecie esistenti un *tertium genus*²²⁹. In particolare, nel dispositivo si legge come sia assolutamente corretto distinguere tra chi «oggettivamente può, ma soggettivamente non vuole collaborare (silente per sua scelta), da quella di chi «soggettivamente vuole, ma oggettivamente non può»²³⁰. Circoscrivendo l'attenzione alla situazione di un soggetto non collaborante, la scelta *volontaria* di *non* fornire un contributo collaborativo richiede un regime rafforzato di contro prova rappresentato dalla acquisizione di quegli elementi idonei a escludere anche il *pericolo* del ripristino di collegamenti con il mondo criminale. Nel caso di inesigibilità o di impossibilità della collaborazione, invece, l'assenza della componente soggettiva alla base consente di ritenere sufficienti - ai fini della presentazione dell'istanza di accesso ai permessi premio - soltanto la dimostrazione della non perdurante sussistenza di legami con l'ambiente della criminalità organizzata. Per essere più chiari, la Consulta ritiene non irragionevole distinguere il regime probatorio in base al caso in cui il condannato scelga - dolosamente - di non collaborare rispetto a quando sia proprio impossibilitato, senza mai sfociare nella possibilità che una tale situazione possa essere riconducibile a una disparità di trattamento²³¹.

Tornando ora all'iter di riforma, dopo l'ordinanza n. 97 del 2021 si sono susseguite diversi disegni di legge²³², nessuno dei quali è poi stato effettivamente portato avanti. Nonostante la Corte avesse disposto un ulteriore rinvio per rimediare a tale situazione di stallo, spostando il termine all'8 novembre del 2022, la soluzione più plausibile restava la pronuncia sul merito della questione e, dunque, una dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4-*bis* co. 1 ord. penit. Il 31 ottobre si realizza un vero *coup de theatre*²³³: il Governo riprende il disegno di legge AC 2574²³⁴- che era già

²²⁹ F. FIORENTIN, *Preclusioni penitenziarie e permessi premio*, in Cassazione penale 2020, p. 1027.

²³⁰ V. sentenza n. 20 del 2022, Corte costituzionale.

²³¹ L. CIAFARDINI, *Reati ostativi: quale futuro per la collaborazione impossibile o inesigibile? Note a margine della sentenza n. 20 del 2022 della Corte costituzionale*, in Sistema Penale, 10 febbraio 2022, p. 12.

²³² D.d.l. 1951, 3106, 3184 e 3315.

²³³ E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato in articolo mortis*, in Sistema Penale, 2022, p. 2.

²³⁴ Risultante dall'unificazione dei d.d.l. 1951, 3106, 3184 e 3315.

stato presentato nel marzo del 2022 fermandosi alla sola approvazione della Camera²³⁵ - ripresentandolo con la forma del decreto-legge n. 162 del 2022²³⁶. Ai fini della nostra trattazione, risulta interessante sottolineare come il requisito della *necessità e urgenza* richiesto per tale atto normativo sia stato ritenuto soddisfatto dall'esigenza di perseguire il monito della Corte costituzionale, i cui termini erano decisamente in scadenza. Tuttavia, non sarebbe sbagliato argomentare che «la necessità ed urgenza alla base del decreto-legge derivano dalla volontà del Governo di salvare l'ergastolo ostativo dalla scure della Corte costituzionale»²³⁷, come è possibile desumere da quanto affermato - dopo il Consiglio dei ministri del 31 ottobre - dalla Presidente Meloni. Appare chiaro che quella fattispecie di *straordinaria necessità ed urgenza* cui faceva riferimento Calamandrei in seduta costituente laddove si discuteva di provvedimenti aventi forza di legge ma carattere provvisorio, sia ormai un lontano e flebile ricordo.

Ancora. Se si volge lo sguardo alle precedenti proposte di legge, si noterà come queste fossero portatrici di visioni nettamente differenti le une dalle altre, essendo alcune intenzionate a dare seguito ai principi contenuti nella sentenza Viola e a quelli dell'ordinanza dei giudici, mentre le altre erano - invece - teleologicamente volte a compiere piuttosto un'opera di sterilizzazione delle indicazioni ivi contenute. Tale ultimo atteggiamento era - ed è tutt'ora - il riflesso di un timore congenito e ampiamente diffuso nella società, rappresentato dal fatto che la nuova disciplina poteva correre il rischio di realizzare una riduzione di attenzione - e dunque una inferiore preoccupazione - rispetto al fenomeno della criminalità organizzata. Un timore questo che già da tempo la magistratura stessa aveva prospettato. Nel 2019, il giornalista Caselli scriveva le seguenti osservazioni: «quantomeno con fortissime e tremende probabilità, stravolgere l'ergastolo ostativo, per i

²³⁵ Nella Relazione di accompagnamento all'atto governativo viene precisato che la mancata successiva approvazione del testo da parte del Senato è stata dovuta esclusivamente allo scioglimento delle Camere.

²³⁶ Si deve sottolineare che il nuovo testo presentato contiene una variante peggiorativa per il condannato. Vengono, infatti, menzionate le ipotesi in cui l'esecuzione riguarda reati ostativi e - qui la novità - reati diversi commessi per occultare o eseguire un reato ostativo o per ottenere il profitto o il prodotto oppure il prezzo o l'impunità per uno dei reati anzidetti.

²³⁷ *Ivi*, p. 3.

mafiosi che pentendosi non hanno spezzato le catene che li vincolano in perpetuo al clan, equivarrebbe (ontologicamente) ad armarli di nuovo, inceppando - allo stesso tempo - lo schema che facilita le collaborazioni. Un pericolo concreto per l'Italia e un rischio che l'Europa (stante la penetrazione della mafia ovunque) non si può permettere. Se non a prezzo di una «dismissione dalla realtà» che causerebbe un pernicioso «*summus ius, summa iniuria*»²³⁸.

Dunque, il 31 ottobre del 2022 è stato presentato il decreto-legge n. 162 che è stato poi convertito con modificazioni dalla legge 30 dicembre 2022, n. 199 («*Conversione in legge, con modificazioni del decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162, recante misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia, [...]*»). Tra le novità introdotte dalla novella legislativa, un particolare cenno merita di essere fatto alla eliminazione dei delitti contro la pubblica amministrazione tra i reati ostativi, alla nuova possibilità per i soggetti non collaboranti di accedere ai benefici penitenziari – con la previsione di un onere probatorio «rinforzato» - alla facoltà riconosciuta al giudice di disporre prescrizioni relative alle modalità esecutive dei benefici e alcuni ulteriori adempimenti istruttori previsti d'ufficio per lo stesso²³⁹.

L'idea alla base della nuova conformazione della disciplina si può sintetizzare nel senso di ritenere lecita la presunzione che chi non collabora con la giustizia è ancora legato al contesto criminale originario ma – qui la novità sulla scorta della giurisprudenza di Strasburgo e quella di legittimità – non può essere preclusa al condannato in questione la possibilità di dimostrare la realtà del contrario. Così facendo, la presunzione da assoluta diventa relativa. Tuttavia, la realtà dei fatti dimostra come la previsione di un onere probatorio

²³⁸ G. CASELLI, *Quelle regole spezzano la forza dei clan. Farne a meno significa amarli di nuovo*. Il Fatto Quotidiano, 6 ottobre 2019.

²³⁹ Nota di chiarimento. Per la nuova formulazione dell'articolo 4-bis v. S. BERNARDI, *Tabella evoluzione normativa art. 4-bis*, su www.sistemapenale.it. Nella trattazione di cui sopra, si è preferito evitare di approfondire gli aspetti processuali della nuova disciplina in quanto il fulcro della argomentazione riguarda l'evoluzione sociopolitica di cui la disciplina dell'ergastolo ostativo è perfettamente riflesso.

così complesso – ai limiti della fattibilità – sia sintomatico di una concezione sociale ancora molto diffusa secondo cui chi non collabora non è totalmente recuperabile e reinseribile in un contesto di convivenza comune. Per essere più chiari, è ancora ampiamente diffuso il pensiero che la collaborazione sia grossomodo l'unica modalità di manifestazione dell'avvenuto distacco e dell'effettiva buona riuscita del percorso riabilitativo per il condannato al regime ostativo, ulteriormente corroborato dalla difficoltà di adempiere alle nuove previsioni introdotte. È opinione diffusa in dottrina che quella del Parlamento sia stata una soluzione fittizia, ovvero una soluzione che va a soddisfare soltanto sul piano formale i principi dell'ordinanza della Consulta, per evitare che l'ordinamento venisse del tutto epurato dell'istituto dell'ergastolo ostativo con la pronuncia di illegittimità costituzionale. D'altronde, già qualche anno fa il giurista Galliani aveva ben chiara la delicatezza della situazione laddove scriveva: «Non voglio discutere della collaborazione con la giustizia, dei suoi pregi, ma anche dei suoi difetti, quello che voglio fare è sottolineare il fatto che vi è qualcosa che non torna nel momento in cui ad una persona (un ergastolano) si attribuisce un premio (uscire dal carcere) solo se esaudisce una richiesta che la storia dimostra difficile da soddisfare»²⁴⁰.

2.5. *Il regime del carcere duro*

Ai fini della trattazione che si sta conducendo, conviene ora spostare l'analisi su uno degli istituti – forse il primo – più controversi dell'ordinamento italiano. Negli ultimi anni, infatti, il problema del sovraffollamento ha spesso messo in ombra le pene *estreme* del regime 41-*bis*²⁴¹ ord. penit. e del già trattato ergastolo ostativo²⁴². In questo paragrafo si procederà a illustrare le peculiarità del regime del c.d. *carcere duro* così da porre le basi per le analisi

²⁴⁰ D. GALLIANI, *Riflettere, insieme, sull'ergastolo ostativo*, op. cit., p. 13.

²⁴¹ F. CORLEONE, A. PUGIOTTO, *Volte e maschere della pena*, Ediesse, Roma, 2013.

²⁴² F. VIANELLO *Never say never: against the life sentence, in favor of an unsettled penalty*, in *Sicurezza e scienze sociali*, 2, 2015, pp. 79-95.

che seguiranno in materia di sovraffollamento e dubbi di legittimità, componenti determinanti della sempre più evidente crisi della istituzione penitenziaria.

Originariamente introdotto in via soltanto temporanea dalla Legge Gozzini²⁴³ - la quale ha così portato all'abolizione delle *carceri speciali* - l'art. 41-bis ord. penit. si limitava a prevedere una sospensione del trattamento penitenziario verso i detenuti coinvolti in casi di rivolta o in particolari situazioni di emergenza. Con la strage di Capaci e l'attentato di via d'Amelio a Palermo vengono stravolte le priorità della lotta alla criminalità organizzata. Il legislatore si è persuaso a introdurre un regime detentivo speciale volto a contrastare l'ormai incontrollata attitudine stragista del mondo criminale e, ancora più a fondo, la struttura fondante sui cui esso - soprattutto nelle sue articolazioni mafiose - si reggeva. Arriva così il decreto antimafia Martelli-Scotti, che modifica la disciplina del carcere duro estendendo la sua applicazione anche per motivi di sicurezza esterna ai i detenuti indagati o condannati per reati di criminalità organizzata. Il suddetto regime contribuisce a rafforzare la logica di quel doppio binario di cui si è detto al § 2.1. Prima di addentrarci nel merito della disciplina, è opportuno precisare la *ratio* alla base di tale introduzione. Nel corso degli anni ottanta e novante era ormai chiara l'idea che la semplice detenzione carceraria, anche laddove perpetua, non fosse sempre completamente idonea a interrompere quel vincolo associativo che lega il condannato alla propria associazione criminale. In tal senso, si era divenuti consapevoli che il detenuto, in alcuni casi, riusciva anche a mantenere il proprio ruolo di vertice e di direzione nel clan di appartenenza per il quale continuava, per giunta, a prestare la propria attività di servizio anche dall'interno del carcere. L'idea era, dunque, quella di creare un trattamento speciale per determinate categorie di reclusi. Inizialmente il regime del carcere duro doveva avere carattere soltanto

²⁴³ La Legge Gozzini riprende l'originario art. 90 della precedente riforma secondo cui che il Ministro di Grazia e Giustizia aveva la «*facoltà di sospendere le regole del trattamento e gli istituti previsti dalla legge nell'ordinamento penitenziario, in uno o più stabilimenti e per un periodo determinato, strettamente necessario, al ricorrere di gravi ed eccezionali motivi di ordine e sicurezza*».

temporale – di tre anni - ovvero una durata ritenuta sufficiente a contenere il fenomeno all’ora dilagante delle organizzazioni mafiose. Il 41-*bis* venne invece prorogato più volte negli anni fino a essere stabilizzato nel 2002 con la legge n. 279, la quale ne ha esteso l’applicazione anche ai condannati per terrorismo ed eversione e ha rimodulato la durata del relativo provvedimento applicativo ministeriale. Nasce in quegli anni una nuova categoria di detenuti, detti «*i quarantuno*» appunto.

In via generale, la disciplina di tale regime – dopo l’ulteriore intervento con la legge 15 luglio 2009, n. 94 – prevede la facoltà del Ministro della Giustizia di sospendere per determinate categorie di detenuti – di solito esponenti della criminalità organizzata e terroristica – l’applicazione delle normali regole di trattamento penitenziario per un tempo strettamente necessario a ripristinare l’ordine e la sicurezza e interrompere il perdurare dei collegamenti con le associazioni criminali di appartenenza. Il decreto ministeriale applicativo può sospendere il trattamento ordinario - in tutto o in parte - soltanto in relazione a esigenze correlate con la particolare pericolosità qualificata dei detenuti, che è appunto una pericolosità proiettata all’esterno e caratterizzata dalla possibilità di continuare a comunicare con i vertici dei clan che si trovano in stato di libertà²⁴⁴. La durata del provvedimento è fissata a quattro anni ed è prorogabile laddove risulti che la capacità del detenuto di mantenere collegamenti con le suddette organizzazioni non sia venuta meno – criterio oggettivo – e che la rilevanza del ruolo da esso ricoperto nella gerarchia associativa non sia effettivamente venuta meno – criterio soggettivo.

Si ritiene opportuno chiarire che lo scopo del regime del c.d. *carcere duro* non è assolutamente di tipo retributivo, in quanto esso è finalizzato a spezzare i legami tra il detenuto e gli affiliati liberi. È chiaro anche che per realizzare tale fine esso può essere trasformato in uno strumento di pressione sul destinatario per spingerlo a collaborare con la giustizia, creando – di fatto – un collegamento normativo con la normativa dell’ergastolo ostativo ove – come già abbondantemente analizzato – ruolo centrale assume proprio il fenomeno collaborativo con la giustizia del detenuto. Chi si trova detenuto al

²⁴⁴ R. DE VITO, *Dentro la prigione, un’introduzione*, In *Giurisprudenza Penale*, 2020.

41-*bis* è solo in cella, ha a disposizione solo due ore d'aria al giorno in gruppi di massimo quattro persone. Per quanto riguarda i rapporti con il mondo esterno, la situazione è ancora più drastica. I colloqui sono video registrati e controllati, si svolgono per un'ora massimo attraverso un divisorio di vetro – tranne che con i minori di 12 anni – e sono limitati a una volta al mese. Il provvedimento avente oggetto la sospensione del trattamento ordinario sdogana di fatto prassi applicative particolarmente severe, tanto da potersi definire come «*carcere duro*»²⁴⁵, appunto. Nel preambolo di una circolare del 2009 del DAP (Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria) – in cui vengono fornite le linee-guida che regolamentano il suddetto regime – il 41-*bis* viene descritto come «*una misura di prevenzione che ha come scopo quello di evitare [...] contatti e comunicazioni tra esponenti della criminalità organizzata, detenuti o internati, all'interno degli istituti di pena nonché contatti e comunicazioni tra gli esponenti detenuti delle varie organizzazioni e quelli ancora operanti all'esterno*»²⁴⁶.

Tuttavia, proprio come avvenuto per l'art. 4-*bis* ord. penit., l'istituto in analisi è stato oggetto di grandi perplessità in materia di compatibilità con le garanzie sancite dall'art. 27 cost e dalle Carte internazionali in tutela dei diritti dell'uomo. I giudici della Consulta ne hanno più volte sancito la conformità a costituzione - attraverso pronunce interpretative di rigetto – ponendo come condizione di legittimità che le esigenze di difesa sociale siano coniugate con la garanzia per il detenuto di non vedersi intaccati i diritti inerenti al rispetto della dignità e della integrità personale, nel rispetto dei principi di umanità della pena e della sua finalità rieducativa²⁴⁷. In maniera analoga, anche i giudici di Strasburgo hanno affrontato il tema della compatibilità convenzionale dell'istituto, riaffermando nel corso degli anni il principio secondo cui il regime differenziato deve ritenersi tendenzialmente compatibile con la Convenzione – un'eccezione è costituita dal caso

²⁴⁵ A. MARGARA, *Carcere duro, per sempre. Il Senato vara il nuovo 41bis: rende ordinario uno strumento d'emergenza*, in *Fuoriluogo*, 25 ottobre 2002.

²⁴⁶ Circolare n. 3676/6129, del 21 aprile 2009

²⁴⁷ P. BALDUCCI, A MACRILLÒ, *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, op. cit., p. 767. Cfr. sentenza n. 351 del 1996, Corte costituzionale.

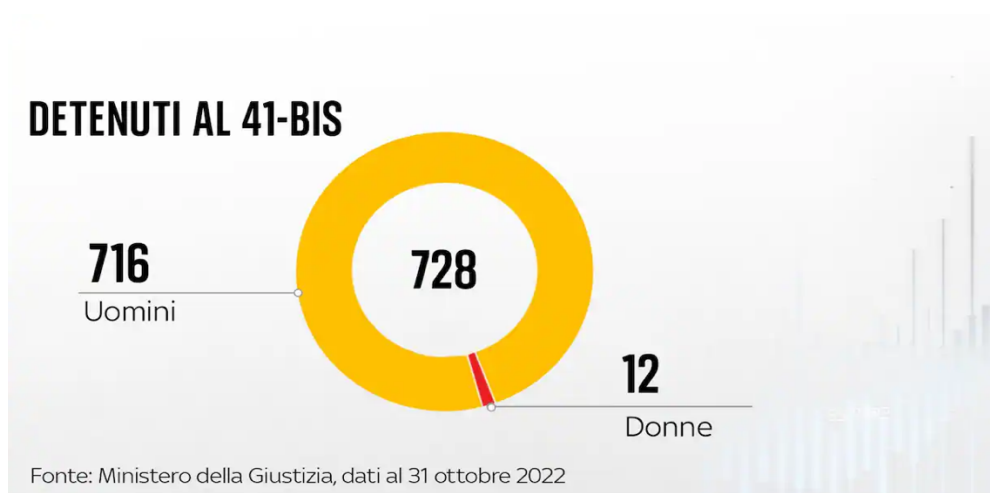
Provenzano di cui si dirà a breve - con la chiara necessità di verificare in concreto l'eventuale violazione dell'art. 3 CEDU²⁴⁸. In tal senso conviene precisare che le componenti in cui si sostanzia il regime delineato all'art. 41-*bis* non devono essere intese come una risposta sanzionatoria di maggior rigore per soggetti autori di efferati delitti, ma – si noti - come procedure che concorrono, seppure più da *lontano*, a quel processo di recupero del soggetto che presuppone - in primis - l'effettivo distacco dal mondo criminale da cui deriva la sua indole delinquenziale. In altre parole, il carcere duro – al netto dell'espressione fuorviante spesso fraintesa – prevede un regime detentivo tale per cui vengono sospese, in via provvisoria, quelle uniche regole penitenziarie che pare consentano a esponenti di spicco della criminalità organizzata di continuare a ricoprire tale ruolo di vertice, anche e nonostante la permanenza in carcere. Ogni altra interpretazione teleologia dell'istituto anzidetto non coglie la razionalità alla base della sua esistenza e perdurante applicazione. Nel 2002, il magistrato Margara non manifestava una particolare simpatia per la scelta di stabilizzare tale regime e - con una riflessione che appare fruibile anche per la trattazione qui condotta – utilizzava queste parole: «il carcere, come persuasore della collaborazione, non mi pare cosa di cui vantarsi. Penso che il carcere dovrebbe essere neutrale rispetto alle scelte processuali di chi è affidato alla sua custodia». In effetti, che il regime del carcere duro non doveva essere inteso come strumento induttivo della sola collaborazione lo avevano capito – presto - anche quegli stessi soggetti della criminalità organizzata che il 41-*bis* era finalizzato a ostracizzare. Il 12 luglio del 2002, durante un processo di corte d'assise, Leoluca Bagarella – esponente massimo dei corleonesi – pronuncia parole di fuoco. «A nome di tutti i detenuti in atto ristretti presso questa casa circondariale dell'Aquila e sottoposti al regime speciale del 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario, dico: siamo stanchi di essere strumentalizzati, umiliati, vessati e usati come merce di scambio dalle varie

²⁴⁸ V. Corte Edu, Paolello/Italia, n. 37648/02, 1° settembre 2015. Cfr. V. Manca, *La Corte EDU conferma la compatibilità del 41-bis Ord. Pen., ma il «carcere duro» è davvero conforme ai diritti umani?* in *Giurisprudenza penale* (Rivista web), 2016, pag. 9 ss.

*forze politiche»²⁴⁹. Seguirono sempre più frequenti episodi di protesta aventi come fine la supposta «umanizzazione» della condizione detentiva. La Corte di Los Angeles, nel rifiutare l'extradizione di uno dei membri del clan Gambino – tra le mafie più potenti della grande mela – arriva a utilizzare il termine *tortura*²⁵⁰ per definire la situazione di chi versava nella detenzione ex 41-bis.*

«L'orizzonte garantista che legittima il diritto penale si rivela sempre soggetto a deroghe che rispondono a necessità contingenti di natura emergenziale; deroghe eccezionali che irrompono nel processo penale ostentando l'urgenza di garantire altri obiettivi, più elevati»²⁵¹. Il caso tipico è rappresentato dalla situazione in cui, per proteggere la società dai nemici in situazioni di rischio esistenziale, il sovrano è chiamato a servirsi della legge del campo di battaglia piuttosto che delle norme giuridiche²⁵².

Appare interessante per il proseguo dell'analisi condotta riportare - di seguito - un grafico in cui è rappresentato il numero di detenuti al 41-bis, aggiornato al 31 dicembre 2022.



dati aggiornati al 31 dicembre 2022²⁵³.

²⁴⁹ V. trascrizioni udienza del 12 luglio 2002, Corte di Assise di Trapani. Cfr. F. SARZANINI, *Bagarella, segnale all'ala dura della mafia*, in *Corriere della Sera*, 14 luglio 2002.

²⁵⁰ V. A. ZAMPAGLIONE, *Usa, negata l'extradizione al boss*, in *La Repubblica*, 16 ottobre 2017.

²⁵¹ Agamben Giorgio, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.

²⁵² C. Schmitt, *Il concetto del politico*, in *Le categorie del "politico"*, Il Mulino, Bologna, 1972.

²⁵³ SKYTG24, *41-Bis quanti sono i detenuti*, 2 febbraio 2023. In www.tg25.sky.it

TIPOLOGIA	Anno 2022
Detenuti a cui è stato rinnovato il 41bis	84
Detenuti a cui è stata emessa una nuova applicazione del 41bis	16
Detenuti scarcerati dal 41bis	26
Detenuti deceduti in 41bis	5

dati aggiornati al 31 dicembre 2022²⁵⁴.

Sempre in base alle ultime analisi, i detenuti in regime carcerario 41-*bis* rappresentano l'1,3% del totale dei carcerati italiani. Si tratta di un dato interessante per il proseguo della nostra analisi, volta ad analizzare tutte le sfumature in cui si sostanzia la situazione difficoltosa dell'architettura giuridico-penitenziaria del sistema italiano attuale.

2.5.1. Il caso Provenzano e la recente questione Cospito

Tra le maggiori problematiche legate ai contenuti dell'art. 41-*bis* vi è il tema della compatibilità con i principi costituzionali e convenzionali, rispettivamente con gli articoli 27 cost. e 3 CEDU. Come detto nel precedente paragrafo, in via generale ne è stata sempre riconosciuta la conformità. La corte di Strasburgo, in particolare, legittimava il fondamento di tale conclusione nel carattere relativo dell'isolamento dei detenuti e nelle esigenze di sicurezza della società rispetto alla sempre più dilagante e pericolosa dimensione della criminalità organizzata. L'idea è quella di considerare rispettato il principio di proporzionalità sotteso alla misura in virtù della necessità di tutelare la sicurezza pubblica e l'integrità dello Stato. Tuttavia, il momento caratterizzante delle suddette argomentazioni sta nella *riserva* che la Corte EDU lascia aperta rispetto al momento applicativo. Per essere più chiari, i giudici di Strasburgo precisano che sebbene la formulazione teorica non sia di per sé lesiva dei principi della convenzione, è nella applicazione pratica del regime duro che possono verificarsi violazioni dei diritti convenzionali sicché, dunque, è necessario che l'autorità nazionale

²⁵⁴ ZETALUISS, *I dati del carcere duro*, 3 febbraio 2023. In www.zetaluiss.it.

competente rivolga la propria attenzione proprio a tale fase per evitare che le misure adottate risultino nel concreto eccessivamente vessatorie per il singolo detenuto. In ossequio alla individualizzazione del trattamento penitenziario, si richiede che venga condotta una valutazione «caso per caso» del condannato destinatario della sopracitata disciplina condannando qualsiasi tendenza volta ad automatizzarne l'applicazione.

A tal proposito, si ritiene interessante affrontare un caso che ha suscitato plurimi commenti in dottrina e che ha - di fatto - spaccato l'opinione pubblica. Nel 2018, l'Italia è stata condannata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo²⁵⁵ per violazione dell'art. 3 CEDU in conseguenza del provvedimento di proroga del regime di cui al 41-*bis* nei confronti di Bernardo Provenzano - boss corleonese vertice dell'organizzazione criminale *Cosa Nostra* - emesso pochi mesi prima della sua morte. La decisione di far perdurare un simile stato detentivo è stata ritenuta incompatibile con il quadro clinico del detenuto, in quanto si trattava di un ultraottuagenario con diagnosticata depressione. Secondo i giudici, il trattamento in concreto in cui si sostanzava detto regime - in aggiunta alla situazione fisica e psichica in cui versava - esulava la soglia della normale tollerabilità cagionando una sofferenza ulteriore non tollerabile e si configurava, dunque, come un trattamento inumano e degradante in violazione dell'art. 3 CEDU. Importante ricordare che tale articolo è fautore di un divieto assoluto cui non è consentita alcuna deroga essendo volto a soddisfare l'esigenza di protezione del principio della dignità umana²⁵⁶. È chiaro, infatti, che una maggiore tutela deve essere serbata nei confronti delle persone private della propria libertà personale rispetto ai pericoli specifici a cui sono tipicamente esposte a causa della loro condizione fisica, sociale e legale²⁵⁷. In particolare, diverse pronunce della Corte hanno riguardato la tematica della proroga della

²⁵⁵ Sentenza *Provenzano c. Italia* del 2018, Corte europea dei diritti dell'uomo.

²⁵⁶ P. PUSTORINO, *Art. 3, Proibizione delle Tortura in Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo* a cura di S. Bartole, P. De Sena e V. Zagrebelsky, Padova 2012, 65.

²⁵⁷ S. TRECHSEL, *Human Rights of Persons Deprived of their Liberty, in Council of Europe, Rights of Persons Deprived of Their Liberty: Proceedings of the 7th International Colloquy on the European Convention on Human Rights*, Kehl am Rhein 1994, 30.

disciplina del carcere duro nei casi di soggetti anziani versanti in condizioni di salute delicate. A tal proposito, è stato rilevato come «le condizioni di detenzione di una persona malata devono garantire la tutela della sua salute, tenuto conto delle ordinarie e ragionevoli contingenze della carcerazione [...]. Se non è possibile dedurre un obbligo generale di rimettere in libertà o di trasferire in un ospedale civile un detenuto, anche se questi soffre di una malattia particolarmente difficile da curare, l'articolo 3 della Convenzione impone comunque allo Stato di proteggere l'integrità fisica delle persone private della libertà»²⁵⁸.

Si noti che, nel ricorso presentato dal figlio del capomafia veniva lamentata una lesione dell'art. 3 CEDU sia in relazione alle condizioni di detenzione, che non avrebbero consentito un adeguato trattamento sanitario come richiesto – invece – dalla situazione, sia rispetto alla proroga del regime di cui all'art. 41-*bis*, nonostante il quadro clinico in cui versava il soggetto.

A proposito della prima ipotesi, i giudici di Strasburgo non hanno ritenuto sussistente alcuna incompatibilità – anche considerando l'età avanzata e le gravi condizioni di salute del detenuto – tra le modalità di detenzione di cui si è detto e la Convenzione, precisando – invece – che le esigenze connesse allo stato di salute fossero state adeguatamente soddisfatte e preservate.

Ad ogni modo, più peculiare è stato quanto giudicato dalla Corte riguardo all'applicazione del regime differenziato. Come già detto, la giurisprudenza EDU ha affermato con costanza nel tempo la compatibilità del regime speciale rispetto alla Convenzione fin dalla sua introduzione nell'ordinamento italiano. In tal senso, la sentenza del caso *Natoli*²⁵⁹ sintetizza perfettamente quanto rilevato dai giudici, scorgendo nel carattere proporzionato delle – pur severe – misure il dato legittimante rispetto alla gravità del reato e alle esigenze di tutela della collettività. Tornando al caso in analisi, la Corte si è pronunciata nel senso di una non violazione della Convenzione rispetto al *primo* provvedimento di rinnovo – quello del 2014 – del regime differenziato nei confronti di Bernardo Provenzano. La condanna,

²⁵⁸ Sentenza *Enea c. Italia* del 2009, Corte europea dei diritti dell'uomo.

²⁵⁹ Sentenza *Natoli c. Italia* del 2001, Corte europea dei diritti dell'uomo.

invece, è arrivata per l'atto di proroga disposto due anni dopo e sono le motivazioni di tale condanna ad avere una peculiarità non indifferente. La Corte, infatti, sancisce la violazione dell'art. 3 relativamente ad una carenza di motivazione del decreto, dal quale non si evince che sia stata effettuata una effettiva rivalutazione dello stato di salute del ricorrente tenendo in debito conto il suo declino cognitivo²⁶⁰. In altre parole, il decreto di proroga non considerava il deterioramento cognitivo di Provenzano e non presentava «alcuna traccia visibile di una esplicita e autonoma valutazione da parte del Ministro della giustizia della situazione cognitiva del ricorrente al momento in cui è stata presa la decisione»²⁶¹.

L'argomentazione è rilevante perché dalla motivazione appena menzionata pare legittimo concludere che, dunque, si sarebbe potuta escludere la violazione - come nel 2014 - laddove fosse stato considerato il quadro clinico del condannato e fosse stata riconosciuta l'impossibilità di escludere con *assoluta certezza* la capacità di Provenzano di mantenere rapporti con la propria associazione criminale. Al di là del dato processuale in sé considerato, la sentenza in analisi rileva perché -nonostante la condanna – essa non si pone effettivamente in discontinuità con quel filone della giurisprudenza di Strasburgo che aveva più volte riconosciuto – sul piano formale – la compatibilità convenzionale del regime differenziato, lasciando spazio a ipotesi di violazioni solo nell'ambito dell'applicazione concreta delle misure. «Il regime speciale, lungi dall'essere scalfito, è considerato una misura proporzionata tra la persistenza di un pericolo di collegamento con la criminalità organizzata e la tutela dei diritti individuali. Le maggiori restrizioni applicate ai detenuti sottoposti al 41- *bis* non sono ritenute astrattamente idonee ad arrecare un grado di sofferenza superiore a quello connotato al normale trattamento penitenziario tale da configurare una violazione dell'articolo 3 della Convenzione»²⁶². Come rilevato dall'ex

²⁶⁰ G. COLAVECCHIO, *Riflessioni sul 41-bis a margine della sentenza Provenzano c. Italia*, 2019, p. 15.

²⁶¹ Sentenza Provenzano c. Italia del 2018, Corte europea dei diritti dell'uomo, par. 156.

²⁶² G. COLAVECCHIO, *Riflessioni sul 41-bis a margine della sentenza Provenzano c. Italia*, 2019, p. 13.

ministro Severino durante un'audizione in commissione Antimafia nel 2012, «il regime speciale previsto dall'articolo 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario è una misura efficace i cui risultati confermano la necessità che questa norma mantenga l'attuale conformazione»²⁶³.

Un altro importante caso di riflessione sull'applicazione del c.d. *carcere duro* è quello tornato recentemente all'attenzione mediatica, relativo al leader degli anarchici Alfredo Cospito, a cui è stato applicato a maggio dello scorso anno il regime di cui all'art. 41-*bis*. Il momento chiave deve essere intravisto nella modifica - avvenuta due mesi più tardi ovvero nel luglio del 2022 - del capo di imputazione²⁶⁴ nel più grave delitto di strage volta «*ad attentare alla sicurezza dello Stato*» (art. 285 c.p.), per il quale è previsto l'applicazione dell'ergastolo ostativo. Per tale ragione, Cospito - in segno di protesta contro la sua sottoposizione a tale istituto e soprattutto a quello del 41-*bis* - ha intrapreso da ottobre 2022 uno sciopero della fame drastico, interrotto solo nell'aprile del 2023 dopo quasi sei mesi di digiuno, ovvero il giorno dopo la decisione della Corte costituzionale relativa al suo caso. In particolare, la Consulta non ha toccato il tema della sottoposizione al regime differenziato ma ha dichiarato illegittima la norma²⁶⁵ del Codice penale che impediva di applicare al leader anarchico uno sconto di pena. Si noti, inoltre, che in quegli stessi giorni è stato presentato anche un ricorso alla Corte di Strasburgo in cui viene lamentata la lesione di plurimi diritti del detenuto - soprattutto il diritto a non essere sottoposto a maltrattamenti - in quanto «il regime differenziato applicato a Cospito è disumano per il suo carattere afflittivo, la sua

²⁶³ P. SEVERINO, *Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali, anche straniere*, 2012. Disponibile su www.camera.it.

²⁶⁴ Cospito era in carcere già da 10 anni per aver ferito permanentemente alle gambe l'amministratore delegato Ansaldo nucleare. Successivamente è stato condannato per l'attentato alla scuola degli allievi dei carabinieri di Fossano del 2006, dove vennero fatte esplodere due bombe senza causare morti o feriti. In tale situazione, la Corte di Cassazione ha accolto la richiesta della procura generale di riqualificare il reato da strage comune a strage politica e rinviando il processo alla Corte d'Appello di Torino per la ri-quantificazione della pena.

²⁶⁵ Oggetto della decisione della Corte costituzionale è l'art. 69 del c. p. il quale impedisce sconti di pena nei casi di recidiva aggravata per i reati per i quali è previsto l'ergastolo. In particolare, la Consulta dichiara illegittima la norma «*nella parte in cui vieta al giudice di considerare eventuali circostanze attenuanti come prevalenti sulla circostanza aggravante della recidiva di cui all'art. 99 co. 4 c.p. nei casi in cui il reato è punito con la pena edittale dell'ergastolo*».

illegittimità e sproporzione», secondo quanto rilevato dalla difesa dell'anarchico. Si tratta, dunque, di un'ulteriore occasione per ragionare relativamente alla compatibilità delle modalità in cui si sostanzia la fattispecie di cui al 41-*bis* ord. penit. rispetto a un soggetto che versa in una situazione di seria infermità in seguito al prolungato e perdurante sciopero della fame. In una recente intervista, il magistrato Ardita ha commentato la situazione con queste parole: «lo sciopero della fame è una condizione autoimposta che può nuocere alla salute, ma questo non toglie che a Cospito si debba dare tutta l'assistenza prevista ove sia necessario. Nel caso che abbiamo davanti non c'è alcuna questione che riguardi la salute causalmente collegata alla concreta applicazione del regime. Il 41-bis non prevede alcuna minore assistenza sanitaria, rispetto al regime ordinario di detenzione. In ogni caso se le condizioni di salute dovessero peggiorare a causa dello sciopero della fame, saranno garantite tutte le misure sanitarie previste per ogni detenuto»²⁶⁶. Attualmente la Corte EDU ha solamente registrato il ricorso. Si tratta di un *iter* del tutto agli albori la cui evoluzione progredirà nel corso dei prossimi mesi. Perciò, in attesa di capire come si svilupperà la vicenda, è opportuno concludere tale paragrafo sottolineando – nuovamente – il monito dei giudici di Strasburgo.

Seppure sia stata da costoro respinta qualunque contrarietà tra il carcere duro così come formalmente codificato e il dettato convenzionale – soprattutto l'art. 3 CEDU – non è, invece, possibile escludere con eguale certezza che possano verificarsi lesioni di diritti fondamentali nel corso dell'applicazione in concreto dello stesso. D'altronde, già intorno al 1994 anche la Corte costituzionale ne aveva individuato con due pronunce i limiti esterni – ovvero che non potesse consistere in provvedimenti o misure che incidano sulla *qualità o quantità della pena o sul grado di libertà personale del detenuto*²⁶⁷ – ed i limiti interni – ovvero che *non possano disporsi misure che per il loro contenuto non siano riconducibili alla concreta esigenza di tutelare l'ordine*

²⁶⁶ S. ARDITA, *Intervista, Il 41 bis è stato utile e lo è ancora, perché la mafia non è un fenomeno transitorio*. M. C. TRINGALI (a cura di), MicroMega, 8 febbraio 2023. Disponibile su www.micromega.it.

²⁶⁷ V. sentenza n. 349 del 1992, Corte costituzionale.

e la sicurezza, o siano palesemente inidonee o incongrue rispetto alle esigenze di ordine e di sicurezza che motivano il provvedimento²⁶⁸.

Il 41-bis resta un istituto necessario e importante per il nostro ordinamento ma resta comunque e soprattutto la necessità di non farsi mai prendere troppo dall'idea deviata che il suddetto regime differenziato possa divenire il paradigma carcerario del XXI secolo.

2.6. *Il diritto alla speranza*

Tra le maggiori problematiche legate alla conformazione dell'ergastolo ostativo - nonostante i ripetuti interventi dei giudici di Strasburgo e della Consulta - vi è quella relativa alla necessità di riconoscere al detenuto ergastolano ostativo un vero e proprio *diritto alla speranza*. Si è già detto nel paragrafo § 2.4. che un significativo passo in avanti è stato fatto con la trasformazione della presunzione di pericolosità sociale - del condannato per i reati di cui all'art. 4-bis - da *assoluta* a *relativa*. Tuttavia, questa evoluzione è apparsa in dottrina come una machiavellica formulazione giurisprudenziale²⁶⁹ laddove la *probatio diabolica*²⁷⁰ richiesta - relativa al pericolo di ripristino dei collegamenti con il mondo criminale - ne annulla di fatto ogni effettività. Il tema rimane sempre lo stesso: nessuna pena può restare indifferente allo sviluppo rieducativo del soggetto che vi è sottoposto. Nel 2013 - nell'ambito del caso *Vinter e altri c. Regno Unito* - la giudice Power Forde parlava per la prima volta di un diritto alla speranza - letteralmente *right to hope*²⁷¹ - e ne identificava il fondamento proprio nell'art.

²⁶⁸ V. sentenza n. 357 del 1994, Corte costituzionale.

²⁶⁹ A. PUGIOTTO, *Dopo la sentenza (di accoglimento) che verrà*, in *Il fine della pena. Sull'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*. Atti del seminario, Ferrara, 25 febbraio 2020, Forum di Quaderni Costituzionale, Rassegna, 4, pp. 213-219,

²⁷⁰ S. BERNARDI, *Sull'incompatibilità con la Costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia: in margine a Corte cos. Sentenza del 23 ottobre 2019 n. 253*, Osservatorio dell'associazione italiana dei costituzionalisti, 2020.

²⁷¹ Questa la *concurring opinion* della giudice Ann Power-Forde: «Article 3 encompasses what might be described as the right to hope [...] Those who commit the most abhorrent and egregious of acts and who inflict untold sufferings upon others nevertheless retain their

3 della Convenzione. La *concurring opinion* del giudice si basava sul fatto che persino gli autori dei reati più gravi mantengono una propria umanità e, dunque, un'attitudine al cambiamento in ottica rieducativa. Persino i criminali più efferati devono, quindi, vedersi riconosciuto il diritto a sperare che un giorno potranno accedere di nuovo alla libertà. La negazione di tale speranza comporterebbe una degradazione del soggetto non ammissibile in un panorama detentivo improntato al rispetto della dignità umana. Il merito della giudice Forde sta nell'aver esteso – per la prima volta – la sfera protettiva dell'art. 3 CEDU fino anche al suddetto diritto alla speranza. In altre parole, un soggetto detenuto a cui viene negato il diritto a sperare di poter riacquisire un giorno la propria libertà è vittima di un trattamento lesivo della sfera della propria dignità personale. In questa ottica, persino la pena perpetua in sé considerata non confligge con il principio di cui sopra, purché – come chiarito dai giudici di Strasburgo – essa sia riducibile *de iure e de facto*.

A partire dalla sentenza *Vinter*, inizia a essere riconosciuto al reo un diritto a sapere fin dal primo momento dell'esecuzione quali siano i comportamenti che gli vengono richiesti per ottenere – un domani – l'accesso alla liberazione condizionale e – più in generale – ai benefici penitenziari. Sulla stessa linea si era posta anche la giurisprudenza italiana con la sentenza – di cui si è già argomentato – n. 264 del 1974.

Speranza, dunque. Il filosofo Bloch scriveva in proposito che «l'affetto dello sperare si espande, allarga gli uomini invece di restringerli, non si sazia mai di sapere che cosa internamente li fa tendere a uno scopo e che cosa all'esterno può essere loro alleato. Il lavoro di questo affetto vuole uomini che si gettino attivamente nel nuovo che si va formando a cui essi stessi appartengono»²⁷². Ancora, riconoscere un diritto alla speranza vuol dire semplicemente prendere atto che, dietro a qualsiasi perpetuità e a qualsiasi automatismo esiste una persona che - per la Costituzione - non è mai persa

fundamental humanity and carry within themselves the capacity to change. Long and deserved though their prison sentences may be, they retain the right to hope that, someday, they may have atoned for the wrongs which they have committed. They ought not to be deprived entirely of such hope. To deny them the experience of hope would be to deny a fundamental aspect of their humanity and to do that would be degrading».

²⁷² E. BLOCH, *Il Principio Speranza*, Premessa, Grazianti, Milano, 2° ed, 2005.

per sempre²⁷³. Per tale ragione, un ulteriore corollario del suddetto diritto deve esser intravisto nella finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27 cost. Si è già detto che la sanzione penale deve tendere – tra le altre – alla rieducazione del reo in ottica risocializzativa e, dunque, deve essere eseguita con modalità tali da alimentare nello stesso la speranza del suo riscatto. In particolare, il c.d. *right to hope* è coerente con il principio di individualizzazione del trattamento (ex art. 1 ord. penit.) laddove viene richiesto che esso tenga conto dei bisogni specifici della personalità di ogni detenuto al fine di incoraggiare quegli aspetti del comportamento sociopsicologico utili al reinserimento in società. È bene chiarire che, affinché si possa propriamente parlare di un diritto alla speranza riconosciuto e garantito, è necessario sviluppare - nel panorama ordinamentale - alcuni istituti che specifichino al verificarsi di quali condizioni un determinato detenuto potrà fare ritorno in libertà. Di contro, affidare tale esito alla concessione di un atto di natura politica quale è la grazia, preclude ai condannati la possibilità di vantare e disporre fin dall'inizio della speranza di poter riacquisire la propria libertà personale, fin dal primo momento della detenzione, inficiando la funzione rieducativa della pena e, soprattutto, il bene superiore rappresentato dalla dignità umana. Già nel 1975, Aldo Moro si domandava se «in termini di crudeltà, non sia più crudele una pena che conserva in vita privando questa vita di tanta parte del suo contenuto, che non una pena che tronca, sia pure crudelmente, disumanamente, la vita del soggetto e lo libera, perlomeno, di quella mancanza di vita, di quella sofferenza quotidiana, di quella mancanza di rassegnazione [...]»²⁷⁴.

Fatte queste premesse, dunque, le maggiori problematiche riguardano la disciplina del c.d. ergastolo ostativo così come risultante dalla lettura combinata degli artt. 4-*bis* e 58-*ter* ord. penit. Come rilevato dalla vice del

²⁷³ D. GALLIANI, *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, a cura di E. DOLCINI, E. FASSONE, D. GALLIANI, P. PINTO DE ALBUQUERQUE, A. PUGIOTTO, Giappichelli Editore, luglio 2019.

²⁷⁴ A. MORO, *La funzione della pena*, lezione del 13 gennaio 1976 nella Facoltà di Scienze politiche dell'Università degli Studi di Roma, in *Contro l'ergastolo. Il carcere a vita, la rieducazione e la dignità della persona*, a cura di Anastasia S., Corleone F., Ediesse, Roma, 2009, *cit.*, pp. 137-138.

Garante nazionale delle persone private della libertà «i numeri dicono che nel nostro Paese l'ergastolo è essenzialmente ostativo: una pena diversa, quasi di specie diversa, rispetto a quelle previste dal Codice penale, perché non definitiva bensì sostanziata dal tempo»²⁷⁵. Tuttavia, il problema oltre che numerico è anche e soprattutto ideologico. L'utilizzo di strumenti quali il fine pena mai o il regime di cui al 41-bis sembrerebbe rispondere a quel concetto di diritto penale teorizzato dal giurista Jakobs laddove parla di un *diritto penale del nemico*²⁷⁶. Con tale ricostruzione, il filosofo tedesco si discosta dall'idea di *nemico* precedentemente sviluppata da Hobbes e Schmitt. In particolare, Jacobs definisce con tale lemma un soggetto ormai irrecuperabile rispetto alla capacità di osservare e rispettare la vigenza di una norma. Un soggetto, dunque, che deve essere soltanto neutralizzato in quanto ormai rappresenta – di qui l'utilizzo di un termine così forte quale è la parola *nemico* – un pericolo fisico per i suoi concittadini e soprattutto un pericolo morale per la stabilità ed effettività dell'ordinamento giuridico.

Nei suoi confronti «si deve procedere prima del fatto delittuoso o in aggiunta rispetto alla pena approntando un apparato di sicurezza»²⁷⁷. Laddove, infatti, viene esclusa ogni possibilità di *stabilizzazione cognitiva* del reo rispetto alla norma, il giurista tedesco ritiene opportuno che sia disposto un distinto regime penale cui sottoporlo, in modo tale da contenere quella pericolosità sociale che lo ha reso – di fatto - un nemico per la società.

La domanda che sintetizza la riflessione oggetto di questo paragrafo, dunque, è: l'ergastolano ostativo o il ristretto al 41-bis sono titolari di un effettivo diritto alla speranza? Si è già detto come – seppure in maniera travagliata – tali istituti siano sempre stati riconosciuti - sul piano formale - conformi a Costituzione. In senso contrario appare interessante sottolineare il termine utilizzato nella sentenza Viola a proposito della pena perpetua ostativa,

²⁷⁵ M. PALMA, E. ROSSI, *Relazione al Parlamento* sull'attività svolta dal garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, 2022. Disponibile su www.senato.it.

²⁷⁶ G. JAKOBS, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)*, in A. ESER- W. HASSEMER – B. BURKHARDT (a cura di), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, Monaco, 2000, p. 51 ss.

²⁷⁷ G. JAKOBS, in A. GAMBERINI, R. Orlandi, a cura di, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi, Bologna, 2007, p. 120.

laddove essa veniva definita letteralmente come una *life sentence without hope*. Seppure, infatti, la presunzione di pericolosità sociale alla base di detto istituto sia stata trasformata da assoluta a relativa, la previsione di un onere probatorio ritenuto dalla dottrina eccessivamente rigido sembrerebbe vanificare gli sforzi tesi a dare attuazione a quel diritto alla speranza che - seppur formalizzato soltanto nel 2013 - trova fondamento tanto nella Convenzione EDU quanto nella Carta costituzionale - rispettivamente agli artt. 3 e 27 (co.3). Non è sbagliato ritenere, infatti, che sia necessaria una relativizzazione concreta dell'ostatività dell'ergastolo così da liberare lo specifico condannato «dal ruolo kafkiano di quello che attende davanti a una porta della quale nessuno ha la chiave»²⁷⁸ rendendolo effettivamente titolare del «diritto a cerchiare una data sul calendario, a indicare il giorno in cui potrà almeno chiedere allo Stato di valutare il suo percorso rieducativo, necessario per ambire a una possibile libertà»²⁷⁹. In tal senso, diritto alla speranza come garanzia della dignità umana e, soprattutto, come spinta motrice per incentivare il percorso rieducativo del detenuto. Di ogni detenuto, appunto. Come rilevava Papa Francesco - nel 2019 - durante un discorso alla polizia penitenziaria, al personale dell'amministrazione penitenziaria e della giustizia minorile «*se si chiude in cella la speranza, non c'è futuro per la società. Mai privare del diritto di ricominciare. Voi, col vostro lavoro e col vostro servizio siete testimoni di questo diritto: diritto alla speranza, diritto di ricominciare*»²⁸⁰. Il tema della responsabilità collettiva - oltre che quella individuale - assume grande importanza per la discussione in corso. Il diritto alla speranza, infatti, ha una dimensione dinamica che non può e non deve essere neutralizzata da presunzioni assolute o automatismi giuridici. Dignità e speranza non si esauriscono l'una nell'altra. La seconda, in particolare, è il ponte che collega il detenuto alla società o - per dirla meglio - è la chance di cambiamento per il detenuto. Così, quasi in una sorta di *ringkomposition*, il

²⁷⁸ E. FASSONE, *Fine pena: ora, cit.*, p. 132, Sellerio, Palermo, 2015

²⁷⁹ A. PUGIOTTO, *Come e perché eccipire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo, cit.*, p. 109, in *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019.

²⁸⁰ FRANCESCO, *Udienza al personale carcerario. Il papa: «Mai privare del diritto alla speranza»*, Piazza San Pietro, 14 settembre 2019. Disponibile su www.avvenire.it.

detenuto è implicitamente indotto a intraprendere quel percorso rieducativo con successo per assolvere al proprio desiderio – ovvero speranza – di cambiare la propria condizione. La permanenza carceraria assume una dimensione dinamica, di progresso e sviluppo. Non è errato ritenere che il diritto alla speranza «è come se compendiasse in sé tutti quelli che sono i tratti costituzionalmente necessari dell'esecuzione penale: la risocializzazione, la progressività trattamentale, la flessibilità delle pene, il vaglio del giudice e il divieto di automatismi e presunzioni assoluti. Esso ha la stessa matrice di fondamento del senso di umanità, e poi allarga la sua influenza, rivestendo di sé ogni ambito del diritto penale costituzionale»²⁸¹.

In coerenza con la natura sociale degli uomini – tipizzata all'art. 27 co. 3 cost. – tale fattispecie tende alla rieducazione coinvolgendo attivamente il soggetto e responsabilizzandolo sotto il punto di vista dei risultati da conseguire. Riecheggia il brocardo latino *homo faber quisque fortunae suae*²⁸². Quando viene riconosciuto al detenuto – di qualsiasi tipo – un vero e proprio diritto alla speranza, infatti, lo si mette nella condizione di controllare il proprio destino e indirizzare in maniera teleologica ogni propria scelta comportamentale. Torna alla mente la lezione del filosofo Hans-Georg Gadamer: *chi vuole comprendere una parola deve essere pronto a lasciarsi dire qualcosa da essa*²⁸³.

2.7. Riflessioni finali

«Ogni posto deve avere una prigione. Se sei già all'ospedale e ti senti male, cosa fanno? Ti mettono in terapia intensiva, che è l'ospedale dell'ospedale. Se sei in prigione e vogliono punirti è uguale: deve esserci qualcosa. Dev'esserci sempre qualcosa da togliere, altrimenti tutto si ferma»²⁸⁴.

²⁸¹ F. PALAZZO, *Prefazione*, in E. DOLCINI, F. FIORENTIN, D. GALLIANI, R. MAGI, A PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza davanti alle Corti, Ergastolo ostativo e articolo 41-bis*. 2020.

²⁸² SALLUSTIO, *Epistulae ad Caesarem senem de re publica*, P. CUGUSI (a cura di), 1968.

²⁸³ H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, 1960, p. 340.

²⁸⁴ M. TORCHIO, *Cattivi*, Einaudi, 2015, p. 11.

Possono essere usate queste parole – pronunciate da Maurizio Torchio – per riassumere la logica alla base dell’attuale ed effettiva impostazione del sistema penitenziario italiano. Da una parte, infatti, il diritto alla speranza – seppur sempre più frequentemente riaffermato sulla carta – fatica tutt’ora, nonostante gli interventi di riforma, a prendere piede specie nell’ambito di un ordinamento che continua a prevedere istituti quali quello dell’ergastolo ostativo e del regime di cui al 41-*bis*. D’altro canto, tuttavia, la suddetta crisi ideologica – oltre che pratica – non può essere risolta con la condanna di tali fattispecie, in quanto si tratta, come già detto, di meccanismi di tutela della società che – quantomeno sul piano della formulazione teorica – non confliggono con i principi costituzionali sottesi alla sanzione penale. Ancora più importante, si tratta di istituti necessari a garantire la convivenza sociale pacifica e la sicurezza pubblica – tanto per il detenuto che per i concittadini in libertà. Entrambi, infatti, rispondono alla logica del doppio binario – cui si è fatto accenno nel paragrafo § 2.1. – e sono volti a colpire il nocciolo essenziale delle organizzazioni criminali ovvero il vincolo associativo nella sua dimensione totalizzante. In attesa di vedere i risvolti della nuova riforma dell’ergastolo ostativo, ciò che preme sottolineare è la necessità di dare perduranza agli istituti sopracitati. Interventi modificativi potranno riguardare l’adeguamento della realtà pratica delle carceri rispetto ai finalismi costituzionali, senza mai però prospettarsi una loro completa eradicazione dall’assetto ordinamentale.

Con la recente riforma del Governo Meloni e la vicenda Cospito, l’ergastolo ostativo e il regime carcerario differenziato sono tornati all’attenzione, spesso in maniera confusa e vaneggiata. Ciò che deve e merita di essere discusso non è di per sé la loro esistenza ma semmai la concreta applicazione e attuazione che ne viene fatta. Le censure dei giudici di Strasburgo e della Consulta sono stato un chiaro sintomo della necessità di intervenire e a queste sono effettivamente seguite dei tentativi di modifica tutt’ora da vagliare sotto l’orizzonte dei risultati.

Tuttavia, è opportuna anche un’evoluzione del modo in cui tali istituti vengono recepiti dalla società. Affinché il finalismo rieducativo possa essere

adempito totalitariamente, sarebbe opportuna una collaborazione costruttiva dei consociati *liberi*, i quali giocano un ruolo fondamentale nel recupero effettivo del ruolo di cittadino di ogni ex detenuto. D'altronde errare è umano e perseverare – con buona pace di Sant'Agostino²⁸⁵ – è altrettanto umano. Se da un punto di vista formale la legge del c.d. taglione è stata ormai da lungo tempo abbandonata, non si può dire con altrettanta leggerezza che essa non persista tutt'ora nella logica propria della società moderna. Il pregiudizio verso chi ha scontato un periodo di detenzione più o meno lungo rappresenta un tragico ostacolo per la presa di consapevolezza della utilità della pena, che non deve essere in alcun modo intesa – ancora una volta importante rimarcarlo – come uno strumento sterilmente punitivo. Le tendenze degli ultimi tempi volte a incentivare forme di giustizia riparativa - di cui si dirà meglio nel Capitolo III - sono sintomatiche dello scarto di pensiero che ancora bisogna fare a livello di collettività. È questo il vero nemico da combattere. Per tornare alla citazione iniziale, la logica umana ragiona in termini di privazione – ogni frammento delle relazioni tra uomini è caratterizzato dalla minaccia progressiva di venire sottratti di qualcosa. Tale climax trova perfetta esplicazione a livello penale laddove il panorama sanzionatorio si riassume nella alternativa delle pene pecuniarie e detentive, sanzioni basate sul denaro e la libertà personale ovvero i presupposti essenziali su cui si basa l'esistenza in una società. Non si ritiene errato aggiungere, inoltre, che la logica umana - a qualsiasi ampiezza e contesto - ragiona anche e soprattutto in termini di *pregiudizio*. Persino nella microsocietà del carcere si avvertono graduazioni di pregiudizio a seconda del titolo di reato per il quale si sta scontando la detenzione. Si prenda in considerazione la situazione limite di un soggetto sottoposto al regime di cui al 41-bis poi non ulteriormente prorogato. «Uscire dal 41 bis non significa tornare ad essere considerato un detenuto *normale*. Il marchio di pericolosità permane ed è confermato dal modo in cui l'istituzione gestisce i detenuti provenienti dal 41 bis»²⁸⁶. Riprendendo quel concetto di

²⁸⁵ SANT'AGOSTINO, *Sermones*, 164, 14.

²⁸⁶ E. KALICA, *Note dal regime detentivo speciale: il carcere duro e la realtà del 41-bis*. In A. SBRACCIA, V. VERDOLINI (a cura di), *ANTIGONE, Semestrale di critica del sistema penale e penitenziario*, N° 2, Napoli, 2017, p. 103.

diritto penale del nemico, forse la ricostruzione del filosofo tedesco non era così lontana dalla realtà o, comunque, non era così fantasiosa. Secondo tale logica, fintanto che il detenuto non è in grado di dimostrare la propria *fedeltà all'ordinamento* esso sarà sempre *combattuto come un nemico*²⁸⁷.

Da quanto detto, emerge l'importanza e la necessità di dover superare quella logica del «castigo» ancora parzialmente radicata nella società civile. Il finalismo rieducativo, infatti, richiede un percorso di revisione critica delle scelte di vita criminale adottate e la formulazione di un giudizio prognostico positivo circa la effettiva affidabilità del condannato al fine di realizzarne il reinserimento nel tessuto sociale. Per tali ragioni, non può essere considerata terminata la lotta agli automatismi che – in parte – sorreggono il sempre più frequente ricorso all'ergastolo nella forma ostativa in quanto l'attitudine repressiva annulla e rende vani gli sforzi intrapresi per incentivare l'accessibilità alle misure alternative – v. infra §§ 1.8 e ss.

In un intervento del 2011, il Presidente della Repubblica dell'epoca Giorgio Napolitano notava come la condizione dei detenuti nelle carceri italiane fosse una pecca dell'ordinamento alla luce degli standard europei e che ci fosse un abisso tra il dettato Costituzionale e la realtà fattuale degli istituti penitenziari²⁸⁸. Le pronunce dei giudici di Strasburgo e gli interventi del legislatore hanno tentato – nel tempo - di accorciare queste distanze, alla luce della presa di consapevolezza di come «l'opzione repressiva finisca per relegare nell'ombra il profilo rieducativo della pena»²⁸⁹ mostrando indifferenza al percorso evolutivo compiuto dal detenuto e, dunque, svuotando l'intero assetto ordinamentale di stampo penale del suo significato ultimo. Come si vedrà nel prossimo capitolo, la crisi della istituzione penitenziaria non è soltanto strutturale, ma riguarda anche e soprattutto il profilo ideologico. A conclusione di questa seconda parte della trattazione, si ritiene opportuno richiamare una riflessione condotta dalla filosofa

²⁸⁷ G. JAKOBS, (2003), *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, 2003. In G. JAKOBS, M. CIANCIO MELIA, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, pp. 19-56.

²⁸⁸ G. NAPOLITANO, *Intervento alla due giorni di convegno organizzato dai radicali "Giustizia!"*, 28 luglio 2011.

²⁸⁹ Sentenza n. 257 del 2006, Corte costituzionale, cit. p. 2718.

Nussbaum il cui pensiero verrà ripreso anche più avanti – laddove afferma che la vittima e la società dovrebbero assumere un atteggiamento tale da «limitarsi a piangere la perdita e poi staccarsi da un ulteriore coinvolgimento personale verso il perpetratore, lasciando che la giustizia imparziale faccia il suo corso»²⁹⁰. Nei fatti, purtroppo, siamo ancora molto lontani da tale risultato.

²⁹⁰ M. C. NUSSBAUM, *Rabbia e perdono. La generosità come giustizia*, il Mulino, Bologna, 2017, p. 250.

III. IDEOLOGIA E FUTURO DELLA FUNZIONE RIEDUCATIVA.

*«Da millenni gli uomini si puniscono vicendevolmente e da millenni si
domandano perché lo facciano»*

E. WIESNET

3.1. Premessa – 3.2. La concezione retributiva della pena – 3.3. La pena come prevenzione – 3.4. La funzione rieducativa della pena – 3.5. La proposta di riforma dell'art. 27 cost. – 3.6. Il ricorso alla paura e il c.d. «populismo penale» – 3.7. La giustizia riparativa – 3.8. Nuove prospettive di rieducazione: l'esperienza norvegese con il carcere di Halden.

3.1. Premessa.

«Da un punto di vista morale e sociale la pena è la più rilevante fra le sanzioni giuridiche; essa è l'istituto che con la maggior energia cerca di garantire la convivenza civile e la vita dello Stato, e nello stesso tempo tocca più da vicino i problemi della libertà, sicurezza e dignità dei cittadini»²⁹¹.

Nel primo capitolo si è già accennato all'evoluzione concettuale che ha riguardato il ruolo della sanzione penale nel corso degli anni. Ora, invece, si ritiene opportuno ricostruire le teorie che hanno giustificato il ricorso alla pena – diversamente intesa nelle sue accezioni più o meno drastiche – fin dalla sua prima formulazione. In particolare, per capire quali scopi e presupposti rendano lecito il ricorso dello Stato alla pena – soprattutto nella sua versione più «dura» della detenzione carceraria – conviene fare riferimento alle diverse teorie che sono state concettualizzate.

²⁹¹ M. A. CATTANEO, *Il problema filosofico della pena*, Editrice Universitaria, Ferrara 1978, p. 7.

*Nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccatur*²⁹², nessun uomo saggio punisce perché si è peccato ma perché non si pecchi. Scriveva così Seneca – con un’illustre parafrasi di Platone – sintetizzando quelle che, di fatto, sono le due principali utilizzazioni teleologiche della sanzione penale. Per essere più chiari, le due ricostruzioni si distinguono in relazione alla dimensione oggettiva cui sono rivolte. Da un lato, infatti, la teoria retributiva – anche detta *assoluta* – guarda esclusivamente al passato senza prendere in considerazione finalismi diversi dalla semplice attitudine a voler ripagare il reo del medesimo male da esso inflitto – Seneca dice *quia peccatum est*. L’uomo viene punito perché ha peccato. Dall’altro lato, invece, possono essere annoverate quelle teorie – c.d. relative – che gettano lo sguardo al futuro, ovvero riconoscono una dimensione finalistica alla sanzione penale – *ne peccatur* – ben diversa dalla semplice remunerazione del danno sociale. L’uomo diviene protagonista attivo della sfera punitiva. Una punizione – è bene precisarlo – proiettata alla rieducazione del reo, sebbene detto principio costituzionale faccia poi fatica – in Italia più che in altri Stati - a trovare applicazione nelle situazioni pratiche.

3.2. La concezione retributiva della pena.

La domanda cui si tenterà di rispondere nei prossimi paragrafi riguarda lo scopo che deve essere ricollegato alla minaccia e alla conseguente applicazione della sanzione penale. L’unico riferimento esplicito è sancito – come già ampiamente detto - all’art. 27 co. 3 della Carta costituzionale. D’altronde, che la pena debba tendere alla rieducazione del condannato è apodittico e immanente ad uno Stato di diritto inteso nella sua concezione moderna. Come rilevava Vassalli, infatti, la rieducazione è un ideale che ha

²⁹² L. A. SENECA, *De ira*, I, 19. Trad. it. R. MARINO, Rusconi, 2021. Cfr. PLATONE, *Il Protagora*. Trad. it. F. ADORNO, Editori Laterza, 1996: «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».

grandemente contribuito al progresso della civiltà in settori carichi di sofferenza ed il cui oscuramento porterebbe ad un regresso pericoloso ed ingiusto²⁹³.

In primo luogo, si comincerà la trattazione considerando la teoria retributiva, la quale ha primeggiato per secoli - incontrastata - gli ordinamenti giuridici di stampo penale e non solo. È bene chiarire come la perduranza storica di detta teoria sia stata possibile soprattutto alla luce di un suo progressivo adeguamento, arrivando - con il tempo - a distaccarsi da quella formulazione originaria più primitiva che trovava espressione nella c.d. *legge del taglione*. Tuttavia, come si è visto nel paragrafo precedente, già ai tempi di Seneca veniva colta la necessità che la sanzione penale dovesse guardare al futuro - per avere una effettiva valenza costruttiva - invece che rivolgersi apaticamente al passato.

Nel tentativo di fornire una definizione embrionale, non è errato affermare che secondo la teoria retributiva la pena statutale è legittimamente inflitta al reo come «compenso» per il crimine commesso. Ad una sofferenza si risponde con una eguale sofferenza, senza che siano presi in considerazione ulteriori fattori quali potrebbero essere la pericolosità sociale del soggetto o l'attitudine rieducativa sottesa all'inflizione castigatoria. L'idea originaria - perdurata nel tempo ed esaltata dalle filosofie di Kant e Hegel - giustificava lo scopo retributivo alla luce di uno sterile ideale di giustizia. Interessante sottolineare la difficoltà con cui è stata superata - e come si vedrà neanche del tutto - tale ricostruzione teleologica laddove essa si sia distinta per essere un elemento costante della logica umana fin dai tempi più remoti. I secoli che intercorrono tra l'Antico Testamento e la Divina Commedia non sembrano pesare sulla sua forza legittimante. Quella stessa legge del contrappasso a cui Dante riconduce l'elaborazione delle punizioni cui sottoporre i propri dannati infernali risponde sempre, infatti, al richiamo della retribuzione. D'altronde, ben lo aveva colto Nietzsche laddove osservava che il termine greco *poinë* - ovvero castigo - venisse utilizzato nel senso di una *sofferenza fisica* da

²⁹³ G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione*, in *Scritti giuridici*, I, tomo II, Milano, 1997, p. 1717.

serbare nei confronti dell'autore di un crimine²⁹⁴. Tuttavia, una maggiore validazione teorica è stata possibile solo con l'avvento delle concettualizzazioni filosofiche kantiane ed hegeliane, a partire dalle quali ha trovato consolidazione quella differenziazione tra retribuzione morale e giuridica di cui si dirà a breve. In particolare, Kant si fa fautore di una vera e propria teoria retributiva della pena di stampo *morale* laddove riconduce l'elemento giustificativo dell'irrogazione della sanzione nella necessità di *ripagare il male con eguale male*, partendo da una ricostruzione del diritto penale come «diritto che ha il sovrano verso chi gli è soggetto, di infliggergli una pena quando si è reso colpevole di un delitto»²⁹⁵. Dunque, il fine della pena è quello di rendere giustizia – fondamento etico della stessa - ovvero di realizzare una effettiva corrispondenza tra il crimine commesso e il castigo da irrogare nel rispetto di quel concetto di *uguaglianza collettiva* innanzi alla legge, cui tutti i concittadini sono tenuti a conformarsi in quanto sudditi. In tal senso, è interessante richiamare la celebre metafora dell'isola, apodittico manifesto del pensiero sopracitato. Kant scrive che «anche se una società civile, con tutti i suoi membri, decidesse di sciogliersi – l'esempio è un'isola in procinto di essere abbandonata da tutti i propri abitanti – si dovrebbe comunque giustiziare l'ultimo assassino che si trovasse in carcere, affinché ciascuno porti la pena della sua condotta e affinché non pesi la colpa del sangue sopra il popolo che ha rinunciato a punirlo: altrimenti questo popolo potrebbe allora venir considerato come complice di questa violazione pubblica della giustizia»²⁹⁶. La punizione è legittima in quanto tale e non vi è, dunque, alcuna utilità finalistica ad essa riconducibile. Al male si risponde con altro male, anche laddove l'eventuale irrogazione della pena dovesse portare alla soppressione di quella stessa società che la infligge e – soprattutto – che la legittima, come dimostrato nell'esempio dell'isola anzidetto. Si noti come, nel tentativo di rispondere in maniera critica alle aporie della

²⁹⁴ F. NIETSCHE, *Genealogia della morale*, Milano, 1988.

²⁹⁵ E. KANT, *La metafisica dei costumi*. G. VIDARI (a cura di), Laterza, 2009.

²⁹⁶ *Ivi*.

Vergeltung (Retribuzione) kantiana, sono state poi elaborate le c.d. *teorie relative* della pena, di cui si dirà a breve.

Altro illustre esponente della giustificazione retributiva del *telos*²⁹⁷ penale deve essere individuato in Friedrich Hegel, il quale – tuttavia – ne effettua una ricostruzione proiettata esclusivamente sul lato giuridico tralasciando i risvolti morali in cui si era avventurato Kant. Per il filosofo originario di Stoccarda, infatti, la pena viene giustificata – e quindi ha qui il proprio fondamento - alla luce della necessità di risanare la frattura che il delitto ha realizzato nell'ordinamento giuridico. La dinamica di ribellione propria dell'atto criminale rispetto all'ordine imposto dalla vigenza delle norme deve essere ripagata soltanto con la sanzione penale, intesa come unico strumento idoneo a riaffermare l'autorità dello Stato sopra l'*agere* delittuoso del reo. Hegel ricostruisce l'intera dinamica in termini di negazione²⁹⁸. Se, dunque, la sfera del diritto viene negata dall'azione criminosa, l'inflizione della sanzione penale nega – a sua volta – l'atto di delinquenza stesso così da condurre a una riaffermazione della autorità della legge – e quindi del diritto - precedentemente lesa. Al male si risponde con eguale male, per risanare – si colga l'imprinting *giuridico* piuttosto che morale – la frattura che l'incombenza del delitto aveva causato nella dinamica di convivenza sociale. *La pena come lesione che si abbatte sul delinquente*²⁹⁹, appunto. Tuttavia, appare interessante sottolineare come una drastica critica a tale approccio retributivo sia stata mossa proprio dallo stesso Hegel nei suoi scritti giovanili. Per esser più chiari, ne «*Lo spirito del cristianesimo e il suo destino*» il filosofo riconosce l'importanza di «*rimarginare la ferita*» causata dalla commissione del reato ma prende consapevolezza di come quei meccanismi di ritorsione punitiva – a cui successivamente , invece, riconoscerà portata

²⁹⁷ Nella filosofia greca, in particolare in Aristotele, il termine *télos* rappresenta il fine, lo scopo, il senso dell'esistenza umana. Il concetto di *télos*, cioè di fine ultimo, diventerà poi portante in tutta la filosofia cristiana e in quella dei grandi filosofi moderni.

²⁹⁸ «*In Hegel il concetto della pena si ricava dalla negatività stessa del delitto e consiste nel legame necessario per cui esso, come volontà in sé negativa, implica la sua stessa negazione, che appare come pena*». Cfr. M. RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996, p. 87.

²⁹⁹ G. W. F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, 1821. Ed. it. V. CICERO (a cura di), Milano, 1996, p. 207.

riconciliativa - non realizzino alcuna ricomposizione della frattura. «Se non vi è nessuna via per rendere un'azione non accaduta, se la sua realtà è eterna, allora non è possibile nessuna riconciliazione, neanche col sottostare alla pena; la legge è soddisfatta, giacché è superata la contraddizione fra il dover essere e la realtà del colpevole, è superata l'eccezione che il colpevole voleva fare all'universalità della legge. Ma il colpevole non si è riconciliato con la legge»³⁰⁰. Inoltre, il giovane filosofo giunge alla contestazione dell'idea di concepire come un bene l'imposizione di una sofferenza in nome della giustizia, laddove afferma: «dovunque la vita è offesa sentendoci soddisfatti, ivi si avanza il destino e si può allora dire che [...] ogni sofferenza è una colpa»³⁰¹. Si tratta di una posizione che, con l'avanzare degli anni e soprattutto con l'avvento della Rivoluzione francese, verrà progressivamente mutata in quella di cui si è già detto.

Sia Kant che Hegel si fanno esponenti della ricostruzione del teleologismo penale in chiave retributiva alla luce del superiore bene rappresentato dalla giustizia, diversamente intesa in ottica *morale* e *giuridica*. A tal proposito, si ritiene interessante cogliere lo spunto condotto da Radbruch, secondo cui «la giustizia ci offre, innanzi tutto, la figura della giustizia egualitaria, per fondare in essa la pena. Come il prezzo alla mercanzia, il salario al lavoro e l'indennizzo al danno, la pena corrisponde al reato, ovvero come *retribuzione*»³⁰². Infatti, la prospettiva che per secoli si è affermata muove nel senso secondo cui, dato un conflitto del tipo di quello costituito dal reato, esso esige una reazione che riproponga in forma speculare il medesimo conflitto³⁰³.

³⁰⁰ G. W. F. HEGEL, *Lo spirito del cristianesimo*, in *Scritti*, p. 391.

³⁰¹ *Ivi.* p. 398.

³⁰² G. RADBRUCH, *Conceptos de clasificación y conceptos ordenadores en el pensamiento jurídico*. Traduzione di José Luis Guzmán Dalbora, nell'*Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, cit., n. 27, 2009.

³⁰³ L. EUSEBI, *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, Giuffrè, 1997. Cfr. L. ALFIERI, *Violenza pena e ordine*, in *Diritto penale controllo di razionalità e garanzie del cittadino*, Padova, 1996, pp. 89 ss. «L'elemento comune [fra violenza penale e violenza bellica] è che si tratta di una violenza radicalmente escludente: il condannato è, così come il nemico, collocato dall'altra parte, in una dimensione non comunicativa. Finché dura la pena, come finché dura la guerra, condannato e nemico non sono dei nostri, non hanno la nostra stessa identità collettiva».

In realtà anche la retribuzione hegeliana di matrice giuridica merita di essere ricondotta a tutti gli effetti nell'ambito delle teorie c.d. *relative* in quanto alla pena viene ascritta una funzione volta precisamente a consentire la conservazione dell'intera società civile senza prefiggersi – come, invece, accade con Kant - di adempiere soltanto a una finalità assoluta e metastorica di giustizia. Non è fuorviante riconoscere che l'elaborazione condotta da Hegel rivolge lo sguardo a prospettive future e posteriori rispetto al momento di commissione del delitto sicché può in essa individuarsi persino un'embrionale concettualizzazione della risocializzazione del reo.

Eppure, non tutto di quella teoria *assoluta* della *Vergeltung* è da «accantonare». Alla base del monismo retributivo di stampo kantiano vi è, infatti, una particolare attenzione al carattere proporzionato della pena rispetto all'illecito commesso e una chiara connotazione in termini personalistici della responsabilità del reo per il relativo delitto. Si tratta di elementi che hanno continuato a mantenere una propria rilevanza all'interno delle teorie *relative* delle quali ne costituiscono – senza esagerazioni – anche la base epistemologica³⁰⁴.

3.3. La pena come prevenzione.

A differenza di quanto detto finora, le teorie c.d. *relative* si caratterizzano per guardare alla pena investendola di uno scopo e, dunque, riconducendo ad essa una valenza costruttiva ai fini della convivenza sociale. In particolare, alla sanzione penale viene riconosciuta la finalità di prevenire la commissione di delitti. La pena è ora proiettata al futuro. In tal senso, si ritiene interessante la critica mossa da Hobbes ai retribuzionisti laddove rilevava come «nella

³⁰⁴ La discussione circa la funzione della pena non ha mai prodotto soluzioni effettivamente alternative alla «problematica» del reato dovendosi, invece, più correttamente configurare come un costante ricerca *a posteriori* della più conveniente giustificazione sanzionatoria. In tal senso, cfr. L. TOLSTOJ, *Resurrezione*, 1899. Trad. it. A. VILLA, Roma, 1995. P. 273: «tutte quelle dissertazioni miravano a spiegare e a giustificare il fatto della pena, la cui necessità era ammessa come un assioma».

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»³⁰⁵.

Appartengono a tale categoria quelle teorie che ricostruiscono intorno alla sanzione penale uno scopo di prevenzione. Prevenzione generale o prevenzione speciale

Si ritiene opportuno iniziare l'analisi prendendo le mosse dalla concezione di stampo generalpreventivo secondo cui la pena trova la propria legittimazione nel divenire un mezzo per orientare le attitudini comportamentali della generalità dei consociati. In particolare, secondo la suddetta ricostruzione è possibile riconoscere alla pendenza sanzionatrice due differenti effetti teleologici. In primo luogo, un effetto – di segno negativo – di intimidazione e deterrenza dal delinquere, proveniente dal contenuto afflittivo della minaccia penale prospettata. In secondo luogo, invece, un effetto – questa volta positivo – di orientamento culturale dei comportamenti della collettività per il tramite dell'influenza pedagogica della norma. Per essere più chiari, secondo la teoria sopracitata la prospettata minaccia costante della pena dovrebbe sviluppare nel tempo un'attitudine di spontanea adesione ai valori insiti nella legge penale che dovrebbe andare a sostituire quell'iniziale sentimento di timore attraverso cui vengono frenate e neutralizzate – inizialmente - le spinte delinquenziali dei consociati. A tal proposito, infatti, Beccaria scriveva che fosse «meglio prevenire i delitti rispetto a punirli. Questo è il fine principale d'ogni buona legislazione, che è l'arte del condurre gli uomini al massimo di felicità o al minimo di infelicità possibile [...]. È meglio prevenire i delitti che punirgli»³⁰⁶. Ancora, per Bentham – in maniera non molto distante dal pensiero del giurista italiano – «la prevenzione generale è il fine più importante delle pene ed è anche la loro ragione

³⁰⁵ T. HOBBS, *De Cive*, in *Elementi di filosofia*, 1642. T. MAGRI (a cura di), Roma, Editori Riuniti, 2005.

³⁰⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, U. MURSIA (a cura di), Milano, 1973, p. 107.

giustificativa»³⁰⁷. D'altronde, nella logica del contratto sociale³⁰⁸ la potestà punitiva trae la propria legittimazione nella necessità di difendere la sicurezza generale dalle violazioni dei singoli consociati. «È stata la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà [...]. L'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire»³⁰⁹.

Si ritiene opportuno fare riferimento anche ad un'altra interessante ricostruzione, ovvero quella fornita da Ludwig Feuerbach nell'Anti-Hobbes - una delle sue più celebri opere. Il filosofo attua una vera e propria demoralizzazione della pena kantiana, relegandola a una dimensione prettamente *civile*³¹⁰. Secondo tale logica, ogni uomo agisce tentando di realizzare i propri istinti e, dunque, è portato a delinquere al fine di raggiungere un obiettivo preciso, rappresentato dall'ottenimento del piacere. In conseguenza di questa ricostruzione, centralità assoluta viene attribuita alla pena che assume il ruolo di contropinta³¹¹ alla suddetta tendenza a delinquere del consociato. Per essere più chiari, è necessario che «il male minacciato – tramite l'incombenza della sanzione penale – 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»³¹². È questa, di fatto, la dottrina della coercizione psicologica postulata da Feuerbach, ove il timore dell'irrogazione della pena prospettata deve distogliere il singolo soggetto dal delinquere. Affinché la finalità deterrente anzidetta possa trovare effettivamente applicazione, lo Stato deve, infatti, servirsi dell'arma – ben più forte – rappresentata dalle c.d.

³⁰⁷ J. BENTHAM, *Théorie des peines* I, p. 10.

³⁰⁸ Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, op. cit. p. 71: «il peso della pena e la conseguenza del delitto dev'essere la più efficace per gli altri e la meno dura che sia possibile per chi la soffre, perché non si può chiamare legittima società quella dove non sia principio infallibile che gli uomini si siano voluti assoggettare ai minori mali possibili».

³⁰⁹ *Ivi*, p. 13.

³¹⁰ Cfr. L. A. FEUERBACH, *Revision der grundsätze und grundbegriffe des positiven peinlichen rechts*, parte I, Erfurt, r.a. Aalen 1973, pp. 39-40: «La pena civile non può essere la pena morale, da ciò consegue che dallo Stato [...] non può essere punita alcuna azione contraria al dovere, semplicemente perché tale».

³¹¹ Cfr. G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Editori Laterza, 2018, p. 17: «La minaccia della pena ha 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».

³¹² L. A. FEUERBACH, *Anti-Hobbes ovvero I limiti di potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, M. CATTANEO (a cura di), Milano, p. 108.

*catene psichiche*³¹³. Poco distante è la posizione assunta da Bentham secondo il quale - sempre in ottica di deterrenza - «lo scopo principale delle pene è quello di prevenire il ripetersi di delitti analoghi [...]. Il delitto passato non riguarda che un individuo, mentre delitti analoghi possono riguardare tutti»³¹⁴. Tuttavia, è chiaro che per assolvere compiutamente tale funzione la minaccia della pena prospettata deve essere definita all'interno di una legge chiara e apoditticamente incontestabile. *Volete prevenire i delitti? Fate che le leggi siano chiare, semplici [...]. Fate che gli uomini le temano e temano solo esse*³¹⁵. Risuonano le parole di Beccaria, tra i postulatori - assieme a Bentham³¹⁶ - del principio di stretta legalità.

Tentando di sintetizzare quanto finora detto, la teoria generalpreventiva può essere intesa nell'accezione negativa di deterrenza dei concittadini dal delinquere attraverso la minaccia di una pena che - per citare Feuerbach - è più «pesante» rispetto al beneficio che conseguirebbe al reo dal reato. Carrara, nel criticare tale ricostruzione, rilevò come - così facendo - la società andasse a «servirsi del corpo di un cittadino per intimidire gli altri cittadini martirizzandolo onde persuadere quelli a non offendere le leggi sociali»³¹⁷. Ancora, prevenzione generale anche sotto una dimensione positiva laddove si intende la sanzione penale come uno strumento che - a lungo andare - riesce a orientare culturalmente i membri della società verso una loro conformazione ai valori sottesi all'ordinamento giuridico, attuando una funzione di stabilizzazione dei consociati per il tramite di comandi - precisi e puntuali - contenuti nella legge.

³¹³ G. JAKOBS, *La pena statale, Significato e finalità*, Editoriale scientifica, 2019, p. 74.

³¹⁴ J. BENTHAM, *Principes du code pénal* II, in *Traité de législation*, p. 133

³¹⁵ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, op. cit., p. 107-108: « Il timor delle leggi è salutare, ma fatale e fecondo di delitti è quello di uomo a uomo. Gli uomini schiavi sono più voluttuosi, più libertini, più crudeli degli uomini liberi».

³¹⁶ Cfr. J. BENTHAM, *Vue générale d'un corps complet de législation*, p. 339: «Lo scopo delle leggi è quello di disciplinare la condotta dei cittadini. Due cose sono a tal fine necessarie: che la legge sia chiara, cioè che faccia nascere nella mente un'idea che rappresenti esattamente la volontà del legislatore; che sia concisa, perché possa imprimersi facilmente nella memoria. *Chiarezza e brevità*, ecco le due qualità essenziali».

³¹⁷ F. CARRARA, *Programma del Corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, 1870, p. 407 e ss.

Conviene ora passare in analisi la teoria della c.d. *prevenzione speciale* la quale, seppure appartenente alla categoria delle c.d. *teorie relative* – come la generalpreventiva – poiché riconosce alla pena una utilità teleologica proiettata in ottica anche futura, si discosta drasticamente dal precedente sopramenzionato in quanto la sanzione penale è qui rivolta - di qui l'elemento differenziante – al singolo autore di un reato e non, invece, alla generalità indistinta dei consociati. In particolare, la pena viene ora intesa come lo strumento per prevenire la ulteriore commissione in futuro di reati da parte di chi se ne è già reso autore. Tale finalità può essere raggiunta attraverso la neutralizzazione del soggetto – accezione *negativa* della special prevenzione – oppure attraverso la risocializzazione dello stesso – nell'accezione *positiva*. Nel primo significato menzionato, ruolo determinante è stato assunto dalla filosofia sviluppata da Karl Grolman secondo il quale l'essere umano è titolare di un *diritto di sicurezza o di prevenzione*³¹⁸ – immanente alla sua stessa natura – connesso all'offesa ingiusta realizzata dall'autore del reato nella forma del tentativo o della consumazione. L'idea alla base – con chiare influenze giusnaturalistiche – è che un soggetto arrivato a delinquere una volta può essere portato a ripetere il compimento della propria condotta delittuosa, sicché nei suoi confronti – e solo nei suoi non anche della generalità dei cittadini – la pena deve intervenire al fine di prevenire tale esito nefasto. Per utilizzare le parole di Grolman: «Se il delitto o il suo tentativo contiene una concreta minaccia di future violazioni, è lecito influire sul delinquente in maniera da indurlo a non portare a compimento la sua minaccia»³¹⁹. Tuttavia, l'esercizio di quel diritto di prevenzione spetta soltanto allo Stato e dovrà esser attuato parametrando a diversi criteri – proporzionalità sussidiarietà e certezza della pena come anche la colpevolezza dell'agente – diversamente modulati in relazione alla tipologia del reato e alle caratteristiche del suo autore. Con eccezionale lungimiranza, Cesare Beccaria scriveva: «*Il timore delle Leggi è salutare, ma fatale e*

³¹⁸ K. GROLMAN, *Grundsatre der Criminalrechtswissenschaft*, I ed., Giessen, 1798, r.a. Glashutten im taunus, 1970, II ed., Giessen, 1818, p. 44.

³¹⁹ *Ivi*, p. 7.

*fecondo di delitti è quello di uomo a uomo. Gli uomini schiavi sono più voluttuosi, più libertini, più crudeli degli uomini liberi»*³²⁰. Dunque, la previsione formale della sanzione assolve a una funzione intimidatrice e di coazione psicologica mentre la sua applicazione è volta a neutralizzare le possibilità di commettere ulteriori reati. Ad ogni modo, la ricostruzione di Grolman è priva di qualunque contenuto – positivo - di risocializzazione e reintegrazione del delinquente, al quale ci si rivolge con la sostanziale unica finalità di impedire materialmente il pericolo che possa recidivamente tornare a delinquere: piuttosto che operare per la reintegrazione sociale del deviante, opera nel senso della sua più accentuata o definitiva esclusione³²¹.

Si è già anticipato come la concezione di prevenzione speciale della pena sia ricostruita anche sotto una dimensione *positiva* ovvero come strumento di risocializzazione del reo, in quanto è volta a promuovere lo sviluppo sociale della personalità di soggetti già condannati mediante l'ausilio di tecniche rieducative e riabilitative³²². In tal senso, dunque, la sanzione penale tende alla reintegrazione dell'autore del reato all'interno della società civile e lo Stato è titolare di un preciso obbligo di adempire tale risultato con la formulazione e conseguente applicazione della pena, mediante cui il reo deve essere riportato in quell'equilibrio valoriale stravolto dalla commissione del delitto. Più che creare ex nihilo, si tratta di risvegliare una sensibilità innata forse sopita, di rafforzarla, di impedire che si dissolva³²³. È bene chiarire che la suddetta funzione risocializzativa riconosciuta alla pena si discosta dalla teoria dell'emenda formalizzata da Karl Krause, dove essa assume, invece, chiari risvolti eticizzanti. In particolare, il filosofo appena menzionato attribuisce alla pena una dimensione teleologica del tutto proiettata alla sfera interna – ovvero personale - del reo, laddove questa è volta a isolare il soggetto dal mondo circostante così da poter più efficacemente provvedere al suo recupero morale. D'altro canto, secondo la teoria della prevenzione

³²⁰ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, op. cit., p. 108.

³²¹ M. PAVARINI, Le teorie tecnocratiche della pena in *Enciclopedia delle scienze sociali*. Disponibile su www.treccani.it.

³²² G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, op. cit., p.25.

³²³ C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, p. 30.

speciale la risocializzazione del soggetto riguarda soltanto la sua dimensione *esterna*. Per essere più chiari, la pena non viene investita di un significato etico-recuperativo ma – si noti la differenza – è volta a interrompere il collegamento del soggetto con quei fattori – di natura sociale, culturale o economica – che generalmente possono indurre l'essere umano a delinquere. A tal fine, si ritiene necessario che al condannato sia indirizzato un trattamento che punti alla sua reintegrazione – e non emarginazione – così da consentirgli di recuperare un atteggiamento responsabile verso i beni giuridici offesi³²⁴.

Un secolo dopo Grolman, il tedesco Von Liszt elabora la sua teoria dello scopo, in cui riconosce alla pena – in una concezione special preventiva – tre differenti obiettivi. La sanzione penale – come *mezzo per conseguire uno scopo*³²⁵ – mira a realizzare finalismi diversi a seconda della tipologia di delinquente cui essa è indirizzata. Si parla, dunque, di *neutralizzazione* nel caso di soggetti irrecuperabili; di *intimidazione* nel caso di delinquenti occasionali che non presentano alcuna necessità reintegrativa e, infine, di *risocializzazione* appunto. In tale ultima evenienza, tuttavia, il finalismo deve essere perseguito con strumenti diversi dalla sanzione penale per tentare di incentivare il processo di reintegrazione socioculturale del delinquente. In estrema sintesi non è totalmente fuorviante ritenere che la pena debba svolgere primariamente una funzione di prevenzione generale nei confronti della società e secondariamente una funzione di prevenzione speciale nei confronti del reo³²⁶.

Come si vedrà a breve, per risolvere il problema della legittimazione della pena all'interno dell'ordinamento italiano, bisognerà condurre l'analisi a partire dalla Carta costituzionale.

³²⁴ L. EUSEBI, *Il diritto – enciclopedia giuridica del sole 24 ore*, Bergamo, 2007, P. 86.

³²⁵ F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (1883), Milano, 1962 p. 5 e ss.

³²⁶ M. A. RUFFO, *Diritto Penale amministrativo*, Padova, 2004.

3.4. *La funzione rieducativa della pena.*

Si è già detto come l'unico finalismo espressamente riconosciuto alla sanzione penale sia quello canonizzato all'art. 27 co. 3 della Carta costituzionale. Tuttavia, l'attuale conformazione dell'articolo anzidetto è stata il frutto di diversi scontri in sede di Assemblea costituente. Inizialmente, il testo approvato recitava «*le pene devono tendere alla rieducazione del condannato e non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità*»³²⁷. Contro tale formulazione si schierarono diversi illustri giuristi, primo tra tutti Giuseppe Bettiol³²⁸, il quale era nettamente contrario alla possibilità che si affermasse un concetto di rieducazione – a suo modo di vedere - di tipo positivista, ovvero una ricostruzione che cangiasse la pura e vera essenza della pena in una misura di sicurezza. In conseguenza degli emendamenti proposti – cui si unì anche Aldo Moro – venne modificata l'originaria struttura della disposizione posponendo – e dunque anche retrocedendo – il principio di rieducazione rispetto al divieto di trattamenti inumani. Così facendo, il finalismo rieducativo ne risultò in parte annacquato in nome della neutralità dello Stato di fronte alle dispute scolastiche³²⁹. In realtà, «*il divieto di trattamenti disumani è inteso a proteggere l'essere di ogni uomo, la dignità intrinseca a ciascuno, di qualunque crimine si sia*

³²⁷ La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente, cit., p.180

³²⁸ Nel corso della seduta del 15 aprile del 1947, Giuseppe Bettiol presentò assieme a Giovanni Leone un emendamento all'art. 21 – successivamente divenuto art. 27 - del progetto, usando queste parole: «*anche a nome del collega Leone Giovanni, non siamo disposti a ritirare il nostro emendamento, per il semplice fatto che vogliamo proprio evitare di entrare nell'atmosfera d'una determinata scuola, per evitare, cioè di prendere con una norma costituzionale, posizione rispetto al contenuto dottrinario d'una tendenza penalistica, piuttosto che d'un'altra, per esprimere, invece, una esigenza che possa trovare la sua concretizzazione sul piano politico e sul piano giuridico. In secondo luogo, la nostra formulazione non esclude l'accentuazione della necessità della rieducazione del condannato. Ci permettiamo, anzi di proporre la soppressione dal nostro emendamento della parola «processo» e di dire: «o che ostacolino la rieducazione morale del condannato», per sottolineare la necessità che la pena, nel suo concreto modo di essere, sia tale da giovare direttamente alla rieducazione morale del condannato, senza mettere questo principio in forma dommatica all'inizio dell'articolo*». In *Atti dell'Assemblea costituente*, seduta del 5 aprile 1947, § 906. Disponibile su www.camera.it.

³²⁹ E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'Ottocento alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980, p. 74.

macchiato; la rieducazione, per converso, sembrerebbe concentrata sul dover-essere dell'uomo, segnalando l'esigenza di una conversione delle condotte del reo e di un suo recupero al consorzio sociale»³³⁰. Interessante quanto chiarito dalla Consulta in una pronuncia del 1996, precisando come le due proposizioni di cui all'art. 27 co. 3 siano «congiunte non soltanto per la loro formulazione letterale, ma anche perché logicamente in funzione l'una dell'altra. Da un lato, infatti, un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato; dall'altro è appunto in un'azione rieducativa che deve risolversi un trattamento umano e civile, se non si riduca a una inerte e passiva indulgenza»³³¹.

Nonostante l'avvenuta modifica, continuavano comunque ad essere avanzate forti critiche al suddetto teleologismo. Sempre Bettiol notava come «se le pene avessero dovuto avere un contenuto essenzialmente ed esclusivamente rieducativo, se, insomma, le pene non avessero dovuto avere carattere [...] punitivo, il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità non avrebbe avuto ragione di essere, perché una funzione che sia essenzialmente rieducativa esclude da sé, per la sua stessa natura, i trattamenti contrari al senso di umanità, senza bisogno di alcuna dichiarazione esplicita»³³². Tuttavia, è bene chiarire che il giurista italiano non nega completamente la possibilità di correggere il reo ma, anzi, si fa fautore di una teoria retributiva della pena estremamente moralizzata al punto da rendere la sanzione fautrice di una valenza pedagogica tale da ricomprendere nel suo fine ultimo anche un'idea di emenda e ravvedimento. L'idea era quella di esaltare il significato lemmatico della disposizione di cui all'art. 27 cost. laddove viene fatto un utilizzo – non casuale – del verbo *tendere* (alla rieducazione). In particolare, veniva ricostruito un forte nesso tra rieducazione ed emenda tale per cui la sanzione penale doveva indurre nel condannato un processo di redenzione morale o – comunque – di pentimento. Si tratta, tuttavia, di una critica-

³³⁰ A. PUNZI, *Sicurezza, certezza della pena e rieducazione*. In *Diritto certezza sicurezza, Parte I*, 2^a edizione, Giappichelli, Torino, 2017, p. 114.

³³¹ Sentenza n. 12 del 1996, Corte costituzionale.

³³² G. BETTIOL, *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, in Riv. it. dir. pen., 1951, pag. 376.

ricostruzione impossibile da perseguire in quanto è generalmente accettato «il prevalente riconoscimento che al dettato costituzionale sul finalismo della pena debba assegnarsi la portata di un principio innovativo, suscettibile di spiegare i suoi effetti in tutte le fasi che caratterizzano la dinamica del sistema sanzionatorio: dalla comminatoria all'applicazione e, ovviamente, alla sua esecuzione»³³³. Relegare la finalità rieducativa al ruolo di ravvedimento morale non sarebbe, infatti, produttivo di alcun risultato utile e apprezzabile in ottica della futura ricontestualizzazione sociale del delinquente. Non è errato rilevare, dunque, che la pena rappresenta lo strumento attraverso cui lo Stato si occupa di far recuperare al condannato quei valori di convivenza che sono venuti meno con la realizzazione della fattispecie delittuosa³³⁴. Conviene ancora una volta rimarcare la sostanziale diversità che sussiste tra l'emenda – ove si persegue una rigenerazione morale e spirituale della persona – rispetto alla risocializzazione – la quale mira a conformare l'attitudine comportamentale del delinquente alle esigenze di convivenza sociale e alle aspettative del contesto civico. Rieducare non è sinonimo di emendare, e in carcere non va somministrata alcuna «medicina dell'anima» come indicano anche le Regole penitenziarie europee del 2006 – «il regime dei condannati deve essere concepito per permettere loro di condurre una vita responsabile ed esente dal reato»³³⁵.

Dunque, attraverso l'art. 27 cost. il costituente fornisce dei limiti soltanto *esterni* al legislatore laddove richiede che la fattispecie punitiva non debba mai presentarsi come *contraria al senso di umanità* e debba – piuttosto – *tendere alla rieducazione* del reo. Ai fini dell'attuazione dei suddetti precetti, è necessario che ci si adoperi per l'effettiva integrazione del soggetto nel tessuto sociale di riferimento tramite la realizzazione di programmi di reinserimento volti alla realizzazione di forme efficaci di sostegno socioculturale, le quali si possono realizzare anche attraverso le misure

³³³ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale: parte generale*, Utet, 2020, p. 61

³³⁴ *Ivi*, p. 62.

³³⁵ A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena e i suoi sfregi*, In *Diritto penale contemporaneo*, 2006.

alternative alla detenzione³³⁶. In tal senso, ruolo decisivo è assegnato alla spontanea e volontaria adesione del reo al trattamento di recupero rivoltagli, sicché nel caso in cui questi dovesse porsi con un comportamento ostracizzante al corretto adempimento dei suddetti propositi – disinteressandosi del percorso di recupero ad esso indirizzato – il finalismo rieducativo deve essere riconcettualizzato nei termini di non desocializzazione. Nei confronti del condannato che rifiuta l'approccio recuperativo, l'esecuzione della sanzione penale deve, quindi, essere condotta in modo tale da evitare quella ulteriore de-socializzazione usualmente connessa alla permanenza carceraria. Discorso affine deve essere inteso per coloro che, seppur autori di reati, non presentano alcun bisogno di risocializzazione in quanto non soggetti ad una vera alienazione dal contesto di convivenza sociale. Interessante menzionare la motivazione addotta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 204 del 1974, ove viene per la prima volta concettualizzato il diritto del detenuto alla rieducazione. Nell'opinione dei giudici della Consulta, sussiste un «obbligo assoluto per il legislatore di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi e le forme atte a garantirle»³³⁷. A tale dovere, corrisponde «il diritto del condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla normativa di diritto sostanziale, il protrarsi della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente il suo fine rieducativo»³³⁸.

Tenzione verso la rieducazione, si è detto. L'evoluzione dottrinale degli ultimi anni ha sottolineato come le ricostruzioni giustificative della sanzione penale siano state sintomatiche della varietà di contraddizioni che attanagliano il suddetto principio. Alla pari dell'Antigone euripidea, il suddetto finalismo e – induttivamente – la pena medesima, sono stati portati nel tempo a divenire ossimoro di sé stessi, al fine di continuare a sopravvivere nella struttura ordinamentale. Contraddizioni pratiche e teoriche. Non può

³³⁶ P. TRONCONE, *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, Torino, 2006.

³³⁷ V. sentenza n. 204 del 1974, Corte costituzionale.

³³⁸ *Ivi*.

non cogliersi – come più volte sottolineato nel corso della suddetta trattazione – che l'utilità correzionale ad essa ricondotta – quantomeno sul piano formale – non si traduca sul piano operativo nella effettiva modificazione delle condizioni che hanno indotto il soggetto a delinquere. È stato, infatti, ampiamente dimostrato³³⁹ come l'attuale sistema penitenziario sia ancora – nella pratica – piuttosto inadeguato a garantire quel trattamento rieducativo che rappresenta a tutti gli effetti il fulcro del modello rieducativo e correzionale³⁴⁰. Ruolo decisivo è assunto – tra le altre - dall'attività lavorativa, considerata lo strumento principe attraverso cui attuare la responsabilizzazione del condannato per predisporlo a rispettare le regole minime di convivenza in vista della sua successiva scarcerazione. Non a caso, durante una visita nel 2012 presso la casa circondariale di Padova, la Prof.ssa Severino notava come «dovesse – *rectius* deve - essere cambiare la mentalità di fondo. A Padova i risultati sul lavoro per i detenuti manifestano un abbattimento della recidiva e dimostrano come l'opportunità di lavoro per un condannato lo aiuti nel suo futuro percorso di integrazione nella società»³⁴¹. In estrema sintesi, è possibile affermare che l'applicazione della pena debba – da un lato - impedire la desocializzazione del condannato o la demolizione della sua personalità e – dall'altro – perseguire teleologismi rieducativi senza mai assumere – importante sottolinearlo – connotazioni così tanto afflittive da ingenerare in esso un sentimento di disadattamento sociale. In tal senso, un ulteriore elemento utile da considerare viene fornito nella motivazione della sentenza n. 313 del 1990 – vero caposaldo della giurisprudenza costituzionale in materia - laddove si canonizza formalmente come la finalità rieducativa «lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali

³³⁹ Cfr. G. MOSCONI, *La crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effetti sull'istituzione penitenziaria*. (a cura di) A. ANASTASIA e M. PALMA, *La bilancia e la misura. Giustizia sicurezza riforme*, Franco Angeli, Milano, 2001. Cfr. D. GARLAND, *La cultura del controllo. crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Il Saggiatore, Milano, 2004. Cfr. T. MATHIESEN, *Perché il carcere ?*, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 1996.

³⁴⁰ A. NALDI, *La funzione rieducativa e ri-socializzatrice, il trattamento penitenziario, il lavoro recluso. Alcuni paradossi del carcere di oggi*. In *Antigone, quadrimestrale di critica del sistema penale e penitenziario*, L'Harmattan, Torino, 2007.

³⁴¹ P. SEVERINO, Intervista durante la visita alla casa circondariale di Padova, 12 settembre 2012, Padova. Disponibile su www.ristretti.org.

che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue. Dunque, il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie»³⁴².

3.5. La proposta di riforma dell'art. 27 cost.

Nonostante i buoni propositi costituzionali di cui si è appena detto, sempre più spesso si assiste - nella pratica - a un ripudio dei valori rieducativi nell'ambito di quello che è a tutti gli effetti un vero e proprio *declino dell'ideale riabilitativo*³⁴³. I rispettivi programmi trattamentali di stampo recuperativo, infatti, non ambiscono più ad essere «la finalità attorno alla quale ruota ogni misura di carattere penale³⁴⁴». Con sempre maggiore convinzione è possibile riconoscere in tale situazione un passaggio concettuale dalla «retorica e dalle prassi del *wel-fare* a quelle retoriche crudelmente - ma realisticamente definite - del *prison-fare*»³⁴⁵. A dare ulteriore supporto alla suddetta riflessione, è recentemente intervenuta una proposta di legge costituzionale - da parte degli onorevoli Cirielli, Lucaselli, Zucconi - per la modifica dell'art. 27 cost³⁴⁶ e, in particolare, del suo comma 3. Si noti come tale intervento debba essere annoverato nell'ambito dei

³⁴² V. sentenza n. 313 del 1990, Corte costituzionale. Cfr. sentenza n. 183 del 2011, Corte costituzionale: «*La finalità rieducativa è una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue*».

³⁴³ D. GARLAND, *La cultura del controllo. crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Il Saggiatore, Milano, 2004, p. 66.

³⁴⁴ *Ibidem*.

³⁴⁵ M. PAVARINI, *L'irrisolta ambiguità del punire*, In *Dignitas*, n. 8, novembre 2005, p. 9.

³⁴⁶ Di seguito si riporta il testo dell'art. 27 co. 3 cost che si propone di sostituire all'attuale formulazione:

«*La pena, che non può consistere in trattamenti contrari al senso di umanità, assicura la giusta punizione del reo per il fatto commesso e la prevenzione generale e speciale del reato e deve tendere, con la collaborazione del condannato, alla sua ri- educazione. Sono stabiliti con legge i limiti della finalità rieducativa in rapporto con le altre finalità e con le esigenze di difesa sociale*».

tentativi volti a riportare in auge quella teoria polifunzionale della pena che aveva dominato il panorama giuridico per tutto il periodo antecedente la riforma del 1975. A titolo esemplificativo si richiama la motivazione della sentenza n. 12 del 1966, ove la Corte costituzionale si era espressa nel senso della necessità che il principio rieducativo dovesse «agire in concorso con le altre funzioni della pena – soprattutto quella di prevenzione generale – non potendo essere inteso in senso esclusivo ed assoluto»³⁴⁷.

Nella proposta di legge sopracitata, vengono sollevate tre critiche nei confronti dell'attuale previsione di cui all'art. 27 cost. In primo luogo, la finalità rieducativa – unica annoverata nella Carta – non adempie correttamente alla funzione di prevenzione generale - nello stadio della minaccia-deterrenza - in quanto non distoglie i cittadini dalla commissione dei reati. In secondo luogo, si nota come l'adempimento del precetto rieducativo presupponga sempre un'opera collaborativa del reo stante l'impossibilità di realizzare alcuna coercizione nei suoi confronti. In assenza, dunque, di tale opera cooperativa viene a delinearsi un contrasto tra il teleologismo risocializzante e il principio di autonomia morale – valore anch'esso dotato di rilevanza costituzionale. Tuttavia, la riflessione di maggior interesse per questa trattazione riguarda la terza critica. Come già detto, il teleologismo di cui si discorre deve essere rispettato e attuato fin dal primo momento dell'opera sanzionatoria e, dunque, anche al momento della commisurazione della pena. Tale conformazione ostacola – di qui la critica – la possibilità per il giudice di «irrogare pene esemplari che fungano da ammonimento verso tutti i consociati e che pure potrebbero svolgere un'opportuna funzione preventiva»³⁴⁸. La proposta di modifica, infatti, prevede la tipizzazione della prevenzione generale nel dettato costituzionale sul presupposto per cui «da un lato, l'aumento della criminalità ha prospettato la necessità di valorizzare l'efficacia deterrente della sanzione penale. Dall'altro, i risultati poco confortanti dell'ideologia della risocializzazione

³⁴⁷ V. sentenza n. 12 del 1966, Corte costituzionale.

³⁴⁸ E. CIRIELLI, Y. LUCASELLI, G. ZACCONI, *Proposta di legge costituzionale per la modifica dell'articolo 27 della Costituzione in materia di responsabilità penale*, 23 marzo 2018. Disponibile su www.camera.it.

hanno indotto gli studiosi a parlare di vera e propria «crisi dell'ideologia rieducativa»³⁴⁹. Si rinviene in queste parole parte della riflessione politica *hobbesiana*, che individuava – con una ricostruzione non totalmente abbandonata anche in epoca contemporanea – nella paura uno strumento del potere e dell'azione politica statale. Nell'ambito della funzione salvaguardia della sicurezza della comunità sociale e dell'osservanza della legge propria dello Stato, Hobbes attribuisce al *Leviatano* il compito di sviluppare in ciascun concittadino il *timore delle pene*. La paura è per il filosofo uno strumento della politica e – soprattutto – fondamento di civiltà e fattore pedagogico di rigenerazione morale³⁵⁰. Tale tematica verrà approfondita nel prossimo paragrafo.

Tornando al discorso iniziale, dunque, la proposta di riforma formulata nel 2018 è sintomatica di quella «crisi rieducativa» che sempre più spesso viene ormai formulata in dottrina, laddove si riconosce una scarsa coincidenza pratica rispetto al dato letterale magistralmente sancito nella Carta costituzionale. Il nostro è, infatti, un ordinamento che – per citare Ricoeur – si basa su progetto di giustizia volto restaurazione e sulla ricostruzione³⁵¹ dell'essere umano delinquente.

3.6. *Il ricorso alla paura e il c.d. populismo penale.*

Come anticipato nel precedente paragrafo, il finalismo rieducativo magistralmente cristallizzato all'interno della carta costituzionale si trova – di recente – a essere sempre meno protagonista della realtà giuridica di stampo penale. Anzi, sempre più spesso si assiste a un uso populista del diritto e della giustizia penale³⁵² come strumenti di consenso e di controllo politico-

³⁴⁹ *Ibidem.*

³⁵⁰ V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Critica del diritto*, Edizioni scientifiche Italiane, gennaio-dicembre 2009.

³⁵¹ P. RICOEUR, *Il diritto di punire*, a cura di L. Alici, Brescia, 2012, p.50.

³⁵² S. ANASTASIA, M. PALMA, *La bilancia e la misura – giustizia sicurezza e riforme*, Franco Angelini, Milano, 2001.

criminale. D'altronde, quasi da sempre la politica si è servita della paura e la paura è stata funzionale a produrre il dibattito politico, motivo per cui è stata conosciuta – negli anni – l'espressione *funzione politica della paura*³⁵³. Lo aveva capito fin da subito Machiavelli laddove ricostruiva la funzione positiva della paura nella attitudine a unire l'intera comunità³⁵⁴ e ancor di più lo aveva capito Hobbes, che la identificava come il fondamento del potere e della sua legittimazione quando scriveva che «l'origine delle grandi e durevoli società deve essere stato [...] il reciproco timore»³⁵⁵. Si tratta di una ricostruzione assolutamente valida - tutt'oggi - per quasi ogni stato di diritto moderno, ove tale sentimento assume ruolo centralizzato nella dinamica statale.

Lo Stato è, infatti, il solo legittimato a ricorrere - mediante l'ausilio della legge penale - all'uso della forza e al sentimento di paura ad essa connessa per contenere ogni fenomeno di violenza sociale ovvero - per citare Beccaria - «per distogliere il dispotico animo di ciascun uomo dal risommergere nell'antico caos delle leggi della società»³⁵⁶. Non è errato, dunque, ritenere che la strumentalizzazione politica della paura sia la naturale conseguenza della democrazia - è vero anche il contrario? - e che la c.d. *fear of crime* sia il motore generante di gran parte il diritto penale. Il problema si pone, invece, quando questo equilibrio funambolico viene meno e si assiste a un eccessivo sfruttamento politico della legge penale³⁵⁷. Sempre più spesso, infatti, il tema della paura entra nella politica attraverso la questione della sicurezza urbana, che, al di là delle differenze nei diversi Paesi occidentali, si costruisce attorno

³⁵³ Cfr. C. GALLI, *La produttività politica della paura. Da Machiavelli a Nietzsche*, in *Filosofia politica*, 1, 2010, 9.

³⁵⁴ Cfr. N. MACHIAVELLI, *Il Principe*, 1532, XVII: «Gli uomini hanno meno rispetto ad offendere uno che si facci amare, che uno che si facci temere; perché l'amore è tenuto da uno vincolo di obbligo, il quale, per essere li uomini tristi, da ogni occasione di propria utilità è rotto; ma il timore è tenuto da una paura di pena che non ti abbandona mai».

³⁵⁵ T. HOBBS, *Leviatano*, Laterza, 1651.

³⁵⁶ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, op. cit. p. 7.

³⁵⁷ Cfr. C. BROWN, *1996 and All That*, London, 2005. In *The Guardian Weekend*, 5 novembre 2005, p. 73: «Negli anni Novanta del XX secolo ovunque si verificava una crescita dell'Avvertimento Globale. Ogni giorno venivano lanciati nuovi Avvertimenti Globali a proposito di virus killer, onde killer, droghe killer, iceberg killer, carni killer, vaccini killer e ogni altra possibile causa di morte imminente. Dapprima questi Avvertimenti Globali suscitavano spavento, ma dopo un po' la gente ha cominciato ad affezionarsi».

all'affermazione del «diritto a non avere paura»³⁵⁸. Quindi: paura nella politica e, soprattutto, una politica della paura.

In tal senso, è interessante sottolineare come la legislazione penale recente sia stata spesso utilizzata per contenere le paure diffuse di quei soggetti che hanno avuto maggiore possibilità di premere sui Governi affinché agissero in loro difesa. Sempre più frequentemente, infatti, si fa ricorso a quelle drastiche misure sanzionatorie che Garland definiva appartenenti alle *politiche di acting out*³⁵⁹, al solo fine di rassicurare con efficacia – falsamente – immediata l'intera società trascurando gli effetti nefasti eventualmente connessi. Il tratto critico di tale situazione sta nella possibilità di considerarla sintomatica di un complessivo sentimento di sfiducia verso quegli ideali democratici – ovvero, ad esempio, i principi di stato di diritto o le forme di rappresentanza – ritenuti non più adeguati ad assicurare la sicurezza e il benessere sociale.

Per esser più chiari, ciò che si sostiene è che le attuali democrazie ricorrono alla paura come strumento di azione politica spesso utilizzando il diritto penale come arma per sedare tale sentimento. In tal senso, non si presta la opportuna attenzione ai risultati – ad esempio la effettiva riduzione degli indici delinquenziali - conseguiti dalla strategia giuridico-penale ma – di qui la critica – ci si concentra esclusivamente sulla portata della reazione statale e il relativo grado di risonanza e accettazione da parte della società. In un simil contesto, risulta più chiaro comprendere perché il finalismo rieducativo tende a rimanere relegato soltanto sulla carta costituzionale senza avere un adeguato e congruo riscontro anche nelle strategie di politica criminale. Nel prossimo § 3.8. si affronterà più specificamente il discorso del futuro della funzione rieducativa.

In via generale, il termine *populismo penale* si usa in riferimento ad una strategia comunicativa in grado di soddisfare demagogicamente i bisogni comunitari di sicurezza e il loro sistema valoriale, cui fa da *pendant* una

³⁵⁸ R. CORNELLI, *Contro il Pan-populismo. Una proposta di definizione del populismo penale*. In *Diritto penale contemporaneo*, 2020, p.131.

³⁵⁹ D. GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Il Saggiatore, Milano, 2004, p.58.

trasformazione rudemente concreta del modello di giustizia criminale³⁶⁰. Ne consegue una sorta di diritto penale della pericolosità, ove rispetto al finalismo rieducativo si preferisce strizzare l'occhio a favore di meccanismi precauzionali. Un diritto penale, dunque, sintomatico di quella estremizzata attitudine preventiva ad esso sempre più di frequente ricollegata – si ricordi la recente proposta di riforma dell'art. 27 cost. - e che tende a fargli assumere il ruolo di mero mezzo rassicurante. Come rilevato da Sunstein «le democrazie deliberative funzionano meglio se evitano di confrontarsi con i temi di fondo e tentano di ottenere consenso da individui che sono in disaccordo o sono insicuri su come risolvere i temi di fondo. Credo che con riguardo alla paura sia spesso possibile ottenere questo tipo di consenso»³⁶¹. Tuttavia, è bene chiarire che tale dinamica non sfocia sempre in quello che Jakobs chiamava «diritto penale del nemico» in cui – di fatto – si arriva al paradosso di «spogliare» determinati soggetti particolarmente pericolosi persino del ruolo di *persona* e delle relative garanzie annesse. Inoltre, non bisogna nemmeno farsi prendere troppo dall'idea che tutto l'*agere* del diritto penale sia riconducibile ad un puro e semplice populismo. Da sempre - come si è detto - la paura del crimine genera diritto penale perché questo è - a tutti gli effetti - lo strumento che più rassicura la collettività rispetto a paure e allarmi sociali³⁶², ovvero è – per dirla in altre parole – il vassallo della democrazia e della sua perduranza.

La filosofa Nussbaum identifica la funzione principale della pena nella sua capacità di ricostruire e irrobustire il sentimento di fiducia nelle istituzioni lesa dal susseguirsi di fenomeni criminali laddove dice che «anche in una comunità che funziona bene, la fiducia nella correttezza delle istituzioni politiche sarebbe erosa se quelle istituzioni non prendessero seriamente le ingiustizie e non ne riconoscessero pubblicamente la rilevanza»³⁶³. In tal

³⁶⁰ V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, op. cit., p.177.

³⁶¹ C.R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura . Oltre il principio di precauzione*, Bologna, Il Mulino, 2010.

³⁶² A. TRIPODI, *Dal diritto penale della paura alla paura del diritto penale. Spunti per una riflessione*, 2019, p. 264.

³⁶³ M. NUSSBAUM, *Rabbia e perdono. La generosità come giustizia*, op. cit. p. 262.

senso, è fondamentale che la sanzione penale guardi soprattutto al futuro abbandonando ogni rimanente frammento di retribuzione che può ad essa essere – ostinatamente – ricondotto. Solo guardando al futuro e tralasciando le strumentalizzazioni populiste è possibile dare attuazione al fine rieducativo per il quale i costituenti si sono strenuamente battuti. D'altronde, il proposito rieducativo è «un ideale che ha grandemente contribuito al progresso di civiltà in settori carichi di sofferenza ed il cui oscuramento porterebbe ad un regresso pericoloso ed ingiusto»³⁶⁴. Quando la fede in questo ideale è venuta meno, infatti, l'intera trama di tessuti, valori e pratiche sui quali la moderna penalità era stata costruita ha iniziato a disgregarsi³⁶⁵.

3.7. La giustizia riparativa.

Nel corso di questa trattazione si è detto – più volte – che diversi passi in avanti sono stati già fatti – e si dovranno continuare a fare – per superare la logica della pena intesa come puro e semplice castigo. Laddove si considerasse il reato esclusivamente sotto un profilo relazionale - ovvero come una frattura delle aspettative sociali di cui tutti i cittadini sono partecipi - «esso non dovrebbe più essere inteso solo come un comportamento che incrina l'ordine costituito, bensì come una condotta intrinsecamente dannosa e offensiva, che può provocare alle vittime privazioni, sofferenze, dolore e persino la morte e che richiede, da parte del reo, principalmente l'attivazione di forma di riparazione del danno provocato»³⁶⁶. È interessante, infatti, riflettere sulle conseguenze che potrebbero derivare laddove si riuscisse effettivamente a epurare la pena di qualsiasi teleologismo retributivo che, seppure formalmente superato, continua a essere radicato nella tradizione sociale e giuridica dello Stato –

³⁶⁴ G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione*, in *Scritti giuridici*, I tomo, Milano, 1982, p. 1717.

³⁶⁵ D. GARLAND, *La cultura del controllo. crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, op. cit., p. 67.

³⁶⁶ A. CERETTI, *Giustizia riparativa e mediazione penale. Esperienze pratiche a confronto*. In F. SCAPARRO, *Il coraggio di mediare*, Guerini e Associati, 2001, p. 307 e ss.

rectius di gran parte degli Stati. La filosofa Nussbaum concepisce come totalmente improduttivo il sentimento di rabbia che porta alla «restituzione», ovvero al causare altrettanto dolore a chi – per primo - ha prodotto un danno. Nella Direttiva 2012/29/UE, inoltre, viene messa in risalto la dimensione individualista della lesione sottesa al reato in quanto questo «non è solo un torto alla società ma anche una violazione dei diritti individuali delle vittime»³⁶⁷. In questa logica di privatizzazione – o riappropriazione – del conflitto da parte dei soggetti in cui si è realizzato si inseriscono bene i programmi di giustizia riparativa – di recente valorizzati con la Riforma Cartabia - volti a individuare cosa può essere fatto per riparare il danno causato piuttosto che concentrarsi soltanto – come spesso accade con gli altri strumenti ordinamentali – su chi debba essere punito e con quale modalità. Più precisamente, attraverso i programmi di giustizia riparativa non si mira a riparare il danno³⁶⁸ – come si potrebbe essere portati a pensare – ma si tenta di ricostruire quel legame fiduciario sussistente tra le persone di una comunità attraverso lo sviluppo di azioni responsabili verso il prossimo – specie la vittima.

Per tornare – brevemente – al discorso del paragrafo precedente, l'utilizzo di siffatti programmi è funzionale anche ad una migliore gestione della paura – nella duplice accezione di *fear of crime* e *paura di subire un crimine*. Tali progetti divengono, infatti, il mezzo da utilizzare per gestire un'ampia varietà di emozioni e la paura – appunto – lungi all'essere un fattore paralizzante o inibitorio, diviene un sentimento da far affiorare, da riconoscere e da accogliere empaticamente, per poi promuovere la gestione del conflitto attraverso le previste modalità riparatorie³⁶⁹. A tal proposito, conviene ancora una volta precisare³⁷⁰ che l'azione riparativa è da intendersi non già in una

³⁶⁷ Cfr. Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio.

³⁶⁸ M. BOUCHARD, G. MIEROLO, *Offesa e riparazione*, Bruno Mondadori, 2005.

³⁶⁹ G. MANNOZZI, *Il "ruolo" della paura nel diritto penale e nelle scelte di politica criminale*, §2 p. 287.

³⁷⁰ Si riposta la nozione di giustizia riparativa contenuta nei Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters delle Nazioni Unite:

« *La giustizia riparativa è qualunque procedimento in cui la vittima e il reo e, laddove appropriato, ogni altro soggetto o comunità lesi da un reato, partecipano attivamente insieme alla risoluzione delle questioni emerse dall'illecito, generalmente con l'aiuto di un facilitatore. I procedimenti di giustizia riparativa possono includere la mediazione, la*

prospettiva compensatoria e di indennizzo, ma come un'attivazione che assume l'irreparabilità intrinseca di ogni gesto di ingiustizia e rilancia, al contempo, la possibilità di progettare un agire responsabile per il futuro³⁷¹. Di grande importanza è, dunque, il coinvolgimento della vittima, del reo nonché dell'intera società – poco più avanti si vedrà, infatti, chi sono i destinatari della «riparazione». I programmi di giustizia riparativa, dunque, si presentano come un'alternativa processuale e soprattutto culturale, laddove sono espressione del cambio di approccio che ha riguardato la figura del reo. In particolare, ruolo interessante lo assume la mediazione penale nel suo porsi come un vero e proprio *tertium genus* ovvero un'alternativa alla soluzione processuale seppure sempre e comunque contestualizzata nel panorama della giustizia formalmente intesa. In maniera più chiara, essa è «una nuova forma di esercizio della giurisdizione, che si situa tra l'archiviazione e le azioni giudiziarie classiche davanti ad un tribunale»³⁷².

Ulteriore aspetto che merita di essere analizzato riguarda la compatibilità della giustizia riparativa con il finalismo rieducativo. A tal proposito, si ritiene opportuno precisare che la portata riparativa dei sopracitati programmi investe non soltanto la collettività, la legge e la vittima – nel senso di risanare una frattura socio-legislativa intercorsa con l'atto di delinquenza – ma riguarda soprattutto il reo. Lungi da qualsiasi intenzione di ri-categorizzare quest'ultimo al ruolo di vittima, non si può tralasciare il ruolo primario del delinquente nel processo rieducativo. Il coinvolgimento attivo del reo nei programmi di giustizia riparativa, infatti, è funzionale allo sviluppo di una propria coscienza critica e ad esorcizzare quello stigma - etero e auto imposto - del *diverso*. Non è propriamente corretto, dunque, parlare di *riparazione del colpevole* in quanto, seppur dotata di grande portata evocativa, si tratta di un'espressione - di derivanza illuministica - che potrebbe portare a

conciliazione, il dialogo esteso ai gruppi parentali [conferencing] e i consigli commisurativi [sentencing circles]».

³⁷¹ Stati generali dell'esecuzione penale, Tavolo 13 – Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime. *La giustizia riparativa, Profili definitivi; tipologia e caratteristiche dei programmi di giustizia riparativa*. Allegato 3, 2016, p. 2. Disponibile su www.giustizia.it.

³⁷² A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2010, P. 256 e ss.

un'eccessiva esaltazione del significato esclusivamente letterale. Ciò che, invece, si intende qui affrontare è l'importanza di valorizzare soluzioni, anche non processuali, che adempiano alle finalità anzidette della pena e accompagnino in maniera efficace il colpevole nel suo percorso rieducativo. Deve, infatti, tenersi a mente che gli obiettivi da perseguire sono sinteticamente rappresentati dal bisogno di stabilizzazione sociale e di riconciliazione delle parti, nell'ambito del ben più ampio percorso di reintegrazione del reo e della parallela tutela della parte lesa: si tratta di campi in cui – difficile negarlo - la mediazione potrebbe dominare sovrana. I programmi di giustizia riparativa devono essere considerati come un'alternativa all'insegna della legge e non *al posto della legge*³⁷³. Non si tratta di un tentativo di sostituzione dei dogmi del sistema penale ma – si noti – di una interessante alternativa per l'intero contesto sociale volta al raggiungimento di quelle soluzioni che sarebbero altrimenti impossibili nella logica della tradizionale penalità.

3.8. Nuove prospettive di rieducazione: l'esperienza norvegese con il carcere di Halden.

Si ritiene interessante concludere il discorso relativo alla rieducazione dei detenuti guardando ad una delle realtà considerate più efficaci ed efficienti in tale ambito: il sistema penitenziario norvegese. Sebbene vi siano alcuni elementi in comune con l'ordinamento italiano, sussistono alcune differenze formali e fattuali che rendono detto modello scandinavo estremamente funzionante.

Una prima significativa differenza riguarda la non più perdurante previsione dell'ergastolo all'interno del sistema norvegese – dal 1981 infatti la pena massima è fissata a ventuno anni prolungabili per massimo ulteriori cinque – e la particolare tipizzazione di misure di detenzione preventiva da eseguire

³⁷³ Stati generali dell'esecuzione penale, *Documento finale*, 2016, p. 22 e ss. Disponibile su www.giustizia.it.

dopo la pena. Guardando all'organizzazione penitenziaria, invece, risulta opportuno menzionare la dichiarazione teleologica contenuta nel *Kriminalomsorgen* – il sito del Servizio di Correzione Norvegese ove si afferma che il fine dell'intero sistema è volto a «garantire la corretta esecuzione della misura di sicurezza o della pena con il dovuto riguardo alla sicurezza di tutti i cittadini e alla prevenzione delle recidive, stimolando coloro che hanno commesso delitti a cambiare - di propria iniziativa - il proprio comportamento criminale»³⁷⁴.

In via generale, non è errato affermare che entrambe le discipline ordinamentali di stampo penitenziario si fondano sulla rieducazione del detenuto e del suo reinserimento sociale. Tuttavia, il panorama norvegese – in particolare con gli esempi di Halden e Bastøi – si presenta nel concreto ben più efficace. Un elemento caratterizzante è rappresentato dal *principio di normalità*, secondo cui «la vita in carcere deve assomigliare il più possibile alla vita esterna e il trattamento dei detenuti deve essere totalmente dedicato a prepararli per la vita che dovranno condurre quando usciranno dalla prigione»³⁷⁵. L'idea di base è che un soggetto detenuto subisce un'ovvia compressione e privazione della propria libertà personale – bene assoluto – tale per cui è necessario evitare qualsiasi ulteriore compressione della sfera dirittuale: egli deve continuare a mantenere i medesimi diritti dei propri concittadini. Se la sentenza di condanna interviene soltanto sulla sfera della libertà personale del reo, è necessario che la permanenza all'interno delle carceri sia strumentale al suo reintegro nella società. A tal fine – di qui la netta somiglianza con l'impostazione italiana – la detenzione non deve in alcun modo realizzare la desocializzazione del soggetto e la relativa totale estraneazione dal contesto di appartenenza civica. In altre parole, il finalismo

³⁷⁴ Si riporta la versione inglese della frase sopracitata: «the task of the Directorate of Norwegian Correctional Service is to ensure a proper execution of remand and prison sentences, with due regard to the security of all citizens and attempts to prevent recidivism by enabling the offenders, through their own initiatives, to change their criminal behavior». Versione direttamente disponibile su www.kriminalomsorgen.no.

³⁷⁵ RELAZIONE SULLA VISITA IN NORVEGIA DI UNA DELEGAZIONE DEGLI STATI GENERALI SULL'ESECUZIONE PENALE, Oslo, 9-12 novembre 2015. Disponibile su www.giustizia.it.

rieducativo dovrà essere rispettato nel senso di imporre al reo il minor sacrificio necessario in termini di compressione della propria libertà personale e sempre nell'ottica costruttiva di incentivare e lavorare per la propria reintegrazione. Con altrettanta cura viene perseguito il *principio di territorialità*, secondo cui a ogni soggetto detenuto deve essere in linea di massima garantita la possibilità di scontare la relativa pena negli istituti quanto più vicini ai propri luoghi di residenza o di origine.

In tal senso, è importante chiarire che l'intera struttura ordinamentale di stampo penitenziario ruota attorno al principio dell'umanizzazione del trattamento sanzionatorio. Se, infatti, sussiste un chiaro elemento in comune con la disciplina italiana laddove si tenta di perseguire un graduale rilascio del condannato sviluppando quel senso di affidabilità - che è il presupposto per il rispetto delle norme in vigore - spostando i detenuti in strutture via via caratterizzate da livelli di sicurezza più bassi al variare della rispettiva pericolosità sociale, la differenza è data, invece, dal modello di vigilanza che caratterizza il sistema norvegese, ove l'umanizzazione è il motore di qualsiasi atto pratico. Normalizzazione del detenuto e territorialità, dunque. La sfida intrapresa dal sistema nordico è finalizzata a demistificare la figura dei detenuti incentivando la vicinanza degli agenti di sorveglianza e dei rispettivi familiari così da sviluppare - reciprocamente - un'inclinazione a rapportarsi con costante umanità. A titolo esemplificativo, merita di essere menzionato la differente modalità con cui è stato pensato il rapporto tra detenuti e agenti penitenziari. In tal senso, si deve registrare un drastico allontanamento dai metodi di vigilanza più «comuni» in favore di un approccio volto a instaurare e sviluppare tra tali soggetti un vero e proprio rapporto umano³⁷⁶. Eguale importanza viene riconosciuta all'attività lavorativa e ricreativa, con evidenti segnali positivi in termini di recupero della socialità del reo. Sintomatico della buona riuscita di suddetto modello è anche il fatto che il fenomeno del sovraffollamento, seppure presente anche nel sistema norvegese, sta

³⁷⁶ A tal proposito, si noti che le strutture disposte per i soggetti di vigilanza hanno degli spazi estremamente ristretti così da indurre e invogliare le guardie penitenziarie a spendere la maggior parte del loro tempo al di fuori delle stesse e, dunque, anche con i detenuti.

progressivamente rientrando ed è ben lontano dal carattere emergenziale che caratterizza, invece, il sistema italiano – come dimostrato con le sentenze Torreggiani e Sulejmanovic.

Un efficace risultato della suddetta politica penitenziaria è rappresentato dal carcere di Halden, inaugurato nel 2010 e ribattezzato dal New York Times come «*la prigione più umana al mondo*»³⁷⁷. Qui trova estrema attuazione quel principio di normalità cui si è fatto accenno poco prima. Una normalità che si atteggia nella dimensione politica, in quanto la vita all'interno della prigione deve tendere ad assomigliare il più possibile ad una vita condotta generalmente all'esterno. Una normalità anche e soprattutto architettonica, laddove si è tentato di riprodurre fisicamente all'interno della struttura detentiva la conformazione morfologica della comunità esterna. L'intenzione sottesa a tale scelta volgeva nel senso di voler dare al soggetto detenuto una nuova percezione del tempo e dello spazio – di qui la possibilità di mantenere un contatto anche con i paesaggi naturali – così da sottrarlo alla condanna del *non-tempo*, situazione tipica di gran parte gli istituti penitenziari ove i reclusi sono isolati dagli sviluppi e dalle percezioni della vita quotidiana

Per capire a pieno il valore dell'approccio sociale con cui viene regolata e gestita la permanenza all'interno della prigione di Halden, è opportuno riportare le parole di Jan Strømnes - capo di detta prigione - «it's not about being soft it's about being pragmatic»³⁷⁸. Altra peculiarità della gestione di detto istituto si sostanzia in quel concetto di *sorveglianza dinamica*, secondo cui la permanenza quotidiana nel carcere deve arricchirsi di plurime attività così da consentire ai detenuti lo svolgimento di attività eterogenee con le quali arricchire la propria giornata, consentendo agli stessi di disporre anche della chiave della rispettiva cella.

Dagli esempi sopracitati appare netta la differenza con la situazione penitenziaria italiana, in particolare per quanto riguarda la riuscita e concreta

³⁷⁷ J. BENKO, *The radical humaneness Norway's Halden prison, The goal of the Norwegian penal system is to get inmates out of it*. In The new York Times, 26 marzo 2015. Disponibile su www.nytimes.com.

³⁷⁸ J. STRØMNES, *The Norden-Nordic prisons, Documentario*. Disponibile su www.youtube.com.

attuazione del principio di rieducazione. Sarebbe opportuno un intervento riformatore volto a facilitare sia le modalità di reinserimento sociale – soprattutto in ambito lavorativo – del detenuto che ha totalmente scontato la propria pena, sia la permanenza nell’istituto di detenzione. L’esempio norvegese può rappresentare un ottimo punto di ispirazione per l’adozione di un nuovo e più avanguardistico approccio nell’ottica di intervenire su una situazione – quella penitenziaria – in estrema emergenza. Si ritiene ulteriormente opportuno chiarire che il perseguimento di una finalità rieducativa, non deve essere assolutamente scambiato per «la pretesa pedagogica di uno Stato autoritario che si ritenga in diritto di riformare i reclusi secondo un modello precostituito di buon cittadino»³⁷⁹. Conferma di tale precisazione deve essere individuata nell’importanza della componente collaborativa del detenuto sia nella predisposizione del programma sia nella sua attuazione. In tal senso, appare quanto mai attuale la riflessione del grande maestro Vassalli, laddove scrive: «non ci sembra che le critiche volte al principio rieducativo siano sufficienti per indurre all’abbandono di esso. La battaglia per l’affermazione dell’idea di rieducazione, lungi dall’essere una battaglia di retroguardia, è in verità appena iniziata. (...) Forse sono state coltivate anche illusioni eccessive, quanto meno sulla rapidità dei risultati. Gli stessi metodi pedagogici e curativi sono ancora incerti e in via di sperimentazione. Il controllo effettivo sul funzionamento delle misure rieducative è fatalmente debole e distratto per causa di altri compiti. (...) Ma tutto questo non può bastare a far recedere gli esperti della materia dall’attuazione di un ideale che ha grandemente contribuito al progresso della civiltà in settori carichi di sofferenza ed il cui oscuramento porterebbe ad un regresso pericoloso ed ingiusto»³⁸⁰.

³⁷⁹ A. PUNZI, *Sicurezza, certezza della pena e rieducazione*. In *Diritto certezza sicurezza, Parte I*, 2^a edizione, Giappichelli, Torino, 2017, p. 118.

³⁸⁰ G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione*. Op. cit.

CONCLUSIONE

«Tendono alla chiarezza le cose oscure [...]»

Montale

Troppo spesso si sente dire che il tempo dell'agire è arrivato. La situazione di crisi che ormai da anni attanaglia il sistema penitenziario italiano – e non solo – merita una soluzione efficace. Eppure, come si è visto, gli svariati tentativi che si sono susseguiti non sono stati completamente in grado di rimediare a tale situazione emergenziale. Il sovraffollamento carcerario è un fenomeno patologico con cui giornalmente deve fare i conti l'intera società. Quel finalismo rieducativo per cui si sono battuti i padri costituenti non può e non deve rimanere un mero vezzo formale di «modernità».

Nel corso del primo capitolo si è tentato di analizzare a fondo l'utilizzo deforme della pena carceraria, teoricamente destinata – invece – ad un uso soltanto residuale, ovvero laddove non sia possibile intervenire con sanzioni penali meno invasive della libertà personale. In quest'ottica, ogni ulteriore tentativo di automatizzare l'accesso alle misure alternative – sempre più ridotte a meri strumenti deflattivi – deve essere condannato e ostracizzato in quanto si tratta di istituti introdotti nella dinamica ordinamentale per favorire il recupero del reo in ottica rieducativa e non – solo – per contrastare il fenomeno del sovraffollamento detentivo. Tra l'altro, la giurisprudenza di legittimità da sempre ha rimarcato - avverso tale attitudine del legislatore – la necessità di subordinare la concessione della misura alternativa alla valutazione giurisdizionale circa il livello di pericolosità del soggetto. Al momento della presentazione dell'istanza per l'accesso a detti istituti, infatti, il giudice è chiamato a effettuare un bilanciamento tra – da un lato – il livello di ravvedimento raggiunto del reo e la necessità di tutelare la collettività da un soggetto che si è dimostrato pericoloso socialmente e – dall'altra – l'interesse dello Stato ad una corretta economia degli istituti di pena. In tale contesto, è chiaro che il ricorso alla scarcerazione di massa attraverso provvedimenti svuota carceri e automatizzando sempre più intensamente

L'accessibilità alle misure alternative non può e non deve essere considerata la soluzione. Sarebbe più opportuno, invece, che l'intervento statale si realizzi mediante provvedimenti relativi alla conformazione strutturale degli istituti penitenziari, ovvero volti ad aumentarne la capienza, il numero di personale e ad attuare una migliore amministrazione degli spazi così da garantire una restrizione della libertà personale a tutti gli effetti dignitosa e improntata a sviluppare la rieducazione del detenuto. Il modello norvegese, specialmente nell'esempio del carcere di Halden, è sintomatico dell'importanza di attuare e rendere concreto la rieducazione e l'umanizzazione del soggetto per tutta la durata della permanenza negli istituti di pena. Tuttavia, il sovraffollamento carcerario non può essere considerato l'unico fenomeno della crisi in cui versa l'istituzione penitenziaria in sé considerata.

Tentando di adottare una visione più generale, si è visto come vi siano situazioni di difficoltà anche a livello di previsione normativa. Nel secondo capitolo, infatti, sono stati passati in analisi gli istituti dell'ergastolo ostativo e del regime differenziato descritto all'articolo 41-*bis* ord. penit. In particolare, tali istituti sono spesso tornati al centro del dibattito politico e giuridico per i forti dubbi di compatibilità con il precetto rieducativo di cui all'art. 27 co. 3 cost. La previsione di una pena perpetua non è di per sé intesa come contraria ai principi costituzionali laddove ne sia consentita e garantita a livello teorico e pratico la rivedibilità, così da permettere al detenuto di prendere parte al percorso di recupero – proprio del principio di progressività trattamentale – e di poter giungere – in un futuro non troppo lontano – a godere della libertà condizionale e degli altri benefici penitenziari. Il problema dell'istituto rinominato dalla dottrina come ergastolo ostativo, invece, riguarda l'impossibilità di soddisfare detto requisito. In maniera più chiara – come rimarcato dai giudici di Strasburgo – la rivedibilità *de iure* e *de facto* della pena perpetua è la condizione della sua legittimità. D'altronde, il c.d. *fine pena mai* originariamente precludeva tale progressività trattamentale nel caso di detenuti non collaboranti, presumendo che l'assenza di collaborazione fosse sempre una scelta «dolosa» del reo, ovvero motivata dal non aver ripudiato compiutamente la propria appartenenza alla criminalità.

Gli sviluppi giurisprudenziali hanno, con il tempo, portato a significative modificazioni di detta presunzione prevedendo delle attenuazioni all'art. 4-*bis* co. 1 bis ord. penit. nel caso di collaborazione impossibile o irrilevante. Si è visto, inoltre, che la recente riforma Cartabia ha, in continuazione con il monito della Corte EDU e con l'ordinanza n. 97 del 2021 della Corte costituzionale, trasformato in relativa il carattere assoluto della presunzione di pericolosità sociale del detenuto non collaborante. Nella consapevolezza della scarsità di tempo trascorsa per poter formulare un giudizio valido circa gli effetti di detto intervento, pare opportuno condurre delle riflessioni. L'ergastolo ostativo è un *unicum* del sistema ordinamentale italiano e, allo stato attuale, non sembra perseguibile a livello di strategie di governo una soluzione che possa portare alla sua epurazione. D'altronde, forse il vero obiettivo verso cui rivolgere gli sforzi dovrebbe essere quello di dare attuazione concreta al precetto rieducativo consentendo al detenuto ostativo la possibilità di godere della progressività trattamentale anche in assenza di collaborazione e purché sia comunque dimostrata – da un lato – l'avvenuto ripudio circa l'appartenenza al mondo criminale e – dall'altro – lo sviluppo da esso realizzato – in termini di affidabilità e recupero sociale – così da consentirgli un graduale reinserimento nello stato di convivenza esterna al carcere. Il diritto alla speranza appartiene – come rimarcato dalla giudice Power-Forde - alla sfera della dignità umana. Riconoscere la possibilità di sperare – un domani – nel proprio rilascio è il presupposto fondamentale per garantire l'umanizzazione della permanenza detentiva e soprattutto per dare modo al detenuto di beneficiare del precetto rieducativo. Non sarebbe sbagliato, infatti, dire che - con buona pace di Cicerone³⁸¹- finché c'è speranza c'è sempre vita.

Ulteriore fattispecie problematica è quella descritta all'art. 41-*bis* ord. penit., ove viene delineato – come si è visto – un regime differenziato che consiste nella sospensione di tutte quelle regole penitenziarie ritenute inadeguate a realizzare una effettiva rottura di collegamenti con il mondo criminale per

³⁸¹ La citazione originaria è «*aegroto dum anima est, spes est*» originariamente attribuito a Cicerone e tradotto con «*finché c'è vita c'è speranza*».

determinati soggetti, di solito appartenenti al mondo della criminalità organizzata. La condanna di Strasburgo per il caso Provenzano e la recente questione di Alfredo Cospito hanno portato sempre più in discussione a livello sociale e giuridico la legittimità del sopracitato istituto. Soprattutto a livello dei giudici della Corte EDU, è stata riconosciuta la formale compatibilità della disciplina di cui al 41-*bis* con i principi della convenzione lasciando comunque spazio di censura a eventuali violazioni realizzate al momento della sua applicazione pratica. Ai fini della trattazione, si è ritenuto importante ricostruire e analizzare simili istituti in quanto – come detto – la crisi dell’istituzione penitenziaria è una crisi che riguarda – e in qualche modo esprime – aspetti ben diversi dal semplice sovraffollamento carcerario. Le difficoltà in cui versa l’ordinamento italiano investono, infatti, anche e soprattutto il piano normativo e non solo. Gli allarmi dei giudici di Strasburgo e le frequenti pronunce della Corte costituzionale non possono essere lasciate senza ascolto. Sebbene siano fattispecie necessarie e utili, non può ritenersi sufficiente intervenire a livello legislativo senza prima condurre un ripensamento generale della dinamica sociale. La strumentalizzazione del carcere per soddisfare il fabbisogno di sicurezza – secondo il binomio *più carcere più sicurezza* – ha portato a risultati controproducenti e ben lontani dai propositi costituzionali.

A tal proposito, nel terzo capitolo si è condotta un’analisi più generale volta a indagare le percezioni che di recente si hanno del diritto penale a livello di collettività. La paura del crimine è divenuta – di recente – la forza motrice del ricorso alla sanzione penale da parte di molte politiche governative. Tuttavia, perseguendo tale strada si è giunti al paradosso di utilizzare l’arma della pena in termini – spesso – di intimidazione, come dimostrato dalla proposta di riforma dell’art. 27 cost volta all’introduzione di pene c.d. *esemplari*, adombrando il precetto rieducativo che – si ricordi – è l’unico finalismo espressamente riconosciuto a livello della carta costituzionale. La riflessione è importante in quanto mette in luce un’ulteriore dimensione della crisi di cui si discorre: una crisi sociale. In maniera più chiara, sovraffollamento, difficoltà di legittimazione e paura collettiva sono fenomeni connessi e – in

parte – consequenziali. Di qui la necessità di effettuare un ripensamento generale dell’assetto ordinamentale, evitando la strumentalizzazione del diritto penale in termini di mezzo per soddisfare le attese e le aspettative collettive. Più che agire bisogna iniziare a riflettere. Incentivare ulteriormente le misure alternative, tentare nuovi adeguamenti dei due particolari istituti sopra menzionati e ricorrere incessantemente alla criminalizzazione non può essere – come dimostrato – la strada da perseguire. D’altronde il diritto penale si rivolge a quella stessa società di cui porta in sé il segno e ne è – in qualche modo – l’espressione. Per attuare concretamente il precetto rieducativo la pena dovrà giungere a negare sé stessa, divenendo ossimoro. «Se è vero che la scelta a favore di un ulteriore potenziamento delle prassi rieducative può assumere i caratteri di un’opzione utopica, è anche vero che proprio questo è l’atteggiamento che meglio corrisponde all’aspirazione solidaristica che permea tutta la nostra Costituzione. Accertato che la società è corresponsabile nella genesi di un delitto, è necessario continuare a ravvisare nella pena uno strumento di ausilio offerto al reo»³⁸². La strada da seguire può prendere ispirazione dall’esperienza norvegese ove il carcere di Halden è – forse – la massima espressione dell’efficacia e della riuscita di un approccio penitenziario concretamente improntato all’umanizzazione e alla rieducazione del detenuto. Per farlo non sarà neanche necessario guardare troppo al futuro ma, anzi, riflettere sul passato.

Come scrive Nussbaum: «le Erinni sono ancora necessarie perché il mondo è imperfetto e ci saranno sempre reati da giudicare. Ma non devono mantenere la loro forma originaria. Non sono più le stesse: sono infatti divenute strumenti di giustizia e di benessere. La città (lo Stato) è liberata dal flagello della furia vendicativa, che produce disordini civili e morti premature. Al posto della rabbia, la città ottiene la giustizia politica»³⁸³.

³⁸² G.FIANDACA, *Commento all’art. 27 cost.* Op. cit., p. 340.

³⁸³ M. C. Nussbaum, *Rabbia e perdono*, op. cit., p. 17.

*«La liberazione non è la libertà; si esce dal carcere, ma non dalla
condanna»*

Victor Hugo

«L'uomo è per natura un animale politico e chi vive fuori dalla comunità civile, per sua natura e non per qualche caso, o è un abietto o è superiore. [...] la natura, come diciamo, non fa niente senza ragione e l'uomo è l'unico essere ad avere la parola, [...] questa serve a comunicare ciò che è utile e ciò che è nocivo, e quindi anche ciò che è giusto e ciò che è ingiusto; ciò, infatti, è proprio dell'uomo rispetto agli altri animali, l'aver egli solo, la percezione del bene e del male, del giusto e dell'ingiusto e delle altre cose. L'aver in comune tutto questo costituisce la famiglia e lo Stato [...]. Chi non è in grado di fare parte di una comunità civile o non ha bisogno di nulla perché basta a sé stesso, non è parte dello stato. Quindi o è una bestia o è un dio».

Aristotele

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA

- AGAMBEN, G. (2003). *Stato di eccezione*. Torino: Bollati Boringhieri.
- ALFIERI, L. (1996). *Violenza pena e ordine*. In *Diritto penale controllo di razionalità e garanzie del cittadino*. Padova.
- AMATO, N. (2021). *I giorni del dolore, la notte della ragione: stragi di magia e carcere duro*. Rom.
- ANASTASIA, S. PALMA, M. (2001). *La bilancia e la misura – giustizia sicurezza e riforme*, Milano: Franco Angelini.
- ARDITA, S. (2023) *Intervista, Il 41 bis è stato utile e lo è ancora, perché la mafia non è un fenomeno transitorio*. (a cura di) TRINGALI, M. C. (a cura di), MicroMega. 8 febbraio. Disponibile su www.micromega.it.
- ARISTOTELE. *La Politica*. Traduzione in italiano di Russotti, A., Torcello, T.
- BALDUCCI, P., MACRILLÒ, A. (2020). *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*. Milano: Giuffrè.
- BARZANÒ, P. (2015). *Il sovraffollamento carcerario; un problema diffuso*. In *Rassegna Penitenziaria e criminologica*, n. 1.
- BECCARIA, C. (1764). *Dei delitti e delle pene*. Livorno.
- BENTHAM, J. (1811). *Théorie des peines*.
- BENTHAM, J. (1830). *Principes du code pénal II*. In *Traité de législation*.
- BENTHAM, J. *Vue générale d'un corps complet de législation*.
- BERNARDI, S. (2020) *Sull'incompatibilità con la Costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia: in margine a Corte cos. Sentenza del 23 ottobre 2019 n. 253*. Osservatorio dell'associazione italiana dei costituzionalisti.
- BERNASCONI, A. (1999). *Esecuzione penale ed alternative penitenziarie*. Padova: Cedam.
- BETTIOL, G. (1951). *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*. 1951.

- BIANCHI, D. (2022). *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega Cartabia: una grande occasione non priva di rischi*. In sistema penale. www.sistemapenale.it.
- BLOCH, E. (2005) *Il Principio Speranza*, Premessa. Milano: Grazianti.
- BOUCHARD, M. MIEROLO, G. (2005). *Offesa e riparazione*. Bruno Mondadori.
- MANNOZZI, G. *Il “ruolo” della paura nel diritto penale e nelle scelte di politica criminale*.
- BRASIELLO, U. (1982). *Pena e Diritto romano*. In *Novissimo Digesto Italiano*. Volume XII. Torino: Utet.
- BROWN, C. (2005). *1996 and All That*. Londra. In *The Guardian Weekend*. 5 novembre 2005.
- BRUNETTI, C. (2010). *Diritto Penitenziario*. Napoli: Esselibri.
- CALAVITA, O. (2022). *La riforma delle sanzioni sostitutive; riflessioni processualistiche in attesa del decreto legislativo*. In *La legislazione penale*. www.lalegislationepenale.eu.
- CANEPA, M., MERLO, S. (2004). *Manuale di diritto penitenziario: le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*. Milano.
- CANEPA, M., S. MERLO, S. (2010). *Manuale di diritto penitenziario*. Giuffrè.
- CANFORA, L. (2008). *La democrazia, storia di una ideologia*. Laterza.
- CANTARELLA, E. (1991). *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*. Milano: Rizzoli.
- CARRARA, F. (1870). *Programma del Corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*.
- CASELLI, G. (2019). *Quelle regole spezzano la forza dei clan. Farne a meno significa amarli di nuovo*. Il Fatto Quotidiano. 6 ottobre 2019.
- CATTANEO, M. (1978). *Il problema filosofico della pena*. Ferrara: Editrice Universitaria.
- CATELANI, G. (2002). *Manuale dell'esecuzione penale*. Milano: Giuffrè.
- CERETTI, A. (2001). *Giustizia riparativa e mediazione penale. Esperienze pratiche a confronto*. In SCAPARRO, F. *Il coraggio di mediare*. Guerini e Associati.
- CIAFARDINI, L. (2022). *Reati ostativi: quale futuro per la collaborazione impossibile o inesigibile? Note a margine della sentenza n. 20 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Sistema Penale*, 10 febbraio 2022.

- CIAVOLA, A. (2010). *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*. Torino: Giappichelli.
- COLAVECCHIO, G. (2019). *Riflessioni sul 41-bis a margine della sentenza Provenzano c. Italia*.
- COLELLA, A. (2011). *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*. In *Diritto penale contemporaneo*.
- CORLEONE, F. PUGIOTTO, (2013). *A. Volti e maschere della pena*, Ediesse, Roma:Ediesse.
- CORNELLI, R. (2020). *Contro il Pan-populismo. Una proposta di definizione del populismo penale*. In *Diritto penale contemporaneo*.
- CORSO, V.P. (2006). *Manuale della esecuzione penitenziaria*. Bologna: Monduzzi.
- CRIVELLARI, G. (1980). *Il Codice penale per il Regno d'Italia*. Torino: Unione tipografico-editrice.
- CROCE, B. (1931). *Etica e politica*. Adelphi.
- DAGA, L. (1988). *Le nuove regole penitenziarie europee*. In *Documenti giustizia*.
- DAGA, L. (1993). *L'evoluzione della normativa e la situazione penitenziaria dopo la riforma del 1986*. In *Relazione all'incontro con i magistrati di sorveglianza*. Frascati.
- DELLA BELLA, A. (2014). *Emergenza carceri e sistema penale – i d.l. del 2013 e la sentenza della Corte costituzionale 32/2014*. Torino: Giappichelli.
- DELLA BELLA, A. (2014) *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*. In *Diritto penale contemporaneo*.
- DELLA CASA, F. (1994). *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della 'scommessa' anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del 'doppio binario'*.
- DE SIMONE, F. (2019). *Gli esiti della controriforma penitenziaria*, in *Archivio Penale*. www.archiviopenale.it
- DE VITO, R. (2020). *Dentro la prigione, un'introduzione*, In *Giurisprudenza Penale*.
- DI GENNARO, G., BREDA, R., LA GRECA, G. (1997). *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*. Milano: Giuffrè.

- DOLCINI, E. PALIERO, C. E. (1989) *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*. Milano.
- DOLCINI, E. (2018). *A proposito di leggi svuota carceri*. In *Archivio Diritto penale contemporaneo*. www.penalecontemporaneo.it.
- DOLCINI, E. (2018). *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*. In *Diritto penale contemporaneo*. Disponibile su www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.
- DOLCINI, E. (2019). *Pena e Costituzione*. In *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. n 1/2019.
- DOLCINI, E. (2021). *Fine pena: 31/12/1999. Il punto sulla questione ergastolo*. In *Sistema penale*. Disponibile su www.sistemapenale.it.
- DOLCINI, E. (2021). *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*. In *Sistema penale*, 25 maggio 2021.
- DOLCINI, E. (2021). *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*. In *Sistema penale*. www.sistemapenale.it.
- DOLCINI, E. (2022). *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*. In *sistema penale*. www.sistemapenale.it.
- DOLCINI, E. (2022). *L'ergastolo ostativo riformato in articulo mortis*. In *Sistema Penale*.
- EUSEBI, L. (1997). *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*. Giuffrè.
- EUSEBI, L. (2007). *Il diritto – enciclopedia giuridica del sole 24 ore*. Bergamo.
- FALLACI, O. (1969). *Niente e così sia*. New York: Giuffrè.
- FASSONE, E. (1980). *La pena detentiva in Italia dall'Ottocento alla riforma penitenziaria*. Bologna.
- FASSONE, E. (2015) *Fine pena: ora*. Sellerio, Palermo: Sellerio.
- FERRAJOLI, L. (1992). *Ergastolo e diritti fondamentali*. In *Dei delitti e delle pene*.
- FEUERBACH, L. A. *Anti-Hobbes ovvero I limiti dl potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*. (a cura di) CATTANEO, M. (1972). Milano.
- FEUERBACH, L. A. *Revision der grundsätze und grundbegriffe des positiven peinlichen rechts*. Parte I. Erfurt.
- FIANDACA, G. (2018). *Prima lezione di diritto penale*. Editori Laterza.

- FILIPPI, L. *Adelante pedro... con (poco) juicio. Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*. In *Diritto penale e processo*. n 4/2014.
- IORE, C. IORE, S. (2020). *Diritto penale: parte generale*. Utet.
- IORENTIN, F. (2020). *Preclusioni penitenziarie e permessi premio*. In *Cassazione penale*.
- IORIO, C. (2018). *Il doppio binario penitenziario*. In *Archivio Penale*. Fascicolo I. Gennaio-aprile. Disponibile su www.archiopenale.it.
- FRANCESCO. (2019) *Udienza al personale carcerario. Il papa: «Mai privare del diritto alla speranza»*. Piazza San Pietro. 14 settembre 2019. Disponibile su www.avvenire.it.
- FOUCAULT, M. (2014). *Sorvegliare e Punire*. Torino: Giulio Einaudi.
- GADAMER, H. H. (1960) *Verità e metodo*.
- GALLI, C. (2010). *La produttività politica della paura. Da Machiavelli a Nietzsche*. In *Filosofia politica*, 1.
- GALLIANI, D. (2019) *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*. (a cura di) DOLCINI, E. FASSONE, E. GALLIANI, D. PINTO P. DE ALBUQUERQUE PUGIOTTO, A. Giappichelli Editore.
- GALLIANI, D. (2019). *Riflettere, insieme, sull'ergastolo ostativo*, in *Rivista di studi e ricerche sulla criminalità organizzata*. Vol. n. 5.
- GALLO, E. (1994). *Un primo passo per il superamento dell'ergastolo*. In *Giurisprudenza Costituzionale*.
- GARGANI, A. (2022). *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*. In *La legislazione penale*. www.lalegislazionepenale.eu.
- GARLAND, D. (2004). *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*. Milano: Il saggiatore.
- GASPARI, M., LEONARDI, M. (2017). *La detenzione domiciliare*. Torino: Giappichelli.
- GATTA, G. L. (2012) *Nuovo atto del Pacchetto Severino: interventi di depenalizzazione e decarcerizzazione, oltre alla sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili, nel disegno di legge-delega presentato alla Camera*. In *Archivio Diritto penale contemporaneo*. www.dirittopenalecontemporaneo.it.

- GATTA, G. L. (2021) *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della legge Cartabia*. In *Sistema penale*. www.sistemapenale.it.
- GIOSTRA, G., DELLA CASA, F. (2006). *Ordinamento penitenziario-commentario*. Padova: Cedam.
- GIOSTRA, G. (2017). *Che fine hanno fatto gli Stati Generali?* In *Diritto penale contemporaneo*. www.penalecontemporaneo.it.
- GONNELLI, F. (2005). *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*. Roma-Bari: Laterza.
- GREVI, V. (1994). *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*. In Id. *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*. Padova.
- GROLMAN, K. (1798). *Grundsatre der Criminalrechtswissenschaft*, I ed. Giessen.
- GROZIO, U. (1625). *De iure belli ac pacis*.
- HEGEL, G. W. F. (1821). *Lineamenti di filosofia del diritto*. Berlino. Ed. it. CICERO V. (1996). Milano.
- HEGEL, G. W. F. (1907). *Lo spirito del cristianesimo*, in *Scritti*.
- HOBBS, T. (1642). *De Cive*. In *Elementi di filosofia*. (a cura di) MAGRI, T. (2005). Roma: Editori Riuniti.
- HOBBS, T. (1651). *Leviatano*. Laterza.
- JAKOBS, G. (2000) *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)*, in A. ESER- W. HASSEMER – B. BURKHARDT (a cura di), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*. Monaco.
- JAKOBS, G. (2003), *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*. In JAKOBS, G. CIANCIO MELIA, M. *Derecho penal del enemigo*. Madrid.
- JAKOBS, G. In GAMBERINI, A. ORLANDI, R. (2007) *Delitto politico e diritto penale del nemico*. Bologna: Monduzzi.
- JAKOBS, G. (2019). *La pena statale. Significato e finalità*. Editoriale scientifica.

- KALICA, (2017) E. *Note dal regime detentivo speciale: il carcere duro e la realtà del 41-bis*. In SBRACCIA, A. VERDOLINI, V. (a cura di), *ANTIGONE, Semestrale di critica del sistema penale e penitenziario*, N° 2. Napoli.
- KANT, E. (1797). *La metafisica dei costumi*. (a cura di) VIDARI G. (2009). Laterza.
- KANT, I. *Dottrina del diritto - Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*. Torino: Utet.
- KELSEN, (1940). H. *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*. Le Oliver Wendell Holmes Lectures. (a cura di) Nitsch, C. (2009). Milano:Giuffrè.
- KLUG, U. (1989). *Il commiato da Kant e da Hegel*. In Eusebi L. (1989). *La funzione della pena: Il commiato da Kant e da Hegel*. Milano: Giuffrè.
- LA GRECA, G. (2006). *La riforma penitenziaria del 1975 e la sua attuazione*. In *Rassegna penitenziaria e criminologica*. www.rassegnapenitenziaria.it.
- MACHIAVELLI, N. (1532) *Il Principe*.
- MALINVERNI, A. (1977). *Motivi*. in *Enciclopedia Diritto*. Volume XXVII. Milano: Giuffrè.
- Manca, V. (2016). *La Corte EDU conferma la compatibilità del 41-bis Ord. Pen., ma il “carcere duro” è davvero conforme ai diritti umani?* in *Giurisprudenza penale* (Rivista web).
- MANCA, V. (2019). *Le declinazioni della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti nel dialogo tra le Corti: da Viola c. Italia all’attesa della Corte costituzionale*. In *Archivio Penale*.
- MANNA, A. (2021). *Considerazioni critiche sulle proposte della Commissione Lattanzi in materia di sistema sanzionatorio penale e di giustizia riparativa*. In *Archivio penale contemporaneo*. www.penalecontemporaneo.it.
- MANTOVANI, F. (1984). *Il problema della criminalità*. Padova: Cedam.
- MANZINI, V. (1926). *Trattato di diritto penale italiano*. 2° edizione, Torino: Unione tipografico-editrice.
- MARGARA, A. (1983) *La modifica della legge penitenziaria: una scommessa per il carcere, una scommessa contro il carcere*. In *Questione di giustizia*, n. 3.
- MARGARA, A. (2002). *Carcere duro, per sempre. Il Senato vara il nuovo 41bis: rende ordinario uno strumento d'emergenza*. In *Fuoriluogo*. 25 ottobre 2002.

- MARINUCCI, G., DOLCINI, E., GATTA, G. (2020). *Manuale di Diritto Penale – parte generale*. Milano: Giuffrè.
- MARINUCCI, G. (1974). *Politica criminale e riforma del diritto penale*. In *Rivista di scienze giuridiche*.
- MARINUCCI, G. *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*. In *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. n. 1/2000.
- MATHIESEN, T. (1996). *Perché il carcere?* Torino: Edizioni Gruppo Abele.
- MICHETTI, M. (2019). *L'accesso ai permessi premio tra finalità rieducativa della pena ed esigenze di politica criminale*.
- MONGILLO, V. *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Critica del diritto*. Edizioni scientifiche Italiane. Gennaio-dicembre 2009.
- MORO, A. *Lezioni di istituzioni di diritto e procedura penale, tenute nella Facoltà di scienze politiche dell'Università degli studi di Roma*. A cura di TRITTO, F. (2005). Bari: Cacucci.
- MORO, A. *La funzione della pena*, lezione del 13 gennaio 1976 nella Facoltà di Scienze politiche dell'Università degli Studi di Roma, in *Contro l'ergastolo. Il carcere a vita, la rieducazione e la dignità della persona*. (a cura di) ANASTASIA, S. CORLEONE, F. (2009) Roma:Ediesse.
- MOSCONI, G. (2001). *La crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effetti sull'istituzione penitenziaria*. (a cura di) ANASTASIA, A. PALMA, M. *La bilancia e la misura. Giustizia sicurezza riforme*. Milano: Franco Angeli.
- MUSUMECI, C. *Gli uomini Ombra*. Gabrielli. 2010.
- NALDI, A. (2007). *La funzione rieducativa e ri-socializzatrice, il trattamento penitenziario, il lavoro recluso. Alcuni paradossi del carcere di oggi*. In *Antigone, quadrimestrale di critica del sistema penale e penitenziario*. Torino: L'Harmattan.
- NIETSCHZE, F. (1988). *Genealogia della morale*. Milano.
- NUSSBAUM, M. C. (2017). *Rabbia e perdono. La generosità come giustizia*, Bologna: Il Mulino.
- PALAZZO, F. (2002). *Esecuzione progressiva e benefici penitenziari*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*. Milano: Giuffrè.

- PALAZZO, F. (2018). *Crisi del carcere e interventi di riforma: dialogo con la storia*. In *Archivio Diritto penale contemporaneo*. www.dirittopenalecontemporaneo.it.
- PALAZZO, F. (2018). *Crisi del carcere e culture di riforma*, in *Diritto penale contemporaneo*. www.penalecontemporaneo.it.
- PALAZZO, F. *Prefazione*, in DOLCINI, E. FIORENTIN, F. GALLIANI, D. MAGI, R.
- PUGIOTTO, A. (2020) *Il diritto alla speranza davanti alle Corti, Ergastolo ostativo e articolo 41-bis*.
- PALIERO, C.E., BASILE, F., GATTA, G.L. (2018). *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano: Giuffrè.
- PALMA, M. ROSSI, E. (2022) *Relazione al Parlamento sull'attività svolta dal garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale*. Disponibile su www.senato.it.
- PASSIONE, M. *La consulta riallinea l'ordine di esecuzione e l'affidamento in prova: uno sguardo prospettico per nuovi e diversi scenari*, in *Diritto penale e processo*. n. 1/2019.
- PAVARINI, M. *Le teorie tecnocratiche della pena*. In *Enciclopedia delle scienze sociali*. Disponibile su www.treccani.it.
- PAVARINI, M. (2005). *L'irrisolta ambiguità del punire*. In *Dignitas*, n. 8. Novembre 2005.
- PEDRAZZI, C. (1955). *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*. Milano.
- PELLISSERO, M. (2019). *Politica, consenso sociale e dottrina: un dialogo difficile sulle riforme attuate e mancate del sistema sanzionatorio*. In *Archivio Penale*. Fascicolo I. gennaio-aprile (web).
- PLATONE. *Le leggi*. (Trad. it.) Cassarà, A. Editori Laterza.
- PLATONE. *Il Protagora*. (Trad. it.) ADORNO, F. (1996). Editori Laterza.
- PRESUTTI, A. (1999). *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*. Padova: Cedam.
- PUGIOTTO, A. (2006). *Il volto costituzionale della pena e i suoi sfregi*, In *Diritto penale contemporaneo*.

- PUGIOTTO A. (2015) *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*. In *Rivista Italiana di diritto e Procedura Penale*.
- PUGIOTTO, A. (2019) *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*. In *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*. Torino: Giappichelli.
- PUGIOTTO, A. (2020) *Dopo la sentenza (di accoglimento) che verrà, in Il fine della pena. Sull'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*. Atti del seminario. Ferrara. 25 febbraio. Forum di Quaderni Costituzionale. Rassegna.
- PUGIOTTO, A. (2022). *Da tecnica a tattica decisoria. L'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo differita per la seconda volta*. In *Rivista Penale Diritto e Procedura*. n°2.
- PUNZI, A. (2017). *Sicurezza, certezza della pena e rieducazione*. In *Diritto certezza sicurezza, Parte I*, 2^a edizione. Torino: Giappichelli. 2017.
- PUSTORINO, P. (2012). *Art. 3, Proibizione delle Tortura in Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo* a cura di BARTOLE, S. DE SENA, P. ZAGREBELSKY, V.
- RADBRUCH, G. (2009). *Conceptos de clasificación y conceptos ordenadores en el pensamiento jurídico*. Trad. Dalbora, J. L. G. Nell'Anuario de Filosofía Jurídica y Social.
- RICOEUR, P. (2012). *Il diritto di punire*. (a cura di L. Alici. Brescia.
- RISICATO, L. (2021). *L'incostituzionalità riluttante dell'ergastolo ostativo: alcune note a margine di Corte cost., ordinanza n. 97/2021*. In *Rivista italiana di diritto e procedura penale*.
- RONCO, M. (1996). *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*. Torino.
- RUFFO, M. A. (2004). *Diritto Penale amministrativo*. Padova.
- RUOTOLO, M. (1995). *L'illegittimità costituzionale della pena dell'ergastolo nei confronti del minore: un segno di civiltà giuridica*. In *Giurisprudenza Italiana*.
- SALLUSTIO. *Epistulae ad Caesarem senem de re pubblica*. (a cura di) CUGUSI P. (1968).

- SANTINI, S. (2019). *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta “via di scampo”*: dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana. In *Diritto Penale Contemporaneo*.
- SARZANINI, F. *Bagarella, segnale all’ala dura della mafia*, in *Corriere della Sera*, 14 luglio 2002.
- SCHMITT, C. (1972). *Il concetto del politico*, in *Le categorie del “politico”*. Bologna: Il Mulino.
- SENECA, L. A. (Trad. it.) MARINO, R. (2012). Rusconi.
- SFERLAZZA, O. (2021). *Riflessioni a margine della ordinanza della Corte costituzionale n. 97/2021 sull’ergastolo ostativo: molti dubbi poche certezze*. In *Questione giustizia*, 24 giugno.
- SUNSTEIN, C.R. (2010). *Il diritto della paura . Oltre il principio di precauzione*. Bologna: Il Mulino.
- TOLSTOJ, L. (1899). *Resurrezione*. (Trad. it.) VILLA, A. (1995). Roma.
- TORCHIO, M. (2015) *Cattivi*, Einaudi.
- TRECHSEL, S. *Human Rights of Persons Deprived of their Liberty*, in *Council of Europe, Rights of Persons Deprived of Their Liberty: Proceedings of the 7th International Colloquy on the European Convention on Human Rights*, Kehl am Rhein .1994.
- TRIPODI, A. (2019). *Dal diritto penale della paura alla paura del diritto penale. Spunti per una riflessione*.
- TRONCONE, P. (2006). *Manuale di diritto penitenziario*. Torino: Giappichelli.
- TURATI, F. (1904). *I cimiteri dei vivi*. (a cura di) IRMICI, P.E. (2021). *Il Papavero*.
- TURCHETTI, S. (2010) *Legge svuotacarceri e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare? – Considerazioni a margine della l. 26 novembre 2010, n. 199*. www.penalecontemporaneo.it.
- VASSALLI, G. (1997). *Il dibattito sulla rieducazione*. In *Scritti giuridici*. tomo II. Milano.
- VENTURI, F. (1970). *Il diritto di punire*. In *Utopia e riforma nell’Illuminismo*. Einaudi.

- VENTUROLI, M. (2020). *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*. Torino.
- VIANELLO, F. (2015). *Never say never”: against the life sentence, in favor of an unsettled penalty*. In *Sicurezza e scienze sociali*. 2.
- VIGANÒ, F. (2012). *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 Cedu: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della corte di Strasburgo*. In *Diritto Penale Contemporaneo*.
- VIGANÒ, F. (2013). *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 *Archivio Diritto Penale Contemporaneo*.
- VIOLI, L. (2020). *Il trattamento penitenziario*, in BALDUCCI P., MACRILLÒ A., *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*. Milano: Giuffrè.
- VON JHERING, R. (1877). *Der Zweck im Recht*. Lipsia. Traduzione in italiano di Losano.
- VON LISZT, F. (1883). *La teoria dello scopo nel diritto penale*. Milano.
- VON LISZT, F. (1905). *Strafrechtliche aufsätze und Vorträge. Volume II*. Berlino.
- VON LISZT, F. In MARINUCCI, G., DOLCINI, E., GATTA, G. (2020). *Manuale di Diritto Penale – parte generale*. Milano: Giuffrè.
- ZAMPAGLIONE, V. (2017) A. *Usa, negata l'extradizione al boss*. In *La repubblica*. 16 ottobre 2017.

GIURISPRUDENZA

- Sentenza n. 12 del 1966, Corte costituzionale.
- Sentenza n. 204 del 1974, Corte costituzionale.
- Sentenza n. 264 del 1974, Corte costituzionale
- Sentenza n. 364 del 1988, Corte costituzionale.
- Sentenza n. 1085 del 1988, Corte costituzionale.
- Sentenza n. 313 del 1990, Corte costituzionale.

Sentenza n. 34 del 1993, Corte costituzionale.
Sentenza 306 del 1993, Corte costituzionale.
Sentenza n. 343 del 1993, Corte costituzionale.
Sentenza n. 168 del 1994, Corte costituzionale.
Sentenza n. 341 del 1994, Corte costituzionale.
Sentenza n. 357 del 1994, Corte costituzionale
Sentenza n. 440 del 1994, Corte costituzionale.
Sentenza n. 68 del 1995, Corte costituzionale
Sentenza n. 12 del 1996, Corte costituzionale.
Sentenza n. 135 del 2003, Corte costituzionale.
Sentenza n. 306 del 2003, Corte costituzionale.
Sentenza n. 257 del 2006, Corte costituzionale.
Sentenza n. 351 del 1996, Corte costituzionale.
Sentenza n. 183 del 2011, Corte costituzionale.
Sentenza n. 236 del 2016, Corte costituzionale.
Sentenza n. 41 del 2018, Corte costituzionale.
Sentenza n. 1 del 2021, Corte costituzionale.
Sentenza n. 20 del 2022, Corte costituzionale.
Sentenza n. 28 del 2022, Corte costituzionale.
Sentenza n. 4137 del 1992, Corte di Cassazione.
Sentenza n. 9306 del 1996, Corte di Cassazione.
Sentenza n. 422 del 1999, Corte di Cassazione.
Sentenza n. 287 del 2000, Corte di Cassazione.
Sentenza n. 8498 del 2001, Corte di Cassazione.
Sentenza n. 220369 del 2001, Corte di Cassazione.
Sentenza n. 20989 del 2001, Corte di Cassazione.
Sentenza n. 16741 del 2008, Corte di Cassazione.
Sentenza n. 240685 del 2008, Corte di Cassazione.
Sentenza n. 18206 del 2015, Corte di Cassazione
Sentenza n. 264602 del 2015, Corte di Cassazione.
Sentenza n. 268926 del 2016, Corte di Cassazione.
Sentenza n. 1779 del 2017, Corte di Cassazione.

Sentenza n. 11018 del 2018, Corte di Cassazione.
Sentenza n. 1032 del 2019, Corte di Cassazione.
Sentenza n. 274993 del 2019, Corte di Cassazione.
Sentenza *Natoli c. Italia* del 2001, Corte europea dei diritti dell'uomo.
Sentenza *Trepachkine c. Russia* del 2007, Corte europea dei diritti dell'uomo.
Sentenza *Enea c. Italia* del 2009, Corte europea dei diritti dell'uomo.
Sentenza *Sulejmanovic c. Italia* del 2009, Corte europea dei diritti dell'uomo.
Sentenza *Gäfgen c. Germania* del 2010, Corte europea dei diritti dell'uomo.
Sentenza *Vinter c. Regno Unito* del 2012, Corte europea dei diritti dell'uomo.
Sentenza *Torreggiani c. Italia* del 2014, Corte europea dei diritti dell'uomo.
Sentenza *Provenzano c. Italia* del 2018, Corte europea dei diritti dell'uomo.
Sentenza *Viola c. Italia* del 2019, Corte europea dei diritti dell'uomo.

FONTI NORMATIVE

Decreto-legge n. 211 del 2011 («Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri»).

Decreto-legge n. 146 del 2013 («Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria»).

Decreto ministeriale n. 334 del 1989 («Regolamento per l'esecuzione del codice di procedura penale»).

Legge n. 1634 del 1962 («Modificazioni alle norme del Codice penale relative all'ergastolo e alla liberazione condizionale»).

Legge n. 354 del 1975 («Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà»).

Legge n. 203 del 1991 («Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, recante provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa»).

- Legge. n. 356 del 1992 («*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, recante modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa*»).
- Legge n. 9 del 2012 («*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, recante interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri*»).
- Legge n. 848 del 1955 («*Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*»).
- Legge n. 134 del 2021 («*Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*»).
- Raccomandazione N° (92) 16 («*Raccomandazione del Comitato dei Ministri agli Stati Membri relativa alle regole europee sulle sanzioni e misure alternative alla detenzione*»)

SITOGRAFIA

- ASSOCIAZIONE ANTIGONE. (2022). *XVIII rapporto sulle condizioni di detenzione*. Disponibile su www.rapportoantigone.it.
- Atti dell'Assemblea costituente*, seduta del 5 aprile 1947. Disponibile su www.camera.it.
- BENKO, J. *The radical humaneness Norway's Halden prison. The goal of the Norwegian penal system is to get inmates out of it*. In *The New York Times*, 26 marzo 2015. Disponibile su www.nytimes.com.
- CIRIELLI, E. LUCASELLI, Y. ZACCONI, G. *Proposta di legge costituzionale per la modifica dell'articolo 27 della Costituzione in materia di responsabilità penale*. 23 marzo 2018. Disponibile su www.camera.it.

COMITATO EUROPEO PER LA PREVENZIONE DELLA TORTURA E DELLE PENE O TRATTAMENTI INUMANI O DEGRADANTI (CPT), *Rapporto sull'Italia*, Strasburgo, 24 marzo 2023. Disponibile su www.coe.int.

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA. (2016). *Stati generali sull'esecuzione penale*. Disponibile su www.giustizia.it.

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA. (2018). *La detenzione domiciliare*. Disponibile su www.giustizia.it.

Parere del Comitato Etico della Fondazione Umberto Veronesi. (2014). *Ripensare il sistema sanzionatorio penale*. Disponibile su www.scienceandethics.fondazioneveronesi.it.

Relazione sull'amministrazione della Giustizia. (2011). Disponibile su www.altalex.com.

RELAZIONE SULLA VISITA IN NORVEGIA DI UNA DELEGAZIONE DEGLI STATI GENERALI SULL'ESECUZIONE PENALE, Oslo, 9-12 novembre 2015. Disponibile su www.giustizia.it.

Relazione finale degli Stati Generali dell'esecuzione penale. (2016). Disponibile su www.giustizia.it.

SARACENI, L. (1998). *Relazione alla commissione giustizia della Camera dei deputati, seduta n. 347*. Disponibile su www.camera.it.

SEVERINO, P. Intervista durante la visita alla casa circondariale di Padova. 12 settembre 2012. Padova. Disponibile su www.ristretti.org.

SEVERINO, P. *Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali, anche straniere*, 2012. Disponibile su www.camera.it.

SKYTG24. (2023). *41-Bis quanti sono i detenuti*. 2 febbraio 2023. In www.tg25.sky.it

Stati generali dell'esecuzione penale, *Documento finale*, 2016, p. 22 e ss. Disponibile su www.giustizia.it.

STRØMNES, J. *The Norden-Nordic prisons, Documentario*. Disponibile su www.youtube.com.

ZETALUISS, *I dati del carcere duro*. 3 febbraio 2023. In www.zetaluiss.it