

FONDAMENTI DI CRITICA DELLA PENA E DEL PENITENZIARIO

Rielaborazione aggiornata
dell'opera didattica
di Massimo Pavarini

Seconda edizione

OPEN
TEACHING



Davide Bertaccini

FONDAMENTI DI CRITICA DELLA PENA E DEL PENITENZIARIO

Rielaborazione aggiornata
dell'opera didattica
di Massimo Pavarini

Seconda edizione

Bononia
University Press

La versione digitale di questo volume è disponibile gratuitamente grazie al contributo dell'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna.

Visita buponline.com/openteaching

Bononia University Press

Via Foscolo 7

40123 Bologna

tel. (+39) 051 232882

fax (+39) 051 221019

ISBN 978-88-6923-711-9

ISBN online 978-88-6923-712-6

www.buponline.com

e-mail: info@buponline.com

Quest'opera è pubblicata sotto licenza Creative Commons BY-NC-SA 4.0

Progetto di copertina: Design People (Bologna)

Impaginazione: Sara Celia

Prima edizione: febbraio 2021

A Giuliana, Bruno, Attilio e Lilia

SOMMARIO

Premessa alla prima edizione	17
Premessa alla seconda edizione	19

PARTE PRIMA

PENA

Capitolo I. Fenomenologia punitiva	23
1. L'essere e il dover essere del castigo legale	23
2. Le funzioni materiali della pena	24
3. I fini ideologici della pena	25
4. L'emergenza storica dell'utilitarismo penale	27
5. Le teorie giustificative della pena utile	29
5.1. Prevenzione generale negativa	29
5.2. Prevenzione generale positiva	30
5.3. Prevenzione speciale negativa	31
5.4. Prevenzione speciale positiva	32
6. La giurisprudenza costituzionale sugli scopi della pena	33
6.1. Accoglimento della concezione polifunzionale della pena	33
6.2. Rieducazione come fine dell'esecuzione della pena	35
6.3. Rieducazione quale scopo oltre la fase esecutiva della pena	36
6.4. Approdo al monofinalismo rieducativo della pena	37
6.5. Ripresa della polifunzionalità della pena	38

7. La crisi dello scopo rieducativo e le alternative al modello correzionale	39
7.1. Nuovo realismo penologico	40
7.2. Nuovo garantismo penalistico	41
8. L'ineffettività delle sanzioni penali e la pedagogia del diritto penale	41

Capitolo II. Sistema penale	45
------------------------------------	----

1. La pena come criterio di individuazione del reato	45
2. La centralità storica della privazione di libertà come conseguenza sanzionatoria	46
3. Dalla pena detentiva alla diversificazione sanzionatoria	47
4. L'eterogeneo ampliamento della gamma sanzionatoria	49
5. Il processo penale e la pena processuale	52
6. Dalla pena edittale alla pena irrogata	53
7. Il potere discrezionale del giudice tra vuoto dei fini e principi della punizione	54
8. La progressiva incertezza delle pene e le ragioni strutturali della penalità	56

Capitolo III. Pena carceraria	59
--------------------------------------	----

1. La pena flessibile e lo scambio penitenziario	59
2. La decarcerizzazione, la risocializzazione, l'umanizzazione	60
3. L'esecuzione penitenziaria come diritto giurisprudenziale	62
4. Il riformismo penitenziario nella giustizia diseguale	63
5. La consistenza oggettiva della popolazione carceraria	64
6. Le caratteristiche soggettive delle persone ristrette	68

PARTE SECONDA

PENITENZIARIO

Capitolo I. Esecuzione penitenziaria	75
---	----

1. Le fonti	75
1.1. Gli atti internazionali	75
1.2. La Costituzione italiana	76

1.3. La legislazione ordinaria	77
1.4. La regolazione secondaria	78
1.5. Le prassi giurisprudenziali	79
2. I soggetti	81
2.1. Il pubblico ministero	81
2.2. Il giudice dell'esecuzione	81
2.3. La magistratura di sorveglianza (ufficio, magistrato e tribunale di sorveglianza)	82
2.4. Il pubblico ministero e l'avvocato difensore (parti procedurali)	86
2.5. L'amministrazione penitenziaria (ministero della giustizia; dipartimenti, direzioni e provveditorati dell'amministrazione penitenziaria; cassa delle ammende; cassa per il soccorso e l'assistenza delle vittime del delitto)	87
2.6. Il direttore dell'istituto penitenziario	90
2.7. Gli operatori della polizia penitenziaria (area custodiale o della sicurezza)	92
2.8. I funzionari delle professionalità giuridico-pedagogica e di servizio sociale (area educativa o del trattamento)	95
2.9. Il personale della medicina penitenziaria (area sanitaria)	96
2.10. L'ufficio di esecuzione penale esterna	98
2.11. I professionisti esperti e le altre figure esterne	100
2.12. Gli assistenti volontari	101
2.13. Il consiglio di aiuto sociale (e il comitato per l'occupazione)	104
2.14. Le figure di garanzia	106
 Capitolo II. Riforme penitenziarie	 109
1. L'instabilità nel tempo della disciplina legislativa in tema di esecuzione penitenziaria	109
2. La riforma del 1975: logica trattamentale e percorsi alternativi	112
3. La riforma del 1986 e gli interventi degli anni 1991-1992: logica premiale e differenziazioni trattamentali	114
4. La riforma del 1998 e i provvedimenti degli anni 2013-2014: logica deflativa e rimedi contingenti	116

Capitolo III. Trattamento penitenziario	119
1. Il trattamento e la rieducazione	119
2. Le fasi storiche del governo penitenziario	121
2.1. Processo di inclusione, trattamento nel carcere, stagione di incarcerazione	122
2.2. Presa in carico, affidamento sul territorio, processo di decarcerizzazione	124
2.3. Processo di esclusione, disciplinamento della società, orizzonte di ricarcerizzazione	126
3. L'individualizzazione del trattamento	128
4. Gli elementi del trattamento	130
5. Il lavoro	131
5.1. La disciplina del lavoro penitenziario	131
5.2. La crisi globale del lavoro	135
5.3. L'affermazione del lavoro improduttivo	138
 Capitolo IV. Misure penitenziarie	 143
Introduzione	143
 SEZIONE A. LE MISURE ALTERNATIVE	 144
1. L'affidamento in prova al servizio sociale	144
1.1. I lineamenti	144
1.2. I requisiti	145
1.3. L'applicazione	150
1.4. I contenuti	150
1.5. L'esecuzione	151
1.6. La revoca	151
1.7. L'esito	153
2. La detenzione domiciliare	154
2.1. I lineamenti	154
2.2. I requisiti	155
2.3. L'applicazione	166
2.4. I contenuti	166
2.5. L'esecuzione	168
2.6. La revoca	169

3.	La semilibertà	172
3.1.	I lineamenti	172
3.2.	I requisiti	173
3.3.	L'applicazione	177
3.4.	I contenuti	177
3.5.	L'esecuzione e le licenze	178
3.6.	La sospensione e la revoca	178
4.	La liberazione condizionale	180
4.1.	I lineamenti	180
4.2.	I requisiti	181
4.3.	L'istanza e l'applicazione	185
4.4.	I contenuti e l'esecuzione	186
4.5.	La revoca	187
4.6.	L'esito	189
5.	La liberazione anticipata	189
5.1.	I lineamenti	189
5.2.	I requisiti	191
5.3.	L'applicazione	195
5.4.	La revoca	196

SEZIONE B. GLI ISTITUTI TRATTAMENTALI 197

1.	I permessi e le licenze	197
1.1.	I lineamenti	197
1.2.	I requisiti	198
1.3.	L'applicazione	201
1.4.	L'esecuzione	202
1.5.	La revoca	204
2.	La remissione del debito	205
2.1.	I lineamenti	205
2.2.	I requisiti	206
2.3.	L'applicazione	208

SEZIONE C. LE SITUAZIONI DEROGATORIE 209

1.	Il divieto di concessione di benefici	209
2.	Il divieto di sostituzione della detenzione domiciliare con altra misura	216

3. L'inapplicabilità delle misure alternative alla detenzione per inosservanza delle prescrizioni inerenti alla semidetenzione e alla libertà controllata	216
4. I limiti di applicabilità delle misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori	217

SEZIONE D. LE VICENDE ESECUTIVE 218

1. La sospensione dell'esecuzione delle pene detentive	218
2. La comunicazione e il controllo della pubblica sicurezza sulle misure alternative	222
3. La sopravvenienza di nuovi titoli di privazione della libertà	225
4. La sospensione cautelativa delle misure alternative	226
5. La disciplina delle pene accessorie in caso di concessione di misure alternative	227
6. Il rinvio dell'esecuzione delle pene e delle misure di sicurezza	228
7. L'infermità psichica sopravvenuta al condannato	231

Capitolo V. Differenziazioni penitenziarie 233

Introduzione	233
--------------	-----

SEZIONE A. LA CONDIZIONE FAMILIARE 234

Introduzione	234
1. Gli istituti a custodia attenuata per detenute madri e le case famiglia protette	235
2. L'assistenza all'esterno dei figli minori	236
3. Le visite al minore infermo o al figlio, al coniuge o convivente affetto da handicap in situazione di gravità	238

SEZIONE B. LA CONDIZIONE SANITARIA 239

Introduzione	239
1. Gli istituti, le sezioni e le aree a custodia attenuata per tossicodipendenti e alcolodipendenti	241
2. I provvedimenti cautelari nei confronti dei tossicodipendenti o alcolodipendenti	243
3. L'affidamento in prova in casi particolari	245
3.1. I lineamenti	245

3.2. I requisiti	246
3.3. L'applicazione	251
3.4. I contenuti e l'esecuzione	253
3.5. La revoca	254
3.6. L'esito e la prosecuzione	256
4. La sospensione dell'esecuzione della pena detentiva	257
4.1. I lineamenti	257
4.2. I requisiti	258
4.3. L'applicazione	260
4.4. La revoca	261
4.5. L'esito	262
5. Le misure alternative alla detenzione per affetti da conclamata immunodeficienza acquisita o grave deficienza immunitaria	262
 SEZIONE C. LA PERICOLOSITÀ PENITENZIARIA	264
Introduzione	264
1. I circuiti penitenziari	266
2. La sorveglianza particolare	270
2.1. I lineamenti	270
2.2. I requisiti	271
2.3. L'applicazione	271
2.4. I contenuti	273
3. La sospensione delle normali regole di trattamento	274
3.1. I lineamenti	274
3.2. I requisiti	275
3.3. L'applicazione	275
3.4. I contenuti	275
 SEZIONE D. LA PERICOLOSITÀ CRIMINALE	276
Introduzione	276
1. Il divieto di concessione dei benefici	277
1.1. I lineamenti	277
1.2. I requisiti	278
1.3. L'applicazione	288
2. I benefici penitenziari per i collaboratori di giustizia	291
2.1. I lineamenti	291

2.2. I requisiti e le valutazioni	292
2.3. La modifica e la revoca	295
3. La sospensione delle regole e degli istituti di trattamento	296
3.1. I lineamenti	296
3.2. I requisiti	297
3.3. L'applicazione, la proroga e la revoca	299
3.4. I contenuti	303
3.5. L'esecuzione	305
Bibliografia essenziale	307
Parte Prima. Pena	307
Capitolo I. Fenomenologia punitiva	307
Capitolo II. Sistema penale	311
Capitolo III. Pena carceraria	314
Parte Seconda. Penitenziario	315

*Ci hanno catturati,
ci hanno imprigionati:
io dentro le mura,
tu fuori le mura.*

*Il nostro è poco.
Il vero peggio:
sapendo, non sapendo
portarsi la prigione dentro di sé...*

Nazım Hikmet Ran,
Poesie delle ore 21-22,
26 settembre 1945
(traduzione con Duygu Çağlar Doğan)

PREMESSA ALLA PRIMA EDIZIONE

Questo lavoro è originato dall'esigenza di restituire attualità all'impegno che Massimo Pavarini ha profuso nel suo tempo a favore di una *visione critica sul discorso punitivo e sull'universo carcerario*. Nel segno della prosecuzione e dello sviluppo del suo insegnamento, a questo rinnovamento di molti argomenti, al centro di un'incessante stagione di emergenza e di trasformazione, è stata affiancata la rivisitazione dello stile espressivo e la risistemizzazione del contenuto tematico, talora per rendere più lineare l'accesso alla materia, talaltra per cogliere con maggiore efficacia la complessità delle questioni affrontate.

In considerazione della distinzione accademica tra settori disciplinari, l'elaborato è incentrato sullo *studio penalistico dei soli profili sostanziali dell'esecuzione penitenziaria*. L'esposizione si snoda quindi dal concetto della pena alla pratica del penitenziario, tenendo al centro del discorso critico il carcere sia come sanzione che come istituzione, secondo un approccio integrato tra saperi diversi, derivati dalle scienze giuridiche, storiche, filosofiche, politiche, sociologiche e criminologiche. La trattazione si arresta invece alla soglia del versante procedurale dell'esecuzione penale e penitenziaria, dove valgono i principi e gli istituti che sono propri della giurisdizione di esecuzione e di sorveglianza, affidati alla scienza processuale penale.

In conseguenza dell'evoluzione scientifica in ambiti specialistici, lo scritto è dedicato all'*esecuzione penitenziaria nei confronti dei soli condannati adulti*. L'analisi intende pertanto offrire uno sguardo critico alle questioni penali e penitenziarie che scaturiscono dai principi della Carta costituzionale e dalle disposizioni dell'ordi-

namento penitenziario, come dalle previsioni dei codici penalistici e delle leggi complementari che vi risultino connesse. L'esame non può purtroppo occuparsi in modo specifico di altri settori di crescente rilievo, quali l'esecuzione penitenziaria nei confronti degli indagati e imputati, degli infermi di mente, dei minori di età, dei militari e degli stranieri, che presentano una progressiva autonomia dalla disciplina generale della materia penitenziaria.

Bologna, 31 gennaio 2019

PREMESSA ALLA SECONDA EDIZIONE

Il presente aggiornamento alla prima edizione si accompagna a una particolare stagione in cui ci troviamo immersi. Infatti, nell'ultimo biennio la disciplina complessiva dell'esecuzione penitenziaria è stata interessata, ben più che da interventi legislativi, che sono stati comunque del tutto marginali, da importanti pronunce della giurisprudenza costituzionale, che sono risultate sempre più centrali nell'evoluzione della materia, in chiave di fondamentale riaffermazione dei diritti e delle garanzie. Viceversa, il recente periodo di emergenza sanitaria che anche il nostro Paese sta ancora affrontando ha comportato nondimeno un continuo succedersi di numerosi provvedimenti normativi e amministrativi, che tuttavia per la loro natura contingente non possono venire integrati in questo strumento didattico, quanto piuttosto devono restare affidati ad altri momenti conoscitivi, quali gli approfondimenti tematici o gli incontri seminariali.

Bologna, 31 gennaio 2021

PARTE PRIMA

PENA

CAPITOLO I

FENOMENOLOGIA PUNITIVA

1. L'essere e il dover essere del castigo legale

La *nozione materiale* di castigo punitivo, che è volta a definire i suoi profili descrittivi a prescindere dagli scopi che gli si affidano e in modo da distinguerlo dalle altre misure giuridiche coattive, individua i suoi attributi essenziali nell'afflittività, l'intenzionalità, l'espressività e la strumentalità. La natura afflittiva consiste nell'effetto di produrre sofferenza o degradazione, privazione o svantaggio nei confronti del destinatario, attraverso negazione o riduzione di diritti o di bisogni. La qualità intenzionale rinvia all'azione di determinare una relazione di senso verso il destinatario, come indignazione, risentimento, riprovazione, censura. La proprietà espressiva coglie la dimensione simbolica dell'azione, quale pretesa di autorità sul destinatario. La funzione strumentale riguarda il contesto situazionale della reazione, laddove serve al mantenimento e alla riproduzione di determinati rapporti di potere. Soltanto la presenza di tutti questi attributi conferisce il carattere fenomenologico di *penalità* alla reazione sociale.

La *nozione formale* di sanzione penale, invece, aggiunge agli attributi fattuali di carattere descrittivo sopra indicati un ulteriore elemento identificativo, non di riconoscibilità ma di provenienza. La reazione punitiva che appartiene legittimamente allo stato si definisce appunto come pena legale. La qualificazione formale della pena si specifica, poi, dal punto di vista storico in una pluralità di principi della punizione, quali la legalità, la proporzionalità tra violazione criminale e reazione punitiva, la predeterminazione delle procedure del giudizio. Tutti questi

imperativi si iscrivono all'interno di una strategia e di uno scopo di contenimento della funzione punitiva statale, che si riconduce all'affermazione nell'epoca moderna della civiltà occidentale di un modello funzionale di stato di diritto. Pertanto il riferimento a tali circostanze concorre alla qualificazione ordinamentale di *legalità* della reazione sociale.

Nei sistemi penali moderni, il criterio fondativo che legittima la punizione legale deriva dal fine che l'ordinamento dichiara prescrittivamente di perseguire. Le teorie orientate ad accreditare un determinato fine della pena legale, rispetto ad altri possibili, sono pertanto ideologiche o giustificative e appartengono alla filosofia del diritto penale, mentre quelle volte a spiegare le funzioni reali delle pene legali, ovvero ciò che la pena storicamente e sociologicamente è a prescindere da quel che dichiara di dover essere, sono invece realistiche o esplicative e rinviano alla sociologia del diritto punitivo.

2. Le funzioni materiali della pena

Nella sociologia del diritto penale, l'istituzione del sistema delle pene legali viene considerato come strumento di controllo sociale, accanto alle altre istituzioni della socializzazione. Nel contesto di una società diseguale, la pena partecipa all'estremo inferiore di ciò che altre istituzioni realizzano nella parte intermedia e superiore di tale filtro sociale, vale a dire differenziare la condizione delle persone e dei gruppi. Nella zona più bassa della scala sociale, l'azione selezionatrice del sistema diventa una funzione emarginatrice. Non solo le norme del diritto penale agiscono in modo selettivo, rivelando e riflettendo i rapporti diseguali, ma proprio il sistema delle pene legali esercita una funzione di tipo escludente, producendo e riproducendo la diseguaglianza sociale.

L'applicazione selettiva delle pene legali, per la natura di stigmatizzazione svolta all'interno del processo di criminalizzazione, rappresenta un momento essenziale al mantenimento della scala verticale della società, infatti incide in chiave negativa sui ruoli sociali degli individui, contrastando o impedendo la mobilità sociale delle persone.

La punizione di determinati comportamenti devianti serve altresì a coprire un numero più ampio di comportamenti dannosi sul piano sociale, che restano pertanto immuni dal processo di criminalizzazione. Nel contempo, l'applicazione selettiva delle pene produce, come risultato collaterale, l'occultamento di una diffusa illegalità criminale, che rimane quindi impunita.

La lettura della sociologia penale sulle funzioni reali del diritto penale in una società diseguale coglie quindi nella sanzione penale la punta emergente dell'intero sistema del controllo sociale, il momento culminante della costruzione sociale della differenziazione selettiva, che comincia già nel percorso scolastico, prosegue poi coi servizi minorili e l'assistenza sociale, e giunge infine all'intervento penale.

Il sapere sociologico penale conferma la necessità delle pene, ma per ragioni di segno contrario a quelle indicate dalle teorie ideologiche o giustificative, nel senso che il sistema delle pene legali risulta strutturalmente essenziale alla conservazione e alla riproduzione della realtà sociale esistente.

3. I fini ideologici della pena

Alla ricerca di una fondazione finalistica della pena si impegna per primo nel Settecento il *pensiero filosofico utilitarista*. Il contributo di studiosi come David Hume e specie Jeremy Bentham ha consentito di distinguere tra giustificazione della pena in astratto e in concreto. La straordinaria conseguenza di questa distinzione risiede nel separare la finalità che l'ordinamento giuridico si prefigge di perseguire attraverso il sistema penale, che risponde alla domanda fondamentale *perché si punisce?*, dalla determinazione dei modi e dei limiti in cui i diritti e i beni della persona possono essere sacrificati dalla pena, che risponde alla domanda centrale *come si punisce?*.

Per la filosofia politica utilitarista dell'epoca illuministica, attribuire alla *pena in astratto* un fine di utilità sociale significa che lo stato è legittimato a garantire l'ordine sociale attraverso la minaccia di un male. La pena in astratto persegue lo scopo di dissuadere i potenziali trasgressori della legge, pertanto il fine è di prevenzione generale di tipo negativo. Il potere di punire discende dalla fondazione contrattuale del rapporto tra autorità politica e società civile. L'origine pattizia di questo rapporto determina gli interessi generali da proteggere e la loro gerarchia, così come i beni sacrificabili per la collettività e i relativi contenuti.

Se la prevenzione giustifica il diritto di punire, questa finalità non è invece in grado di esprimersi sul limite della pena nel caso concreto, cioè quanto deve essere punito quel certo reo per un determinato reato. Soltanto uno schema formale di tipo sinallagmatico può determinare i criteri di commisurazione della *pena in concreto*, per cui la reazione punitiva è interpretata all'interno del paradigma pri-

vaticistico di una prestazione corrispettiva, in cui al fatto di reato deve conseguire una pena equivalente o proporzionata al suo valore. La pena in concreto significa la commisurazione delle pene per gli accertati violatori della legge, secondo il principio di retribuzione legale.

Il fine della pena utile può pertanto soddisfarsi esclusivamente nella concezione della legge penale in astratto, mentre nella sua applicazione in concreto si perseguirà unicamente il principio della pena giusta, ovvero il male della pena al reo equivalente al male del reato alla società, quindi non si giustificherà in nessun modo dal punto di vista del fine.

Nel proseguire la ricerca del fondamento ideologico della pena si trova invece sempre nel Settecento il *pensiero filosofico idealista*. L'impegno di intellettuali quali Immanuel Kant e quindi Georg Wilhelm Friedrich Hegel ha fornito alla teoria giustificativa della pena un orizzonte più ristretto rispetto a quello del pensiero utilitarista. Attraverso la concezione dialettica della libertà del volere, questa riflessione è stata in grado di dare un nuovo fondamento al problema della *pena in concreto*, non invece alla giustificazione della *pena in astratto*, dal momento che del diritto di punire ha dato una legittimazione puramente formale.

La razionalizzazione del principio della retribuzione legale è pertanto condotta sul piano della pena in concreto e trova la sua fondazione nella volontà colpevole. Il paradigma della pena meritata viene quindi declinato non più solo oggettivamente, ma altresì pure soggettivamente. Riconoscere che i limiti della pena in concreto sono fissati anche dal grado della colpevolezza determina un livello avanzato nel processo di formalizzazione del diritto penale, in cui singole situazioni eguali non solo sul piano della condotta materiale, ma anche dell'elemento soggettivo, devono trovare eguale esito sanzionatorio.

Questo approdo nella formalizzazione penale è importante, ma irrilevante per quanto concerne la legittimazione della pena in astratto. Affermare che lo stato punisce perché attraverso il male della pena irrogata si riaffermi dialetticamente il bene della legge violata, in sostanza dice solo che la pena deve seguire la violazione della norma, ma lascia irrisolta la questione del fine della pena. Questa fase del processo fondativo della pena moderna, che si articola nell'affermazione dell'insindacabilità del fine ultimo del sistema penale a livello di giustificazione della pena in astratto e della necessaria proporzionalità nei limiti della volontà colpevole in merito della determinazione della pena in concreto, si svilupperà per molto tempo ancora, ma nonostante si tratti di una tradizione ancora oggi presti-

giosa e seguita, alla fine verrà di fatto superata e accantonata dall'emergere degli scopi di utilità nel concepire la pena in concreto.

4. L'emergenza storica dell'utilitarismo penale

Nell'avanzato processo storico di laicizzazione, il diritto penale moderno non si orienta più ormai verso degli ideali universali di giustizia, quanto invece verso degli scopi contingenti di utilità. La fase della pena moderna in cui ci troviamo ancora immersi è segnata dalla rottura del limite retributivo nella commisurazione della pena in concreto, rispetto alla quale si registra la caduta di ogni limite oggettivo.

Per comprendere questo passaggio nodale è necessario tenere presente innanzitutto che la riflessione penologica che ha avuto luogo dalla metà dell'Ottocento è stata condotta con riferimento privilegiato alla modalità punitiva che era divenuta dominante, cioè proprio la pena del carcere. Questa particolare modalità di infliggere i castighi legali si era imposta nei sistemi di giustizia penale come esito finale di un processo storico di lungo periodo di diffusione di pratiche di sequestro in istituzioni totali segreganti delle diverse figure sociali del disagio, dapprima i folli e gli infermi, poi gli oziosi e i mendicanti, infine i criminali e i pericolosi. Se pertanto l'invenzione dell'istituzione carcere non è attribuibile in chiave di dipendenza causale al pensiero giuridico, mentre invece la sua origine risiede a livello di evoluzione storica nelle nuove esigenze di disciplina e di controllo della marginalità sociale, è la particolare modalità di questa forma di sanzione penale che consente all'esecuzione della stessa di indirizzarsi a scopi di utilità. Nel tempo di libertà sottratto in modo coattivo al condannato e gestito in forma istituzionale come cattività, si può sperimentare il progetto pedagogico di trasformare attraverso la disciplina l'inutile e pericoloso criminale in onesto e laborioso cittadino. Nella fase di esecuzione della pena, il cui contenuto nel caso della pena privativa della libertà personale è il trattamento carcerario, il reo è pertanto oggetto di un utile investimento pedagogico.

La pena privativa della libertà personale finisce per determinare in prospettiva storica l'ibridazione tra due elementi distinti: nella commisurazione concreta, consente di esaltare il criterio della *pena-contratto*, dato che più di ogni altra forma di sanzione penale favorisce il realizzarsi del principio di eguaglianza, in quanto la libertà è un bene di tutti e per tutti di eguale valore; al contempo, nella fase

esecutiva, subisce a perseguire la forma della *pena-farmaco*, nel senso che è la condizione essenziale che permette al sistema di rivolgersi a scopi pedagogici, cioè di essere un sistema di pene utili. Insomma, la pena privativa della libertà personale rappresenta una pena secondo giustizia con contenuto di utilità.

La compresenza di elementi così inconciliabili permette di comprendere come il limite contrattuale nella determinazione della pena, che consegue al principio della retribuzione legale, finisca per apparire presto come insensato. Basta porsi questi interrogativi: se nella fase esecutiva la pena ha già raggiunto il fine pedagogico della correzione, che senso ha prostrarla sino al limite imposto dalla retribuzione? Se nella fase esecutiva il tempo di pena meritata secondo il criterio retributivo non è risultato sufficiente per raggiungere il fine utile della correzione, per quale ragione si dovrebbe interromperla?

Dal momento in cui si avverte la mancanza di senso nel limite retributivo, la progressiva crisi del vincolo contrattuale della pena privativa della libertà personale consente alle necessità disciplinari di imporsi sino a fare dello scopo special-preventivo il fine ultimo della pena stessa.

Nella graduale affermazione delle ragioni special-preventive, sia nella fase esecutiva che come visto di conseguenza in quella commisurativa della pena in concreto, è opportuno porre mente altresì al ruolo fondamentale che fu certo giocato dal pensiero positivista che sino agli anni trenta del Novecento era di stretta formazione medico-psichiatrica, per quanto concerne le scienze criminologiche. Va infatti notato come le prassi trattamentali vengano mutate da quelle medico-psichiatriche, secondo la triade *osservazione-diagnosi-cura*. La pena in concreto così sfugge da ogni riferimento alla volontà colpevole, per fondarsi su diverse valutazioni di pericolosità sociale, nell'intento di prevedere la condotta futura del reo condannato.

L'egemonia culturale del *fine special-preventivo* accompagna l'affermazione sistematica del *modello correzionale* di giustizia penale. Per modello correzionale si intende il sistema delle pene legali finalisticamente orientato alla rieducazione, nelle forme in cui si impone storicamente nelle società democratiche di sviluppato benessere dello stato sociale. Il fine special-preventivo favorisce l'espandersi nel modello correzionale di nuove modalità punitive, in tutto o in parte alternative alla pena privativa della libertà personale, come misure alternative e sanzioni sostitutive, in quanto la sofferta constatazione del fallimento del trattamento intramurario nel perseguire l'obiettivo correzionale suggerisce la progressiva introduzione della sperimentazione di altre modalità trattamentali extracarcerarie.

La pena del carcere perde progressivamente la propria centralità, per trasformarsi nel segmento del fronte disciplinare unitario che è costituito dalle nuove politiche del controllo sociale di tipo penale. Le sanzioni sostitutive e le misure alternative rispetto alla pena privativa della libertà personale segnano la crisi irreversibile nel ruolo egemonico del carcere ed esaltano la fede correzionalistica nella risposta punitiva al crimine. L'imporsi del modello correzionale di giustizia penale rappresenta l'esito coerente ed estremo della ricerca di un fondamento utilitaristico alla pena moderna. Questo modello si svilupperà dal punto di vista storico in ragione dell'imporsi di una ragione utilitaristica nelle politiche di controllo sociale, quale punto avanzato del processo di laicizzazione del diritto penale in grado di trasformarlo in uno straordinario strumento di disciplina sociale.

5. Le teorie giustificative della pena utile

La pena moderna, in quanto pena utile, si giustifica nel perseguire fini di *prevenzione*. In ragione dei destinatari a cui tale giustificazione si vuole orientata, il suo fine si può declinare quale *prevenzione generale* se si rivolge in generale ai consociati, ovvero come *prevenzione speciale* se si dirige in esclusiva al trasgressore. In entrambi i generi, il fine ultimo è sempre di difesa sociale dal crimine in senso lato, però nell'ipotesi della prevenzione generale il fine in senso proprio è quello di trattenerne la collettività dal delinquere, mentre nella prevenzione speciale è di evitare la recidiva del delinquente. Di ciascuno di tali due generi, si sono affermate nel tempo due specie, una negativa e una positiva in relazione all'accezione del significato che si intende assumano.

5.1. Prevenzione generale negativa

La lettura originaria e ancora oggi prevalente del fine di general-prevenzione della pena è quella che viene definita di prevenzione generale negativa, in quanto confida nella capacità dissuasiva dei castighi legali in ragione dell'effetto deterrente. Alla radice della fiducia nella capacità dissuasiva della pena deterrente vi è una lettura economicistica dell'agire umano. Un'ideal-tipo di "uomo penale", in nulla dissimile dall'analoga finzione dell'"uomo economico", attento calcolatore di vantaggi e svantaggi delle proprie azioni. L'innalzamento del costo della scelta illegale, attraverso l'aumento del prezzo negativo della pena, dovrebbe convincerlo della convenienza dell'opzione legale. L'esito obbligato di questa semplificazione

ne della psicologia umana è l'imporsi di un terrorismo sanzionatorio, mediante il progressivo inasprimento delle pressione penale, vale a dire l'introduzione di sanzioni penali sempre più severe, per elevare i costi della scelta criminale.

La prevenzione generale negativa, ovvero trattenere i potenziali violatori della legge dal delinquere per timore dell'applicazione della conseguente sanzione, esprime niente altro che una mera intenzione, ovvero appunto un dover essere. La *verifica sociologica* di quali siano gli effetti della pena si esprime da sempre nel senso che la realizzazione della funzione deterrente è in alcune ipotesi assolutamente inesistente, in altre difficilmente dimostrabile. Lo studio dei rapporti tra severità delle pene e frequenza dei reati non è stato in grado di offrire una spiegazione convincente di una significativa correlazione tra le due variabili. Oltre e più della variabile della severità delle pene (gravità), ve ne sono altre due, sempre in relazione all'applicazione delle sanzioni, che incidono sulle conseguenze della punizione, ovvero la loro prontezza (repentinità) e certezza (probabilità).

5.2. Prevenzione generale positiva

In tempi recenti si considera la general-prevenzione anche in una diversa accezione, cioè di prevenzione generale positiva, altresì conosciuta come teoria della prevenzione-integrazione. Per la giustificazione della pena legale si ricorre alla concezione del diritto come strumento di orientamento dei comportamenti, di istituzionalizzazione delle aspettative e di stabilizzazione del sistema, secondo gli assunti della teoria dello struttural-funzionalismo. Come fondamento del funzionamento sociale si trova il concetto della fiducia istituzionale, intesa come modalità di integrazione che nei sistemi sociali complessi sostituisce le forme spontanee di affidamento reciproco tra individui proprie delle comunità elementari. La funzione di orientamento e di stabilizzazione svolta dal sistema giuridico è ritenuta indipendente dal contenuto specifico delle norme positive e legata alla tutela generale delle funzioni statali.

Al centro della soggettività della società si assiste a un significativo capovolgimento funzionale, con il passaggio dall'individuo al sistema. La teoria sistemica conduce ad attribuire maggiore valore per la stabilità sociale alla produzione del consenso che alla valutazione dell'individuo. La violazione penale si considera disfunzionale non perché viene causata la lesione di determinati interessi dalla stessa protetti, alla stregua del principio di materialità e di offensività del reato, ma poiché è messa in discussione la norma stessa, di conseguenza ne deriva la minaccia alla fiducia dei consociati. La reazione punitiva alla violazione della

norma si giustifica per la funzione di ristabilire la fiducia collettiva e di prevenire gli effetti negativi che la medesima violazione produce sull'integrazione sociale. In altre parole, si punisce perché attraverso la pena si esercita la funzione primaria di produrre il riconoscimento delle norme e la fedeltà nel diritto.

Mentre la finalità di prevenzione generale negativa si dirige alla minoranza dei potenziali violatori della legge penale, quella di prevenzione generale positiva si rivolge alla maggioranza dei presunti osservanti. Se il reato rappresenta una minaccia all'integrità e alla stabilità della società, a prescindere dall'interesse protetto dalla norma violata, in quanto manifestazione espressione simbolica di una mancanza di fedeltà istituzionale, la pena costituisce un'espressione simbolica contraria rispetto a quella assunta dal reato.

La prevenzione generale positiva, che si fonda sulle teorie funzional-espressive del reato e della pena, può trovare conferma nell'*analisi sociologica* delle funzioni reali della pena. Il sistema delle pene legali può effettivamente produrre, anche se non sempre né di necessità, consenso e stabilizzazione sociale. Questa conclusione non deve peraltro far trascurare il diverso *approccio filosofico* alla pena nel contesto sociale. La ricerca della fiducia e del consenso sociale attraverso il reato e la pena conduce concretamente alla strumentalizzazione del reo, la cui dignità non dovrebbe invece mai sottomettersi al perseguimento di altri scopi allo stesso estranei.

5.3. Prevenzione speciale negativa

La variante negativa della special-prevenzione è rappresentata dalle teorie dell'incapacitazione o della neutralizzazione quale fine della pena. Si ritiene di poter sconfiggere o contrastare efficacemente la recidiva impedendo concretamente la commissione di nuovi reati da parte del condannato mediante l'applicazione delle pene previste. Invece di operare allo scopo della reintegrazione sociale dell'individuo deviante, si agisce nel senso della sua più accentuata o definitiva esclusione sociale. L'arsenale operativo con cui perseguire questa finalità risulta significativamente articolato, potendo andare dall'eliminazione fisica (pena di morte, non intesa come sovente per deterrenza, invece appunto per incapacitazione), alla segregazione a vita (ergastolo, magari con isolamento interno o massima sicurezza, per impedire il ritorno nella società esterna), alla castrazione chimica (trattamento chirurgico o farmacologico, per inibire le pulsioni erotiche nei responsabili di reati sessuali), al controllo elettronico a distanza (statico o dinamico, per verificare la permanenza in un certo luogo ovvero la lontananza da determinate zone o

persone), all'inabilitazione sociale (interdizione a ruoli o cariche, per impedire la commissione di reati legati ai rapporti intrattenuti nell'ambiente professionale o personale).

Il *riscontro sociologico* delle funzioni latenti delle sanzioni penali riesce a confermare solo in parte il fine neutralizzante. A parte la misura assoluta dell'eliminazione fisica, le altre forme sanzionatorie possono incapacitare i destinatari soltanto nei termini imposti dalle caratteristiche della singola pena, vale a dire nel tempo o nello spazio dell'azione che si intende impedire, nel tipo di offesa o di vittima che può essere inibita. Così la critica delle teorie incapacitanti non si limita alla contestazione dello scopo dal punto di vista empirico-effettivo, ma si spinge sul piano di attacco etico-politico, per la sua inaccettabilità come opzione filosofica all'interno di una concezione penale liberale e democratica.

5.4. *Prevenzione speciale positiva*

Diversamente definita secondo la cultura e il tempo come emenda, correzione, rieducazione, risocializzazione, la finalità special-preventiva che si caratterizza come prevenzione speciale positiva considera il delinquente come una persona che appartiene a una minoranza fortemente segnata da attributi di negatività sociale. Carenze economiche, culturali, intellettive definiscono i criminali quali appartenenti a un gruppo socialmente svantaggiato. La suggestione positivista di un "uomo penale" determinato all'azione, insieme con l'ottimismo riformatore convinto che anche la criminalità sia una questione sociale risolvibile, danno forza alla progettualità correzionalistica. Attraverso la pena si deve operare per rimediare ai limiti del reo, in modo da restituire alla società libera un individuo determinato alla legalità.

La pena come farmaco è stata da subito bersaglio della *critica filosofica*. La pretesa correzionalistica è stata denunciata sul piano dell'inconciliabilità tra necessità di giustizia e volontà di aiuto, tra libertà nell'azione e coazione alla virtù, insomma tra intenzione di fare del bene e consapevolezza di infliggere del male; sul piano della pericolosità per la capacità di evocare i fantasmi di una società autoritaria del controllo totale in cui si pratica la manipolazione coattiva della personalità individuale; dell'antistoricità di riproporre in chiave illiberale la confusione tra etica e diritto; sul piano dell'impraticabilità in una società pluralista e conflittuale propria dell'età contemporanea.

Il confronto con lo *sguardo sociologico* è giunto per ultimo, quando il modello correzionale delle pene era già entrato in difficoltà, seguendo la crisi dei sistemi

di stato sociale che l'avevano concretamente realizzato. Alla verifica empirica dentro quei contesti che con più decisione avevano investito risorse nei programmi trattamentali, la reintegrazione sociale della persona deviante è risultata sovente fallimentare, insomma si sono diffuse delle valutazioni critiche e un complessivo pessimismo sull'efficacia positiva dei programmi di rieducazione sui tassi di recidiva.

6. La giurisprudenza costituzionale sugli scopi della pena

L'art. 27, c. 3, Cost. recita che “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”.

Se con tale disposizione il Costituente abbia operato una scelta inequivoca per un finalismo delle pene e del sistema penale in senso special-preventivo positivo non è deducibile dall'interpretazione storica dei lavori preparatori dell'Assemblea. L'arretratezza culturale di quel dibattito, tutto arroccato sulle contrapposte posizioni della Scuola classica e della Scuola positiva del diritto penale, ebbe esito nella soluzione compromissoria, anche sul piano politico tra tradizione cattolica e pensiero laico, di non prendere posizione sulla questione fondamentale della giustificazione penale, così da dettare una disciplina ambigua.

L'equivocità della Carta costituzionale in argomento ha pertanto favorito il proliferare di plurime e contraddittorie interpretazioni della dottrina penalistica, che si sono riflesse nelle pronunce della Corte costituzionale. Nonostante il contributo della giurisprudenza costituzionale sul problema del finalismo delle sanzioni penali risulti sostanzialmente modesto, se non altro per aver operato sino ad ora nel principale intento di limitare la portata del principio rieducativo, è comunque utile procedere a una rilettura sistematica che, nella direzione di una visione materiale del dettato costituzionale, cerchi di offrire una ricostruzione argomentata dell'evoluzione interpretativa, sebbene non sempre lineare, anzi alla fine regressiva.

6.1. Accoglimento della concezione polifunzionale della pena

Secondo l'originaria interpretazione eclettica, gli scopi della pena sono plurimi. Sebbene la sofferenza legale sia nella sua essenza di natura retributiva, nella sua dimensione storico-politica viene diversamente orientata a scopi di prevenzione generale e speciale. Nonostante la Costituzione si esprima in modo esplicito sol-

tanto nel merito della destinazione rieducativa, una lettura realistica del sistema esistente non può ritenere che solamente in quello scopo si esaurisca ogni utilità della pena. In altre parole, come categoria storica-sociale la pena è un'entità complessa, in cui sono potenzialmente compresenti intenti diversi che possono di volta in volta prevalere gli uni sugli altri.

Questa interpretazione appare convincente sul piano esplicativo dell'*essere*, poiché in grado di dare conto del modo in cui si infliggono le sofferenze legali, mentre non risulta pertinente sul terreno giustificativo del *dover essere*, ovvero capace di offrire spiegazione al quesito sul perché si deve punire. L'iniziale adesione della Corte costituzionale alla teoria della polifunzionalità della pena proposta dalla dottrina tradizionalista opera questa indebita confusione, utilizzando a livello assiologico una teoria esplicativa, con l'esito di asserire che la pena è costituzionalmente sempre legittima a qualsiasi finalità preventiva orientata.

Assumono valore paradigmatico di questa originaria interpretazione degli scopi delle pene le sentenze costituzionali 12/1966, sull'istituto delle pene pecuniarie, e 264/1974, su quello della pena dell'ergastolo. In entrambi i fronti, la Corte costituzionale giudica infondate le questioni avanzate, dapprima sostenendo in modo già alquanto significativo che “[...] con la invocata norma della Costituzione si volle che il principio della rieducazione del condannato, per il suo alto significato sociale e morale, fosse elevato al rango di precetto costituzionale, ma senza con ciò negare la esistenza e la legittimità della pena là dove essa non contenga, o contenga minimamente, le condizioni idonee a realizzare tale finalità. E ciò, evidentemente, in considerazione delle altre funzioni della pena che, al di là della prospettiva del miglioramento del reo, sono essenziali alla tutela dei cittadini e dell'ordine giuridico contro la delinquenza, e da cui dipende la esistenza stessa della vita sociale” (v. sent. 12/1966, *Cons. dir.*, ult. par.), dopodiché affermando in termini ancora più espliciti che “funzione (e fine) della pena non è certo il solo riadattamento dei delinquenti, purtroppo non sempre conseguibile. A prescindere sia dalle teorie retributive secondo cui la pena è dovuta per il male commesso, sia dalle dottrine positiviste secondo cui esisterebbero criminali sempre pericolosi e assolutamente incorreggibili, non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena” (v. sent. 264/1974, *Cons. dir.*, pr. par.).

In tal modo, la Consulta si colloca in una posizione agnostica nei confronti del finalismo penale, la cui conseguenza è che la costituzionalizzazione del principio rieducativo non può assicurare a questo fine alcuna centralità o priorità e deve

sempre operarsi un necessario e variabile contemperamento tra questo e gli altri fini che caratterizzano la sanzione penale.

6.2. Rieducazione come fine dell'esecuzione della pena

Dalla precedente interpretazione della pena polifunzionale di tipo contestuale-additivo, in cui gli scopi sono considerati tutti equivalenti o interscambiabili, la Corte costituzionale è parsa successivamente orientarsi verso una sua diversa interpretazione di carattere dialettico-associativo, per cui ai tre distinti momenti nei quali si articola il fenomeno punitivo, vale a dire edittale, commisurativo ed esecutivo, si attribuisce una specifica diversa finalità. Il fine utilitaristico della rieducazione orienterebbe unicamente la fase esecutiva, specialmente quando questa si concretizza in un trattamento penitenziario (e solo eventualmente la fase commisurativa, particolarmente laddove si riferisca all'applicazione di pene pecuniarie e di sanzioni sostitutive), mentre la fase edittale sarebbe esclusivamente dominata da fini general-preventivi e quella commisurativa da quello retributivo.

Questa significativa torsione interpretativa della polifunzionalità della pena coincide con il rinnovato dibattito sulla questione carceraria, cui è seguita la riforma penitenziaria di quegli anni in forza della l. 354/1975. Non più regolamento del periodo fascista, ma legge della stagione repubblicana, l'ordinamento penitenziario diverrà terreno privilegiato di questioni costituzionali, sotto il profilo del principio rieducativo della pena. Nel prudente approccio che ha caratterizzato il primo periodo della giurisprudenza costituzionale nei confronti del rapporto tra disciplina esecutiva e scopo rieducativo, fa eccezione una pronuncia costituzionale, non solo per gli effetti conseguenti all'istanza accolta, ma anche per gli argomenti esplicitati che verranno assunti quali basi legittimanti posizioni innovative sul principio rieducativo. Si tratta della sentenza costituzionale 204/1974, sulla facoltà riconosciuta al Ministro di grazia e giustizia nella concessione dell'istituto della liberazione condizionale. Nel fare proprie le denunce avanzate, la Corte costituzionale afferma che “sulla base del precetto costituzionale sorge, di conseguenza, il diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo; tale diritto deve trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale” (v. sent. 204/1974, *Cons. dir.*, pt. 2).

Nel censurare la competenza del Ministro a concedere il beneficio, la Con-

sulta si esprime in favore della giurisdizionalizzazione dell'istituto della liberazione condizionale, costringendo il legislatore, che nella riforma penitenziaria non aveva toccato tale disciplina, ad affidarla con la successiva l. 6/1975 alla corte d'appello (e che poi solo con la successiva riforma della l. 663/1986 trova definitiva collocazione, come già le altre misure alternative alla detenzione, tra le competenze del tribunale di sorveglianza). L'intervento ablativo si spinge sino al profilo sostanziale dell'istituto, nel senso che la liberazione condizionale finisce per perdere l'originaria natura di beneficio discrezionale e assumere la nuova veste di vero e proprio diritto soggettivo. Si tratta della prima volta che la Corte costituzionale riconosce un pur condizionato diritto alla rieducazione, comunque a tal punto cogente da far sì che l'istituto della liberazione condizionale non possa più applicarsi in via di mera facoltà, ma al ricorrere delle previsioni legittimanti rappresenti per l'organo competente un obbligo vincolante.

6.3. Rieducazione quale scopo oltre la fase esecutiva della pena

Una differente prospettiva sull'interpretazione costituzionale dello scopo special-preventivo positivo viene accolta dalla Corte costituzionale nella direzione della valorizzazione del principio di rieducazione anche al di fuori della sola fase esecutiva.

Per giungere al superamento del principio di assoluta inscusabilità dell'ignoranza di legge (o dell'errore di diritto), alla stregua di un esplicito riconoscimento del fondamento costituzionale del principio di colpevolezza, nella sua pronuncia di illegittimità la Consulta fa leva tra l'altro sulla connessione sistematica tra primo e terzo comma dell'art. 27 della Costituzione, in modo da avallare l'equiparazione della responsabilità personale alla responsabilità colpevole attraverso l'aggancio allo scopo di prevenzione speciale positiva della pena, in quanto "collegando il primo al terzo comma dell'art. 27 Cost. agevolmente si scorge che, comunque s'intenda la funzione rieducativa di quest'ultima, essa postula almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica. Non avrebbe senso la 'rieducazione' di chi, non essendo almeno 'in colpa' (rispetto al fatto) non ha, certo, 'bisogno' di essere 'rieducato'. Soltanto quando alla pena venisse assegnata esclusivamente una funzione deterrente (ma ciò è sicuramente da escludersi, nel nostro sistema costituzionale, data la grave strumentalizzazione che subirebbe la persona umana) potrebbe configurarsi come legittima una responsabilità penale per fatti non riconducibili (oltre a quanto si dirà in tema d'ignoranza inevitabile della legge penale) alla predetta colpa dell'agente, nella prevedibilità ed evitabilità dell'evento" (v. sent. 364/1988, *Cons. dir.*, pt. 11).

Il punto più interessante dell'argomentazione avanzata è la ricostruzione del quadro garantistico nel quale va calato l'art. 27 Cost., ove si afferma che non possa venire compreso laddove lo si colga senza operare alcun nesso funzionale tra primo e terzo comma, che pur enunciando principi distinti rappresentano una presa di posizione in chiave unitaria sui requisiti subiettivi minimi che deve possedere la struttura del reato affinché abbia significato lo scopo della pena, sicché è proprio il principio della special-prevenzione positiva che contribuisce a rivelare l'ampia e precisa portata del principio della responsabilità penale personale nell'ambito della Carta costituzionale.

6.4. Approdo al monofinalismo rieducativo della pena

Il radicale superamento del tradizionale orientamento a favore della pena polifunzionale avviene nel senso dell'esplicito sostegno da parte della giurisprudenza costituzionale alla rieducazione come scopo qualificante la pena e l'intero sistema penale.

Con la sent. 313/1990, la Consulta dichiara costituzionalmente illegittimo, per contrasto con l'art. 27, c. 3, Cost., la disposizione sull'applicazione della pena su richiesta delle parti, nella parte in cui non prevede che il giudice possa valutare la congruità a fini special-preventivi positivi della pena indicata dalle parti nel cosiddetto patteggiamento e quindi rigettare tale richiesta nel caso di valutazione negativa.

La Corte riconosce l'assenza di nesso tra la scelta dell'imputato a favore di un procedimento speciale e l'esigenza della rieducazione a livello di scopo della sanzione penale, potendo la prima dipendere da un mero calcolo utilitaristico scollegato da ogni elemento capace di indicare un possibile o effettivo ravvedimento, anzi tale scelta può porsi in conflitto con la menzionata esigenza di orientare il trattamento punitivo a finalità rieducative. Se il momento commisurativo deve essere finalisticamente interpretato nell'orizzonte dello scopo special-preventivo positivo, va censurata come illegittima la disciplina che non attribuisce al giudice del fatto alcun sindacato sull'adeguatezza al fine rieducativo della pena individuata dalle parti: "non può essere escluso però che, nonostante l'anzidetto controllo del giudice, espresso nei limiti evidenziati, la richiesta consensuale delle parti, a causa di attenuanti che si fanno operare nella loro massima estensione sul minimo della pena, vada ad attestarsi, pur in presenza di delitti molto gravi, su limiti ritenuti dal giudice assolutamente incongrui" (v. sent. 313/1990, *Cons. dir.*, pt. 8). "Dev'essere, dunque, esplicitamente ribadito che il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27

della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie" (v. sent. 313/1990, *Cons. dir.*, pt. 8), pertanto in questo modo la giurisprudenza costituzionale mostra di aderire a un'impostazione tendenzialmente monofinalistica della sanzione penale, secondo cui la finalizzazione special-preventiva positiva va ritenuta essenziale e non può essere estromessa dalla legittimazione e dalla funzione della pena stessa, sicché estende la propria operatività ben oltre la sola fase dell'esecuzione della pena, per orientare il legislatore nel momento della scelta del tipo e dell'entità della conseguenza sanzionatoria, come il giudice nella fase dell'applicazione della pena secondo gli elementi del caso, senza tacere degli importanti risvolti sul piano della struttura costitutiva del reato.

6.5. Ripresa della polifunzionalità della pena

Se il percorso interpretativo sin qui ricostruito aveva espresso un andamento sostanzialmente lineare dalla polifunzionalità della sanzione penale nel campo dell'essere alla sua monofinalità nel sistema penale sul terreno del dover essere, la giurisprudenza penale in tema di scopi delle pene ha presto virato nel senso di un'inattesa involuzione, ovvero di un ritorno al passato.

Alle prese con le nuove norme di contrasto alla criminalità organizzata, che avevano appena introdotto le disposizioni sul divieto di ammissione ai benefici penitenziari dei detenuti condannati per taluni reati, la Corte costituzionale è tornata a sostenere che "[...] tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena – da un lato, quella di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività, e, dall'altro, quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo – non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione [...]. Il legislatore può cioè – nei limiti della ragionevolezza – far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata" (v. sent. 306/1993, *Cons. dir.*, pt. 10). "In questo quadro appare certamente rispondente alla esigenza di contrastare una criminalità organizzata aggressiva e diffusa, la scelta del legislatore di privilegiare finalità di prevenzione generale e di sicurezza della collettività, attribuendo determinati vantaggi ai detenuti che collaborano con la giustizia. Non si può tuttavia non rilevare come la soluzione adottata, di inibire l'accesso alle misure alternative alla detenzione ai condannati per determinati gravi reati, abbia comportato una rilevante compressione della finalità rieducativa della

pena” (v. sent. 306/1993, *Cons. dir.*, pt. 11), ovvero niente di più lontano dal ruolo fondativo del principio rieducativo per la pena e il sistema penale cui si era approdati pochi anni prima, quanto di più scontato nella posizione agnostica sul finalismo penale di cui si sperava di essersi liberati dopo molti anni di percorso evolutivo della giurisprudenza costituzionale.

Sul punto della pluralità e della gerarchia tra gli scopi della pena, torna di attualità il filone argomentativo della Consulta in cui si arrivava a sostenere che “a questo proposito, alla dottrina, che, consapevole del ruolo centrale che con la Costituzione ha assunto la finalità special-preventiva della pena (nell’aspetto della rieducazione) lamenta che questa Corte si sia limitata a sottolineare l’accoglimento, da parte della Carta fondamentale, della tesi polifunzionale, pluridimensionale della pena e non abbia provveduto alla determinazione della gerarchia tra le finalità costituzionalmente assegnate alla reazione penale, va osservato che non è dato delineare una statica, assoluta gerarchia tra le predette finalità. È certo necessario, indispensabile, di volta in volta, per le varie fasi (incriminazione astratta, commisurazione, esecuzione) o per i diversi istituti di volta in volta considerati, individuare a quale delle finalità della pena, ed in che limiti, debba esser data la prevalenza ma non è consentito stabilire a priori, una volta per tutte (neppure a favore della finalità rieducativa) la precitata gerarchia” (v. sent. 282/1989, *Cons. dir.*, pt. 5).

7. La crisi dello scopo rieducativo e le alternative al modello correzionale

Mentre nel contesto italiano si assiste alla progressiva valorizzazione nel concreto dello scopo special-preventivo positivo dall’ordinamento penitenziario e dalla giurisprudenza costituzionale, questo stesso scopo nel medesimo periodo viene sempre più sofferto come illusorio dalla letteratura criminologica e dalle politiche penali di molti paesi, che a questo finalismo penale si erano orientati con maggiore impegno e coerenza.

La pena utile si è storicamente affermata nei modelli correzionali di giustizia penale quale prevenzione speciale positiva. Nella recente crisi dei sistemi di stato sociale, la pena correzionale si mostra progressivamente inadeguata alla soluzione dei problemi per cui era stata pensata e realizzata, ovvero non difende la società dal crimine in quanto non rieduca il condannato alla libertà. La pena utile in

quanto capace di prevenire la recidiva penale appare ormai soltanto una delle grandi promesse non mantenute dell'epoca moderna.

Il modello correzionale di giustizia penale, cioè il sistema penale teleologicamente orientato alla special-prevenzione positiva, si trova così sottoposto a severe critiche che muovono da diversi fronti. In quanto incapace di raggiungere pienamente gli scopi prefissati, è riconosciuto come economicamente insostenibile; in quanto capace di produrre effettivamente strategie pervasive di controllo sociale, viene denunciato quale politicamente inaccettabile. L'ottimismo riformatore nei confronti di una soluzione razionale della questione criminale è ormai liquidato come utopico o mistificatorio, perché occulta intenti regressivi di omogeneizzazione sociale, che si celerebbero dietro l'espressione indulgenzialista e perdonista dell'ideologia correzionalista. Da un lato si svela la pietosa bugia del possibile recupero sociale del reo condannato; dall'altro lato, si contesta l'apparato coercitivo che sotto le parvenze paternalistiche della prevenzione speciale positiva ha compresso gli spazi di libertà e di autonomia dei singoli individui. Il diffuso disincanto nei confronti del mito della risocializzazione si è espresso quindi in direzioni opposte, entrando a far parte sia del patrimonio culturale dell'ideologia neoliberalista per un nuovo realismo penologico, che di quello dell'ideologia liberale per un nuovo garantismo penalistico.

7.1. Nuovo realismo penologico

Il nuovo realismo penologico sostiene l'inconciliabilità tra sviluppo economico e riformismo sociale e respinge il collegamento tra difesa sociale e prevenzione speciale, in quanto l'aumento del fenomeno criminale viene ricondotto al declino dell'attività punitiva.

La giustificazione della nuova stagione punitiva viene ripresa dal vecchio arsenale della pena giusta, ma in una versione rovesciata e deformalizzata rispetto all'originario modello della retribuzione legale. Il referente su cui determinare la pena meritata non è più la gerarchia dei beni tutelati e dei moventi indagati, ma diventa il comune sentire della gente, rispetto al quale si ritiene possibile commisurare la pena in concreto in quella che l'opinione pubblica avverte come giusta. Il riferimento al concetto di meritevolezza non viene più operato nella prospettiva di porre dei limiti al potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena, quanto di agganciarla all'allarme sociale nella collettività.

La riproposizione delle teorie della meritevolezza della pena, come criterio della commisurazione della pena in concreto, è spesso giustificata come un ri-

torno alle concezioni non utilitaristiche del castigo legale e operata con frequenti riferimenti alla teorizzazione idealistica della retribuzione legale. Ciononostante, senza qui affrontare la questione fondamentale della costruzione sociale della questione securitaria, e quindi dei significati conflittuali delle categorie invocate, va osservato che tale ritorno alla pena meritata nei fatti finisce per auspicare uno scopo di deterrenza alla pena in concreto, posto che il rinvio alla necessaria proporzionalità viene riferito al sentimento di paura e al bisogno di sicurezza che la società civile esprime di fronte al diffondersi del fenomeno criminale.

7.2. Nuovo garantismo penalistico

Il nuovo garantismo penalistico attacca il mito rieducativo dal versante della cultura garantista, in quanto l'ideologia special-preventiva positiva e la prassi trattamentale correzionale hanno storicamente intaccato il principio dell'eguaglianza di fronte alla pena. La sanzione penale è per sua natura una pena sostanzialmente diseguale, quanto sono diseguali per condizioni economiche, sociali, culturali le persone che vengono punite. Se la pena deve risocializzare, non può che essere individualizzata, venire fondata su valutazioni personologiche, quindi risultare diseguale. A fatti di reato uguali per gravità della lesione all'interesse protetto e del grado della colpevolezza soggettiva, possono conseguire forme di pena diverse, perché individuale e quindi differente è la prognosi di non recidività. In questo modo, si compromette il valore stesso della certezza formale del diritto penale.

La critica della nuova istanza garantista contro il modello correzionale viene portata agli abusi perpetrati ai principi formali dell'eguaglianza e della certezza, per cui si rilegittima il ruolo universale della legge eguale per tutti, della certezza del diritto, della centralità sistemica dell'azione sull'attore. Tuttavia, il rinvio all'interesse generale del sistema, al contenuto lesivo della condotta, allo schema retributivo nella commisurazione, al formalismo giuridico nella penalità, tutti questi riferimenti contribuiscono a oscurare la natura fortemente selettiva, pertanto riproduttrice di diseguaglianza, della giustizia penale.

8. L'ineffettività delle sanzioni penali e la pedagogia del diritto penale

Nella prospettiva critica sulla penalità contemporanea, i fini ideali e le funzioni materiali dei castighi legali si confrontano con la crescente ineffettività delle san-

zioni penali, cioè con la comune circostanza del divario progressivo tra inflazione nella minaccia della pena e contrazione nella sua esecuzione.

Nel nostro sistema penale le norme incriminatrici risultano all'ultimo studio disponibile diverse migliaia, con tendenza alla loro ulteriore espansione, non calmierata dai ricorrenti propositi di decriminalizzazione (cioè di dequalificazione da penale ad amministrativa della sanzione per un precetto) e di depenalizzazione (ossia di espulsione dalla sfera punitiva di una condotta). Nell'intervallo di tempo per convenzione di un anno, quante volte tali norme siano violate non è dato sapere con precisione. Alla relativa imponderabilità dovuta alla *cifra oscura della criminalità* (cioè l'insieme di reati che non vengono a conoscenza delle autorità, né tramite denunce dei privati né attraverso attività delle polizie), si contrappone il parziale rimedio dell'*indagine sociologica sulla vittimizzazione* (ossia l'attività di ricerca sociale che esplora con tecniche quantitative e qualitative l'universo delle vittime di reato, comprese le circostanze e le motivazioni per le quali i fatti subiti sono stati o meno denunciati e che esito abbiano avuto o meno le indagini). Sia la criminalità nascosta che la vittimizzazione rivelata risultano estremamente mutevoli, in rapporto alle singole tipologie dei reati e alle specifiche variabili degli attori e del contesto di riferimento. Ciò considerato, i fatti di reato che vengono annualmente a conoscenza delle autorità di polizia sono nell'ordine di alcuni milioni. Di questi, poche centinaia di migliaia conosce l'esito giudiziario della condanna degli autori, gli altri restano contro ignoti o esitano in proscioglimenti degli indagati o assoluzioni degli imputati. In fine, delle pene giudizialmente comminate sono attorno a centomila quelle effettivamente eseguite, in via quasi esclusiva quelle privative della libertà.

L'interrogativo così diventa che senso abbia minacciare (astrattamente) sempre più, per punire (proporzionalmente) così poco.

La risposta più comune è che l'inflazione penalistica sia l'inevitabile conseguenza della funzione censoria come caratteristica esclusiva del diritto penale. Soltanto il diritto penale sarebbe in grado di garantire questa importante funzione sociale, in quanto in possesso della necessaria forza espressiva o simbolica che gli deriva dalla sanzione penale. Pertanto tale forza del diritto penale, capace di produrre censura sociale, non verrebbe compromessa dall'elevata ineffettività delle sanzioni minacciate.

Una riflessione meno comoda muove dalla considerazione che se mai il diritto penale è stato capace di produrre riprovazione sociale, ciò si è limitato al diritto penale classico (cioè quella parte di *reati naturali* che riguardano condotte socialmente avvertite come meritevoli di pena), che oggi rappresenta un nucleo comparativamente margi-

nale rispetto al resto del diritto penale contemporaneo (ossia quella parte di *reati artificiali* che interessano fattispecie senza vittime o a tutela di funzioni invece che di beni).

La funzione espressiva o simbolica del diritto penale discende dal ruolo del sistema classico della giustizia penale nella produzione e riproduzione delle differenze sociali, cioè nella definizione e ridefinizione della società diseguale. Le censura o la riprovazione sociale opera in ragione della minaccia di una risposta penale, il cui fine latente è quello di trasformare dal punto di vista sociale l'illegalità in criminalità, il trasgressore in delinquente. Ciò che consente di riconoscere il singolo deviante come appartenente alla classe criminale risiede nel marchio, nello stigma penale, che rappresenta l'entità funzionale in grado di attribuire al sistema penale la propria peculiare virtù, che è quella di orientare alla conformità l'universo sociale dei potenziali violatori della legge e di confermare nella fedeltà l'universo sociale dei presunti osservanti. Dal punto di vista sociale, la censura produce prevenzione soltanto se determina vergogna. La minaccia di una reazione istituzionale che non sia comunque capace, per quanto in via astratta ed eventuale, di ridurre o almeno di minare la condizione sociale di chi ha violato la legge penale, cioè che non risulti insomma degradante, non è riconosciuta né riconoscibile come sanzione penale. Al livello di significato sociale, mentre ciò si verifica in ogni caso per la detenzione, la sanzione pecuniaria risulta pena e non tassa solo se effettivamente idonea a intaccare sensibilmente la situazione economica e quindi la posizione sociale della persona condannata.

Le ricerche empiriche confermano che l'idea socialmente costruita e condivisa identifica come *penale* il solo diritto penale classico (cioè la criminalizzazione di quelle sole condotte che violano i diritti soggettivi delle vittime) e come *pena* la sola sanzione penale carceraria (ossia l'applicazione di quelle sole forme di sofferenza legale che vengono avvertite quali degradanti e quindi stigmatizzanti). Ciò considerato, la funzione espressiva o simbolica del diritto penale si produce a livello sociale come valore aggiunto che scaturisce dalla sua originaria funzione materiale di strumento di produzione e riproduzione della differenziazione sociale. Di conseguenza, l'effetto di censura sul piano sociale si manifesta in prossimità di quel nucleo originario e compatto, mentre tanto più ci si allontana quanto più si affievolisce la possibilità di trasmettere socialmente riprovazione o biasimo. Al diffondersi dell'area della criminalizzazione, oltre la sfera di quanto socialmente avvertito come meritevole di censura, non soltanto non si ha produzione di censura, ma addirittura si rischia l'indebolimento anche di quella originariamente percepita come meritevole.

Gli studi criminologici insegnano che un effetto collaterale del processo di ipertrofia penalistica è proprio di mettere in crisi la funzione sociale del processo di criminalizzazione formale, cioè il riconoscimento sociale del disvalore di condotte qualificate. Il limite intrinseco alla dilatazione penalistica è segnato dal non poter includere nel momento della criminalizzazione primaria (cioè nella definizione dell'area del penale da parte del potere legislativo) comportamenti e ancora più attori sociali che non si ritiene meritevoli di punire con le sole pene che producono censura attraverso la degradazione sociale nella fase della criminalizzazione secondaria (ossia nell'applicazione delle risorse penalistiche da parte delle agenzie del controllo sociale, in particolare la polizia e la magistratura). Se per ragioni diverse si determina lo stesso questa estensione, la contraddizione viene rimediata nel negare effettività di diritto o di fatto alla penalità materiale. Ciò fa emergere che la selettività sistemica nel processo di criminalizzazione secondaria restringe lo spazio della penalità materiale a poche fattispecie di reato e a pochissime tipologie di autori.

In assenza di una penalità materiale capace di produrre differenziazione sociale, anche la dimensione espressiva di sola censura finisce a livello sociale per sparire del tutto o rendersi assai tenue. Diventa equivoco definire diritto penale simbolico quello che si aliena dalla sua funzione di produzione della differenziazione sociale in quanto non più in grado di determinare censura collettiva. Le necessità di legittimazione democratica del sistema della giustizia penale, alla base delle spinte verso l'inflazione penalistica che sono avvertite come politicamente impellenti o irresistibili, non sono tali da sovvertire la speciale funzione del sistema penale, quale sistema appunto di disciplina sociale, che è ontologicamente caratterizzato dalla natura della sofferenza legale, che se si vuole che resti penale è e rimane di produzione aggiuntiva di disabilità sociali.

Questo complesso processo di trasformazione sociale è quanto conferisce al sistema della giustizia penale la funzione di istanza decisiva nella conservazione della realtà sociale. Un diritto penale che non si produca in penalità materiale, cioè che non operi almeno in potenza quella trasformazione sociale, viene meno alla sua piena missione e si ferma sulla mera soglia della definizione dell'illegalità, come avviene per la maggior parte del diritto penale odierno. Si tratta di illegalità avvertite come molte tra le tante in un universo di illegalità diffuse, di modo che sul piano della funzione sistemica di censura sociale diventa irrilevante che queste illegalità siano o meno incluse nel diritto penale. Il diritto penale finisce per smarrire la sua funzione pedagogica.

CAPITOLO II

SISTEMA PENALE

1. La pena come criterio di individuazione del reato

Nello studio del diritto penale è riprovevole consuetudine prestare scarsa attenzione alle conseguenze giuridiche del reato. Una lacuna censurabile, ma che trova molte attenuanti, la prima delle quali va riconosciuta al metodo dominante nella didattica penalistica del nostro paese: in genere corsi e manuali di parte generale privilegiano l'analisi degli elementi tipici del reato, per dedicare sintetici cenni a quelli propri della sanzione.

Questo approccio non risponde ad alcun canone razionale, anzi risulta logicamente errato, in quanto determina un'inversione funzionale dei concetti stessi di pena e di reato. È infatti certo che solo in base al criterio nominalistico di designare a livello normativo come sanzione penale la conseguenza di un fatto illecito, è possibile qualificare quest'ultimo come reato (cioè penale) e così distinguerlo dalle altre categorie di illeciti (ossia amministrativo, civile, contabile, disciplinare, ...). Ma v'è di più: la stessa possibilità di fondare scientificamente una teoria del reato presuppone una teoria della pena capace di fissarne natura, specie e scopi. In questo senso, va ricordata la circostanza nient'affatto fortuita che il nostro sistema punitivo venga appunto considerato di diritto "penale" e non "criminale", in ragione del fatto che la sua cifra fondativa è la pena come prevista conseguenza e non l'illecito quale condizione presupposta.

2. La centralità storica della privazione di libertà come conseguenza sanzionatoria

A parziale giustificazione dell'inversione funzionale tra reato e pena sopra censurata, è possibile individuare una ragione storica. I moderni sistemi di diritto penale si contrappongono radicalmente a quelli precedenti a causa dell'adozione di un criterio monistico nell'individuazione della risposta sanzionatoria: si tratta della privazione della libertà, per un determinato periodo di tempo e a scopo di prevenzione generale. La pena di un'unica specie, differenziata quindi solo nella quantità, da un giorno all'eternità.

La scelta di questa modalità punitiva esclusiva è innanzitutto conseguente a un'istanza di razionalizzazione del diritto moderno che si afferma nel Settecento, periodo in cui emersero quelle teorie proporzionalistiche che insistevano piuttosto sulla scala di gravità delle condotte dei reati che sulla diversità dei generi delle pene, dottrine che intendevano pertanto accreditare rapporti più quantitativi che qualitativi tra gli elementi del sistema penale e in ciò erano favorevoli a ridurre il numero delle pene a quella sola che fosse per sua natura graduabile.

La scelta a favore di una pena per sua natura capace di essere misurata, l'unica insieme con quella pecuniaria, era altresì rispondente all'altrettanto avvertita necessità di tipo invece politico di attuare un rapporto di proporzionalità tra illecito penale e risposta sanzionatoria, da cui lo scopo di prevenzione generale (dentro l'orizzonte della deterrenza sociale) e il criterio di proporzione (secondo il principio di retribuzione legale) finirono per essere uniti da un nesso di interdipendenza, secondo cui ciascuno di essi aveva senso solo se inteso in rapporto all'altro.

Un ulteriore legame di nodale importanza esiste tra pretesa codificatoria e pena graduabile, nel senso che il primato di una sanzione modulabile quantitativamente è condizione funzionale per potere operare una rigorosa differenziazione a livello sanzionatorio in relazione alla disomogeneità dei beni penalmente tutelati.

Da questi argomenti si ricava che se la risposta sanzionatoria fu pensata come unica, ne consegue la carente considerazione alla stessa rivolta da parte della riflessione scientifica. A conti fatti, tale soluzione esclusiva venne solo presupposta, dal momento che il principio di un sistema monistico delle sanzioni oggi appare solo un modello ideale di giustizia penale, da cui i sistemi positivi si sono sempre più inesorabilmente allontanati.

3. Dalla pena detentiva alla diversificazione sanzionatoria

Il sistema delle pene del nostro ordinamento positivo non comprende soltanto quelle immediatamente o eventualmente privative della libertà personale. Si presenta piuttosto come un insieme assolutamente eterogeneo di tipologie punitive e pertanto non riconducibili sul piano né del genere né dello scopo a un modello autenticamente sistemico. Insomma, è certo dubitabile che si possa scientificamente elaborare oggi l'idea stessa di un sistema sanzionatorio, sempre che all'espressione si voglia attribuire il significato che propriamente gli appartiene. È utile ripercorrere sinteticamente le fasi e le ragioni di questo processo di allontanamento da un modello organico di sistema sanzionatorio, con uno sguardo allargato alle discussioni teoriche e alle esperienze pratiche che sono avvenute in epoca contemporanea.

Al principio del Novecento, la soluzione adottata dal nostro legislatore derivò dall'originale compromesso, proprio della cosiddetta terza scuola o scuola eclettica, tra le posizioni ideologiche delle due principali correnti, che in quell'epoca animavano il confronto scientifico sulla materia penalistica e criminologica, vale a dire la scuola classica di Gaetano Filangeri, Mario Pagano e soprattutto Francesco Carrara, e la scuola positiva di Cesare Lombroso, Raffaele Garofalo e soprattutto Enrico Ferri. Si tratta del cosiddetto doppio binario, ovvero dell'idea di accostare al regime delle pene quello delle misure di sicurezza, per cui le prime (per i delitti la pena di morte, quelle detentive dell'ergastolo e della reclusione, e quella pecuniaria della multa; per le contravvenzioni quella detentiva dell'arresto e quella pecuniaria dell'ammenda) sono comminate al delinquente responsabile perché giuste secondo il criterio retributivo e lo scopo deterrente, mentre le seconde (quelle personali detentive della colonia agricola, della casa di lavoro, della casa di cura e di custodia, del manicomio giudiziario e del riformatorio giudiziario, quelle personali non detentive della libertà vigilata e dell'espulsione dello straniero; quelle patrimoniali della cauzione di buona condotta e della confisca) vengono inflitte al reo pericoloso poiché utili allo scopo neutralizzante e risocializzante. In questo modo, la pena manteneva apparentemente la sua purezza ideale di retribuzione legale, sfuggendo da ogni possibile inquinamento con altre valutazioni amministrative di difesa sociale. Tuttavia si trattava appunto di apparenza, in quanto l'opzione per due distinti circuiti sanzionatori non ne rivela l'effettiva disciplina regolatoria, che contempla la concreta possibilità di applicare a una medesima persona, considerata allo stesso tempo imputabile e socialmente pericolosa, sia la pena che la misura di sicurezza.

Ma l'ibridazione dell'originario sistema sanzionatorio, operata con l'introduzione delle misure di sicurezza al fianco delle pene, non si limita alla sola area di interferenza appena descritta, poiché risulta negata la stessa possibilità di operare una differenziazione dei criteri normativi che presiedono alla rispettiva applicazione delle pene e delle misure di sicurezza. Infatti tra i criteri di commisurazione giudiziaria delle pene, oltre alla gravità del reato, è inclusa la capacità a delinquere del colpevole (v. art. 133, c. 2, c.p.), che rinvia a una medesima valutazione prognostica di non recidività di derivazione positivistica, così come i parametri di accertamento della pericolosità sociale, ovvero la probabilità della commissione di nuovi reati, in funzione dell'applicazione delle misure di sicurezza rimandano alle stesse circostanze che valgono per la commisurazione delle pene (v. art. 203, c. 2, c.p.). Inoltre lo stesso vale quando si passa dal momento applicativo a quello esecutivo, dove pene e misure di sicurezza hanno sempre palesato una medesima afflittività, solo in parte determinata dalla circostanza che nei fatti si è lungamente e grandemente trascurata una diversificazione organizzativa e trattamentale tra le une e le altre (le case di cura e di custodia e i manicomi giudiziari, invece che in istituti sanitari, erano generalmente collocati in stabilimenti carcerari, i cui programmi gestionali erano comunemente impostati sulla custodia invece che sulla rieducazione e sulla riabilitazione). Per tali ragioni, la distinzione prospettata astrattamente tra pene e misure di sicurezza sparisce definitivamente nella fase applicativa ed esecutiva, ovvero al passaggio dagli esercizi ideali tra gli intelletti alle pratiche quotidiane sopra i corpi.

In realtà, nel corso dell'Ottocento l'invenzione moderna della pena privativa della libertà personale, che era avvenuta nei secoli precedenti e che aveva originato la lunga stagione di carcerizzazione ricordata come il grande internamento, aveva già mostrato i propri gravi limiti. L'iniziativa del movimento riformistico del sistema penale, che era animata dall'opposto obiettivo di ridurre la centralità della risposta carceraria, aveva così proposto l'implementazione di modalità di punizione alternative al carcere, confidando che l'ampliamento della gamma sanzionatoria avrebbe determinato l'auspicato effetto di contrarre la pena carceraria e avrebbe generato una diversa epoca di decarcerizzazione. È possibile ricondurre le alternative legali alla pena detentiva, sebbene storicamente e culturalmente anche distanti e comunque disciplinate negli ordinamenti positivi, ad alcune opzioni di politica penale, così da poter specificare se e come il nostro sistema risulti ispirato a tali riferimenti.

4. L'eterogeneo ampliamento della gamma sanzionatoria

Un primo insieme di alternative legali alla pena detentiva sono anzitutto quelle per *ragioni di giustizia*. La loro giustificazione rinvia al classico paradigma della pena giusta. In una prospettiva attenta all'economia politica della sofferenza legale, non tutti i fatti di reato meritano la privazione di libertà, per quanto temporalmente limitata. In una concezione coerente al principio penale della retribuzione legale, non tutte le trasgressioni perpetrate alla legge penale giustificano il corrispettivo della libertà. La disputa settecentesca e ottocentesca intorno alla *pena pecuniaria* testimonia come il pensiero giuridico ritenesse spesso eccessiva e quindi ingiusta la sofferenza del carcere. Il dibattito ottocentesco rivolto al superamento delle *pene detentive brevi* mostra più avversione nei loro confronti in ragione di un criterio di giustizia retributiva che uno di utilità sociale, dal momento che la sofferenza del carcere, per quanto la più mite possibile, può eccedere ogni limite posto dalla dovuta proporzionalità con l'illecito commesso, come pure, sebbene in subordine, la pena del carcere può risultare ingiusta, prima ancora che inutile o dannosa, con riferimento a condivisibili considerazioni di prevenzione generale che fanno leva sull'evidente difetto di deterrenza collettiva. In questo orizzonte, l'altro dal carcere è affidato all'azione del legislatore, nel senso che la sede di tali alternative risiede nel momento edittale e prescinde da valutazioni legate al caso concreto.

Nel nostro ordinamento penale questa opzione è assai marginale, limitata a pochi illeciti di natura bagatellare che vengono sanzionati in esclusiva con la pena pecuniaria, dato che le pene pecuniarie di norma sono previste in soluzione congiunta o alternativa alle pene detentive. Oltre a ciò, l'inadempimento delle singole pene pecuniarie per insolvibilità del condannato si convertivano in origine nelle corrispondenti pene detentive ai sensi dell'art. 136 c.p., ma anche oggi, dopo la pronuncia costituzionale di cui alla sent. 131/1979 e la riforma legislativa di cui alla l. 689/1981, si convertono in libertà controllata o lavoro sostitutivo, vale a dire modalità se non privative di certo limitative della libertà. Insomma, nel nostro sistema penale non sono presenti pene diverse dal carcere che comunque non facciano riferimento direttamente o indirettamente alla pena privativa o limitativa della libertà personale.

A un secondo gruppo appartengono invece le misure alternative alla pena detentiva per *ragioni di risocializzazione*. Rappresentano le risposte alla ricerca di una pena non più giusta, ma più utile della pena detentiva. Secondo un approccio legato alla cultura positivista, se non è sempre possibile contare su un processo

trattamentale a scopi risocializzanti in ambiente intramurario, si può invece altrimenti sperare su interventi attuati in spazi extracarcerari. Se lo scopo utilitaristico della pena è la non recidività del reo, la scelta della pena più utile deve sottostare a un giudizio prognostico sull'autore, perché l'utilità di punire con il carcere o con altro dal carcere è questione che si riferisce a un giudizio sulla pericolosità in relazione alle variabili del caso. Lo sviluppo tra fine Ottocento e inizio Novecento del movimento correzionalistico ha dato luogo sul piano storico e comparativo a una notevole pluralità di possibili soluzioni.

Il nostro diritto positivo ha conosciuto sino a oggi tre forme di alternative special-preventive. Le prime due attribuiscono al giudice della cognizione la valutazione discrezionale rispettivamente sulla deviazione con rito speciale dal percorso processuale ordinario e sulla punizione con sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, mentre la terza affida al giudice della sorveglianza il potere discrezionale di modificare in fase esecutiva la sanzione irrogata mediante misure alternative alla detenzione. La sospensione del procedimento con messa alla prova, che era già prevista per l'imputato minorenni dal d.P.R. 448/1988, è stata poi stabilita per l'imputato adulto dalla l. 67/2014, con molte differenze rispetto alla versione minorile, in specie per la sua applicabilità soltanto a reati puniti a livello edittale con la sola pena pecuniaria o con la pena detentiva sola congiunta o alternativa alla pena pecuniaria non superiore nel massimo a quattro anni, ma comunque caratterizzata dall'affidamento al servizio sociale, dalla prestazione di lavoro di pubblica utilità e dall'osservanza di prescrizioni su rapporti con operatori, dimora, libertà di movimento e divieto di frequentare determinati locali. Le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, che sono state disciplinate dalla l. 689/1981 nelle forme della semidetenzione, della libertà controllata e della pena pecuniaria, operano nei casi in cui il giudice intenda pronunciare sentenza di condanna a pena detentiva rispettivamente sino a due anni, un anno e sei mesi, e in particolare le prime due consistono correlativamente nell'obbligo di trascorrere almeno dieci ore giornaliere in un apposito luogo penitenziario e nel rispetto di una serie di obblighi, divieti e sospensioni, ovvero nel divieto di allontanarsi dal comune di residenza e nell'obbligo di presentarsi almeno una volta al giorno presso l'autorità di pubblica sicurezza, oltre al rispetto della stessa serie di obblighi, divieti e sospensioni. A ben vedere, la logica giustificativa di tali alternative non pare rispondere tanto al perseguimento del più ambizioso scopo della risocializzazione, quanto a soddisfare il più limitato obiettivo di evitare all'interessato gli effetti negativi di una pena detentiva breve. Le misure alternative alla detenzione, che sono state

introdotte dalla l. 354/1975 di riforma dell'ordinamento penitenziario, come da successive modificazioni e integrazioni ovvero da altri codici e leggi, e che nel loro insieme rappresentano l'oggetto principale della seconda parte di questo testo, consistono negli istituti dell'affidamento in prova al servizio sociale, della detenzione domiciliare, della semilibertà, della liberazione anticipata, della liberazione condizionale, dell'affidamento in prova in casi particolari per tossicodipendenti e alcolodipendenti e della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva per tossicodipendenti, e interessano i condannati e gli internati che devono espiare una pena detentiva anche residua non superiore ai sei anni, con contenuti variamente orientati alla rieducazione e alla riabilitazione delle persone destinatarie di titoli esecutivi per pene e misure di sicurezza. A voler cogliere le note comuni ai diversi percorsi alternativi per ragioni special-preventive, si può osservare che chiunque debba decidere tra carcere e altro dal carcere, che sia il giudice della cognizione o dell'esecuzione, lo farà a favore dell'alternativa al carcere se sulla base di valutazioni di pericolosità sarà convinto che vale la pena rischiare, nel senso di risparmiare l'esperienza della detenzione per qualcosa che è pur sempre pena, che ha comunque contenuto disciplinare, solo che è forse più utile, che è certo meno afflittiva. Però in ogni caso con una riserva, quella per cui laddove lo scopo preventivo non venga raggiunto attraverso la forma alternativa alla detenzione ritroverà spazio la pena privativa della libertà. Pertanto emerge una dipendenza funzionale tra alternative legali per ragioni special-preventive e pene detentive, secondo cui ciò che è diverso dal carcere viene a dipendere sempre e comunque da ciò che è la centralità del carcere. Insomma, le forme alternative risultano garantite da una sorta di duplice ricatto, il primo che l'alternativa al carcere è comunque preferibile al carcere in quanto produce meno sofferenza, il secondo che rimane sempre incombente il rischio di finire in carcere dove si soffre di più.

Un terzo e ultime ordine di alternative legali alla pena detentiva sono infine quelle per *altre ragioni di utilità*. Di specie ancora diversa è la scelta di operare alcune alternative al carcere per scopi utilitaristici altri dalla stessa prevenzione, come la necessità di governo del carcere ovvero la logica di premialità nell'esecuzione, in particolare per indurre comportamenti considerati auspicabili, quali l'adesione a un programma terapeutico o la collaborazione con l'azione giudiziaria. Per tali ragioni, la pena in fase esecutiva potrà essere più o meno lunga, di maggiore o minore severità, qualitativamente conforme o disomogenea a quella meritata secondo il fatto di reato per ragioni utilitaristiche che non sono riconducibili a un giudizio prognostico di non recidività, quanto invece a una logica governamentale di premi e castighi.

Secondo il nostro ordinamento penitenziario, come verrà poi illustrato nel corso della trattazione, a livello esemplificativo nei casi di detenzione per i reati comuni si potrà godere all'esterno dei permessi premio solo se si sarà tenuta una regolare condotta all'interno del carcere, ovvero si dovrà espiare tutta o parte della pena in un regime particolarmente severo se la condotta dentro o fuori del carcere verrà valutata sostanzialmente negativa; nei casi di affiliazione con la criminalità organizzata, si potrà accedere alle misure alternative o agli istituti trattamentali solo se si presterà attività di collaborazione con gli organi di giustizia, altrimenti si dovrà soffrire un regime carcerario di massima sicurezza.

5. Il processo penale e la pena processuale

Esistono due fenomeni in genere considerati patologici nel nostro sistema penale, ciò nonostante per niente risultanti marginali nel suo funzionamento ordinario sul versante sanzionatorio.

Il primo concerne la circostanza che la custodia cautelare è venuta assumendo un'atipica e impropria funzione di *assaggio di pena*, sino al limite estremo di costituire l'unica ed effettiva forma di risposta sanzionatoria sofferta da una parte non trascurabile di popolazione penale. Si tratta di un fenomeno presente da lungo tempo nel nostro sistema di giustizia penale, ma che in qualche modo è andato crescendo a causa di due motivazioni diverse: l'inarrestata dilatazione dei tempi processuali induce l'autorità giudiziaria, allo scopo di dare subito una risposta soddisfattoria all'allarme sociale, ad abusare dello strumento della *pena prima del processo* o *pena senza processo*, che in tal modo viene a giustificarsi per ragioni esterne al processo; per ragioni interne al processo, invece, gli organi giudiziari confidano che il carcere, in particolare quello scontato anche prima della condanna in regime detentivo di massima sicurezza, possa persuadere l'indagato o l'imputato a una condotta collaborativa.

Il secondo fenomeno riguarda la constatazione che i riti alternativi, in particolare il giudizio abbreviato e l'applicazione della pena su richiesta delle parti, per effetto dei quali, su iniziativa di parte o per accordo tra parti, si determina una riduzione della pena rispetto sia a quella che in via astratta all'imputato andrebbe inflitta in quanto meritata, sia a quella che in senso concreto gli sarebbe utile a scopo rieducativo. Si tratta di una *pena fuori dal processo* o *pena negoziata*, che se trova giustificazione nell'ambito di una scelta di politica penale di deflazione del

sistema processuale e penitenziario, finisce però per privare di ragione e di scopo la pena stessa.

Per queste ragioni, il *sistema sanzionatorio nei fatti* risulta ben diverso da quello *nei libri*, laddove le prassi giudiziarie mostrano assai spesso il *processo come castigo legale* ovvero addirittura il *processo come unica pena*.

6. Dalla pena edittale alla pena irrogata

Le pene edittali o pene in astratto, tanto privative quanto limitative della libertà come incidenti sul patrimonio, che in casi marginali possiedono un carattere fisso, vale a dire sono normativamente determinate in un unico valore, per cui vengono anche definite come “pena tariffa”, nelle ipotesi ordinarie presentano un carattere mobile, nel senso che è legislativamente prevista la loro quantità da un minimo a un massimo, così come altre volte alternativamente o cumulativamente stabilite di un tipo e di un altro.

Le pene irrogate o pene in concreto sono invece quelle che vengono giudizialmente decise, in particolare rispetto alla scelta del tipo di pena come alla determinazione dell'entità di pena. Nello scegliere la tipologia e/o la quantità della pena appropriata al caso concreto, il giudice esercita un potere discrezionale ontologicamente insopprimibile ed entro certi limiti anche incomprimibile, in ciò andando contro l'illusione illuministica del giudice del fatto quale “bocca della legge”. La vera questione non è pertanto disconoscere questo potere creativo, piuttosto convenire sostanzialmente sui suoi limiti e soprattutto valutare realisticamente quanto i relativi criteri possano effettivamente disciplinare tale discrezionalità. Affermare che il potere discrezionale del giudice penale deve ritenersi vincolato solo perché limitato nei termini edittali delle previsioni sanzionatorie dall'indicazione legislativa degli indici di commisurazione e dell'obbligo di motivazione, come si accontenta di fare una parte significativa della dottrina penalistica, non può difendere che molto poco dalla produzione di una giustizia penale diseguale. Si tratta di vincoli che operano come mera cornice formale a un apprezzamento in cui le visioni del mondo dell'autore del giudizio intervengono quali eterogenee variabili decisive nella commisurazione del castigo. La fondamentale ricerca empirica sulle decisioni giudiziarie assunte, cioè sul potere discrezionale nella determinazione sanzionatoria, nota come *sentencing research*, è particolarmente ricca nei sistemi giuridici di diritto comune, definiti di *common law*, dove questo potere è per molti versi

ancora meno vincolato e risulta di conseguenza assai maggiore la consapevolezza della variabilità e dell'imprevedibilità del suo esercizio.

7. Il potere discrezionale del giudice tra vuoto dei fini e principi della punizione

La scelta operata dal nostro legislatore è stata nel senso di indicare i criteri di commisurazione della pena, cioè gli indici che il giudice del fatto deve valutare allo scopo di determinare una pena adeguata al caso concreto. Alcuni di questi criteri afferiscono al modo di considerare la gravità del reato, altri alla maniera di apprezzare la capacità a delinquere del colpevole.

Ai sensi dell'art. 133 c.p., la gravità del reato va desunta da indici fattuali capaci di valutare il fatto nella prospettiva sia dell'elemento oggettivo che di quello soggettivo, cioè tenendo conto del disvalore dell'azione e dell'evento, nonché della natura e dell'intensità della colpevolezza (v. c. 1). Sotto questo primo profilo, offerto dagli indici valutativi della gravità del reato, il giudice pare doversi attestate a una valutazione di tipo retributivo, secondo la classica concezione della retribuzione legale della pena giusta perché equivalente alla gravità dell'illecito. Secondo questo primo criterio commisurativo, il potere discrezionale del giudice è limitato alla valutazione degli elementi fattuali al di fuori di ogni orizzonte finalistico, in quanto il giudice deve determinare una pena che sia solo proporzionata, non anche utile nel senso della prevenzione generale o speciale.

All'indicazione degli indici sulla gravità del reato, la stessa disposizione ne aggiunge alcuni altri per valutare anche la capacità a delinquere del colpevole, ossia i motivi a delinquere e il carattere del reo, i precedenti penali e giudiziari del reo, la condotta di vita del reo antecedente contemporanea e susseguente al reato, nonché le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo (v. c. 2). Sotto questo secondo profilo, accanto alla considerazione degli elementi fattuali del reato, il giudice risulta doversi spingere a valutare la personalità del reo. La questione che ha sempre diviso la dottrina ruota inevitabilmente attorno a cosa debba intendersi per personalità del reo nella commisurazione della pena, specie se vada ritenuta una valutazione dell'attitudine espressa nel reato commesso ovvero dell'attitudine potenziale alla prossima commissione. Infatti, se la valutazione della capacità a delinquere è rivolta al passato, non è che un vaglio dell'intensità della colpevolezza, cioè del grado di riprovazione per il fatto di reato, invece se si orienta al futuro si sostanzia in un

giudizio sulla prognosi della pericolosità, ossia della probabilità di reiterazione di un fatto di reato. Se si propende per una valutazione di tipo prognostico, il giudice non sarebbe più chiamato a determinare la pena giusta, ma quella utile, meglio più utile, affinché si possa ridurre il rischio di recidiva, secondo scopi di prevenzione speciale, sia positiva che negativa. Ma l'art. 133 c.p. sulla valutazione agli effetti della pena è tanto ricco di criteri quanto è privo di fini, nel senso che non specifica a quale scopo socialmente utile debba orientarsi il giudice nel decidere il tipo e la quantità della sanzione penale nel singolo caso.

Nella concezione illuministica lo scopo utilitaristico è presente solo nella pena in astratto, cioè di quella edittale, ed è rigorosamente di prevenzione generale, mentre lo scopo giustizialista è proprio solo della pena in concreto, cioè di quella irrogata, ed è sinallagmaticamente di retribuzione legale. Lo stato punisce determinati illeciti, in questo modo confidando di trattenere i potenziali trasgressori dal delinquere, invece il giudice retribuisce singoli delinquenti, in tal senso provvedendo ad affermare il criterio formale della pena giusta in quanto proporzionata al reato commesso ed evitando di perseguire alcun altro scopo di prevenzione sia generale che speciale. Questa rigida distinzione tra valutazioni di utilità e di giustizia entra presto in una crisi irrisolvibile nei sistemi moderni di diritto penale di tipo correzionalistico. Nel processo di ampliamento della gamma delle sanzioni, il potere discrezionale del giudice finisce inevitabilmente per legittimarsi in ragione di scopi utilitaristici, quindi per rispondere a istanze di utilità sociale. Tuttavia, nell'assenza di univoche indicazioni dalla legge su quale utile, il singolo giudice è arbitro di decidere a quale utile ispirarsi, potendo scegliere di punire con una determinata pena perché ritenuta quella più utile alla rieducazione dello specifico reo, ma anche di punire con una pena diversa poiché si stima improbabile la risocializzazione del singolo interessato e insieme si avverte utile che quella persona sia messa nelle condizioni di non nuocere, così come di punire con una certa pena perché a prescindere dalla sorte di quel reo vale da deterrente nei confronti degli altri consociati o invece serve come rassicurazione a livello dell'opinione pubblica.

L'esistenza della discrezionalità, cioè il potere di scegliere, porta con sé la necessità della sua legittimazione, ossia il bisogno di giustificare l'esercizio di tale potere. L'art. 132 c.p. contiene l'obbligo del giudice di indicare i motivi dell'esercizio della discrezionalità nell'applicazione della pena. Tale motivazione, in quanto adempimento finalizzato a garantire il controllo giurisdizionale sull'esercizio del potere discrezionale, esprime solo la giustificazione formale, apparente, non certo quella effettiva, reale. Ad esempio, il giudice che, a parità di illeciti commessi, condanna più

severamente gli imputati di una determinata minoranza sociale, come gli stranieri o i nomadi, nella motivazione sicuramente avvertirà il bisogno di giustificare il diverso esito sanzionatorio nei confronti di tali autori, adducendo delle legittime ragioni di una loro diversa pericolosità sociale, mentre difficilmente esplicherà il proprio illegittimo pregiudizio razziale. Di conseguenza, occorre diffidare dall'illusione che la possibilità di ancorare teleologicamente l'esercizio del potere discrezionale del giudice nella commisurazione della sanzione penale possa concretamente tradursi nella pratica di una giustizia penale eguale. Ogni sforzo in questa direzione va apprezzato, senza perdere la consapevolezza che l'efficacia della strategia è sempre assai limitata. Per esempio, la dottrina che aveva confidato di poter orientare il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena ai canoni costituzionali deve riconoscere che le indicazioni precettive rispetto alla fenomenologia punitiva offerte dalla Carta fondamentale, in particolare col principio di colpevolezza del reo e con quello di rieducazione della pena, vanno in direzioni manifestamente diverse, in quanto col primo precetto il potere discrezionale viene vincolato a determinare una pena che non sia superiore a quella proporzionata al grado della responsabilità, mentre col secondo lo si aggancia alla determinazione di una pena che sia adeguata allo scopo della risocializzazione.

8. La progressiva incertezza delle pene e le ragioni strutturali della penalità

Dal dibattito appassionato che da tempo anima sia la dogmatica penalistica che l'intelligenza politica in merito alla penalità si ricava un diffuso consenso su di un giudizio allarmato a proposito della *progressiva incertezza delle pene*. Il divario che si registra tra pene minacciate e pene irrogate, così come tra pene irrogate e pene eseguite, è infatti ritenuto di tali proporzioni da determinare spazi crescenti di vera e propria *ineffettività dei castighi legali*. Sempre più insistenti si levano pertanto le voci che, stigmatizzando le violazioni prodotte dall'attuale sistema penale e penitenziario ai principi dell'eguaglianza delle persone e della certezza del diritto, assecondano l'ispirazione a un diritto penale minimo e suggeriscono la realizzazione di un modello sanzionatorio riformistico che sia più mite nelle previsioni edittali, magari altresì più diversificato nelle modalità esecutive, ma soprattutto privo di valutazioni di pericolosità nell'applicazione delle pene.

In realtà, la pretesa di governare la penalità materiale confidando unicamente e

aprioristicamente nelle virtù della riforma legislativa è priva di possibilità di successo, perché più o meno pena nei fatti non dipende esclusivamente o prevalentemente dalla legge nei codici. La questione è assai più complessa e ancora molto lontana dalla risoluzione. Le ricerche empiriche sulla discrezionalità applicativa delle sanzioni penali ci insegnano che non si riscontra una correlazione diretta tra la politica penale nelle norme e la penalità agita nei fatti. Per chiarezza, premesso che i referenti obbligati nella valutazione della penalità fattuale sono la severità media delle condanne, il rapporto percentuale tra il ricorso alla pena detentiva rispetto alle altre modalità sanzionatorie e i tassi effettivi di carcerizzazione, queste variabili decisive si mostrano non direttamente correlate alle scelte operate dai sistemi sanzionatori degli ordinamenti nazionali. Di più, i profili soggettivi delle persone che diversamente accedono alle differenti modalità sanzionatorie, vale a dire di coloro che a parità di illecito commesso finiscono in carcere ovvero vengono altrimenti puniti, almeno nel mondo occidentale sono i medesimi, indipendentemente dai diversi quadri normativi di riferimento in vigore nei rispettivi singoli paesi.

La penalità nei fatti non può essere governata solo dalle scelte effettuate dalla penalità nelle leggi. Livelli più o meno elevati di penalità edittale, scelte tra pene principali o sanzioni sostitutive o misure alternative, opzione tra giurisdizionalizzazione o amministrativizzazione dell'esecuzione penale, più o meno modalità alternative in fase esecutiva, sono opzioni della penalità in astratto che non risultano in grado di cambiare da sé il volto della penalità in concreto. L'idea della modernità penalistica, secondo cui il principio di legalità sarebbe capace di presiedere alla penalità di fatto, rappresenta la convinzione in cui qualsiasi progetto di riforma è destinato a confidare, ma resta una promessa mai mantenuta. Più flessibilità della pena in fase esecutiva, attraverso l'adozione di un arsenale più ampio di misure alternative, convince ancora i correzionalisti di essere la scelta capace di produrre decarcerizzazione. Forte limitazione al giudice del potere discrezionale, nella valutazione dell'affidabilità dell'ammissione del condannato ai percorsi alternativi alla pena privativa della libertà personale, persuade invece i garantisti di rappresentare la scelta appropriata per ridurre la penalità patita senza determinare ulteriore disuguaglianza. La riduzione dell'afflittività pertanto passerebbe secondo i correzionalisti da un maggiore potere discrezionale in fase esecutiva per scopi special-preventivi, invece per i garantisti da un drastico abbattimento dei limiti edittali delle sanzioni applicabili. La sociologia della pena ha invariabilmente qualificato quali illusorie entrambe queste presunte correlazioni dirette, come ha analogamente smentito la supposta correlazione diretta tra tassi di criminalità e tassi di carcerizzazione.

CAPITOLO III

PENA CARCERARIA

1. La pena flessibile e lo scambio penitenziario

Con la legge della riforma penitenziaria del 1975, nel sistema italiano della giustizia penale si è originata una rottura della corrispondenza della pena nella fase dell'esecuzione con quella decisa nel giudicato. Ora anche il sistema italiano si può annoverare tra quelli con un modello di pena flessibile, in cui la sofferenza legale giudizialmente determinata per il fatto colpevole finisce per presentarsi come virtuale rispetto a quella effettivamente patita.

Dall'ordinamento penitenziario del 1975, e ancora di più dalla legge di riforma del 1986, si è determinato un radicale mutamento della tradizione ancorata al principio dell'intangibilità del giudicato, che nella commisurazione della pena era governata dalla logica della meritevolezza del castigo. Questo radicale mutamento ha favorito il processo di progressiva autonomia della fase esecutiva per finalità utilitaristiche di prevenzione o di premialità. Questa progressiva autonomia è stata realizzata mediante l'attribuzione agli organi giurisdizionali del tribunale e del magistrato di sorveglianza la facoltà di modificare la quantità e la qualità della pena meritata.

A un primo *scambio negativo* o *scambio penale* (equivalenza tra reato e pena), che avviene nella fase della commisurazione del castigo legale al fatto illecito, si è venuto progressivamente contrapponendo un successivo *scambio positivo* o *scambio penitenziario* (sostituzioni o alternative tra carcere e libertà), che consiste nella praticabilità in fase di esecuzione della flessibilità su parte o intensità della sofferenza

legale, per buona o cattiva condotta carceraria, progressi o fallimenti nei trattamenti risocializzanti, collaboratività o refrattarietà nei confronti della giustizia.

Rispetto alla pena originariamente meritata, la pena concretamente espiata può quindi risultare tanto più breve o più mite, quanto più lunga (per la possibile efficacia retroattiva della revoca di alcuni istituti penitenziari come l'affidamento in prova al servizio sociale e la liberazione condizionale) o più severa (per la sottoposizione del ristretto a un regime speciale quale la sorveglianza particolare o la sospensione delle regole e degli istituti di trattamento), per ragioni che non si rivolgono più al passato, cioè a ciò che si è fatto, ma al presente e al futuro, ossia a come si è e come si può presumere che si sarà. I parametri legali che vincolano il potere discrezionale in fase esecutiva al processo sull'autore, che costituiscono i termini paradigmatici in cui si determina la giudiziabilità formale dello scambio penitenziario, sono genericamente rinvenibili in quelli su cui può articolarsi il giudizio prognostico di non recidività. L'arsenale giustificativo della flessibilità della pena in fase esecutiva è quello proprio di un modello correzionale, dove la discrezionalità esercitata viene esplicitamente guidata da contenuti preventivi.

2. La decarcerizzazione, la risocializzazione, l'umanizzazione

Se il percorso complessivo del riformismo penitenziario degli ultimi quarant'anni nel nostro paese è orientato a favorire processi di decarcerizzazione, le giustificazioni che sono state avanzate nel tempo si rivelano diverse. Mentre l'originaria riforma di cui alla l. 354/1975 si richiamava in prevalenza a valutazioni di prevenzione speciale e a pratiche di trattamento risocializzante, la novella riformistica di cui alla l. 663/1986 e i successivi provvedimenti degli anni 1991-1992 si rifacevano a criteri di forte premialità in genere svincolati dal fine rieducativo. Quindi con l'ulteriore riforma di cui alla l. 165/1998 e i recenti interventi degli anni 2013-2014 si è teso ad agevolare sempre più l'accesso ai percorsi di alternative alla detenzione dallo stato di libertà e altresì a farvi accedere in misura maggiore anche da parte di chi è ancora ristretto, oramai solo con la motivazione di risparmiare il più possibile l'esperienza del carcere a chi deve scontare una pena di breve o media durata.

Mentre l'orizzonte della decarcerizzazione appare più comunemente condivisibile, non altrettanto si può ritenere per lo strumento normativo adottato per perseguirlo, vale a dire i percorsi di alternative alla pena detentiva in fase esecu-

tiva per ragioni di utilità. Si tratta di una questione internazionalmente dibattuta, in relazione alla quale per anni ci si è divisi sull'interrogativo se le misure alternative alla detenzione operino come alternative alla privazione della libertà ovvero alla libertà. In realtà il quesito appare fuorviante, laddove assume una dipendenza funzionale tra dimensione normativa (più o meno misure alternative per legge) e dimensione fattuale (più o meno persone detenute in carcere), che si è dimostrata empiricamente inesistente. Gli studi comparati su legislazioni penalistiche e statistiche carcerarie hanno chiarito che i tassi di carcerizzazione sono sincronicamente (in un dato momento) e diacronicamente (in un periodo temporale) relativamente irrelati dal quadro normativo del sistema penale e dalle strategie normative delle alternative esecutive. In altre parole, le opzioni di politica sanzionatoria non incidono in modo decisivo sui processi materiali della carcerizzazione, poiché esistono variabili strutturali che governano la penalità materiale. Inasprimenti o attenuazioni nella determinazione legale delle pene edittali, requisiti ed effetti dei riti alternativi nella fase processuale, più o meno sanzioni sostituzioni o misure alternative tra fase commisurativa e fase esecutiva, insomma tutto ciò che appartiene all'arsenale delle politiche del penale e del penitenziario nelle norme non è in grado di governare la penalità nei fatti. La decarcerizzazione può quindi valere come giustificazione o discriminante di determinate opzioni di politica sanzionatoria soltanto sul piano ideologico, non in quello materiale.

Una differente ragione per sostenere la flessibilità delle pene nella fase dell'esecuzione è quella dell'umanizzazione dei castighi. La disincantata riflessione che risulta muovere questo diverso orientamento è che nonostante lo scopo rieducativo di riduzione della recidiva si possa dimostrare illusorio, comunque attraverso il mito del trattamento penitenziario che persegue lo scopo della risocializzazione con modalità in tutto o in parte alternative alla privazione della libertà si possa contenere l'insopportabile disumanità della pena carceraria. Se è irrealistico ritenere che si possa rinunciare al prezioso valore simbolico della penalità per punire in astratto di meno, ovvero si possa confidare nell'autonomia del giudizio di commisurazione dalla crescente domanda sociale di penalità per punire anche in concreto di meno, insomma se realisticamente ancora decine di migliaia di persone nel nostro paese finiranno ogni anno per essere condannate alla pena disumana e inutile del carcere, allora ha senso adoperarsi per contenere l'afflittività nel tempo e nell'intensità della pena stessa in fase esecutiva.

La flessibilità della pena, lo scopo della risocializzazione, l'umanizzazione del castigo compongono per quanto in modo confuso una cultura sociale di resisten-

za alla penalità. Del resto, dove magari con la stessa giustificazione dello spirito umanitario si è sperimentata un'altra forma di reazione critica all'ideologia trattamentale, volta all'affermazione della teoria della commisurazione secondo la meritevolezza del castigo e dell'inflessibilità della pena nella fase dell'esecuzione, le aspettative garantiste che il ritorno alla giustizia e alla certezza della pena potesse coniugarsi con la pena del carcere come ultima risorsa si sono rivelate assolutamente infondate. I sistemi penali si sono viceversa caratterizzati per maggiore severità delle pene irrogate in fase giudiziaria, tassi di carcerizzazione in aumento, progressivo peggioramento delle condizioni carcerarie. Ciò ha fattivamente provato che fuori dalla cultura della risocializzazione e dalla prassi del correzionalismo non c'è il ritorno al sogno illuministico delle pene miti e certe, ma all'incubo securitario delle pene esemplari e neutralizzanti.

Se la riforma penitenziaria del 1975 è servita con i suoi percorsi alternativi ispirati a una logica trattamentale a scardinare l'inderogabilità del giudicato e l'immodificabilità della pena, le successive riforme tra metà anni ottanta e metà anni novanta hanno sfruttato l'ideologia della prevenzione speciale positiva per realizzare le loro differenziazioni trattamentali guidate da una logica premiale sempre più svincolata dal finalismo della risocializzazione, e infine le ultime riforme tra metà degli anni novanta del secolo scorso sino al secondo decennio di questo millennio la flessibilità delle pene si piegherà all'intento di fronteggiare drammatiche condizioni strutturali di sovraffollamento con dei meccanismi procedurali che in una logica deflativa finiranno per favorire aree di ineffettività sanzionatoria.

3. L'esecuzione penitenziaria come diritto giurisprudenziale

L'effetto modificativo della fase esecutiva nei confronti dell'esito statico del momento commisurativo ha inevitabilmente trasformato il diritto dell'esecuzione della pena nel nostro ordinamento in un diritto essenzialmente giurisprudenziale.

Non solo il potere discrezionale della giurisdizione di sorveglianza diventa sempre maggiore, ma ogni tribunale, finanche ciascun magistrato di sorveglianza risulta sempre più fare giurisprudenza a sé, seguendo autonomi percorsi interpretativi. Il risultato empiricamente riscontrato è che, a parità delle variabili processualmente rilevabili, i singoli istituti vengono statisticamente disposti in misura anche assai diversa tra una sede e un'altra dello stesso contesto nazionale.

Il fenomeno rilevato è almeno in parte connaturato alla scelta operata in favore della flessibilità della pena nella fase dell'esecuzione, nel senso che il processo sull'autore si costruisce su valutazioni di personalità e di pericolosità che per loro natura sfuggono da rigidi criteri di determinatezza legale. Di conseguenza va comunque ricercato un ragionevole equilibrio tra i differenti principi della certezza del diritto e della rieducazione del condannato.

A questo delicato compito si è dedicata in primo luogo la giurisprudenza di legittimità. La Corte di Cassazione era consapevole del rischio dell'adesione a un sistema correzionale sui principi di eguaglianza e di legalità ed era chiamata al consolidamento dell'interpretazione di una disciplina normativa dai profili di novità e di indeterminatezza. Tuttavia, la sostanziale incapacità mostrata nel tempo da parte della giurisprudenza di legittimità di svolgere la propria funzione di indirizzo sulla giurisprudenza di merito, che nel frattempo si è sentita legittimata a seguire orientamenti divergenti, trova più di una spiegazione nel ruolo del potere legislativo e della giurisprudenza costituzionale.

L'ordinamento penitenziario non è stato solo più volte riformato e contro-riformato sul piano legislativo, quindi segnato da un processo schizofrenico di rimaneggiamenti normativi che lo ha reso irriconoscibile rispetto alla fisionomia originaria, ma ancora di più su di esso sono state scaricate scelte di politica criminale tra loro contraddittorie, che il permanere come dominante nella giurisprudenza costituzionale della funzione polifunzionale della pena ha consentito si addensassero proprio sulla fase terminale dell'esecuzione. La rottura dell'argine dell'intangibilità del giudicato da parte delle ragioni della prevenzione speciale positiva ha consentito che la pena si rendesse flessibile e negoziabile per ben altre esigenze, dalla neutralizzazione alla dissuasione e alla rassicurazione che servono al governo del carcere come a quello della società.

4. Il riformismo penitenziario nella giustizia diseguale

Il crescente ruolo dell'esecuzione penitenziaria sull'effettivo funzionamento del sistema penale italiano spinge a indagare il processo operato dal riformismo penitenziario all'interno del fenomeno trasformativo della giustizia penale.

Il riformismo penitenziario di questi ultimi quarant'anni partecipa in modo decisivo a una complessiva trasformazione del sistema della giustizia penale più lunga e più profonda, connotata da tre fondamentali tendenze. Il primo movente

è l'esponenziale aumento del potere discrezionale dei giudici e delle altre agenzie del controllo sociale, che contraddice il paradigma fondante il diritto penale moderno come diritto penale eguale. Il secondo orientamento è l'accentuata frammentazione del sistema penale in sotto-sistemi di diritto penale speciale, in collisione con la possibilità di una codificazione penale effettiva. Il terzo impulso è l'irresistibile attrazione del sistema della giustizia penale a strumento suscitatore di comportamenti desiderati e conformi in una logica di premialità, che delegittima i criteri intrasistemici classici di autolimitazione propri del garantismo penale.

Il riformismo penitenziario condivide in questo modo la responsabilità del processo di trasfigurazione del volto del diritto penale in un sistema di giustizia selettivo, speciale e strumentale, pertanto un sistema di giustizia diseguale. Questo fenomeno può essere valutato quale processo involutivo rispetto ai principi del diritto penale classico, ma può anche venire giustificato come necessaria evoluzione riguardo le logiche del controllo sociale contemporaneo. Ciò che rileva è che il riformismo penitenziario contribuisce a portare a definitiva maturazione il processo di disintegrazione del sistema sanzionatorio classico. Si possono cogliere due diverse ragioni che hanno fatto privilegiare la fase esecutiva nella produzione del nuovo ordine delle pene. La prima è una ragione strutturale (di sistema), secondo cui il criterio funzionale dell'esercizio del potere a valle o nel fondo suggerisce che sia il segmento finale, appunto nel sistema penale quello dell'esecuzione, in cui cercare un improbabile equilibrio tra istanze di politica criminale diverse e contrastanti, che non possono trovare coerente soluzione a monte o dal vertice. La seconda è una ragione contingente (di comodo), per cui il facile alibi della risocializzazione consente di giustificare la più ampia e penetrante discrezionalità nella produzione di un diritto penale diseguale, che finisce per perseguire scopi assai lontani e discordi dall'istanza democratica e solidale della rieducazione.

5. La consistenza oggettiva della popolazione carceraria

Per quanto il carcere sia un tema presente nella società contemporanea, il senso comune ne dipinge un'immagine sovente poco realistica. Senza la pretesa di restituire uno sguardo più che superficiale e rapsodico sull'universo penitenziario, pare indispensabile offrirne qualche tratto rappresentativo, qui sulla consistenza numerica complessiva delle presenze in carcere, poi sulle relative caratteristiche demografiche delle persone ivi ristrette. Il comune riferimento sarà al contesto

italiano, con brevi accenni di comparazione internazionale e soprattutto di evoluzione storica.

Le statistiche sulla popolazione carceraria sono di due tipi principali, cioè quella delle presenze a giorno fisso o media in dato intervallo (statica) e quelle degli ingressi e delle uscite in dato periodo (flusso). Le prime vengono in genere rilevate su base mensile e annuale, attraverso un indice convenzionale che è definito come tasso di carcerizzazione e che viene costruito su centomila abitanti.

La presenza totale negli istituti penitenziari del nostro paese a fine 2018 è attorno a 60.000 ristretti in carcere su sessanta milioni di abitanti, quindi un tasso di carcerizzazione di circa 100 su centomila, di cui due terzi con condanna definitiva e un terzo in custodia cautelare. Si tratta di un tasso complessivo in linea con la media europea, dove comunque si va dalla metà a quattro volte il nostro valore, ma soprattutto assai distante, a titolo paradigmatico, da quello del Giappone, tre volte più contenuto, e degli Stati Uniti d'America, sette volte più elevato. Viceversa, la nostra percentuale relativa dei detenuti non definitivi è tra le più alte non solo a livello europeo, ma dell'intero mondo occidentale.

L'andamento della popolazione detenuta nel lungo periodo in Italia segna una tendenza deflativa, ma con molte fluttuazioni. Alla fine dell'Ottocento il tasso di carcerizzazione era pari a 204, oggi invece attorno alle metà. All'interno della tendenza decrescente di tale tasso nell'ultimo secolo, si possono cogliere però diverse fasi. Un primo periodo, che va dall'unificazione territoriale nazionale alla prima guerra mondiale, è caratterizzato da un primo processo di decarcerizzazione. Un secondo intervallo, che è compreso tra la fine del primo conflitto mondiale e l'inizio del secondo, è segnato da una forte spinta di ricarcerizzazione, che porta nel 1945 a raggiungere il livello più elevato di tutto il Novecento con il tasso di 159. Un terzo arco, quello dei successivi venticinque anni fino alla fine degli anni sessanta, è contraddistinto da un nuovo corso di decarcerizzazione, che consente di toccare nel 1970 il punto più basso dello scorso secolo con il tasso di 39, cioè ben quattro volte meno del massimo raggiunto e poco più di un terzo di quello attuale. Un quarto ciclo, quello degli ulteriori quindici anni sino all'inizio degli anni novanta, è animato da variazioni più confuse, prima di sensibile crescita e dopo di drastica riduzione. L'ultima fase, dai primi anni novanta del secolo scorso alle prime due decadi del nuovo millennio, si distingue per una costante e forte ripresa della ricarcerizzazione, che giunge nel 2010 a sfondare il numero assoluto dei 68.000 presenti per un tasso convenzionale di 113 e quindi a presentare valori più che doppi rispetto a dieci anni prima.

Le ragioni di una contenuta popolazione detenuta nel nostro contesto nazionale, almeno sino agli anni novanta del secolo scorso, sono certo molteplici, ma un contributo comunque significativo nel mantenimento di un livello ridotto dei tassi di carcerizzazione a livello italiano è rappresentato dalla diffusa prassi dei provvedimenti clemenziali, cioè sia le amnistie che estinguono i reati e le pene accessorie, che gli indulti che estinguono le pene principali ma non le pene accessorie, salvo che la legge stabilisca altrimenti. Per quanto sia di comune conoscenza l'uso inflazionato della politica penale delle amnistie e degli indulti nella storia nazionale, non altrettanto risulta per quanto concerne il peso determinante di tali opzioni nell'effettiva calmierazione dei tassi di carcerizzazione. Da ciò si può intendere come le esigenze amministrative del sistema della giustizia penale, dominate dall'endemica sproporzione tra fini perseguiti e risorse disponibili, condizionino il potere politico nel senso di imporgli delle decisioni motivate dallo stato di emergenza. Con l'inizio degli anni novanta del secolo scorso, il diffuso movimento di manifestazioni di indignazione morale conseguente alla stagione giudiziaria di indagini sulla classe politica (cosiddetta tangentopoli), indusse il potere legislativo a introdurre una diversa disciplina sui provvedimenti clemenziali, imponendo una maggioranza qualificata per la loro approvazione parlamentare. Si è così determinata un'oggettiva difficoltà politica per le maggioranze parlamentari dei governi reggenti di deliberare leggi di amnistia e di indulto. Nel 2003 venne approvato un provvedimento clemenziale mascherato, mentre nel 2006 l'ultimo indulto manifestò, laddove nel biennio 2013-2014 analoghe situazioni di sovraffollamento carcerario sono state affrontate con altri diversi e complementari strumenti di deflazione carceraria, in particolare abbreviando l'espiazione delle pene e favorendo l'accesso alle alternative.

In altri periodi della storia nazionale, l'espansione delle presenze nelle carceri non è dipesa tanto da un incremento del numero totale dei condannati a pene detentive, quanto da un aumento della severità media delle pene carcerarie. Questo fenomeno vale non solo per il periodo coperto dal ventennio fascista, ma anche per l'ultima fase che stiamo vivendo, risultando prevalentemente determinato dal peso statistico della lunghezza o severità delle pene comminate, quando la percentuale relativa dei detenuti definitivi è comunque prevalente su quella dei non definitivi. Tale circostanza consente di cogliere che i processi di ricarcerizzazione sono significativamente determinati da una maggiore incidenza delle condanne comminate, piuttosto che da un diverso processo di incremento repressivo, vale a dire che meno persone varcano le mura delle carceri, ma vi rimangono per più tempo.

Sebbene l'andamento diacronico delle presenze carcerarie possa dipendere anche da altri fattori, è importante rilevare dalle considerazioni precedentemente svolte che livelli sensibilmente differenti di penalità effettivamente sofferta non sono direttamente imputabili ai quadri normativi di riferimento. L'irrilevanza del grado di severità delle pene nelle previsioni di legge, rispetto all'esercizio in concreto della penalità viene ulteriormente confermato dall'assenza di alcuna significatività statistica nelle variazioni dei processi di carcerizzazione/decarcerizzazione in coincidenza/dipendenza con le grandi riforme legislative, come il passaggio dalla legislazione liberale del codice Zanardelli a quella fascista del codice Rocco, ovvero il succedersi della riforma penitenziaria del 1975 e di quella del 1986.

La tendenza espressa nel lungo periodo dalla popolazione carceraria del nostro paese può definirsi come segnata da un processo di decarcerizzazione, peraltro animata nel breve e medio ciclo da dinamiche di ricarcerizzazione. La semplice constatazione che l'avvento di una riforma penitenziaria dall'obiettivo di produrre decarcerizzazione sia coincisa con l'esito di una contingenza storica che dimostra una cifra ricarcerizzante può certo stupire. Non si possono fare stime attendibili su quanto la tendenza alla ricarcerizzazione si sarebbe incrementata in assenza di quella volontà legislativa di segno contrario, tuttavia occorre viceversa prestare adeguata considerazione al peso giocato dalle varie diversioni alla pena detentiva sui processi materiali della penalità carceraria. Oggi a fianco dei circa quarantamila ristretti definitivi ve ne sono oltre sedicimila in misure alternative, cui vanno aggiunti i circa diecimila dalla sospensione del procedimento con messa alla prova, insieme con gli oltre centomila condannati a pena condizionalmente sospesa, che di fatto ogni anno non entreranno mai in carcere, e le decine di migliaia con pena esecutivamente sospesa, che al più vi entreranno ad anni di distanza sempre che nel frattempo la pena non si sia prescritta. Per queste ragioni, nel nostro paese la popolazione penalmente controllata, attraverso sia la privazione della libertà che le alternative alla detenzione, supera di molto quella di quanti effettivamente soffrono la pena carceraria. Ciò non rappresenta una particolare anomalia del sistema italiano della giustizia penale, in quanto nel mondo occidentale le dimensioni oggettive dell'"altro carcere" superano ovunque quelle del carcere patito. L'eccezionalità italiana sta piuttosto nella realtà patologica che rappresentano, sul fronte del carcere materiale, i detenuti non definitivi in rapporto a quelli definitivi e, sul versante dell'"altro carcere", la concreta assenza di effettive forme di controllo sociale, per cui dentro il carcere ci soffrono proporzionalmente molte più persone non colpevoli e fuori dal carcere si trovano sostanzialmente

quasi solo fenomeni di ineffettività sanzionatoria, che oltre alla quasi totalità delle pene pecuniarie interessa anche una parte significativa di quelle detentive.

6. Le caratteristiche soggettive delle persone ristrette

Le variabili delle persone ristrette che merita brevemente considerare sono almeno di cinque tipologie diverse.

La prima variabile è il *genere*. Le carceri sono sempre e ovunque istituzioni prevalentemente maschili, nel senso che la popolazione ristretta è essenzialmente costituita da uomini. Se ciò dipenda dalla circostanza che il genere femminile delinqua in misura inferiore, che delinqua in modo diverso, che il sistema della giustizia penale sia meno severo nei confronti della devianza femminile, ovvero infine che le condotte trasgressive delle donne vengano disciplinate a livello sociale con modalità differenti, non è possibile in questa sede discutere attraverso una riflessione sulle plurime ipotesi esplicative che sono state avanzate nella letteratura sociologica internazionale. Pare sufficiente rilevare che, riguardo alla proporzione relativa, dal primo Novecento nel nostro paese la presenza femminile è sostanzialmente stabile, mantenendosi in una gamma oscillatoria tra il 5 e il 10 per cento della popolazione penitenziaria, che negli ultimi venti anni è ulteriormente ridotta, attestandosi attorno al 4 per cento; rispetto all'andamento temporale, invece, la crescita progressiva della popolazione femminile è più forte di quella maschile dalla fine dell'Ottocento agli anni settanta del secolo successivo, con un unico grande picco nei dieci anni tra la preparazione e la conclusione della seconda guerra mondiale, per poi avviarsi a una progressiva costante normalizzazione nei decenni seguenti. Mentre la forte crescita della presenza femminile nel periodo bellico pare potersi spiegare in ragione di un fenomeno sociale di sostituzione di molti ruoli maschili da parte delle donne, in seno a una società che nella sua componente per convenzione non militarizzata era diventata di fatto femminilizzata, la costante marginalità nell'epoca prossima può forse giustificarsi con l'introduzione in questo arco di tempo di nuovi percorsi di alternatività, che a parità delle altre variabili che incidono sulla discrezionalità applicativa favoriscano le donne rispetto agli uomini.

La seconda variabile è l'*età*. In carcere si registra nel tempo un progressivo ringiovanimento della popolazione detenuta. Mentre la fascia dei minori di 18 anni continua sensibilmente a diminuire, essendo il sistema minorile della giustizia pe-

nale nel nostro paese almeno dai primi anni sessanta del secolo scorso fortemente caratterizzato da prassi decarcerizzanti, assistiamo a un marcato incremento della fascia compresa tra i 21 e i 30 anni, cui si accompagna un'interessante variazione della componente dei giovani adulti dai 18 ai 21 anni, che raggiunge livelli percentualmente maggiori tra la fine degli anni sessanta e l'inizio degli anni settanta del Novecento per poi leggermente decrescere. Queste dinamiche concordano nel segnare il punto di svolta nel progressivo ringiovanimento della popolazione detenuta con gli anni settanta del secolo passato, lo stesso periodo in cui si colloca anche la ripresa nei tassi di carcerizzazione che segue alla lunga fase deflativa precedente. Ciò pare indicare la presenza di un rapporto tra il processo di ricarcerizzazione e la comparsa sulla soglia della responsabilità penale dei giovani nati nel periodo postbellico dell'esplosione demografica. Peraltro non va trascurato lo speculare invecchiamento della popolazione detenuta in tempi recenti, dagli anni novanta del secolo scorso, che è significativa in tutte le fasce dai 45 anni in poi e che sembra collegarsi al significativo incremento della severità media delle pene eseguite. Queste circostanze possono aumentare la propria valenza esplicativa se messe in connessione con altre variabili e variazioni nella composizione socio-economica dell'universo in esame.

La terza variabile è lo *studio*. Che il carcere si connoti in ogni epoca e latitudine come ricettacolo di debolezza e disagio individuale, familiare e sociale si ricava innanzitutto dal titolo di studio di quanti ne varcano le mura. L'universo penitenziario del nostro paese mostra tra le posizioni registrate la netta prevalenza della licenza media, mentre tra le altre situazioni è costantemente predominante l'assenza di titolo al titolo della laurea. Peraltro l'amministrazione penitenziaria rivela un crescente disinteresse che ha portato nell'ultimo decennio di questo millennio alla mancata rilevazione di tale dato per quasi la metà della popolazione detenuta, così da pregiudicare qualsiasi analisi e costruzione dei percorsi di crescita culturale e professionale durante il periodo della detenzione, specie nei confronti dei giovani e degli stranieri che maggiormente abbisognano di alfabetizzazione linguistica e di accompagnamento formativo.

La quarta variabile è l'*occupazione*. Che in carcere si trovi una composizione di classe alquanto selettiva è assai evidente. Tuttavia l'analisi storica delle statistiche penitenziarie consente una valutazione contingente e retrospettiva solo presuntiva dell'atteggiarsi della popolazione detenuta rispetto alla posizione di lavoro, in quanto l'unico indice per gettare qualche luce su questo aspetto è dato dalla registrazione effettuata dall'amministrazione penitenziaria tra i nuovi giunti, che

all'ingresso in carcere dichiarano una determinata occupazione in stato di libertà ovvero si definiscono come non occupati. Basta aggiungere che i profondi processi di destrutturazione e di precarizzazione della forza lavoro negli ultimi decenni rendono questo tipo di indicatore ancora più inadeguato e inaffidabile. Comunque nell'arco di tempo tra l'inizio degli anni sessanta del secolo scorso a oggi è emerso un fenomeno di straordinarie proporzioni, per cui in quarant'anni nel nostro paese la popolazione che all'ingresso in carcere dallo stato di libertà si dichiara come non occupata è aumentato di quattro volte. È ragionevole presupporre che il senso di questa drastica variazione nel rapporto tra occupati e non occupati sia da mettere prevalentemente in relazione con il progressivo ringiovanimento e globalizzazione della popolazione detenuta. Pertanto pare confermarsi una duplice tendenza, per cui i processi di ricarcerizzazione dagli anni settanta del secolo passato si ricollegano sia con l'espansione dei giovani nella popolazione detenuta che con la dilatazione degli esclusi dal mondo produttivo. Queste due dinamiche illuminano qualcosa del mutamento sociale nei processi di carcerizzazione dell'ultimo mezzo secolo, in particolare facendo desumere che la tendenza alla ricarcerizzazione che si è manifestata dall'inizio degli anni settanta alla fine degli anni ottanta del Novecento segna un significativo cambiamento nel reclutamento della popolazione detenuta. L'idea che si profila è che dalla tipologia storicamente precedente, composta in prevalenza da un proletariato bracciantile adulto e meridionale, si sarebbe passati a una nuova emarginazione sociale, animata in sostanza da un sottoproletariato metropolitano giovanile e straniero.

La quinta e ultima variabile è la *provenienza*. Che il carcere si mostri sempre e comunque meridionale non significa che non vi siano avvenuti dei significativi mutamenti. Nel nostro paese la popolazione detenuta è stata composta in prevalenza e ancora lo è in parte da giovani maschi provenienti dalle aree meridionali italiane, ma dal passato prossimo è avvenuto un significativo cambiamento. Il carcere resta meridionale, solo che il sud mondiale ha progressivamente sostituito quello nazionale. Se fino alla fine degli anni ottanta del secolo scorso il contributo dei provenienti dal meridione rispetto alla popolazione dei ristretti nel carcere è sempre stato superiore alla metà del totale, anche se in leggera e costante flessione nel lungo periodo, nell'ultimo decennio dello stesso secolo questa componente è diminuita sul totale del 15 per cento, in coincidenza con l'analogo incremento degli indici di consistenza degli stranieri, che nel medesimo periodo sono passati dal 10 per cento a circa un terzo del totale. Come per le altre caratteristiche legate ai profili classisti della popolazione ristretta, anche la consistenza degli stranieri nell'universo in cattività

è assai più elevata che nella società in libertà, dove la presenza straniera sul nostro territorio è ancora inferiore a un decimo del totale. Per quanto la sovrarappresentazione degli stranieri nella popolazione detenuta venga correttamente ponderata secondo le variabili del genere e dell'età, nel senso che la presenza straniera nel nostro paese è prevalentemente composta da maschi giovani, gli stranieri restano proporzionalmente più carcerizzati degli italiani. Quanto ciò sia da attribuire a una maggiore propensione a delinquere degli stranieri, ovvero piuttosto a un elevato grado di discriminazione del funzionamento del sistema sociale e della giustizia penale nei loro confronti, è ancora oggetto controverso di indagine. Comunque, non diversamente da quanto già da tempo si è determinato in molti paesi occidentali, anche nel nostro paese è ormai una trasformazione in atto quella per cui i profili soggettivi del carcere sono vieppiù segnati dal fattore razziale. Certo, un sistema penale che si orienta a reclutare e a trattare la propria clientela nondimeno in ragione della variabile razziale, di fatto diventa razzista.

PARTE SECONDA

PENITENZIARIO

CAPITOLO I

ESECUZIONE PENITENZIARIA

1. Le fonti

1.1. Gli atti internazionali

La privazione e la limitazione della libertà personale sono oggetto di diverse previsioni in ambito internazionale. Di particolare rilievo vanno innanzitutto considerate la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata dall'Organizzazione delle Nazioni Unite a Parigi nel 1948, che tra l'altro stabilisce il divieto di sottoposizione a tortura ovvero a trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti (v. art. 5), e la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottata dal Consiglio d'Europa a Roma nel 1950 (v. art. 3), e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza), approvata dal Consiglio europeo a Nizza nel 2000 e dal Parlamento europeo a Strasburgo nel 2007 (v. art. 4), che tra l'altro statuiscono il divieto di sottoposizione a tortura ovvero a trattamenti o punizioni inumani o degradanti.

Inoltre, le Regole minime comuni per il trattamento dei detenuti, adottate nel 1955 e da ultimo modificate nel 2015 (c.d. Regole di Mandela), le Regole minime comuni per le misure non custodiali, adottate nel 1990 (c.d. Regole di Tokyo), e le Regole per il trattamento delle donne detenute e le misure non custodiali per donne autrici di reato, adottate nel 2010 (c.d. Regole di Bangkok), nel contesto dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, e le Regole europee sulle sanzioni e le misure alternative alla detenzione, adottate nel 1992, e le Regole penitenziarie

europee, adottate nel 2006, nell'ambito del Consiglio d'Europa, esprimono i principi essenziali per il trattamento intramurario ed extramurario di indagati, imputati, condannati e detenuti.

Infine, la Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti, adottata all'interno dell'Organizzazione delle Nazioni Unite nel 1984, con il relativo Protocollo opzionale, adottato nel 2002, e la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e di trattamenti o punizioni inumani o degradanti, adottata nel quadro del Consiglio d'Europa nel 1987, contengono le previsioni e gli organismi di livello internazionale e nazionale per la protezione dalla tortura.

1.2. La Costituzione italiana

La detenzione e la restrizione della libertà personale vengono interessate da numerosi principi della Costituzione. La norma principale è rappresentata dall'art. 27, c. 3, Cost., che per le pene sancisce il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e il dovere di tendere alla rieducazione del condannato. In proposito, va qui ricordato che mentre la *pena di morte*, che era ancora originariamente ammessa dalla Carta fondamentale nei casi previsti dalle leggi militari di guerra (v. art. 27, c. 4, Cost.) e purtroppo attualmente prevista e attuata in molti Stati a livello internazionale, è stata definitivamente espunta dal nostro ordinamento solo per effetto prima della l. 13 ottobre 1994, n. 589 e dopo della l. cost. 2 ottobre 2007, n. 1, la *pena dell'ergastolo* è invece concretamente prevista quale pena principale (v. artt. 17, 18 e 22, c.p.), sebbene sia stata più volte sospettata di illegittimità costituzionale, in quanto non prevedendo la riacquisizione della libertà non consentirebbe la rieducazione del condannato, e nonostante sia stata già comunque dichiarata costituzionalmente illegittima, con riferimento alla sua applicazione al minore imputabile (v. Corte cost., sent. 168/1994).

Di primaria importanza è anche l'art. 13, c. 4, Cost., che statuisce la punizione di ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. Non si dimentichi che si tratta dell'unico obbligo di incriminazione che il Costituente ha posto al legislatore, sebbene solo con l. 14 luglio 2017, n. 110, sono stati introdotti i delitti di tortura (v. art. 613-*bis* c.p.) e di istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura (v. art. 613-*ter* c.p.).

Le altre norme costituzionali di specifica rilevanza in ambito esecutivo e penitenziario sono gli artt. 2 (che garantisce i diritti inviolabili della persona, anche in stato di detenzione o di internamento), 3 (che prescrive il principio di eguaglianza

formale e sostanziale, pure per la condizione di ristretto e per la giurisdizione di sorveglianza), 10, 11 e 117 (che riconoscono le norme del diritto internazionale consuetudinario e disciplinano la competenza statuale in materia di ordinamento e giurisdizione penale nel rispetto delle prescrizioni costituzionali, dei vincoli europei e degli obblighi internazionali, compreso in ambito esecutivo e penitenziario), 13 e 25 (che prevedono i principi fondamentali della legalità penale, per l'intero sistema sanzionatorio punitivo), 24 (che stabilisce il diritto di difesa, pure per la giurisdizione dell'esecuzione e della sorveglianza), 27 (che contiene la presunzione di non colpevolezza, per cui il trattamento penitenziario dell'indagato e dell'imputato non può essere equiparato a quello del condannato), 29, 30 e 31 (che protegge la famiglia, la genitorialità, l'infanzia e la gioventù, con riferimento ai genitori detenuti e all'esecuzione penitenziaria nei confronti dei minorenni e dei giovani adulti), 32 (che tutela la salute individuale e collettiva, anche per gli indagati, gli imputati, i condannati e gli internati), 33 e 34 (che difende l'arte, la scienza, l'istruzione e lo studio, pure per i ristretti), 35 e 36 (che tutela il lavoro, anche dei detenuti e degli internati), 79 (che disciplina l'amnistia e l'indulto, che incidono sull'estinzione dei reati e delle pene), 87 (che attribuisce il potere di concessione della grazia e di commutazione delle pene, come provvedimenti individuali sui singoli ristretti), 101 e 104 (che garantiscono l'istituzione della magistratura e l'esercizio della giustizia, anche nella fase dell'esecuzione e della sorveglianza) e 111 (che specifica i principi del giusto processo, che si applica anche ai procedimenti di esecuzione e di sorveglianza).

1.3. La legislazione ordinaria

Il sistema penitenziario è disciplinato a livello legislativo da numerose fonti. Il provvedimento fondamentale è costituito dalla legge 26 luglio 1975, n. 354 ("Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà"), cosiddetto *ordinamento penitenziario* (in seguito o.p.), che è stata modificata in modo particolare dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663 ("Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà"), cosiddetta *legge Gozzini* (dal nome del primo proponente) e dalla legge 27 maggio 1998, n. 165 ("Modifiche all'articolo 656 del codice di procedura penale ed alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni"), cosiddetta *legge Simeone-Saraceni* (dai nomi del primo proponente e del relatore), ma con significativo effetto anche dai decreti legge 13 maggio 1991, n. 152 ("Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di

trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa”), convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e 8 giugno 1992, n. 306 (“Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa”), convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, oltre che 1 luglio 2013, n. 78 (“Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena”), convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 94, e 23 dicembre 2013, n. 146 (“Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria”), convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10, nonché in ultimo periodo dai decreti legislativi 2 ottobre 2018, nn. 123 (“Riforma dell’ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all’articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u), della legge 23 giugno 2017, n. 103) e 124 (“Riforma dell’ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario, in attuazione della delega di cui all’articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere g), h) e r), della legge 23 giugno 2017, n. 103).

All’ordinamento penitenziario vanno aggiunti in specie il *codice penale* (a seguire c.p.) e il *codice di procedura penale* (di seguito c.p.p.), che contengono diverse norme concernenti il diritto penitenziario e il procedimento di sorveglianza, così come le *leggi speciali* che recano talune norme riguardanti questo settore, tra cui in particolare il testo unico delle leggi in materia di stupefacenti (in seguito t.u.l.s.).

1.4. La regolazione secondaria

In materia penitenziaria gli atti regolativi di rilievo secondario si presentano di tre ordini. In primo luogo si trova il cosiddetto *regolamento penitenziario* (in seguito r.p.). L’art. 87 o.p. ha previsto che entro sei mesi dall’entrata in vigore dell’ordinamento penitenziario fosse emanato il relativo regolamento di esecuzione, su proposta del Ministro di grazia e giustizia e di concerto con il Ministro per il tesoro, mentre per quanto concerneva la materia dell’istruzione negli istituti di prevenzione e di pena di concerto anche con il Ministro per la pubblica istruzione. Il provvedimento vigente è stato approvato col decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230 (“Regolamento recante norme sull’ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà”), che ha sostituito il precedente decreto del Presidente della Repubblica 29 aprile 1976, n. 431 (“Approvazione del regolamento di esecuzione della legge 26 luglio 1975, n. 354, recante norme sull’ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà”).

In secondo luogo si rinvencono i *regolamenti interni*. L’art. 16 o.p. ha stabilito

che in ciascun istituto il trattamento penitenziario è organizzato secondo le direttive impartite dall'amministrazione penitenziaria per le esigenze dei gruppi di detenuti e internati che vi sono ristretti. Le modalità del trattamento da seguire in ciascun istituto sono disciplinate nel regolamento interno, predisposto e modificato da un'apposita commissione, composta dal magistrato di sorveglianza che la presiede, dal direttore, dal medico, dal cappellano, dal preposto alle attività lavorative, da un educatore e da un assistente sociale, atto che tra l'altro disciplina anche i controlli cui devono sottoporsi tutti coloro che, a qualsiasi titolo, accedono o escono dall'istituto. Tale commissione può avvalersi della collaborazione di professionisti esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica, e il regolamento interno e le sue modificazioni sono approvati dal Ministro della giustizia. Va qui menzionato che, all'esito del Piano esecutivo d'azione (PEA) n. 25 del 2005, il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria ha diffuso, all'interno della circ.Dip.Amm.penit. 17 settembre 2008, n. 308208 ("Regolamento interno per gli istituti e le sezioni femminili"), lo Schema di regolamento interno-tipo per gli istituti femminili e le sezioni femminili di istituti maschili, affinché sia attuato nelle strutture territoriali. Nonostante tali previsioni, esistono ancora oggi numerosi istituti sia maschili che femminili che non hanno adottato il regolamento interno previsto dalla legge, con conseguenze negative in termini di legalità e di razionalità sulla vita dei ristretti e di tutti gli interessati, che resta regolata da singoli atti di servizio approvati solamente dal direttore e dal comandante dell'istituto.

In terzo e ultimo luogo si collocano le *circolari* e gli *ordini di servizio*. Si tratta degli atti amministrativi che provengono dai superiori gerarchici a livello centrale o territoriale, contenenti informazioni, interpretazioni e indicazioni che vincolano le figure subordinate. Per tali caratteristiche, questi atti amministrativi sollevano problemi di tipo sia generale che individuale, laddove non si limitano a svolgere una funzione servente alla diffusione del contenuto e alla promozione dell'applicazione dei provvedimenti legislativi e delle pronunce giurisprudenziali, ma si spingono ad assumere un ruolo abnorme che invece del chiarimento e dell'ausilio all'applicazione delle previsioni normative e delle statuizioni giudiziali realizza il superamento della separazione dei poteri e la sottrazione ai controlli del diritto.

1.5. Le prassi giurisprudenziali

L'esecuzione penitenziaria si caratterizza per molteplici ragioni come diritto giurisprudenziale. L'ordinamento penitenziario è innanzitutto stato più volte rior-

mato e contro-riformato dal legislatore, attraverso una serie di interventi più o meno estesi, che non solo l'hanno reso irriconoscibile rispetto ai suoi tratti originari, ma che sopra tutto l'hanno visto destinatario di scelte politico-criminali contraddittorie, così da viziare di indeterminatezza e di incoerenza i contenuti normativi.

La sopravvivenza della concezione polifunzionale della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale ha poi favorito il condensarsi nella fase esecutiva di opzioni giustificative tra loro divergenti se non inconciliabili, dalla deterrenza verso i potenziali delinquenti alla neutralizzazione del singolo condannato, dalla retribuzione come equivalenza di reato e pena alla premialità per necessità di governo del carcere o di collaborazione con la giustizia.

La ricerca di un ragionevole equilibrio tra certezza del diritto e rieducazione del condannato da parte della giurisprudenza della Corte di Cassazione è quindi risultata tanto meritoria quanto fallimentare, poiché si è dimostrata sostanzialmente inadempiente, nella propria funzione di indirizzo verso l'uniformità esegetica, e inconcludente, nella conseguente produzione di adeguamento ai criteri guida.

L'azione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, volta all'effettiva tutela delle previsioni convenzionali a condizione dell'esaurimento delle forme interne di ricorso, si è quindi misurata con le significative differenze delle realtà nazionali, risultando comunque più incisiva nell'affrontare fenomeni sistemici, come quello del sovraffollamento penitenziario, per cui ha adottato la procedura della sentenza pilota che consente di evidenziare i problemi strutturali e di indicare le misure particolari che lo Stato interessato deve realizzare per porvi rimedio, invece assai meno netta nel trattare situazioni particolari, quali quelle relative ai regimi speciali, verso cui ha assecondato l'integrità degli ordinamenti nazionali con pronunce che hanno al più scalfito in singoli punti la complessiva durezza di discipline derogatorie ai principi fondamentali sulla pena e sulla detenzione.

L'approdo dei provvedimenti legislativi e delle pronunce giurisprudenziali dal segno sovente opposto ha pertanto condotto non solo a un ampliamento del potere discrezionale della giurisdizione di sorveglianza, ma addirittura a prassi in cui ogni tribunale e magistrato di sorveglianza risulta sempre più spesso fare giurisprudenza a sé, seguendo autonomi criteri interpretativi, tanto che a parità di ogni altra variabile rilevabile si è osservata una maggiore o minore concessione della stessa misura dalle diverse autorità considerate.

La scelta operata in favore della flessibilità della pena in fase esecutiva ha infatti comportato che il processo sull'autore si costruisse su valutazioni della personalità, che per loro intrinseca natura sfuggono dai criteri di determinatezza che sono invece tipici del giudizio sul fatto nella fase cognitiva. Il superamento dell'intangibilità del giudicato in favore del perseguimento della prospettiva della rieducazione ha peraltro consentito che, dopo la fase commisurativa, la pena si rendesse flessibile, non solo per ragioni trattamentali, bensì pure per ben altre esigenze, così contribuendo all'esito di una pena negoziabile in fase esecutiva, per molteplici quanto diverse necessità, tra cui l'opzione correzionalistica è stata e resta ancora presente, ma ben presto non più la sola e forse nemmeno la principale.

2. I soggetti

2.1. Il pubblico ministero

Il pubblico ministero cura d'ufficio l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali (v. art. 655, c. 1, c.p.p.). Propone le sue richieste al giudice dell'esecuzione e interviene in tutti i procedimenti di esecuzione (v. art. 655, c. 2, c.p.p.). Provvede al computo della custodia cautelare e delle pene espiate senza titolo (v. art. 657 c.p.p.) e del periodo di messa alla prova dell'imputato in caso di revoca (v. art. 657-bis c.p.p.), all'esecuzione delle pene detentive (v. art. 656 c.p.p.), delle misure di sicurezza ordinate con sentenza (v. art. 658 c.p.p.), delle pene pecuniarie (v. art. 660 c.p.p.) e di altre sanzioni pecuniarie (v. art. 664 c.p.p.), delle sanzioni sostitutive (v. art. 661 c.p.p.), delle pene accessorie (v. art. 662 c.p.p.) e delle pene concorrenti (v. art. 663 c.p.p.) e, nondimeno, all'esecuzione dei provvedimenti del giudice di sorveglianza (v. art. 659 c.p.p.).

2.2. Il giudice dell'esecuzione

Il giudice dell'esecuzione costituisce il giudice che è chiamato a conoscere dell'esecuzione di un provvedimento giurisdizionale e in generale coincide con il giudice che lo ha deliberato (v. art. 665, c. 1, c.p.p.). Proceda a richiesta del pubblico ministero, dell'interessato o del difensore, secondo la disciplina del procedimento di esecuzione (v. art. 666 c.p.p.). Decide tra l'altro le questioni sul titolo esecutivo (v. art. 670 c.p.p.), sulla pluralità di sentenze per il medesimo fatto contro la stessa persona (v. art. 669 c.p.p.), sull'applicazione del concorso formale e del reato

continuato (v. art. 671 c.p.p.) e dell'amnistia e dell'indulto (v. art. 672 c.p.p.), sulla revoca per abolizione del reato (v. art. 673 c.p.p.) e di altri provvedimenti (v. art. 674 c.p.p.) e, infine, sull'estinzione del reato o della pena (v. art. 676 c.p.p.).

2.3. La magistratura di sorveglianza (ufficio, magistrato e tribunale di sorveglianza)

La magistratura di sorveglianza esercita la giurisdizione sul contenuto sanzionatorio del titolo esecutivo e sulla concreta attuazione del trattamento penitenziario. Adempie compiti non solo di natura giurisdizionale, ma anche di tipo amministrativo. Rappresenta un giudice ordinario specializzato, che appartiene alla magistratura ordinaria, esercita la funzione specializzata della sorveglianza, senza poter essere adibito ad altre funzioni giudiziarie, e può avvalersi di assistenti volontari, con compiti meramente ausiliari all'esercizio delle sue funzioni (v. art. 68, c. 4, o.p.).

Le articolazioni della magistratura di sorveglianza si identificano con gli uffici, i magistrati e i tribunali di sorveglianza. Gli uffici di sorveglianza sono costituiti nelle sedi indicate dall'apposita tabella allegata all'ordinamento penitenziario (v. tab. A, o.p.), da ultimo sostituita dall'art. 2 d.lgs. 14/2014. La giurisdizione di ogni ufficio di sorveglianza si ricava dall'indicazione delle circoscrizioni di tribunale che ne fanno parte. Ciascun ufficio di sorveglianza si compone di tutti i magistrati di sorveglianza che hanno la propria giurisdizione sulle singole circoscrizioni di tribunale comprese nella giurisdizione generale dell'ufficio. Ogni magistrato di sorveglianza ha la competenza monocratica sulla circoscrizione di tribunale che gli è affidata. In ciascun distretto di corte d'appello è istituito un tribunale di sorveglianza, che è composto da tutti i magistrati di sorveglianza del distretto e dagli esperti scelti tra professionisti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica, nonché tra docenti di scienze criminalistiche (v. art. 70, c. 1 e 3, o.p.).

Le funzioni della magistratura di sorveglianza sono distinte per il magistrato di sorveglianza (organo monocratico), il tribunale di sorveglianza (organo collegiale) e il suo presidente (figura direttiva). Tali nuove denominazioni sono quelle sostituite dalla l. 663/1986 alle originarie introdotte dalla l. 354/1975, rispettivamente di "giudice di sorveglianza" e "sezione di sorveglianza" (v. art. 70, c. 1, o.p.).

a) Magistrato di sorveglianza

Il magistrato di sorveglianza è l'organo monocratico cui è attribuito il compito di controllare e di sindacare l'operato dell'amministrazione penitenziaria, per garantire la legalità all'interno del sistema penitenziario e il trattamento nei confronti

della popolazione ristretta, con specifiche funzioni in merito alle misure alternative alla detenzione e ad altri istituti trattamentali. Le sue attività si configurano in via principale di natura ispettiva (o di vigilanza) e deliberativa (o di decisione), alle quali se ne aggiungono altre di tipo autorizzativo, propositivo e consultivo.

Ai sensi dell'art. 69 o.p., il magistrato di sorveglianza:

- vigila sull'organizzazione degli istituti penitenziari e prospetta al ministro della giustizia le esigenze dei vari servizi, con particolare riguardo all'attuazione del trattamento penitenziario (v. c. 1), e vigila sull'esecuzione della custodia degli indagati e degli imputati affinché sia attuata in conformità delle leggi e dei regolamenti (v. c. 2);

- provvede al riesame della pericolosità sociale, nonché all'applicazione, all'esecuzione, alla trasformazione e alla revoca delle misure di sicurezza (v. c. 4), e sovrintende all'esecuzione delle misure di sicurezza personali (v. c. 3 e art. 679 c.p.p.);

- provvede alla revoca della dichiarazione di delinquenza abituale, professionale e per tendenza (v. c. 4 e art. 679 c.p.p.);

- approva il programma di trattamento rieducativo, ovvero se vi ravvisa elementi che costituiscono violazione dei diritti del condannato o dell'internato restituirlo con osservazioni al fine di una nuova formulazione (v. c. 5);

- approva il provvedimento di ammissione al lavoro all'esterno (v. c. 5);

- provvede sui permessi e le licenze ai detenuti semiliberi e agli internati (v. c. 7);

- provvede sulle modifiche relative all'affidamento in prova al servizio sociale e sulla detenzione domiciliare (v. c. 7);

- provvede sulla riduzione di pena per la liberazione anticipata (v. c. 8 e art. 69-bis o.p.);

- provvede sulla remissione del debito (v. c. 8);

- provvede sui ricoveri per infermità psichica sopravvenuta al condannato (v. c. 8);

- impartisce le disposizioni dirette a eliminare le violazioni dei diritti dei condannati e degli internati (v. c. 5);

- provvede sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti: a) le condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolpa, valutando anche il merito dei provvedimenti adottati nel caso delle sanzioni dell'isolamento durante la permanenza all'aria aperta e l'esclusione dalle attività in comune; b)

l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dall'ordinamento penitenziario e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti (v. c. 6 e art. 35-*bis* o.p.);

– esprime il parere sulle proposte e le istanze di grazia concernenti i detenuti (v. c. 9 e art. 681 c.p.p.).

Tra le altre previsioni, il magistrato di sorveglianza:

– autorizza l'accesso agli istituti penitenziari, su parere favorevole del direttore dell'istituto, delle persone che, avendo concreto interesse per l'azione di risocializzazione dei detenuti, dimostrino di poter promuovere lo sviluppo dei contatti tra la società libera e la comunità carceraria, dove operano secondo le direttive del magistrato e sotto il controllo del direttore (v. art. 17 o.p.);

– propone la frequenza negli istituti penitenziari degli assistenti volontari, quali persone idonee all'assistenza e all'educazione a frequentare gli istituti penitenziari, allo scopo di partecipare senza retribuzione all'opera rivolta al sostegno morale dei detenuti e degli internati, al loro futuro reinserimento nella vita sociale e alle attività culturali e ricreative nell'istituto, dietro autorizzazione del provveditore regionale e sotto coordinamento del direttore dell'istituto, e di cooperare all'affidamento in prova al servizio sociale, al regime di semilibertà e all'assistenza ai dimessi e alle loro famiglie, in collaborazione coll'ufficio di esecuzione penale esterna (v. art. 78 o.p.);

– decide su limitazioni e controlli della corrispondenza dei condannati e degli internati (v. art. 18-*ter*, c.);

– ammette all'assistenza all'esterno dei figli minori (v. art. 21-*bis* o.p.);

– autorizza le visite al minore infermo (v. art. 21-*ter* o.p.);

– provvede sull'applicazione provvisoria dell'affidamento in prova al servizio sociale (v. art. 47, c. 4, o.p.), della detenzione domiciliare (v. art. 47-*ter*, c. 1-*quater*, o.p.), della semilibertà (v. art. 50, c. 6, o.p.), dell'affidamento in prova in casi particolari (v. art. 94, c. 2, t.u.l.s.) e della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva (v. art. 91, c. 4, t.u.l.s.);

– decide sui rimedi risarcitori conseguenti alla violazione del divieto di tortura ai sensi della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (v. art. 35-*ter*, c. c. 1 e 2, o.p.);

– decide sulla rateizzazione e sulla conversione delle pene pecuniarie (v. art. 660 c.p.p.);

– decide sull'esecuzione delle sanzioni sostitutive (v. art. 661 c.p.p.).

b) Tribunale di sorveglianza

Il tribunale di sorveglianza è l'organo collegiale che si compone di due magistrati ordinari, ovvero il presidente del tribunale e un magistrato di sorveglianza del distretto, e due magistrati onorari, ovvero esperti effettivi o supplenti (v. art. 70, c. 5, o.p.). Uno dei magistrati ordinari deve essere il magistrato di sorveglianza nella cui giurisdizione ricade il condannato o l'internato su cui si deve provvedere (v. art. 70, c. 6, o.p.). Con riferimento all'estensione e all'importanza delle diverse materie affidate alla sua competenza, il tribunale di sorveglianza è stato ritenuto dal legislatore più affidabile del magistrato di sorveglianza, in quanto con la sua peculiare composizione si è garantito per un verso la minor soggezione ai condizionamenti che possono provenire dall'amministrazione penitenziaria, nonostante si sia preservata la diretta conoscenza dell'interessato e del suo contesto detentivo attraverso la presenza del componente avente la relativa giurisdizione, e per altro verso si è assicurata la maggior preparazione sulle questioni che possono riguardare la popolazione ristretta, poiché si è prevista la stabile partecipazione della componente dei giudici onorari esperti per meglio valutare i profili personali propri della giurisdizione di sorveglianza.

Ai sensi dell'art. 70 o.p., il tribunale di sorveglianza:

- decide sull'ammissione, sulla revoca e sulla cessazione dell'affidamento in prova al servizio sociale, della detenzione domiciliare, della detenzione domiciliare speciale, della semilibertà, della liberazione condizionale (v. c. 1 e art. 682 c.p.p.);
- decide sulla revoca della riduzione di pena per la liberazione anticipata (v. c. 1);
- decide sul rinvio obbligatorio e facoltativo dell'esecuzione delle pene detentive (v. c. 1 e art. 684 c.p.p.);
- decide in appello sul ricorso avverso i provvedimenti del magistrato di sorveglianza in materia di: riesame della pericolosità; applicazione, esecuzione, trasformazione e revoca delle misure di sicurezza; revoca della dichiarazione di delinquenza abituale, professionale e per tendenza (v. c. 2 e art. 680 c.p.p.); in tali casi, il magistrato che ha emesso il provvedimento non fa parte del collegio (v. c. 2).

Tra le altre attribuzioni, il tribunale di sorveglianza:

- decide sull'ammissione, sulla revoca e sulla cessazione dell'affidamento in prova in casi particolari (v. art. 94 t.u.l.s.) e della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva (v. artt. 90-93 t.u.l.s.);
- dichiara l'estinzione della pena in conseguenza dell'affidamento in prova al servizio sociale e della liberazione condizionale (v. art. 236 d.c.c.p.p.);

- decide sulla riabilitazione (v. art. 683 c.p.p.);
- decide sul reclamo avverso i provvedimenti che dispongono o prorogano il regime di sorveglianza particolare (v. art. 14-ter o.p.) e il regime di sospensione delle regole e degli istituti di trattamento (v. art. 41-bis, c. 2-quinquies, 2-sexies e 2-septies, o.p.);
- decide sul reclamo avverso i provvedimenti del magistrato di sorveglianza in materia di: limitazioni e controlli della corrispondenza di condannati e internati (v. art. 18-ter, c. 6, o.p.); permessi (v. art. 30-bis o.p.); permessi premio (v. art. 30-ter, c. 7, o.p.); riduzioni di pena per liberazione anticipata (v. art. 69-bis, c. 3 e 4, o.p.); reclami giurisdizionali di detenuti e internati (v. art. 35-bis, c. 4, o.p.); in tali casi, il magistrato che ha emesso il provvedimento non fa parte del collegio.

c) Presidente del tribunale di sorveglianza

Il presidente del tribunale di sorveglianza espleta le funzioni di magistrato di sorveglianza nell'ufficio di appartenenza e provvede ai compiti di direzione e di organizzazione dei componenti e delle attività degli uffici e degli organi di afferenza (v. art. 70-bis, c. 2, o.p.).

2.4. Il pubblico ministero e l'avvocato difensore (parti procedurali)

Il tribunale di sorveglianza, nelle materie di sua competenza, e il magistrato di sorveglianza, nelle materie attinenti ai ricoveri per infermità psichica sopravvenuta al condannato, alle misure di sicurezza e alla dichiarazione di abitualità, professionalità o tendenza a delinquere, procedono a richiesta del pubblico ministero, dell'interessato, del difensore o d'ufficio (v. art. 678, c. 1, c.p.p.).

Le misure alternative alla detenzione e quelle dei permessi, dei permessi premio, le licenze al condannato in semilibertà e all'internato, della liberazione anticipata e della remissione del debito possono essere richieste dal condannato, dall'internato, dai loro prossimi congiunti, dal difensore, ovvero proposte dal gruppo di osservazione e trattamento (v. art. 57 o.p.).

Gli stessi diritti dell'interessato infermo di mente competono al tutore e al curatore (v. art. 666, c. 8, c.p.p.).

Va sottolineato anzitutto che, a differenza del procedimento di cognizione e di esecuzione che in ossequio al modello accusatorio si attivano solo su richiesta di parte, la procedibilità d'ufficio attribuita alla magistratura di sorveglianza, lungi dal configurare il procedimento di sorveglianza e di sicurezza come inquisitorio, discende dalla funzione rieducativa quale prerogativa del giudice di sorveglianza.

Inoltre, a proposito delle parti del procedimento di sorveglianza e di sicurezza, il pubblico ministero non è legittimato alla richiesta di misure alternative o di istituti trattamentali (allo stesso modo dei consigli di disciplina, secondo la recente riforma di cui all'art. 7, lett. b, d.lgs. 123/2018), in ragione del ruolo dell'accusa nell'attuale modello processuale.

Infine, l'avvocato difensore, che ricopre il ruolo della difesa, non soltanto è interessato dall'estensione dell'applicazione delle comuni disposizioni sulla difesa di fiducia (v. art. 96 c.p.p.), sulla difesa d'ufficio (v. art. 97 c.p.p.) e sul patrocinio dei non abbienti a spese dello Stato (v. artt. 98 c.p.p. e 75 d.P.R. 115/2002), ma nondimeno è destinatario di specifiche norme a tutela del diritto alla difesa in materia di colloqui e di corrispondenza con l'indagato e l'imputato in custodia cautelare (v. artt. 103 e 104 c.p.p.) e con il condannato e l'internato sin dall'inizio dell'esecuzione della misura o della pena (v. artt. 18 e 41-*bis* o.p.). A proposito di quest'ultima previsione, va ricordato che, rispetto al regime ordinario, la recente riforma (v. art. 11, lett. g, d.lgs. 123/2018) ha in tal modo recepito a livello legislativo la pronuncia costituzionale che a distanza di un ventennio dalla riforma penitenziaria aveva dichiarato l'illegittimità di tale disposizione nella parte in cui non prevedeva che il detenuto condannato in via definitiva avesse il diritto di conferire con il difensore sin dall'inizio dell'esecuzione della pena (v. Corte cost., sent. 212/1997), laddove invece, con riguardo al regime speciale, è intervenuta la dichiarazione di incostituzionalità di tale norma nella parte in cui stabiliva limitazioni e condizioni ai colloqui tra ristretti e difensori (v. Corte cost., sent. 143/2013) [v. *postea*, parte II, cap. V, sez. D, par. 3.4].

2.5. L'amministrazione penitenziaria (ministero della giustizia; dipartimenti, direzioni e provveditorati dell'amministrazione penitenziaria; cassa delle ammende; cassa per il soccorso e l'assistenza delle vittime del delitto)

L'ordinamento penitenziario effettua numerosi riferimenti all'"Amministrazione" e all'"Amministrazione penitenziaria", al "Ministero" e al "Ministro della giustizia", al "Provveditorato" e al "Provveditore regionale". In via generale, si può osservare che le attribuzioni riferite all'amministrazione penitenziaria senza altra specificazione vanno sempre ricondotte alla competenza del relativo Dipartimento (ad esempio per il regime della sorveglianza particolare, ai sensi dell'art. 14-*bis*, c. 3 e 4, o.p.). Va comunque rilevato che, da una parte, le competenze affidate in modo esplicito al Ministro o al Ministero vengono

comunque espletate nell'ambito dello stesso Dipartimento, tanto che riguardino profili organizzativi tipici dell'amministrazione centrale quanto che riverberino effetti sostanziali proprio sulla popolazione ristretta (per esempio col regime di sospensione delle regole di trattamento, ai sensi dell'art. 41-*bis*, c. 1, 2 e 2-*bis*, o.p.); d'altra parte, quelle riconosciute all'amministrazione penitenziaria in senso lato, nonostante possano venir delegate dal Dipartimento ai provveditorati regionali, vedono comunque coinvolta la direzione dell'istituto, qualora concernano le attività svolte all'interno del singolo istituto (ad esempio per la nomina degli assistenti volontari, ai sensi dell'art. 78, c. 1, o.p.).

a) Ministero della giustizia

L'amministrazione penitenziaria venne originariamente trasferita dal Ministero dell'interno a quello della giustizia ancora in epoca fascista (v. art. 1 r.d. 1718/1922).

Tra le sue attribuzioni, il Ministero della giustizia esercita le funzioni e i compiti concernenti l'area funzionale dei servizi dell'amministrazione penitenziaria, che comprendono la gestione amministrativa del personale e dei beni dell'amministrazione penitenziaria, lo svolgimento dei compiti relativi all'esecuzione delle misure cautelari e delle pene e delle misure di sicurezza detentive, e lo svolgimento dei compiti previsti dalle leggi per il trattamento dei detenuti e degli internati (v. art. 16, c. 3, lett. c, d.lgs. 300/1999). Nell'ambito delle sue articolazioni, all'interno del Ministero della giustizia risultano attualmente istituiti, in materia di esecuzione penitenziaria, il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria e il Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità.

b) Dipartimenti

Il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria (D.A.P.) provvede, secondo le direttive e gli ordini del Ministro della giustizia:

- all'attuazione della politica dell'ordine e della sicurezza degli istituti e servizi penitenziari e del trattamento dei detenuti e degli internati, nonché dei condannati e internati ammessi a fruire delle misure alternative alla detenzione;
- al coordinamento tecnico-operativo e alla direzione e amministrazione del personale penitenziario, nonché al coordinamento tecnico-operativo del predetto personale e dei collaboratori esterni dell'amministrazione;
- alla direzione e gestione dei supporti tecnici, per le esigenze generali del Dipartimento.

A capo del Dipartimento sono posti dei magistrati, nominati dal Presidente della Repubblica su proposta del Ministro della giustizia e deliberazione del Consiglio dei ministri, collocati fuori dal ruolo organico della magistratura. Tra le sue articolazioni, oltre ai Provveditorati regionali, è presente la Direzione detenuti e trattamento, che si occupa di assegnazione e trasferimento dei detenuti e degli internati tra istituti di diversi provveditorati, di gestione dei detenuti sottoposti ai regimi speciali, di servizio sanitario e di attività trattamentali intramurali (v. artt. 30, c. 1-3, l. 395/1990; 1-3, 7 e 9 d.P.R. 55/2001; e 1-3 e 6 d.P.C.M. 84/2015).

Il Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità (D.G.M.C.) esercita, per quanto qui rileva, le funzioni e i compiti inerenti l'esecuzione penale esterna e la messa alla prova degli adulti. Con l'introduzione nel nostro ordinamento di quest'ultimo istituto di natura processuale, l'area dell'esecuzione penale esterna, divenuta titolare di specifiche competenze anche su tale misura, risulta attualmente riorganizzata dalla Direzione generale per l'esecuzione penale esterna presso il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria alla Direzione generale per l'esecuzione penale esterna e di messa alla prova presso il Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità, che provvede all'organizzazione, all'indirizzo e al coordinamento degli uffici territoriali per l'esecuzione penale esterna, ai rapporti con la magistratura di sorveglianza e ordinaria, con gli enti locali e gli altri enti pubblici, con gli enti privati, le organizzazioni del volontariato, del lavoro e delle imprese, finalizzati al trattamento delle persone in esecuzione penale esterna (v. artt. 1-3 e 7 d.P.C.M. 84/2015).

c) Provveditorati

I Provveditorati regionali dell'Amministrazione penitenziaria (P.R.A.P.) sono organi decentrati del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, che operano nel settore degli istituti e dei servizi per adulti, sulla base di programmi, indirizzi e direttive disposti da tale Dipartimento, in materia di personale, organizzazione dei servizi e degli istituti, detenuti e internati (compresi i trasferimenti tra istituti dello stesso provveditorato), e nei rapporti con gli enti locali, le regioni e il servizio sanitario nazionale, nell'ambito delle rispettive circoscrizioni regionali o interregionali, secondo l'apposita tabella che ha provveduto alla riorganizzazione del Ministero della giustizia, riducendo gli uffici dirigenziali e le dotazioni organiche (v. art. 32 l. 395/1990 e tab. B, all. art. 16, c. 8, d.P.C.M. 84/2015).

d) Cassa delle ammende

Presso il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria è istituita la Cassa delle ammende (v. art. 4 l. 547/1932), ente dotato di personalità giuridica, alimentato tra l'altro dai proventi delle manifatture carcerarie, dalle sanzioni pecuniarie, dalle sanzioni di rigetto del ricorso in cassazione e di inammissibilità della richiesta di revisione, e altre sanzioni connesse al processo, e dedicato a finanziare programmi di reinserimento in favore di detenuti e internati, programmi di assistenza a detenuti e internati e alle loro famiglie, e progetti di edilizia penitenziaria finalizzati al miglioramento delle condizioni carcerarie (v. regolamento recante lo statuto della Cassa delle ammende di cui al d.P.C.M. 102/2017, alla cui entrata in vigore il d.l. 207/2008, conv. con modd. da l. 14/2009, aveva stabilito la cessazione dell'efficacia degli artt. 121-130 r.p., che in precedenza ne disciplinavano gli organi, l'amministrazione e la contabilità, le finalità e gli interventi).

e) Cassa per il soccorso e l'assistenza delle vittime del delitto

Presso il Dipartimento è altresì istituita la Cassa per il soccorso e l'assistenza alle vittime del delitto, ente dotato di personalità giuridica, sostenuto da lasciti donazioni o altre contribuzioni e destinato a soccorrere e assistere le vittime che a causa del delitto si trovino in condizioni di comprovato bisogno (v. art. 73 o.p.). Va peraltro accennato che esistono altri organismi, partecipati da enti pubblici e dotati di personalità giuridica, senza finalità di lucro e con compiti di intervento a favore delle vittime di delitti (v. ad esempio la Fondazione emiliano-romagnola per le vittime dei reati di cui all'art. 7 l.reg.E.-R. 24/2003).

2.6. Il direttore dell'istituto penitenziario

Il direttore dell'istituto penitenziario è un dirigente nell'apposito ruolo dell'amministrazione penitenziaria, preposto alla direzione di uno o più istituti penitenziari per indagati, imputati, condannati o internati (v. art. 3 r.p.), titolare della qualifica di pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni (v. art. 94, c. 1, d.a.c.p.p.).

Il direttore di istituto ricopre una posizione centrale nell'esecuzione penitenziaria, esercitando i compiti che gli sono affidati nei rapporti con l'amministrazione penitenziaria, con l'autorità giudiziaria e con la popolazione ristretta.

Nei rapporti con l'amministrazione penitenziaria, il direttore esercita i poteri attinenti all'organizzazione, al coordinamento e al controllo dello svolgimento delle attività dell'istituto, decide le iniziative idonee ad assicurare lo svolgimento dei programmi negli istituti nonché gli interventi all'esterno, impartisce direttive

agli operatori penitenziari anche non appartenenti all'amministrazione; risponde dell'esercizio delle proprie attribuzioni al provveditore e al Dipartimento (v. art. 3 r.p.).

Nei rapporti con l'autorità giudiziaria, il direttore è destinatario non soltanto dei provvedimenti della magistratura che incidono sulla libertà personale, ma altresì delle impugnazioni, delle dichiarazioni e delle richieste presentate dai ristretti, con la medesima efficacia della ricezione diretta da parte dell'autorità giudiziaria (v. art. 123 c.p.p.), sino addirittura di poteri di sostituzione temporanea alla magistratura, nei casi in cui non sia possibile il suo intervento tempestivo (ad esempio per il trasferimento di persone ristrette in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura, ai sensi degli artt. 11, c. 3, o.p., e 85, c. 7, r.p., ovvero per l'autorizzazione del genitore ristretto a visitare il minore infermo, ai sensi dell'art. 21-ter, c. 1, o.p.). Esprime il parere sull'accesso agli istituti penitenziari, autorizzato dal magistrato di sorveglianza, delle persone che, avendo concreto interesse per l'azione di risocializzazione dei detenuti, dimostrino di poter promuovere lo sviluppo dei contatti tra la società libera e la comunità carceraria, dove operano secondo le direttive del magistrato e sotto il controllo del direttore (v. art. 17 o.p.); coordina la frequenza negli istituti penitenziari degli assistenti volontari, proposti dal magistrato di sorveglianza e autorizzati dal provveditore regionale, quali persone idonee all'assistenza e all'educazione, allo scopo di partecipare senza retribuzione all'opera rivolta al sostegno morale dei detenuti e degli internati, al loro futuro reinserimento nella vita sociale e alle attività culturali e ricreative nell'istituto, e di cooperare all'affidamento in prova al servizio sociale, al regime di semilibertà e all'assistenza ai dimessi e alle loro famiglie, in collaborazione coll'ufficio di esecuzione penale esterna (v. art. 78 o.p.).

Nei rapporti con la popolazione ristretta, il direttore è titolare di poteri che afferiscono sia al mantenimento dell'ordine e della disciplina all'interno dell'istituto (in particolare ai sensi degli artt. 36-40 o.p., attraverso il regime disciplinare e le sanzioni disciplinari, deliberate dal direttore o dal consiglio di disciplina che lo stesso presiede), sia all'osservazione scientifica della personalità e all'applicazione delle misure alternative alla detenzione e degli altri istituti giuridici del trattamento nei confronti dei ristretti (con riferimento ai contenuti degli artt. 13 o.p. e 27-29 r.p., relativi alla composizione e all'attività del gruppo di osservazione e trattamento, che il direttore presiede e che è legittimato a richiedere tali misure alternative e istituti trattamentali e che è chiamato a fornire gli opportuni elementi conoscitivi e valutativi per l'adozione dei provvedimenti giudiziari). In generale,

in ciascun istituto il trattamento penitenziario è organizzato secondo le direttive che l'amministrazione penitenziaria impartisce, con riguardo alle esigenze dei gruppi di detenuti e internati che vi sono ristretti; le modalità del trattamento da seguire in ciascun istituto sono disciplinate dal regolamento interno, che è predisposto e modificato da un'apposita commissione, di cui fa parte il direttore e che è approvato dal Ministro (v. art. 16, o.p.). In particolare, il direttore fa parte della commissione che forma le graduatorie e concede le autorizzazioni per il lavoro all'interno dell'istituto (v. art. 20 o.p.), elabora il piano di lavoro di istituto e collabora all'organizzazione regionale delle lavorazioni penitenziarie (v. art. 25-*bis* o.p.), è competente per l'ammissione al lavoro all'esterno (che ai sensi dell'art. 21, c. 4, o.p. diviene esecutivo dopo l'approvazione del magistrato di sorveglianza), fa parte della commissione per le attività culturali, ricreative e sportive (v. art. 27 o.p.) e può essere chiamato a partecipare al comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica sull'attualità di collegamenti di detenuti e internati con la criminalità organizzata (che ai sensi dell'art. 4-*bis*, c. 2, o.p. fornisce dettagliate informazioni alla magistratura di sorveglianza per la decisione sulla concessione dei benefici penitenziari ai condannati e internati per taluni delitti).

2.7. Gli operatori della polizia penitenziaria (area custodiale o della sicurezza)

Il personale della c.d. area custodiale è oggi identificabile negli appartenenti al Corpo di Polizia penitenziaria, istituito alle dipendenze del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria dallo scioglimento del Corpo degli Agenti di custodia e dalla soppressione del ruolo delle vigilatrici penitenziarie (v. artt. 1 e 2 l. 395/1990 e d.P.R. 82/1999) e inserito tra le Forze di polizia (v. art. 16, c. 2, l. 121/1981).

La subordinazione gerarchica prevede che gli appartenenti al Corpo hanno doveri nei confronti del Ministro, dei sottosegretari che esercitano per delega attribuzioni in materia penitenziaria, del Capo del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, del Direttore dell'Ufficio del personale del Corpo, del provveditore regionale, del direttore dell'istituto e dei superiori gerarchici nel Corpo (v. art. 9 l. 395/1990). Fermo restando quanto richiamato, il personale del Corpo di polizia penitenziaria che presta servizio presso gli uffici centrali del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, presso i provveditorati regionali dell'Amministrazione penitenziaria, gli istituti e i servizi penitenziari, le scuole e gli istituti di istruzione è gerarchicamente subordinato ai dirigenti,

rispettivamente, degli uffici centrali, dei provveditorati regionali, degli istituti o servizi penitenziari, delle scuole o istituti di istruzione cui è addetto, ed è tenuto inoltre ai doveri di subordinazione nei confronti del personale di qualifica superiore a quella rivestita dal personale stesso, verso il quale si determini un rapporto di dipendenza in ragione della funzione esercitata, disposizione che si applica anche nei confronti del personale di altre amministrazioni dello Stato, compresi gli appartenenti alle altre Forze di polizia e alle Forze armate, in servizio presso il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria (v. art. 7 d.lgs. 443/1992).

Gli operatori della polizia penitenziaria rivestono le qualifiche di agenti o ufficiali di pubblica sicurezza e di agenti o ufficiali di polizia giudiziaria (v. artt. 14 l. 295/1990 e 57 c.p.p.). Le norme sul dovere di eseguire gli ordini ricevuti in ragione di subordinazione gerarchica si applicano in quanto compatibili anche al rapporto di dipendenza funzionale (v. art. 10 l. 395/1990), in particolare rispetto all'autorità giudiziaria. Va accennato il Nucleo investigativo centrale (N.I.C.), che costituisce un servizio centrale di polizia giudiziaria alle dipendenze funzionali e sotto la direzione dell'autorità giudiziaria, che svolge in via prioritaria e continuativa le funzioni di polizia giudiziaria per fatti di reato commessi in ambito penitenziario o comunque direttamente collegati all'ambito penitenziario (v. art. 12 d.a.c.p.p. e d.Min.giust. 14 giugno 2007).

I compiti istituzionali consistono nell'assicurare l'esecuzione dei provvedimenti restrittivi della libertà personale, nel garantire l'ordine e tutelare la sicurezza all'interno degli istituti penitenziari, nel partecipare nell'ambito di gruppi di lavoro alle attività di osservazione e di trattamento rieducativo dei detenuti e degli internati, nell'espletare il servizio di traduzione dei detenuti e degli internati e il servizio di piantonamento di detenuti e internati ricoverati in luoghi esterni di cura, infine nel contribuire a verificare il rispetto delle prescrizioni previste dai provvedimenti della magistratura di sorveglianza (v. art. 5 l. 395/1990).

Con riferimento alla tutela dell'ordine e della sicurezza, rispetto ai quali il Corpo è considerato Forza di polizia e può essere chiamato a concorrere nell'espletamento dei servizi di ordine e sicurezza pubblica (v. art. 16, c. 2, l. 121/1981), il compito specifico della polizia penitenziaria è il servizio di sicurezza e di custodia negli istituti penitenziari (v. art. 2, c. 2, r.p.), per cui i relativi operatori vengono definiti come personale di custodia (v. art. 18, c. 2, o.p.). Gli operatori in servizio all'interno degli istituti non possono portare armi, se non nei casi eccezionali in cui ciò venga ordinato dal direttore; nei confronti dei detenuti e degli internati non è consentito l'impiego della forza fisica, se non sia indispensabile per preve-

nire o impedire atti di violenza, per impedire tentativi di evasione o per vincere la resistenza anche passiva all'esecuzione degli ordini impartiti; il personale che per qualsiasi motivo abbia fatto uso della forza fisica deve immediatamente riferirne al direttore, che dispone senza indugio accertamenti sanitari e procede alle altre indagini del caso; non può essere usato alcun mezzo di coercizione fisica, che non sia espressamente previsto dal regolamento e comunque non vi si può far ricorso a fini disciplinari, ma solo al fine di evitare danni a persone o cose ovvero di garantire l'incolumità dell'interessato; l'uso deve essere limitato al tempo strettamente necessario e deve essere costantemente controllato dal sanitario (v. art. 41 o.p.). Da menzionare il Gruppo operativo mobile (G.O.M.), che rappresenta un reparto specializzato istituito presso il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria e alle dipendenze del Capo del Dipartimento, con il compito di:

- curare le traduzioni e i piantonamenti di detenuti e internati ad altissimo indice di pericolosità e con particolare posizione processuale, che per motivi di sicurezza e riservatezza possono essere effettuate con modalità operative anche in deroga alle vigenti disposizioni amministrative in materia;

- provvedere o partecipare al servizio di custodia di detenuti sottoposti al regime speciale di sospensione delle regole e degli istituti di trattamento (v. art. 41-bis, c. 2-*quater*, o.p.), nonché di detenuti collaboratori di giustizia ritenuti di maggiore esposizione a rischio, ovvero nei casi di sospensione delle normali regole di trattamento;

- eseguire i servizi di tutela e di scorta assegnati alla responsabilità del Corpo di Polizia penitenziaria dal Comitato provinciale o nazionale dell'ordine e della sicurezza pubblica, allorché riguardino personale in servizio presso l'Amministrazione penitenziaria esposto a particolari situazioni di rischio personale (v. d.Min. giust. 19 febbraio 1999).

Con riguardo alla partecipazione all'osservazione e al trattamento, gli appartenenti al ruolo degli ispettori partecipano alle riunioni del gruppo di osservazione e trattamento (v. art. 23 d.lgs. 443/1992), un appartenente al ruolo degli ispettori o dei sovrintendenti fa parte della commissione per le graduatorie e le autorizzazioni al lavoro all'interno degli istituti (v. artt. 20 o.p.), e soprattutto gli operatori della polizia penitenziaria risultano interessati dalla recente introduzione del regime aperto e della sorveglianza dinamica (v. circ.Dip.Amm.penit. 25 novembre 2011, nn. 445330 e 445732; 30 maggio 2012, n. 204765; 29 gennaio 2013, n. 36997; 13 luglio 2013, n. 251644; 23 ottobre 2015, n. 355603). Si tratta di modalità custodiali e trattamentali che, originate dal problema del sovraffollamento e

regolamentate dall'intervento dell'amministrazione, presentano le potenzialità di incidere in modo significativo sull'evoluzione in senso umanizzante e rieducativo dell'esecuzione, attraverso la valutazione della pericolosità e la responsabilizzazione al trattamento dentro il circuito ordinario al quale sono destinati i detenuti comuni [v. *postea*, parte II, cap. V, sez. C, par. 1].

2.8. I funzionari delle professionalità giuridico-pedagogica e di servizio sociale (area educativa o del trattamento)

Il personale della c.d. area educativa o trattamentale (v. circ.Dip.Amm.penit. 7 febbraio 1992, n. 3337/5787) è oggi individuabile nei funzionari delle professionalità giuridico-pedagogica (F.P.G.P.) e di servizio sociale (F.P.S.S.), secondo le definizioni sancite dall'accordo integrativo del Ministero della giustizia (v. acc.integr. 2 marzo 2010 e contr.coll.naz.integr. 29 luglio 2010 del personale non dirigenziale del Ministero della giustizia) e ratificate dalla circolare della Direzione generale detenuti e trattamento (v. circ.Dip.Amm.penit. 27 ottobre 2010, n. 438879), invece nell'immutata disciplina dell'ordinamento e nel linguaggio comune del settore ancora denominati rispettivamente come *educatori* e *assistenti sociali*.

L'ordinamento penitenziario e il relativo regolamento stabiliscono che presso gli istituti penitenziari operano gli educatori per adulti e gli assistenti sociali dipendenti dagli uffici locali di esecuzione penale esterna (v. art. 80, c. 1, o.p.), con le seguenti rispettive attribuzioni principali:

- per gli educatori: a) partecipare all'attività di gruppo per l'osservazione scientifica della personalità dei detenuti e degli internati (v. art. 82, c. 1, o.p.), assumendo di regola la segreteria tecnica del gruppo di osservazione e trattamento (v. art. 29, c. 4, r.p.) e fornendo a richiesta della magistratura di sorveglianza che procede la propria consulenza quale tecnico del trattamento (v. art. 678, c. 2, c.p.p.); b) occuparsi del trattamento rieducativo individuale e di gruppo, coordinando la propria azione con quella di tutto il personale addetto alle attività relative alla rieducazione (v. art. 82, c. 1, o.p.); c) svolgere attività educative nei confronti degli indagati o imputati, nel caso sia consentito dall'autorità giudiziaria (v. art. 82, c. 2, o.p.); d) collaborare nella tenuta della biblioteca e nella distribuzione dei libri, delle riviste e dei giornali (v. art. 82, c. 3, o.p.);

- per gli assistenti sociali: a) prestare consulenza per favorire il buon esito del trattamento penitenziario, su richiesta delle direzioni degli istituti penitenziari (v. art. 72, c. 2, lett. e, o.p.); b) partecipare alle attività di trattamento e di assistenza ai dimittendi e ai dimessi, per risolvere i problemi connessi alle condizioni di famiglia,

di lavoro e di ambiente cui andranno incontro (v. artt. 81, c. 2, o.p., 88, c. 2, e 89, c. 5, r.p.).

Gli educatori e gli assistenti sociali penitenziari inoltre fanno parte dei seguenti organismi: commissione che predispone e modifica il regolamento interno, che disciplina le modalità del trattamento da seguire nel singolo istituto penitenziario e sceglie i libri e i periodici per la biblioteca dell'istituto (v. artt. 16, c. 2, e 12, c. 2, o.p.); commissione che favorisce e organizza attività culturali, sportive e ricreative e ogni altra attività volta alla realizzazione della personalità dei detenuti e degli internati, nel quadro del trattamento rieducativo e del mantenimento dei contatti con il mondo esterno allo scopo del reinserimento sociale (v. art. 27, c. 2, o.p.). Seguono altresì l'esperienza dei permessi premio, in collaborazione con gli assistenti sociali territoriali, quale parte integrante del programma di trattamento (v. art. 30-ter, c. 3, o.p.).

Gli educatori infine fanno parte del consiglio di disciplina, che tra l'altro delibera le sanzioni disciplinari più gravi (v. art. 40, c. 2, o.p.) e concorre all'applicazione del regime della sorveglianza particolare (v. art. 14-bis, c. 2, o.p.). Va osservato che queste ultime previsioni risultano radicalmente in contrasto con le prerogative caratterizzanti la figura in esame, che è orientata a costruire una relazione costruttiva con i ristretti, in funzione della loro progressiva partecipazione ai programmi di trattamento e di reinserimento, senza commistioni con l'esercizio del potere e dell'autorità all'interno della vita in istituto.

2.9. Il personale della medicina penitenziaria (area sanitaria)

L'ordinamento penitenziario riformato del 1975 è anteriore all'istituzione del Servizio sanitario nazionale nel 1978 (v. l. 833/1978 succ. modd.), con il quale è avvenuto un percorso legislativo che ha portato al riordino della *medicina penitenziaria*, mediante il trasferimento delle competenze sulle funzioni sanitarie presso le strutture penitenziarie dal Ministero della giustizia-istituti penitenziari al sistema sanitario nazionale, in particolare al Ministero della salute per la programmazione, l'indirizzo e il coordinamento, e alle regioni-aziende unità sanitarie locali per la gestione e il controllo dei servizi sanitari nelle strutture penitenziarie (v. l. 23 ottobre 1992, n. 421; d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502; l. 30 novembre 1998, n. 419; d.lgs. 22 giugno 1999, n. 230; d.P.C.M. 1 aprile 2008).

Il Servizio sanitario nazionale che oggi opera negli istituti penitenziari mediante il personale dedicato secondo la disciplina sul riordino della medicina penitenziaria garantisce a ogni struttura un servizio medico e un servizio farmaceutico

rispondenti alle esigenze di profilassi e di cura della salute dei detenuti e degli internati (v. art. 11, c. 1 e 2, o.p.).

All'atto dell'ingresso nell'istituto, il medico sottopone a visita medica generale il detenuto o l'internato, fornisce loro informazioni complete sullo stato di salute, annota ogni informazione relativa a segni o indici che facciano apparire che l'interessato possa aver subito violenze o maltrattamenti, e fermo l'obbligo di referto ne dà comunicazione al direttore dell'istituto e al magistrato di sorveglianza (v. art. 11, c. 7, o.p.).

Durante la permanenza nell'istituto, l'assistenza sanitaria è prestata con periodici riscontri, effettuati con cadenza allineata ai bisogni di salute del ristretto, e si uniforma ai principi di metodo proattivo, di globalità dell'intervento sulle cause di pregiudizio della salute, di unitarietà dei servizi e delle prestazioni, di integrazione dell'assistenza sanitaria e sociale, e di garanzia della continuità terapeutica (v. art. 11, c. 7, o.p.). Il medico del servizio sanitario garantisce quotidianamente la visita dei ristretti ammalati e di quelli che ne fanno richiesta, quando risulta necessaria in base a criteri di appropriatezza clinica, e l'amministrazione penitenziaria assicura il completo espletamento delle attività sanitarie, senza limiti orari che ne impediscano l'effettuazione (v. art. 11, c. 8, o.p.).

Ove siano necessarie cure o accertamenti sanitari che non possono essere apprestati dai servizi sanitari presso gli istituti, gli imputati, i condannati e gli internati sono trasferiti in strutture sanitarie esterne di diagnosi o di cura, con provvedimento del giudice che procede o del magistrato di sorveglianza (v. art. 11, c. 4, o.p.).

I detenuti e gli internati possono richiedere di essere visitati a proprie spese da un esercente una professione sanitaria di loro fiducia, e di fruire di trattamenti medici, chirurgici e terapeutici da effettuarsi a spese degli interessati da parte di sanitari e tecnici di fiducia nelle infermerie o nei reparti clinici e chirurgici all'interno degli istituti, previo accordo con l'azienda unità sanitaria locale competente e con autorizzazione del giudice che procede o del magistrato di sorveglianza (v. art. 11, c. 12, o.p.).

Il direttore generale dell'azienda unità sanitaria locale dispone la visita almeno due volte l'anno degli istituti, allo scopo di accertare, anche in base alle segnalazioni ricevute, l'adeguatezza delle misure di profilassi contro le malattie infettive e le condizioni igieniche e sanitarie delle strutture, e riferisce al Ministero della salute e al Ministero della giustizia sulle visite compiute e sui provvedimenti raccomandati, informandone altresì i competenti uffici regionali, comunali e il magistrato di sorveglianza (v. art. 11, c. 13, o.p.).

2.10. *L'ufficio di esecuzione penale esterna*

Nell'ambito dell'amministrazione penitenziaria, vennero originariamente istituiti dall'ordinamento penitenziario i *centri di servizio sociale per adulti* (C.S.S.A.) (v. art. 72 o.p.), dopo rinominati in *uffici locali di esecuzione penale esterna* (U.E.P.E.) (v. art. 3, c. 2, l. 154/2005), infine trasferiti dalla Direzione generale per l'esecuzione penale esterna presso il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria alla Direzione generale per l'esecuzione penale esterna e di messa alla prova presso il Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità (v. artt. 1-3 e 7 d.P.C.M. 84/2015) (per cui oggi si occupano anche della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato adulto, ai sensi dell'art. 141-ter d.a.c.p.p.). Al loro interno operano i funzionari della professionalità di servizio sociale (F.P.S.S.), secondo la recente definizione sancita dall'accordo integrativo del Ministero della giustizia (v. acc.integr. 2 marzo 2010 e contr.coll.naz.integr. 29 luglio 2010 del personale non dirigenziale del Ministero della giustizia), che peraltro nella disciplina dell'ordinamento e nel linguaggio del settore sono ancora gli *assistenti sociali*. Gli assistenti che dipendono dagli uffici possono essere impegnati sia dentro gli istituti penitenziari (v. art. 80, c. 1, o.p.), che presso gli uffici locali (v. art. 81, c. 2, o.p.).

Ai sensi dell'ordinamento penitenziario, gli uffici hanno i seguenti compiti:

- svolgere, su richiesta dell'autorità giudiziaria, le inchieste utili a fornire i dati occorrenti per l'applicazione, la modificazione, la proroga e la revoca delle misure di sicurezza (v. art. 72, c. 2, lett. a, o.p.);
- svolgere le indagini socio-familiari per l'applicazione delle misure alternative alla detenzione ai condannati (v. art. 72, c. 2, lett. b, o.p.);
- proporre all'autorità giudiziaria il programma di trattamento da applicare ai condannati che chiedono di essere ammessi all'affidamento in prova al servizio sociale e alla detenzione domiciliare (v. art. 72, c. 2, lett. c, o.p.);
- controllare l'esecuzione dei programmi da parte degli ammessi alle misure alternative, riferirne all'autorità giudiziaria, proponendo eventuali interventi di modificazione o di revoca (v. art. 72, c. 2, lett. d, o.p.);
- espletare i compiti di vigilanza e di assistenza nei confronti dei sottoposti a misure alternative alla detenzione (v. art. 81, c. 2, o.p.);
- adempiere i compiti di sostegno e di assistenza nei confronti dei sottoposti alla libertà vigilata (v. art. 81, c. 2, o.p.).

Ai sensi del regolamento penitenziario, in seno agli uffici:

- il direttore dell'ufficio impartisce istruzioni e coordina l'attività di espletamento dei compiti affidati, organizza periodiche riunioni con il personale di ser-

vizio sociale su tematiche o problematiche emergenti, espleta il controllo tecnico, assicura lo svolgimento delle attività dirette alla supervisione professionale del personale (v. art. 118, c. 5, r.p.);

– nell’attuare gli interventi di osservazione e di trattamento dei ristretti in istituto, nonché delle persone in ambiente esterno per l’applicazione e l’esecuzione delle sanzioni sostitutive, delle misure di sicurezza e delle misure alternative, il personale dell’ufficio coordina le attività di competenza nell’ambito dell’esecuzione penale con quella delle istituzioni e dei servizi sociali che operano sul territorio, promuovendo e attuando gli indirizzi generali dettati in materia dall’amministrazione penitenziaria e definendo le intese operative con i servizi degli enti locali in una visione globale delle dinamiche sociali che investono la vicenda personale e familiare degli interessati in una prospettiva integrata di intervento (v. art. 118, c. 6 e 7, r.p.); gli interventi dell’ufficio nel corso del trattamento in ambiente esterno sono diretti ad aiutare gli interessati ad adempiere responsabilmente gli impegni che derivano dalla misura cui sono sottoposti e sono articolati in un processo unitario e personalizzato che va prioritariamente caratterizzato: a) dall’offerta di sperimentare un rapporto con l’autorità basato sulla fiducia nella capacità della persona di recuperare il controllo del proprio comportamento, senza interventi di carattere repressivo; b) da un aiuto che porti la persona a utilizzare meglio le risorse nella realtà familiare e sociale; c) ove previsto dalla misura in esecuzione, da un controllo sul comportamento della persona che costituisca, al tempo stesso, un aiuto rivolto ad assicurare il rispetto degli obblighi e delle prescrizioni dettate dalla magistratura di sorveglianza; d) da una sollecitazione alla persona a una valutazione critica adeguata degli atteggiamenti che sono stati alla base della condotta penalmente sanzionata, nella prospettiva di un reinserimento sociale compiuto e duraturo (v. art. 118, c. 8, r.p.).

Nell’ambito delle competenze di assistenza e di vigilanza in materia di esecuzione delle sanzioni sostitutive, degli istituti trattamentali e delle misure alternative, si richiamano gli specifici riferimenti normativi alle attività degli uffici per la libertà controllata (v. art. 56, c. 2, l. 689/1981), il lavoro all’esterno (v. artt. 21, c. 3, o.p. e 48, c. 16, r.p.), i permessi premio (v. artt. 30-ter, c. 3, o.p. e 65, c. 4, r.p.), la semilibertà (v. art. 101, c. 1-3, r.p.), la detenzione domiciliare (v. art. 100, c. 7, r.p.) e, soprattutto, l’affidamento in prova al servizio sociale (v. artt. 47, c. 5, 8-10, o.p. e 97 r.p.) e l’affidamento in prova in casi particolari (v. artt. 94, c. 6, t.u.l.s. e 99, c. 3, r.p.).

2.11. *I professionisti esperti e le altre figure esterne*

Al fianco del personale inquadrato nei ruoli dell'amministrazione penitenziaria e del servizio sanitario operano anche i *professionisti esperti e altre figure esterne*.

Per lo svolgimento delle attività di osservazione e di trattamento, l'amministrazione penitenziaria può infatti avvalersi, secondo le occorrenze, di professionisti esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica, nonché di mediatori culturali e interpreti (v. artt. 80, c. 4, o.p., e 28, c. 3, r.p.), previa iscrizione nell'elenco istituito presso ogni provveditorato regionale e sottoscrizione dell'accordo individuale con la direzione di istituto, per una durata annuale e un numero predeterminato di ore autorizzate da svolgere al mese (v. circ.Dip. Amm.penit. 11 giugno 2013, n. 3645/6095 e 26 giugno 2013, n. 227750).

Per l'ordinamento penitenziario, i professionisti esperti risultano far parte dei seguenti organi:

- gruppo di osservazione e trattamento (v. artt. 13 ord.penit. e 29, c. 2, r.p.), sotto la responsabilità e con il coordinamento del direttore dell'istituto, anche nei confronti di detenuti e internati per delitti di natura sessuale (v. art. 4-*bis*, c. 1-*quater*, o.p.);

- centro di osservazione, cui sono assegnati i ristretti da osservare quando si ravvisa la necessità di procedere a particolari approfondimenti (v. art. 28, c. 2, r.p.) e che oltre alle attività di osservazione può eseguire perizie medico-legali su persone sottoposte a procedimento penale e attività di ricerca (v. art. 63, c. 2, 4 e 5, o.p.);

- commissione per il regolamento interno dell'istituto, che è competente anche per la scelta dei libri e dei periodici della biblioteca dell'istituto (v. artt. 16, c. 2, e 12, c. 2, o.p.);

- consiglio di disciplina, per il parere necessario a disporre il regime della sorveglianza particolare (v. art. 14-*bis*, c. 2, o.p.);

- ufficio di esecuzione penale esterna, in cui possono essere inseriti, ove occorra, per fornire consulenza e collaborazione, sotto il coordinamento del direttore dell'ufficio o del responsabile dell'area (v. art. 118, c. 3, r.p.);

invece i mediatori culturali fanno parte del seguente organismo:

- commissione per le attività culturali, ricreative e sportive, che cura l'organizzazione di tali attività, anche mantenendo contatti con il mondo esterno utili al reinserimento sociale (v. art. 27, c. 2, o.p.).

Per l'amministrazione penitenziaria (v. circ.Dip.Amm.penit. 11 giugno 2013, n. 3645/6095), tali esperti sono ritenuti utili nei seguenti apporti:

- per l'osservazione psicologica intramuraria, su richiesta degli psicologi del servizio sanitario nazionale che svolgono la valutazione psicologica di tutti i nuovi ingressi, e per il trattamento psicologico con finalità di recupero e di sostegno, nei confronti di condannati per delitti sessuali in danno di minori (v. artt. 13-*bis* e 4-*bis*, c. 1-*quinqies*, o.p.);
- nell'ambito delle attività di osservazione comportamentale e scientifica della personalità, con interventi mirati a sostenere la privazione della libertà;
- per l'osservazione psicologica intramuraria, su richiesta degli psicologi del Servizio sanitario nazionale che svolgono la valutazione psicologica di tutti i nuovi ingressi (v. d.P.C.M. 1 aprile 2008, all. A);
- nelle procedure di valutazione per l'ammissione alle misure alternative alla detenzione e agli altri istituti trattamentali, in termini sia di revisione critica del reato sia di pericolosità sociale dell'autore;
- nell'ambito degli uffici di esecuzione penale esterna, per lo svolgimento delle attività di osservazione nei confronti delle persone libero-sospese, nonché delle attività trattamentali nei confronti delle persone in misura alternativa.

2.12. *Gli assistenti volontari*

Presso gli istituti penitenziari e gli uffici locali di esecuzione penale esterna accedono altresì gli *assistenti volontari*.

Nell'ambito della regolamentazione penitenziaria, la partecipazione della società esterna alle attività interne che sono finalizzate alla rieducazione e al reinserimento delle persone ristrette è prevista da due diverse discipline.

Ai sensi dell'art. 17 o.p. (*Partecipazione della comunità esterna all'azione rieducativa*), la finalità del reinserimento sociale dei condannati e degli internati deve essere perseguita anche sollecitando e organizzando la partecipazione di privati e di istituzioni o associazioni pubbliche o private all'azione rieducativa (v. c. 1); tutti coloro che, avendo concreto interesse per l'opera di risocializzazione dei detenuti, dimostrino di poter utilmente promuovere lo sviluppo dei contatti tra la comunità carceraria e la società libera, sono ammessi a frequentare gli istituti penitenziari, con l'autorizzazione e secondo le direttive del magistrato di sorveglianza, su parere favorevole del direttore dell'istituto, che ne controlla l'operato (c. 2 e 3). Il regolamento penitenziario (v. art. 68 r.p.) precisa che la direzione dell'istituto cura che le iniziative dei privati cittadini e delle istituzioni o associazioni pubbliche o private siano svolte in piena integrazione con gli operatori penitenziari (v. c. 4); in caso di inosservanza delle condizioni poste nell'autorizzazione allo svolgimento delle

attività o di comportamento pregiudizievole all'ordine e alla sicurezza dell'istituto, il direttore comunica al magistrato di sorveglianza il venir meno del proprio parere favorevole, per i provvedimento conseguenti, sino all'eventualità di disporre con provvedimento motivato la sospensione dell'efficacia dell'autorizzazione (v. c. 5); infine, la direzione dell'istituto e quella dell'ufficio locale di esecuzione penale esterna curano di concerto tra loro le possibili forme della partecipazione della comunità al reinserimento sociale dei condannati e degli internati, al fine di sollecitare la disponibilità e di programmare la collaborazione di persone ed enti idonei (v. c. 6).

Ai sensi dell'art. 78 o.p. (*Assistenti volontari*), su proposta del magistrato di sorveglianza, l'amministrazione penitenziaria può autorizzare persone idonee all'assistenza e all'educazione a frequentare gli istituti penitenziari, allo scopo di partecipare all'opera rivolta al sostegno morale e al futuro reinserimento nella vita sociale dei detenuti e degli internati (v. c. 1), e gli uffici locali di esecuzione penale esterna, per collaborare all'affidamento in prova al servizio sociale, al regime di semilibertà e all'assistenza ai dimessi e alle loro famiglie (v. c. 4); gli assistenti volontari possono cooperare nelle attività culturali e ricreative dell'istituto, senza retribuzione (v. c. 3) e sotto la guida del direttore, che ne coordina l'azione con quella di tutto il personale addetto al trattamento (v. 2). Il regolamento penitenziario (v. art. 120 r.p.) specifica che l'autorizzazione ha durata annuale, ma si considera rinnovata se alla scadenza la valutazione della direzione dell'istituto penitenziario o dell'ufficio locale di esecuzione penale esterna è positiva (v. c. 3), e può riguardare singoli o anche più persone appartenenti ad organizzazioni di volontariato, che assicurano con apposite convenzioni con le direzioni degli istituti o degli uffici la continuità di presenza in determinati settori di attività (v. c. 1); la direzione dell'istituto o dell'ufficio cura che le attività del volontariato siano svolte in piena integrazione con quelle degli operatori istituzionali (v. c. 4); infine, se l'assistente volontario si rivela inidoneo al corretto svolgimento dei suoi compiti, il direttore dell'istituto o dell'ufficio gli sospende l'autorizzazione e ne chiede la revoca al Dipartimento, dandone comunicazione al magistrato di sorveglianza (v. c. 5).

Si riassumono le (poche) specifiche diversità tra le due discipline, che residuano dalle (numerosi) evoluzioni e integrazioni che sono intervenute. Entrambe le tipologie di figure volontarie possono operare dentro gli istituti penitenziari, ma solo gli assistenti *ex* art. 78 o.p. anche presso gli uffici locali di esecuzione penale esterna. La gratuità dell'attività è stabilita solamente per gli assistenti volontari *ex* art. 78 o.p., quando operano all'interno degli istituti penitenziari. Soltanto le au-

torizzazioni *ex art. 78 o.p.* possono essere stabilmente regolate e organizzate sulla base di apposite convenzioni tra organizzazioni di volontariato e direzioni, però la precedente previsione che ai privati cittadini e ai designati dalle istituzioni o associazioni affidava lo svolgimento di singole iniziative con speciale riferimento ai contatti con la società libera (v. art. 63, c. 1, d.P.R. 431/1976) non è più presente nel vigente regolamento, che addirittura per assicurare l'istruzione, l'assistenza spirituale e la celebrazione liturgica per le confessioni diverse da quella cattolica, nonché per organizzare e svolgere le attività culturali, ricreative e sportive, prevede la possibilità da parte delle direzioni degli istituti penitenziari di avvalersi anche delle persone autorizzate *ex art. 17 o.p.* (v. artt. 58, c. 6, e 59, c. 6, r.p.). La frequenza *ex art. 17 o.p.* avviene con l'autorizzazione e secondo le direttive del magistrato di sorveglianza, sebbene con il parere favorevole e sotto il controllo del direttore, mentre quella *ex art. 78 o.p.* con l'autorizzazione e sotto la guida del direttore, tuttavia su proposta del magistrato di sorveglianza, sicché pare comunque dedursi che, al di là della formale inversione di competenze, in entrambe le ipotesi viene sostanzialmente ribadito al magistrato un ruolo di vigilanza, mentre al direttore uno di controllo sull'azione dei rappresentanti della società libera.

Si richiamano peraltro i principali atti dell'amministrazione penitenziaria che hanno contribuito all'interpretazione e all'attuazione delle due regolamentazioni. La circ.Dip.Amm.penit. 3 febbraio 1987, n. 3196/5646 raccomanda che gli assistenti volontari siano chiamati a partecipare alle riunioni del gruppo di osservazione e trattamento, per fornire il loro contributo alla conoscenza e soluzione dei problemi in relazione alle persone seguite. La circ.Dip.Amm.penit. 20 novembre 2000, n. 3534/5984 delega la nomina degli assistenti volontari ai provveditori regionali, per il loro ruolo preminente nella definizione e realizzazione della politica del trattamento volta al concreto reinserimento sociale delle persone detenute e alla migliore organizzazione degli istituti penitenziari, peraltro ribadendone la titolarità in capo al Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria. Infine la circ.Dir.gen.esec.pen.est. 21 marzo 2011, n. 115073 promuove il rafforzamento e lo sviluppo, sia quantitativo che qualitativo, della collaborazione degli assistenti volontari presso gli uffici locali di esecuzione penale esterna.

Si rammenta che di recente è stato previsto che anche i magistrati di sorveglianza possano avvalersi di assistenti volontari, individuati sulla base dei criteri indicati dall'art. 78 o.p., per compiti meramente ausiliari all'esercizio delle loro funzioni e senza potere essere retribuiti (v. art. 68, c. 4, o.p., nell'ultimo periodo aggiunto dal d.l. 92/2014, conv. con modd. da l. 117/2014). In un parere reso

dall'Ufficio studi presso il Capo Dipartimento (v. par.Uff.stud.Dip.Amm.penit. 2014), si sostiene che questa nuova disciplina si riferisce unicamente agli assistenti volontari che svolgano la propria attività interamente all'interno degli uffici della magistratura di sorveglianza e per tale ragione è competente esclusivamente la stessa magistratura sia per la loro scelta che per la relativa autorizzazione, dopo averne valutata l'idoneità alle attività cui sono chiamati; si precisa ulteriormente che per tali motivi non è possibile alcuna interferenza né sulla loro nomina che sulla loro guida da parte dell'amministrazione penitenziaria, che peraltro resta l'unica competente a consentire la frequentazione delle proprie strutture e la collaborazione con il proprio personale a persone esterne all'organizzazione penitenziaria. Quest'ultima interpretazione solleva perplessità in merito all'esclusione della possibilità per tali assistenti volontari di accedere altresì all'interno degli istituti penitenziari, dove pure la magistratura di sorveglianza esercita le proprie funzioni cui fa riferimento la disciplina in commento.

2.13. Il consiglio di aiuto sociale (e il comitato per l'occupazione)

Nel capoluogo di ciascun circondario è costituito un *consiglio di aiuto sociale* (v. art. 74 o.p.). Il consiglio è dotato di personalità giuridica ed è sottoposto alla vigilanza del Ministero della giustizia. È presieduto dal presidente del tribunale ed è composto dal presidente del tribunale dei minorenni, da un magistrato di sorveglianza, da un rappresentante della regione, da un rappresentante della provincia, da un funzionario dell'amministrazione civile dell'interno, dal sindaco, dal medico provinciale, dal dirigente della direzione provinciale del lavoro, da un delegato dell'ordinario diocesano, dai direttori degli istituti penitenziari del circondario, oltre a sei componenti nominati dal presidente del tribunale tra i designati da enti pubblici e privati qualificati nell'assistenza sociale. È destinato all'assistenza penitenziaria e post-penitenziaria, mediante le assegnazioni della Cassa delle ammende, i proventi delle manifatture carcerarie e altri stanziamenti e fondi, e al soccorso e dell'assistenza delle vittime del delitto, attraverso le assegnazioni della Cassa per le vittime e altri fondi e contribuzioni.

Per l'avviamento al lavoro dei dimessi dagli istituti penitenziari (v. art. 77 o.p.), ciascun consiglio di aiuto sociale istituisce un *comitato per l'occupazione* degli assistiti dal consiglio. È presieduto dal presidente del consiglio ed è composto da quattro rappresentanti rispettivamente dell'industria, del commercio, dell'agricoltura e dell'artigianato locale, designati dal presidente della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, tre rappresentanti dei datori di lavoro e tre

rappresentanti dei prestatori d'opera, designati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative sul piano nazionale, un rappresentante dei coltivatori diretti, il direttore della direzione provinciale del lavoro, un funzionario direttivo dell'amministrazione penitenziaria e un assistente sociale dell'ufficio locale di esecuzione penale esterna.

Per l'assistenza penitenziaria e post-penitenziaria (v. art. 75 o.p.), il consiglio svolge le seguenti attività:

- cura che siano fatte frequenti visite ai liberandi, al fine di favorire il loro reinserimento nella vita sociale, mediante opportuni consigli e aiuti;
- cura che siano raccolte tutte le notizie occorrenti per accertare i reali bisogni dei liberandi e studia il modo di provvedervi secondo le loro attitudini e le condizioni familiari;
- assume le notizie sulle possibilità di collocamento al lavoro nel circondario e svolge l'opera diretta ad assicurare un'occupazione ai liberati che abbiano o stabiliscano residenza nel circondario, per mezzo del comitato per l'occupazione;
- organizza corsi di addestramento e attività lavorative, anche con il concorso di enti o di privati, per i liberati che abbiano bisogno di integrare la loro preparazione professionale e che non possono immediatamente trovare lavoro, e promuove la frequenza dei liberati agli ordinari corsi di addestramento e di avviamento professionale, predisposti dalle regioni;
- cura il mantenimento delle relazioni dei detenuti e degli internati con le loro famiglie;
- segnala alle autorità e agli enti competenti i bisogni delle famiglie dei detenuti e degli internati, che rendono necessari speciali interventi;
- concede sussidi in denaro o in natura;
- collabora con i competenti organi per il coordinamento dell'attività assistenziale degli enti e delle associazioni pubbliche e private, nonché delle persone che svolgono un'opera di beneficenza diretta ad assicurare il più efficace e appropriato intervento in favore dei liberati e dei familiari dei detenuti e degli internati.

Per il soccorso e l'assistenza alle vittime del delitto (v. art. 76 o.p.), il consiglio:

- presta soccorso alle vittime con la concessione di sussidi in natura o in denaro;
- provvede all'assistenza in favore dei minori orfani a causa del delitto.

Si osserva che, a parte l'imprescindibile questione sul concreto funzionamento di questi organismi, la loro disciplina risulta riflettere una concezione ottocentesca della cultura penitenziaristica, che vede nella persona ristretta un disadattato

sociale, il cui reinserimento sociale passa dall'assistenza caritatevole e dal lavoro salariato.

2.14. Le figure di garanzia

Ad accedere alle strutture privative e limitative della libertà personale e a interagire con il personale professionale e volontario che vi opera sono da ultimo anche le *figure di garanzia*.

Nel nostro contesto pubblicistico, i garanti dei diritti dei detenuti hanno fatto la recente comparsa a partire dal primo decennio del secondo millennio in ambito locale e nel corso del decennio successivo a livello nazionale (v. art. 7, d.l. 146/2013, conv. con modd. da l. 10/2014).

Per il nostro ordinamento penitenziario, gli istituti di pena e le camere di sicurezza possono essere visitati senza autorizzazione, tra le altre autorità, dai garanti dei diritti dei detenuti comunque denominati, così come l'autorizzazione non occorre nemmeno per le persone che li accompagnano per ragioni del loro ufficio (v. artt. 67, c. 1 lett. 1-*bis* e 2, e 67-*bis* o.p.). I detenuti e gli internati possono rivolgere istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa, tra le altre autorità anche al garante nazionale e ai garanti regionali o locali dei diritti dei detenuti (v. art. 35, lett. 3, o.p.). I detenuti e gli internati hanno diritto di avere colloqui e corrispondenza con i garanti dei diritti dei detenuti (v. art. 18, c. 2, o.p.); i colloqui si svolgono in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia (v. art. 18, c. 3, o.p.); la corrispondenza epistolare o telegrafica che sia indirizzata al garante nazionale e ai garanti regionali o locali dei diritti dei detenuti non può essere limitata o controllata (v. art. 18-*ter*, c. 2, o.p.).

Al di là delle diverse denominazioni assunte e delle differenti versioni esistenti, si tratta di figure intra-ordinamentali con le caratteristiche ideal-tipiche di:

- promanare dallo stato o da enti pubblici territoriali e connettere popolazione ristretta, istituzioni pubbliche e società civile;
- perseguire le due funzioni della protezione dei diritti individuali rispetto al potere pubblico e della difesa dei principi democratici attraverso la supervisione del potere esecutivo;
- affidarsi sugli attributi dell'indipendenza, dell'imparzialità, dell'accessibilità, della riservatezza e della responsabilità nei confronti dell'ente di appartenenza e della collettività di riferimento;
- svolgere le attività di istruttoria su singoli eventi o per problemi sistemici, sia dietro segnalazione o con reclamo che in autonomia o di iniziativa, per poi

pubblicizzarne i risultati e raccomandarne i rimedi, così come in generale sensibilizzano alla cultura dei diritti e promuovono la fruizione dei servizi, dentro e fuori le strutture detentive;

– difettare di poteri coercitivi e ricorrere a facoltà di visita e di colloquio, di richiesta di informazioni e di sollecitazione di interventi.

Tutto ciò considerato, i garanti dei diritti dei detenuti si presentano come una soluzione alternativa, integrativa e non sostitutiva delle altre forme amministrative e giurisdizionali di supervisione e di controllo dell'esercizio della coercizione, senza mai avere il potere di annullare una decisione dell'amministrazione o dell'autorità coinvolta, ma che esprime proprie ricostruzioni, osservazioni e iniziative. Le sue prerogative sono quelle della conoscenza, della critica e della condivisione, con gli obiettivi di sensibilizzare, di provocare e di persuadere.

CAPITOLO II

RIFORME PENITENZIARIE

1. L'instabilità nel tempo della disciplina legislativa in tema di esecuzione penitenziaria

L'ordinamento penitenziario italiano ha conosciuto dal 1975 a oggi numerosi mutamenti legislativi, di cui alcuni molto significativi. Per quanto nella presente analisi dell'ordinamento positivo si intendano privilegiare i profili di attualità, si ritiene impossibile introdurre alla conoscenza della disciplina in vigore senza tenere in considerazione la sua evoluzione nel tempo, in modo da poter meglio contestualizzare e comprendere anche il relativo confronto in dottrina e in giurisprudenza. Per affrontare questo delicato versante, qui si cercherà di chiarire le ragioni della precarietà della legislazione in materia, poi si tenterà di individuare nella sua evoluzione le principali tendenze dei cambiamenti di politica penale.

A proposito della prassi di intervenire sulla disciplina esecutiva con frequenti aggiustamenti, va richiamata l'esistenza di una tendenza costante nei sistemi complessi, che porta a dislocare la soluzione dei problemi in basso o nella fase finale, quando risulta complicato o costoso o improduttivo decidere e agire a monte o nelle fasi anteriori. Essendo il sistema della giustizia penale molto complesso e trovandosi il sotto-sistema dell'esecuzione penitenziaria nella posizione terminale della criminalizzazione secondaria di cui fa parte, la fase esecutiva finisce nel suo funzionamento per farsi carico di ciò che è stato precedentemente costruito attraverso i processi di selettività che operano nelle fasi precedenti. Una lettura disincantata rende conto che i singoli sotto-sistemi non sempre risultano tra loro

orientati allo stesso scopo e ancora meno coordinati in modo razionale. Nel sistema della giustizia penale le ragioni che convincono il legislatore ad alcune scelte di criminalizzazione possono essere diverse da quelle che seguono nelle loro attività le polizie, le procure o i giudici nelle rispettive articolazioni. In più, la stessa concezione polifunzionale delle pene adottata dalla giurisprudenza costituzionale serve a confermare che le diverse fasi della penalità possano rispondere a scopi non solo distinti, ma anche contraddittori, ovvero di prevenzione generale nella fase edittale, di retribuzione legale in quella commisurativa, di prevenzione speciale in quella esecutiva.

Nel contesto italiano il carcere rappresenta forse l'unica istituzione che non può selezionare né quantitativamente né qualitativamente la propria utenza, nel senso che deve sempre tenere le porte aperte nei confronti di chiunque sia da altri costretto a varcarle, non potendo negare l'accesso nemmeno nell'ipotesi assai frequente di non avere lo spazio fisico per contenerlo in modo regolamentare. Si tratta della scandalosa sofferenza del sovraffollamento penitenziario, che secondo la disciplina internazionale sui diritti umani porta a configurare pene o trattamenti inumani o degradanti. Peraltro vi sono ordinamenti giuridici, anche in ambito nord-europeo, in cui ogni anno si determina la capienza carceraria, che consente di garantire livelli di internamento e di trattamento ritenuti adeguati e che non può mai superarsi da parte dell'amministrazione penitenziaria, e se ne informano le competenti autorità affinché orientino i rispettivi poteri nella direzione di non punire con la pena detentiva più di quanto sia sopportabile dal sistema penitenziario. (Ve ne sono altri dove viene quantomeno osservata la non eseguibilità dei provvedimenti restrittivi della libertà personale, laddove la capienza regolamentare prevista o comunque le concrete condizioni detentive non lo consentano.) Questa opzione è praticabile soltanto all'interno di sistemi penali in cui l'azione penale sia determinata come facoltativa e venga riconosciuta quindi un'ampia discrezionalità per individuare e commisurare la sanzione penale. Nonostante per questi e altri motivi nel nostro paese tale soluzione non risulti attuabile, ciò non significa che anche il sistema italiano della giustizia penale non abbia fatto ricorso ad altri mezzi per cercare di rendere compatibile la produzione della penalità con la capacità del governo del suo impatto concreto. Nel nostro ordinamento, dall'unificazione nazionale sino agli anni novanta del secolo scorso in media ogni tre anni il sistema politico ha provveduto a utilizzare lo strumento dei provvedimenti clemenziali collettivi, cioè amnistie e indulti, per alleggerire il peso insostenibile che rischiava di

provocare la paralisi dell'attività giudiziaria e di mettere in pericolo la gestione penitenziaria.

La perenne riforma dell'esecuzione penale si impone allora con l'esigenza di rendere compatibili all'interno del sistema penale le risorse con le funzioni, dove le prime sono limitate e le seconde inflazionate.

Certo, in via di principio può comunque sostenersi che, invece di subire la necessità di agire in modo emergenziale nella parte finale del sistema, sarebbe meglio intervenire in modo radicale sulla parte iniziale, attraverso una riforma penale ispirata alla depenalizzazione (cioè la cancellazione di illeciti penali dall'ordinamento) e alla decriminalizzazione (ovvero la trasformazione di illeciti da penali ad amministrativi). Tuttavia, senza nulla togliere alla positività di un forte riduzionismo penale, in concreto questa via non determinerebbe effetti significativi a livello di governo del carcere. Per capire le ragioni di questa osservazione, occorre partire dall'interrogarsi sui confini minimi, ma politicamente possibili, di un diverso perché riformato sistema di criminalizzazione. In altre parole, condividendo la proposta di un diritto penale minimo, presidiato da un principio di riserva di codice, resta da domandarsi in che grado e fino a dove potrà essere realisticamente minimo il diritto penale nella società contemporanea.

La sociologia della pena ci insegna che, a fronte di un diritto penale massimo nei libri, cioè quello delle leggi e dei reati astrattamente posti, esiste un diritto penale minimo nei fatti, ossia quello del carcere e della penalità effettivamente sofferta. La grande maggioranza dei reati concretamente puniti è contro la proprietà privata, così come i condannati sono rei di criminalità predatoria. Insomma, il diritto penale dei giudici si consuma prevalentemente nella repressione di non più di un centinaio di reati, il diritto penale dei condannati di esaurisce addirittura in non oltre alcune decine di fattispecie, per non dire del diritto penale dei carcerati... Eppure, il nostro diritto penale nei libri supera le seimila norme incriminatrici.

Ogni pur lodevole azione riformatrice in favore di un diritto penale minimo non può allora sfuggire alla preliminare questione di quanto si pensa di poter ulteriormente ridurre il diritto penale già minimo nei fatti, ovvero il diritto penale della prigionia. Ogni pur radicale riduzione del diritto penale nei libri, che non incida soprattutto sul diritto penale nei fatti, lascerebbe inalterato il livello della penalità effettivamente agita. In parole diverse, arrivando alla provocazione costruttiva, si tratta di rispondere se si ritiene possibile depenalizzare anche il furto, la rapina, la truffa, la ricettazione.

L'esecuzione penale risulta pertanto dinamicizzata da necessità sistemiche di

tipo burocratico, a cui alla fine il legislatore non riesce a sottrarsi. Si tratta di necessità burocratiche in fase esecutiva che sovente divergono da quelle ideologiche, che invece continuano a regnare incontrastate nella fase edittale e anche in quella commisurativa.

2. La riforma del 1975: logica trattamentale e percorsi alternativi

Le legge n. 354 del 1975 si iscrive all'interno di un registro ideologico di natura correzionalistica, dominato da una cultura tardo-positivista della pena che in fase esecutiva si orienta alla risocializzazione attraverso la pratica del trattamento penitenziario intra-murario. Il dominio del carcere nella prassi sanzionatoria non viene in alcun modo toccato e le condanne definitive a pena detentiva che non siano coperte dalla sospensione condizionale continuano a comportare l'esecuzione in carcere.

La riforma del 1975 innova di certo e a fondo rispetto alla precedente disciplina del regolamento del 1931, ma non sul punto effettivamente decisivo dell'apertura della gamma sanzionatoria. I primi e timidi percorsi di alternatività alla pena detentiva, definiti come misure alternative alla detenzione, al di là della qualificazione giuridica risultano nei fatti solo modalità alternative di esecuzione della pena carceraria. L'affidamento in prova al servizio sociale, propagandato quale versione italiana della *probation*, con l'originario istituto di provenienza anglosassone aveva ben poco da spartire, in quanto quest'ultimo opera per impedire ogni contatto del condannato con l'ambiente carcerario, quindi dal punto di vista tecnico costituisce una sospensione condizionale della pena con messa alla prova, mentre la disciplina dell'affidamento prevedeva che il condannato varcasse comunque la soglia del carcere, per essere sottoposto all'osservazione scientifica della personalità per almeno tre mesi e dopo la quale eventualmente fare istanza di ammissione al regime alternativo alla detenzione.

Il testo del 1975 configura un'esecuzione penitenziaria sostanzialmente omogenea, cioè per tutti indifferenziata nella forma e variabile nel tempo. L'idea che continua a dominare è insomma ancora quella di una pena qualitativamente identica e quantitativamente diversa. Il trattamento viene ugualmente offerto a tutti i ristretti definitivi, sia detenuti che internati, il cui contenuto si differenzia in ragione di valutazioni personologiche, quindi nella sostanza di pericolosità, deducibili in esclusiva dall'osservazione della condotta in carcere. Sulla base di

valutazioni prognostiche di non recidività, l'esecuzione della pena detentiva poteva diversamente modularsi nel tempo, anche mediante modalità esecutive in tutto o in parte extra-carceraria.

La novella del 1975 cerca un qualche compromesso tra uno spirito innovatore, che ipotizzerebbe l'esistenza di una sorta di diritto del condannato in carcere a vedersi riconsiderata la pena ancora da eseguire in ragione dei progressi già maturati e che perciò condurrebbe alla massima indeterminatezza e differenziazione della pena in fase esecutiva, con la tradizionale resistenza, che vorrebbe il rispetto del principio di difesa sociale attraverso l'affermazione della sostanziale intangibilità del giudicato e che pertanto suggerirebbe che nella fase dell'esecuzione le pene non possano che essere tendenzialmente quelle comminate dal giudice della cognizione. Il compromesso viene trovato nel segnare una soglia, al di sotto della quale le esigenze di trattamento rieducativo finalizzato al reinserimento sociale sono dominanti e quindi la pena in esecuzione può essere in tutto o in parte diversa da quella meritata e irrogata, mentre al di sopra le necessità di politica criminale orientate alla difesa sociale non consentono alcuna flessibilità nell'esecuzione della pena. Questa linea viene inizialmente riferita ai due anni e sei mesi di pena comminata, quindi in sostanza le cosiddette pene brevi, ma si tratta di una frontiera mobile e mutevole, che con passaggi successivi verrà portata in avanti sino agli attuali sei anni e di lato sino alle pene detentive residue di condanne medio-lunghe.

Lo spirito del 1975 risulta animato da una visione irrealistica del carcere, poiché rivolta al passato. Dal punto di vista oggettivo-quantitativo, al tempo della riforma il carcere è fortemente segnato da un processo di lungo periodo di decarcerizzazione. Nel 1975 la presenza giornaliera dei ristretti nelle carceri italiane era di poco superiore ai 30.000. Si confidava che questo indice potesse ulteriormente abbassarsi, tanto che alcuni giungevano a ritenere che la riforma penitenziaria fosse stata pensata per numeri assoluti di ristretti presenti non superiori a 15.000. Dal punto di vista soggettivo-qualitativo, l'immagine stereotipata che il legislatore esprimeva della popolazione detenuta nella disciplina riformatrice era quella di un universo umano di figure deboli e marginali, prevalentemente di provenienza meridionale, con bassi livelli di istruzione, di origine contadina e senza qualificazione professionale, ma soprattutto non particolarmente problematiche a livello disciplinare, insomma una vera e propria rappresentazione tardo-ottocentesca del carcere. Il carcere era già altra cosa e le ribellioni dei detenuti dei primi anni settanta del Novecento, con cui

chiedevano in modo democratico alla distratta società e al pigro legislatore la promessa riforma, avrebbe dovuto rendere avvertiti che erano cambiate molte cose anche nei penitenziari italiani e che altre trasformazioni sarebbero presto arrivate. Nella sua prima attuazione la riforma deve confrontarsi con realtà colpevolmente trascurate. Non solo la popolazione detenuta inizia a crescere in misura importante, ma cominciano a manifestarsi all'interno delle carceri gli effetti di diversi fenomeni, in particolare della lotta ai terrorismi che porta alla crescente presenza dei detenuti politici, della diffusione delle tossicodipendenze che conduce alla nuova componente dei giovani tossicodipendenti, della protesta nelle carceri che finisce per sfociare in forme sempre più violente che altrettanto violentemente vengono represses. Così già dopo due soli anni, con la prima contro-riforma del 1977 si comprimerà ulteriormente la fruizione ri-socializzante di istituti trattamentali e si introdurrà maldestramente il temibile carcere di massima sicurezza.

3. La riforma del 1986 e gli interventi degli anni 1991-1992: logica premiale e differenziazioni trattamentali

L'arco di tempo dal 1986 al 1992 è segnato nel nostro contesto da due diverse emergenze. Di fronte all'imporsi del problema della gestione penitenziaria della detenzione politica, la legge n. 663 del 1986 risponde in palese ritardo e in modo contingente con la consacrazione formale della differenziazione trattamentale, le cui previsioni risultano esplicitamente animate da un approccio premiale. In riferimento alla necessità del contrasto della criminalità organizzata, l'ordinamento penitenziario viene riformato nel biennio 1991-1992 mediante l'ulteriore differenziazione dello spettro trattamentale, in una logica esasperatamente premiale, allo scopo di favorire la collaborazione con la giustizia. Da questo decisivo punto di vista, quindi, la legislazione penitenziaria antimafia dei primi anni novanta risulta in linea di continuità con il nuovo spirito riformatore di metà anni ottanta, tanto da rappresentare in qualche modo il compimento definitivo di quell'iniziale disegno di politica penitenziaria.

Nella versione originaria della legislazione contro la criminalità organizzata degli anni novanta del Novecento, per il condannato di taluni delitti i possibili esiti trattamentali si collocano ai massimi estremi della disegualianza sanzionatoria, ovvero per chi non collabora vale l'intera pena giudizialmente comminata sino

al regime speciale di massima durezza, mentre per chi collabora accesso alle misure alternative alla detenzione dallo stato di libertà anche in deroga ai requisiti ordinari di applicabilità tra cui quelli sui limiti di pena. In altri termini, dal punto estremo dell'inflessibilità della pena in fase esecutiva, all'estremo opposto di una flessibilità che rinnega del tutto la pena del momento commisurativo.

Le tendenze del 1986 e degli anni 1991-1992 hanno determinato un progressivo affievolimento della flessibilità della pena per ragioni special-preventive positive, a favore di un ulteriore ampliamento della negoziabilità della pena per ragioni utilitaristiche premiali.

Nella riforma del 1986, a questo orientamento se ne accompagna un altro di segno differente. Con quella riforma trova un primo riconoscimento la possibilità di fruire dei percorsi di alternatività dallo stato di libertà, al tempo solo per chi avesse presofferto un periodo di custodia cautelare seguito da un periodo di libertà e nei confronti del condannato tossicodipendente. In questo modo, prima solo molto timidamente e poi sempre più diffusamente, si apre un diverso circuito di alternatività, vale a dire quello direttamente dallo stato di libertà, quindi senza assaggio di carcere e senza osservazione scientifica della personalità all'interno del penitenziario. Si tratta per la prima volta di vere e proprie diversioni dalla pena detentiva, che diventa difficile qualificare ancora quali misure alternative e che risultano forse più assimilabili a vere e proprie sanzioni sostitutive, sebbene comminate in fase esecutiva dal tribunale di sorveglianza.

Durante gli stessi anni di vigenza di questa riforma, avverranno diversi mutamenti a livello di prassi interpretative della giurisprudenza, talvolta recepiti pure dal legislatore, che andranno nella medesima direzione. Si pensi al radicale capovolgimento nell'interpretazione della nozione di pena inflitta, per accedere all'affidamento in prova al servizio sociale. Mentre all'inizio per pena inflitta si intendeva quella irrogata in condanna, presto si affermò la nozione di pena inflitta come pena in concreto e si giunse alla lettura di pena inflitta quale pena che residua da scontare. Con tale evoluzione, si passò dalla posizione prudente per cui le misure alternative potevano essere fruite solo da chi avesse riportato pene medio-brevi, alla visione generosa grazie alla quale chiunque poteva godere degli istituti trattamentali almeno nella fase finale della pena che poteva anche essere medio-lunga.

Le tendenze tra metà anni ottanta e primi anni novanta del Novecento hanno fondato quella che è stata criticamente denunciata come un'esasperata incertezza sanzionatoria, che nel perseguimento di una logica premiale ha determinato una

profonda trasformazione dell'intero sistema della giustizia penale, che è finito polarizzato da irrigidimenti punitivi nei confronti di gruppi selezionati e ineffettività sanzionatorie nei riguardi degli altri condannati.

4. La riforma del 1998 e i provvedimenti degli anni 2013-2014: logica deflativa e rimedi contingenti

Nel periodo che segue l'inizio degli anni novanta del Novecento, nonostante le precedenti aperture ai percorsi alternativi alla pena detentiva, l'universo carcerario del nostro paese è interessato da una nuova e complessa contingenza. Si tratta del pericoloso incremento della popolazione ristretta, che conduce al problema del sovraffollamento e del conseguente deterioramento delle condizioni detentive. Dopo la nota vicenda della corruzione politica degli anni novanta, da cui scaturì la previsione costituzionale della maggioranza qualificata per i provvedimenti clemenziali, non si poté più ricorrere sul piano politico alla tradizionale leva delle amnistie per alleggerire il carico della giustizia penale e solo nel 2006 si riuscì ad approvare l'ultimo indulto che sollevò il sistema penitenziario di oltre il quaranta per cento delle presenze complessive, ma con un effetto temporaneo di breve periodo. Sebbene i condannati ammessi alle misure alternative fossero nel frattempo cresciuti in modo significativo, sin quasi a rappresentare la metà di coloro che erano in carcere in via definitiva, sul piano numerico la popolazione detenuta nella seconda metà degli anni novanta era già raddoppiata rispetto a quella che si contava al tempo dell'introduzione della riforma del 1975. Andando a considerare il profilo soggettivo della popolazione ristretta, alla grande emergenza della seconda metà degli anni ottanta, costituita dalla presenza di circa un terzo di detenuti tossicodipendenti, si aggiunse il nuovo fenomeno dell'immigrazione extracomunitaria, che nel volgere degli anni novanta portò tale presenza in carcere a raggiungere in percentuale quella dei ristretti con dipendenza da sostanze.

Con la riforma del 1998, la soluzione al sovraffollamento viene cercata in una logica meramente deflativa, dove la fruizione delle misure alternative è svincolata da ogni negoziabilità, sia pure premiale. L'obiettivo risulta fare in modo che sempre meno condannati varchino la soglia del carcere, mediante un ulteriore ampliamento delle opportunità di accedere ai percorsi alternativi dallo stato di libertà. L'intervento consiste nel garantire che tutti i condannati a pene detentive inferiori a determinate soglie prestabilite o con residui di pena inferiori a tali limiti

possano sempre fare istanza per usufruire delle misure in questione dallo stato di libertà. In astratto questa disciplina risulta ancora oggi pienamente condivisibile, perché cerca di contenere le probabili diseguaglianze esecutive tra i condannati dovute alla circostanza che le insufficienti risorse trattamentali dentro le carceri impediscano a tutti gli istanti di vedersi valutata la rispettiva posizione allo scopo di accedere alle alternative dallo stato di libertà senza scontare in tutto o in parte la relativa pena all'interno del carcere. In concreto invece tale meccanismo si è dimostrato sin da allora grandemente approssimativo, poiché sui tribunali di sorveglianza confluirono migliaia di istanze che giunsero a produrre una paralisi operativa della giurisdizione di sorveglianza e finirono per determinare un arretrato crescente di decine di migliaia di fascicoli da decidere, ma ancora oggi ci sono uffici di sorveglianza in cui le decisioni sui percorsi di alternatività dallo stato di libertà ritardano anche di parecchi anni dalla presentazione nei termini dell'istanza. L'effetto perverso di creare così una diffusa ineffettività dei giudicati e dei residui a pene detentive sino ai tre/sei anni non ha peraltro impedito la drammatica crescita della popolazione ristretta.

Nel secondo decennio degli anni Duemila, sul fronte del sovraffollamento il nostro ordinamento passerà presto dalla dichiarazione dello stato di emergenza da parte del Governo nazionale nel 2010 alla condanna dello Stato italiano mediante la sentenza pilota Torreggiani e altri della Corte europea dei diritti dell'uomo del 2013, cui si reagisce senza riforme strutturali e coi rimedi congiunturali del biennio 2013-2014 nella stessa linea deflativa del quindicennio precedente. Seguendo le indicazioni fornite dalla Corte europea, il nostro legislatore è andato avanti sulla via della deflazione penitenziaria, favorendo l'ampliamento delle condizioni sostanziali e dei meccanismi procedurali di accesso alle misure alternative, in particolare introducendo un'ipotesi allargata di affidamento in prova al servizio sociale sino ai quattro anni di pena da scontare, la cancellazione della limitazione a due applicazioni per l'affidamento in prova in casi particolari per detenuti tossicodipendenti, una versione transitoria di liberazione anticipata speciale da settantacinque giorni per ciascun semestre e la stabilizzazione dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive sino ai diciotto mesi. Nonostante i risultati di tali interventi siano stati considerati come significativi dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, la pronta discesa dagli oltre 68.000 presenti di metà 2010 fino ai circa 52.000 di fine 2015 si è presto tramutata in un'inarrestabile risalita oltre le 60.000 presenze di fine 2018.

La logica che negli ultimi venti anni il nostro paese continua a seguire senza

interruzioni o modificazioni di rilievo finisce per attestarsi sulla mera predisposizione di rimedi deflativi al cronico problema del sovraffollamento carcerario, che operano con effetti assai parziali e soprattutto temporanei sul solo versante esecutivo, così trascurando di affrontare la concreta attuazione del principio ri-educativo e anche le ragioni strutturali del sistema penale, che ne governano il funzionamento nel suo complesso.

CAPITOLO III

TRATTAMENTO PENITENZIARIO

1. Il trattamento e la rieducazione

(V. artt. 1 o.p. e 1-2 r.p.)

Certo, è difficile immaginare un'espressione eticamente insopportabile quanto quella di *trattare* le persone. Eppure, per restare legati al principio di realtà, occorre convenire che se la pena privativa della libertà personale comporta *governare* esseri umani in condizione di cattività, su di essi si deve esercitare un potere *disciplinare*. Pertanto, le persone ristrette si trovano in uno stato pieno e costante di *sottomissione*, cioè non possono che essere comandate sempre e comunque, in ogni minimo dettaglio della vita quotidiana. Così, ciò che viene denominato *trattamento* in carcere si sostanzia nell'insieme delle pratiche legali e fattuali attraverso le quali si *disciplina* l'universo carcerario, sino a disporre direttamente e indirettamente dell'esistenza delle persone ristrette.

L'esercizio disciplinare nell'istituzione penitenziaria in cui consta il trattamento dei detenuti si affaccia come topica giuridica all'interno del processo di umanizzazione dei castighi legali. L'idea del trattamento entra nella cultura penitenziaria dall'angolo prospettico dei limiti al potere nel governo delle persone in cattività.

In effetti, il nostro ordinamento esordisce affermando che il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona, per poi proseguire specificando che lo stesso trattamento è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a sesso, identità di genere, orientamento ses-

suale, razza, nazionalità, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose (v. art. 1, c. 1, o.p.), e che i detenuti e gli internati sono chiamati o indicati con il loro nome (v. art. 1, c. 6, o.p.). In aggiunta, prescrive che a ogni persona privata della libertà sono garantiti i diritti fondamentali e che è vietata ogni violenza fisica e morale in suo danno (v. art. 1, c. 3, o.p.), che negli istituti l'ordine e la disciplina sono mantenuti nel rispetto dei diritti delle persone private della libertà (v. art. 1, c. 4, o.p.), e che non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con l'esigenza di mantenimento dell'ordine e della disciplina (v. art. 1, c. 5, o.p.). A corollario, specifica che l'ordine e la disciplina negli istituti penitenziari garantiscono la sicurezza, che costituisce la condizione per la realizzazione delle finalità del trattamento dei detenuti e degli internati (v. art. 2, c. 1, r.p.).

Nei sistemi in cui l'esecuzione penale è ispirata alla legalità, il trattamento penitenziario consiste quindi nell'insieme dei limiti che la legge pone ai poteri delle autorità che governano il carcere. Le norme che l'ordinamento penitenziario dedica al trattamento carcerario segnano pertanto il patrimonio dei diritti delle persone che sono private della libertà secondo quanto prescritto dalla legge. In astratto così dovrebbe essere, in concreto così non è. Per analizzare tale constatazione, l'interrogativo su cui esprimersi è la privazione nel tempo (per una durata che è decisa nella condanna legale) del diritto alla libertà (che è il contenuto della penalità detentiva) quale sopravvivenza determina degli altri diritti del ristretto. Secondo una tesi, la privazione della libertà personale comporta necessariamente la degradazione di ogni altro diritto della persona ristretta, nel senso che alla pretesa legale di privarlo della libertà personale consegue fattualmente che ogni altro suo diritto viene compromesso, vale a dire comunque limitato o addirittura negato. Questa teoria risulta inaccettabile se la si intende in senso prescrittivo, invece se la si concepisce con accezione descrittiva è valida, ovvero illustra ciò che accade nella realtà del carcere. Seconda altra posizione, la pena privativa della libertà personale non può mai pregiudicare l'esercizio di qualsiasi altro diritto dell'interessato ristretto. Questa impostazione appare condivisibile, sebbene finisca per militare in favore dell'abolizione del carcere. Tra tali estremi, è possibile adoperarsi per cercare un improbabile equilibrio tra privazione del diritto alla libertà personale e godimento degli altri diritti fondamentali. Questo esercizio è defaticante, ma utile, poiché è attraverso tale impegno che la dottrina e la giurisprudenza sono riuscite certo stentatamente e mai definitivamente a far avanzare il processo di umanizzazione delle pene detentive.

“In breve, la sanzione detentiva non può comportare una totale ed as-

soluta privazione della libertà della persona; ne costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione. Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale" (Corte cost., sent. 349/1993, *Cons. dir.*, pt. 4.2).

La questione del trattamento dei detenuti nel carcere si complica sino ad apparire come topica diversa (ma si tratta di sola apparenza, ossia si resta sullo stesso orizzonte del potere disciplinare, come si chiarisce con la successiva ricostruzione) nel momento in cui la pena in fase esecutiva si orienta al modello del correzionalismo. Se lo scopo della pena è la rieducazione, il trattamento penitenziario consiste negli istituti giuridici e nelle pratiche concrete che si rivolgono al perseguimento della risocializzazione della persona interessata.

In proposito, per il nostro legislatore il trattamento penitenziario si conforma a modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione (v. art. 1, c. 1, o.p.); si orienta, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale ed è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati (v. art. 1, c. 2, o.p.); il trattamento degli indagati e degli imputati consiste nell'offerta di interventi diretti a sostenere i loro interessi umani, culturali e professionali (v. art. 1, c. 1, r.p.), mentre quello rieducativo dei condannati e degli internati è inoltre diretto a promuovere 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 (v. art. 1, c. 2, r.p.).

2. Le fasi storiche del governo penitenziario

La pretesa ideale di *educare* i criminali in carcere – ovvero di emendare, recuperare, rieducare, risocializzare e reintegrare i detenuti in società – si iscrive nell'ambiguo registro della modernità, sospeso tra una metafora di dominio e una speranza di liberazione. È questione egemonica nella convinzione che i penalmente esclusi, quindi socialmente pericolosi, possano essere riaccettati nella società solo se e in quanto rieducati innanzitutto e soprattutto a vendersi come forza lavoro. Si tratta della pedagogia alla legalità, da cui passa la realizzazione individuale e l'inclusione sociale. È invece questione emancipatoria nello sviluppo della coscienza delle classi escluse, come

fiducia nelle virtù che nascono dal lavoro subordinato e che consentono di liberarsi dai pericoli del destino anti-sociale del sotto-proletariato. Trattasi del processo verso la libertà, con cui contare come soggetto storico e superare l'esclusione collettiva.

Su questa latente ambivalenza si stende la profonda e contraddittoria trama dell'evoluzione storica dell'educazione del condannato detenuto, in particolare nella sua accezione riduzionistica di trattamento penitenziario. Non esiste esperienza carceraria nel mondo occidentale che non abbia puntato sul percorso di prima istruzione e sull'adesione alle pratiche religiose, che convergono sul sostegno alla formazione e all'avviamento al lavoro, come strumenti basilari di difesa dal crimine. Non esiste istanza solidarista nell'orizzonte progressista che non abbia visto nell'integrazione dei detenuti attraverso l'istruzione, il lavoro e la religione ciò che può condurre all'auto-determinazione nella società.

In tale essenziale ambivalenza si esprimono due visioni ideali, due volontà politiche in radicale opposizione nell'apprezzare lo stesso bene, il medesimo obiettivo, che peraltro è rimasto allo stato di aspirazioni non realizzate. Raramente la disciplina del lavoro subordinato è stata un antidoto efficace alla recidiva criminale. Altrettanto raramente l'integrazione nella cultura operaia è stata in grado di distogliere dalla lotta individuale, egoistica e fondamentalmente illegale, per coinvolgere in quella collettiva, organizzata e progressivamente legalizzata (si pensi al processo istituzionale e normativo di riconoscimento dei diritti sindacali e sociali). Ciononostante si è trattato di idee, di prospettive che hanno assunto un grande significato, che hanno svolto un ruolo essenziale nella storia della modernità.

La storia ideale di questa irrisolta ambiguità percorre tutta l'epoca moderna, pertanto anche l'esistenza del carcere, che costituisce un'invenzione della modernità. All'interno di tale evoluzione, nel periodo a noi prossimo, è possibile cogliere tre fasi tipizzate, nel senso di rappresentazioni generali delle caratteristiche essenziali del fenomeno penitenziario, a partire dalle osservazioni condotte sugli elementi comuni della situazione concreta.

2.1. Processo di inclusione, trattamento nel carcere, stagione di incarcerazione

La prima fase è quella che si impone nella *prima stagione dello stato sociale* e si costruisce sul *paradigma della deprivazione*, che interpreta l'esclusione, la devianza e il crimine attraverso la categoria dell'uomo penale di stampo positivista.

È pericoloso chi ha meno, chi ha limiti, che si tratti di insufficienze fisiche, psichiche, affettive, culturali, sociali. Eliminata o ridotta la carenza, eliminata o

ridotta la pericolosità. Dentro il noto inganno proprio di ogni processo autoreferenziale, l'osservazione conferma l'assunto, ovvero se si visitano le carceri vi si trovano sempre e dovunque delle persone deboli e marginali. La pericolosità sociale delle persone delinquenti viene rinvenuta nella loro condizione di inferiorità, non nella loro natura di malvagità. La soluzione al problema non può che essere di operare per ridurre le differenze sociali, ciò che nelle politiche penali significa perseguire lo scopo rieducativo della pena. Il primo passaggio dalla pratica dell'illegalità alla cultura della legalità si conquista da parte delle persone povere per mezzo dell'apprendimento delle virtù parsimoniose del vivere del proprio lavoro. L'istruzione di base e la formazione linguistica e specialistica, la cultura del lavoro e l'inserimento nel mercato del lavoro, il conforto della fede e l'adesione ai valori della religione sono i percorsi comuni nei processi di inclusione sociale, che anche il nostro ordinamento penitenziario segue alla lettera. Sul fronte del controllo sociale, le ordinate masse operaie assicura tranquillità al confronto con gli indisciplinati gruppi devianti. Sul piano della politica sociale, il processo di integrazione del movimento dei lavoratori nel governo dello stato del benessere garantisce tenuta in termini di partecipazione democratica all'integrazione attraverso il lavoro subordinato.

È la stagione aurea in cui prevale un forte ottimismo nelle politiche risocializzanti attraverso il trattamento penitenziario.

Questa fase prima o poi finisce, nel senso che la propensione all'inclusione sociale attraverso l'educazione al lavoro subordinato e l'apprendimento delle virtù della laboriosa vita subalterna si riduce da visione politica a pura ideologia con la progressiva realizzazione di tale progetto. L'egemonia della società del capitale e l'assimilazione alla disciplina del salario finiscono per diventare negli stati sociali maturi delle realtà definitive. I deboli che continuano a delinquere si mostrano progressivamente come una minoranza ai margini della società, senza bisogno di venire educati alla disciplina del lavoro, perché il mutamento antropologico ha determinato storicamente che anche le persone che scelgono la pratica dell'illegalità al lavoro nella legalità sono comunque già socializzate a tale disciplina, dal momento che non esiste una vera dimensione alternativa né fattuale né culturale. Si violano sempre ancora e forse più le norme penali, ma non perché esistano singoli o gruppi estranei alla legalità, vale a dire non educati alla disciplina che impera nella società. Se alla cultura della legalità si è comunque stati socializzati, non si vede più la possibilità o il senso di contrastare l'universo dell'illegalità, attraverso il proposito di rieducare alla legalità a cui si è già addomesticati.

2.2. *Presa in carico, affidamento sul territorio, processo di decarcerizzazione*

La fase successiva è quella che si incontra nella *stagione matura dello stato sociale* e si apre sul *paradigma dell'opportunità*, in cui l'illegalità penale non rinvia più a una diversità segnata dalla debolezza e dalla mancanza, secondo la scienza positivista, ma ormai a una normalità attratta dalla ricchezza e dalla disponibilità di opportunità offerte dalle economie illegali, descritta dalla criminologia contemporanea.

Se l'etica del lavoro diventa stanca retorica anche per il mondo dei devianti, l'ideologia e la pratica del correzionalismo punitivo finiscono per perdere la relativa egemonia sull'esecuzione penitenziaria. La riforma carceraria abbandona la produzione di persone utili, che non risultino più pericolose, e l'elaborazione di pratiche pedagogiche, che servano all'integrazione grazie al lavoro subordinato e alla socializzazione dentro il proletariato virtuoso.

È la scommessa velleitaria con cui il carcere investe sulla sua progressiva estinzione, che negli eventi sperimentati non avverrà, ma nelle premesse ideali era promettente.

Questa fase si apre nel secondo dopoguerra, quando nel mondo occidentale le politiche penali si orientano verso l'orizzonte della decarcerizzazione come obiettivo riformistico necessario e possibile. Deversioni processuali, sanzioni sostitutive, misure alternative segnano un percorso progressivo di liberazione dalla necessità e dalla utilità del carcere, in cui pure il nostro legislatore riformista si cimenta, con notevoli difficoltà e in pietoso ritardo rispetto alle iniziative penitenziarie da tempo avviate con maggiore audacia in altri paesi, per un carcere confinato a soluzione estrema, verso il dissolvimento definitivo dell'internamento penale. L'idea della decarcerizzazione dopo metà ventesimo secolo è semplice quanto quella che circa due secoli prima ispirò l'invenzione del carcere. Lo scopo dell'integrazione sociale del condannato non invoca più pratiche correzionali per mezzo della privazione della libertà dentro un'istituzione segregante, quanto invece la diretta presa in carico del deviante nel sociale, che nei contesti anglosassoni si definisce da sempre come comunità, mentre nella nostra cultura in origine si parlava di territorio, invece ad oggi ormai abbiamo sdoganato un comunitarismo nominalistico, riferendoci indistintamente a tutte quelle forme di penalità come giustizia e misure di comunità. Un sociale ordinato e pieno di reti offerte e organizzate dallo stato sociale, di cui da allora partecipa anche il penale. Il giudizio per meritare di accedere all'altro carcere, cioè la penalità in libertà, non si costruisce più sul giudizio prognostico di non recidività offerto dal vero carcere, bensì si guadagna ora sulla valutazione di affidabilità situazionale. L'altro carcere rappresenta la condizione penale che spetta alle figure che possono essere prese in carico dal

sociale, perché più ricchi, ovvero meno poveri degli altri, di capitale sociale. Si tratta dell'insieme delle risorse che facilitano la vita del singolo all'interno della collettività, ovvero quelle relazioni interpersonali informali che servono al funzionamento di rete degli organismi sociali complessi, quali la famiglia, il gruppo, l'appartenenza a organizzazioni, l'impegno di partecipazione, la solidarietà, la reciprocità. L'accesso alle alternative dal carcere avviene così sempre più spesso dallo stato di libertà, senza contatto o esperienza con la realtà della detenzione e senza osservazione o trattamento nella condizione di cattività.

L'idea che le esigenze disciplinari fossero ormai pienamente soddisfatte nell'ambiente sociale e che non servisse concentrarle ancora coattivamente nelle istituzioni totali ha attraversato l'azione sociale e politica del pensiero laico e progressista. Si pensi a due esiti epocali che questo ideale riformatore ha concretamente realizzato nel nostro paese, dagli anni settanta del secolo scorso al nostro decennio.

Il primo traguardo interessa la giustizia penale minorile. Il sotto-sistema penale italiano forse più coerente con l'idea della decarcerizzazione è proprio quello dei minori. Dall'introduzione del servizio sociale minorile negli anni cinquanta all'attribuzione agli enti locali delle competenze sugli interventi risocializzanti nei confronti dei minori degli anni settanta, i minori che delinquono già da tempo non entrano quasi più in carcere o in altre istituzioni segregative. Negli istituti ancora attivi finiscono ormai poche centinaia tra indagati, imputati e condannati minorenni, ovvero non quanti hanno violato più gravemente la legge penale, ma coloro di cui riesce più difficile farsi carico da parte dell'assistenza sociale, vale a dire figli di famiglie nomadi e di immigrati clandestini, che sono più privi di altri di reti sociali significative e per i quali l'istituto rappresenta l'unica residuale agenzia assistenziale possibile.

La seconda meta riguarda la salute mentale pubblica. Nel nostro paese la stagione anti-manicomiale e di de-medicalizzazione del disagio mentale è emersa con gli anni settanta del secolo passato, portando alla chiusura degli ospedali psichiatrici civili e alla promozione del sistema assistenziale pubblico sul territorio, in modo da realizzare un'integrazione socio-sanitaria della presa in carico e della prestazione di servizi. Il ritorno della stagione anti-istituzionale e di de-penalizzazione è avvenuto nel secondo decennio di questo millennio, spingendo alla chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari e all'introduzione di una diversa disciplina regolativa, al fine di garantire la sanitarizzazione delle nuove strutture custodiali, la territorializzazione dei nuovi regimi trattamentali e l'individualizzazione dei programmi terapeutici-riabilitativi.

La strategia decarcerizzante puntò sullo scambio disciplinare tra carcere e territorio e abbandonò l'ossessione disciplinare che la sola integrazione possibile fosse quella che passa attraverso il tradizionale lavoro subordinato. La socializzazione della marginalità nello stato del benessere si articola piuttosto sull'imperativo del farsi carico della problematicità sociale ormai in chiave di servizi assistenziali. Il sofferente psichiatrico, il giovane tossicodipendente, il disperso scolastico, il piccolo deviante, il senza dimora, sono tutte figure che possono normalizzarsi attraverso la rete dei servizi, con un investimento aggiuntivo di capitale sociale, confidando che l'area della marginalità debba ridursi nel tempo. Proprio il contrario di ciò che è accaduto e sta accadendo, vista la direzione che ha preso la società globalizzata e precarizzata del presente.

2.3. Processo di esclusione, disciplinamento della società, orizzonte di ricarcerizzazione

L'ultima fase è quella che si affaccia sulla *crisi attuale dello stato sociale* e si fonda sul *paradigma della neutralizzazione*, per cui dalla retorica e dalla pratica dello stato sociale si passa a quelle opposte dello stato penale, dove la crescita della moltitudine degli esclusi, tanto dal mercato del lavoro garantito quanto dal banchetto dell'assistenza sociale, rende politicamente sempre più irrealistico il progetto di un ordine sociale agito attraverso l'inclusione.

Il discorso umanistico sul trattamento risocializzante viene progressivamente affiancato e tendenzialmente sostituito dalla narrativa tecnocratica sulla stima probabilistica e sulla distribuzione statistica, applicati nei confronti delle figure originanti i problemi sociali. Con un bagaglio linguistico e concettuale mutuato dal mondo assicurativo, all'interno delle politiche di controllo sociale il perseguimento dell'utilità sociale attraverso il governo dei rischi sociali prende il posto del principio della responsabilità individuale e dello scopo della prevenzione speciale. L'accento della penologia tecnocratica pone l'enfasi sulla razionalità formale e sistemica, dove si persegue l'efficienza e l'efficacia del sistema mediante la differenziazione delle risposte secondo livelli di pericolosità in concreto e l'implementazione di strategie di controllo su gruppi di individui.

È il passaggio miserevole dal declino dell'ideologia rieducativa al trionfo del paradigma disciplinare, in cui il controllo sociale si fonda sulla fede nella logica del diritto penale del nemico e nella prassi della incapacitazione selettiva del pericoloso.

Il governo amministrativo del controllo penale, che si esprime nella giustizia attuale o predittiva, tende a costruirsi su obiettivi sistemici che divergono dall'uso sim-

bolico o espressivo della penalità. Mentre il ricorso simbolico alla penalità risponde sul piano sociale al bisogno sociale di giustizia e al diffuso sentimento di insicurezza, dentro una costruzione sociale in cui risultano fondanti i valori della censura e del castigo, la gestione amministrativa della penalità agisce sul versante economico dentro una logica interna di funzionalità, svincolata dalle ragioni extra-sistemiche del penale e della punizione quali la giustizia o la deterrenza o la rieducazione.

L'amministrazione tecnocratica del controllo sociale ribalta i paradigmi fondativi del ricorso espressivo alla sofferenza legale. Se la risorsa simbolica del sistema della giustizia penale utilizza i concetti di imputazione, responsabilità, esemplarità, meritevolezza, insomma forme di riduzione individuale della dimensione sociale dei problemi, l'approccio amministrativo alle sanzioni punitive si accontenta di governare l'impatto collettivo del crimine e di renderlo compatibile alle risorse disponibili attraverso la predizione dei rischi e la riduzione dei danni. L'arsenale correzionalistico subisce un radicale rovesciamento di senso e di funzione, poiché la terapia, l'aiuto, il trattamento perdono ogni riferibilità allo scopo special-preventivo positivo, diventando invece risorse e indici per differenziare le popolazioni devianti in ragione del rischio criminale e per economizzare i dispositivi disciplinari in funzione del governo sostenibile.

Si rifletta su questi due esempi paradigmatici, che stanno interessando anche il nostro ordinamento. Si tratta di casi di uso improprio della cultura e della prassi della tradizione correzionalistica da parte della nuova penologia, di situazioni in cui gli elementi qualificanti mutano da prova di sicuro fallimento dell'investimento rieducativo del sistema della giustizia penale a promettente indicatore di successo della neutralizzazione selettiva nel controllo del rischio criminale.

La revoca delle misure alternative insegna che la loro distribuzione differenziata tra i diversi gruppi sociali diventa un criterio decisivo di correzione delle politiche penali e penitenziarie, in grado di suggerire alle amministrazioni e ai giudici nuovi indici statistici a cui vincolare la rispettiva discrezionalità nell'esercitare la loro funzione disciplinare.

La recidiva dei condannati liberati mostra che il sistema penale ha selezionato in modo efficace la propria utenza, di modo che sulla base dell'esposizione alla ricaduta nelle condotte criminose in chiave di appartenenza a gruppi sociali è possibile prevedere le categorie di persone a rischio e modificare in senso conseguente le forme di controllo.

3. L'individualizzazione del trattamento

(V. artt. 13 o.p. e 27-29 r.p.)

La disciplina giuridica del trattamento penitenziario nel nostro ordinamento è espressione del risalente correzionalismo che si è affermato tra Otto e Novecento. In particolare, la cultura penitenziarista di quel periodo nel nostro paese risulta di stampo positivista, con forte attrazione alle retoriche legittimanti la criminologia clinica di formazione psichiatrica. Di conseguenza, il trattamento risocializzante viene direttamente mutuato dalla prassi medico-psichiatrica e si costruisce sostanzialmente sulla triade osservazione-diagnosi-cura.

Per il nostro legislatore, nei confronti dei condannati e degli internati è predisposta l'osservazione scientifica della personalità, per rilevare le carenze psico-fisiche o le altre cause che hanno condotto al reato e proporre un idoneo programma di reinserimento (v. art. 13, c. 2, o.p.). Nell'ambito dell'osservazione, all'interessato è offerta l'opportunità di una riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze prodotte, in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di riparazione (v. art. 13, c. 3, o.p.). L'osservazione è compiuta all'inizio dell'esecuzione e proseguita nel corso di essa; per ciascun condannato o internato, in base ai risultati dell'osservazione, sono formulate indicazioni in merito al trattamento rieducativo ed è compilato il relativo programma, che viene integrato o modificato secondo le esigenze che si prospettano nel corso dell'esecuzione; la prima formulazione è redatta entro sei mesi dall'inizio dell'esecuzione (v. art. 13, c. 4, o.p.). La compilazione del programma trattamentale individualizzato è effettuata dal gruppo di osservazione e trattamento (G.O.T.) che ha condotto l'attività di osservazione scientifica della personalità, presieduto dal direttore dell'istituto, composto dal personale interno (funzionari giuridico-pedagogici, funzionari di servizio sociale, ispettori di polizia penitenziaria) e dagli eventuali professionisti esperti e altre figure coinvolte (psicologi, assistenti sociale, pedagoghi, psichiatri, criminologi, mediatori culturali e interpreti), e la cui segreteria tecnica è di regola affidata all'educatore (v. artt. 28, c. 3 e 4, e 29, c. 2-4, r.p.). Le indicazioni sul trattamento sono inserite, unitamente ai dati giudiziari, biografici e sanitari, nella cartella personale che segue l'interessato nei suoi trasferimenti e nella quale sono annotati gli sviluppi del trattamento praticato e i risultati (v. art. 13, c. 5, o.p.).

Nella formulazione normativa, il trattamento individualizzato consiste nell'indi-

cazione di un programma personalizzato che sia finalisticamente orientato alla progressiva acquisizione da parte del condannato o dell'internato delle condotte comportamentali ritenute idonee a una futura prognosi di non recidività o di non pericolosità. Questa acquisizione deriva dal grado di partecipazione e di fruizione del condannato o dell'internato rispetto alle dinamiche quotidiane e alle occasioni educative che sono predisposte dall'amministrazione penitenziaria, in particolare i rapporti con gli altri ristretti e con il personale interno, i corsi di istruzione e di formazione, gli impegni in attività lavorative, i contatti con il mondo esterno.

Nella dimensione fattuale, la pratica trattamentale è rimasta l'esercizio illusorio di un riformatore penitenziario che ha ignorato la realtà carceraria. Anche nelle rare ipotesi in cui è stato effettivamente praticato, il trattamento rieducativo si è sempre svilito nell'imposizione di modalità comportamentali per ragioni di governo disciplinare nel contesto degli istituti carcerari. La poca volontà e lo scarso impegno del ristretto nel sottoporsi alle pratiche routinarie per far passare il tempo in maniera ordinata sono considerate negativamente nella logica disciplinare. Se l'attiva partecipazione alle opportunità pedagogiche che vengono offerte nelle prassi trattamentali viene valutata nella logica correzionale, il ristretto aderisce al trattamento risocializzante esclusivamente nella prospettiva di un utile. La partecipazione alle modalità trattamentali, più o meno imposte e chiuse rispetto alle attitudini e alle competenze dell'interessato, si realizza unicamente in quanto il ristretto possa trarne vantaggio, o quantomeno possa ovviare a un ulteriore svantaggio. Il trattamento rieducativo finisce per offrirsi come l'insieme delle occasioni all'interno delle quali si può dispiegare il sistema dei premi e dei castighi. Il trattamento risocializzante rappresenta lo strumento pratico per misurare il grado di accettazione, poco importa se e quanto opportunistica, alla qualità della vita nel carcere. Il solo e vero parametro di valutazione della condotta del ristretto rinvia al suo grado di problematicità o di resistenza all'ordine carcerario. La stagione matura del trattamento rieducativo coincide con la massima espansione della premialità carceraria. Ciò che conta è quanto il ristretto può trarre vantaggio o ritiene di trarre vantaggio dal partecipare alla recita trattamentale. Si tratta di ciò che sempre si è dato e non potrà che darsi all'interno delle istituzioni totali.

L'idea trattamentale che realizza il principio dell'addomesticamento attraverso la premialità, piuttosto che mediante la frusta, rappresenta sia una soluzione per il mantenimento della disciplina nelle carceri, che una strategia per il miglioramento dell'umanità dei castighi. Con ciò si ritorna all'ambiguità dello scopo educativo, poiché ogni prassi trattamentale di tipo risocializzante chiede l'adesione o almeno la parvenza di partecipazione a un modello di subordinazione comportamentale,

mentre al di fuori di una pratica trattamentale in chiave premiale la disciplina può essere garantita solo con un sistema di terrore repressivo. Su questa ambiguità di fondo si sviluppa una serie di altre ambivalenze, alcune delle quali possono costituire delle risorse di cui sapersi avvalere da parte dei ristretti nei confronti delle autorità. Il trattamento penitenziario integra un obbligo di fare per l'amministrazione penitenziaria, cui corrisponde un diritto a fruirne del singolo ristretto. Se l'interessato è titolare di un diritto alla rieducazione, ne consegue che deve poter essere sottoposto a un trattamento risocializzante, ciò significa fruire di alcuni servizi (sanitari, psicologici, anagrafici, previdenziali, istruttivi, formativi, lavorativi, culturali, ricreativi, sportivi) e godere di alcune opportunità (rapporti con la famiglia, con il volontariato, con le istituzioni) che possono comportare una significativa attenuazione del rigore afflittivo della sanzione penale. Con la colpevole e cronica carenza dell'amministrazione penitenziaria nell'offerta di prestazioni e occasioni trattamentali di natura rieducativa, si determina una situazione manifesta o latente di conflittualità tra amministrazione inadempiente e popolazione richiedente, che può produrre esiti magari contingenti di maggiore clemenza nell'esecuzione delle pene.

È impossibile sottrarre l'azione trattamentale alla logica disciplinare, a meno che si tematizzi che i contenuti delle attuali pratiche trattamentali sono veri diritti soggettivi, fruibili a prescindere da ogni adesione e partecipazione all'intervento trattamentale, ma in questa prospettiva si finirebbe per percorrere una direzione non più orientata dal punto di vista dello scopo della pena alla risocializzazione del ristretto, perché questa si offre solo all'interno delle ragioni storiche e strutturali e sociali su cui è fondata la pena carceraria, sicché il carcere non può e non potrà sostituire le pratiche di disciplina con la tutela di diritti, se non quando realisticamente sarà possibile fare definitivamente a meno del carcere stesso come istituzione totale.

4. Gli elementi del trattamento

(V. artt. 13 e 15 o.p.)

Secondo il nostro ordinamento, il trattamento penitenziario deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun interessato, incoraggiare le attitudini e valorizzare le competenze che possono essere di sostegno per il reinserimento sociale (v. art. 13, c. 1, o.p.).

Il trattamento del condannato e dell'internato è svolto avvalendosi principalmente dei seguenti elementi (v. art. 15, c. 1, o.p.):

- istruzione;
- formazione professionale;
- lavoro;
- partecipazione a progetti di pubblica utilità;
- religione;
- attività culturali, ricreative e sportive;
- contatti con il mondo esterno;
- rapporti con la famiglia.

Ai condannati e agli internati, ai fini del trattamento rieducativo, è assicurato il lavoro, salvo casi di impossibilità (v. art. 15, c. 2, o.p.).

Gli indagati e gli imputati sono ammessi, su loro richiesta, a partecipare ad attività educative, culturali e ricreative e, salvo giustificati motivi o contrarie disposizioni dell'autorità giudiziaria, a svolgere attività lavorative o di formazione professionale, possibilmente di loro scelta, e comunque in condizioni adeguate alla loro posizione giuridica (v. art. 15, c. 3, o.p.).

In questo capitolo sul trattamento penitenziario risulta indispensabile soffermarsi sul lavoro carcerario e sulla pubblica utilità, mentre degli istituti trattamentali che costituiscono specifiche forme di attuazione delle previsioni generali sui contatti con il mondo esterno e sui rapporti con la famiglia ci si occuperà in luoghi appositi della successiva trattazione [v. *postea*, parte II, capp. IV, sez. B, e V, sez. A].

5. Il lavoro

(V. artt. 22, 23, 25 e 215-218 c.p., 20-25ter o.p. e 47-57 r.p.)

5.1. La disciplina del lavoro penitenziario

Il *lavoro* è disciplinato nella legislazione italiana come principale modalità di esecuzione della pena detentiva. In quanto modalità esecutiva di una sanzione penale, viene concepito come *onere* e non dovere in capo all'amministrazione penitenziaria e come *obbligo* e non diritto in capo al singolo ristretto. Ciò comporta che, a prescindere dal fatto che si prescriva che il lavoro non è affittivo e che va remunerato (v. art. 20, c. 2, o.p.), l'amministrazione è chiamata ad assicurare il lavoro, salvo potersi giustificare

con l'impossibilità riguardo alla relativa predisposizione (v. artt. 20, c. 1, e 15, c. 2, o.p.), mentre il ristretto è tenuto a impegnarsi nel lavoro, senza potersi rifiutare per l'inadeguatezza della specifica proposta rispetto alle proprie attitudini o per il disinteresse nei confronti dell'attività lavorativa in quanto tale (v. artt. 22, c. 1, 23, c. 1, 25, c. 1, e 218, c. 2, c.p.).

A proposito della *natura* del lavoro, si segnala che la recente novella in materia di lavoro penitenziario del 2018 (v. art. 2, c. 1, lett. a, d.lgs. 124/2018) ha tra l'altro eliminato l'espressa qualificazione del lavoro penitenziario come obbligatorio dall'ordinamento penitenziario, dove questa obbligatorietà era sin dal principio stabilita per i condannati e per i sottoposti alle misure di sicurezza della colonia agricola e della casa di lavoro (v. originaria versione dell'art. 20, c. 3, o.p.).

Ciò nonostante, va rilevato che nell'ordinamento penalistico restano tuttora attuali numerose altre norme, nel codice penale (v. artt. 22, c. 1, 23, c. 1, 25, c. 1, e 218, c. 2, c.p.) e nel regolamento penitenziario (v. art. 50 r.p.), che continuano a sancire l'obbligo del lavoro per quelle figure di ristretti, come pure rimangono ulteriori disposizioni, che servono a rafforzare il significato e le conseguenze dell'obbligo lavorativo all'interno del regime disciplinare (v. artt. 37 e 38 o.p., 76 e 77 r.p.), indicando espressamente il volontario inadempimento di obblighi lavorativi come infrazione disciplinare e specularmente il particolare impegno nello svolgimento del lavoro quale ricompensa trattamentale.

Di conseguenza, la disciplina vigente risulta ancora riferirsi alla perdurante esistenza del *lavoro obbligatorio o forzato* per i condannati e gli internati, che peraltro il testo della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (v. art. 4, c. 2, lett. a, Conv.eur.dir.uomo) e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (v. Cor.eur.dir.uomo, Grande Camera, sent. 24 giugno 1982, Van Droogenbroeck c. Belgio, ric. n. 7906/1977) escludono dal divieto di schiavitù o servitù e considerano come legittimo e applicabile in quanto modalità di esecuzione risocializzante della pena in funzione del recupero sociale del reo.

Con riguardo all'*organizzazione* del lavoro, l'amministrazione penitenziaria può allestire e gestire autonomamente lavorazioni e servizi attraverso l'impiego di prestazioni lavorative di detenuti e internati, all'interno e all'esterno degli istituti, così come possono venire istituite lavorazioni organizzate e gestite direttamente da enti pubblici o privati, altrettanto interne o esterne agli istituti (v. art. 20, c. 1, o.p.). Per l'assegnazione al lavoro di detenuti e internati, un'apposita commissione

istituita presso ogni istituto penitenziario deve suddividerli in due elenchi, uno generico e l'altro per qualifica, tenendo conto esclusivamente dell'anzianità di disoccupazione maturata durante lo stato di detenzione e di internamento, dei carichi familiari e delle abilità lavorative possedute (v. art. 20, c. 5, lett. a, o.p.). I detenuti e gli internati possono essere ammessi a esercitare attività artigianali, artistiche o intellettuali, in considerazione delle loro attitudini, nell'ambito del rispettivo programma di trattamento e per proprio conto (v. art. 20, c. 11, o.p.), e attività di produzione di beni per autoconsumo, anche in alternativa alla normale attività lavorativa e anche con utilizzo di beni e servizi dell'amministrazione penitenziaria (v. art. 20, c. 12, o.p.).

In merito al *rapporto lavoristico*, la disciplina applicabile risulta diversa non in relazione all'ubicazione delle attività lavorative, cioè se si resta all'interno dell'istituto o se si accede al lavoro all'esterno, ma in ragione della qualificazione del differente rapporto, poiché se si tratta di lavoro alle dipendenze dell'amministrazione carceraria il rapporto di lavoro viene disciplinato dalla legge penitenziaria, mentre per il lavoro alle dipendenze di enti pubblici o privati altri dall'amministrazione penitenziaria si applica il regime previsto dai contratti di lavoro per il rispettivo settore. (Altro discorso vale per la disciplina penitenziaria, che come si vedrà subito dopo è specificamente dettata per regolamentare gli aspetti autorizzativi e gestionali del lavoro all'esterno, che sia organizzato dall'amministrazione penitenziaria come da altri enti pubblici o privati.)

Pertanto, a tacere della problematica attuazione degli altri principi e diritti lavoristici e sindacali nel contesto penitenziario, i detenuti e gli internati che lavorano alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria, in prevalenza per cosiddette attività di corvée come lavori di pulizia, di cucina, di somministrazione e di manutenzione, ottiene una remunerazione che è stabilita per ciascuna categoria, in relazione alla quantità e qualità del lavoro prestato, in misura pari ai due terzi del trattamento economico previsto dai contratti collettivi (v. art. 22 o.p.). Invece, i detenuti e gli internati che operano alle dipendenze di altri enti pubblici o privati, non lavorando per forza di legge ma in ragione di contratto, vengono retribuiti in osservanza del contratto collettivo in essere nello specifico settore. Sulla remunerazione spettante ai condannati sono prelevate le somme dovute a titolo di risarcimento del danno da reato e di rimborso delle spese di procedimento, mentre su quella di condannati e internati sono trattenute le somme dovute per il rimborso delle spese di mantenimento (v. art. 24, c. 1, o.p.), tuttavia a favore dei condannati deve essere riservata in ogni caso una quota pari a tre quinti (v. art. 24, c. 2, o.p.),

infine la remunerazione dovuta a imputati, condannati e internati non è soggetta a pignoramento o sequestro salvo che per obbligazioni derivanti da alimenti o per risarcimento del danno arrecato alle cose mobili e immobili dell'amministrazione (v. art. 24, c. 2 e 3, o.p.).

Quindi, il ristretto che effettui la propria prestazione in favore dell'amministrazione penitenziaria riceve un compenso di un terzo in meno rispetto al compagno che offra lo stesso servizio a vantaggio di altro datore. La Corte costituzionale aveva respinto come infondata la questione di costituzionalità della disciplina in oggetto, sollevata in riferimento agli artt. 3 e 36 Cost. con riguardo al precedente testo normativo che prevedeva la fissazione equitativa del trattamento economico in misura non inferiore ai due terzi di quello previsto dai contratti collettivi, rilevando che il rapporto lavorativo alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria origina non da un libero contratto ma da un obbligo legale, persegue non utili o guadagni ma la specifica finalità della redenzione e del riadattamento alla vita sociale, l'acquisto o lo sviluppo dell'abitudine e della qualificazione al lavoro per il reinserimento sociale, e pertanto possiede una propria regolamentazione che diverge dal diritto comune, ma la Consulta aveva peraltro legato la compatibilità costituzionale di tale disciplina speciale proprio alla presenza del criterio equitativo, che consentiva in ambito penitenziario di riflettere i metodi retributivi della società libera (v. sent. 1087/1988). Pare evidente che la recente formulazione dell'art. 22, c. 1, o.p., introdotta dall'art. 2, c. 1, lett. f, d.lgs. 124/2018, che ha cancellato il margine equitativo nella determinazione retributiva, rende fondata una nuova questione di legittimità costituzionale.

Con riferimento al *lavoro esterno*, i detenuti e gli internati possono essere assegnati al lavoro all'esterno in presenza di condizioni idonee a garantire la positiva attuazione dello scopo trattamentale di rieducazione (v. art. 21, c. 1, o.p.).

Il provvedimento di assegnazione per condannati e internati è adottato dal direttore dell'istituto e diviene esecutivo dopo l'approvazione del magistrato di sorveglianza, mentre se si tratta di imputati è necessaria l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente (v. art. 21, c. 2 e 4, o.p.).

L'accesso al lavoro all'esterno può essere disposto, per i condannati alla pena della reclusione per taluno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis*, c. 1, 1-*ter* e 1-*quater*, o.p., soltanto dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena e comunque di non oltre cinque anni, peraltro se si tratta di collaboratori di giustizia tali limiti di pena espia non si applicano e quindi vi accedono senza alcuna limitazione (v. art. 58-*ter*, c. 1, o.p.), invece nei confronti dei condannati all'ergastolo può avvenire solo dopo l'espiazione di almeno dieci anni (v. art. 21, c. 1, o.p.). Per il contenuto delle

ulteriori situazioni derogatorie, che valgono per il lavoro all'esterno come insieme con numerosi altri istituti, si rimanda all'analisi di tali disposizioni speciali [v. *po-stea*, parte II, capp. IV, sez. C, par. 1, e V, sez. D, par. 1.2].

L'esecuzione del provvedimento prevede che i detenuti e gli internati assegnati al lavoro all'esterno siano avviati a prestare la loro opera senza scorta, salvo sia ritenuta necessaria per motivi di sicurezza, e che quando si tratti di imprese private il lavoro debba svolgersi sotto il diretto controllo della direzione dell'istituto, che a tal fine potrà avvalersi del personale dipendente e del servizio sociale (v. art. 21, c. 2 e 3, o.p.).

La natura del provvedimento di ammissione al lavoro all'esterno contrappone la giurisprudenza di legittimità, a favore del suo inquadramento quale atto amministrativo, pertanto non impugnabile né con reclamo di merito né con ricorso per cassazione, alla dottrina e alla giurisprudenza amministrativa, invece a favore della sua qualificazione come provvedimento giurisdizionale, poiché interviene sulla modalità esecutiva della pena detentiva e incide sulla libertà personale del ristretto interessato. La principale conseguenza dell'orientamento amministrativo è di lasciare senza reali poteri la magistratura di sorveglianza nei confronti dell'effettiva inerzia della direzione di istituto, con ciò vanificando la piena portata dell'istituto trattamentale.

5.2. La crisi globale del lavoro

Alla ricca articolazione della disciplina normativa, per il lavoro carcerario si contrappone ormai sempre più la misera dimensione della realtà fattuale.

A livello quantitativo, il desolante panorama del nostro paese fa registrare negli ultimi trent'anni un numero assoluto di lavoratori complessivi a data fissa che fluttua tra i 10 e i 15 mila, di cui quelli non alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria oscilla da 1 migliaio sino a 3 mila, cifre risibili che in rapporti proporzionali sui ristretti presenti in determinato momento corrispondono a variazioni tra 25 e 35 per cento di lavoratori su presenti e dal 10 al 20 per cento di lavoratori non alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria sul totale dei lavoratori. Va peraltro precisato che, per allargare la platea dei destinatari, l'amministrazione penitenziaria distribuisce il lavoro interno secondo un monte ore o per un impegno giornaliero molto ridotto, vale a dire che i numeri appena considerati non corrispondono affatto a quelli di persone pienamente e continuativamente lavoratori, ma solo con impieghi assai parziali e discontinui. Occorre infine aggiungere che, dei ristretti lavoratori sopra riportati, quelli assegnati al lavoro all'esterno non raggiungono i mille, compresi quelli

alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria.

In chiave discorsiva, questa rappresentazione implica che le poche occasioni di lavoro carcerario sono ancora quelle offerte dall'amministrazione penitenziaria, che vengono ripartite tra molti detenuti mediante elevate turnazioni in una logica oramai solo assistenziale o caritativa. Il settore industriale è quasi del tutto disinteressato dall'avanzare opportunità lavorative al mondo carcerario odierno, mentre quello agricolo è addirittura oramai sparito dal penitenziario. Le iniziative di formazione professionale e avviamento lavorativo attraverso borse e tirocini messe in campo dagli enti locali sono sempre assai rare e comunque quando cessano tali percorsi le ipotesi di inserimento ordinario nel mondo lavorativo si contano come delle eccezioni buone solo per una compassionevole propaganda. Insomma, sostanzialmente assente il lavoro produttivo, nel carcere regna tragicamente l'ozio forzato.

Le ragioni strutturali di questa situazione problematica rinviano alla crisi epocale di quelle uniche modalità di lavoro subordinato che possono essere organizzate in ambito carcerario. Il lavoro penitenziario che sia retribuito in misura eguale o prossima al lavoro libero non può risultare in nessun modo sostenibile. Può diventare solo un lavoro assistenziale, che è sempre più lontano dalle dinamiche imperanti nel libero mercato e che è ormai solo apprezzabile nella logica disciplinare dell'istituzione totale. Va ricordato che anche nei momenti storici e nei contesti sociali in cui effettivamente grande parte delle persone ristrette venne impiegata in attività lavorative, il lavoro penitenziario non è mai riuscito concorrenziale rispetto a quello libero, se non appunto in quelle ipotesi che sono tuttora maggioritarie in cui ai ristretti il lavoro non sia remunerato o lo sia solo in forma simbolica. La speranza coltivata sin dagli albori del carcere moderno di fare della prigionia una sorta di fabbrica è sempre stata un sogno, che è peraltro diventato un incubo per le persone ristrette laddove tale speranza è stata realizzata in forme distopiche di lavoro forzato.

Alle ragioni strutturali della crisi del lavoro carcerario, se ne aggiungono altre contingenti alla situazione italiana. Il programma di edilizia penitenziaria, che nelle decadi degli anni settanta e ottanta del secolo passato ha portato a edificare la maggior parte delle carceri attuali, è stato ispirato a criteri architettonici di massima sicurezza, in coincidenza con le necessità disciplinari già allora molto avvertite in conseguenza di una crescente presenza di detenuti terroristi e mafiosi. L'organizzazione degli spazi della gran parte delle carceri presenti sul nostro territorio si rinvia orientata a modalità trattamentali prevalenti di sostanziale isolamento cellulare,

in cui sono assenti o assai deficitari gli spazi di socializzazione, sopra tutti quelli nei quali sia possibile allestire vere e proprie lavorazioni interne. Oggi oramai nessuno più confida di poter risolvere la crisi del lavoro all'interno del carcere, mentre una speranza ancora residua verso buone prassi che possano sviluppare occasioni lavorative all'esterno degli istituti.

Nonostante nella riforma degli anni settanta il legislatore si sia espresso nel senso che l'organizzazione e i metodi del lavoro penitenziario devono riflettere quelli del lavoro libero, al fine di far acquisire agli interessati una preparazione professionale adeguata alle normali condizioni lavorative e agevolarne il reinserimento sociale finale (v. art. 20, c. 3, o.p.), dagli anni novanta del secolo scorso si è progressivamente puntato:

- a favorire apposite convenzioni di inserimento lavorativo con enti pubblici o privati o cooperative sociali interessati a fornire opportunità di lavoro a detenuti o internati, che peraltro devono essere senza oneri a carico della finanza pubblica (v. art. 20, c. 8, o.p.);
- a consentire deroghe alle norme di contabilità pubblica per vendere prodotti delle lavorazioni penitenziarie o rendere servizi attraverso l'impiego di prestazioni lavorative di detenuti e internati a prezzo pari o anche inferiore al loro costo (v. art. 20, c. 9, o.p.);
- a concedere che, per la costituzione e lo svolgimento dei rapporti di lavoro, nonché per l'assunzione della qualità di socio nelle cooperative sociali, non si applichino le incapacità derivanti da condanne penali o civili (v. art. 20, c. 14, o.p.), che i detenuti e gli internati siano compresi nelle categorie dei lavoratori svantaggiati e che alle imprese, alle cooperative sociali e alle organizzazioni non lucrative di utilità sociale che assumono tali lavoratori si applichino particolari regimi tributari, sgravi fiscali e agevolazioni contributive (v. d.l. 187/1993, conv. con modd. da l. 296/1993).

La comune ragione del mancato interesse del mercato privato nei confronti di queste agevolazioni è di tipo organizzativo, vale a dire che i tempi e i modi che servono all'amministrazione penitenziaria per predisporre o concordare una lavorazione interna, ovvero che consentono ai ristretti interessati di accedere al lavoro all'esterno o al regime di semilibertà, sono quelli tipici della burocrazia penitenziaria e della giurisdizione di sorveglianza, che di fatto si confermano incompatibili con le tempistiche e le modalità che governano l'investimento produttivo nel libero mercato. Anche l'imprenditore animato dal più volenteroso interesse

verso la forza lavoro di provenienza carceraria è prima o poi costretto a desistere da un così apprezzabile proposito.

Il presente storico si mostra oramai alieno dalla precedente idea dell'integrazione sociale della popolazione ristretta attraverso l'attività lavorativa. Le forme dominanti del libero mercato nella società globale non consentono nemmeno di pensare più all'inserimento lavorativo come una condizione apprezzabile sul piano della produzione dell'ordine sociale. Le nuove ipotesi di lavoro controllato che si stanno comunque affermando si rivolgono altrove per dare un diverso senso alla prestazione di lavoro in un contesto di pena.

5.3. L'affermazione del lavoro improduttivo

Nella profonda crisi del lavoro globale, l'economia politica della pena si incarica di mostrare un nuovo filone della narrativa che ritematizza la penalità con finalità di inclusione sociale.

A livello storico, pare proprio di confrontarsi con il senso di una vecchia storia, cioè quella delle moltitudini eccedenti all'origine del processo di accumulazione capitalistica. Alla politica di distruzione della popolazione eccedente le necessità produttive della rivoluzione commerciale, nella rivoluzione industriale fece seguito la strategia di controllo delle masse inurbate mediante la disciplina coatta della subordinazione lavorativa propria del grande internamento nelle case lavoro. Nell'odierno scenario dell'economia capitalistica, non è realistico poter affrontare le sue nuove moltitudini eccedenti (dai giovani sempre più critici verso l'esistenza precarizzata agli stranieri non meno sfruttati con il lavoro destrutturato) perseguendo la sola politica dell'esclusione sociale, così come non è praticabile riuscire a contenere le sue nuove masse devianti (dai giovani sempre più attratti dalle organizzazioni criminali agli stranieri non meno allettati dai mercati illegali) puntando sulla sola strategia della neutralizzazione selettiva. All'orizzonte non si profila tuttavia un'improbabile riedizione di un passato archiviato, piuttosto una diversa configurazione delle necessità di governo del disordine in funzione delle strategie di disciplinamento della società. Diventa così possibile che in una differente logica anche la topica della pedagogia attraverso il lavoro possa conoscere una nuova stagione, con caratteri peculiari di relativa novità rispetto al passato remoto e prossimo.

In chiave teorica, l'epoca moderna ha offerto due sole ipotesi compiute di legittimazione della penalità. Una prima forma è stata di tipo contrattuale, in cui la reazione punitiva doveva limitarsi a quella giusta in proporzione alla gravità del

reato commesso. Una seconda versione è stata di natura utilitarista, secondo cui la pena doveva realizzarsi in quella utile in relazione allo scopo di prevenzione sociale. Lo schema retributivo della prima accezione e quello preventivo della seconda ben si armonizzarono con la topica del lavoro dei ristretti. Nel modello retributivo il reo veniva privato della libertà per una misura calcolata sul valore economico del lavoro alienato, in modo da retribuire per equivalente il male commesso attraverso la privazione di una quota di libertà apprezzabile come tempo di lavoro salariato. Nel modello preventivo invece la pena si faceva utile, in quanto capace di educare a non recidivare, per mezzo della disciplina del lavoro. Si tratta di modelli oramai superati, perché di fatto non è più sufficiente, adeguato, efficace giustificare la pena in quanto giusta nel retribuire o utile nel rieducare, quindi in questi due orizzonti giustificativi del castigo legale non vi è più spazio per un qualche ruolo del lavoro in senso tradizionale. Oggi la modernità post-illuministica o la razionalità post-moderna sta così proponendo un nuovo e diverso modello giustificativo della penalità di genere riparativo o rigenerativo.

La lettura forse più seducente sulle ragioni alla base dell'emergere del nuovo paradigma riparativo-rigenerativo (*restorative paradigm*) nei sistemi di controllo sociale o di giustizia penale (*restorative justice*), in alternativa o in integrazione con quelli classici di tipo retributivo e rieducativo, situa l'origine dello sviluppo del modello riconciliativo-mediatorio oltre i confini dell'ordine che quei sistemi formali tradizionali non hanno più intenzione di presidiare o non sono più capaci di garantire. La promessa della modernità di trasferire la funzione disciplinare dalla rete del sociale al monopolio del legale non è stata mantenuta, perché il sistema formale della giustizia penale si è dimostrato incapace di governare la società, di mantenere l'ordine. La progressiva dissoluzione del sistema penale è stata favorita da due distinti processi, ovvero da una parte la smisurata diffusione del ricorso all'istanza punitiva, in ragione dell'affidamento sulle funzioni disciplinari dello stato moderno, mentre dall'altra parte l'inarrestabile crisi dei sistemi della socializzazione primaria, di riflesso la produzione della nuova domanda di disciplina formale. Il dominio del sistema del controllo sociale penale tradizionale si è rivelato troppo vasto per poter essere mantenuto secondo i canoni classici del garantismo penale, ma ciò che si produce ai margini o fuori dei suoi confini rievoca nuovi processi di rifeudalizzazione dei rapporti sociali. Conflitti e violenze in famiglia, dissidi e scontri di vicinato, degrado sociale, bullismo scolastico, piccola criminalità, intolleranze razziali, sono fenomeni sociali che producono disagi e sofferenze da vittimizzazione diffusa, che si traducono in nuove domande di rico-

noscimento relazionale e di riaffermazione normativa. In questo contesto politico di progressiva disintegrazione sociale, si assiste al diffondersi di teorie e movimenti che si orientano alla responsabilizzazione della società civile, alla restaurazione delle attitudini individuali e collettive per auto-regolare i conflitti mediante la riattivazione di dinamiche inter-personali.

La forma forse più nota della messa in scena di questo scenario di trasformazione della risposta all'illegalità è nelle nuove pratiche di mediazione penale (*victim-offender mediation*), che si fondano sull'adesione consensuale di vittime e autori alla presa in carico di tipo informale delle situazioni problematiche che sono trascurate dai sistemi formali di controllo sociale. La mediazione legale si presenta come un modello autonomo, comunitario e deprofessionalizzato, la cui crescita spontanea e disordinata investe segmenti plurimi e disomogenei di presa in carico delle problematicità sociali, che attraversano i confini formali dell'ordine tradizionale tra civile, amministrativo e penale. La retorica giustificativa si presenta accattivante, laddove il nuovo modello si qualifica come informale, semplice, intelligibile, dolce, mite, di prossimità, di comunità, tutte espressioni costruite attorno al genere femminile, contrapposto a quello maschile dei termini squalificati del sistema formale, complicato, incomprensibile, duro, distante.

Il nuovo modello del paradigma riparativo può allora accogliere e sostenere anche la nuova topica del lavoro di pubblica utilità, peraltro dentro la precedente logica di funzionamento del sistema penale. Da un lato, si assiste all'ulteriore diffondersi di pratiche di esclusione sociale, che nella crisi delle politiche sociali di sostegno e assistenza universali sono agite attraverso delle politiche penali di neutralizzazione e incapacitazione selettiva, in particolare nei confronti della criminalità predatoria e opportunistica su cui viene costruito il discorso securitario, che continuano ad alimentare un processo di ricarcerizzazione segnato dal reclutamento della popolazione ristretta tra le fila dei gruppi esclusi dal benessere sociale. Dall'altro lato, si affianca la rapida espansione di reazioni che si rifanno all'inclusione sociale, ma in modi e con effetti assai diversi da quelli su cui erano costruite le politiche di controllo sociale della modernità secondo il modello preventivo e correzionale. Le risposte del primo e del secondo tipo si distinguono e si distribuiscono sulla base delle risorse e delle opportunità economiche, sociali e culturali degli attori coinvolti nella situazione problematica, piuttosto che sulla gravità offensiva degli illeciti commessi che ne sono alla base. Le tecniche di tutela si aprono e si connotano come forme alternative di risoluzione dei conflitti (*alternative dispute resolution schemes*), a esclusivo vantaggio dei soli attori che per proprie condizioni e capacità possono farsi carico

di trovare una soluzione diretta e privata al problema incontrato, alla quale non accedono gli altri attori il cui difetto di capitale sociale li esclude secondo un'esa-sperata logica di selettività da qualsiasi possibilità di evitare una soluzione formale e privata ai conflitti che li interessano.

Il lavoro di pubblica utilità che deriva dalla logica di giustizia riparativa offre allora un'integrazione sociale che passa dall'etica della produzione all'etica della rassicurazione, dal recupero della persona all'appagamento della collettività. In mezzo a questa profonda trasformazione del ruolo sociale del lavoro emerge la retorica della collettività offesa e impaurita dal crimine, che si risarcisce e si rigenera attraverso l'offerta materiale e simbolica di prestazioni volontarie di sedicente utilità pubblica o sociale. A nulla rileva che queste forme di lavoro improduttivo siano incompatibili con le ragioni fondative della giustizia penale, ovvero di garanzia dei diritti dell'individuo dai rapporti privati di forza e dagli abusi del potere pubblico, così come che risultino inutili rispetto alle istanze efficientiste sul bene comune, laddove la gratuità e l'occasionalità delle prestazioni lavorative all'interno di progetti sociali non assicurano né la dignità del lavoratore e un suo reale inserimento nel mondo del lavoro produttivo né il vantaggio alla società e un relativo apporto concreto alla gestione della cosa pubblica. Ciò che interessa è soltanto vedere riconfermata la funzione espressiva o simbolica di censura e di degradazione sociale. Sempre di pena utile si può continuare a discutere, ma in un'accezione che non ha niente a che fare con il cambiamento della persona e il miglioramento della società. Ancora di lavoro penitenziario si vuole proseguire a parlare, ma in una versione che non presenta alcuna affinità sostanziale con i diversi percorsi reali della rieducazione, tanto che per il nostro legislatore la partecipazione a progetti di pubblica utilità deve svolgersi con modalità che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute dei condannati e degli internati (v. art. 20-ter, c. 4, o.p.).

Così dai primi anni del secondo millennio anche nel nostro ordinamento penale si sono diffuse le ipotesi normative di *lavoro di pubblica utilità*, da prima solo come forma sanzionatoria in fase processuale, di recente anche quale modalità esecutiva in *ambito penitenziario*.

Oggi i detenuti e gli internati possono chiedere di essere ammessi a prestare la propria attività a titolo volontario e gratuito nell'ambito di progetti di utilità sociale, tenendo conto anche delle specifiche professionalità e attitudini lavorative (v. art. 20-ter, c. 1, o.p.). La partecipazione ai progetti può consistere in attività, da svolgersi a favore di amministrazioni pubbliche, enti od organizzazioni di assistenza sociale, sanitaria e di

volontariato sulla base di apposite convenzioni, che possono svolgersi anche all'interno degli istituti penitenziari e non possono in alcun caso avere ad oggetto la gestione o l'esecuzione dei servizi di istituto (v. art. 20-ter, c. 2, o.p.), ma che possono essere organizzate dall'amministrazione penitenziaria anche affidando la direzione tecnica a persone estranee all'amministrazione (v. art. 20-ter, c. 3, o.p.). I detenuti e gli internati per il delitto di associazione per delinquere di tipo mafioso, e per i delitti commessi avvalendosi delle stesse condizioni ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso anche straniere, non possono essere assegnati a prestare la propria attività all'esterno dell'istituto; se si tratta di detenuti e internati per taluno dei delitti indicati nell'art. 4-bis, c. 1, 1-ter e 1-quater, o.p., diversi da quelli sopra indicati, ai fini dell'approvazione dell'ammissione al lavoro di pubblica utilità svolto all'esterno il magistrato di sorveglianza tiene prioritariamente conto delle esigenze di prevenire il pericolo di commissione di altri reati, della natura del reato commesso, della condotta tenuta, nonché del significativo rapporto tra la pena espiata e la pena residua (v. art. 20-ter, c. 6, o.p.).

CAPITOLO IV

MISURE PENITENZIARIE

Introduzione

La *misura penitenziaria* è un concetto sostanzialmente ibrido, che rinvia ai diversi istituti giuridici che incidono sulla fase esecutiva delle pene o delle misure di sicurezza di tipo detentivo nei confronti della generalità dei condannati o degli internati, a prescindere dalla specifica collocazione nel sistema delle fonti e delle discipline in materia penale.

A seguire sono trattate in primo luogo le *misure alternative* alla detenzione, in cui vengono ricomprese non solo quelle contenute nell'apposito capo dell'ordinamento penitenziario, cioè l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare e la semilibertà, ma anche l'istituto della liberazione condizionale, che pur essendo previsto nel codice penale già da prima dell'introduzione della riforma penitenziaria va assimilato comunque alle misure alternative, come altresì la figura della liberazione anticipata, che pur inserita nello stesso capo delle misure alternative si caratterizza piuttosto come una sorta di strumento al servizio delle vere e proprie alternative. In secondo luogo vengono esaminati gli *istituti trattamentali*, che comprendono i permessi, le licenze e la remissione del debito, che partecipano dal versante dell'umanizzazione e della premialità alla logica della risocializzazione che ispira l'ordinamento penitenziario. In terzo luogo si analizzano le *situazioni derogatorie*, che si riferiscono alle differenti previsioni che modificano gli ordinari requisiti oggettivi o soggettivi sull'applicabilità delle misure alternative e degli altri istituti giuridici in fase esecutiva. In quarto luogo sono

illustrate le *vicende esecutive*, che attengono alle prescrizioni normative sulla prosecuzione, la sospensione o la cessazione delle misure alternative in ragione di nuovi titoli o comportamenti successivi alla loro applicazione. In quinto e ultimo luogo vengono esposti i *provvedimenti sospensivi*, che vanno dal meccanismo procedurale di esecuzione delle pene detentive, previsto nel codice di procedura penale, ai due istituti sostanziali del rinvio dell'esecuzione delle pene e delle misure di sicurezza e del differimento o sospensione per infermità psichica sopravvenuta del condannato, inseriti nel codice penale, che nel loro insieme regolano le modalità esecutive dei provvedimenti privativi della libertà personale in condizioni ordinarie o particolari, che a vario titolo interagiscono con le misure alternative e gli altri istituti giuridici dell'esecuzione penitenziaria.

SEZIONE A. LE MISURE ALTERNATIVE

1. L'affidamento in prova al servizio sociale

(V. artt. 47 o.p. e 96-98 r.p.)

1.1. I lineamenti

L'*affidamento in prova al servizio sociale* consiste nella misura con la quale il condannato è affidato al servizio sociale, fuori dall'istituto penitenziario e lungo un periodo uguale a quello della pena da scontare, per contribuire alla sua rieducazione e prevenire la sua recidiva (v. art. 47, c. 1 e 2, o.p.).

L'affidamento rappresenta un'alternativa radicale al momento detentivo, che fa venire meno ogni rapporto della persona ristretta con l'istituzione carceraria e concretizza in modo pieno lo scopo risocializzante attribuito alla pena.

L'istituto italiano dell'affidamento deriva dal *probation* di matrice anglosassone, da cui peraltro diverge per la sua natura esecutiva o penitenziaria, in quanto si applica nei soli confronti di condannati definitivi ed è privo del requisito dell'astensione dalla condanna. Al *probation* anglosassone, di natura giudiziaria o processuale, fanno riferimento le due forme di *sospensione del procedimento con messa*

alla prova che sono state previste nell'ordinamento italiano prima per imputati minorenni (v. artt. 28-29 p.p.min., e 27 att.p.p.min.), oggi anche per quelli adulti (v. artt. 168-bis-168-quater c.p., 464-bis-464-novies c.p.p., e 141-bis-141-ter att.c.p.p.).

A proposito della *natura* giuridica dell'affidamento, si confrontano tesi diverse. Da un lato, vi è chi propende per la natura di vera e propria sanzione penale dell'istituto, sebbene alternativa a quella detentiva. Da un altro lato, vi è chi lo considera quale misura sospensiva della pena, pertanto alternativa alla stessa in senso integrale. In merito a tale questione è quindi intervenuta la Corte costituzionale (sent. 185/1985), che ha dedotto come "l'affidamento in prova al servizio sociale costituisca non una misura alternativa alla pena, ma una pena essa stessa, alternativa alla detenzione o, se si vuole, una modalità di esecuzione della pena, nel senso che viene sostituito a quello in istituto, il trattamento fuori dall'istituto, perché ritenuto idoneo, sulla base dell'osservazione, al raggiungimento delle finalità, di prevenzione e di emenda, proprie della pena" (*Cons. dir.*, pt. 5).

In concreto, però, la disciplina dell'istituto è stata stravolta, dall'introduzione al presente, da periodiche riforme legislative e da frequenti interventi giurisprudenziali, che ne hanno ridisegnato la struttura e l'azione, sicché vi è pure chi ne evidenzia oggi un prevalente scopo di deflazione carceraria.

La versione ordinaria dell'*affidamento*, introdotta con la riforma del 1975 e modificata da numerosi interventi successivi, è stata affiancata di recente dal cosiddetto *affidamento allargato*, aggiunto dall'art. 3, c. 1, lett. c, d.l. 146/2013, conv. con modd. dalla l. 10/2014, che presenta requisiti in parte differenti. Laddove non diversamente specificato, l'analisi viene condotta in comune per entrambe le tipologie.

1.2. I requisiti

Il primo *requisito oggettivo* per la concedibilità dell'istituto è costituito dall'esistenza di una pena detentiva inflitta non superiore a tre anni, per l'affidamento ordinario (v. art. 47, c. 1, o.p.), o quattro anni, per l'affidamento allargato (v. art. 47, c. 3-bis, o.p.).

L'enunciato "pena detentiva" non ha posto particolari problemi interpretativi, nel senso che sono valide sia la reclusione che l'arresto.

Per l'affidamento ordinario, l'espressione "pena detentiva inflitta" ha invece sollevato un acceso e prolungato dibattito, alimentato da dottrina, giurisprudenza (di sorveglianza, di legittimità e anche costituzionale) e infine legislatore. La discussione verteva sulla circostanza se con tale formulazione dovesse intendersi

la pena così come irrogata nella sentenza di condanna pronunciata dal giudice di cognizione (come era orientata nei primi tempi la giurisprudenza), oppure la pena che residua dall'eventuale applicazione di cause estintive della stessa, ovvero ancora la parte di pena che residua in capo all'interessato al momento della presentazione o della decisione sull'istanza per la concessione della misura e quindi detraendo dalla pena irrogata in sentenza la parte già scontata. La questione era di particolare rilievo, incidendo sulla stessa natura dell'istituto: se si intende tale requisito come riferito alla pena irrogata, la misura è applicabile solo alle pene detentive che in concreto conseguono a condanne per reati di minore gravità; se si concepisce il medesimo requisito con riferimento alla pena residua, la misura è estensibile anche alle pene detentive da eseguire per reati di media o elevata gravità. All'esito di tale confronto, dopo che la Consulta (sent. 386/1989) aveva dichiarato l'incostituzionalità della norma, nella parte in cui non prevedeva che nel computo delle pene, ai fini della determinazione del limite di pena, non si dovesse tener conto anche delle pene espiate, il legislatore ne ha fornito l'interpretazione autentica (v. art. 14-*bis*, d.l. 306/1992, nella conv. in l. 356/1992) nel senso che deve trattarsi della "pena da espia in concreto, tenuto conto anche dell'applicazione di eventuali cause estintive", così accreditando l'equivalenza tra "pena inflitta" e "pena residua", cioè quella che il condannato deve ancora scontare al momento della decisione sull'istanza di ammissione all'affidamento. Per l'affidamento allargato, il medesimo requisito è già formulato in modo esplicito con riferimento all'espiazione di una pena della detenzione "anche residua".

Si intende che la pena da scomputare è quella che non deve essere più eseguita per intervenute cause estintive, ovvero che è già espia, tanto in fase esecutiva che in forma preventiva di custodia cautelare o degli arresti domiciliari. Non è invece computabile l'eventuale periodo subito di ulteriori misure coercitive, quali l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, poiché per la determinazione della pena da eseguire la legge prevede solo il computo della custodia cautelare (cui l'art. 284, c. 5, c.p.p., equipara gli arresti domiciliari) e della misura di sicurezza detentiva provvisoria (v. art. 657, c. 1, c.p.p.), e oggi anche della messa alla prova dell'imputato adulto, in caso di revoca o di esito negativo (v. art. 657-*bis*, c.p.p.).

Un secondo gruppo di *requisiti oggettivi* per la fruibilità dell'affidamento è rappresentato dall'assenza di determinate situazioni derogatorie, che riferendosi pure ad altri istituti saranno esaminate più avanti in trattazioni unitarie [v. *postea*, parte II, capp. IV, sez. C, parr. 1 e 3, e V, sez. D, par. 1.2].

Il *requisito soggettivo* per l'applicabilità dell'istituto consiste nella valutazione che, anche attraverso le prescrizioni imposte, la misura contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati (v. art. 47, c. 2, o.p.). Per l'affidamento ordinario, il provvedimento è adottato sulla base dei risultati dell'osservazione della personalità, condotta collegialmente per almeno un mese in istituto, se l'interessato è recluso, e mediante l'intervento dell'ufficio di esecuzione penale esterna, se l'istanza è proposta da persona in libertà (v. art. 47, c. 2, o.p.), ovvero sempre senza procedere all'osservazione in istituto, quando dopo la commissione del reato il condannato ha serbato un comportamento tale da consentire il giudizio sopra indicato (v. art. 47, c. 3, o.p.). Per l'affidamento allargato, è richiesto che il condannato abbia serbato, quanto meno nell'anno precedente alla presentazione dell'istanza, in espiazione di pena o in esecuzione di misura cautelare o in stato di libertà, un comportamento tale da permettere la valutazione prima riportata (v. art. 47, c. 3-bis, o.p.).

Se nella configurazione del 1975 l'affidamento ordinario presupponeva un congruo periodo di osservazione del condannato all'interno dell'istituto di tre mesi, la disciplina del 1986 ne aveva ridotto la sua durata a un mese e altresì ne aveva consentito l'accesso senza alcuna osservazione a condizione di aver presofferto un periodo di custodia cautelare e di aver preventiva conoscenza dell'ordine di carcerazione al fine di anticiparne gli effetti. Se l'intervento della Consulta (sent. 569/1989) aveva già dichiarato l'illegittimità della norma, nella parte in cui non prevedeva che, anche indipendentemente dalla detenzione per espiazione di pena o per custodia cautelare, il condannato potesse essere ammesso all'affidamento laddove, in presenza delle altre condizioni, avesse serbato un comportamento tale da consentire il giudizio in questione, la disciplina del 1998 ha poi ridisegnato l'accesso alle misure alternative dallo stato libero, sancendo in via definitiva la concedibilità dell'affidamento senza l'osservazione in istituto ed escludendo tra l'altro la sospensione dell'esecuzione nei confronti di coloro che per il fatto oggetto della condanna da eseguire si trovano in custodia cautelare in carcere nel momento in cui la sentenza diviene definitiva. La novella del 2013 ha infine introdotto per l'affidamento allargato un comune intervallo temporale di almeno un anno cui parametrare la valutazione in esame, riconfermando come possibili condizioni soggettive del richiedente ai fini di tale giudizio l'esecuzione di pena o di misura cautelare ovvero lo stato di libertà.

L'originaria centralità della concessione mediante l'osservazione in istituto appare oggi superata dal confermato favore dell'ordinamento verso la concedibilità

senza assaggio di pena. Riguardo la modalità concessiva dallo stato detentiva, va evidenziato che risulta oramai residuale, poiché riguarda soprattutto i condannati a pene detentive medio-lunghe, cui resta da scontare una pena detentiva non superiore a quattro anni. Rispetto alla concessione dalla libertà, occorre considerare su quali indici valutativi la magistratura di sorveglianza dovrà parametrare la decisione, posto che non potrà avvalersi dell'osservazione della personalità del reo, riservata al condannato detenuto. In giurisprudenza si è ritenuto che a tal fine possano essere acquisite le informazioni dell'autorità di pubblica sicurezza, in ordine al comportamento serbato in libertà dall'interessato, ovvero le risultanze del servizio sociale e delle forze di polizia, in relazione alla vigilanza del condannato. In generale, se la magistratura di sorveglianza potrà disporre tutte le indagini che riterrà opportune, al fine di ricavare degli esaurienti elementi di giudizio, l'indeterminatezza in merito alla valutazione del comportamento della persona in libertà comporterà nei fatti una maggiore attenzione ai dati sui precedenti penali e giudiziali del reo, nonché sui suoi carichi pendenti, in quanto sarà la concreta disponibilità della carriera criminale dell'istante ad illuminare la sua attuale pericolosità.

La normativa è chiara nell'indicare che il provvedimento di affidamento contribuisca alla rieducazione dell'affidato, senza pretendere una prognosi di avvenuta rieducazione del destinatario. La rieducazione del reo costituisce la finalità della misura, non il suo presupposto. La giurisprudenza è prevalentemente orientata nel senso che il presupposto per la concessione dell'affidamento sia la fronteggiabilità della residua pericolosità sociale del reo attraverso gli strumenti coesenziali della misura, in particolare le prescrizioni. Si è esclusa la necessità che il condannato abbia compiuto una piena revisione critica del proprio passato e si sia sicuramente ravveduto, in quanto la misura in questione è caratterizzata da una logica di messa alla prova.

In dottrina si è peraltro rilevato che la possibilità di svolgere un'attività lavorativa al di fuori del carcere non è previsto dalla normativa quale ulteriore presupposto di concedibilità dell'istituto. In giurisprudenza, pur sottolineando l'estrema utilità di un lavoro serio e garantito in ragione dell'effetto rieducativo a esso riconosciuto, si è comunque escluso che la mancanza di un'attività lavorativa stabile possa costituire un elemento ostativo all'ammissione del condannato alla misura dell'affidamento. In concreto, occorre riconoscere che la possibilità di svolgere un'attività lavorativa esplica una positiva incidenza sul giudizio prognostico effettuato dalla magistratura di sorveglianza, laddove una sua eventuale mancanza comporta, se non proprio il

rigetto dell'istanza, quanto meno una maggiore afflittività delle prescrizioni dettate all'atto dell'affidamento. Se a questo si aggiunge che la concedibilità dell'affidamento, per la stessa natura della misura, presuppone di fatto la necessità di una stabile residenza del richiedente, non è difficile comprendere le difficoltà che i condannati senza fissa dimora, nomadi e stranieri incontrano nella sua concessione. In proposito, va ricordato che secondo la Corte costituzionale (sent. 78/2007) è costituzionalmente illegittimo l'istituto dell'affidamento (come quello della semilibertà), ove interpretato nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l'accesso alla misura.

La dottrina ha inoltre sostenuto che la cerchia dei potenziali destinatari della misura andrebbe ristretta alle persone che hanno commesso il reato in una situazione di emarginazione sociale, riconducibile al prevalere di fattori ambientali sfavorevoli, che hanno giocato un ruolo negativo nel processo di adattamento, mentre solleverebbe perplessità la sua concessione ai rei che la criminologia definisce colletti bianchi. La giurisprudenza di sorveglianza ha parzialmente seguito tale approccio dottrinale: per un verso, nel ritenere la misura concedibile in via di principio anche alla criminalità dei potenti, ne ha subordinato l'ammissione in via di fatto a ulteriori requisiti non previsti dalla normativa, quali il decorso di un notevole intervallo di tempo dalla commissione di reato, l'avvenuto risarcimento del danno e, soprattutto, un chiaro atteggiamento di resipiscenza del reo rispetto ai fatti di reato commessi; per altro verso, la concessione dell'affidamento al colletto bianco è stata ritenuta ammissibile attraverso una rilettura degli scopi dell'istituto, che da misura essenzialmente special-preventiva è diventata principalmente riparatoria dei danni sociali patiti dalla collettività, ovvero mediante l'imposizione di prescrizioni indirizzate ad attività lavorative di pubblica utilità, in forma di volontariato non retribuito né rimborsato, dall'opinione pubblica ben più apprezzabile della mera detenzione. La giurisprudenza di legittimità non ha accolto tali approdi dottrinali e giurisprudenziali, in quanto specificando che ogni reato, in quanto violazione della legge penale, è espressione di disagio e di disadattamento sociale, ha ritenuto che pure i colletti bianchi possano essere destinatari della rieducazione, quanto meno alla legalità, cui l'ammissione all'affidamento è preordinata, senza che debbano essere richiesti requisiti diversi e ulteriori, rispetto a quelli previsti per gli altri condannati.

1.3. L'applicazione

L'istanza di *applicazione* dell'affidamento è proposta al tribunale di sorveglianza, che ha la *competenza* decisionale in merito. Quando sussiste un grave pregiudizio, derivante dalla protrazione dello stato detentivo, l'istanza può essere proposta al magistrato di sorveglianza, che se sono offerte concrete indicazioni in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'ammissione all'affidamento e al grave pregiudizio derivante dalla protrazione della detenzione, senza che vi sia pericolo di fuga, dispone la liberazione del condannato e l'*applicazione provvisoria* dell'affidamento. L'ordinanza del magistrato conserva efficacia sino alla decisione del tribunale (v. art. 47, c. 4, o.p.).

Occorre solo annotare che i presupposti che vengono in rilievo sono quelli tipici dei casi in cui vi sia un intervento del giudice in via cautelare, cioè rispettivamente il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*, cui qui si aggiunge lo specifico requisito dell'assenza del pericolo di fuga.

1.4. I contenuti

All'atto dell'affidamento è redatto il *verbale*, in cui sono riportate le *prescrizioni* stabilite dal tribunale di sorveglianza, o in via provvisoria dal magistrato di sorveglianza, che il soggetto dovrà seguire in ordine ai suoi rapporti con il servizio sociale, alla dimora, alla libertà di locomozione, al divieto di frequentare determinati locali e al lavoro (v. art. 47, c. 5, o.p.). Con lo stesso provvedimento può essere disposto che, durante tutto o parte del periodo di affidamento, il condannato non soggiorni in uno o più comuni, o soggiorni in un comune determinato, e in particolare sono stabilite le prescrizioni che impediscano all'affidato di svolgere attività o di avere rapporti personali che possono portare al compimento di altri reati (v. art. 47, c. 6, o.p.). Nel medesimo verbale deve anche stabilirsi che l'affidato si adoperi in quanto possibile in favore della vittima e che adempia in modo puntuale agli obblighi di assistenza familiare (v. art. 47, c. 7, o.p.).

Le prescrizioni costituiscono le regole di condotta che vengono impartite all'affidato e rappresentano il contenuto del trattamento alternativo che viene a sostituirsi all'esecuzione della condanna in forma detentiva. La mancata specificazione di quale debba essere in concreto il contenuto delle prescrizioni pone in questione la loro legalità

costituzionale, in particolare sul piano della provenienza, della determinatezza e della ragionevolezza delle stesse. Tale difetto viene solo parzialmente compensato dalla giurisdizionalizzazione del procedimento dell'affidamento, mediante la previsione del verbale contenente le prescrizioni impartite. In concreto si registra la tendenza verso prescrizioni sostanzialmente standardizzate e a contenuto prevalentemente impositivo, che nella generalità dei casi trascurano l'imposizione di solidarietà sociale nei confronti della vittima.

1.5. *L'esecuzione*

L'ordinanza di affidamento ha *efficacia* nel momento in cui l'interessato sottoscrive il verbale, con l'impegno a rispettarne le prescrizioni (v. artt. 47, c. 5, o.p., e 97, c. 3, r.p.). Nel corso dell'affidamento le *prescrizioni* possono essere oggetto di *modifiche* da parte del magistrato di sorveglianza, mentre nei casi di urgenza il direttore dell'ufficio di esecuzione penale esterna (U.E.P.E.) può autorizzare delle *deroghe temporanee* alle prescrizioni, di cui dà immediata comunicazione al magistrato di sorveglianza e ne riferisce nella relazione periodica sul comportamento dell'affidato (v. artt. 47, c. 8, e 69, c. 7, o.p.). Il *servizio sociale* (ufficio di esecuzione penale esterna) controlla la condotta dell'affidato, lo aiuta a superare le difficoltà di adattamento alla vita sociale, anche mettendosi in relazione con la sua famiglia e con gli altri suoi ambienti di vita, e riferisce periodicamente al magistrato di sorveglianza sul suo comportamento (v. art. 47, c. 9 e 10, o.p.). All'affidato che abbia dato prova, nel periodo di affidamento, di un suo concreto recupero sociale, desumibile da comportamenti rivelatori del positivo evolversi della propria personalità, possono essere concesse le *detrazioni di pena* previste dall'istituto della liberazione anticipata (v. art. 47, c. 12-bis, o.p.).

1.6. *La revoca*

L'*affidamento* è soggetto a *revoca* da parte del tribunale di sorveglianza, qualora il comportamento dell'affidato, contrario alla legge o alle prescrizioni dettate, appaia incompatibile con la prosecuzione della prova (v. art. 47, c. 11, o.p.). Comporta la *revoca* delle *detrazioni*, concesse durante l'affidamento, la condanna per delitto non colposo, commesso nel corso dell'esecuzione, successivamente alla concessione dell'istituto (v. art. 47, c. 12-bis, o.p.).

Va rilevato come, al fine della revoca dell'affidamento, non sia sufficiente la commissione, da parte dell'affidato, di una singola infrazione, anche significativamente grave, alle prescrizioni dell'affidamento, ovvero la violazione, pure giudizialmente accertata, di una disposizione di legge, in quanto occorre che esse siano espressione di un atteggiamento complessivo negativo, tale da dimostrare la mancanza di una risposta positiva al trattamento. Di conseguenza spetta alla discrezionalità del tribunale valutare, caso per caso, se le inadempienze siano di tale entità da risultare effettivamente incompatibili con la prosecuzione della prova. Si precisa che dalla violazione delle prescrizioni può discendere la revoca dell'affidamento, ma non la configurabilità di un reato, in quanto l'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità (art. 650 c.p.) è disciplinata quale norma penale in bianco a carattere sussidiario, che si riferisce alle sole ipotesi che nell'ordinamento non trovino altra specifica sanzione, anche di natura amministrativa o processuale.

Problema assai rilevante ha interessato la computabilità del tempo trascorso in affidamento, sino al verificarsi delle condizioni che ne compromettono l'esecuzione, come periodo di pena espiata. Se la revoca dell'affidamento è *indipendente* dal comportamento dell'affidato, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della norma, dapprima nella parte in cui non prevede che valga come pena espiata il periodo trascorso in affidamento, in caso di annullamento del provvedimento di ammissione (sent. 185/1985), dopodiché nella parte in cui non prevede che valga come espiazione di pena il periodo di affidamento, nel caso di revoca del provvedimento di ammissione per motivi non dipendenti dall'esito negativo della prova (sent. 312/1985). Ad esempio, ci si riferisce al caso della sopravvenienza di nuovi titoli di privazione della libertà, che comportano il superamento del limite di pena da espiare, così facendo venire meno il presupposto di applicazione della misura (v. art. 51-*bis* o.p.). Se invece l'affidamento è revocato in *conseguenza* del comportamento dell'affidato, la Consulta ha stabilito l'illegittimità costituzionale della norma, nella parte in cui, in caso di revoca del provvedimento di ammissione all'affidamento per comportamento incompatibile con la prosecuzione della prova, non consente al tribunale di determinare la residua pena detentiva da espiare, tenuto conto della durata delle limitazioni patite dal condannato e del suo comportamento durante il trascorso periodo di affidamento (sent. 343/1987). Di conseguenza, una volta disposta la revoca dell'affidamento, al tribunale di sorveglianza è attribuito un ampio potere discrezionale, poiché dovrà determinare la durata della residua pena da espiare, sulla base del comportamento complessivo dell'affidato e delle restrizioni dallo stesso in concreto subite durante il periodo di

affidamento. Va osservato come si tratti del caso più rilevante di possibile allungamento della pena da espiare, in cui nonostante secondo la dottrina maggioritaria e la stessa giurisprudenza costituzionale l'affidamento sia considerato una pena limitativa della libertà personale, potrà verificarsi una forma di restrizione della libertà personale di durata superiore rispetto a quanto stabilito nella sentenza di condanna che è stata eseguita, in palese contrasto con la previsione della Carta fondamentale (v. art. 13, c. 2, Cost.), che viceversa la Consulta ritiene fondata sul comportamento inosservante della persona interessata e sul mancato raggiungimento del risultato risocializzante.

1.7. L'esito

Se l'esito del periodo di prova è *positivo*, il tribunale di sorveglianza dichiara estinta la pena e ogni altro effetto penale (v. artt. 47, c. 12, o.p., 236, c. 1, d.c.c.p.p.). Qualora l'interessato si trovi in condizioni economiche disagiate, può essere dichiarata estinta anche la pena pecuniaria che non sia stata già riscossa (v. art. 47, c. 12, o.p.).

Va subito osservato che, a differenza di quella detentiva, l'estinzione della pena pecuniaria può avvenire solo in presenza di disagio economico del reo e mediante una decisione discrezionale in merito del tribunale, mentre nella giurisprudenza di legittimità è ancora controverso se debba altresì ritenersi che, all'accertamento della positività dell'esito della misura, altrettanto direttamente si estinguano anche le pene accessorie, che conseguono alla condanna come effetti penali, invece è concordemente esclusa la cancellazione dell'iscrizione della condanna nel casellario giudiziale, che è oggetto di autonoma e diversa disciplina.

Questione assai dibattuta ha riguardato il significato da attribuirsi all'espressione "esito positivo" del periodo di prova. Un primo indirizzo ha ritenuto che si abbia esito positivo tutte le volte in cui non intervenga un provvedimento di revoca. Per un diverso orientamento l'esito positivo è invece legato alla verifica da parte del tribunale in merito all'avvenuta rieducazione del reo, in modo indipendente dalla conclusione della prova senza l'intervento della revoca. Seguendo tale ultima soluzione interpretativa, sarà possibile dedurre elementi valutativi sull'esito della prova anche da comportamenti successivi alla cessazione della misura, comunque antecedenti al definitivo pronunciamento del tribunale in proposito.

2. La detenzione domiciliare

(V. artt. 47-ter, 47-quinquies e 47-sexies o.p., 1 l. 199/2010 e 385 c.p.)

2.1. I lineamenti

La *detenzione domiciliare* consiste nell'espiazione della pena detentiva nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo (pubblico o privato) di cura, assistenza o accoglienza, ovvero in casa famiglia protetta, ovvero presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri (v. artt. 47-ter, c. 1, e 47-quinquies, c. 1 e 1-bis, o.p., 1, c. 1, l. 199/2010). Il detenuto domiciliare non è sottoposto al regime penitenziario previsto dall'ordinamento e dal relativo regolamento, e per il suo mantenimento, la sua cura e la sua assistenza medica non grava nessun onere sull'amministrazione penitenziaria (v. artt. 47-ter, c. 5, o.p., 47-quinquies, c. 2, o.p., e 1, c. 8, l. 199/2010).

La misura in esame è stata introdotta nell'ordinamento penitenziario dalla l. 663/1986, alla quale sono seguiti altri interventi rilevanti, che ne hanno modificato i connotati e a cui hanno aggiunto delle nuove tipologie, secondo ragioni e criteri differenti.

In merito alla *natura* giuridica dell'istituto, la detenzione domiciliare, sebbene sia inserita formalmente tra le misure alternative alla detenzione, si caratterizza sostanzialmente per la carenza di qualsiasi finalità rieducativa, pertanto si configura propriamente come modalità alternativa di esecuzione della pena privativa di libertà. L'afflittività della misura domiciliare come pena è conseguenza del fatto che limita fortemente la libertà del destinatario e difetta concretamente di elementi capaci di determinare una valenza promozionale dei suoi comportamenti verso il reinserimento sociale. L'alternatività della modalità domiciliare al carcere va individuata nella circostanza della sua sostanziale autonomia rispetto all'organizzazione penitenziaria, sia dal punto di vista delle norme applicate che da quello delle risorse impiegate. L'insieme di tali caratteristiche dell'istituto è alla base del crescente favore che il legislatore ha mostrato nel tempo nei confronti di questa misura.

Nella prima configurazione del 1986 la detenzione domiciliare esprimeva una natura tipicamente umanitaria e assistenziale, come si ricavava dalle specifiche categorie di persone cui veniva appositamente destinata, sul presupposto che nei loro confronti la restrizione carceraria assumesse aspetti eccessivamente destrutturanti e desocializzanti (detenzione domiciliare ordinaria).

Gli interventi successivi hanno invece connotato la misura di nuovi e diversi scopi, non sempre coerentemente inquadrabili nel sistema penitenziario riformato. Ai tradizionali fini dell'istituto sono variamente ricollegabili infatti l'ampliamento dell'ambito di operatività delle ipotesi tradizionali (detenzione domiciliare ordinaria e detenzione domiciliare speciale) e la possibilità di disporre la detenzione domiciliare ai casi per i quali sarebbe applicabile il rinvio dell'esecuzione della pena (detenzione domiciliare umanitaria); in senso deflativo risultano esplicitamente rivolte invece la riscrittura del meccanismo esecutivo delle pene detentive con modalità alternative dallo stato di libertà che ha interessato anche la presente misura (detenzione domiciliare ordinaria), la previsione della forma della detenzione domiciliare in sostituzione all'affidamento non applicabile (detenzione domiciliare surrogatoria), di quella dedicata agli ultrasessantenni (detenzione domiciliare personalistica) e infine di quella diversamente denominata e progressivamente stabilizzata dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive (esecuzione domiciliare). In tali ultimi casi si tratta di ipotesi prive di sostanziali connotati trattamentali, la cui applicazione pressoché generalizzata o al più esclusa per talune ritagliate categorie di destinatari presunti pericolosi conferma l'intento del legislatore di utilizzarle quali strumenti di riduzione o anche prevenzione del problema del sovraffollamento carcerario, laddove appare viceversa arduo il tentativo di allineare l'istituto al precetto costituzionale sulle pene, sia pure con riferimento al solo canone dell'umanizzazione.

A seguire viene effettuato l'esame di tutte le tipologie di detenzione domiciliare della pena detentiva che sono presenti nel nostro ordinamento, secondo ciascuna delle categorie di analisi.

2.2. I requisiti

a) Detenzione domiciliare

a1) Detenzione domiciliare ordinaria (quadriennale)

La pena dell'arresto in ogni caso e quella della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, possono essere espiate nel domicilio, quando trattasi di (v. art. 47-ter, c. 1, o.p.):

- a) donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente;
- b) padre esercente la responsabilità genitoriale di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole;
- c) persona in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali;
- d) persona di età superiore a sessanta anni, se inabile anche parzialmente;
- e) persona minore di anni ventuno, per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia.

Quanto al *requisito oggettivo* della pena espiabile in detenzione domiciliare, per un verso oggi merita ormai solo un richiamo la circostanza che la riforma del 1998, specie con la modifica del 2013, abbia previsto la concedibilità di tale misura anche dallo stato di libertà, senza la necessità che l'istante si trovi comunque sottoposto all'esecuzione della pena detentiva così come indicata. Per altro verso, resta invece di parziale attualità la perplessità che pure questa misura risulti ricompresa tra i benefici penitenziari nei cui confronti opera l'ostatività stabilita dall'art. 4-*bis* o.p.: considerata la finalità prettamente umanitaria della presente misura, negarla ai condannati sulla base del tipo di reato commesso denuncia una scarsa coerenza sistematica, poiché impedisce la concessione della detenzione domiciliare ma non preclude il rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena che possono avere quali destinatari persone nelle medesime situazioni [v. *postea*, parte II, cap. IV, sez. D, par. 6], e una problematica tenuta costituzionale, laddove fa prevalere un'esigenza di difesa sociale e la tutela dell'ordine pubblico sugli altri principi di rilievo costituzionale protetti dalla detenzione domiciliare. La Corte costituzionale, come conseguenza derivata dalla decisione adottata con riferimento alla detenzione domiciliare speciale, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 4-*bis*, c. 1, o.p., nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari la misura della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-*ter*, c. 1, lett. a e b, o.p., ferma restando la condizione dell'insussistenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti (sent. 239/2014). Come appare evidente, è stato rimediato il problema relativo alla tutela della genitorialità e dell'infanzia, non quello della salute.

Per il requisito oggettivo di situazioni derogatorie sui benefici concedibili, si rinvia all'esame delle relative regolamentazioni comuni a diversi istituti [v. postea, parte II, capp. IV, sez. C, parr. 1 e 2, e V, sez. D, parr. 1.2 e 2.2].

Circa i *requisiti soggettivi* delle condizioni personali dei destinatari ammessi, va preliminarmente osservato che si tratta di persone nei cui confronti, già prima in fase processuale e ancora più in quella esecutiva, viene riservato un trattamento di favore in ragione del loro peculiare stato.

Con riguardo alle lett. a e b, è evidente che il legislatore abbia particolarmente considerato la tutela della genitorialità e dell'infanzia (v. artt. 29-31 Cost.), contemplata anche nel codice penale tra i casi di rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena rispettivamente per la donna incinta e la madre di figlio di età inferiore di anni uno o tre (v. artt. 146, co. 1, nn. 1 e 2, e 147, c. 1, n. 3, c.p.), ma soprattutto sulla scorta di un intervento della Corte costituzionale (sent. 215/1990), con cui era stata dichiarata l'incostituzionalità della norma in questione, nella parte in cui non prevedeva che la detenzione domiciliare potesse essere concessa, alle stesse condizioni della madre, anche al padre detenuto, qualora la madre fosse deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole. Peraltro, va rammentato che la Consulta (sent. 350/2003) ha altresì dichiarato l'illegittimità della norma, nella parte in cui non prevede la concessione della detenzione domiciliare anche nei confronti della madre condannata, e nei casi previsti del padre condannato, conviventi con un figlio portatore di handicap totalmente invalidante, in particolare censurando la norma per contrasto con il principio di ragionevolezza in quanto prevedeva un sistema rigido che preludeva la possibilità del giudice, ai fini della concessione della detenzione domiciliare per la tutela della disabilità, di valutare l'esistenza delle condizioni necessarie per un'effettiva assistenza psico-fisica da parte del genitore condannato nei confronti del figlio di qualsiasi età portatore di handicap accertato come totalmente invalidante (*Cons. dir.*, pt. 3.2).

A proposito delle lett. c e d, il riferimento è alla tutela della salute (v. art. 32 Cost.), già considerata dal codice penale in un'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena per chi si trova in condizioni di grave infermità fisica (v. art. 147, c. 2, c.p.) e nelle norme generali dell'ordinamento penitenziario col trasferimento in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura ove siano necessari cura o accertamenti diagnostici che non possono essere apprestati dai servizi sanitari degli istituti (v. art. 11, c. 2, o.p.); con specifica attenzione alla lett. c, la cui logica

risulta quella di consentire alla persona gravemente malata di espiare la pena in forma extracarceraria per l'inidoneità delle diagnosi o delle terapie approntate all'interno dell'istituto, è da ritenere che, sebbene in giurisprudenza si sia considerato sufficiente uno stato di alterazione della funzionalità psicofisica che renda l'espiazione inframuraria più afflittiva della norma, sia condizione necessaria ma non sufficiente per la concessione della misura una patologia in atto di indubbia gravità, in quanto dalla particolare gravità delle condizioni di salute deve discendere l'esigenza di costanti interazioni con strutture sanitarie all'esterno del penitenziario; con sguardo dedicato alla lett. d, è opportuno segnalare che l'età prestabilita, peraltro non particolarmente avanzata, assume rilievo solo se accompagnata alla comunque apprezzabile incapacità psicofisica, senza però la necessità che tali condizioni disagiate richiedano particolari contatti frequenti coi presidi sanitari territoriali.

In merito alla lett. e, vi si può scorgere un'attenzione del tutto particolare che il legislatore rivolge nei confronti del minore di ventuno anni, in quanto le esigenze che ne legittimano l'accesso all'istituto rinviando in sostanza a ogni aspetto della vita, dalla salute alla famiglia passando per lo studio e il lavoro, tanto che si può ipotizzare che la motivazione sottesa alla loro ammissione alla misura sia legata anche a finalità special-preventive, che invece difettano negli altri casi, di conseguenza pare potersi desumere che, salvi i limiti oggettivi e le condizioni ostative rispetto alla presente misura, il minore degli anni ventuno, che non goda già del più favorevole affidamento, possa sempre accedere alla detenzione domiciliare.

a2) Detenzione domiciliare surrogatoria (affidamento in prova al servizio sociale, biennale)

Indipendentemente dalle condizioni della detenzione domiciliare ordinaria, quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale e con esclusione dei condannati per i reati di cui all'art. 4-bis o.p., l'espiazione della pena detentiva inflitta non superiore a due anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, può avvenire presso il domicilio, sempre che tale misura sia idonea a evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati (art. 47-ter, c. 1-bis, o.p.).

In generale, tale forma di detenzione domiciliare rappresenta una misura nei cui confronti non è dato ravvisare né il contenuto rieducativo di natura obbligatoria secondo la disciplina costituzionale, né uno specifico temperamento con altri interessi di rilievo costituzionale, di modo che finisce per qualificarsi per uno

scopo prevalentemente o addirittura esclusivamente deflattivo, che si esaurisce nell'obiettivo di calmierare il sovraffollamento carcerario. Tuttavia, nel tentativo di ricercare ulteriori motivazioni all'istituto introdotto, per il caso dell'applicazione dallo stato di libertà si può pensare che la detenzione domiciliare surrogatoria sia destinata a evitare ai condannati a pene detentive brevi, che non possono usufruire dell'affidamento, il contatto negativo con l'ambiente carcerario, laddove per il caso dell'applicazione dallo stato di detenzione, intervenendo nella sola fase finale dell'esecuzione, parrebbe iscritta nel solco della graduazione del reinserimento del reo nella società libera, attraverso una modalità extracarceraria peraltro caratterizzata da forti restrizioni alla libertà e sottoposta a rigidi controlli nell'esecuzione.

In concreto, il presupposto negativo della non concedibilità dell'affidamento pare ricollegarsi a una prognosi infausta sulla rieducabilità del condannato, sicché risulta difficile la comprensione del significato dell'altro requisito negativo richiesto per la misura in esame di un giudizio prognostico circoscritto all'idoneità a fronteggiare il pericolo che il domiciliato commetta altri reati. Gli sforzi interpretativi per rimediare a tale indeterminatezza e ricondurre l'istituto in oggetto al sistema della gradualità delle misure alternative danno luogo a uno svilimento del suo contenuto e ne delineano un'esecuzione alternativa alla pena detentiva che consiste in un mero soggiorno in abitazione privo di qualsiasi senso di espiazione e di socialità, laddove si possa ritenere che il destinatario non commetterà altri reati proprio in ragione del luogo alternativo al carcere in cui sconta la pena.

a3) Detenzione domiciliare umanitaria (rinvio dell'esecuzione della pena)

Quando potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena, anche se la pena supera il limite previsto per la detenzione domiciliare ordinaria, si può applicare la detenzione domiciliare, stabilendo un termine di durata, che può essere prorogato. Durante l'esecuzione della detenzione domiciliare, prosegue l'esecuzione della pena (v. art. 47-ter, c. 1-ter, o.p.).

In via generale, il possibile ricorso alla detenzione domiciliare in luogo del rinvio dell'esecuzione si può ritenere abbia inteso rimediare ai precedenti problemi di ordine sistematico e applicativo, derivanti dalla sostanziale omogeneità tra le condizioni soggettive che rendono fruibili entrambi gli istituti, gravando sugli interpreti le difficili scelte di privilegiare di volta in volta la concessione di una misura

o dell'altra. Per altro, non è considerabile estranea alla creazione di questa particolare tipologia di detenzione domiciliare la volontà di riaffermare la piena operatività del principio di indefettibilità della sanzione penale, che così nel carcere o nel domicilio va comunque scontata, per contro la sospensione dell'esecuzione della pena finisce relegata a un ruolo marginale e residuale.

A livello concreto, la disciplina in oggetto mantiene in capo alla magistratura di sorveglianza un tale margine di apprezzamento nella decisione di caso sulla misura da adottare che risulta difficile qualificare come discrezionale, dal momento che il legislatore non offre in concreto nessun principio o criterio sotto la cui guida effettuale tale scelta. Gli unici riferimenti normativi offerti sono che l'applicazione della detenzione domiciliare umanitaria è possibile senza alcun limite temporale di pena da scontare, salvo che di tale applicazione deve essere stabilito un termine di durata, che comunque può venire prorogato senza altro vincolo di numero e di durata. Di conseguenza, nei confronti di un potenziale destinatario del rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena, a prescindere dall'entità della stessa, potrà essere applicata, in luogo del differimento esecutivo, la detenzione domiciliare (salvo si rientri nel divieto di concessione di benefici di cui all'art. 4-*bis* o.p., che è disciplina che si applica alla detenzione domiciliare ma non al rinvio dell'esecuzione della pena) [v. *postea*, parte II, cap. V, sez. D, par. 1.2].

Di impatto sistemico, peraltro, è risultata una recente pronuncia della Corte costituzionale (sent. 99/2019), che ha dichiarato illegittima la norma in esame, nella parte che non prevede l'applicazione della detenzione domiciliare anche alle ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta durante l'esecuzione della pena, per contrasto con gli artt. 2, 3, 27, c. 3, 32 e 117, c. 1, Cost. Nel ricostruire l'assetto normativo vigente, in cui un detenuto affetto da grave infermità psichica sopravvenuta con un residuo di pena superiore ai quattro anni non ha accesso ad alcuna forma di esecuzione della pena alternativa alla detenzione in carcere, la Corte ha innanzitutto affermato che la norma sull'infermità psichica sopravvenuta al condannato (art. 148, c. 1, c.p.) è divenuta inapplicabile, perché superata da riforme legislative che, pur senza disporne l'espressa abrogazione, l'avevano svuotata di contenuto precettivo, riflettendo un cambiamento di paradigma culturale e scientifico nel trattamento della salute mentale, riassunto nel passaggio dalla custodia alla terapia (per cui ha richiamato in tal senso anche un recente parere del Comitato nazionale per la bioetica) (*Cons. dir.*, pt. 3.1). La Consulta ha inoltre aggiunto che il lungo e faticoso processo riformatore che aveva dato vita al fondamentale risultato della chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari

non è stato completato con previsioni adeguate alla situazione dei detenuti con gravi malattie psichiche sopravvenute, che qualora avessero un residuo di pena superiore ai quattro anni non avevano accesso né alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza né ad altre misure alternative alla detenzione, poiché era rimasta incompiuta quella parte della delega legislativa (l. 103/2017) relativa ai detenuti malati psichici, volta a garantire loro adeguati trattamenti terapeutici e riabilitativi, oltre che attraverso la creazione di nuove strutture sanitarie interne al carcere, anche mediante misure alternative alla detenzione (*Cons. dir.*, pt. 3.2). Dopo aver infine escluso che i detenuti nelle predette condizioni possano aver accesso alla detenzione domiciliare c.d. ordinaria (art. 47-ter, c. 1, lett. c), o.p.), possa essere loro applicato il rinvio obbligatorio della esecuzione della pena (art. 146, c. 1, n. 3), c.p.), ovvero possano beneficiare del rinvio facoltativo della esecuzione della pena (art. 147, c. 1, n. 2), c.p.) (*Cons. dir.*, pt. 3.3), la Corte ha sentenziato che la mancanza di qualsiasi alternativa al carcere per i detenuti affetti da grave malattia psichica sopravvenuta viola i principi costituzionali sul diritto alla salute e sull'umanità delle pene (per cui ha rinviato nello stesso senso pure alla concorde giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo) (*Cons. dir.*, pt. 4), sostenendo che la misura alternativa della detenzione domiciliare umanitaria o derogatoria si presta allo stato attuale a colmare le carenze individuate, in quanto secondo il disegno del legislatore e il margine del giudice può essere modellata in modo tale da salvaguardare insieme il fondamentale diritto alla salute del detenuto, qualora sia incompatibile con la permanenza in carcere, e le esigenze di difesa della collettività, che deve essere protetta dalla potenziale pericolosità di alcuni tipi di patologia psichiatrica, così differendo dalla semplice scarcerazione che consegue al rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena e dal mero ritorno a casa o alla libertà (*Cons. dir.*, pt. 5).

a4) Detenzione domiciliare personalistica (ultrasettantenne)

La pena della reclusione per qualunque reato, ad eccezione dei delitti codicistici contro la libertà individuale, di violenza sessuale, di atti sessuali con minorenne, di violenza sessuale di gruppo, e dei delitti previsti dall'art. 51, c. 3-bis, c.p.p. e dall'art. 4-bis o.p., purché il reo non sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza, né sia stato mai condannato con l'aggravante della recidiva, può essere espiata nel domicilio, quando trattasi di persona che, al momento o dopo l'inizio dell'esecuzione della pena, abbia compiuto i settant'anni di età (v. art. 47-ter, c. 01, o.p.).

Alla considerazione generale, questa ipotesi di detenzione domiciliare appare ispirata dalla stessa logica di quella ordinaria relativa all'ultrasessantenne, ma i suoi presupposti oggettivi e soggettivi ne smentiscono la destinazione alla tutela del medesimo bene della salute e ne svelano l'opposta natura di disciplina dai riferimenti individualistici.

All'esame concreto, l'età fissata in settant'anni viene assunta in modo assoluto quale presunzione di incompatibilità o inopportunità all'esecuzione carceraria delle pene della reclusione di qualunque entità o durata, salva la preclusione relativa alla commissione di determinati illeciti o all'attribuzione di talune qualifiche in capo all'istante. Tuttavia, tali requisiti risultano ridondanti o riduttivi rispetto alla gravità dei fatti pregressi, in quanto alcune condotte sono indicate più volte e altre più gravi non sono per nulla considerate, ovvero inconsistenti o inconferenti riguardo alla previsione dell'età di concessione, dato che tale presupposto non viene affiancato da alcun parametro rivolto a valutare lo stato di salute dell'interessato e a fronteggiare la sua pericolosità attuale.

b) Detenzione domiciliare speciale

Quando non ricorrono le condizioni della detenzione domiciliare ordinaria, le condannate madri di prole di età non superiore a dieci anni, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e se vi è la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli, al fine di provvedere alla loro cura e assistenza, possono essere ammesse a espiare la pena nel domicilio, dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena ovvero, nel caso di condanna all'ergastolo, di almeno quindici anni (v. art. 47-*quinquies*, c. 1, o.p.). Salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis* o.p., tale espiazione di almeno un terzo o quindici anni di pena può avvenire, al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli, presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri ovvero, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, nel domicilio; in caso di impossibilità di espiare la pena nel domicilio, la stessa può essere espiata in una casa famiglia protetta, ove istituite (v. art. 47-*quinquies*, c. 1-*bis*, o.p.). La detenzione domiciliare speciale può essere concessa, alle stesse condizioni previste per la madre, anche il padre detenuto, se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre (v. art. 47-*quinquies*, c. 7, o.p.). Al compimento del decimo anno di età del figlio, su domanda del condannato già ammesso alla detenzione domiciliare speciale, il tribunale di sorveglianza può disporre (v. art. 47-*quinquies*, c. 8, o.p.):

- a) la proroga della misura, se ricorrono i requisiti della semilibertà ordinaria;
- b) l'ammissione all'assistenza all'esterno dei figli minori, tenuto conto del comportamento dell'interessato nel corso della misura, desunto dalle relazioni redatte dal servizio sociale, nonché della durata della misura e dell'entità della pena residua.

Questa versione di detenzione domiciliare complementare a quella ordinaria, che integra la tutela della genitorialità e dell'infanzia nei casi in cui la detenzione domiciliare ordinaria non sia applicabile, presenta come *requisiti oggettivi* l'aver scontato un determinato periodo di pena detentiva, oltre alla non sussistenza di un concreto pericolo di recidiva, e quali *requisiti soggettivi* la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli, al fine di provvedere alla loro cura e accoglienza. In proposito, va dapprima evidenziato che la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo dapprima l'art. 4-*bis*, c. 1, o.p., nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari la misura della detenzione domiciliare speciale, oltretutto consequenzialmente la detenzione domiciliare ordinaria relativa alle lett. a e b del c. 1 dell'art. 47-*ter* o.p. (sent. 239/2014), dopodiché l'art. 47-*quinquies*, c. 1-*bis*, o.p., limitatamente alle parole “salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis* o.p.” (sent. 76/2017). Il portato di tali interventi è l'applicabilità della detenzione domiciliare ordinaria e speciale, anche per la parte di pena da espiare per accedervi, senza preclusioni riguardo il tipo di reato commesso o la riconosciuta collaborazione con la giustizia, in ragione della valorizzazione del presupposto negativo dell'assenza del concreto pericolo di recidiva, che consente il superamento della presunzione legislativa di pericolosità in favore della valutazione giudiziale di affidabilità, così ripristinando la prevalenza della tutela della genitorialità e dell'infanzia sulla difesa della società e della punizione. Va inoltre considerato che, al compimento del decimo anno di età del figlio, la detenzione domiciliare speciale, a differenza della versione ordinaria, può essere prorogata, se ricorrono i requisiti della semilibertà, ovvero sostituita, con l'istituto dell'assistenza all'esterno dei figli minori [v. *postea*, parte II, cap. V, sez. A, par. 2]. In aggiunta, va infine sottolineato che la Corte costituzionale (sent. 18/2020), seguendo gli argomenti sviluppati nella precedente pronuncia sulla detenzione domiciliare c.d. ordinaria (sent. 350/2003), ha altresì dichiarato illegittima la presente disciplina della misura alternativa della detenzione domiciliare speciale, per contrasto con gli artt. 3, cc. 1 e 2, e 31, c. 2, Cost., in merito alla mancata previsione della sua concessione alle condannate madri di figli affetti da handicap grave (art. 3, c. 3, l. 104/1992).

Ai sensi della l. 40/2001, la detenzione domiciliare speciale (insieme con il rinvio dell'esecuzione della pena e l'assistenza all'esterno dei figli minori) non si applica a coloro che sono stati dichiarati decaduti dalla responsabilità genitoriale (art. 6, c. 1) e, nel caso la decadenza intervenga nel corso dell'esecuzione della misura, viene immediatamente revocata (art. 6, c. 2); l'applicazione di uno di tali istituti, per il tempo della sua durata, determina la sospensione delle pene accessorie della decadenza e della sospensione dalla responsabilità genitoriale (art. 7); per superare l'evidente contraddizione tra i due articoli, deve intendersi che la pena accessoria applicabile è sospesa solo quando il reato viene compiuto non in danno dei minori.

c) Esecuzione domiciliare

La pena detentiva non superiore ai diciotto mesi, anche se costituente parte residua di maggior pena, è eseguita presso il domicilio (v. art. 1, c. 1, l. 199/2010). La detenzione presso il domicilio non è applicabile (v. art. 1, c. 2, l. 199/2010):

- a) ai condannati per taluno dei delitti indicati dall'art. 4-*bis* o.p.;
- b) ai delinquenti abituali, professionali o per tendenza;
- c) ai detenuti che sono sottoposti al regime di sorveglianza particolare, salvo che sia stato accolto il reclamo avverso tale provvedimento;
- d) quando vi è la concreta possibilità che il condannato possa darsi alla fuga, ovvero sussistono specifiche e motivate ragioni per ritenere che il condannato possa commettere altri delitti, ovvero quando non sussista l'idoneità e l'effettività del domicilio anche in funzione delle esigenze di tutela delle persone offese dal reato.

La *vigenza* di questo istituto era stata delimitata, all'atto della sua introduzione da parte della l. 199/2010, alla completa attuazione del piano straordinario penitenziario, nonché alla riforma della disciplina delle misure alternative alla detenzione, comunque non oltre il 31 dicembre 2013. Il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. con modd. dalla l. 10/2014, ha invece soppresso queste previsioni e ha pertanto decretato la permanenza dell'istituto nel nostro ordinamento.

La *disciplina* dei suoi presupposti evidenzia la compresenza di requisiti positivi e negativi in parte già conosciuti nell'ordinamento penitenziario, in parte invece originali del presente istituto, che vanno valutati alla luce della legislazione vigente, per comprenderne appieno la *ragione istitutiva* e lo *spazio applicativo*.

Il requisito oggettivo dei diciotto mesi di pena detentiva da scontare appare

infatti assorbito da quello dei due anni della detenzione domiciliare surrogatoria, tuttavia emergono invece differenti le altre previsioni applicative. Se la preclusione oggettiva della condanna per taluno dei delitti dell'art. 4-*bis* o.p. e quelle soggettive della concreta possibilità di fuga e del fondato pericolo della commissione di altri reati sono comuni con la detenzione domiciliare surrogatoria, così come quella oggettiva della dichiarazione di abitudine, professionalità e tendenza a delinquere con la detenzione domiciliare personalistica, è la questione della recidiva che rappresenta la cifra essenziale della disciplina giuridica di questo istituto rispetto alle altre forme di detenzione domiciliare. Sino alla novella del 2013, che ha soppresso la specifica preclusione della recidiva reiterata dal testo della detenzione domiciliare surrogatoria e ha lasciato la preclusione generale della recidiva nel contenuto della detenzione domiciliare personalistica, l'esecuzione delle pene detentive presso il domicilio era infatti l'unica misura di alternativa domiciliare che risultava applicabile anche ai recidivi, semplici, aggravati o reiterati, sicché tale particolare caratteristica andava quindi ritenuto il motivo della sua previsione legislativa. Con la modifica del 2013, che da un lato ha reso applicabile la detenzione domiciliare surrogatoria anche ai recidivi reiterati e dall'altro ha confermato la preclusione dell'aggravante recidiva per la detenzione domiciliare personalistica, del ricorso al presente istituto di esecuzione domiciliare residua un ambito alquanto problematico. Va invero considerato che, mentre la preclusione oggettiva-positiva dell'effettività e dell'idoneità del domicilio anche in funzione delle esigenze di tutela delle persone offese dal reato è esplicitamente contenuta nella richiamata previsione del codice di procedura penale sugli arresti domiciliari e implicitamente insita nella valutazione discrezionale della magistratura di sorveglianza sul domicilio indicato, la sola peculiarità di questo istituto resiste nella preclusione soggettiva-negativa della non sottoposizione al regime di sorveglianza particolare, in quanto tale non solamente marginale, ma oltre tutto evidentemente restrittiva dell'effettiva utilizzabilità della misura extramuraria, e ciò nonostante francamente discutibile, dal momento che si riferisce a comportamenti pertinenti alla permanenza intramuraria che possono non assumere valore prognostico sull'esecuzione detentiva in ambiente domiciliare. D'altra parte, la clausola di chiusura (v. art. 1, c. 8, l. 199/2010), che contiene il rinvio alle norme sull'applicazione, sui contenuti, sull'esecuzione e sulla revoca della detenzione domiciliare, ad eccezione del divieto di concessione di più di una volta delle misure alternative al condannato cui sia stata applicata la recidiva reiterata (v. art. 58-*quater*, c. 7-*bis*, o.p.) [v. *postea*,

parte II, cap. IV, sez. C, par. 1], è definitivamente rivelatrice che l'esecuzione domiciliare è stata modellata sulla detenzione domiciliare ordinaria, come regime di maggior favore per tali tipi di rei qualificati.

2.3. L'applicazione

a) Detenzione domiciliare

Dopo che ha avuto inizio l'esecuzione della pena, l'istanza di *applicazione* detenzione domiciliare è rivolta al tribunale di sorveglianza dalla *competenza* sul luogo di esecuzione. Nei casi di grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione, tale istanza è rivolta al magistrato di sorveglianza, che può disporre l'*applicazione provvisoria* della misura alternativa, applicando in quanto compatibili le disposizioni sull'affidamento (v. art. 47-ter, c. 1-quater, o.p.).

b) Detenzione domiciliare speciale

La *competenza* per l'*applicazione* della detenzione domiciliare speciale è attribuita al tribunale di sorveglianza (v. art. 70, c. 1, o.p.).

c) Esecuzione domiciliare

La *competenza* a disporre l'*applicazione* della detenzione presso il domicilio, tanto prima (v. art. 1, c. 3, l. 199/2010) quanto dopo (v. art. 1, c. 4, l. 199/2010) l'inizio dell'esecuzione della pena, è affidata al magistrato di sorveglianza (v. art. 1, c. 1 e 5, l. 199/2010). Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni previste, per la detenzione domiciliare, dall'art. 47, c. 4, o.p. (v. art. 1, c. 8, l. 199/2010).

2.4. I contenuti

a) Detenzione domiciliare

Nel disporre la detenzione domiciliare, il tribunale di sorveglianza, o in via provvisoria il magistrato di sorveglianza, ne fissano le *modalità* esecutive, secondo quanto stabilito per gli arresti domiciliari; determinano e impartiscono altresì le disposizioni per gli interventi del servizio sociale (v. art. 47-ter, c. 4, o.p.); inoltre,

possono prescrivere procedure di controllo anche mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici, conformi alle caratteristiche funzionali e operative degli apparati di cui le forze di polizia abbiano l'effettiva disponibilità, applicando in quanto compatibili le disposizioni sulle particolari modalità di controllo degli arresti domiciliari (v. art. 58-*quinqüies* o.p.).

Ai sensi della disciplina del codice di procedura penale (v. art. 284 c.p.p.), la decisione del luogo avviene in modo da assicurare comunque le prioritarie esigenze di tutela della persona offesa dal reato (c. 1-*bis*); è prescritto di non allontanarsi dal domicilio (c. 1); quando è necessario, possono venire imposti limiti o divieti alla facoltà del domiciliato di comunicare con persone diverse da quelle che con cui coabita o che lo assistono (c. 2); se l'interessato non può altrimenti provvedere alle sue indispensabili esigenze di vita ovvero versa in situazione di assoluta indigenza, può essere autorizzato ad assentarsi nel corso della giornata dal luogo di domicilio per il tempo strettamente necessario per provvedere alle suddette esigenze ovvero per esercitare un'attività lavorativa (c. 3).

Ai sensi della regolamentazione del codice di procedura penale (v. art. 275-*bis* c.p.p.), l'interessato accetta tali mezzi e strumenti di controllo, ovvero nega il consenso alla loro applicazione, con dichiarazione espressa resa all'ufficiale o all'agente incaricato di eseguire il provvedimento che ha disposto la misura e la dichiarazione è trasmessa al giudice che ha emesso l'atto e al pubblico ministero (c. 2); chi accetti l'applicazione di siffatti mezzi e strumenti è tenuto ad agevolare le procedure di installazione e ad osservare le altre prescrizioni impostegli (c. 3); nei confronti di colui che neghi il consenso all'adozione dei mezzi e strumenti anzidetti sarà respinta la concessione della misura alternativa e verrà eseguita la pena detentiva (c. 1).

b) Detenzione domiciliare speciale

Nel disporre la detenzione domiciliare speciale, il tribunale di sorveglianza fissa le modalità di attuazione potendo imporre limiti o divieti alla facoltà del destinatario di comunicare con persone diverse da quelle con cui coabita o che l'assistono, precisa il periodo di tempo che la persona può trascorrere all'esterno del domicilio, detta le prescrizioni relative agli interventi del servizio sociale (v. art. 47-*quinqüies*, c. 3, o.p.).

c) Esecuzione domiciliare

Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni previste, per la detenzione domiciliare, dall'art. 47, c. 4, o.p. (e dall'art. 58-*quinqies* o.p.) (v. art. 1, c. 8, l. 199/2010).

2.5. L'esecuzione*a) Detenzione domiciliare*

Le prescrizioni e le disposizioni sulle modalità di esecuzione della detenzione domiciliare possono essere modificate dal magistrato di sorveglianza competente (v. artt. 47-*ter*, c. 4, e 69, c. 7, o.p.). Il pubblico ministero o la polizia giudiziaria, anche di propria iniziativa, possono in ogni momento esercitare il *controllo* dell'osservanza delle prescrizioni imposte al domiciliato (v. artt. 47-*ter*, c. 4, o.p. e 284, c. 4, c.p.p.).

b) Detenzione domiciliare speciale

Le *prescrizioni e disposizioni* relative ai contenuti della detenzione domiciliare speciale possono essere oggetto di *modifiche* dal magistrato di sorveglianza competente (v. art. 47-*quinqies*, c. 3, o.p.). All'atto della scarcerazione è redatto *verbale*, in cui sono dettate le prescrizioni che l'interessato deve seguire nei rapporti con il servizio sociale (v. art. 47-*quinqies*, c. 4, o.p.). Il servizio sociale svolge il *controllo* della condotta del domiciliato e lo aiuta a superare le difficoltà di adattamento alla vita sociale, anche mettendosi in relazione con la sua famiglia e con gli altri sui ambienti di vita, e riferisce periodicamente al magistrato di sorveglianza sul suo comportamento (v. art. 47-*quinqies*, c. 5, o.p.). Il pubblico ministero o la polizia giudiziaria, anche di propria iniziativa, possono in ogni momento attuare il *controllo* dell'osservanza delle prescrizioni imposte al domiciliato (v. artt. 47-*quinqies*, c. 3, o.p. e 284, c. 4, c.p.p.).

c) Esecuzione domiciliare

Copia del provvedimento che dispone l'esecuzione della pena presso il domicilio è trasmessa senza ritardo al pubblico ministero, nonché all'ufficio locale di esecuzione penale esterna, per gli interventi di sostegno e controllo; tale ufficio segnala

ogni evento rilevante sull'esecuzione della pena e trasmette relazione trimestrale e conclusiva (art. 1, c. 6, l. 199/2010). Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni previste, per la detenzione domiciliare, dall'art. 47, c. 4, o.p. (art. 1, c. 8, l. 199/2010).

2.6. La revoca

a) Detenzione domiciliare

La *detenzione domiciliare* va incontro a *revoca* se il comportamento dell'interessato, contrario alla legge o alle prescrizioni dettate, appare incompatibile con la prosecuzione della misura (v. art. 47-ter, c. 6, o.p.); inoltre deve essere revocata quando vengono a cessare le condizioni previste per l'ammissibilità alla misura ordinaria e a quella surrogatoria (v. art. 47-ter, c. 7, o.p.); il condannato che si allontana dal domicilio in cui è in stato di detenzione viene punito per il delitto di evasione (v. art. 385 c.p.) e se si costituisce in carcere prima della condanna la pena è diminuita (v. art. 385, c. 4, c.p.) (v. art. 47-ter, c. 8, o.p.); salvo che il fatto non sia di lieve entità, la condanna per il delitto di evasione importa la revoca della misura domiciliare (v. art. 47-ter, c. 9, o.p.); se la misura surrogatoria è revocata, la pena residua non può venire sostituita con altra misura (v. art. 47-ter, c. 9-bis, o.p.).

Chiunque, essendo legalmente arrestato o detenuto per un reato, evade è punito con la reclusione da uno a tre anni (v. art. 385, c. 1, c.p.). La pena è della reclusione da due a cinque anni se il colpevole commette il fatto usando violenza o minaccia verso le persone, ovvero mediante effrazione; ed è da tre a sei anni se la violenza o minaccia è commessa con armi o da più persone riunite v. (art. 385, c. 2, c.p.). Le disposizioni precedenti si applicano anche all'indagato o imputato che essendo in stato di arresto nella propria abitazione o in altro luogo designato nel provvedimento se ne allontani, nonché al condannato ammesso a lavorare fuori dello stabilimento penale (v. art. 385, c. 3, c.p.). Quando l'evaso si costituisce in carcere prima della condanna, la pena è diminuita (v. art. 385, c. 4, c.p.).

Va osservato anzitutto che non ogni violazione comporta la revoca della detenzione domiciliare, ma solo quelle che rivelino l'impossibilità o l'inopportunità della prosecuzione della misura. Nel caso della detenzione domiciliare surrogatoria, la valutazione della condotta del condannato da parte del tribunale di sorveglianza in sede di procedimento di revoca dovrà avvenire anche in relazione al pericolo

di recidiva, che costituisce uno dei requisiti per la concessione che la misura deve servire a fronteggiare.

Si aggiunga inoltre che, in riferimento alla violazione dell'obbligo di non allontanarsi dal luogo di detenzione, la precedente disciplina (alla stregua di quanto ancora oggi stabilito per la semilibertà) prevedeva che la denuncia per il delitto di evasione comportasse la sospensione della misura, la condanna invece la revoca. La Corte costituzionale (sent. 173/1997) dichiarò l'illegittimità della norma, nella parte in cui faceva derivare automaticamente la sospensione della detenzione domiciliare dalla presentazione di una denuncia per il delitto di evasione. Veniva così riconosciuta l'irragionevolezza dell'automatismo della sospensione, che non consentiva alla magistratura di sorveglianza una valutazione delle circostanze in cui l'allontanamento denunciato era avvenuto; l'interruzione del regime alternativo sulla base della mera denuncia, soprattutto nei casi in cui la misura è concesso per ragioni umanitarie e assistenziali, rappresentava un grave rischio di effettiva lesione di beni tutelati come fondamentali dalla Carta costituzionale (v. *Cons. dir.*, pt. 6). La novella del 2013 ha invece rafforzato il proseguimento della misura, prescrivendo che comporti la revoca della misura non ogni condanna per il delitto di evasione, ma quella per cui il fatto non risulti di lieve entità. La Consulta (sentt. 177/2009 e 211/2018) è altresì intervenuta per dichiarare illegittima, per irragionevolezza, la disciplina della detenzione domiciliare ordinaria, rispettivamente nei confronti della madre detenuta e del padre detenuto, nella parte in cui non limita la punibilità, ai sensi del delitto di evasione, al solo allontanamento che si protragga per più di dodici ore, come stabilito per la detenzione domiciliare speciale, sul presupposto, previsto per tale istituto, che non sussista un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti. Si è così ricomposto, attorno alla formulazione di una prognosi di inesistenza del concreto pericolo di commissione di altri delitti, l'equilibrio tra diverse e contrastanti esigenze, in particolare da una parte una maggiore tutela della sicurezza sociale e dall'altra una più adeguata considerazione dei bisogni dei minori e delle attività genitoriali destinate a soddisfarli (v. sent. 177/2009, *Cons. dir.*, pt. 5; sent. 211/2018, *Cons. dir.*, pt. 2.3), che costituiscono un aspetto essenziale del regime più flessibile sugli allontanamenti dal domicilio per l'istituto della detenzione domiciliare speciale, che deve valere anche per i genitori ammessi alla versione della detenzione domiciliare ordinaria, al fine di prendersi cura della prole in tenera età, che può imporre allo stesso modo l'allontanamento dal domicilio nelle contingenze e negli imprevisti derivanti dal soddisfacimento dei bisogni dei minori, come la frequenza scolastica, le

cure mediche, le attività ludiche e socializzanti (v. sent. 177/2009, *Cons. dir.*, pt. 3; sent. 211/2018, *Cons. dir.*, pt. 2.2).

Va evidenziato altresì che, con riguardo alla cessazione delle condizioni di applicazione della misura, si tratta di un'ipotesi di revoca automatica, che dal punto di vista sostanziale risulta in taluni casi iniqua, in particolare in quello dell'infra-ventunenne, che al compimento dell'età prevista si vedrà vanificare il programma di recupero sociale già avviato, per l'attuazione del quale gli era stata appunto concessa la misura. Dal punto di vista procedurale, invece, anche in questo caso, come in quello di violazione dell'obbligo di non allontanamento dal domicilio, sarà il magistrato di sorveglianza a procedere alla sospensione cautelativa della misura alternativa, comunicando al tribunale di sorveglianza la proposta di revoca (v. art. 51-*ter* o.p.) [v. *postea*, parte II, cap. IV, sez. D, par. 4].

Si consideri ancora che, in relazione al divieto di sostituzione della pena detentiva con altra misura, si è di fronte a una disposizione tipicamente sanzionatoria, in cui l'efficacia intimidatoria si esplica nella previsione del divieto di sostituzione della pena detentiva con una misura alternativa, nel caso di revoca della detenzione domiciliare concessa come surrogatoria alla mancanza dei presupposti per l'affidamento.

Va notato infine che, a prescindere da un eventuale provvedimento di revoca della misura, il periodo trascorso in detenzione domiciliare viene considerato a tutti gli effetti come pena espiata, in ragione della natura fortemente afflittiva e quindi sostanzialmente sostitutiva della misura.

b) Detenzione domiciliare speciale

La *detenzione domiciliare speciale* è soggetta a *revoca* se il comportamento dell'interessato, contrario alla legge o alle prescrizioni dettate, appare incompatibile con la prosecuzione della misura (v. art. 47-*quinquies*, c. 6, o.p.). Il condannato in detenzione domiciliare speciale che rimane assente dal proprio domicilio, senza giustificato motivo, per non più di dodici ore può essere proposto per la revoca della misura; se l'assenza si protrae per un tempo maggiore, l'interessato è punito per il delitto di evasione (v. art. 385, c. 1, c.p.) e, se si costituisce in carcere prima della condanna, la pena è diminuita (v. art. 385, c. 4, c.p.); la condanna per il delitto di evasione comporta la revoca della misura (v. art. 47-*sexies*, c. 1-3, o.p.).

Chiunque, essendo legalmente arrestato o detenuto per un reato, evade è punito con la reclusione da uno a tre anni (v. art. 385, c. 1, c.p.). La pena è della reclusione da

due a cinque anni se il colpevole commette il fatto usando violenza o minaccia verso le persone, ovvero mediante effrazione; ed è da tre a sei anni se la violenza o minaccia è commessa con armi o da più persone riunite (v. art. 385, c. 2, c.p.). Le disposizioni precedenti si applicano anche all'indagato o imputato che essendo in stato di arresto nella propria abitazione o in altro luogo designato nel provvedimento se ne allontani, nonché al condannato ammesso a lavorare fuori dello stabilimento penale (v. art. 385, c. 3, c.p.). Quando l'evaso si costituisce in carcere prima della condanna, la pena è diminuita (v. art. 385, c. 4, c.p.).

c) Esecuzione domiciliare

Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni previste, per la detenzione domiciliare, dall'art. 47, c. 6/9-*bis*, o.p. (v. art. 1, c. 8, l. 199/2010).

3. La semilibertà

(V. artt. 48, 50, 51 e 58-ter o.p., 54, 101 e 102 r.p. e 385 c.p.)

3.1. I lineamenti

La *semilibertà* consiste nella concessione al condannato e all'internato di trascorrere parte del giorno fuori dell'istituto, per partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili al reinserimento sociale (v. art. 48, c. 1, o.p.). I condannati e gli internati ammessi al regime di semilibertà sono assegnati in appositi istituti o in apposite sezioni autonome di istituti ordinari e indossano abiti civili (v. art. 48, c. 2, o.p.). Le sezioni autonome di istituti per la semilibertà possono essere ubicate in edifici o in parti di edifici di civile abitazione (v. art. 101, c. 8, r.p.).

Istituto conosciuto da tempo negli ordinamenti penali e penitenziari occidentali, il regime della semilibertà, nell'originaria *natura* giuridica del 1975, rappresenta una particolare modalità di esecuzione della pena detentiva, con lo scopo di realizzare, attraverso lo svolgimento di attività lavorative e l'esercizio dei diritti soggettivi ad esse connessi nell'ambiente esterno, un parziale reinserimento del detenuto nella società libera, nella prospettiva della sua risocializzazione definitiva.

Di conseguenza, la semilibertà risulta funzionalmente connessa alla liberazione del detenuto o internato, utilizzata in prevalenza come ultima fase di carcerazione attenuata, prima della definitiva scarcerazione del ristretto. Va aggiunto che, con i suoi caratteri di misura più contenitiva rispetto all'affidamento, la semilibertà è istituto che risponde a un criterio di *gradualità* nella concessione delle alternative alla detenzione, apprezzato in specie quale momento di passaggio tra la detenzione in senso stretto e l'eventuale applicazione della più radicale delle alternative alla stessa. Da questo, la semilibertà può anche essere definita come misura detentiva attenuata, preparatoria non solo del ritorno alla libertà, ma anche dell'accesso all'affidamento.

Nelle successive novelle del 1986 e del 1998, tuttavia, il legislatore ha riformato le forme e i contenuti della misura, allo scopo di dilatarne il campo di operatività. Per ciò, l'indagine sull'istituto è di seguito condotta in modo separato per ciascuna tipologia quanto ai requisiti, in via comune per gli altri aspetti della disciplina.

3.2. I requisiti

a) Semilibertà breve

In regime di semilibertà possono essere espiate la pena dell'arresto, in ogni caso, e la pena della reclusione, non superiore a sei mesi, se il condannato non è affidato al servizio sociale (v. art. 50, c. 1, o.p.). In tali casi, se il condannato ha dimostrato la propria volontà di reinserimento nella vita sociale, la semilibertà può essere altresì disposta successivamente all'inizio dell'esecuzione della pena, osservando in quanto compatibile la disciplina sull'applicazione provvisoria dell'affidamento (v. art. 50, c. 6, o.p.). Per il computo della durata delle pene non si tiene conto della pena pecuniaria inflitta congiuntamente a quella detentiva (v. art. 50, c. 3, o.p.).

Nella configurazione generale, il regime di semilibertà in esame pare prevalentemente destinato al condannato in libertà, non escludendosi comunque la possibilità dell'esecuzione penitenziaria già iniziata, in ragione del richiamo al potere del magistrato di sorveglianza di sospendere la carcerazione in funzione della concessione in via provvisoria della misura. Di fatto, peraltro, si tratta di una versione dell'istituto dalla fruibilità ridotta, se non inesistente, soprattutto considerando che l'accesso al più ambito beneficio dell'affidamento può oggi

avvenire direttamente dallo stato di libertà, senza valutazione inframuraria della personalità del richiedente.

Sulla regolamentazione concreta, in primo luogo va rilevato che il *destinatario* è solo il condannato.

In secondo luogo, il *requisito oggettivo* della mancata applicazione dell'affidamento appare palesemente pleonastico, quindi privo di utilità a fini interpretativi e applicativi.

In terzo e ultimo luogo, il *requisito soggettivo* della volontà di reinserimento sociale risulta sostanzialmente inconsistente, poiché si riduce nel requisito minimo incentrato sui buoni propositi manifestati dall'interessato.

b) Semilibertà ordinaria

Fuori dei casi della semilibertà breve, l'internato può essere ammesso al regime della semilibertà in ogni tempo, mentre il condannato può esservi ammesso solo dopo l'espiazione di almeno metà della pena, ovvero di almeno due terzi della pena se si tratta di condannato per taluno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* o.p. (v. art. 50, c. 2, o.p.), salvo nei confronti di collaboratore di giustizia al quale si applica il requisito comune di metà pena espiata (v. art. 58-*ter*, c. 1, o.p.), ovvero di almeno venti anni di pena per il condannato all'ergastolo (v. art. 50, c. 5, o.p.). Per il computo della durata delle pene non si tiene conto della pena pecuniaria inflitta congiuntamente a quella detentiva (v. art. 50, c. 3, o.p.). Se l'ammissione alla semilibertà riguarda la detenuta madre di un figlio di età inferiore ai tre anni, ha diritto di usufruire della casa per la semilibertà in un edificio di civile abitazione (v. artt. 50, c. 7, o.p., e 101, c. 8, r.p.).

L'ammissione al regime di semilibertà è disposta in relazione ai progressi compiuti nel corso del trattamento, quando vi sono le condizioni per un graduale reinserimento del ristretto nella società (v. art. 50, c. 4, o.p.).

Sul piano generale, la semilibertà prevista come modalità di esecuzione delle pene medio-lunghe configura l'ipotesi tipica dell'istituto, concepita come preparatoria della libertà e collocata in fase intermedia dell'esecuzione penitenziaria nella prospettiva dell'accesso all'affidamento, alla liberazione condizionale o alla libertà. Da ciò, la misura rappresenta un forte stimolo per il detenuto a proseguire nel percorso di riadattamento per acquisire una condizione prossima alla libertà e consente di sperimentare in ambiente libero i risultati del trattamento condotto all'interno dell'istituto.

Al livello concreto, con riguardo ai *requisiti oggettivi* dell'assenza di determinate situazioni ostative alla fruibilità della semilibertà, si rinvia all'analisi delle rispettive discipline relative a più istituti [v. *postea*, parte II, capp. IV, sez. C, parr. 1 e 3, e V, sez. D, par. 1.2].

A proposito del *requisito oggettivo* della pena espiata, va ricordato anzitutto che vi rientra anche il periodo trascorso in custodia cautelare o arresti domiciliari, nonché la parte oggetto di eventuali detrazioni di pena. Si evidenzia inoltre che è necessario sia iniziata l'espiazione definitiva, in quanto l'ammissione alla misura prima dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione è prevista solo nei casi dell'arresto di qualsiasi durata o della reclusione inferiore a sei mesi. Va considerato infine che nel caso debbano essere eseguite diverse pene inflitte con una o più sentenze, la pena cui fare riferimento per l'ammissione alla misura è quella unitaria risultante dal cumulo, da operarsi anche in assenza di un formale provvedimento e tenendo conto delle pene già espiate per intero o invece ancora da eseguire. In caso di cumulo di pene inflitte per taluno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* o.p. e per altri reati, la prevalente posizione giurisprudenziale è nel senso che l'ammissione al regime di semilibertà può essere disposta solo quando sia stata espiata per intero la pena irrogata per il reato ostativo, dopodiché andrebbe operato il calcolo della metà pena sulla pena residua, mentre per altro orientamento condivisibile la pena su cui deve essere eseguito il calcolo dei due terzi è quella complessiva, che comprende anche la parte relativa al reato ostativo, in applicazione del principio del *favor rei*.

In merito al *requisito soggettivo*, nella determinazione dei profili contenutistici dei "progressi compiuti nel corso del trattamento", alla base delle "condizioni per un graduale reinserimento del soggetto nella società", dottrina e giurisprudenza concordano sul ritenere non sufficiente un comportamento meramente passivo di disciplinata osservanza delle norme penitenziarie, ma dovendo sussistere un'evoluzione della personalità del detenuto che faccia ritenere positivamente avviato il processo di revisione critica del passato e di abbandono dei disvalori antisociali all'origine dei crimini commessi. I precedenti penali e più in generale la carriera criminale dell'interessato non possono fondare da soli un rifiuto di concessione della misura, pur essendo riconducibili nel novero degli elementi valutabili nel momento della decisione.

c) Semilibertà surrogatoria

Infine, nei casi dell'affidamento in prova al servizio sociale, se mancano i presupposti per tale misura, il condannato per un reato diverso da quelli indicati nel c. 1 dell'art. 4-bis o.p. può essere ammesso al regime di semilibertà anche prima dell'espiazione di metà della pena (v. art. 50, c. 2, o.p.).

Nella prospettazione generale, in merito alla demarcazione delle fisionomie tra le due misure alternative, la giurisprudenza di legittimità, sottolineando la necessità del richiamato criterio di gradualità nella concessione degli istituti penitenziari, ha indicato che, sul piano strutturale, si deve escludere vi sia coincidenza o interdipendenza tra affidamento e semilibertà. Il fondamento di tale considerazione viene ravvisato nel fatto che l'affidamento, rompendo il contatto quotidiano con la struttura penitenziaria, deve essere fondato su una garanzia maggiore in termini di affidabilità del destinatario, mentre il lavoro all'esterno, che è il nucleo della semilibertà, si può attestare su un margine di certezza in merito all'affidabilità, in considerazione del ritorno quotidiano del condannato nella struttura carceraria, che consente di mantenere un controllo continuativo sull'interessato.

Sulla disciplina concreta, in relazione all'individuazione dei presupposti per la semilibertà surrogatoria, comunque, restano notevoli perplessità interpretative, in quanto l'indicazione negativa della condizione di applicabilità, che consiste nel difetto dei requisiti per l'affidamento, appare palesemente insufficiente, in particolare tenendo presente che a seguito della riforma del 1998 la dottrina ha affermato che il raccordo tra questa tipologia di semilibertà e l'affidamento non risulta più imperniato sul principio del gradualismo e la misura in esame assume piuttosto la valenza di mera sanzione sostitutiva, in assenza di pregnanti requisiti soggettivi. Ciò considerato, la Corte costituzionale (sent. 74/2020) ha comunque dichiarato l'illegittimità per irragionevolezza dell'art. 50, c. 6, o.p., nella parte in cui non consente al magistrato di sorveglianza di applicare in via provvisoria la semilibertà, ai sensi dell'art. 47, c. 4, o.p., in quanto compatibile, anche nell'ipotesi surrogatoria (dunque quando la pena detentiva da espiare sia superiore a sei mesi, ma non a quattro anni).

3.3. L'applicazione

La competenza sull'applicazione del regime di semilibertà è del tribunale di sorveglianza (v. art. 70, c. 1, o.p.). La redazione del programma di trattamento del semilibero risulta affidata in via ordinaria al gruppo di osservazione e trattamento, mentre in via provvisoria può provvedervi anche il solo direttore dell'istituto, comunque è attribuita al magistrato di sorveglianza la sua approvazione (v. art. 101, c. 2, r.p.).

In aggiunta, va ricordato che secondo la Corte costituzionale (sent. 78/2007) è costituzionalmente illegittimo l'istituto dell'affidamento (come quello della semilibertà), ove interpretato nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l'accesso alla misura.

3.4. I contenuti

L'ammissione alla semilibertà è finalizzata allo svolgimento di attività lavorative, istruttive o comunque utili al reinserimento sociale (v. art. 48, c. 1, o.p.), che possono mutare di rispettiva tipologia o proseguire in località differente (v. art. 101, c. 6, r.p.). Nei confronti del semilibero è formulato un particolare programma di trattamento, che detta le prescrizioni che lo stesso si impegna a osservare durante il tempo da trascorrere fuori dell'istituto, relative all'orario di uscita e di rientro, nonché anche in ordine ai rapporti con la famiglia, con il servizio sociale e in generale con l'ambiente sociale, che risultino utili al processo di reinserimento (v. art. 101, c. 2, r.p.). I condannati e gli internati ammessi al lavoro in semilibertà esercitano i diritti riconosciuti ai lavoratori liberi, con le sole limitazioni che conseguono agli obblighi inerenti all'esecuzione della misura privativa della libertà (v. art. 54, c., r.p.).

L'assegnazione in appositi istituti o in apposite sezioni autonome di istituti ordinari evidenzia la peculiarità della condizione di semilibero rispetto a quella del regime ordinario, soddisfacendo un'esigenza di trattamento e di sicurezza nel senso di evitare contatti tra persone costantemente ristrette e altre che alternano quotidianamente detenzione e libertà.

Lo svolgimento di attività lavorativa del semilibero pone l'interessato in una posizione sostanzialmente simile a quella dell'ammesso al lavoro all'esterno, sul

piano dell'esercizio dei diritti individuali e del trattamento economico [v. *antea*, parte II, cap. III, par. 5.1].

Va segnalato che, attraverso un'evidente forzatura del dato normativo, la giurisprudenza ha tendenzialmente considerato quale condizione indefettibile per l'accesso alla semilibertà la sussistenza di una concreta possibilità di lavoro, ritenendo tale attività come la sola atta a consentire il graduale reinserimento del detenuto nella società.

3.5. L'esecuzione e le licenze

La *responsabilità* del trattamento resta affidata al direttore dell'istituto, che si avvale dell'ufficio di esecuzione penale esterna per la vigilanza e l'assistenza del soggetto nell'ambiente libero (v. art. 101, c. 3, r.p.). Per il semilibero ricoverato in luogo esterno di cura non è disposto il *piantonamento* (v. art. 101, c. 7, r.p.). L'ammesso al regime di semilibertà deve dare conto al personale dell'istituto dell'uso del *denaro* di cui è autorizzato a disporre (v. art. 101, c. 5, r.p.).

Al condannato e all'internato ammessi al regime di semilibertà possono essere concesse una o più *licenze*, a titolo di premio, di durata non superiore nel complesso a quarantacinque giorni l'anno, durante le quali l'interessato è sottoposto al regime della libertà vigilata (v. artt. 52, c. 1 e 2, e 53, c. 3 e 4, o.p.); su tali licenze provvede il magistrato di sorveglianza (v. art. 69, c. 7, o.p.).

Il *tempo* trascorso dal detenuto o dall'internato in licenza è computato a ogni effetto nella durata delle misure restrittive della libertà personale, salvi i casi di mancato rientro o di altri gravi comportamenti, da cui risulta che la persona se ne è dimostrata non meritevole (v. art. 53-bis, c. 1, o.p.).

Va osservato che le licenze premio ai ristretti semiliberi rappresentano delle modulazioni al regime cui sono sottoposti, che realizzano una maggiore flessibilità nell'esecuzione della misura mediante l'attuazione in concreto di un trattamento rieducativo.

3.6. La sospensione e la revoca

La *semilibertà* può essere in ogni tempo sottoposta a *revoca* da parte del tribunale di sorveglianza, quando il semilibero non si appalesi idoneo al trattamento (v. art. 51, c. 1, o.p.).

Il semilibero che rimane assente dall'istituto, senza giustificato motivo, per non più di dodici ore se si tratta di condannato, ovvero oltre tre ore se internato, è punito in via disciplinare e può subire la revoca della misura (v. artt. 51, c. 2 e 5, e 53, c. 6, o.p.); se l'assenza si protrae per un tempo maggiore, il condannato semilibero è punibile per il delitto di evasione (v. art. 385, c. 1, c.p.), inoltre la denuncia del delitto comporta la sospensione della misura mentre la condanna la revoca, infine se l'interessato si costituisce in carcere prima della condanna la pena è diminuita (v. art. 385, c. 4, c.p.) (v. artt. 51, c. 3 e 4, o.p.).

Al semilibero condannato o internato, che durante la licenza trasgredisce agli obblighi impostigli, gli può essere revocata la licenza, indipendentemente dalla revoca della semilibertà (v. artt. 52, c. 3, e 53, c. 5, o.p.); al semilibero condannato che, allo scadere della licenza o dopo la sua revoca, non rientra in istituto si applicano le disposizioni sulla sospensione e revoca della misura (v. art. 52, c. 4, o.p.); il semilibero internato che rientra in istituto dopo tre ore dallo scadere della licenza, senza giustificato motivo, è punito in via disciplinare e può subire la revoca della misura (v. art. 53, c. 6, o.p.). Sui casi di sospensione e revoca della semilibertà, il direttore dell'istituto riferisce al tribunale e al magistrato di sorveglianza (v. art. 101, c. 4, r.p.).

Nei casi di mancato rientro o di altri gravi comportamenti, da cui risulta che la persona si è dimostrata non meritevole della licenza, sull'esclusione del periodo trascorso dal computo a ogni effetto nella durata della misura restrittiva della libertà personale decide il magistrato di sorveglianza (v. art. 53-*bis*, c. 1, o.p.).

Chiunque, essendo legalmente arrestato o detenuto per un reato, evade è punito con la reclusione da uno a tre anni (v. art. 385, c. 1, c.p.). La pena è della reclusione da due a cinque anni se il colpevole commette il fatto usando violenza o minaccia verso le persone, ovvero mediante effrazione; ed è da tre a sei anni se la violenza o minaccia è commessa con armi o da più persone riunite (v. art. 385, c. 2, c.p.). Le disposizioni precedenti si applicano anche all'indagato o imputato che essendo in stato di arresto nella propria abitazione o in altro luogo designato nel provvedimento se ne allontani, nonché al condannato ammesso a lavorare fuori dello stabilimento penale (v. art. 385, c. 3, c.p.). Quando l'evaso si costituisce in carcere prima della condanna, la pena è diminuita (v. art. 385, c. 4, c.p.).

Le cause di sospensione e revoca della semilibertà vanno intese quali tassative e si presentano come *discrezionale* quella relativa all'inidoneità al trattamento e *obbligatoria* quelle relative al tardivo o mancato rientro. In merito all'inidoneità

al trattamento, occorre considerare il comportamento complessivamente tenuto dal semilibero, non essendo sufficiente né risultando vincolata alla commissione di un reato o alla violazione di una prescrizione per aversi la revoca della misura, potendo derivare il giudizio di inidoneità al trattamento anche da comportamenti non illeciti ma comunque rivelatori di disadattamento sociale, così la magistratura di sorveglianza dovrà accertare se la violazione commessa sia tale da far ritenere che l'amnesso si palesi come inidoneo al trattamento e che l'esperimento abbia avuto esito negativo.

Con riguardo alle mancanze sul rientro, nell'ipotesi di responsabilità disciplinare del semilibero condannato o internato viene ritenuto competente per la formulazione dell'eventuale proposta di revoca della semilibertà il consiglio di disciplina, mentre la relativa decisione spetta in ogni caso al tribunale di sorveglianza; nell'ipotesi della responsabilità penale del semilibero condannato va criticamente osservato che discende dalla disciplina normativa la revoca obbligatoria per il solo delitto di evasione, laddove in presenza di reati anche più gravi opera la sola revoca discrezionale per l'inidoneità al trattamento, sebbene dottrina e giurisprudenza non escludano che, nel caso di assenza per oltre dodici ore, sia possibile disporre la revoca discrezionale per inidoneità al trattamento, considerando tale condotta non come fatto di reato, bensì come mero fatto storico dimostrativo dell'inidoneità dell'interessato al trattamento della misura.

4. La liberazione condizionale

(V. artt. 176, 177, 228, 230 e 231 c.p., 55 o.p., 2, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. con modd. da l. 12 luglio 1991, n. 203)

4.1. I lineamenti

La *liberazione condizionale* consiste nell'ammissione del condannato a pena detentiva (v. art. 176, c. 1, c.p.) a scontare la pena inflitta (v. art. 177, c. 2, c.p.) in regime di libertà vigilata (v. art. 230, c. 1, n. 2, c.p.), con sospensione dell'esecuzione dell'eventuale misura di sicurezza detentiva cui il condannato sia stato sottoposto con la sentenza di condanna o con un provvedimento successivo (v. art. 177, c. 1, c.p.).

Introdotta nel nostro ordinamento dal codice penale liberale del 1889 e confermata dal codice penale fascista del 1930, in origine si caratterizzava come una misura premiale legata alla buona condotta, la cui applicazione era rimessa alla valutazione discrezionale del potere esecutivo, nella figura del Ministro di grazia e giustizia. Dopo un lungo e travagliato percorso di ricollocazione disciplinare nell'ambito della filosofia del trattamento progressivo a scopi special-preventivi, solo con la riforma penitenziaria del 1986 viene a connotarsi quale istituto di diritto penitenziario, che nell'attuazione del programma di trattamento si orienta alla risocializzazione del condannato.

Sebbene ancora collocata fuori dall'ordinamento penitenziario, in particolare dentro il codice penale, la liberazione condizionale, allontanando il condannato dal carcere e avvicinandolo al mondo dei suoi interessi e dei suoi affetti, favorisce la risocializzazione del liberato e così sul piano della sua *natura* giuridica affiancandosi alle misure alternative alla detenzione. In proposito, va rilevato che la Corte suprema ne ha sovente sottolineato la diversità dalle misure in questione, dal momento che il presente istituto muove dal presupposto indefettibile dell'avvenuto ravvedimento della persona interessata, in ciò differenziandosi dalle altre misure previste dall'ordinamento penitenziario, che costituiscono solo una modalità alternativa di espiatione della pena volta al reinserimento sociale. In realtà, considerata l'estrema labilità del requisito soggettivo cui è sottoposta la concessione e nonostante la differente collocazione che è riservata alla disciplina, la liberazione condizionale può comunque essere accomunata alle misure alternative alla detenzione.

4.2. I requisiti

Il primo *requisito* è di tipo *oggettivo* e riguarda il limite di pena espiata. Il condannato a pena detentiva può essere ammesso alla liberazione condizionale se ha scontato almeno trenta mesi e non meno di metà della pena inflittagli, qualora il rimanente della pena non superi cinque anni (v. art. 176, c. 1, c.p.). Se si tratta di recidivo aggravato o reiterato, per essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato deve aver scontato almeno quattro anni e non meno di tre quarti della pena inflittagli (v. art. 176, c. 2, c.p.). Il condannato all'ergastolo può essere ammesso alla liberazione condizionale quando abbia scontato almeno ventisei anni di pena (v. art. 176, c. 3, c.p.). In deroga alle disposizioni dell'art. 176 c.p., il condannato a pena detentiva per uno o più reati, ai quali sia stata riconosciuta una delle circostanze attenuanti dei reati per

finalità di terrorismo o di eversione in caso di dissociazione o di collaborazione, può essere ammesso alla liberazione condizionale se ha scontato metà della pena inflittagli (v. art. 8, c. 1, l. 304/1982).

Fermi restando gli ulteriori requisiti e gli altri limiti di pena previsti dall'art. 176 c.p. e fatto salvo quanto stabilito dall'art. 8, l. 304/1982, i condannati per i delitti indicati dall'art. 4-*bis* o.p. non possono comunque essere ammessi alla liberazione condizionale se non hanno scontato almeno due terzi della pena temporanea (v. art. 2, c. 2, d.l. 152/1991, conv. con modd. da l. 203/1991).

Sul piano concreto, dalla trama normativa sono ricavabili due diversi criteri per l'individuazione dei limiti temporali alla concessione della misura. A una soglia fissa, pari a trenta mesi della pena inflitta (con massimo di cinque anni di pena rimanente) per il delinquente primario o recidivo semplice, quattro anni per quello recidivo aggravato o reiterato e ventisei anni per l'ergastolano, si aggiunge, nelle prime due ipotesi, una quota proporzionale, equivalente alla metà della pena inflitta nel primo caso e ai tre quarti nel secondo; tale secondo parametro resta addizionale a quello minimo ma risulta elevato ai due terzi della pena inflitta per i condannati ostativi, invece corrisponde alla metà della pena inflitta e vale in via esclusiva per i condannati dissociati o collaboratori. Ad eccezione dell'ultimo caso, i due presupposti vanno calcolati singolarmente, ma devono sussistere cumulativamente. Di conseguenza, questo istituto può trovare applicazione anche per pene detentive inferiori ai cinque anni, ma solo per periodi maggiori di due anni e sei mesi di pena detentiva, limitazione che ha suscitato perplessità e critiche. Sul punto, nel giudicare infondata la questione di legittimità costituzionale della norma (sent. 8/1979), la Corte costituzionale ha condiviso che tali limiti temporali possono essere ritenuti giustificati dalla necessità di sperimentare per un tempo apprezzabile la condotta del condannato, senza ridurre l'efficacia repressiva e intimidatrice della pena nel caso di condanne brevi (*Cons. dir.*, pt. 7).

Per le proposizioni “pena detentiva” e “pena inflitta”, utilizzate nella disciplina normativa sulla liberazione condizionale, vale quanto discusso in merito all'affidamento in prova al servizio sociale [v. *antea*, parte II, cap. IV, sez. A, par. 1.2]. In particolare, sulla scia del dibattito che si è sviluppato in relazione al significato da attribuire a “pena inflitta” nell'ambito della misura alternativa dell'affidamento, oggi può ritenersi pacifico che per “pena inflitta” nella fase esecutiva debba intendersi quella da scontare in concreto, ossia la pena che residua dallo scomputo per effetto di qualsiasi causa estintiva.

Il secondo *requisito* è ancora di genere *oggettivo* e concerne l'adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato. La concessione della liberazione condizionale è subordinata all'adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato, salvo che il condannato dimostri di trovarsi nell'impossibilità di adempierle (v. art. 176, c. 4, c.p.).

In via generale, il risarcimento del danno rappresenta un elemento che, nel contesto delle manifestazioni del ravvedimento, può comprovare da parte del reo l'effettiva revisione del crimine commesso e la fattività volontà di eliminarne gli esiti negativi, anche e specie con un sacrificio economico. Da ciò, il presupposto risarcitorio non va considerato tanto nella sua funzione oggettiva di reintegrazione patrimoniale, quanto in chiave soggettiva di manifestazione concreta del sincero proposito di fare tutto il possibile per sanare le conseguenze del reato. Per questo, in caso di impossibilità ad adempiere alle obbligazioni in discorso, il condannato non è esonerato dal compimento di un qualsiasi gesto di solidarietà, come dimostrazione di una reale espressione di interessamento alla vittima e di un genuino intendimento di riparazione al reato, allo scopo di lenire le ripercussioni morali e materiali del reato.

A livello concreto, per quanto attiene all'impossibilità di adempimento si distinguono un'impossibilità assoluta, dovuta alle condizioni economiche sfavorevoli del reo, e un'impossibilità relativa, dovuta a circostanze che non sono per nulla imputabili al condannato ma non consentono di fatto il soddisfacimento totale o parziale delle obbligazioni. Circa la prima situazione, occorre considerare non tanto uno stato di assoluta indigenza del condannato, quanto l'entità del sacrificio che verrebbe a patire. Per la seconda ipotesi, si fanno gli esempi della non identificabilità o non reperibilità del creditore, ovvero la rinuncia al credito. In ogni caso, è indispensabile che le persone danneggiate dal reato abbiano concretamente esercitato, in sede penale o civile, la prevista azione o quantomeno che al condannato siano state richieste le spese per il procedimento, non potendosi esigere l'adempimento di un obbligo meramente virtuale, che non sia stato dichiarato sussistente in sede giudiziaria.

Il terzo *requisito* è sempre di tipo *oggettivo* e tocca delle situazioni derogatorie alla concessione dei benefici ai condannati per taluni reati, che è comune a differenti istituti e verrà affrontato in apposito luogo [v. *postea*, parte II, capp. IV, sez. C, par. 1, e V, sez. D, parr. 1.2 e 2.2].

Il quarto e ultimo *requisito* è invece di genere *soggettivo* e interessa l'atteggiamento interiore dell'interessato. Può essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato a pena detentiva che, durante il tempo di esecuzione della pena, abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento (v. art. 176, c. 1, c.p.).

In senso generale, il “sicuro ravvedimento” costituisce il perno ideologico e strutturale della liberazione condizionale. L'oggetto, il periodo e lo scopo per il giudizio che deve essere compiuto in ordine all'idoneità soggettiva dell'istante ad usufruire dell'istituto vanno ricavati dalla laconica formulazione della norma di legge. La soppressione, operata dall'art. 2, l. 1634/1962, dell'esplicito riferimento al requisito della “buona condotta”, presente nel testo originario del codice penale, pare collocare la liberazione condizionale all'esterno o al margine dell'orbita esclusivamente disciplinare: una normale buona condotta carceraria non è di per sé dimostrativa del sicuro ravvedimento, in quanto per un verso si tratta di un preciso dovere di ogni detenuto o internato, per altro verso può derivare da una supina rassegnazione o addirittura da premeditati calcoli opportunistici. Peraltro, l'inserimento da regolamento della liberazione condizionale tra le ricompense concedibili ai detenuti (art. 76 r.p.) riporta, tra i comportamenti indici di distinzione, non solo situazioni pienamente ascrivibili all'istanza rieducativa (“particolare impegno nello svolgimento del lavoro”, “particolare impegno e profitto nei corsi scolastici e di addestramento professionale”), ma anche altre palesemente attribuibili alla pretesa disciplinare (“responsabile comportamento in situazioni di turbamento della vita dell'istituto, diretto a favorire atteggiamenti collettivi di ragionevolezza”).

Con approccio concreto, una volta che l'istituto è comunque entrato all'interno della sfera finalisticamente risocializzante, alla giurisprudenza è stata demandata l'individuazione dei criteri in base ai quali il sicuro ravvedimento del condannato istante deve essere concretamente accertato affinché la misura possa venire concessa. La giurisprudenza di legittimità ha sostenuto come il ravvedimento del condannato implichi l'avvenuta emenda per l'abbandono del passato deviante, la conclusione del processo rieducativo con l'ottenimento del reinserimento sociale; tali elementi segnerebbero la distinzione tra le misure alternative e la liberazione condizionale, laddove le prime richiederebbero un percorso rieducativo in atto, la seconda una già conseguita risocializzazione del reo. La giurisprudenza di sorveglianza ha indicato come l'accertamento del ravvedimento del reo postuli un'ampia e penetrante valutazione della sua

personalità, che oltre alla condotta carceraria tenga conto del comportamento mostrato nelle varie manifestazioni della sua vita, così come della volontà di reinserimento nella società dedotta dall'interesse espresso per i valori etici e sociali, dalle prove di altruismo e solidarietà, dall'interesse evidenziato per le vittime dei reati commessi e dal fattivo intendimento di riparare le conseguenze dannose degli stessi. Tuttavia, affinché possa valere alla concessione della liberazione condizionale, il ravvedimento del condannato deve risultare sicuro. Appare evidente che l'infelice locuzione normativa non possa interpretarsi in senso proprio, attribuendo alla valutazione da compiere un carattere di assolutezza che non potrebbe mai essere soddisfatto. Al di là delle espressioni cui la giurisprudenza è ricorsa nel delineare il presupposto, tra cui "riprovazione per il reato commesso", "emenda", "recupero di valori umani", "pentimento", "riscatto morale", "redenzione" e simili, va ritenuto che una concezione laica del diritto contemporaneo imponga di ritenere che la certezza richiesta dalla disciplina legislativa sia assumibile molto più prosaicamente in una valutazione prognostica di non recidiva, per cui l'ulteriore prosecuzione della pena detentiva risulterebbe quanto meno meramente afflittiva.

4.3. L'istanza e l'applicazione

Per l'*applicazione* dell'istituto in commento la *competenza* è del tribunale di sorveglianza (v. artt. 70, c. 1, o.p., 682, c. 1, c.p.p.).

Se la liberazione non è concessa per difetto del requisito del ravvedimento, l'*istanza* non può venire riproposta prima che siano trascorsi sei mesi dal giorno in cui è divenuto irrevocabile il provvedimento di rigetto (v. art. 682, c. 2, c.p.p.).

Nel provvedimento con cui dichiarò l'illegittimità della competenza del Ministro di grazia e giustizia sulla concessione della misura, la Corte costituzionale ebbe ad argomentare che "con l'art. 27, terzo comma, della Costituzione l'istituto ha assunto un peso e un valore più incisivo di quello che non avesse in origine; rappresenta, in sostanza, un peculiare aspetto del trattamento penale e il suo ambito di applicazione presuppone un obbligo tassativo per il legislatore di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle. Sulla base del precetto costituzionale sorge, di conseguenza, il diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione

della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo” (sent. 204/1974, *Cons. dir.*, pt. 2). Ciò considerato, è stata sostenuta la configurabilità di un vero e proprio diritto soggettivo alla concessione della liberazione condizionale in capo al condannato per il quale sia stata accertata la sussistenza di tutte le condizioni tassativamente richiamate dalla norma. In realtà, a parte il chiaro dettato normativo nel senso di una mera potestà applicativa (“il condannato alla pena detentiva [...] può essere ammesso alla liberazione condizionale”), pare doversi rilevare che il diritto (soggettivo) in questione risulta tale solo in contrapposizione all’interesse (legittimo) che in precedenza discendeva dalla competenza amministrativa e, di conseguenza, la garanzia dell’applicazione giudiziale non comporta affatto la negazione della discrezionalità decisionale.

4.4. *I contenuti e l’esecuzione*

Il condannato ammesso alla liberazione condizionale è sottoposto nella sua *esecuzione* al regime della libertà vigilata (v. artt. 177 e 230, c. 1, n. 2, c.p.), per il decorso di tutto il tempo della pena inflitta o di cinque anni quella dell’ergastolo (v. art. 177, c. 2, c.p.) e con le *prescrizioni* che sono decise e modificabili dal magistrato di sorveglianza (v. art. 69, c. 3 e 4, o.p.).

Ai sensi dell’art. 228 c.p., alla persona in stato di libertà vigilata sono imposte dal giudice prescrizioni idonee a evitare le occasioni di nuovi reati (c. 2); tali prescrizioni possono essere successivamente modificate o limitate dal giudice (c. 3); la sorveglianza della persona in stato di libertà vigilata è affidata all’*autorità di pubblica sicurezza* (c. 1); la sorveglianza deve essere esercitata in modo da agevolare, mediante il lavoro, il riadattamento della persona alla vita sociale (c. 4).

Ferme restando le disposizioni dell’art. 228 c.p., nei confronti dei sottoposti alla libertà vigilata l’*ufficio di esecuzione penale esterna* svolge interventi di sostegno e di assistenza al fine del loro reinserimento sociale (v. art. 55 o.p.).

Se lo scopo della disciplina è rinvenibile nella necessità di fissare delle regole di comportamento in ambiente esterno, così da favorire il reinserimento sociale del condannato e consentirne il controllo comportamentale, la sottoposizione del condannato in liberazione condizionale alle prescrizioni proprie della libertà vigilata va ritenuta assimilabile a tale misura di sicurezza esclusivamente su di un piano nominale e contenutistico, ma se ne differenzia sostanzialmente sotto il profilo

strutturale e funzionale: a seguito della riforma del 1986, per cui tutte le misure di sicurezza personali non sono più presunte ma devono sempre sottostare all'accertamento giudiziale della pericolosità sociale dell'interessato, l'applicazione del regime della libertà vigilata alla persona ammessa alla liberazione condizionale si configura come una misura di sicurezza personale non detentiva atipica, in quanto non soltanto di natura obbligatoria, ma addirittura prevista nei confronti di persona la cui valutazione giudiziale per l'ammissione alla liberazione condizionale è stata evidentemente contraria alla probabilità che commetta nuovi reati.

4.5. La revoca

La liberazione condizionale è soggetta a *revoca* se la persona liberata commette un delitto o una contravvenzione della stessa indole, ovvero trasgredisce agli obblighi inerenti alla libertà vigilata; in tal caso, il tempo trascorso in libertà condizionale non è computato nella durata della pena e il condannato non può essere riammesso alla misura (v. art. 177, c. 1, c.p.).

La liberazione condizionale prevista ai sensi dell'art. 8 l. 304/1982 (per dissociazione o collaborazione), in deroga alle disposizioni dell'art. 176 c.p., è revocata in ogni tempo se la persona liberata commette successivamente un delitto non colposo per il quale la legge prevede la pena della reclusione superiore nel massimo ai quattro anni, ovvero se risulti che la liberazione condizionale è stata ottenuta a mezzo di dichiarazioni di cui sia stata giudizialmente accertata la falsità (v. art. 9, l. 304/1982).

In argomento, va segnalato che la disciplina codicistica è stata profondamente revisionata da numerosi interventi della Corte costituzionale.

Sull'abrogazione dell'automaticità della revoca, con la sent. 418/1998 è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma codicistica, nella parte in cui prevede la revoca della liberazione condizionale a nel caso di condanna per qualsiasi delitto o contravvenzione della stessa indole, anziché stabilire che l'istituto è revocato se la condotta dell'interessato, in relazione alla condanna subita, appare incompatibile con il mantenimento della misura. In particolare, la Consulta ha considerato che la norma in questione non comprende preclusioni volte a selezionare i comportamenti su cui fondare la decisione, sicché anche per la revoca della liberazione condizionale non può che valere il criterio previsto nel caso di revoca delle altre misure alternative, la cui applicazione è rimessa alla magistratura di sorveglianza (v. *Cons. dir.*, pt. 5).

Sulla valutazione del periodo dell'espiazione, con la sent. 282/1989 è stata stabilita l'illegittimità costituzionale della norma codicistica, nella parte in cui, nel caso di revoca della liberazione condizionale, non consente al tribunale di sorveglianza di determinare la pena detentiva ancora da espiare, tenendo conto del tempo trascorso in libertà condizionale, nonché delle restrizioni di libertà subite dal condannato e del suo comportamento durante tale periodo. In concreto, la Corte ha sottolineato che il divieto di sottrarre anche solo parzialmente il tempo trascorso in libertà condizionale dalla normale durata della pena detentiva rende la minaccia della stessa revoca così grave da trascinare l'intero istituto della liberazione condizionale in una logica esclusivamente afflittiva, tanto illegittima ai sensi del principio rieducativo posto dalla Costituzione, quanto ingiustificata in difetto di un illecito penale da sanzionare in via autonoma (*Cons. dir.*, pt. 8).

Sulla conseguenza della revoca all'ergastolo, con la sent. 270/1993 è stata ritenuta inammissibile la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli artt. 3, c. 1, e 27, c. 1 e 3, Cost., dell'art. 177, c. 1, c.p., nella parte in cui esclude che, nel caso di revoca della liberazione condizionale già concessa al condannato all'ergastolo, il giudice possa determinare la pena ancora da espiare. In proposito, la Corte ha osservato che qualsiasi detrazione del periodo trascorso in libertà vigilata, ai fini della determinazione del residuo da espiare, risulta ontologicamente inconciliabile rispetto alla condanna all'ergastolo, che essendo pena perpetua non ammette scomputi che non incidano sulla natura stessa della pena, sicché la manipolazione normativa che sarebbe necessaria per intervenire sul punto comporta non soluzioni costituzionalmente obbligate, ma scelte discrezionalmente riservate al legislatore (v. *Cons. dir.*, pt. 4).

Con la sent. 161/1997, invece, è stata sancita l'illegittimità costituzionale della norma in questione, nella parte in cui non prevede che il condannato alla pena dell'ergastolo, cui sia stata revocata la liberazione condizionale, possa essere nuovamente ammesso a fruire della misura, ove ne sussistano i relativi presupposti. In merito, la Consulta ha ritenuto che non fosse possibile estendere in modo automatico i presupposti temporali fissati dalla legge per la riproposizione della domanda del condannato cui è stata respinta una sua domanda diretta a ottenere la misura, in quanto le due situazioni del rigetto e della revoca sono diverse, anche se tra le stesse non può essere negata una certa analogia (v. *Cons. dir.*, pt. 7).

In sintesi, la revoca della liberazione condizionale, nella sua previsione codicistica, non è più automatica, ma collegata all'incompatibilità con il mante-

nimento della misura; ciò nonostante, resta comunque sottoposta a due presupposti tassativi, tra loro alternativi: la commissione di un reato della stessa indole, accertata con sentenza passata in giudicato, ovvero la trasgressione degli obblighi della libertà vigilata; entrambi tali presupposti vengono valutati, quanto alla loro incompatibilità con la prosecuzione della misura, dal magistrato di sorveglianza. L'effetto dei ripetuti interventi della giurisprudenza costituzionale è nel senso dell'ulteriore avvicinamento della liberazione condizionale all'affidamento in prova al servizio sociale, nel quadro della tesi interpretativa che colloca anche tale istituto tra le misure alternative alla detenzione.

4.6. L'esito

Decorso tutto il tempo della pena inflitta, ovvero cinque anni dalla data del provvedimento di liberazione condizionale se trattasi di condannato all'ergastolo, senza che sia intervenuta alcuna causa di revoca, come *esito* dell'istituto la pena rimane estinta e sono revocate le misure di sicurezza personali (v. art. 177, c. 2, c.p.).

La *competenza* a dichiarare l'estinzione della pena in conseguenza della liberazione condizionale è del tribunale di sorveglianza (v. artt. 70, c. 1, o.p., 236, c. 1, d.c.c.p.p.).

5. La liberazione anticipata

(V. artt. 54 o.p. e 103 r.p.)

5.1. I lineamenti

La *liberazione anticipata* consiste nella concessione al condannato a pena detentiva, che abbia dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione, quale riconoscimento di tale partecipazione e per un suo più efficace reinserimento nella società, di una detrazione di quarantacinque giorni per ogni singolo semestre di pena scontata, anche in custodia cautelare o in detenzione domiciliare (v. art. 54, c. 1, o.p.).

La parte di pena detratta si considera come scontata agli effetti del computo della misura di pena che occorre aver espiato per essere ammessi ai permessi premio, alla semilibertà e alla liberazione condizionale, anche da parte dei condannati all'ergastolo (v. art. 54, c. 4, o.p.).

Dal punto di vista della *definizione*, l'istituto in esame, collocato tra le misure alternative alla detenzione, non si può propriamente qualificare una misura alternativa al carcere, in quanto costituisce uno scomputo dalla pena irrogata nella condanna che serve ad abbreviare la durata della pena detentiva da espiare e il periodo per accedere alle misure penitenziarie di vantaggio. Per questa ragione, si dovrebbe unicamente parlare di *riduzioni di pena* (laddove la rubrica della disposizione in materia nel regolamento penitenziario si riferisce alle “riduzioni di pena per la liberazione anticipata”).

Dal punto di vista del *risultato*, le riduzioni di pena producono conseguenze concretamente apprezzabili su due piani tra loro distinti e non sempre connessi. Accanto all'effetto più tipico e caratterizzante, rappresentato appunto dalla liberazione anticipata quale conseguenza diretta delle riduzioni di pena via via concesse al condannato, il riconoscimento di tali abbuoni produce anche un altro effetto di natura indiretta, consistente invece nell'abbreviazione dei tempi di pena richiesti dalla legge in funzione dell'ammissione alle altre misure alternative e agli altri istituti penitenziari. In questo senso, il legislatore ha indicato come nome dell'istituto uno solo dei suoi effetti, invece della sua vera e propria sostanza.

Dal punto di vista della *natura*, si contrappongono tesi diverse. Da una parte, vi è la posizione che, facendo leva sulla lettera della previsione normativa, enfatizza la natura espressamente special-preventiva della misura. Su questa linea, si era assediata la Cassazione, soprattutto nei primi anni dall'introduzione della disciplina. Da altra parte, vi è l'orientamento che, dando preminenza alla realtà nella concreta attuazione, afferma il carattere sostanzialmente premiale dell'istituto. In questa direzione, che è seguita non solo dalla dottrina ma anche dalla giurisprudenza di sorveglianza, viene valorizzato che la sua applicazione prescinde dalla concreta rieducazione del reo, richiedendo soltanto la sua partecipazione all'attività di rieducazione. Da tale considerazione, in letteratura si giunge a sostenere che le riduzioni di pena rappresentino piuttosto uno strumento idoneo a mantenere la disciplina interna agli istituti penitenziari, in quanto ricompensa al condannato per la sua ordinata condotta. A questo proposito, si rileva come l'istituto venga in genere negato a chi è incorso in sanzioni disciplinari, viceversa applicato a chi da tali provvedimenti è andato esente, sovente a prescindere da ogni ulteriore valutazione personologica. In una posizione mediana vi è l'indirizzo della Consulta, che pur richiamandosi alla vocazione rieducativa dell'istituto, ne valorizza la disciplina normativa in funzione di sostegno alla partecipazione trattamentale.

5.2. I requisiti

A proposito dei *requisiti oggettivi* di applicabilità dell'istituto, una prima questione concerne l'espressione "ogni singolo semestre", che è stata oggetto di un lungo e tormentato confronto, su cui sono variamente intervenuti tutti gli attori del sistema giuridico.

Prima della riforma del 1986, quando tale indicazione legislativa si riferiva a "ciascun semestre", letteratura e sorveglianza ritenevano che, al fine delle riduzioni di pena, si dovesse valutare distintamente ciascun singolo semestre di pena eseguita, in quanto ogni singolo semestre doveva ritenersi autonomo dagli altri, mentre la giurisprudenza di legittimità sosteneva che, per la concessione dell'istituto, fosse necessaria una valutazione globale del periodo di pena sofferto dal detenuto. Al centro della controversia, che investiva solo di riflesso la qualificazione atomistica o globale dell'applicazione, risiedeva invece di fatto la natura della misura. L'interpretazione della Cassazione intendeva che i periodi semestrali avevano solo valore di parametro di calcolo delle detrazioni di pena e reggeva se oggetto delle riduzioni di pena era ritenuto non tanto il giudizio positivo sull'impegno mostrato nella partecipazione al trattamento, quanto il risultato conseguito dall'essersi rieducato, ciò che annullava ogni possibile distinzione concettuale tra la liberazione anticipata e quella condizionale.

Dopo la riforma del 1986, grazie alla quale tale formulazione normativa è cambiata nell'attuale "ogni singolo semestre", per superare siffatta interpretazione è dovuta intervenire la Consulta, che con una sentenza interpretativa di rigetto (n. 276 del 1990) ha considerato il presente istituto "strumento di grande valore psicologico rappresentato da una sollecitazione che impegna le energie volitive del condannato alla prospettiva di un premio da cogliere nel breve lasso di tempo, purché in quel tempo egli riesca a dare adesione all'azione rieducativa", opinando che la contraria interpretazione della norma denunciata appariva radicalmente incompatibile alla natura propria di tale misura in quanto "se si dovesse riservare ad un giudizio lontano, finale e globale, l'effettiva valutazione della partecipazione semestrale del condannato all'azione rieducativa, da una parte ogni incentivo psicologico resterebbe frustrato a causa dell'incertezza che il futuro riserverebbe agli sforzi adesivi degli interessati e, dall'altra, resterebbero maggiormente penalizzati coloro che fin dall'inizio avevano messo a disposizione tutta la loro buona volontà" (*Cons. dir.*, pt. 3), così che "anche quando la valutazione si verifichi di fatto in un momento finale, essa vada sempre riferita 'ai singoli

semestri', senza che la negativa valutazione di uno o più di essi possa comportare la decadenza dal diritto di vedere riconosciuto il beneficio per quello o quelli nei quali le condizioni di legge si siano verificate" (*Cons. dir.*, pt. 6). Nonostante tale lettura costituzionalmente imposta della complessiva disciplina oggi vigente, la giurisprudenza di legittimità spesso rifugge comunque da un'applicazione delle riduzioni di pena in una mera prospettiva disciplinare, in favore di una residuale funzione rieducativa dell'istituto, facendo così registrare due distinti filoni esegetici. Da un lato, si assiste a un orientamento che privilegia l'autonoma valutazione, senza alcuna riserva, di ogni singolo semestre, con la conseguenza che il giudizio sulla partecipazione del condannato all'opera di rieducazione può essere diverso per i vari semestri. Da un altro, si riscontra il persistere di un indirizzo che, fatto salvo il ricorso in astratto al giudizio sulla partecipazione formulato in modo frazionato per semestri, rivendica la necessità in concreto di tenere conto dei fatti ostativi, verificatesi in semestri precedenti ovvero emersi in semestri successivi, che appaiano indicativi di mancata partecipazione al trattamento per tutto il periodo preso in considerazione.

In via generale, va comunque rilevato che la posizione prevalente ad orientamento premiale finisce per omologare la concreta fisionomia strutturale tra le riduzioni di pena e i permessi premio, nonostante solo il secondo istituto faccia effettivamente riferimento ai concetti di "premio" e di soprattutto di "regolare condotta". Deve inoltre segnalarsi che nonostante la valutazione atomistica dei semestri di pena consenta una potenziale estensione della fruibilità delle riduzioni di pena, non sempre una siffatta applicazione in chiave premiale produce un effettivo vantaggio per il condannato: si pensi al caso non infondato né infrequente di una persona che manifesti un sincero intento di reinserimento sociale negli ultimi tempi di una lunga detenzione, dopo che dai primi momenti la grande parte del suo periodo detentivo è stato scandito da un comportamento inosservante delle regole della disciplina inframuraria; in tale situazione, una valutazione globale del periodo di pena espiata consentirebbe al condannato una riduzione di pena ben maggiore di quella derivante dall'attuazione della concezione frazionata, che porterebbe al diniego della detrazione in relazione a quei semestri nel corso dei quali il suo comportamento non si sia rivelato partecipativo all'attività rieducativa.

Un ulteriore profilo riguarda l'attualità dello stato detentivo del condannato. La giurisprudenza ha costantemente risposto che, per dar luogo all'applicazione di questo istituto, occorre che l'istante sia sottoposto a condanna definitiva e che

questa sia già in fase esecutiva. Le conseguenze pacifiche di tale posizione sono, in primo luogo, l'impossibilità che la persona sottoposta a custodia cautelare, o agli arresti domiciliare che alla stessa risultano equiparati, possa richiedere le riduzioni di pena prima dell'esecuzione della condanna definitiva, anche se poi i periodi trascorsi in carcerazione preventiva saranno suscettibili delle detrazioni di pena; in secondo luogo, l'impossibilità per il condannato già liberato in via definitiva di richiedere le riduzioni di pena in relazione alla condanna già scontata, al fine di ottenere un abbuono di pena da detrarre per eventuali necessità future. Una conseguenza controversa è invece relativa al caso in cui la non attualità dello stato detentivo non costituisca un dato di fatto definitivo, ma derivi invece da una temporanea interruzione della pena detentiva, che è comunque destinata a riprendere appena trascorso un determinato periodo. Per esempio, si tratta della condizione di chi è sottoposto al rinvio dell'esecuzione della pena (artt. 146 e 147 c.p.). Sul punto, nella giurisprudenza convivono un orientamento che ammette la proponibilità dell'istanza per le riduzioni di pena, sul presupposto che nonostante in sospensione un rapporto esecutivo è comunque in atto, con quello opposto che nega tale possibilità, in difetto di uno stato detentivo in corso.

Un ultimo tema concerne la computabilità dei periodi trascorsi in custodia cautelare e in detenzione domiciliare, come pure in costanza delle altre misure alternative alla detenzione, della liberazione condizionale e dei permessi premio. L'ipotesi del rapporto tra riduzioni di pena e custodia cautelare e detenzione domiciliare, come si è già visto in precedenza, è positivamente risolto dalla legge, con un'indicazione normativa che suscita notevoli perplessità e che legittima un sostanziale giudizio di scopo deflativo sull'istituto in commento. Con riguardo al periodo trascorso in *custodia cautelare*, per ammettersi una possibile partecipazione dell'indagato o dell'imputato all'opera di rieducazione, la giurisprudenza ha forzatamente richiamato l'art. 1, c. 5, o.p., che si riferisce al trattamento in capo agli indagati o imputati, e l'art. 15, c. 3, o.p., secondo cui gli indagati o imputati sono ammessi, a loro richiesta, a partecipare ad attività educative, culturali e ricreative, nonché a svolgere attività lavorativa o formazione professionale. Con riferimento alla misura cautelare degli *arresti domiciliari* e alla misura alternativa della *detenzione domiciliare*, per quanto la prima costituisca una modalità di esecuzione della custodia cautelare e la seconda un modalità di espiazione della pena detentiva, la loro essenza extracarceraria segna la sostanziale impossibilità di valutare

la partecipazione dell'interessato all'opera di rieducazione; più volte salvata dalla Corte costituzionale (ord. 327/1989, sulla detenzione domiciliare; sent. 352/1991, sugli arresti domiciliari), tale previsione legislativa ha costretto gli interpreti a interrogarsi circa i criteri di valutazione che consentano la concessione delle riduzioni di pena per il periodo trascorso agli arresti domiciliari o in detenzione domiciliare, laddove in difetto dell'osservazione inframuraria e di opportunità trattamentali si è ritenuto si possano considerare sopra tutto la condotta tenuta dall'interessato, l'osservanza degli obblighi imposti e l'espletamento dell'attività lavorativa eventualmente consentita, secondo gli elementi acquisibili tra l'altro dalla pubblica sicurezza e dal servizio sociale. Anche il caso dell'*affidamento in prova al servizio sociale* è stato disciplinato dal legislatore, che all'art. 47, c. 12-*bis*, o.p. ha espressamente stabilito che la detrazione di pena può essere concessa anche all'affidato che abbia dato prova, nel periodo di affidamento, di un suo concreto recupero sociale, desumibile da comportamenti rivelatori del positivo evolversi della sua personalità. La norma pare perseguire il tentativo di legare la concessione dell'istituto in esame all'accertamento di specifici comportamenti, dai quali potersi desumere un recupero sociale dell'interessato. Sulla *liberazione condizionale* non vi è uniformità di interpretazione a proposito della possibilità per il condannato condizionalmente liberato di poter richiedere le riduzioni di pena in relazione al periodo trascorso in misura alternativa. La giurisprudenza più recente risulta comunque favorevole, sul presupposto che il periodo trascorso in libertà vigilata debba considerarsi esecuzione della pena a tutti gli effetti. Per i *permessi premio* infine non sussistono questioni interpretative circa la possibilità di comprendere anche i giorni trascorsi in permesso premio nel periodo che integra il semestre ai fini della valutazione delle riduzioni di pena. La spiegazione va rinvenuta nella circostanza che, durante la fruizione dei permessi premio, l'interessato non perde la condizione di detenuto ed è tenuto a uniformarsi a criteri di condotta, la cui violazione può essere sanzionata tra l'altro anche sul piano disciplinare.

Un cenno conclusivo interessa l'esclusione delle riduzioni di pena dal divieto di concessione delle misure penitenziarie, di cui all'art. 4-*bis* o.p., e di conseguenza la compatibilità col regime di sospensione delle regole trattamentali, di cui all'art. 41-*bis*, seconda parte, o.p. La giurisprudenza è nel senso di ammettere le riduzioni di pena anche nei confronti dei ristretti sottoposti al regime speciale in questione, nonostante i problemi derivanti dall'individuazione dei presupposti legittimanti la concessione della misura, che saranno necessaria-

mente diversi da quelli richiesti per coloro che si trovano in regime ordinario, non essendo ovviamente utilizzabile quello relativo alle opportunità risocializzanti che gli sono di fatto precluse.

In merito al *requisito soggettivo*, la principale disputa interessa l'individuazione degli elementi sui quali fondare lo scopo del reinserimento nella società. Si tratta dell'ennesimo punto di emersione della contrapposizione sulla natura dell'istituto, che vede confrontarsi un orientamento che ritiene vada assunto il criterio della buona condotta del condannato nel semestre oggetto della decisione con un altro che invece valorizza la necessità per il condannato di aver dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione, ricavandone i parametri valutativi dal regolamento penitenziario, secondo cui "la partecipazione del condannato all'opera di rieducazione è valutata con particolare riferimento all'impegno dimostrato nel trarre profitto dalle opportunità offertegli nel corso del trattamento e al mantenimento di corretti e costruttivi rapporti con gli operatori, con i compagni, con la famiglia e la comunità esterna" (art. 103, c. 2, r.p.).

5.3. L'applicazione

La *competenza* per l'*applicazione* delle riduzioni di pena è affidata al magistrato di sorveglianza (art. 69, c. 8, o.p.), secondo uno specifico procedimento di concessione (art. 69-bis o.p.).

È opportuno commentare due evoluzioni normative, per il relativo significato sul piano della natura giuridica del presente istituto. La prima modifica è introdotta dalla l. 663/1986, grazie alla quale tra l'altro la detrazione di pena "è concessa", non più "può essere concessa". Per i sostenitori dell'orientamento premiale-disciplinare, se ne ricava che, laddove ne sussistano i presupposti di legge, l'applicazione delle riduzioni di pena risulta obbligatoria, quindi si configura non come potere discrezionale del giudice, ma quale diritto soggettivo del condannato; per i fautori dell'indirizzo preventivo-rieducativo, invece, residua una valutazione discrezionale della condotta del condannato, sebbene qualora si riscontri la partecipazione all'opera di rieducazione da parte del condannato la concessione delle detrazioni di pena divenga doverosa, in coerenza con la considerazione atomistica dei periodi scontati (come sostenuto anche da Corte cost., sent. 276/1990, *Cons. dir.*, pt. 4). La seconda innovazione è dovuta alla l. 277/2002, con la quale la competenza sulla concessione sulle riduzioni di pena è diventata del magistrato di sorveglianza, non più del tribunale. Secondo i

favorevoli alla concezione premiale, la decisione di trasferire la competenza in materia al giudice monocratico e di ridisegnarne la procedura nel senso della semplificazione è necessario esito del dato di realtà di un tasso di accoglimento delle istanze delle riduzioni di pena che ha raggiunto e superato la soglia media dell'80%, comprovando che l'istituto è applicabile in sostanza al mero comportamento corretto e rispettoso del condannato e consentendo di argomentarne di conseguenza una sorta di piana automaticità nella concessione; secondo i difensori della visione rieducativa, invece, tali modifiche sono conseguite al definitivo imporsi della valutazione atomistica dei periodi espiati e alla maggiore prossimità della figura monocratica coi diretti interessati, cui resta comunque la possibilità di ristabilire mediante il reclamo le forme ordinarie del procedimento di sorveglianza.

5.4. La revoca

La condanna per delitto non colposo, commesso nel corso dell'esecuzione successivamente alla concessione delle *riduzioni di pena*, ne comportano la *revoca* (v. art. 54, c. 3, o.p.).

La Corte costituzionale (sent. 186/1995) ha dichiarato l'illegittimità della norma, nella parte in cui prevede la revoca della liberazione anticipata nel caso di condanna per delitto non colposo, commesso nel corso dell'esecuzione successivamente alla concessione dell'istituto, anziché stabilire che la liberazione anticipata è revocata se la condotta del soggetto, in relazione alla condanna subita, appare incompatibile con il mantenimento della misura. Nel percorso argomentativo verso tale conclusione, la Consulta richiama a confronto il diverso regime che disciplina la revocabilità delle misure alternative alla detenzione previste dall'ordinamento penitenziario, rilevandone l'ingiustificato arresto che può subire il percorso di risocializzazione del condannato in dipendenza dell'automatismo che contraddistingue(va) la revoca delle riduzioni di pena; secondo i Giudici costituzionali, che ritornano sulla natura giuridica della misura, "tale indifferenza normativa per qualsiasi tipo di apprezzamento in ordine alla compatibilità o meno degli effetti che scaturiscono dalla liberazione anticipata rispetto al valore sintomatico che in concreto può assumere l'intervenuta condanna, lascia quindi presupporre che al fondo di una simile rigorosa opzione stia nulla più che un preciso disegno volto ad assicurare, attraverso un meccanismo di tipo meramente sanzionatorio, la sola

“buona condotta” del soggetto in espiazione di pena, relegando così nell’ombra proprio quella funzione di impulso e di stimolo ad una efficace collaborazione nel trattamento rieducativo che costituisce l’essenza stessa dell’istituto” (*Cons. dir.*, pt. 2).

SEZIONE B. GLI ISTITUTI TRATTAMENTALI

1. I permessi e le licenze

(*V. artt. 30, 30-bis, 30-ter, 30-quater, 53, 53-bis e 58-ter o.p., 64-66 e 102 r.p. e 385 c.p.*)

1.1. I lineamenti

I *permessi* e le *licenze* consistono nella possibilità per i condannati e gli internati di trascorrere un determinato periodo di tempo fuori dall’istituto, per effettuare visite o coltivare interessi di tipo personale o familiare (v. artt. 30, c. 1 e 2, 30-ter, c. 1, 53, c. 2, o.p.).

Della riforma del 1975, la disciplina dei *permessi* e delle *licenze* fu l’unica a trovare immediata attuazione, stante i ritardi strutturali nell’applicazione degli altri istituti, quali l’affidamento in prova al servizio sociale e il regime di semilibertà, che avrebbero dovuto segnare in termini profondamente nuovi la fase esecutiva della pena. Il generale deterioramento del panorama politico nel biennio successivo all’entrata in vigore della legislazione penitenziaria, con il progressivo accentuarsi della campagna repressiva di legge e ordine, trovò facile obiettivo su cui canalizzare l’allarme sociale che si intendeva alimentare nella questione dei mancati rientri da tali misure, sebbene essendosi attestati attorno al cinque per cento di tutti quelli concessi fossero considerabili decisamente fisiologici e tollerabili. Con la l. 450/1977 vennero quindi apportate rilevanti modifiche alla versione allora vigente dei permessi, con indicazioni restrittive rispetto all’originaria disciplina.

La novella del 1986 introdusse la diversa figura dei *permessi premio*, caratterizzati da differenze sostanziali di natura e di requisiti rispetto ai precedenti permessi. Accanto ai permessi dell’ordinamento del 1975, rivolti a condannati

e internati e contraddistinti dall'eccezionalità, dunque estranei al trattamento individualizzato, la riforma del 1986 infatti aggiunse i permessi premio, dedicati ai soli condannati e caratterizzati dall'ordinarietà, poiché dentro all'orizzonte special-preventivo. Per questo motivo, l'analisi che segue viene articolata secondo le singole versioni dei permessi e delle licenze, mediante l'opportuna griglia dei profili regolativi.

Le *licenze* ai condannati e agli internati nello stato di *semiliberi* (artt. 52 e 53, c. 3-6, o.p.) sono state affrontate nella pertinente trattazione relativa alla semilibertà [v. *antea*, parte II, par. IV, sez. A, par. 3.5].

1.2. *I requisiti*

a) *Permessi*

Nel caso di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente, ai condannati, agli internati, agli imputati e agli indagati può essere concesso il permesso di recarsi a visitare l'infermo (v. artt. 30, c. 1, o.p.). Analoghi permessi possono essere concessi eccezionalmente per eventi familiari di particolare gravità (v. art. 30, c. 2, o.p.). In entrambe tali ipotesi, i permessi hanno una durata massima di cinque giorni, oltre al tempo necessario per raggiungere il luogo dove il detenuto o l'internato deve recarsi (v. art. 64, c. 1, r.p.).

In merito alla *natura* giuridica dei *permessi* (altrimenti noti come *permessi di necessità o eccezionali*), si può affermare che tali permessi hanno presto cessato di costituire un importante strumento di trattamento del ristretto, per divenire invece un rimedio straordinario a singoli episodi della vita dell'interessato, collegabili a eventi familiari connotati dalla natura eccezionale. Del resto, nell'assumere l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, c. 2, o.p., l'Avvocatura generale dello Stato aveva sostenuto che "dopo i noti abusi, nella normativa più recente l'istituto del permesso non è più destinato a finalità di trattamento, ma intende solo consentire che il condannato sia vicino ai propri cari in momenti di particolare gravità" (Corte cost., sent. 77/1984, *Rit.fat.*, pt. 2). Ciò nonostante, la magistratura di sorveglianza aveva mostrato delle significative resistenze nei confronti delle restrizioni alla concedibilità dell'istituto, sovente concedendo i permessi anche oltre le ipotesi enunciate dalla norma.

b) Permessi premio

Ai condannati che hanno tenuto regolare condotta e che non risultano socialmente pericolosi, possono essere concessi permessi premio, di durata non superiore ogni volta a quindici giorni e nel complesso a quarantacinque giorni in ciascun anno di espiazione, per consentire di coltivare interessi affettivi, culturali o lavorativi (v. art. 30-ter, c. 1, o.p.). La concessione è ammessa:

a) nei confronti dei condannati all'arresto, o alla reclusione non superiore a quattro anni, anche se congiunta all'arresto (v. art. 30-ter, c. 4, o.p.); in tali casi, nei confronti dei condannati cui è stata applicata la recidiva reiterata, dopo l'espiazione di un terzo della pena (v. art. 30-quater, c. 1, lett. a, o.p.);

b) nei confronti dei condannati alla reclusione superiore a quattro anni, dopo l'espiazione di almeno un quarto della pena (v. art. 30-ter, c. 4, o.p.); in tale caso, se si tratta di recidivi reiterati, dopo l'espiazione della metà della pena (v. art. 30-quater, c. 1, lett. b, o.p.);

c) nei confronti dei condannati alla reclusione per taluno dei delitti indicati nell'art. 4-bis o.p., dopo l'espiazione di almeno la metà della pena, e comunque di non oltre dieci anni (v. art. 30-ter, c. 4, o.p.); in tali casi, se si tratta di recidivi reiterati, dopo l'espiazione dei due terzi della pena, e comunque di non oltre quindici anni (v. art. 30-quater, c. 1, lett. c, o.p.), mentre se si tratta di collaboratori di giustizia non valgono tali limiti di pena (v. art. 58-ter, c. 1, o.p.), peraltro nemmeno i criteri generali di cui sopra, in quanto secondo altra disciplina speciale successiva è possibile accedervi in deroga alle regole comuni senza l'espiazione di alcun particolare limite di pena (v. art. 16-nonies, c. 4, d.l. 8/1991, conv. con modd. da l. 82/1991);

d) nei confronti dei condannati all'ergastolo, dopo l'espiazione di almeno dieci anni (v. art. 30-ter, c. 4, o.p.); in tale caso, se si tratta di recidivi reiterati, dopo l'espiazione dei due terzi della pena, e comunque di non oltre quindici anni (v. art. 30-quater, c. 1, lett. c, o.p.).

Nei confronti dei ristretti che, durante l'espiazione della pena o delle misure restrittive, hanno riportato condanna o sono imputati per delitto doloso, commesso durante l'espiazione della pena o l'esecuzione di una misura restrittiva della libertà personale, la concessione è ammessa soltanto decorsi due anni dalla commissione del fatto (v. art. 30-ter, c. 5, o.p.).

La condotta dei condannati si considera regolare quando gli interessati, durante la detenzione, hanno manifestato costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale, nelle attività organizzate negli istituti e nelle eventuali attività lavorative o culturali (v. art. 30-ter, c. 8, o.p.).

A proposito della *natura* giuridica dei *permessi premio*, emergono due diverse indicazioni letterali, entrambe presenti nel dettato normativo: la rubrica della disposizione e la definizione della figura stabiliscono la valenza premiale dell'istituto ("permessi premio", art. 30-ter o.p.); il testo della norma sancisce la collocazione trattamentale dell'esperienza ("parte integrante del programma di trattamento", art. 30-ter, c. 3, o.p.). Da tali elementi, in una direzione ci si è espressi per la valorizzazione sostanzialmente assoluta della logica premiale dei permessi premio, in quest'ottica considerati alla stregua di una ricompensa per la regolare condotta carceraria; in altra direzione si è invece sostenuta la valenza altamente rieducativa, in questo senso fondati sull'obiettivo dell'abbandono delle vecchie scelte criminali. In ogni caso, la dottrina prevalente e nondimeno la giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale fanno comunque riferimento al carattere polifunzionale dell'istituto: dalla sent. 188/1990, dichiarativa dell'infondatezza di questioni di legittimità degli artt. 53-bis e 14-ter, c. 3, o.p., la Consulta si è richiamata all'istituto dei permessi premio quale "incentivo alla collaborazione del detenuto con l'istituzione carceraria, appunto in funzione del premio previsto, in assenza di particolare pericolosità sociale quale conseguenza di regolare condotta, tanto da venir considerato esso stesso strumento di rieducazione in quanto consente un iniziale reinserimento del condannato nella società, così da potersene trarre elementi utili per l'eventuale concessione di misure alternative alla detenzione" (*Cons. dir.*, pt. 2); la migliore dottrina ha argomentato che il concetto di istituto special-preventivo e quello di misura premiale non debbano necessariamente costituire un'antinomia insuperabile, poiché ogni misura special-preventiva deve fondarsi su accertati presupposti di merito, appunto la fattispecie di meritevolezza sanzionata dal premio. In ultima analisi, pur non trovandosi collocato e non potendo ricondursi dentro la categoria delle misure alternative alla detenzione, il permesso premio va comunque considerato quale strumento di rieducazione del reo, poiché parte integrante del trattamento individualizzato, e può quindi porsi alla base della scala graduale delle misure penitenziarie, come istituto prodromico alla progressiva decarcerizzazione del ristretto.

In merito ai *requisiti oggettivi*, si può precisare innanzitutto che i potenziali destinatari dei permessi premio risultano i soli condannati, vale a dire coloro che sono assoggettati a sentenza passata in giudicato (artt. 30-ter, c. 1 e 4, e 30-quater o.p.). Inoltre, deve trattarsi di condannati detenuti, ciò significa nella condizione attuale di stato detentivo e con esclusione di coloro che godono di misure alternative (art. 30-ter, c. 1 e 8, o.p.). Sui limiti di pena, invece, si può osservare dapprima come

dalla complessa disciplina si ricavi che nella prima ipotesi, relativa ai condannati all'arresto in ogni caso o alla reclusione sino ai quattro anni, la concessione è possibile da subito, senza dover attendere un minimo periodo fisso o proporzionale, come per le altre ipotesi. Infine, deve rammentarsi che il legislatore ha stabilito delle previsioni derogatorie per talune situazioni, che fanno riferimento a diversi istituti e verranno esaminare in apposita trattazione [v. *postea*, parte II, capp. IV, sez. C, par. 1, e V, sez. D, parr. 1.2 e 2.2].

Con riguardo ai *requisiti soggettivi*, si può osservare che la definizione della regolarità della condotta, incentrata sull'abituale rispetto nel comportamento interno, pare iscriversi nel registro premiale del governo disciplinare, fondato su sanzioni e ricompense (v. art. 76 r.p.). La previsione dell'assenza della pericolosità si riferisce alla disciplina codicistica della pericolosità sociale, dunque occorrerà un giudizio prognostico idoneo a escludere la probabilità che l'interessato commetta nuovi fatti previsti dalla legge come reati (v. art. 203 c.p.).

c) Licenze

Agli internati può essere concessa, per gravi esigenze personali o familiari, una licenza di durata non superiore a quindici giorni (v. art. 53, c. 2, o.p.); inoltre, agli stessi può essere concessa una licenza di durata non superiore a trenta giorni, una volta all'anno, al fine di favorirne il riadattamento sociale (v. art. 53, c. 2, o.p.); infine, ai medesimi può essere concessa una licenza di sei mesi, nel periodo immediatamente precedente alla scadenza fissata per il riesame della pericolosità (v. art. 53, c. 1, o.p.).

1.3. L'applicazione

a) Permessi

La *competenza sull'applicazione* dei permessi ai condannati e agli internati è del magistrato di sorveglianza, mentre quella per gli indagati o imputati varia in capo a diverse autorità giudiziarie con riferimento allo stato del procedimento (v. art. 30, c. 1, o.p.). Il permesso è sottoposto alle cautele previste dal regolamento (v. artt. 30, c. 1, o.p.). Nel provvedimento di concessione sono stabilite le opportune prescrizioni e in ogni caso è specificato se il detenuto o l'internato deve o meno essere scortato per tutto o per parte del tempo del permesso, avuto riguardo alla personalità dell'interessato e all'indole del reato di cui è imputato o per il quale è stato condannato (v. art. 64, c. 2, r.p.). Nel provvedimento di

concessione del permesso possono essere specificate le modalità delle operazioni di scorta, che sono effettuate dal Corpo di polizia penitenziaria (v. art. 64, c. 5, r.p.). Per i permessi di durata superiore alle dodici ore può essere disposto che il detenuto o l'internato trascorra la notte in un istituto penitenziario (v. art. 64, c. 4, r.p.).

b) Permessi premio

La *competenza sull'applicazione* dei permessi premio ai condannati è del magistrato di sorveglianza, sentito il direttore dell'istituto (v. art. 30-ter, c. 1, o.p.). Il direttore dell'istituto deve corredare la domanda del condannato con l'estratto della cartella personale, esprimendo il proprio parere motivato al magistrato di sorveglianza, avuto riguardo alla condotta del condannato, alla sua pericolosità sociale, ai motivi addotti, ai risultati dell'osservazione scientifica della personalità espletata e del trattamento rieducativo praticato, nonché della durata della pena detentiva inflitta e alla durata della pena ancora da espiare (v. art. 65, c. 1, r.p.). Nell'adottare il provvedimento di concessione, il magistrato di sorveglianza stabilisce le opportune prescrizioni relative alla dimora e, ove occorra, al domicilio del condannato durante il permesso premio (v. art. 65, c. 2, r.p.).

c) Licenze

La *competenza sull'applicazione* delle licenze agli internati è del magistrato di sorveglianza (v. art. 69, c. 7, o.p.).

1.4. L'esecuzione

a) Permessi

L'esecuzione dei permessi concessi ai sensi dell'art. 30, c. 2, o.p. è sospesa sino alla scadenza del termine per il reclamo e durante il relativo procedimento (v. art. 30-bis, c. 7, o.p.); ai permessi concessi ai sensi dell'art. 30, c. 1, o.p. non si applicano tali disposizioni (quindi sono immediatamente esecutivi), ma in tal caso è obbligatoria la scorta (v. art. 30-bis, c. 8, o.p.).

Il tempo trascorso dal detenuto o dall'internato in permesso è computato a ogni effetto nella durata delle misure restrittive della libertà personale, salvi i casi di mancato rientro o di altri gravi comportamenti, da cui risulta che la persona se ne è dimostrata non meritevole (v. art. 53-bis, c. 1, o.p.).

b) Permessi premio

L'esperienza dei permessi premio è parte integrante del programma di trattamento e deve essere seguita dagli educatori e dagli assistenti sociali penitenziari, in collaborazione con gli operatori sociali del territorio (v. art. 30-ter, c. 3, o.p.). Durante il permesso premio, i controlli del condannato sono effettuati dall'Arma dei Carabinieri o dalla Polizia di Stato; in casi particolari, l'Amministrazione penitenziaria può disporre ulteriori controlli da parte del personale del Corpo di polizia penitenziaria (v. art. 65, c. 3, r.p.). In caso di necessità, il condannato in permesso premio può rivolgersi all'istituto o al centro di servizio sociale territorialmente competenti, che saranno informati e forniti di documentazione adeguata nei tempi più rapidi. L'interessato può segnalare le proprie esigenze, in ordine alle quali l'istituto o il centro si attiva per dare la più opportuna e tempestiva risposta, secondo le rispettive competenze istituzionali (v. art. 65, c. 6, r.p.).

Si può osservare che la previsione legislativa sul coinvolgimento e sulla collaborazione degli educatori e degli assistenti sociali del penitenziario con gli operatori sociali del territorio appare assai opportuna, in quanto tende a impegnare e a responsabilizzare insieme chi si occupa del trattamento rieducativo in carcere e chi dell'assistenza sociale nel luogo ove presumibilmente dovrà attuarsi il reinserimento sociale in libertà. Per contro, la traduzione regolamentare di tale norma risulta piuttosto inadeguata, dal momento che declina quell'ambiziosa prescrizione di sistema, che si rivolge ai mandati professionali delle figure dell'area sociale ed educativa, nell'eventuale necessità di caso, che si manifesta con le esigenze contingenti del condannato in permesso premio.

c) Licenze

Il tempo trascorso dal detenuto o dall'internato in licenza è computato a ogni effetto nella durata delle misure restrittive della libertà personale, salvi i casi di mancato rientro o di altri gravi comportamenti, da cui risulta che la persona se ne è dimostrata non meritevole (v. art. 53-bis, c. 1, o.p.).

1.5. La revoca

a) Permessi

Il detenuto che non rientra in istituto allo scadere del permesso, senza giustificato motivo, se l'assenza si protrae per oltre tre ore e non più di dodici è punito in via disciplinare, invece se l'assenza si protrae per un tempo maggiore è punito per il delitto di evasione (v. art. 385, c. 1, c.p.) e la pena è diminuita se l'interessato si costituisce in carcere prima della condanna (v. art. 385, c. 4, c.p.) (v. artt. 30, c. 3, o.p.). L'internato che rientra in istituto dopo tre ore dalla scadenza del permesso, senza giustificato motivo, è punito in via disciplinare (v. art. 30, c. 4, o.p.).

Nei casi di mancato rientro o di altri gravi comportamenti, da cui risulta che la persona si è dimostrata non meritevole del permesso, sull'esclusione del periodo trascorso dal computo a ogni effetto nella durata della misura restrittiva della libertà personale decide il magistrato di sorveglianza (v. art. 53-*bis*, c. 1, o.p.).

Chiunque, essendo legalmente arrestato o detenuto per un reato, evade è punito con la reclusione da uno a tre anni (v. art. 385, c. 1, c.p.). La pena è della reclusione da due a cinque anni se il colpevole commette il fatto usando violenza o minaccia verso le persone, ovvero mediante effrazione; ed è da tre a sei anni se la violenza o minaccia è commessa con armi o da più persone riunite (v. art. 385, c. 2, c.p.). Le disposizioni precedenti si applicano anche all'indagato o imputato che essendo in stato di arresto nella propria abitazione o in altro luogo designato nel provvedimento se ne allontani, nonché al condannato ammesso a lavorare fuori dello stabilimento penale (v. art. 385, c. 3, c.p.). Quando l'evaso si costituisce in carcere prima della condanna, la pena è diminuita (v. art. 385, c. 4, c.p.).

b) Permessi premio

Si applicano le disposizioni sui permessi di cui all'art. 30, c. 3 e 4, o.p. (v. art. 30-*ter*, c. 6, o.p.).

c) Licenze

Nei casi di mancato rientro o di altri gravi comportamenti, da cui risulta che la persona si è dimostrata non meritevole della licenza, sull'esclusione del periodo trascorso dal computo a ogni effetto nella durata della misura restrittiva della libertà personale decide il magistrato di sorveglianza (v. art. 53-*bis*, c. 1, o.p.).

2. La remissione del debito

(V. artt. 6 (L) d.P.R. 115/2002 e 106 r.p.)

2.1. I lineamenti

La *remissione del debito* consiste nell'estinzione delle obbligazioni civili per le spese del processo e per quelle del mantenimento in istituto penitenziario, nel caso di particolari condizioni soggettive dell'interessato (v. art. 6 (L) d.P.R. 115/2002).

Sino alla novella del 2002, nello stesso capo dell'ordinamento penitenziario dedicato alle misure alternative alla detenzione trovava collocazione anche l'istituto della remissione del debito (l. 354/1975, titolo I, capo VI: "Misure alternative alla detenzione e remissione del debito").

Nonostante tale originaria sistemazione, la remissione del debito non va confusa con le misure alternative alla detenzione, sia pure queste vengano considerate nella loro più ampia accezione. L'istituto in esame si sostanzia nella mera rinuncia da parte dello Stato a un proprio credito per ragioni di carattere sociale. Alla buona condotta del condannato o dell'internato ne consegue la rinuncia da parte dell'erario a far valere la propria pretesa creditoria al rimborso delle spese di giustizia sostenute. Rispetto alla sua *natura* giuridica, la remissione del debito va considerata uno strumento premiale, verso l'interessato che si sia comportato bene durante l'esecuzione della pena e dopo la sua estinzione si sia trovato in condizioni disagiate dal punto di vista economico, avente lo scopo di agevolarne il reinserimento sociale. La logica premiale dell'istituto risulta risiedere nel tentativo di neutralizzare un pericoloso fattore di desocializzazione della persona meritevole, quando cessa davanti la giustizia lo stato di condannato o

di internato per proiettarsi da libero nella società, dove dovrebbe avvalersi dei positivi risultati del trattamento risocializzante senza il peso delle obbligazioni civili che gli derivano dalla precedente condizione. Anche secondo la Corte costituzionale, l'istituto persegue un duplice obiettivo: "è infatti identificabile innanzi tutto una finalità premiale per la "regolare condotta" dal condannato, indice di ravvedimento e di avvenuto recupero. Concorre poi con essa una finalità di agevolazione del reinserimento sociale realizzata con la rimozione della difficoltà di ordine economico in cui altrimenti verrebbe a trovarsi il condannato in ragione delle sue "disagiate condizioni economiche" (sent. 342/1991, *Cons. dir.*, pt. 2).

Il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia (d.P.R. 115/2002) ha abrogato la norma presente nell'ordinamento penitenziario (v. art. 56 o.p.) e ha introdotto la disciplina vigente (v. art. 6 (L) d.P.R. 115/2002), che asseconda doverosamente le indicazioni della giurisprudenza costituzionale che era intervenuta sulla precedente regolamentazione, senza apportare sostanzialmente altre innovazioni.

2.2. *I requisiti*

Se l'interessato non è stato detenuto o internato, il debito per le spese del processo è rimesso nei confronti di chi si trova in disagiate condizioni economiche e ha tenuto una regolare condotta in libertà (art. 6 (L), c. 1, d.P.R. 115/2002). Se l'interessato è stato detenuto o internato, il debito per le spese del processo e per quelle di mantenimento è rimesso nei confronti di chi si trova in disagiate condizioni economiche e ha tenuto in istituto una regolare condotta, ai sensi dell'art. 30-ter, c. 8, o.p. (v. art. 6 (L), c. 2, d.P.R. 115/2002).

In merito al *requisito oggettivo* delle "disagiate condizioni economiche", deve ritenersi che l'interpretazione della situazione materiale assunta dalla disciplina penitenziaria sia meno rigorosa rispetto a quella codicistica sostanziale e processuale. Il disagio economico va considerato uno stato patrimoniale meno assoluto o grave rispetto a quello dell'effettiva insolvibilità, sicché le condizioni economiche saranno disagiate non solo in caso di totale indigenza, ma anche qualora l'adempimento delle obbligazioni comporterebbe un serio e rilevante squilibrio nel bilancio personale, tale da compromettere il reinserimento dell'interessato.

Con riguardo al *requisito soggettivo* della “regolare condotta”, può rinviarsi all’interpretazione della norma penitenziaria richiamata, che è relativa all’istituto dei permessi premio e si incentra sulla manifestazione di un costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale e nelle attività organizzate durante la detenzione in istituto.

Nel primo periodo di applicazione di questo istituto, la giurisprudenza aveva peraltro individuato un ulteriore requisito di ammissibilità della sua applicazione, non previsto dalla legge, che consisteva nella necessità che l’interessato avesse espiato almeno parte della pena in un istituto penitenziario. Oggi tale pretesa è anche normativamente superata, sebbene la disciplina non fornisca alcun criterio concreto per valutazione giudiziale della regolare condotta in libertà.

Rispetto alla precedente disciplina dell’istituto, e in particolare riguardo la questione della regolare condotta in libertà per coloro che non abbiano subito detenzione o internamento, la Corte costituzionale aveva dapprima dichiarato l’illegittimità della norma allora vigente sulla remissione del debito, nella parte in cui non prevedeva che, anche indipendentemente dalla detenzione per espiazione di pena o per custodia cautelare, al condannato possano essere rimesse le spese del procedimento se, in presenza del presupposto delle disagiate condizioni economiche, abbia serbato in libertà una condotta regolare (sent. 342/1991). La Consulta era successivamente ritornata sulla norma in esame, laddove nel dichiararne infondata la questione di legittimità costituzionale della parte in cui, secondo il principio di diritto affermato dalla Cassazione, obbliga il decidente, nella valutazione della condotta del condannato ai fini della remissione del debito per spese di mantenimento in carcere, a tenere conto della sola condotta strettamente carceraria, aveva sostenuto che “la finalità di recupero del reo, immanente all’esecuzione penitenziaria, risulta dunque strettamente connessa, con riferimento all’istituto in esame, con l’obiettivo di promuovere la buona condotta carceraria, e con essa il mantenimento dell’ordine e della sicurezza nelle carceri. Assume invece rilievo autonomo e preminente nelle ipotesi nelle quali non vi sia stata alcuna detenzione e non sussista perciò alcuna esigenza di salvaguardia della disciplina carceraria”, di conseguenza “solo in relazione alla remissione del debito per spese di giustizia, e sempre che si tratti di condannati che non abbiano subito alcuna detenzione, deve essere valutata la condotta tenuta in libertà, poiché in questi casi non vi sono impedimenti a che si dispieghi in tutta la sua pienezza la finalità di recupero del reo alla quale l’intera disciplina concorre. Per questi condannati, infatti, il diniego di una agevolazione economica destinata a favorirne il reinserimento sociale risulterebbe irragionevolmente discriminatorio.

Diverso è il discorso sulle spese di mantenimento in carcere, che presuppongono sempre un periodo di detenzione. L'obiettivo di coniugare la finalità di emenda con l'incentivazione alla buona condotta carceraria non può qui subire attenuazioni: ne verrebbe altrimenti tradita la scelta non irragionevole del legislatore di valorizzare le esigenze di ordine e di sicurezza carceraria e pertanto di imporre che siano assunti come indici di ravvedimento solo i comportamenti tenuti durante la detenzione, esclusa ogni valutazione della condotta successiva alla liberazione" (*Cons. dir.*, pt. 3).

2.3. L'applicazione

La *domanda*, corredata da idonea documentazione, è presentata dall'interessato o dai prossimi congiunti, o proposta dal consiglio di disciplina, al magistrato competente, fino a che non è conclusa la procedura per il recupero, che è sospesa se in corso (v. art. 6 (L), c. 3, d.P.R. 115/2002).

La *competenza* sull'applicazione della remissione del debito è del magistrato di sorveglianza (v. art. 69, c. 8, o.p.).

A proposito del *termine* dell'istanza dell'interessato, va ricordato che il precedente regolamento dell'ordinamento penitenziario indicava che la remissione del debito poteva essere richiesta non prima dell'ultimo mese precedente le dimissioni del detenuto o dell'internato e non oltre i tre mesi successivi. La disciplina legislativa e regolamentare vigente afferma invece che la domanda è presentabile sino alla conclusione della procedura per il recupero, mentre tace sull'iniziale e finale termine perentorio della presentazione. Di conseguenza, risulta sostenibile che l'istanza possa essere avanzata a decorrere dal momento in cui, dopo la redazione dello stato di liquidazione, l'interessato sia costituito in debito, cioè quando il credito dell'erario sia divenuto certo, liquido ed esigibile, e pertanto possa avvenire anche in un momento assai distante dalla definitiva scarcerazione. In proposito, gli istituti che comportano una dismissione anticipata, e quindi che ammettono una proposizione della presente domanda che precorre il termine finale della detenzione, sono la liberazione anticipata, l'affidamento in prova al servizio sociale e la liberazione condizionale; non così la semilibertà, che non fa venire meno lo stato detentivo e nel cui caso la relativa istanza potrà riguardare soltanto le spese del processo, mentre per quelle del mantenimento il loro ammontare sarà determinato solamente alla fine della misura alternativa alla detenzione.

SEZIONE C. LE SITUAZIONI DEROGATORIE**1. Il divieto di concessione di benefici**

(V. art. 58-*quater* o.p.)

a) Condanna per delitto di evasione e revoca di misure alternative alla detenzione

L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio, l'affidamento in prova al servizio sociale nei casi previsti dall'art. 47 o.p., la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi al condannato che sia stato riconosciuto colpevole di una condotta punibile a norma dell'art. 385 c.p. (v. art. 58-*quater*, c. 1, o.p.).

La medesima disposizione si applica anche al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa ai sensi degli artt. 47, c. 11, 47-*ter*, c. 6, o 51, c. 1, o.p. (v. art. 58-*quater*, c. 2, o.p.).

Tale divieto di concessione dei benefici opera per un periodo di tre anni, dal momento in cui è ripresa l'esecuzione della custodia o della pena ovvero è stato emesso il provvedimento di revoca della misura (v. art. 58-*quater*, c. 3, o.p.).

Circa la *natura*, entrambi i divieti si fondano sulla presunzione di una temporanea inidoneità dei condannati ad usufruire delle misure penitenziarie e si qualificano per la natura sanzionatoria nei confronti di persone che, dopo aver ottenuto fiducia circa la meritevolezza di accedere agli istituti alternativi, pongono in essere delle condotte che risultano confliggenti con la permanenza in quei percorsi rieducativi.

Riguardo ai *destinatari*, si tratta di due profili differenti. Il primo è quello del condannato per il delitto di evasione, non solo nelle fattispecie previste dal codice penale, che comprendono quella tipica di chi è in stato di detenzione e quella assimilata di chi è ammesso al lavoro all'esterno, ma anche in quelle equiparate dalla legislazione penitenziaria, che riguardano chi si trovi in permesso eccezionale o premio, detenzione domiciliare ordinaria o speciale ovvero semilibertà. In proposito, la giurisprudenza di legittimità resta divisa tra l'orientamento che ritiene che il divieto in questione non operi finché l'interessato non sia stato condannato con sentenza passata in giudicato e l'indirizzo che sottolinea che il divieto di concessione di determinati istituti penitenziari ai condannati per evasione si estende

a coloro i quali hanno patteggiato la pena per tale reato. La seconda fisionomia è quello di qualsiasi condannato, perciò indipendentemente dal reato commesso, cui sia stato revocato l'affidamento, la detenzione domiciliare o la semilibertà, quindi dovrebbe intendersi in modo tassativo con esclusione dell'eventuale revoca non solo dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive, nei cui confronti è stata esclusa dallo stesso legislatore l'applicabilità della presente disciplina (art. 1, c. 8, l. 199/2010), ma anche del lavoro all'esterno, dell'assistenza all'esterno dei figli minori, delle visite al minore infermo o al figlio coniuge o convivente affetto da handicap, della liberazione anticipata, dell'affidamento in casi particolari, della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, della detenzione domiciliare speciale e della liberazione condizionale. Ciò nonostante, in giurisprudenza di legittimità permane contrasto tra il filone che esclude l'operatività del divieto in oggetto al condannato nei cui confronti sia stata disposta la revoca dell'affidamento in casi particolari, poiché tale misura non è espressamente menzionata tra quelle per cui vale la previsione ostativa in esame e che tale norma non è suscettibile di interpretazione analogica in quanto di natura restrittiva, e la corrente che ne ammette una siffatta applicazione estensiva. In fine, va aggiunto che l'ipotesi di revoca della detenzione domiciliare che risulta richiamata si riferisce al solo caso del comportamento contrario alla legge o alle prescrizioni che appaia incompatibile con la prosecuzione della misura, non anche alla diversa situazione del venir meno delle condizioni applicative.

Rispetto ai *benefici*, vanno intesi in senso tassativo, quindi rimangono esclusi da queste preclusioni le visite al minore infermo o al figlio coniuge o convivente affetto da handicap, la liberazione anticipata, l'affidamento in casi particolari, la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, la detenzione domiciliare speciale, l'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive e la liberazione condizionale. A proposito della detenzione domiciliare, in ragione del contrasto delle disposizioni censurate con il principio della protezione dell'infanzia, la Corte costituzionale (sent. 187/2019) ha deciso, in via incidentale, l'illegittimità delle norme in questione, nella parte in cui il loro combinato disposto prevede che, al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una delle misure considerate, non possa essere concessa, per la durata di tre anni, la detenzione domiciliare speciale (art. 47-*quinquies* o.p.), e ha dichiarato, in via consequenziale, l'illegittimità di tali norme, laddove prevedono che, al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una delle misure indicate, non possa essere concessa, per la durata di tre anni, la detenzione domiciliare

ordinaria (art. 47-ter, c. 1, lett. a e b, o.p.), sempre che non sussista un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti.

Quanto all'*applicazione*, il divieto triennale pare operare in modo rigido e automatico al mero inverarsi delle condizioni previste. Peraltro, nel dichiarare inammissibile una questione di legittimità della norma sui condannati per evasione, la Corte costituzionale ha condiviso la lettura adeguatrice della norma censurata già sostenuta dalla Corte di Cassazione e, nel confermare che è esclusa l'ammissibilità nel nostro ordinamento penitenziario della prevalenza assoluta delle esigenze di prevenzione sociale su quelle di recupero dei condannati e che nella materia dei benefici penitenziari è criterio vincolante quello che esclude rigidi automatismi e richiede che sia resa possibile invece una valutazione individualizzata caso per caso, ha proposto come interpretazione costituzionalmente orientata che "la possibilità di valutare, caso per caso, con motivazione approfondita e rigorosa, la personalità e le condotte concrete del condannato responsabile del reato di cui all'art. 385 c.p. consentirebbe di evitare al contempo la lesione di diritti inviolabili della persona, il trattamento eguale di situazioni diverse, la vanificazione della funzione rieducativa della pena e la compromissione degli interessi della famiglia e dei figli minorenni, costituzionalmente protetti" (sent. 189/2010, *Cons. dir.*, pt. 3).

b) Condanna per delitto di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione e sequestro di persona a scopo di estorsione

I benefici indicati nel c. 1 dell'art. 4-bis o.p. non sono concessi ai condannati per i delitti di cui agli artt. 289-bis e 630 c.p., che abbiano cagionato la morte del sequestrato, se non abbiano effettivamente espiato almeno i due terzi della pena irrogata, o nel caso dell'ergastolo almeno ventisei anni (v. art. 58-quater, c. 4, o.p.).

La Corte costituzionale (prima con sent. 149/2018 per i condannati alla pena dell'ergastolo, poi con sent. 229/2019 per i condannati alla pena detentiva temporanea) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma in oggetto, nella parte in cui si applica ai condannati per il delitto di cui all'art. 630 c.p. che abbiano cagionato la morte del sequestrato e, in via consequenziale, nella parte in cui si applica ai condannati per il delitto di cui all'art. 289-bis c.p. che abbiano cagionato la morte del sequestrato. Tali declaratorie risultano pertanto aver privato di un concreto campo applicativo la norma qui considerata, per cui vengono

qui presentate le principali questioni affrontate dalla Consulta (con i riferimenti interni relativi alla prima pronuncia).

A proposito della *natura*, questa norma costituisce eccezione a un'eccezione, nel senso che i delitti contemplati dalla presente previsione sono già compresi tra i reati ostativi di cui all'art. 4-*bis*, c. 1, o.p. [v. *postea*, parte II, cap. V, sez. D, par. 1.2] e che il suo specifico meccanismo apporta quindi deroga in negativo a un regime già speciale. Di conseguenza, nel sottoporre la concedibilità dei benefici considerati a un ulteriore rigido presupposto di concreta pena espiata, che prescinde dalla significativa partecipazione al percorso rieducativo e dalla perdurante sussistenza di concreti indici di pericolosità sociale, questa disciplina esprime un disegno normativo di impostazione restrittiva, che si caratterizza per l'assoluta prevalenza delle filosofie punitive di matrice retributiva e general-preventiva, in totale distonia con la logica rieducativa e risocializzante di valenza costituzionale (v. *Cons. dir.*, pt. 7).

Con riferimento ai *benefici*, mentre per il richiamo alla disciplina sul divieto di concessione dei benefici (v. art. 4-*bis*, c. 1, o.p.) il raggio di azione della presente preclusione va riferita agli istituti trattamentali del lavoro esterno e dei permessi premio, alle misure alternative previste dell'ordinamento penitenziario, restando estranei per ragioni diverse l'assistenza all'esterno dei figli minori, le visite al minore infermo o al figlio coniuge o convivente affetto da handicap, i permessi di necessità o eccezionali, la detenzione domiciliare ordinaria di cui all'art. 47-*ter*, c. 1, lett. a e b, o.p., la detenzione domiciliare speciale di cui all'art. 47-*quinqüies* o.p., le misure alternative per tossicodipendenti o alcolodipendenti, il rinvio dell'esecuzione della pena e la liberazione condizionale, l'applicabilità di questa norma è altresì esclusa nei confronti dei sottoposti all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive per l'esplicita previsione della relativa disciplina (v. art. 1, c. 8, l. 199/2010). Con riguardo alla liberazione anticipata, invece, l'espressione "benefici indicati nel comma 1 dell'art. 4-*bis*" parrebbe escludere dalla presente preclusione tale istituto, tuttavia l'avverbio "effettivamente" contenuto nella norma esaminata risulta subordinare il concreto accesso a ciascun beneficio all'integrale espiazione dei due terzi della pena, ovvero nel caso dell'ergastolo di ventisei anni, con conseguente inoperatività, quanto alle richiamate tipologie di benefici e di condannati, della cosiddetta presunzione di espiazione, stabilita in via generale dalla disciplina legislativa della liberazione anticipata, che impone di considerare come scontata, per l'ammissione ai benefici, della parte di pena detratta (v. *Cons. dir.*, pt. 2.2).

A livello di *applicazione*, la preclusione temporale risulta irragionevole in quanto indifferenziata, disincentivante e indefettibile. Infatti, la preclusione appiattita su un'unica e indifferenziata soglia di pena espiata per l'accesso a tutti i benefici considerati è stata valutata contrastante con il principio della progressività trattamentale e con la logica gradualistica propri della flessibilità della pena, poiché rispetto ai destinatari della disciplina in questione viene preclusa l'applicabilità del lavoro all'esterno, dei permessi premio e della semilibertà e invece riconosciuta l'ammissibilità alla liberazione condizionale (v. *Cons. dir.*, pt. 5); laddove sterilizza ogni effetto pratico delle detrazioni di pena sino al termine di due terzi o ventisei anni, contrasta con il principio della concreta incentivazione della partecipazione trattamentale, che discende dalla predetta inapplicabilità agli stessi della liberazione anticipata (v. *Cons. dir.*, pt. 6); infine, per il carattere automatico della preclusione temporale all'accesso ai benefici, in contrasto con il principio della valutazione individualizzata del percorso rieducativo, che impone la necessaria valorizzazione dei progressi compiuti durante l'intero arco della pena espiata (v. *Cons. dir.*, pt. 7).

c) Condanna per determinati delitti dolosi

L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI del titolo I dell'ordinamento penitenziario non possono essere concessi, o se già concessi sono revocati, ai condannati per taluni dei delitti indicati nei c. 1, 1-ter e 1-quater dell'art. 4-bis o.p., nei cui confronti si procede o è pronunciata condanna per un delitto doloso punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, commesso da chi ha posto in essere una condotta punibile a norma dell'art. 385 c.p., ovvero durante il lavoro all'esterno o la fruizione di un permesso premio o di una misura alternativa alla detenzione (v. art. 58-quater, c. 5, o.p.).

Ai fini dell'applicazione di tale disposizione, l'autorità che procede per il nuovo delitto ne dà comunicazione al magistrato di sorveglianza del luogo di ultima detenzione dell'indagato o imputato (v. art. 58-quater, c. 6, o.p.).

Tale divieto di concessione dei benefici opera per un periodo di cinque anni, dal momento in cui è ripresa l'esecuzione della custodia o della pena, ovvero è stato emesso il provvedimento di revoca della misura (v. art. 58-quater, c. 7, o.p.).

Con riferimento alla *natura*, l'intento del legislatore appare duplice, poiché oltre a soddisfare esigenze di prevenzione generale, la disciplina risulta esprimere un'e-

vidente intento afflittivo-sanzionatorio, nei confronti di condannati di criminalità organizzata, terroristica o eversiva che, anche nel corso dell'esecuzione della pena, magari dopo aver avuto accesso a percorsi alternativi o modalità trattamentali, manifestino una particolare e attuale pericolosità.

A proposito dei *destinatari*, lasciati da parte i sottoposti all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive in quanto non applicabile ai condannati per taluno dei delitti indicati dall'art. 4-*bis* o.p. (v. art. 1, c. 2, lett. a, l. 199/2010), vengono in considerazione – primo requisito indefettibile – i condannati per delitti indicati dalla disciplina sul divieto di concessione dei benefici – secondo requisito indefettibile – imputati o condannati per delitto doloso la cui pena edittale massima sia uguale o superiore a tre anni – terzo requisito alternativo – dopo aver tenuto una condotta prevista dalla legge come evasione ovvero – quarto requisito alternativo – mentre stavasi fruendo del lavoro all'esterno, di un permesso premio o di una misura alternativa alla detenzione.

Con riguardo ai *benefici*, risultano inclusi l'assistenza all'esterno dei figli minori, la detenzione domiciliare speciale, l'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive (v. art. 1, c. 2, lett. a, l. 199/2010) e la liberazione anticipata, ma restano fuori dallo spazio applicativo di questo divieto le visite al minore infermo o al figlio coniuge o convivente affetto da handicap, i permessi di necessità o eccezionali, l'affidamento in casi particolari, la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, il rinvio dell'esecuzione della pena e la liberazione condizionale.

d) Applicazione della recidiva reiterata

L'affidamento in prova al servizio sociale nei casi previsti dall'art. 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concesse più di una volta al condannato al quale sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, c. 4, c.p. (v. art. 58-*quater*, c. 7-*bis*, o.p.).

In merito alla *natura*, nel dichiarare inammissibile una questione di costituzionalità della disposizione in un caso di affidamento, la Corte costituzionale ha affermato che “le funzioni di tutela della sicurezza pubblica e di prevenzione dei reati, proprie della pena unitamente alla finalità rieducativa, sarebbero fortemente compromesse se si continuasse a far leva esclusivamente su una misura alternativa alla detenzione in carcere, che, nel concreto, ha dimostrato la sua inefficacia rispetto al fine di impedire la commissione di nuovi delitti non colposi. Peraltro, il vigen-

te ordinamento penitenziario prevede altri strumenti, diversi dall'affidamento in prova, che possono essere utilmente sperimentati per un percorso rieducativo di emenda, sia *intra* che *extra moenia*" (sent. 291/2010, *Cons. dir.*, pt. 4).

Con riguardo ai *benefici*, la presente preclusione risulta estesa all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive (v. art. 1, c. 8, l. 199/2010), laddove rimangono estranei il lavoro all'esterno, i permessi, i permessi premio, l'assistenza all'esterno dei figli minori, le visite al minore infermo o al figlio coniuge o convivente affetto da handicap, la liberazione anticipata, l'affidamento in casi particolari, la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, la detenzione domiciliare speciale, il rinvio dell'esecuzione della pena e la liberazione condizionale.

A proposito dell'*applicazione*, la preclusione reiterativa appare intervenire in modo esteso e assoluto al mero integrarsi delle condizioni prestabilite. Tuttavia, nella medesima dichiarazione di inammissibilità di cui sopra, la Corte costituzionale ha richiamato l'orientamento adeguatore nella precedente pronuncia sulla disciplina dell'accesso ai benefici penitenziari da parte di coloro che siano stati condannati per evasione (Corte cost., sent. 189/2010) e ha sostenuto come interpretazione conforme ai precetti costituzionali "la possibilità di dare alla disposizione censurata un'interpretazione restrittiva, nel senso che l'esclusione dal beneficio operi in modo assoluto solo quando il reato espressivo della recidiva reiterata sia stato commesso dopo la sperimentazione della misura alternativa, avvenuta in sede di esecuzione di una pena, a sua volta irrogata con applicazione della medesima aggravante. [...] L'interpretazione prospettata farebbe venir meno il rischio di una irragionevole preclusione in danno del soggetto che, pur essendo stato condannato con applicazione della predetta aggravante, si trovi nelle condizioni di poter essere valutato dal giudice come meritevole della sperimentazione di un percorso rieducativo, che non può ritenersi escluso a priori, per effetto di una astratta previsione normativa. Diversa è peraltro l'ipotesi in cui lo stesso condannato, dopo aver fruito di un primo affidamento in prova, concesso quando già era stato dichiarato recidivo reiterato, commetta un nuovo delitto (almeno il quarto), per il quale il giudice della cognizione, nel caso più ricorrente della recidiva cosiddetta facoltativa, ritenga i precedenti del reo concretamente significativi in punto di gravità del reato. In casi del genere non è agevole prevedere che un nuovo beneficio dello stesso tipo possa sortire effetti diversi da quello precedente, mentre è agevole prefigurare il contrario, con la conseguenza che la scelta del legislatore di esigere l'espiazione della pena, senza possibilità di accesso alle misure specificamente escluse dalla norma censurata, non può essere ritenuta manifestamente

irragionevole o arbitraria” (sent. 291/2010, *Cons. dir.*, pt. 4). Inoltre, la Corte di Cassazione è ferma nell’interpretare il divieto della seconda applicazione di una misura alternativa ai condannati con recidiva reiterata solo per la medesima misura, non per una differente di cui invece si ammette la concessione.

2. Il divieto di sostituzione della detenzione domiciliare con altra misura

(*V. art. 47-ter, c. 9-bis, o.p.*)

Se la detenzione domiciliare surrogatoria (v. art. 47-ter, c. 1-bis, o.p.) è revocata (v. art. 47-ter, c. 6-9, o.p.), la pena residua non può essere sostituita con altra misura (v. art. 47-ter, c. 9-bis, o.p.).

Questa preclusione mostra in via generale la propria *natura* di norma sanzionatoria dal connotato intimidatorio e integra in modo ambivalente la previsione sul divieto di concessione di benefici (v. art. 58-*quater*, c. 1-3, o.p.) [v. *antea*, parte II, cap. IV, sez. C, par. 1], rispetto alla quale presenta uno spazio applicativo più ristretto, in quanto si riferisce alla sola sostituzione della pena residua invece che alle pene da eseguire nel periodo di tre anni, ovvero esprime un ambito operativo più esteso, dal momento che fa rinvio a tutti i casi di revoca, quindi compresa la cessazione delle condizioni di applicazione, anziché alla sola ipotesi della revoca per comportamento incompatibile con la prosecuzione della misura alternativa.

3. L’inapplicabilità delle misure alternative alla detenzione per inosservanza delle prescrizioni inerenti alla semidetenzione e alla libertà controllata

(*V. art. 67 l. 689/1981*)

L’affidamento in prova al servizio sociale e l’ammissione al regime di semilibertà sono esclusi nei confronti del condannato in espiazione di pena detentiva convertita per inosservanza delle prescrizioni inerenti alla semidetenzione e alla libertà controllata (v. art. 67 l. 689/1981).

Tale divieto trova la sua *natura* nella circostanza che le semidetenzione e la libertà controllata costituiscono delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi connotate da prescrizioni assimilabili a quelle stabilite per le misure alternative alla detenzione quali l'affidamento in prova al servizio sociale e la semilibertà, quindi l'accertata inosservanza dei precetti imposti nell'ambito delle sanzioni sostitutive rende incompatibile per ragioni di prevenzione generale e speciale l'applicazione delle misure alternative che presentano contenuti affini a quelli già rivelatisi inadatti alla personalità del condannato.

4. I limiti di applicabilità delle misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori

(V. artt. 6 l. 40/2001 e 330 c.c.)

La detenzione domiciliare speciale, l'assistenza all'esterno dei figli minori e il rinvio dell'esecuzione della pena non si applicano a coloro che sono stati dichiarati decaduti dalla responsabilità genitoriale (v. artt. 6, c. 1, l. 40/2001 e 330 c.c.). Nel caso la decadenza intervenga nel corso dell'esecuzione della misura, questa viene immediatamente revocata (v. art. 6, c. 2, l. 40/2001).

Il giudice può pronunciare la decadenza dalla responsabilità genitoriale quando il genitore viola o trascura i doveri a essa inerenti o abusa dei relativi poteri, con grave pregiudizio del figlio (v. art. 330, c. 1, c.c.). In tal caso, per gravi motivi il giudice può ordinare l'allontanamento del figlio dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore (v. art. 330, c. 2, c.c.).

Questa esclusione persegue la propria *natura* di impedimento alla concessione di istituti previsti a tutela di minori figli di genitori condannati [v. *postea*, parte II, cap. V, sez. A], qualora i genitori si siano dimostrati non meritevoli del ruolo di protezione nei confronti dei figli. Per ragioni opposte, alla decisione dell'applicazione di tali misure consegue la sospensione delle pene accessorie della decadenza e della sospensione della responsabilità genitoriale (v. art. 7 l. 40/2001), in considerazione della positiva valutazione della rispondenza ai requisiti prestabiliti dai singoli istituti per provvedere alla cura e all'assistenza dei figli minori da parte dei genitori condannati.

SEZIONE D. LE VICENDE ESECUTIVE**1. La sospensione dell'esecuzione delle pene detentive**

(V. artt. 656 c.p.p. e 1, c. 3 e 4, l. 199/2010)

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 (v. art. 656, c. 1, c.p.p.).

Al di fuori dei casi previsti dall'art. 656, c. 9, lett. b, c.p.p., quando la residua pena da espiare, computando le detrazioni previste dalla liberazione anticipata, non supera i limiti indicati dal c. 5, il pubblico ministero, prima di emettere l'ordine di esecuzione, previa verifica dell'esistenza di periodi di custodia cautelare o di pena dichiarata fungibile relativi al titolo esecutivo da eseguire, trasmette gli atti al magistrato di sorveglianza, affinché provveda all'eventuale applicazione della liberazione anticipata. Questa disposizione non si applica nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* o.p. (v. art. 656, c. 4-*bis*, c.p.p.). Nei casi previsti dal c. 4-*bis*, il pubblico ministero emette i provvedimenti previsti dai c. 1, 5 e 10 dopo la decisione del magistrato di sorveglianza (v. art. 656, c. 4-*quater*, c.p.p.). Quando il condannato si trova in stato di custodia cautelare in carcere, il pubblico ministero emette l'ordine di esecuzione e, se ricorrono i presupposti del c. 4-*bis*, trasmette senza ritardo gli atti al magistrato di sorveglianza, per la decisione sulla liberazione anticipata (v. art. 656, c. 4-*ter*, c.p.p.).

Se la pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non è superiore a tre anni, quattro anni nei casi previsti dalla detenzione domiciliare o sei anni nei casi dell'affidamento in prova in casi particolari e della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti di tossicodipendenti o alcolodipendenti, il pubblico ministero, salvo quanto previsto dall'art. 656, c. 7 e 9, c.p.p., ne sospende l'esecuzione. L'ordine di esecuzione e il decreto di sospensione sono notificati al condannato e al difensore nominato per la fase dell'esecuzione o, in difetto, al difensore che lo ha assistito nella fase del giudizio, con l'avviso che entro trenta giorni può essere presentata istanza, corredata dalle indicazioni e dalla documentazione necessarie, volta ad ottenere la concessione di una delle misure alternative alla detenzione dell'affidamento

in prova al servizio sociale, della detenzione domiciliare e del regime di semilibertà, dell'affidamento in prova in casi particolari e della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti di tossicodipendenti o alcolodipendenti. L'avviso informa altresì che, ove non sia presentata l'istanza o la stessa sia inammissibile ai sensi delle disposizioni del t.u.l.s., l'esecuzione della pena avrà corso immediato (v. art. 656, c. 5, c.p.p.).

Se il condannato si trova agli arresti domiciliari per il fatto oggetto della condanna da eseguire, e se la residua pena da espiare determinata ai sensi del c. 4-*bis* non supera i limiti indicati dal c. 5, il pubblico ministero 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 c. 5. Fino alla decisione del tribunale di sorveglianza, il condannato permane nello stato detentivo nel quale si trova e il tempo corrispondente è considerato come pena espiata a tutti gli effetti. Agli adempimenti previsti dalla disciplina sulla detenzione domiciliare provvede in ogni caso il magistrato di sorveglianza (v. art. 656, c. 10, c.p.p.).

La sospensione dell'esecuzione per la stessa condanna non può essere disposta più di una volta, anche se il condannato ripropone nuova istanza sia in ordine a diversa misura alternativa, sia in ordine alla medesima, diversamente motivata (v. art. 656, c. 7, c.p.p.). Qualora l'istanza non sia tempestivamente presentata, o il tribunale di sorveglianza la dichiari inammissibile o la respinga, il pubblico ministero revoca immediatamente il decreto di sospensione dell'esecuzione. Il pubblico ministero provvede analogamente quando l'istanza presentata è inammissibile ai sensi delle disposizioni del t.u.l.s. nonché, nelle more della decisione del tribunale di sorveglianza, quando il programma di recupero dell'affidamento in prova in casi particolari non risulta iniziato entro cinque giorni dalla data di presentazione della relativa istanza o risulta interrotto; a tal fine il pubblico ministero, nel trasmettere l'istanza al tribunale di sorveglianza, dispone gli opportuni accertamenti (v. art. 656, c. 8, c.p.p.).

La sospensione dell'esecuzione di cui all'art. 656, c. 5, c.p.p., non può essere disposta: a) nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* o.p., nonché di incendio boschivo, atti persecutori aggravati e di furto in abitazione e furto con strappo, fatta eccezione per coloro che si trovano agli arresti domiciliari disposti ai sensi della disposi-

zione sui provvedimenti restrittivi nei confronti dei tossicodipendenti o alcolodipendenti che abbiano in corso programmi terapeutici;

b) 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 (v. art. 656, c. 9, c.p.p.).

Nei casi di cui all'art. 656, c. 1, c.p.p., quando la pena detentiva da eseguire non è superiore a diciotto mesi, il pubblico ministero, salvo che debba emettere il decreto di sospensione di cui all'art. 656, c. 5, c.p.p., e salvo che ricorrano i casi previsti nel c. 9, lett. a, del medesimo articolo, sospende l'esecuzione dell'ordine di carcerazione e trasmette gli atti senza ritardo al magistrato di sorveglianza, affinché disponga che la pena venga eseguita presso il domicilio. La richiesta è corredata di un verbale di accertamento dell'idoneità del domicilio, nonché, se il condannato è sottoposto a un programma di recupero o intende sottoporsi ad esso, della documentazione di cui alla disciplina dell'affidamento in prova in casi particolari (v. art. 1, c. 3, l. 199/2010).

Se il condannato è già detenuto, la pena detentiva non superiore a diciotto mesi, anche se costituente parte residua di maggior pena, è eseguita nei luoghi di cui al c. 1. Nei casi di cui all'art. 656, c. 9, lett. b, c.p.p., non è consentita la sospensione dell'esecuzione della pena e il pubblico ministero o le altre parti fanno richiesta, per l'applicazione della misura, al magistrato di sorveglianza, secondo il disposto di cui al c. 5 del presente articolo. In ogni caso, la direzione dell'istituto penitenziario, anche a seguito di richiesta del detenuto o del suo difensore, trasmette al magistrato di sorveglianza una relazione sulla condotta tenuta durante la detenzione. La relazione è corredata di un verbale di accertamento dell'idoneità del domicilio, nonché, se il condannato è sottoposto ad un programma di recupero o intende sottoporsi ad esso, della documentazione di cui alla disciplina dell'affidamento in prova in casi particolari (v. art. 1, c. 4, l. 199/2010).

L'applicazione delle misure alternative senza assaggio di pena detentiva era già presente nel nostro ordinamento dalla riforma della l. 663/1986, ma la prima versione di siffatto meccanismo aveva finito per penalizzare proprio i condannati più deboli sotto il profilo socio-economico, in particolare quelli che sprovvisti di un difensore di fiducia non si attivavano presso il pubblico ministero per sospendere l'ordine di esecuzione. Con la novella della l. 165/1998 si è quindi introdotto nel codice di procedura penale l'attuale disciplina sull'automatismo della *sospensione dell'esecuzione delle pene detentive*, che insieme ad altre modifiche intervenute su

suoi vari profili è poi stata integrata all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive dalla disciplina della l. 199/2010.

A proposito delle *condizioni di applicazione*, il limite di pena per attivare il congegno sospensivo ha sempre sofferto di un difetto di coordinamento con i requisiti di pena per accedere alle singole misure, che nel tempo venivano elevati ma senza un conseguente adeguamento della disposizione sospensiva. Da ultimo, in conseguenza dell'introduzione della versione allargata dell'affidamento in prova al servizio sociale, aggiunta dall'art. 3, c. 1, lett. c, d.l. 146/2013, conv. con modd. dalla l. 10/2014, prevista per pene anche residue sino ai quattro anni, è dovuta intervenire la Corte costituzionale, con la sent. 41/2018, per dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, c. 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.

In merito al *divieto di reiterazione*, la logica della previsione che la sospensione dell'esecuzione per la stessa condanna non può essere disposta più di una sola volta è quella di scongiurare l'inconveniente riscontrato nella prassi successiva alla prima introduzione del meccanismo sospensivo nel senso di una strumentale reiterazione di richieste di misure alternative dallo stato di libertà, all'unico scopo di rinviare nel tempo l'esecuzione della pena detentiva. Ciò nonostante, è possibile interpretare questo divieto in senso non assoluto e sostenere che la reiterazione sia ammissibile qualora una nuova istanza contenga elementi di novità tali da incidere in modo essenziale sui presupposti di fatto o di diritto.

Con riferimento alle *cause di esclusione*, l'operatività della disciplina sospensiva è espressamente esclusa per due categorie. La prima è quella dei condannati la cui condanna da eseguire sia relativa a taluni delitti, non solo quelli indicati nell'art. 4-bis o.p., ma anche altri elencati nella disposizione processuale. A proposito dei primi, va ritenuto che il pubblico ministero debba limitarsi ad accertare che la condanna in esecuzione riguardi un reato compreso in quella norma, senza poter procedere a verificare se per la stessa condanna è stato superato il divieto di concessione dei benefici secondo la disciplina posta da tale disposizione. La seconda categoria per cui è esclusa la procedura sospensiva interessa i ristretti che, per il fatto della condanna da eseguire, siano in custodia cautelare in carcere, nel momento in cui la sentenza passa definitiva. Nonostante la ragione della previsione derivi dalla coerente presunzione di particolare pericolosità sociale degli attinti dalla misura cautelare personale di maggiore gravità, va evidenziato che nel caso la custodia cautelare in carcere riguardi un fatto diverso da quello oggetto del

titolo esecutivo, la disciplina sospensiva rimane applicabile e la misura alternativa che venga eventualmente accolta verrà eseguita una volta cessata la custodia cautelare per diverso titolo. Va rilevato che esiste una terza categoria, non esplicitamente considerata dalla disciplina sospensiva, che concerne i condannati detenuti in espiazione di diverso titolo. Infatti la situazione dell'esistenza di più titoli esecutivi impone al pubblico ministero di procedere al computo della pena da espiaire mediante un provvedimento di cumulo, pertanto la previsione dell'obbligo di disporre l'unificazione della nuova sentenza di condanna o del precedente cumulo di pene in un nuovo titolo di cumulo sortisce l'effetto di integrare un'ulteriore ipotesi di esclusione della disciplina sospensiva.

2. La comunicazione e il controllo della pubblica sicurezza sulle misure alternative

(V. art. 58 o.p.)

I provvedimenti sulle misure alternative alla detenzione, adottati dalla magistratura di sorveglianza, sono comunicati immediatamente all'autorità provinciale di pubblica sicurezza (v. art. 58, c. 1, o.p.).

La polizia penitenziaria partecipa alle attività di controllo, ove richiesta e secondo le indicazioni del direttore dell'ufficio di esecuzione penale esterna e previo coordinamento con l'autorità di pubblica sicurezza; tali attività riguardano esclusivamente l'osservanza delle prescrizioni inerenti alla dimora, alla libertà di locomozione, ai divieti di frequentare determinati locali o persone e di detenere armi (v. art. 58, c. 2, o.p.) e sono svolte con modalità tali da garantire il rispetto dei diritti dell'interessato e dei suoi familiari e conviventi, da recare il minor pregiudizio possibile al processo di reinserimento sociale e la minore interferenza con lo svolgimento delle attività lavorative (v. art. 58, c. 3, o.p.).

Le modalità del controllo sul rispetto delle prescrizioni delle misure alternative in stato di libertà erano già previste nell'ordinamento penitenziario dalla prima riforma del 1975 in coerenza con la logica trattamentale, per venire poi revisionate dalla recente novella del 2018 in ossequio a un approccio securitario.

L'originaria disciplina dell'ordinamento penitenziario ha infatti attribuito la

competenza sul controllo dell'esecuzione dei programmi da parte degli ammessi alle misure alternative agli uffici locali di esecuzione penale esterna (v. art. 72, c. 2, lett. d, o.p.). In particolare, è stato disposto che gli interventi del servizio sociale nel corso del trattamento in ambiente esterno sono diretti ad aiutare gli interessati che ne beneficiano ad adempiere in modo responsabile gli impegni che derivano dalla misura cui sono sottoposti e vengono articolati all'interno di un processo unitario e personalizzato nella direzione, tra l'altro, dell'offerta di sperimentare un rapporto con l'autorità basato sulla fiducia nella capacità della persona di recuperare il controllo del proprio comportamento senza interventi di carattere repressivo e di un controllo sul comportamento del sottoposto che costituisca al tempo stesso un aiuto per assicurare il rispetto degli obblighi disposti dalla magistratura di sorveglianza (v. art. 118, c. 8, lett. c, r.p.). Di conseguenza, nel rispetto della centralità del principio rieducativo sull'esecuzione penale, cioè allo scopo di consentire il coordinamento degli interventi di osservazione e di trattamento in ambiente esterno che la legge affida alle responsabilità e alle professionalità del direttore e dei funzionari degli uffici di esecuzione penale esterna con le attività delle altre istituzioni che operano sul territorio (v. art. 118, c. 6, r.p.), ha altresì stabilito l'obbligo di comunicare i provvedimenti sulle misure alternative, adottati dalla magistratura di sorveglianza, all'autorità provinciale di pubblica sicurezza, ossia nella prassi al questore, che in ragione del proprio ruolo di carattere tecnico-operativo raccoglie le informazioni e coordina i servizi di ordine e sicurezza pubblica nel territorio di competenza (v. art. 14, c. 2 e 3, l. 121/1981).

Il successivo innesto legislativo in questa trama ordinamentale ha invece esteso alla polizia penitenziaria la possibilità di partecipare alle attività di controllo. Si tratta di un nuovo compito istituzionale, caratterizzato da due disposizioni complementari. Sul piano dei rapporti istituzionali, la disciplina prevede per la polizia penitenziaria una competenza concorrente di pubblica sicurezza (v. art. 5, c. 1 e 2, l. 395/1990), che è chiamata a prestare soltanto su richiesta del direttore dell'ufficio locale di esecuzione penale esterna e comunque in coordinamento con l'autorità di pubblica sicurezza. Di conseguenza, gli operatori della polizia penitenziaria vengono a trovarsi in un rapporto di subordinazione gerarchica rispetto al direttore dell'ufficio locale e di subordinazione funzionale rispetto all'autorità di pubblica sicurezza (v. art. 7, c. 1 e 2, l. 82/1999), ai quali secondo le rispettive competenze spetta di fornire le opportune indicazioni sulle attività che sono tenuti a svolgere. Nel campo delle attività autorizzate, viene regolamentata una competenza limitata sia nell'oggetto che nella modalità dei controlli. In concreto, gli operatori della polizia penitenziaria possono

venire richiesti di controllare unicamente l'osservanza delle prescrizioni inerenti alla dimora, alla libertà di locomozione, al divieto di frequentare determinati locali o persone e al divieto di detenere armi, e nel fare questi controlli devono espressamente garantire il rispetto dei diritti dell'interessato e dei suoi familiari e conviventi, e recare il minore pregiudizio al processo di reinserimento sociale e la minore interferenza con lo svolgimento delle attività lavorative dell'interessato.

Nonostante le limitazioni e le cautele apparentemente garantiste delle nuove previsioni, e a prescindere dalle questioni di organizzazione e di organico della polizia penitenziaria, la portata invasiva e distonica della recente novella sull'ordinamento penitenziario emerge particolarmente grave. In astratto, mentre all'interno degli istituti la polizia penitenziaria ricopre un coerente ruolo trattamentale, tra l'altro partecipando al gruppo di osservazione e trattamento (v. art. 23, c. 2, d.lgs. 443/1992), in forza della continuativa presenza nell'attività custodiale dei ristretti, sull'attività all'esterno questa disciplina interviene invece ritagliando agli operatori della penitenziaria un autonomo spazio elettivo rispetto ai colleghi del sociale, volto a verificare solo l'osservanza delle prescrizioni prive di contenuto risocializzante e fuori da valutazioni personologiche. In concreto, tale distinzione appare già incongruente con il mandato generalista e permanente della pubblica sicurezza, che è basato sulla quotidiana conoscenza del territorio e si esplica nell'effettiva realizzazione dell'attività, ma risulta soprattutto inconciliabile verso la natura unitaria e personalizzata del programma trattamentale (v. art. 118, c. 6 e 8, r.p.), per cui il controllo sugli impegni assunti dall'ammesso alla misura alternativa alla detenzione non può essere concepito e praticato al di fuori del significato complessivo e prospettico dell'evoluzione trattamentale. Ad esempio, gli operatori di polizia penitenziaria possono essere autorizzati a verificare che l'interessato non frequenti certi luoghi o determinate persone, non altrettanto a controllare se un affidato si dedichi all'uso personale di stupefacenti o se un semilibero si presenti sul posto di lavoro in evidente stato di ebbrezza, mentre è di tutta evidenza che gli uni e gli altri comportamenti degli interessati dovrebbero venire opportunamente assunti e qualificati tutti insieme nell'ambito degli elementi e delle dinamiche del percorso trattamentale. In realtà, non esiste controllo di polizia che non sia selettivo e stigmatizzante sul singolo individuo e sui suoi rapporti sociali, quindi il senso dell'intervento legislativo non può che consistere nella rassicurazione della parte di popolazione che si sente insicura e della parte di magistratura che si mostra restia nei confronti dell'esecuzione esterna, affidandosi alla natura penale delle prescrizioni imposte per una maggiore certezza della

pena espiata, invece che alla matrice fiduciaria delle opportunità concordate per una libera responsabilizzazione della persona coinvolta.

3. La sopravvenienza di nuovi titoli di privazione della libertà

(V. art. 51-bis o.p.)

Quando durante l'esecuzione di una misura alternativa, sopravviene un titolo esecutivo di altra pena detentiva, il pubblico ministero competente informa immediatamente il magistrato di sorveglianza, formulando contestualmente le proprie richieste. Tenuto conto del cumulo delle pene, se il magistrato di sorveglianza rileva che permangono le condizioni di applicabilità della misura in esecuzione, ne dispone la prosecuzione; in caso contrario, ne dispone la cessazione e ordina l'accompagnamento del condannato in istituto (v. art. 51-bis, c. 1, o.p.).

La *soppravvenienza di nuovi titoli di privazione della libertà* è stata originariamente regolamentata dalla novella della l. 663/1986, la quale ha colmato una vistosa lacuna nella disciplina della l. 354/1975, in cui nulla si disponeva circa il sopraggiungere di un nuovo ordine di carcerazione a carico di un condannato da prima ammesso a una misura alternativa alla detenzione, nei cui confronti determinava l'interruzione della misura in corso con grave nocumento per il programma di reinserimento già avviato. Le modifiche che sono state successivamente apportate a questa disciplina dal d.l. 146/2013, conv. con modd. dalla l. 10/2014, e dal d.lgs. 123/2018, hanno provveduto unicamente a razionalizzare i riferimenti interni a questa disposizione, in modo da generalizzare la sua applicabilità a tutte le misure alternative presenti nell'ordinamento penitenziario.

Riguardo al *contenuto*, va segnalato che, tra le misure alternative cui si applica la presente disciplina, risulta inclusa, a fianco di quelle contenute nell'ordinamento penitenziario, anche l'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive (v. art. 1, c. 8, l. 199/2010).

Rispetto alla *procedura*, il superamento del denunciato inconveniente che sorge nel caso della sopravvenienza di nuovi titoli è stato efficacemente realizzato attraverso un meccanismo articolato in due momenti. Un primo vaglio è del pubblico ministero, che è tenuto a informare senza ritardo il magistrato di sorveglianza, al quale avanza le proprie richieste in ragione del suo ruolo contabile nell'esecuzione delle pene detentive. In secondo luogo, sarà il magistrato di sorveglianza

che dovrà a sua volta valutare, in relazione al cumulo delle pene, se permangono le condizioni per far proseguire all'interessato le misure in esecuzione, ovvero in caso contrario dovrà invece provvedere a disporne la cessazione e a ordinarne l'accompagnamento in istituto, con la precisazione che il cumulo delle pene, in relazione al quale deve essere verificata la persistenza del residuo pena complessivo da espiare come condizione della singola misura considerata, va calcolato escludendo il periodo di tempo già trascorso in esecuzione di tali misure sino alla sopravvenienza del nuovo titolo.

4. La sospensione cautelativa delle misure alternative

(V. art. 51-ter o.p.)

Se la persona sottoposta a misura alternativa pone in essere comportamenti suscettibili di determinarne la revoca, il magistrato di sorveglianza ne dà immediata comunicazione al tribunale di sorveglianza, affinché decida in ordine alla prosecuzione, sostituzione o revoca della misura (v. art. 51-ter, c. 1, o.p.). In tale ipotesi, il magistrato di sorveglianza può disporre con decreto motivato la provvisoria sospensione della misura alternativa e ordinare l'accompagnamento del trasgressore in istituto; il provvedimento di sospensione perde efficacia se la decisione del tribunale non interviene entro trenta giorni dalla ricezione degli atti (v. art. 51-ter, c. 2, o.p.).

La *sospensione cautelativa delle misure alternative* è stata anch'essa originariamente introdotta nella legge penitenziaria dalla novella della l. 663/1986, per rimediare alla mancata previsione di una disciplina generale che consentisse di fronteggiare in modo tempestivo le problematiche situazioni di *periculum in mora* derivanti da una distorta fruizione delle misure alternative alla detenzione. Mentre nella regolamentazione della riforma della l. 354/1975 il meccanismo della sospensione obbligatoria della misura era previsto solo con riguardo al semilibero denunciato per evasione, le successive aggiunte e sostituzioni di cui alla l. 40/2001 e al d.lgs. 123/2018 hanno inteso definitivamente estendere il campo applicativo della disposizione comune a tutte le misure alternative contenute nell'ordinamento penitenziario.

Circa la *procedura*, la vigente formulazione del congegno cautelare rimette al magistrato di sorveglianza una preliminare valutazione sulla portata dei comportamenti tenuti dalla persona sottoposta a misura alternativa che risulta finalizzata a due differenti scenari progressivi. Un primo momento è quello in cui il magistrato

deve considerare se sono integrati gli estremi che la legge pone per la revoca della singola misura, perché solo nel caso in cui ritenga probabile il relativo *fumus boni iuris* dovrà coinvolgere il tribunale di sorveglianza in ordine alla sua decisione sulla prosecuzione o sostituzione o revoca di tale misura. Un successivo vaglio ha invece luogo solo in caso di esito positivo di quello precedente ed è quindi destinato all'esercizio del potere discrezionale di sospendere provvisoriamente l'esecuzione della misura con provvedimento motivato e ordinare contestualmente l'accompagnamento nell'istituto dell'interessato.

5. La disciplina delle pene accessorie in caso di concessione di misure alternative

(V. art. 51-*quater* o.p.)

In caso di applicazione di una misura alternativa, sono eseguite anche le pene accessorie, salvo che il giudice che ha concesso la misura ne disponga la sospensione, tenuto conto delle esigenze di reinserimento sociale del condannato (v. art. 51-*quater*, c. 1, o.p.).

In caso di revoca della misura alternativa, le pene accessorie applicate vengono sospese, ma il periodo già espiato è computato ai fini della loro durata (v. art. 51-*quater*, c. 2, o.p.).

In tema di *esecuzione delle pene accessorie*, il d.lgs. 123/2018 ha introdotto una nuova disciplina che si muove nella direzione di rimuovere gli ostacoli al reinserimento sociale nei confronti dei ristretti in misura alternativa.

Mentre sino a oggi le pene accessorie erano differite al termine dell'espiazione delle misure alternative, quando in caso di esito positivo vengono dichiarate estinte insieme con la pena detentiva, con la nuova regolamentazione si stabilisce che di regola l'esecuzione delle pene accessorie avvenga simultaneamente a quella della misura alternativa, a meno che il giudice di sorveglianza non disponga la sospensione delle prime contestualmente all'applicazione della seconda, qualora ciò sia funzionale a salvaguardare le esigenze di risocializzazione dell'interessato.

In ipotesi di revoca anticipata della misura alternativa, le pene accessorie regolarmente eseguite sono sospese, sebbene ciò nonostante il periodo già espiato vada considerato nel calcolo della rispettiva durata, così da tenere conto delle

limitazioni patite durante la loro esecuzione e delle prospettive rieducative dopo il fine pena.

6. Il rinvio dell'esecuzione delle pene e delle misure di sicurezza

(V. artt. 146, 147 e 211-bis c.p., 684 c.p.p., 108, 111-113 r.p.)

a) Rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena

L'esecuzione di una pena, che non sia pecuniaria, è differita (v. art. 146, c. 1, c.p.):

- 1) se deve avere luogo nei confronti di donna incinta;
- 2) se deve avere luogo nei confronti di madre di infante di età inferiore ad anni uno;
- 3) se deve aver luogo nei confronti di persona affetta da sindrome da immunodeficienza acquisita conclamata o da grave deficienza immunitaria accertate ai sensi dell'art. 286-bis, c. 2, c.p.p., ovvero da altra malattia particolarmente grave per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione, quando la persona si trova in una fase della malattia così avanzata da non rispondere più, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, ai trattamenti disponibili e alle terapie curative.

Nei casi previsti dai nn. 1 e 2, il differimento non opera, o se concesso è revocato: se la gravidanza si interrompe; se la madre è dichiarata decaduta dalla responsabilità genitoriale sul figlio; se il figlio muore, viene abbandonato ovvero affidato ad altri; ciò sempreché l'interruzione di gravidanza o il parto siano avvenuti da oltre due mesi (v. art. 146, c. 2, c.p.).

b) Rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena

L'esecuzione di una pena può essere differita (v. art. 147, c. 1, c.p.):

- 1) se è presentata domanda di grazia e l'esecuzione della pena non deve essere differita a norma dell'art. 146 c.p.;
- 2) se una pena restrittiva della libertà personale deve essere eseguita contro chi si trova in condizioni di grave infermità fisica;
- 3) se una pena restrittiva della libertà personale deve essere eseguita nei confronti di madre di prole di età inferiore a tre anni.

Tale provvedimento non può essere adottato, o se adottato è revocato, se sussiste il

concreto pericolo della commissione di delitti (v. art. 147, c. 4, c.p.).

Nel caso indicato nel n. 1, l'esecuzione della pena non può essere differita per un periodo superiore complessivamente a sei mesi, a decorrere dal giorno in cui la sentenza è divenuta irrevocabile, anche se la domanda di grazia è successivamente rinnovata (v. art. 147, c. 2, c.p.).

Nel caso indicato nel n. 3, il provvedimento è revocato qualora: la madre sia dichiarata decaduta dalla responsabilità genitoriale sul figlio; il figlio muoia, venga abbandonato ovvero affidato ad altri dalla madre (v. art. 147, c. 3, c.p.).

c) Rinvio dell'esecuzione delle misure di sicurezza

Le disposizioni degli articoli 146 e 147 c.p. si applicano anche alle misure di sicurezza personali (v. art. 211-*bis*, c. 1, c.p.).

Se la misura di sicurezza deve essere eseguita nei confronti dell'autore di un delitto consumato o tentato, commesso con violenza contro le persone ovvero con l'uso di armi, e vi sia concreto pericolo che l'interessato commetta nuovamente uno dei delitti indicati, il giudice può ordinare il ricovero in una casa di cura o in altro luogo di cura comunque adeguato alla situazione o alla patologia della persona (v. art. 211-*bis*, c. 2, c.p.).

Ai sensi dell'ordinamento penale vigente, l'esecuzione delle pene e delle misure di sicurezza viene postposta per ragioni di maternità, di salute o di giustizia.

Sul tipo di sanzione da eseguire, ad eccezione del caso del rinvio per presentazione della domanda di grazia, che comprende qualsiasi tipo di pena (il n. 1 del c. 1 dell'art. 147 c.p. fa riferimento alla "pena" senza altra qualificazione), tutte le altre ipotesi di differimento riguardano soltanto le pene detentive (il c. 1 dell'art. 146 c.p. si rivolge alla "pena che non sia pecuniaria", i nn. 2 e 3 del c. 1 dell'art. 147 c.p. alla "pena restrittiva della libertà personale"). Le misure di sicurezza interessate dalla norma sono quelle di genere personale (il c. 1 dell'art. 211-*bis* c.p. richiama l'intero capo I del titolo dedicato alle misure amministrative di sicurezza, che si occupa "delle misure di sicurezza personali").

Sulla differenza tra rinvio obbligatorio e facoltativo, nei casi di rinvio obbligatorio la gravità delle situazioni, considerate dal legislatore, è tale che il giudice, accertato il requisito del differimento, deve disporlo, senza dare corso all'esecuzione della pena. Nelle ipotesi di rinvio facoltativo, invece, al giudice è riconosciuto, una volta accertato il presupposto del differimento, il potere discrezionale di decidere se la prosecuzione dell'esecuzione comporta un tratta-

mento contrario al senso di umanità ovvero pregiudica la tendenza rieducativa nella finalità della sanzione.

Nel caso delle condizioni di immunodeficienza acquisita conclamata o di grave deficienza immunitaria, va considerato che la prima formulazione della norma introdotta dal legislatore si riferiva al rinvio obbligatorio nei confronti di persone affette da infezione da virus di immunodeficienza umana nei casi di incompatibilità con lo stato di detenzione (v. art. 2, d.l. 139/1993, conv. con modd. da l. 222/1993), situazione definita da apposito decreto del Ministero della Sanità, di concerto con quello di Grazia e Giustizia (d.i. 25 maggio 1993). La Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità di tale norma, nella parte in cui prevedeva che il differimento avesse luogo anche quando l'espiazione della pena potesse avvenire senza pregiudizio della salute dell'interessato e di quella degli altri detenuti (sent. 438/1995). Ai sensi della legge cui si deve la versione attuale della norma in commento (v. art. 6, l. 231/1999), sono stati due decreti del Ministro della Sanità, di concerto con quello della Giustizia, a fornire le definizioni dei casi di sindrome da immunodeficienza acquisita conclamata e di grave deficienza immunitaria, e a stabilire le procedure diagnostiche e medicolegali per il loro accertamento (v. dd.ii. 21 ottobre 1999 e 7 maggio 2001). Nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale della norma in analisi, la Consulta ha sostenuto che tale norma non è strutturata secondo un modulo di automatismo e non stabilisce una presunzione assoluta di incompatibilità con il carcere per i malati ivi considerati, dal momento che per il differimento occorre la condizione che la malattia non solo sia gravemente debilitante, ma sia giunta alla sua fase terminale, in modo da privilegiare esigenze di natura umanitaria e garantire un corretto equilibrio tra il diritto alla salute del condannato e le esigenze di sicurezza, di effettività e di certezza dell'espiazione della pena e di sottoposizione delle persone pericolose ai necessari controlli (v. sent. 264/2009).

Nell'ipotesi della condizione di grave infermità fisica, la Corte di Cassazione ha precisato che è necessario che la malattia sia grave, cioè tale da implicare un serio pericolo per la vita o la probabilità di altre rilevanti conseguenze dannose, eliminabili o procrastinabili con cure e trattamenti tali da non poter essere praticati in regime di detenzione intramuraria, neppure mediante ricovero in ospedali civili o altri luoghi di cura esterni, così operando un bilanciamento tra l'interesse di cura dell'interessato e le esigenze di sicurezza della collettività, per cui il differimento può aver luogo solo in presenza di grave afflizione o di prognosi infausta, nei cui confronti l'espiazione della pena appaia contraria al senso umanitario per

le eccessive sofferenze da essa derivanti, ovvero appaia priva di significato rieducativo in conseguenza dell'impossibilità di proiettare nel futuro gli effetti della sanzione sul condannato.

La competenza del rinvio è oggi sempre del tribunale di sorveglianza (v. artt. 70, c. 1, o.p., e 684, c. 1, c.p.p.). Con sent. 274/1990, la Consulta ha infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale, tra l'altro, del c. 1 dell'art. 684 c.p.p., nella parte in cui attribuiva al Ministro di grazia e giustizia e non al tribunale di sorveglianza la competenza a provvedere sull'istanza di differimento della pena proposta ai sensi dell'art. 147, c. 1, n. 1, c.p. Inoltre, quando vi è fondato motivo per ritenere che sussistono i presupposti perché il tribunale disponga il rinvio, il magistrato di sorveglianza può ordinare il differimento dell'esecuzione, o la liberazione dell'interessato se la protrazione della detenzione gli può cagionare grave pregiudizio (v. art. 684, c. 2, c.p.p.).

Ai sensi della l. 40/2001, il rinvio dell'esecuzione della pena (insieme con la detenzione domiciliare speciale e l'assistenza all'esterno dei figli minori) non si applica a coloro che sono stati dichiarati decaduti dalla responsabilità genitoriale (v. art. 6, c. 1); nel caso la decadenza intervenga nel corso dell'esecuzione della misura, questa viene immediatamente revocata (v. art. 6, c. 2); l'applicazione di uno di tali istituti, per il tempo della sua durata, determina la sospensione delle pene accessorie della decadenza e della sospensione dalla responsabilità genitoriale (v. art. 7).

7. L'infermità psichica sopravvenuta al condannato

(V. artt. 148 c.p. e 111-113 r.p.)

Se prima o durante l'esecuzione di una pena restrittiva della libertà personale sopravviene al condannato un'infermità psichica, il giudice, qualora ritenga che l'infermità sia tale da impedire l'esecuzione della pena, ordina che questa sia differita o sospesa e che il condannato sia ricoverato in un ospedale psichiatrico giudiziario ovvero in una casa di cura e di custodia. Il giudice può disporre che il condannato, invece che in un ospedale psichiatrico giudiziario, sia ricoverato in una struttura sanitaria comune se la pena inflittagli sia inferiore a tre anni di reclusione o di arresto e non si tratti di delinquente o contravventore abituale o professionale o di delinquente per tendenza (v. art. 148, c. 1, c.p.).

Il provvedimento di ricovero è revocato, e il condannato è sottoposto all'esecuzione

della pena, quando sono venute meno le ragioni che hanno determinato tale provvedimento (v. art. 148, c. 3, c.p.).

Sul computo del periodo di ricovero, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della norma in commento, nella parte in cui prevede che il giudice, nel disporre il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario del condannato caduto in stato di infermità psichica durante l'esecuzione di pena restrittiva della libertà personale, ordini che la pena medesima venga sospesa, così come, in via consequenziale, nella parte in cui prevede che il giudice ordini la sospensione della pena anche nel caso in cui il condannato sia ricoverato in una casa di cura e di custodia ovvero in un ospedale psichiatrico comune (sent. 146/1975). In ragione di tale declaratoria, il periodo di ricovero va sempre computato come espiazione di pena.

Sul rapporto tra rinvio per grave infermità fisica e ricovero per infermità psichica sopravvenuta, per la Corte di Cassazione si tratta di ipotesi che si escludono a vicenda, nel senso che qualora sia prevalente la patologia psichiatrica, ovvero quando sia di entità tale da rendere impossibile l'esecuzione della pena, al differimento o alla sospensione della pena consegue necessariamente il ricovero in una struttura psichiatrica, mentre nel caso opposto, nell'ambito dell'esercizio della sua valutazione discrezionale, il giudice deve avere esclusivo riferimento alla patologia fisica.

La competenza sul ricovero è del magistrato di sorveglianza (art. 69, c. 8, o.p.).

CAPITOLO V

DIFFERENZIAZIONI PENITENZIARIE

Introduzione

La *differenziazione penitenziaria* è una categoria esclusivamente dottrinale, che allude all'esecuzione delle misure privative della libertà personale attuata con caratteri di specificità rispetto al regime ordinario, in ragione delle situazioni peculiari che caratterizzano determinati ristretti e delle conseguenti valutazioni che afferiscono al loro trattamento.

Di seguito sono considerati gli istituti relativi a due distinte accezioni di differenziazione trattamentale. La prima riguarda la *condizione personale* , che viene in rilievo in due diverse versioni, legate rispettivamente alla *condizione familiare* , cioè alle relazioni con figli, coniuge o convivente, e alla *condizione sanitaria* , ossia agli stati di dipendenza o immunodeficienza. In questi casi, il regime trattamentale differenziato appare fondato sull'oggettiva impossibilità dell'istituzione carceraria di farsi carico di problematiche connesse all'infanzia e all'infermità all'interno delle strutture detentive e quindi sulla logica essenzialmente assistenziale-terapeutica e latamente special-preventiva degli istituti derogatori al regime ordinario che sono approntati per affrontare tali situazioni. La seconda concerne la *pericolosità soggettiva* , che viene in considerazione in due differenti significati, non necessariamente coincidenti o collegati, relativi rispettivamente alla *pericolosità penitenziaria* , cioè all'incapacità del ristretto di sottostare alle normali regole di ordinata convivenza in istituto detentivo, e alla *pericolosità criminale* , ossia alla responsabilità dell'interessato per la commissione di reati di particolare gravità edittale e a elevato allarme

sociale, in genere ma non sempre ricollegabili alla criminalità organizzata o terroristica o eversiva. In tali ipotesi, il regime penitenziario differenziato risulta legato all'assunta necessità del sistema penitenziario di dover affrontare le questioni di natura interna relativa alla disciplina della convivenza inframuraria o esterna per il contrasto delle organizzazioni criminali attraverso strumenti di carattere individuale o collettivo connotati da una regolamentazione particolarmente rigida e afflittiva in tema di trattamento penitenziario e di misure alternative.

SEZIONE A. LA CONDIZIONE FAMILIARE

Introduzione

Il legislatore si è occupato in modo innovativo del tema dell'infanzia, della genitorialità e della famiglia in campo penitenziario soltanto dagli anni ottanta del secolo scorso, dopo che in precedenza la legislazione penalistica si era interessata dei soli aspetti di gestione interna dell'eventuale convivenza in istituto penitenziario di figli minori con madri detenute, comunque senza ad oggi riuscire a superare le disumane realtà di bimbi che vivono ancora tra le sbarre con un loro genitore detenuto o di ristretti che incontrano i propri figli minori solo durante i colloqui dentro le mura.

La recente stagione delle aperture del carcere all'esterno per la tutela del rapporto tra genitori detenuti e figli minori era stata avviata con l'introduzione della misura alternativa della detenzione domiciliare, dovuta alla riforma del 1986, che all'origine faceva riferimento alla sola madre detenuta e al figlio di età inferiore a tre anni (v. art. 13 l. 663/1986). Sul primo versante era intervenuta la dichiarazione di illegittimità costituzionale, che a determinate condizioni l'aveva ammessa anche per il padre detenuto (v. Corte cost., sent. 215/1990), mentre sul secondo profilo l'età del figlio era stata elevata prima a cinque anni (v. art. 3 d.l. 187/1993, conv. con modd. da l. 296/1993) e poi agli attuali dieci anni, nella stessa occasione in cui era stato inserito pure il padre del minore tra i destinatari della misura (v. art. 4 l. 165/1998).

Nel nuovo millennio, a una decina di anni di distanza, sono intervenuti due provvedimenti legislativi dedicati in esclusiva al tema qui considerato. Il primo è

stata la l. 40/2001, che tra l'altro ha riformato il rinvio dell'esecuzione della pena detentiva innalzandone l'età del figlio minore agli attuali un anno per quello obbligatorio (v. art. 146, c. 1, n. 2, c.p.) e tre anni per quello facoltativo (v. art. 147, c. 1, n. 3, c.p.), e soprattutto ha introdotto con carattere di novità la misura alternativa della detenzione domiciliare speciale (v. artt. 47-*quinquies* e 47-*sexies* o.p.) e l'istituto trattamentale dell'assistenza all'esterno dei figli minori (v. art. 21-*bis* o.p.). Il secondo è stata la l. 62/2011, che ha modificato la disciplina sulle esigenze cautelari, elevando l'età del figlio minore agli attuali sei anni per prediligere gli arresti domiciliari del genitore convivente, ha introdotto la custodia attenuata e le casa famiglia protetta sia per la custodia cautelare (v. art. 285-*bis* c.p.p.) che per l'esecuzione pena (v. artt. 47-*ter*, c. 1, lett. a e b, e 47-*quinquies*, c. 1-*bis*, o.p.), e l'istituto trattamentale delle visite al minore infermo (v. art. 21-*ter* o.p.), di recente esteso a figli, coniuge o convivente affetti da handicap grave (v. art. 14 l. 47/2015).

In via generale pare potersi affermare che, a differenza di altri settori della differenziazione, la disponibilità degli strumenti e l'esiguità dei numeri che caratterizzano il problema dei figli minori di madri detenute che ancora permangono dentro l'universo penitenziario possano consentire in un prossimo futuro di vedere realizzato l'obiettivo della decarcerizzazione quale unica soluzione per garantire la tutela dell'infanzia e della genitorialità.

1. Gli istituti a custodia attenuata per detenute madri e le case famiglia protette

(V. artt. 285-*bis* c.p.p., 47-*ter*, c. 1, lett. a e b, e 47-*quinquies*, c. 1-*bis*, o.p.)

Quando indagati o imputati siano donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente, ovvero padre qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole (v. art. 275, c. 4, c.p.p.), il giudice può disporre la custodia presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri, ove le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza lo consentano (v. art. 285-*bis* c.p.p.). La pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto, possono essere espiate nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo (pubblico o privato) di cura, assistenza o accoglienza, ovvero in casa famiglia protetta, per la donna incinta o la madre di prole di età inferiore a dieci anni con lei convivente, ovvero del padre, esercente la responsabilità genitoriale, di prole di età inferiore a dieci anni con lui

convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole (v. art. 47-ter, c. 1, lett. a e b, o.p.).

Per condannate madri di prole di età non superiore a dieci anni, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e se vi è la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli, al fine di provvedere alla loro cura e assistenza (v. art. 47-quinquies, c. 1, o.p.), ovvero anche il padre detenuto, se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre (v. art. 47-quinquies, c. 7, o.p.), l'espiazione di almeno un terzo della pena o di quindici anni nel caso dell'ergastolo, richiesta per accedere alla detenzione domiciliare speciale, quando non ricorrano le condizioni per la detenzione domiciliare ordinaria, può avvenire, al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli, presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri ovvero, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, nel domicilio; in caso di impossibilità di espiazione la pena nel domicilio, la stessa può essere espia in una casa famiglia protetta, ove istituite (v. art. 47-quinquies, c. 1-bis, o.p.).

Gli istituti a custodia attenuata per detenute madri (I.C.A.M.) (artt. 1 e 3 l. 62/2011) e le case famiglia protette (art. 4 l. 62/2011 e d.Min.Giust. 8 marzo 2013) sono strutture destinate a genitori indagati, imputati o condannati per provvedere mediante la convivenza in luoghi diversi dagli istituti penitenziari alla cura e all'assistenza dei propri figli minori.

Tali strutture sono considerate dalle discipline sulla custodia cautelare, sulla detenzione domiciliare e sulla detenzione domiciliare speciale [v. *antea*, parte II, cap. IV, sez. A, par. 2].

2. L'assistenza all'esterno dei figli minori

(V. art. 21-bis o.p.)

Le condannate e le internate possono essere ammesse alla cura e all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore a dieci anni (v. art. 21-bis, c. 1, o.p.). La misura dell'assistenza all'esterno può essere concessa, alle stesse condizioni, anche al padre detenuto, se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre (v. art. 21-bis, c. 3, o.p.). Si applicano tutte le disposizioni relative al lavoro all'esterno, in quanto compatibili (v. art. 21-bis, c. 2, o.p.).

L'assistenza all'esterno dei figli minori è misura dedicata a genitori condannati o in-

ternati, per provvedere fuori dagli istituti penitenziari alla cura e all'assistenza dei propri figli minori, secondo le norme sul lavoro all'esterno che siano ritenute applicabili (v. art. 5 l. 40/2001). In proposito, la Corte costituzionale (sent. 174/2018) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della presente norma, nella parte in cui, attraverso il rinvio alla precedente disposizione sul lavoro esterno di cui all'art. 21 o.p., con riferimento alle detenute condannate alla pena della reclusione per taluno dei delitti di cui all'art. 4-bis, c. 1, 1-ter e 1-quater, o.p., non consente l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci, ovvero lo subordina alla previa espiazione di una frazione di pena, salvo che sia stata accertata la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 58-ter o.p.

La competenza sulla proposta e sull'applicazione della misura è affidata alla direzione dell'istituto (v. artt. 21, c. 3, o.p., e 48, c. 1, r.p.), mentre al magistrato di sorveglianza è riconosciuta quella sull'approvazione che la rende esecutiva (v. artt. 21, c. 4, e 69, c. 5, o.p., e 48, c. 1, r.p.). Alle osservazioni critiche sollevate da tale ripartizione di competenze nell'originaria disciplina del lavoro all'esterno da cui sono importate [v. *antea*, parte II, cap. III, par. 5.1], che lascia l'autorità giurisdizionale senza efficaci rimedi, specie di fronte alle possibili inerzie dell'amministrazione penitenziaria, va aggiunto che siffatta incompleta giurisdizionalizzazione risulta ancora più grave in relazione alla presente misura, che non solo incide sulla libertà personale degli interessati, ma coinvolge anche la tutela del bene costituzionalmente prevalente dell'infanzia. In merito, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale di questa norma con riferimento ai genitori condannati per taluno dei delitti di cui all'art. 4-bis, c. 1, 1-ter e 1-quater, o.p., la Consulta ha osservato che ciò non pregiudica le esigenze di difesa sociale, sottese alla previsione di limiti all'accesso al beneficio in oggetto per tali condannati, in quanto la concessione del beneficio resta pur sempre affidata al prudente apprezzamento del magistrato di sorveglianza, che chiamato ad approvare il provvedimento disposto dall'amministrazione penitenziaria deve tenere conto del tipo di reato, della durata effettiva o prevista della misura privativa della libertà e della sua parte residua, nonché dell'esigenza di prevenire il pericolo che l'amnesso all'istituto commetta altri reati (*Cons. dir.*, pt. 2.7).

L'assistenza all'esterno dei figli minori (come la detenzione domiciliare speciale e il rinvio dell'esecuzione della pena) non si applica a coloro che sono stati dichiarati decaduti dalla potestà genitoriale (v. art. 6, c. 1, l. 40/2001) e, nel caso la decadenza intervenga nel corso dell'esecuzione della misura, è immediatamente revocata (v. art. 6, c. 2, l. 40/2001). L'applicazione di uno di tali istituti, per il tempo della sua durata, determina la sospensione delle pene accessorie della de-

cadenza e della sospensione dalla responsabilità genitoriale (v. art. 7 l. 40/2001). Per superare l'evidente contraddizione tra le due disposizioni, deve intendersi che la pena accessoria applicabile è sospesa solo quando il reato viene compiuto non in danno dei minori.

3. Le visite al minore infermo o al figlio, al coniuge o convivente affetto da handicap in situazione di gravità

(V. art. 21-ter o.p.)

In caso di imminente pericolo di vita o di gravi condizioni di salute del figlio minore, anche non convivente, ovvero nel caso in cui il figlio sia affetto da handicap in situazione di gravità (v. artt. 3, c. 3, e 4, l. 104/1992), la madre indagata, imputata, condannata o internata, ovvero il padre che versi nelle stesse condizioni della madre, sono autorizzati, con provvedimento del magistrato di sorveglianza, o in caso di assoluta urgenza del direttore dell'istituto, a recarsi, con le cautele previste dal regolamento, a visitare l'infermo o il figlio affetto da handicap grave. In caso di ricovero ospedaliero, le modalità della visita sono disposte tenendo conto della durata del ricovero e del decorso della patologia (v. art. 21-ter, c. 1, o.p.). Tali disposizioni si applicano anche nel caso di coniuge o convivente affetto da handicap grave (v. art. 3, c. 3, l. 104/1992).

L'indagata, l'imputata, la condannata o l'internata madre di un bambino di età inferiore a dieci anni, anche se con lei non convivente, ovvero di figlio affetto da handicap in situazione di gravità (v. artt. 3, c. 3, e 4, l. 104/1992), ovvero il padre imputato, condannato o internato, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, sono autorizzati, con provvedimento da rilasciarsi da parte del giudice competente non oltre le ventiquattro ore precedenti alla data della visita e con le modalità operative dallo stesso stabilite, ad assistere il figlio durante le visite specialistiche, relative a gravi condizioni di salute (v. art. 21-ter, c. 2, o.p.). Tali disposizioni si applicano anche nel caso di coniuge o convivente affetto da handicap grave (v. art. 3, c. 3, l. 104/1992).

Le visite di indagati, imputati, condannati o internati a figli, coniuge o convivente per ragioni di infermità o handicap grave è istituito prima riferito solo a figli minori con infermità gravi (v. art. 2 l. 62/2011), poi esteso a figli, coniuge o convivente affetti da handicap grave (v. art. 14 l. 47/2015).

La disciplina della visita per gravi condizioni di salute o handicap in situazioni gravi, anche durante ricovero ospedaliero, pare affine a quella dei permessi di necessità o eccezionali, nelle sue diverse ipotesi di cui ai c. 1 e 2 dell'art. 30 o.p. [v. *antea*, parte II, cap. IV, sez. B, par. 1.2], nonostante risulti caratterizzata da maggiori specificità nelle relative previsioni.

La competenza sull'autorizzazione della visita è del magistrato di sorveglianza, ovvero in caso di assoluta urgenza del direttore dell'istituto. Tale disciplina solleva fondate perplessità nell'individuazione dell'organo competente a decidere sugli indagati o imputati, in ragione della mancata considerazione delle autorità giudiziarie procedenti anche a mero titolo di opportuna consultazione.

Anche la regolamentazione dell'assistenza durante visite specialistiche per gravi condizioni di salute o handicap in situazioni gravi può accostarsi a quella dei permessi di necessità o eccezionali, nella specifica figura di cui al c. 2 dell'art. 30 o.p. [v. *antea*, parte II, cap. IV, sez. B, par. 1.2], pure qui con maggiori peculiarità nelle proprie indicazioni.

La decisione sull'autorizzazione dell'assistenza è del giudice competente, quindi l'autorità giurisdizionale procedente nel caso degli indagati o imputati, il magistrato di sorveglianza in quello di condannati e internati.

SEZIONE B. LA CONDIZIONE SANITARIA

Introduzione

L'evoluzione legislativa in tema di trattamento della persona tossicodipendente in ambito penitenziario è iniziata negli anni settanta del secolo scorso, con un provvedimento quadro sulle sostanze stupefacenti, successivo all'introduzione dell'ordinamento penitenziario, che disciplinò il trattamento riabilitativo di tali persone in appositi reparti degli istituti penitenziari, senza prevedere alcuna misura alternativa per il tossicodipendente in misura cautelare o in espiazione pena (v. art. 84, l. 685/1975).

Dagli anni ottanta il problema della droga in carcere ha cominciato a conoscere una stagione di emergenza, causata da una presenza sempre maggiore di tossicodipendenti all'interno dei penitenziari, che determinano delle situazioni conflittuali per la convivenza forzata. Di qui l'orientamento degli interventi del

legislatore in chiave di decarcerizzazione. Si iniziò prima ad aggredire il fronte più allarmante del fenomeno, rappresentato dai detenuti tossicodipendenti in attesa di giudizio, contro il quale si susseguirono numerose iniziative legislative dal forte contenuto innovativo (v. art. 3 l. 532/1982), seguendo la logica a favore della libertà dell'imputato o dell'indagato in stato di tossicodipendenza che avesse intrapreso un percorso di emancipazione dalla droga. Si passò poi ad affrontare la questione più strutturale del problema, costituita dai condannati tossicodipendenti in esecuzione di pena, prevedendo un regime speciale di alternatività al carcere. Si trattò della prima versione, introdotta all'interno dell'ordinamento penitenziario (v. art. 47-*bis* o.p.), dell'affidamento in prova al servizio sociale nei casi particolari del tossicodipendente o alcoldipendente, che dovesse eseguire una pena detentiva non superiore a due anni e sei mesi e che avesse in corso un programma di recupero, al fine di proseguire l'attività terapeutica sulla base di un piano concordato (v. art. 4-*ter* d.l. 144/1985, conv. con modd. da l. 297/1985). Di seguito la stessa misura divenne applicabile per pene detentive non superiori a tre anni e a detenuti tossicodipendenti anche che non avessero già in corso ma solo intendessero intraprendere un percorso riabilitativo (v. art. 12 l. 663/1986).

Dagli anni novanta ai giorni nostri si è assistito prima alla coesistenza e poi alla trasmigrazione della materia dalla legge sull'ordinamento penitenziario al testo unico sugli stupefacenti, così da rimarcare l'assoluta autonomia e specialità, come si è registrato altresì l'ampliamento e nondimeno il rafforzamento dei percorsi di alternatività al carcere, ciò a sottolinearne la definitiva centralità e peculiarità nella politica penale dello specifico settore. In primo luogo avvenne appunto l'introduzione nella legislazione sugli stupefacenti degli istituti dedicati agli imputati e ai condannati tossicodipendenti, in particolare per questi ultimi sia la nuova misura della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva che il già vigente affidamento in prova in casi particolari (v. artt. 89-96 t.u.l.s.), dopodiché quest'ultimo istituto venne definitivamente cancellato dall'ordinamento penitenziario e tutta la disciplina settoriale restò affidata in via esclusiva alla legislazione speciale (v. art. 3 l. 165/1998). Gli altri approdi furono soprattutto l'elevamento dei limiti di pena e l'eliminazione del numero di concessioni per le misure dedicate, in specie l'allargamento prima sino ai quattro anni (v. artt. 6 e 7 d.l. 139/1993, conv. con modd. da l. 222/1993) e poi agli attuali sei anni (v. artt. 4-*undecies*, c. 1, lett. a, d.l. 272/2005, conv. con modd. da l. 49/2006) di pena inflitta per poter accedere sia alla sospensione che all'affidamento, nonché per quest'ultimo istituto la recente cancellazione del massimo di due applicazioni (v. art. 2, c. 1, lett. b, d.l. 146/2013, conv. con modd. da l. 10/2014).

In via introduttiva all'esame dei singoli istituti, si impongono alcune considerazioni di carattere generale. I percorsi alternativi per il detenuto tossicodipendente si offrono quale diritto speciale, dove la concedibilità delle misure non è ascrivibile alla logica premiale per scopi special-preventivi. Tale specialità è stata interpretata in un'accezione tecnocratica, come strumento di decarcerizzazione per sole ragioni di governabilità dell'istituzione carceraria. Come dire, la terapia disintossicante sempre e comunque meglio dell'istituto penitenziario, che non è materialmente capace di gestire questo tipo di presenza, quindi nei limiti concessi dalla legge l'alternativa garantita a tutti i potenziali destinatari. Al contrario, qui risiede l'apparente paradosso della legislazione speciale: tale scelta di politica penale, improntata alla decarcerizzazione, si è dimostrata in concreto incapace di decarcerizzare. La maggioranza dei detenuti tossicodipendenti oggi ristretti nelle carceri italiane è nei termini legali per godere delle misure alternative a loro dedicate, ma in realtà non ne usufruisce. Le ragioni del fenomeno sono diverse e complesse, ma insieme segnano il fallimento di ogni strategia di decarcerizzazione in costanza di una stessa politica di penalizzazione. Per il tossicodipendente imputato o condannato a una pena breve la scelta terapeutica, che significa di tipo comunitario, si presenta meno preferibile del carcere; per gli altri detenuti tossicodipendenti, che invece opterebbero per l'alternativa terapeutica, questa viene a mancare perché il livello di ricettività delle strutture riabilitative, anche di carattere territoriale, non riesce o comunque non ritiene di poter farsi carico di tutti, e insieme agli altri organi dell'esecuzione penale partecipa di una forte selettività nell'accesso a tali misure. Di conseguenza, i detenuti tossicodipendenti non riescono in massima parte a concordare alcun programma terapeutico, che soddisfi le condizioni previste e richieste per non soffrire la pena del carcere.

1. Gli istituti, le sezioni e le aree a custodia attenuata per tossicodipendenti e alcolodipendenti

(V. artt. 95 e 96, c. 1-4, t.u.l.s. e all., pt. 3.3, acc. Conf.unif. 22 gennaio 2015)

La pena detentiva nei confronti di persona condannata per reati commessi in relazione al proprio stato di tossicodipendenza deve essere scontata in istituti idonei per lo svolgimento di programmi terapeutici e socio-riabilitativi (v. art. 95, c. 1, t.u.l.s.). Con decreto del Ministro di Grazia e Giustizia si provvede all'acquisizione di case mandamentali e

alla loro destinazione per i tossicodipendenti condannati con sentenza anche non definitiva (v. art. 95, c. 2, t.u.l.s.).

Chi si trova in stato di custodia cautelare o di espiazione di pena per reati commessi in relazione al proprio stato di tossicodipendenza o sia ritenuto dall'autorità sanitaria abitualmente dedito all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope o che comunque abbia problemi di tossicodipendenza ha diritto di ricevere le cure mediche e l'assistenza necessaria all'interno degli istituti carcerari a scopo di riabilitazione (v. art. 96, c. 1, t.u.l.s.). Tale disposizione si applica anche al tossicodipendente non ammesso, per divieto di legge o a seguito di provvedimento dell'autorità giudiziaria, alle misure sostitutive previste negli artt. 90 e 94 t.u.l.s. per la prosecuzione o l'esecuzione del programma terapeutico al quale risulta sottoposto o intende sottoporsi (v. art. 96, c. 2, t.u.l.s.).

Le aziende unità sanitarie locali, d'intesa con gli istituti penitenziari e in collaborazione con i servizi sanitari interni delle medesime strutture, provvedono alla cura e alla riabilitazione dei detenuti tossicodipendenti e alcolodipendenti (v. art. 96, c. 3, t.u.l.s.). A tal fine, il Ministro di Grazia e Giustizia organizza, con proprio decreto, su basi territoriali, reparti carcerari opportunamente attrezzati, provvedendo d'intesa con le competenti autorità regionali e con i centri di assistenza degli enti locali (v. art. 96, c. 4, t.u.l.s.).

Custodie attenuate: sono destinate alla permanenza di persone con diagnosi medica di alcol-tossicodipendenza in fase di divezzamento avanzato dall'uso di sostanze stupefacenti e possono occupare un intero istituto (istituto a custodia attenuata per il trattamento dei tossicodipendenti, I.C.A.T.T.) o una o più sezioni (sezioni attenuate per il trattamento dei tossicodipendenti, Se.A.T.T.) facenti parte di istituti più grandi. L'istituto o la sezione di custodia attenuata, avvalendosi anche del personale del servizio territoriale per le tossicodipendenze e alcolodipendenze (Ser.T.) e, se necessario, del dipartimento di salute mentale (D.S.M.), svolge attività di prevenzione, riduzione del danno, attualizzazione diagnostica, trattamento riabilitativo e reinserimento sociale delle persone alcol-tossicodipendenti che aderiscono volontariamente al programma (v. all., pt. 3.3, acc.Conf.unif. 22 gennaio 2015).

Unità a custodia attenuata per il trattamento della sindrome astinenziale: è rappresentato da aree di osservazione clinica in istituto dedicate alla gestione della sindrome astinenziale in entrata al carcere. Tali aree sono di dimensioni proporzionali al turnover di detenuti alcol-tossicodipendenti e anch'esse devono presentare una gestione simile alla tipologia precedente (v. all., pt. 3.3, acc.Conf.unif. 22 gennaio 2015).

Le aree, le sezioni (Se.A.T.T.) e gli istituti (I.C.A.T.T.) a custodia attuata sono luoghi in cui ci si occupa del trattamento iniziale (le aree) o avanzato (le sezioni e gli istituti) di persone con diagnosi di tossicodipendenza o alcolodipendenza.

Tali articolazioni sono destinate alle persone in fase cautelare o definitiva che non sono sottoposte alle misure terapeutiche territoriali o residenziali di seguito trattate.

2. I provvedimenti cautelari nei confronti dei tossicodipendenti o alcolodipendenti

(V. artt. 89 e 96, c. 6, t.u.l.s.)

Qualora ricorrano i presupposti per la custodia cautelare in carcere, il giudice, ove non sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, dispone gli arresti domiciliari quando imputata è una persona tossicodipendente o alcolodipendente che abbia in corso un programma terapeutico di recupero presso i servizi pubblici per l'assistenza ai tossicodipendenti, ovvero nell'ambito di una struttura privata autorizzata, e l'interruzione del programma può pregiudicare il recupero dell'imputato. Quando si procede per i delitti di rapina aggravata (v. art. 628, c. 3, c.p.) o di estorsione aggravata (v. art. 629, c. 2, c.p.), e comunque nel caso sussistano particolari esigenze cautelari, il provvedimento è subordinato alla prosecuzione del programma terapeutico in una struttura residenziale. Con lo stesso provvedimento, o con altro successivo, il giudice stabilisce i controlli necessari per accertare che il tossicodipendente o l'alcolodipendente prosegua il programma di recupero, e indica gli orari e i giorni nei quali lo stesso può assentarsi per l'attuazione del programma (v. art. 89, c. 1, t.u.l.s.).

Se una persona tossicodipendente o alcolodipendente, che è in custodia cautelare in carcere, intende sottoporsi ad un programma di recupero presso i servizi pubblici per l'assistenza ai tossicodipendenti, ovvero una struttura privata autorizzata, la misura cautelare è sostituita con quella degli arresti domiciliari, ove non ricorrano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza. La sostituzione è concessa su istanza dell'interessato; all'istanza è allegata certificazione, rilasciata da un servizio pubblico per le tossicodipendenze o da una struttura privata accreditata per l'attività di diagnosi, attestante lo stato di tossicodipendenza o di alcolodipendenza, la procedura con la quale è stato accertato l'uso abituale di sostanze stupefacenti, psicotrope o alcoliche, nonché la dichiarazione di disponibilità all'accoglimento rilasciata dalla struttura. Il servizio

pubblico è comunque tenuto ad accogliere la richiesta dell'interessato di sottoporsi a programma terapeutico. L'autorità giudiziaria, quando si procede per i delitti di rapina aggravato o di estorsione aggravata, e comunque nel caso sussistano particolari esigenze cautelari, subordina l'accoglimento dell'istanza all'individuazione di una struttura residenziale (v. art. 89, c. 2, t.u.l.s.).

Il giudice dispone la custodia cautelare in carcere o ne dispone il ripristino quando accerta che la persona ha interrotto l'esecuzione del programma, ovvero mantiene un comportamento incompatibile con la corretta esecuzione, o quando accerta che la persona non ha collaborato alla definizione del programma o ne ha rifiutato l'esecuzione (v. art. 89, c. 3, t.u.l.s.).

Le disposizioni precedenti sugli arresti domiciliari non si applicano quando si procede per uno dei delitti previsti dall'art. 4-*bis* o.p., ad eccezione di quelli di cui agli artt. 628, c. 3, e 629, c. 2, c.p., purché non siano ravvisabili elementi di collegamento con la criminalità organizzata o eversiva (v. art. 89, c. 4, t.u.l.s.).

Grava sull'amministrazione penitenziaria l'onere del mantenimento, la cura o l'assistenza medica della persona sottoposta agli arresti domiciliari, allorché tale misura sia eseguita presso una struttura privata autorizzata e convenzionata con il Ministero della Giustizia (v. artt. 89, c. 5, e 96, c. 6, t.u.l.s.).

Il responsabile della struttura presso cui si svolge il programma terapeutico di recupero e socio-riabilitativo è tenuto a segnalare all'autorità giudiziaria le violazioni commesse dalla persona sottoposta al programma. Qualora tali violazioni integrino un reato, in caso di omissione, l'autorità giudiziaria ne dà comunicazione alle autorità competenti per la sospensione o revoca dell'autorizzazione e dell'accreditamento, ferma restando l'adozione di misure idonee a tutelare i soggetti in trattamento presso la struttura (v. art. 89, c. 5-*bis*, t.u.l.s.).

Dal *confronto normativo tra provvedimenti cautelari e misure alternative* per tossicodipendenti o alcoldipendenti, si rinviengono delle previsioni legislative che sono presenti nella disciplina sulla fase cautelare e non nella regolamentazione sulla fase esecutiva, che sarà oggetto dell'analisi successiva.

Ci si riferisce innanzitutto alle norme che obbligano il giudice della cognizione a dare applicazione o a fare proseguire il programma terapeutico agli arresti domiciliari con modalità residenziale e non territoriale, qualora si proceda per taluni particolari delitti e comunque se sussistono particolari esigenze cautelari.

Si osserva che mentre tali precetti trovano una ragionevole spiegazione nelle peculiarità proprie della fase cautelare, ove svolgono il ruolo essenziale di criterio guida della discrezionalità giudiziale per consentire il trattamento non carcerario nei casi considerati di pericolosità non eccezionale, l'assenza di simili indicazioni per la fase esecutiva non ha impedito nella prassi applicativa il frequente ricorso all'imposizione da parte del giudice della sorveglianza della versione in custodia del programma riabilitativo in luogo di quella in libertà, per soddisfare delle esigenze securitarie ritenute prevalenti sulle necessità terapeutiche dell'individuo interessato.

Vengono in considerazione inoltre le norme che obbligano il servizio pubblico ad accogliere la richiesta dell'interessato di sottoporsi a un programma terapeutico e a quelle che addebitano all'amministrazione penitenziaria l'onere del mantenimento, della cura e dell'assistenza medica della persona sottoposta agli arresti domiciliari presso una struttura privata autorizzata e convenzionata per lo svolgimento della misura. Va rilevato che mentre tali prescrizioni risultano di sicuro impatto nelle valutazioni tipiche dell'applicazione giudiziale, laddove assicurano nella fase cautelare la materiale disponibilità di soluzioni terapeutiche per le persone tossicodipendenti o alcol dipendenti interessate, la mancanza di siffatte disposizioni per la fase esecutiva costituisce la principale ragione della problematica permanenza in strutture detentive della maggior parte dei condannati in stato di tossicodipendenza o alcol dipendenza.

3. L'affidamento in prova in casi particolari

(V. artt. 94, 123 e 126 t.u.l.s., 99 r.p. e l, c. 7, l. 199/2010)

3.1. I lineamenti

L'*affidamento in prova in casi particolari* consiste nella misura grazie alla quale il condannato tossicodipendente o alcol dipendente, che ha in corso o intenda sottoporsi a un programma di recupero per scontare una pena detentiva o per eseguire una pena detentiva presso il domicilio, viene affidato in prova al servizio sociale, per proseguire o intraprendere l'attività terapeutica, sulla base di un programma concordato con un'azienda unità sanitaria locale o una struttura privata autorizzata (v. artt. 94, c. 1, t.u.l.s. e l, c. 7, l. 199/2010).

Sulla *natura* della misura, ci si è costantemente interrogati se l'istituto dell'affidamento in prova in casi particolari, noto anche come affidamento terapeutico, originariamente previsto dall'art. 47-*bis* o.p. e attualmente regolato dall'art. 94 t.u.l.s., debba intendersi quale specificazione della disciplina ordinaria dell'affidamento in prova al servizio sociale di cui all'art. 47 o.p. ovvero come autonomo e speciale trattamento riservato al tossicodipendente o alcolodipendente. Nonostante la sopravvivenza della clausola di chiusura sull'applicabilità in quanto compatibile della disciplina dell'ordinamento penitenziario (v. art. 94, c. 6, t.u.l.s.), l'affidamento per tossicodipendenti e alcolodipendenti si caratterizza per la finalità essenzialmente riabilitativa e non in senso stretto rieducativa, quindi la risposta a tale quesito va oggi orientata verso la piena autonomia e specialità dell'istituto rispetto a quello tipico ordinario, peraltro con la possibilità che la versione terapeutica possa proseguire in quella di reinserimento secondo la previsione della regolamentazione di legge (v. art. 94, c. 6-*bis*, t.u.l.s.).

3.2. I requisiti

Se la pena detentiva deve essere eseguita nei confronti di persona tossicodipendente o alcolodipendente che abbia in corso un programma di recupero o che ad esso intenda sottoporsi, l'interessato può chiedere in ogni momento di essere affidato in prova al servizio sociale, per proseguire o intraprendere l'attività terapeutica sulla base di un programma da lui concordato con un'azienda unità sanitaria locale o con una struttura privata autorizzata ai sensi dell'art. 116 t.u.l.s. Alla domanda è allegata, a pena di inammissibilità, certificazione rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da una struttura privata accreditata per l'attività di diagnosi prevista dall'art. 116, c. 2, lett. d, t.u.l.s., attestante lo stato di tossicodipendenza o di alcolodipendenza, la procedura con la quale è stato accertato l'uso abituale di sostanze stupefacenti, psicotrope o alcoliche, l'andamento del programma concordato eventualmente in corso e la sua idoneità ai fini del recupero del condannato. Affinché il trattamento sia eseguito a carico del Servizio sanitario nazionale, la struttura interessata deve essere in possesso dell'accreditamento istituzionale di cui all'art. 8-*quater*, d.lgs. 502/1992, e aver stipulato gli accordi contrattuali di cui all'art. 8-*quinqüies* del citato decreto legislativo (v. art. 94, c. 1, t.u.l.s.).

Ai fini dell'applicazione degli istituti dell'affidamento in prova in casi particolari e della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, viene trasmessa dall'azienda

unità sanitaria locale competente o dalla struttura privata autorizzata, su richiesta dell'autorità giudiziaria, una relazione secondo modalità definite con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro della giustizia, relativamente alla procedura con la quale è stato accertato l'uso abituale di sostanze stupefacenti o psicotrope, all'andamento del programma, al comportamento del soggetto e ai risultati conseguiti a seguito del programma stesso e della sua eventuale ultimazione, in termini di cessazione di assunzione delle sostanze e dei medicinali di cui alla tabella I e alla tabella dei medicinali previste dall'art. 14 t.u.l.s. (v. art. 123, c. 1, t.u.l.s.).

L'affidamento in prova in casi particolari può essere concesso solo quando deve essere espiata una pena detentiva, anche residua e congiunta a pena pecuniaria, non superiore a sei anni, ovvero a quattro anni se relativa a titolo esecutivo comprendente reato di cui all'art. 4-*bis* o.p. (v. art. 94, c. 1, t.u.l.s.).

Il tribunale accoglie l'istanza se ritiene che il programma di recupero, anche attraverso le altre prescrizioni di cui all'art. 47, c. 5, o.p., contribuisce al recupero del condannato e assicura la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati (v. art. 94, c. 4, t.u.l.s.).

Nel caso di condannato tossicodipendente o alcolodipendente sottoposto a un programma di recupero o che a esso intenda sottoporsi, la pena di cui all'art. 1, c. 1, l. 199/2010 può essere eseguita presso una struttura sanitaria pubblica o una struttura privata accreditata ai sensi del t.u.l.s. Con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro della salute, sentita la Presidenza del Consiglio dei ministri-Dipartimento per le politiche antidroga e d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, è determinato il contingente annuo dei posti disponibili, nei limiti del livello di risorse ordinario presso ciascuna regione finalizzato a tale tipologia di spesa, sulla base degli accrediti già in essere con il Servizio sanitario nazionale e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica (v. art. 1, c. 7, l. 199/2010).

I *requisiti soggettivi* di accesso alla misura sono la condizione personale di tossicodipendenza o alcolodipendenza, in relazione alla quale si abbia in corso o si intenda sottoporsi a un programma di recupero, le cui attività terapeutiche e le altre prescrizioni stabilite in sede di concessione contribuiscano al recupero del

condannato interessato e assicurino la prevenzione dell'ulteriore commissione di reati da parte sua. A pena di inammissibilità della domanda, la legge richiede una certificazione rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o privata accreditata, che attesti lo stato di tossicodipendenza o alcolodipendenza, la procedura di accertamento dell'uso abituale di sostanze stupefacenti o alcoliche, l'andamento del programma concordato già in corso e in ogni caso la sua idoneità al recupero dell'interessato. In relazione all'onere del trattamento, il costo è attribuito al Servizio sanitario nazionale se la struttura pubblica o privata interessata dal programma riabilitativo è in possesso dell'accreditamento istituzionale e ha stipulato gli accordi contrattuali a livello regionale.

In merito all'esegezi delle condizioni di questa misura, la misura è dedicata in via esclusiva al tossicodipendente o alcolodipendente abituale, non essendo estensibile al consumatore occasionale; inoltre, la certificazione della condizione di dipendenza deve provenire solo dalle previste strutture qualificate, non essendo valida se dichiarata invece da soggetti pubblici o privati diversi; infine, il programma di recupero deve essere già concordato, non essendo sufficiente una generica volontà dell'interessato di intraprendere delle attività terapeutiche. *A differenza della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva*, per la concessione dell'affidamento in casi particolari non è richiesta alcuna relazione tra lo stato di tossicodipendenza e il reato di condanna, essendo sufficiente il presupposto soggettivo della dipendenza del condannato interessato.

Sul piano economico-organizzativo, va rilevato che la disciplina risulta legittimare un evidente conflitto di interessi, con ricadute collettive di particolare rilevanza. In particolare, si tratta del caso comune in cui a una stessa struttura privata sia riconosciuto nei confronti del medesimo condannato destinatario della presente misura sia il potere certificativo sull'esistenza del presupposto applicativo che la remunerazione economica per l'esecuzione del relativo programma riabilitativo, di possibile addebito alla finanza pubblica.

Sul versante clinico-operativo, va osservato che dalla regolamentazione risulta ricavarsi una problematica equiparazione di situazioni, con particolare riferimento all'omologazione dello stato dipendente con quello di uso abituale, di cui si chiede di indicare in modo esplicito la procedura di accertamento, e quindi all'appiattimento di ogni relazione con la sostanza alla sola definizione di dipendenza da essa. In proposito, il procedimento diagnostico per la certificazione degli stati di tossicodipendenza o di alcolodipendenza (v. DSM-V, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali*, 2013),

nel riferirsi a parametri standardizzati secondo i quali nell'ambito delle "dipendenze e disturbi correlati" la diagnosi di tali specifiche condizioni va identificata con la sussistenza di una patologia psichica che si configura come una malattia cronica recidivante (di qui la problematica della doppia diagnosi, vale a dire la possibile ma non necessaria coesistenza dello stato di tossicodipendenza e di altri disturbi psichiatrici), solleva purtroppo numerose gravi perplessità, legate soprattutto alle complessità degli stili di consumo e delle conseguenze dell'impiego di sostanze psicoattive. Si assiste, infatti, all'equiparazione tra differenti modalità di assunzione di sostanze stupefacenti, in particolare l'uso e l'abuso. Chi ha problemi di eroina o cocaina o ecstasy non è automaticamente assimilabile a un tossicodipendente. Non è sufficiente che una persona assuma sostanze per poter essere definito un dipendente, poiché è necessario distinguere tra il consumatore occasionale che gestisce il suo desiderio, quello abituale-cronico più o meno a rischio, e infine quello abituale-dipendente che sviluppa una maggiore o minore serie di problematiche disfunzionali di tipo comportamentale-sanitario. Per questo, andrebbe considerato dipendente solo una persona la cui funzionalità in termini di organizzazione della propria vita ruota sempre più attorno al consumo. A proposito della modalità di accertamento dello stato di tossicodipendenza, va peraltro registrato un frequente approccio riduttivistico, secondo una procedura medico-legale che si accontenta della mera ricerca di metaboliti degli stupefacenti nelle urine, nel sudore o nei capelli, così trascurando invece un'indagine clinico-comportamentale per conoscere quando e come la persona assume tali sostanze, se ha perso il controllo dell'impulso, se esiste una condizione di deficit cognitivo, se ha una sindrome di astinenza (facciamo attenzione, sul punto, anche alla situazione opposta: una persona può anche essere astinente, cioè fuori dalla sindrome di astinenza, ma non ancora abbastanza lontana dalla dipendenza, di qualsiasi natura essa sia). In questo modo, il sistema penale-penitenziario finisce per attribuire il ruolo decisivo a un presunto dato oggettivo, che in realtà non aiuta affatto la costruzione del miglior percorso di individualizzazione della pena e di risocializzazione del reo, come ci si attende dall'attività delle diverse figure professionali interessate. Nei fatti, tuttavia, gli accertamenti clinico-comportamentali sono assai difficili dall'interno della struttura penitenziaria, dove il detenuto si suppone che non faccia uso di sostanze e che debba superare ostacoli nel rapporto con i servizi, e anche all'esterno, quando la persona in libertà deve produrre tale documentazione nei tempi e nei modi particolarmente rigidi imposti dalla normativa vigente. Dal punto di vista dell'evoluzione più recente, la letteratura

specialistica ha ormai ben descritto l'emergente figura del politossico o poliassuntore, quale ricercatore disordinato e onnivoro di sensazioni di alterazione da eccitazione o stordimento, attraverso il consumo variabile secondo le opportunità di alcol, psicofarmaci e sostanze psicoattive di varia composizione e assunzione. In questo senso, l'interazione di variabili connesse allo stile di vita con quelle invece relative allo stile di consumo aiuterebbe a individuare le diverse tipologie di figure di tossicodipendenti che incrociano il sistema della giustizia penale. Ai soggetti tradizionali o marginali di tossici da strada, si affiancano invero quelli sempre più frequenti che, quantomeno nel breve o medio periodo, sono invece integrati e conformi dal punto di vista sociale, in quanto assumono sostanze che, almeno nell'ambito di determinate cerchie o gruppi di riferimento, non producono analoga marginalità o disapprovazione sociale, anzi, in certi casi, possono addirittura portare a un innalzamento della posizione sociale e di valorizzazione dell'identità personale. Eppure, si tratta sempre di dipendenti, e non meno pericolosi, rispetto ai tossici da strada. Da questa situazione, bisognerebbe prendere atto della crisi ineludibile del trattamento indifferenziato, che da una parte mette in discussione i contenuti ideologici delle terapie di molte strutture comunitarie, e dall'altra spinge con forza l'organizzazione dell'azione dei servizi territoriali dalle terapie sostitutive di tipo farmacologico agli interventi preventivi di natura selettiva nei luoghi e sui gruppi a maggiore rischio. Ciò considerato, la definizione di dipendenza in questo ambito va comunque intesa in correlazione con il programma di recupero, per cui ai fini dell'applicazione della misura dovrà ritenersi tossicodipendente o alcolodipendente il condannato per il quale appaia appropriata una terapia di contrasto nei confronti di qualsiasi effetto derivante dall'uso di sostanze stupefacenti o alcoliche.

I *requisiti oggettivi* per concedere l'istituto sono che la pena detentiva da espiare, anche residua e congiunta a pena pecuniaria, non sia superiore a sei anni, invece a quattro anni se relativa a titolo esecutivo comprendente un delitto di cui all'art. 4-bis o.p. Va anticipato che il divieto di concessione dei benefici previsto da quella disposizione non si ritiene operante nei confronti di questa misura, quindi il rinvio a tale disciplina si riferisce solo alla determinazione del limite di pena per accedere all'istituto, non al superamento del meccanismo di ostatività che prevede tale regolamentazione [v. *postea*, parte II, cap. V, sez. D, parr. 1.2]. Da aggiungere che, *a differenza della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva*, di recente è stata eliminata la preclusione delle due applicazioni della misura (v. d.l. 146/2013, conv. con modd. da l. 10/2014), quindi si può ricorrere a un programma di riabilitazione

ogni volta che sia ritenuto idoneo al recupero dell'interessato. Questo intervento, che era stato sollecitato dai diversi operatori trattamentali, ha restituito piena coerenza alla natura terapeutica dell'istituto, che non si conciliava con la costrizione imposta dal valutare se spendere l'opportunità decarcerizzante in occasione di una determinata esecuzione oppure se tenercela nell'eventualità di altre prossime condanne.

3.3. L'applicazione

Se l'ordine di carcerazione è stato eseguito, la domanda è presentata al magistrato di sorveglianza, il quale può disporre l'*applicazione provvisoria* della misura alternativa, se l'istanza è ammissibile, quando sono offerte concrete indicazioni in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'accoglimento della domanda e al grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione, qualora non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza del pericolo di fuga. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'art. 96, c. 4, t.u.l.s. sui reparti carcerari opportunamente attrezzati. Sino alla decisione del tribunale di sorveglianza, il magistrato di sorveglianza è competente all'adozione degli ulteriori provvedimenti di cui all'ordinamento penitenziario (v. art. 94, c. 2, t.u.l.s.).

Ai fini della decisione definitiva di propria *competenza*, il tribunale di sorveglianza può anche acquisire copia degli atti del procedimento e disporre gli opportuni accertamenti in ordine al programma terapeutico concordato; deve altresì accertare che lo stato di tossicodipendenza o alcolodipendenza o l'esecuzione del programma di recupero non siano preordinati al conseguimento del beneficio. Si applicano le disposizioni di cui all'art. 92, c. 1 e 3, t.u.l.s. sul procedimento davanti al tribunale di sorveglianza (v. art. 94, c. 3, t.u.l.s.). Il tribunale accoglie l'istanza se ritiene che il programma di recupero, anche attraverso le altre prescrizioni di cui all'art. 47, c. 5, o.p., contribuisce al recupero del condannato e assicura la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati (v. art. 94, c. 4, t.u.l.s.).

Ai fini dell'applicazione degli istituti dell'affidamento in prova in casi particolari e della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, viene trasmessa dall'azienda unità sanitaria locale competente o dalla struttura privata autorizzata, su richiesta dell'autorità giudiziaria, una relazione secondo modalità definite con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro della giustizia, relativamente alla

procedura con la quale è stato accertato l'uso abituale di sostanze stupefacenti o psicotrope, all'andamento del programma, al comportamento del soggetto e ai risultati conseguiti a seguito del programma stesso e della sua eventuale ultimazione, in termini di cessazione di assunzione delle sostanze e dei medicinali di cui alla tabella I e alla tabella dei medicinali previste dall'art. 14 t.u.l.s. (v. art. 123, c. 1, t.u.l.s.).

In caso di condannato tossicodipendente o alcol dipendente che debba eseguire la pena presso il domicilio, il magistrato di sorveglianza può imporre le prescrizioni e le forme di controllo necessarie per accertare che il tossicodipendente o l'alcol dipendente inizi immediatamente o prosegua il programma terapeutico (v. art. 1, c. 7, l. 199/2010).

Il potere giudiziale sull'accoglimento dell'istanza, dalla prospettiva di una concezione propriamente terapeutica sulla natura della misura, risulta in concreto di portata assai limitata.

In merito al sindacato discrezionale sul programma terapeutico, la magistratura di sorveglianza non possiede le conoscenze tecnico-professionali per valutarne l'idoneità in chiave di recupero.

Con riferimento al controllo giudiziale sull'elemento soggettivo dell'eventuale preordinazione, che è previsto a *differenza della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva* in ragione del diverso momento in cui questi istituti agiscono nel percorso della riabilitazione, una tale verifica desta notevoli perplessità, dal momento che questa sorta di ipotesi dolosa appare alquanto improbabile, mentre quando anche dovesse realizzarsi sarebbe indicativa di una personalità particolarmente problematica, nei cui confronti lo scopo special-preventivo è meglio perseguito attraverso l'esecuzione di un programma terapeutico che mediante l'espiazione di una pena detentiva. Ciò nonostante, si possono considerare almeno tre diverse forme di strumentalità.

Una prima forma di strumentalità è appunto quella degli interessati. Sono gli operatori a rivelarci che, se da un lato bisogna stare attenti a coloro che, non essendo conosciuti dai servizi sul territorio o non manifestando sintomi di astinenza dentro le mura, presentano richieste di trattamento poco credibili, è altrettanto vero che sono pochi coloro che, pur essendolo, si definiscono da subito e spontaneamente tossicodipendenti. Infatti la presa di coscienza di tale problematica si snoda spesso attraverso una serie variabile di situazioni e di fasi, quindi le richieste di affidamento sono effettivamente uno strumento che avvocati e servizi sociali utilizzano per allontanare un tossicodipendente dalla detenzione e avvicinarlo alla riabilitazione. Tale possibilità assume allora un ruolo strategico in fase di

aggancio dell'utente, nella prospettiva di condurlo in un percorso terapeutico sostenuto da motivazioni personali più solide. Invero la condizione di tossicodipendenza viene percepita e vissuta da molti come stigmatizzante, specie all'interno dell'universo penitenziario, così da far preferire a taluni di restare o ritornare in carcere piuttosto che affrontare la prova della comunità, ovvero a talaltri di chiedere l'affidamento ordinario invece che terapeutico.

Una seconda forma di strumentalità è poi quella delle istituzioni. Gli operatori dei servizi avanzano la convinzione che, al di là delle valutazioni di carattere clinico e terapeutico, gli operatori penitenziari sono sempre favorevoli quando intravedono la possibilità di liberarsi di una parte di detenuti, caricando sul sistema sanitario in una sola volta due diversi tipi di problemi del sistema penitenziario, vale a dire di sovraffollamento e di spesa. Ciononostante, gli addetti della riabilitazione sono altresì consapevoli che per i magistrati di sorveglianza è altrettanto necessario avere garanzie sul piano del contenimento della pericolosità dell'interessato, e che quindi per gli organi decidenti il trattamento comunitario è di per sé preferibile rispetto a quello ambulatoriale, a prescindere dalla concreta disponibilità di posti presso le comunità di recupero e dall'autonoma valutazione delle esigenze individuali degli interessati da parte dei servizi per le tossicodipendenze.

Una terza forma di strumentalità è infine quella delle comunità. Viene soprattutto dai servizi territoriali la constatazione che le strutture private accreditate, anche per le rette comunque inadeguate che percepiscono, sono inevitabilmente indotte a perseguire la loro sopravvivenza economica, puntando sulla loro maggiore garanzia di sicurezza nel contenimento della pericolosità del tossicodipendente, e pertanto sacrificando la valutazione sulla reale utilità per lo specifico potenziale utente del programma comunitario che loro possono proporre rispetto a quello ambulatoriale che è svolto da altri, e la garanzia sulla concreta affidabilità delle delicate attività che compiono nell'ambito delle proprie strutture.

3.4. I contenuti e l'esecuzione

Se il tribunale di sorveglianza dispone l'affidamento, tra le prescrizioni impartite devono essere comprese quelle che determinano le modalità di esecuzione del programma. Sono altresì stabilite le prescrizioni e le forme di controllo per accertare che il tossicodipendente o l'alcol dipendente inizi immediatamente o prosegua il programma di recupero (v. art. 94, c. 4, t.u.l.s.).

L'esecuzione della pena si considera iniziata dalla data del verbale di affidamento, tuttavia qualora il programma terapeutico al momento della decisione risulti già positivamente in corso, il tribunale, tenuto conto della durata delle limitazioni alle quali l'interessato si è spontaneamente sottoposto e del suo comportamento, può determinare una diversa, più favorevole data di decorrenza dell'esecuzione (v. art. 94, c. 4, t.u.l.s.).

Durante il periodo di affidamento in prova in casi particolari, il responsabile della comunità può accompagnare o far accompagnare da persona di sua fiducia il tossicodipendente fuori della comunità, in casi di necessità o di urgenza dipendenti da ragioni di assistenza sanitaria o da gravi motivi familiari, dandone immediata comunicazione all'autorità giudiziaria (v. art. 126 t.u.l.s.).

L'azienda unità sanitaria locale competente o la struttura privata autorizzata devono comunicare all'autorità giudiziaria ogni nuova circostanza suscettibile di rilievo in relazione al provvedimento di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva o di affidamento in prova in casi particolari adottato (v. art. 123, c. 1-*bis*, t.u.l.s.).

3.5. *La revoca*

Il responsabile della struttura presso cui si svolge il programma terapeutico di recupero e socio-riabilitativo è tenuto a segnalare all'autorità giudiziaria le violazioni commesse dalla persona sottoposta al programma. Qualora tali violazioni integrino un reato, in caso di omissione, l'autorità giudiziaria ne dà comunicazione alle autorità competenti per la sospensione o revoca dell'autorizzazione di cui all'art. 116 t.u.l.s. e dell'accreditamento di cui all'art. 117 t.u.l.s., ferma restando l'adozione di misure idonee a tutelare i soggetti in trattamento presso la struttura (v. art. 94, c. 6-*ter*, t.u.l.s.).

L'azienda unità sanitaria locale competente o la struttura privata autorizzata devono comunicare all'autorità giudiziaria ogni nuova circostanza suscettibile di rilievo in relazione al provvedimento di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva o di affidamento in prova in casi particolari adottato (v. art. 123, c. 1-*bis*, t.u.l.s.).

Si applica, per quanto non diversamente stabilito, la disciplina prevista dall'ordinamento penitenziario (v. art. 94, c. 6, t.u.l.s.).

La fine anticipata dello svolgimento della misura non viene direttamente regolata dalla disposizione in esame. Se il rinvio alla disciplina prevista dall'ordinamento penitenziario poteva avere un senso nella vigenza dell'art. 47-*bis* o.p., che di fatto disciplinava il medesimo istituto dell'art. 94 t.u.l.s., richiamando espressamente la normativa sull'affidamento ordinario in materia di revoca, oggi lo stesso rimando si rivela insufficiente a garantire determinatezza e certezza del quadro normativo. Proprio tenendo a mente l'originaria disciplina dell'art. 47-*bis* o.p., si ritiene comunque che la revoca operi in caso di comportamenti dell'affidato contrari alla legge o alle prescrizioni, tali da determinare un'incompatibilità con la prosecuzione della misura, e che, una volta la revoca sia intervenuta, spetti al tribunale di sorveglianza determinare quanta parte della pena trascorsa in affidamento terapeutico debba essere considerata come espiata. L'obbligo di segnalazione in capo al responsabile della struttura delle violazioni al programma da parte del sottoposto alla misura è indice di un approccio legalistico e sanzionatorio, che nella sua rigidità non si accorda con l'orientamento terapeutico e riabilitativo dell'istituto.

A proposito della violazione delle prescrizioni, va osservato che uno dei punti di maggiore criticità tra la cultura giuridica e quella socio-sanitaria è proprio il valore da attribuire all'inosservanza dei colloqui con gli operatori, oppure ancor di più alla ricaduta nell'uso della sostanza, da parte dei sottoposti all'affidamento terapeutico. Non sorprende che, in merito alla problematica della valutazione delle inosservanze o delle recidive, molti servizi per le tossicodipendenze non segnalino agli uffici di esecuzione penale esterna tali comportamenti da parte dei soggetti seguiti in misura alternativa, per timore che gli operatori dell'esecuzione esterna ritengano siffatte condotte come motivo sufficiente per chiedere la revoca del beneficio ai magistrati di sorveglianza. Del resto, gli stessi magistrati esprimono posizioni piuttosto divergenti in argomento, con atteggiamenti anche intransigenti che considerano la violazione di tali prescrizioni come incompatibili con la prosecuzione dell'affidamento terapeutico, senza dare alcun rilievo alla particolare natura della misura in questione, destinata a soggetti affetti da uno stato di tossicodipendenza che presenta tra i suoi elementi caratterizzanti proprio la cronicità e la recidività, e il cui programma di recupero prevede tra i suoi obiettivi terapeutici quello di mantenere un rapporto di fiducia tra operatori e interessati. Questa tensione tra differenti figure professionali dell'esecuzione esterna testimonia il conflitto tra due diverse concezioni del destinatario, e quindi dell'istituto, della misura alternativa: se l'interessato viene visto come una persona che ha bisogno di aiuto e l'affidamento in casi particolari come un istituto a carattere ontologicamente terapeutico, la ricaduta rappresenta

un episodio fisiologico all'interno del percorso terapeutico, quindi da considerare come non ostativa al proseguimento della misura; se invece l'utente è considerato come un soggetto che deve scontare una condanna e l'affidamento esterno come una sanzione di natura tipicamente penale, allora la ricaduta diventa un'inammissibile violazione del programma concordato, tale da comportare l'interruzione della misura. In questo orizzonte, il concetto fondamentale di obiettivo terapeutico non dovrebbe essere più quello dell'uscita definitiva dalla tossicodipendenza, che deriva da una visione monolitica della doppia recidiva che rinvia al rapporto inevitabile tra ricaduta nel consumo e nel reato, ma del reale orientamento verso l'individualizzazione del trattamento, secondo una prospettiva avanzata di riduzione del danno che persegue la concreta capacità di gestire la propria vita in modo più equilibrato e di reinserirsi nel tessuto sociale in modo più soddisfacente, senza che ciò coincida con il non recidivare nel consumo di sostanze, che rimane un'eventualità possibile.

3.6. *L'esito e la prosecuzione*

Il tribunale di sorveglianza decide senza formalità nella materia relativa alla valutazione sull'esito dell'affidamento in prova al servizio sociale, anche in casi particolari (v. art. 678, c. 1-*bis*, c.p.p.).

Qualora nel corso dell'affidamento disposto ai sensi del presente articolo l'interessato abbia positivamente terminato la parte terapeutica del programma, il magistrato di sorveglianza, previa rideterminazione delle prescrizioni, può disporne la prosecuzione ai fini del reinserimento sociale, anche qualora la pena residua superi quella prevista per l'affidamento ordinario di cui all'art. 47 o.p. (v. art. 94, c. 6-*bis*, t.u.l.s.).

Ai fini dell'applicazione degli istituti dell'affidamento in prova in casi particolari e della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, viene trasmessa dall'azienda unità sanitaria locale competente o dalla struttura privata autorizzata, su richiesta dell'autorità giudiziaria, una relazione secondo modalità definite con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro della giustizia, relativamente alla procedura con la quale è stato accertato l'uso abituale di sostanze stupefacenti o psicotrope, all'andamento del programma, al comportamento del soggetto e ai risultati conseguiti a seguito del programma stesso e della sua eventuale ultimazione, in termini di cessazione di assunzione delle sostanze e dei medicinali di cui alla tabella I e alla tabella dei medicinali previste dall'art. 14 t.u.l.s. (v. art. 123, c. 1, t.u.l.s.).

L'azienda unità sanitaria locale competente o la struttura privata autorizzata devono comunicare all'autorità giudiziaria ogni nuova circostanza suscettibile di rilievo in relazione al provvedimento di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva o di affidamento in prova in casi particolari adottato (v. art. 123, c. 1-*bis*, t.u.l.s.).

Si applica, per quanto non diversamente stabilito, la disciplina prevista dall'ordinamento penitenziario (v. art. 94, c. 6, t.u.l.s.).

4. La sospensione dell'esecuzione della pena detentiva

(V. artt. 90-93 e 123 t.u.l.s.)

4.1. I lineamenti

La *sospensione dell'esecuzione della pena detentiva* consiste nell'istituto a favore dei condannati tossicodipendenti, che si siano sottoposti con esito positivo a un programma terapeutico e socio-riabilitativo, cui vengono sospese per cinque anni la pena detentiva, la pena pecuniaria non riscossa se in disagiate condizioni economiche, le misure di sicurezza eccetto la confisca, le pene accessorie e gli altri effetti penali, in vista dell'estinzione delle pene e di ogni altro effetto penale (v. art. 90, c. 1 e 3, t.u.l.s.).

In merito alla *natura* propriamente ontologica dell'istituto, la Corte costituzionale aveva già evidenziato, nel dichiarare infondata una questione di legittimità costituzionale della disciplina allora vigente, “la ratio dell'istituto volto a favorire il recupero dei tossicodipendenti, che in tal modo abbiano concretamente e meritevolmente mostrato di volersi adoperare per sottrarsi al giogo della droga e nello stesso tempo si siano astenuti dal commettere altri delitti (non colposi). Sicché questa speciale sospensione dell'esecuzione della pena detentiva assume un carattere latamente premiale (che l'accomuna alla disciplina altrettanto speciale della custodia cautelare e dell'affidamento in prova prevista rispettivamente dagli artt. 89 e 94 T.U. cit. ove il tossicodipendente si sottoponga ad un programma terapeutico di recupero) ed una connotazione incentivante del recupero stesso [...]” (sent. 133/1992, *Cons. dir.*, pt. 10). La normativa oggi vigente ha valorizzato la connotazione complessivamente premiale della presente misura, in quanto ha risolutivamente distinto il presupposto soggettivo per gli arresti domiciliari in struttura residenziale e per l'affidamento in

prova in casi particolari – aver intenzione di intraprendere o aver già intrapreso un programma di recupero – da quello per la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva – essersi sottoposti con esito positivo a un programma terapeutico e socio-riabilitativo – e di conseguenza ha configurato in modo particolare l'ultimo istituto come un vero e proprio riconoscimento per l'approdo raggiunto col percorso intrapreso.

A proposito della *natura* strettamente giuridica dell'istituto, va registrata una significativa incertezza che deriva dalla contraddizione interna alla disciplina normativa di cui all'art. 93 t.u.l.s., che porta alcuni – facendo leva sulla rubrica della disposizione (“Estinzione del reato”) – ad assimilare la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva alla sospensione condizionale della pena, sia pure ibridata con altri e disomogenei elementi, quindi ad accreditarne la qualificazione di causa estintiva del reato, laddove altri – dando preminenza al testo della norma (“le pene ed ogni altro effetto penale si estinguono”) – giungono a classificarla come causa estintiva della pena.

4.2. I requisiti

Nei confronti di persona che debba espiare una pena detentiva inflitta per reati commessi in relazione al proprio stato di tossicodipendente, il tribunale di sorveglianza può sospendere per cinque anni l'esecuzione della pena detentiva, qualora all'esito dell'acquisizione della relazione finale di cui all'art. 123 t.u.l.s. accerti che la persona si è sottoposta con esito positivo ad un programma terapeutico e socio-riabilitativo eseguito presso una struttura sanitaria pubblica o una struttura privata autorizzata ai sensi dell'art. 116 t.u.l.s. (v. art. 90, c. 1, t.u.l.s.).

All'istanza di sospensione dell'esecuzione della pena è allegata, a pena di inammissibilità, certificazione rilasciata da un servizio pubblico per le tossicodipendenze o da una struttura privata accreditata per l'attività di diagnosi prevista dall'art. 116, c. 2, lett. d, t.u.l.s., attestante, ai sensi dell'art. 123 t.u.l.s., la procedura con la quale è stato accertato l'uso abituale di sostanze stupefacenti o psicotrope, il tipo di programma terapeutico e socio-riabilitativo scelto, l'indicazione della struttura ove il programma è stato eseguito, le modalità di realizzazione e i risultati conseguiti a seguito del programma stesso (v. art. 91, c. 2, t.u.l.s.).

Ai fini dell'applicazione degli istituti dell'affidamento in prova in casi particolari e della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, viene trasmessa dall'a-

zienda unità sanitaria locale competente o dalla struttura privata autorizzata, su richiesta dell'autorità giudiziaria, una relazione secondo modalità definite con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro della giustizia, relativamente alla procedura con la quale è stato accertato l'uso abituale di sostanze stupefacenti o psicotrope, all'andamento del programma, al comportamento del soggetto e ai risultati conseguiti a seguito del programma stesso e della sua eventuale ultimazione, in termini di cessazione di assunzione delle sostanze e dei medicinali di cui alla tabella I e alla tabella dei medicinali previste dall'art. 14 t.u.l.s. (v. art. 123, c. 1, t.u.l.s.).

Il tribunale di sorveglianza può altresì sospendere anche l'esecuzione della pena pecuniaria che non sia stata già riscossa, qualora l'interessato si trovi in disagiate condizioni economiche (v. art. 90, c. 1, t.u.l.s.). La sospensione dell'esecuzione della pena rende inapplicabili le misure di sicurezza nonché le pene accessorie e gli altri effetti penali della condanna, tranne che si tratti della confisca; non si estende alle obbligazioni civili derivanti dal reato (v. art. 90, c. 3, t.u.l.s.).

La sospensione può essere concessa solo quando deve essere espiata una pena detentiva, anche residua e congiunta a pena pecuniaria, non superiore a sei anni, ovvero a quattro anni se relativa a titolo esecutivo comprendente reato di cui all'art. 4-*bis* o.p. (v. art. 90, c. 1, t.u.l.s.).

La sospensione della esecuzione non può essere concessa e la relativa domanda è inammissibile se nel periodo compreso tra l'inizio del programma e la pronuncia della sospensione il condannato abbia commesso altro delitto non colposo punibile con la reclusione (v. art. 90, c. 2, t.u.l.s.).

L'azienda unità sanitaria locale competente o la struttura privata autorizzata devono comunicare all'autorità giudiziaria ogni nuova circostanza suscettibile di rilievo in relazione al provvedimento di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva o di affidamento in prova in casi particolari adottato (v. art. 123, c. 1-*bis*, t.u.l.s.).

La sospensione della esecuzione della pena non può essere concessa più di una volta (v. art. 90, c. 4, t.u.l.s.).

Si applica, per quanto non diversamente stabilito e ove compatibile, la disciplina prevista dall'ordinamento penitenziario (v. art. 90, c. 4-*bis*, t.u.l.s.).

A differenza e in aggiunta ai medesimi presupposti soggettivi e oggettivi che accomunano l'affidamento in prova in casi particolari con la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, sul *requisito oggettivo* positivo che pone in relazione i reati da espiare con lo stato di tossicodipendenza si discute se sia sufficiente il mero dato temporale della commissione del fatto durante il periodo nel quale l'interessato era tossicodipendente, ovvero come sostiene la dottrina maggioritaria che sia necessario un qualche rapporto di causa-effetto tra la sussistenza della condizione soggettiva e la realizzazione della fattispecie penale. Sui *requisiti oggettivi* negativi della commissione di un delitto non colposo punibile con la reclusione tra l'avvio del programma e l'applicazione dell'istituto e del limite di una sola applicazione della misura va rilevato che tali preclusioni esprimono in modo evidente la natura sostanzialmente premiale dell'istituto, tale da riservare in via esclusiva ai condannati tossicodipendenti che abbiano già usufruito con accertato profitto e senza attuali ricadute delle altre opportunità riabilitative previste dall'ordinamento per il trattamento interno e soprattutto esterno alle strutture penitenziarie.

4.3. L'applicazione

Se l'ordine di carcerazione è già stato eseguito, la domanda è presentata al magistrato di sorveglianza competente in relazione al luogo di detenzione, il quale può disporre l'*applicazione provvisoria* della misura, se l'istanza è ammissibile, quando sono offerte concrete indicazioni in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'accoglimento della domanda e al grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione, qualora non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza del pericolo di fuga. Sino alla decisione del tribunale di sorveglianza, il magistrato di sorveglianza è competente a dichiarare la revoca di cui all'art. 93, c. 2, t.u.l.s. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'art. 47, c. 4, o.p. (v. art. 91, c. 4, t.u.l.s.).

Ai fini dell'applicazione degli istituti dell'affidamento in prova in casi particolari e della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, viene trasmessa dall'azienda unità sanitaria locale competente o dalla struttura privata autorizzata, su richiesta dell'autorità giudiziaria, una relazione secondo modalità definite con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro della giustizia, relativamente alla procedura con la quale è stato accertato l'uso abituale di sostanze stupefacenti o psicotrope, all'andamento del programma, al comportamento del soggetto e ai risultati

conseguiti a seguito del programma stesso e della sua eventuale ultimazione, in termini di cessazione di assunzione delle sostanze e dei medicinali di cui alla tabella I e alla tabella dei medicinali previste dall'art. 14 t.u.l.s. (v. art. 123, c. 1, t.u.l.s.).

A conferma della natura essenzialmente premiale dell'istituto, si evidenzia come il ruolo della magistratura di sorveglianza nella valutazione della sua concedibilità si esaurisca nella sola verifica della sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge, senza che sia consentita al giudice l'individuazione di parametri diversi e ulteriori, in particolare rispetto all'esito positivo del programma riabilitativo.

4.4. La revoca

La sospensione dell'esecuzione è revocata di diritto se il condannato, nel termine di cinque anni, commette un delitto non colposo per cui viene inflitta la pena della reclusione v. art. 93, c. 2, t.u.l.s.).

Il termine di cinque anni decorre dalla data di presentazione dell'istanza in seguito al provvedimento di sospensione adottato dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 656 c.p.p. o della domanda di cui all'art. 91, c. 4, t.u.l.s. Tuttavia il tribunale, tenuto conto della durata delle limitazioni e prescrizioni alle quali l'interessato si è spontaneamente sottoposto e del suo comportamento, può determinare una diversa, più favorevole data di decorrenza dell'esecuzione (v. art. 93, c. 2-*bis*, t.u.l.s.).

Il tribunale di sorveglianza che ha disposto la sospensione è competente alle pronunce della revoca e dell'estinzione (v. art. 93, c. 2, t.u.l.s.).

Si applica, per quanto non diversamente stabilito e ove compatibile, la disciplina prevista dall'ordinamento penitenziario (v. art. 90, c. 4-*bis*, t.u.l.s.).

In merito alla data di decorso della revoca di diritto, il termine di cinque anni va riferito al momento in cui viene commesso il delitto non colposo per cui è inflitta una pena detentiva, non a quello in cui diventa definitiva la relativa condanna, anche se la revoca diverrà operante solo al momento del passaggio in giudicato della pronuncia di condanna. Ciò nonostante, in virtù del rinvio all'applicazione in via integrativa e compatibile delle norme previste dall'ordinamento penitenziario, va considerato il ricorso alla disciplina generale sulla sospensione cautelativa delle misure alternative.

4.5. L'esito

Se il condannato nei cinque anni successivi non commette un delitto non colposo punibile con la reclusione, le pene e ogni altro effetto penale si estinguono (v. art. 93, c. 1, t.u.l.s.).

Il termine di cinque anni decorre dalla data di presentazione dell'istanza in seguito al provvedimento di sospensione adottato dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 656 c.p.p. o della domanda di cui all'art. 91, c. 4, t.u.l.s. Tuttavia il tribunale, tenuto conto della durata delle limitazioni e prescrizioni alle quali l'interessato si è spontaneamente sottoposto e del suo comportamento, può determinare una diversa, più favorevole data di decorrenza dell'esecuzione (v. art. 93, c. 2-*bis*, t.u.l.s.).

Il tribunale di sorveglianza che ha disposto la sospensione è competente alle pronunce della revoca e dell'estinzione (v. art. 93, c. 2, t.u.l.s.).

5. Le misure alternative alla detenzione per affetti da conclamata immunodeficienza acquisita o grave deficienza immunitaria

(V. art. 47-*quater* o.p.)

L'affidamento in prova al servizio sociale e la detenzione domiciliare possono essere applicate, anche oltre i limiti previsti, nei confronti delle persone affette da immunodeficienza acquisita conclamata o da deficienza immunitaria grave, accertate ai sensi della disciplina regolamentare vigente (art. 286-*bis*, c. 2, c.p.p.), che hanno in corso o intendono intraprendere un programma di cura e assistenza presso le unità operative di malattie infettive ospedaliere e universitarie o altre unità operative prevalentemente impegnate secondo i piani regionali nell'assistenza ai casi di immunodeficienza acquisita (v. art. 47-*quater*, c. 1, o.p.).

L'istanza dell'interessato o del suo difensore deve essere corredata da certificazione del servizio sanitario pubblico competente o del servizio sanitario penitenziario, che attesti la sussistenza delle condizioni di salute sopra indicate e la concreta attuabilità del programma di cura e assistenza, in corso o da effettuare (v. art. 47-*quater*, c. 2, o.p.).

Le prescrizioni da impartire per l'esecuzione della misura alternativa devono contenere anche quelle relative alle modalità di esecuzione del programma (v. art. 47-*quater*, c. 3, o.p.).

In caso di applicazione della misura della detenzione domiciliare, gli uffici di esecuzione penale esterna svolgono l'attività di sostegno e controllo circa l'attuazione del programma (v. art. 47-*quater*, c. 4, o.p.).

Il giudice può non applicare la misura alternativa qualora l'interessato abbia già fruito di analoga misura e questa sia stata revocata da meno di un anno (v. art. 47-*quater*, c. 5, o.p.). Il giudice può revocare la misura alternativa disposta qualora l'interessato risulti imputato o sia stato sottoposto a misura cautelare per uno dei delitti previsti dall'art. 380 c.p.p., relativamente a fatti commessi successivamente alla concessione del beneficio (v. art. 47-*quater*, c. 6, o.p.). Quando non applica o revoca la misura alternativa per uno di tali motivi, il giudice ordina che l'interessato sia detenuto presso un istituto carcerario dotato di reparto attrezzato per la cura e l'assistenza necessarie (v. art. 47-*quater*, c. 7, o.p.).

Per quanto non diversamente stabilito dal presente articolo, si applicano le disposizioni sulla detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*ter* o.p. (v. art. 47-*quater*, c. 8, o.p.).

Ai fini del presente articolo, non si applica il divieto di concessione dei benefici previsto dall'art. 4-*bis* o.p., fermi restando gli accertamenti previsti dai c. 2, 2-*bis* e 3 della stessa disposizione (v. art. 47-*quater*, c. 9, o.p.).

Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle persone internate (v. art. 47-*quater*, c. 10, o.p.).

Le condizioni di immunodeficienza acquisita conclamata e di deficienza immunitaria grave pongono, tra le altre, la rilevante problematica della loro compatibilità con lo stato di detenzione. La presenza di persone sieropositive o affette da tali quadri patologici all'interno degli istituti detentivi è proporzionalmente elevata, perché in questi luoghi è più alta la percentuale di persone in condizione di rischio come i tossicodipendenti, ed è difficilmente gestibile, poiché si tratta di luoghi caratterizzati dalle particolari condizioni della convivenza coatta che sono tipiche della detenzione carceraria.

Sull'evoluzione della normativa in argomento, si rinvia a quanto già ricostruito con riferimento al rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena detentiva [v. *antea*, parte II, cap. IV, sez. D, par. 6].

Sui requisiti positivi di concessione delle misure alternative in questione, una volta evidenziato che in questo caso non valgono i limiti di pena previsti per le singole misure, si può rilevare un'affinità con le misure nei confronti dei tossicodipendenti e alcolodipendenti per quanto riguarda la certificazione attestante la sussistenza delle condizioni di salute richieste e la concreta attuabilità del programma di cura e assistenza proposto, però in questa ipotesi con la particolarità del carattere esclusivamente pubblico e specialistico delle strutture che procedono a tale certificazione e trattamento.

Sui presupposti negativi, invece, si può osservare che non operano i divieti di concessione stabiliti per le misure alternative in oggetto, mentre sono introdotte altre specifiche previsioni che impediscono l'applicazione o la prosecuzione delle misure per comportamenti pregiudizievoli in occasione di precedenti concessioni, che si aggiungono agli altri casi di revoca tipici della detenzione domiciliare che sono applicabili in ragione del rinvio di chiusura alla relativa disciplina.

SEZIONE C. LA PERICOLOSITÀ PENITENZIARIA

Introduzione

L'origine della questione sicurezza nell'ordinamento penitenziario può rinvenirsi appena due anni dopo l'introduzione della riforma penitenziaria, quando soprattutto in seguito all'enfaticizzazione dell'allarme sociale destato dal fenomeno delle evasioni, con un provvedimento ministeriale si dispose una tutela della sicurezza interna ed esterna alla carceri, che tra l'altro imponeva a tutti i direttori degli istituti di dare immediata comunicazione delle disposizioni adottate per il mantenimento della sicurezza, dell'ordine e della disciplina all'interno dei penitenziari all'ufficiale generale dell'Arma dei Carabinieri incaricato della costituzione delle carceri speciali di massima sicurezza (v. art. 3, d.Min.Giust. 12 maggio 1977, n. 450).

Di fronte alle numerose denunce di ripetute violazioni della recente legge

di riforma penitenziaria, a partire dal marzo 1978 il Ministro di Grazia e Giustizia decise di superare – ovvero coprire – una situazione di illegittimità nel trattamento dei ristretti all'interno delle carceri speciali appena aperte mediante il ricorso alle prerogative che gli erano offerte dall'ordinamento penitenziario, segnatamente la norma che gli consentiva, ove ricorressero gravi ed eccezionali motivi di ordine e di sicurezza, la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, l'applicazione, in uno o più stabilimenti penitenziari, per un periodo determinato strettamente necessario, delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla legge penitenziaria, che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza (v. art. 90 o.p.). Il Ministro provvide in tal senso, con una serie di proroghe senza interruzione, a legittimare la sospensione di alcuni diritti nelle carceri e nelle sezioni di massima sicurezza, incidendo in profondità nella differenziazione del trattamento riservato ai detenuti in esse ristretti. Si instaurò in tal modo la prassi secondo cui il ristretto in un istituto o sezione ove vigesse il decreto ministeriale ai sensi della norma eccezionale dell'ordinamento penitenziario di fatto finiva per portarsi dietro tale qualificazione anche se trasferito in altro istituto o sezione, ovvero da un provvedimento generale a carattere temporaneo ne derivavano dei ristretti specializzati in via permanente. Venivano così violati i principi costituzionali in materia penale della riserva di legge e della tassatività delle pene, lasciando all'autorità amministrativa la possibilità di determinare un diverso contenuto dell'esecuzione penale e sganciando da ogni criterio legale l'assegnazione dei ristretti al trattamento differenziato in ragione della sicurezza. Le diverse ordinanze di rinvio dei giudici di sorveglianza, che condividevano i dubbi di legittimità costituzionale avanzati dai commentatori in dottrina, non furono mai prese in considerazione dalla Corte costituzionale, in quanto sollevate con gli ordini di servizio, che erano degli atti considerati di natura amministrativa.

La riforma penitenziaria del 1986 affrontò il problema della differenziazione trattamentale per ragioni di sicurezza interna abrogando la norma finale della legge penitenziaria (v. art. 90 o.p.) e sostituendovi due regimi speciali, a dimensione individuale la sorveglianza particolare (v. artt. 14-*bis*-14-*quater* o.p.) e a dimensione collettiva la sospensione delle normali regole del trattamento (v. art. 41-*bis*, c. 1, o.p.).

1. I circuiti penitenziari

(V. artt. 14 e 42 o.p., 32 r.p., e circ.Dip.Amm.penit. 21 aprile 2009, n. 3619/6069)

I detenuti e gli internati hanno diritto di essere assegnati a un istituto quanto più vicino possibile alla stabile dimora della famiglia o se individuabile al proprio centro di riferimento sociale, salvo specifici motivi contrari (v. art. 14, c. 1, o.p.). Il numero dei detenuti e degli internati negli istituti e nelle sezioni deve essere limitato e comunque tale da favorire l'individualizzazione del trattamento (v. art. 14, c. 2, o.p.). L'assegnazione dei condannati e degli internati ai singoli istituti e il raggruppamento nelle sezioni di ciascun istituto sono disposti con particolare riguardo alla possibilità di procedere a un trattamento rieducativo comune e all'esigenza di evitare influenze nocive reciproche (v. art. 14, c. 3, o.p.). In particolari circostanze, è consentita l'ammissione di detenuti e di internati ad attività organizzate per categorie diverse da quelle di appartenenza (v. art. 14, c. 5, o.p.).

È assicurata la separazione degli indagati o imputati dai condannati e internati, dei giovani al di sotto dei venticinque anni dagli adulti, dei condannati dagli internati e dei condannati all'arresto dai condannati alla reclusione (v. art. 14, c. 4, o.p.). Le donne sono ospitate in istituti separati da quelli maschili o in apposite sezioni in numero tale da non compromettere le attività trattamentali (v. art. 14, c. 5, o.p.). Alle madri è consentito di tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni; per la cura e l'assistenza dei bambini sono organizzati appositi asili nido (v. art. 14, c. 6, o.p.). L'assegnazione dei detenuti e degli internati, per i quali si possano temere aggressioni o sopraffazioni da parte della restante popolazione detenuta, in ragione solo dell'identità di genere o dell'orientamento sessuale, deve avvenire per categorie omogenee in sezioni distribuite in modo uniforme sul territorio nazionale, previo consenso degli interessati che in caso contrario saranno assegnati a sezioni ordinarie; in ogni caso è garantita la partecipazione ad attività trattamentali, eventualmente anche insieme alla restante popolazione detenuta (v. art. 14, c. 7, o.p.).

I trasferimenti sono disposti per gravi e comprovati motivi di sicurezza, per esigenze dell'istituto, per motivi di giustizia, di salute, di studio e familiari (v. art. 42, c. 1, o.p.). Nel disporre i trasferimenti gli interessati sono comunque destinati agli istituti più vicini alla loro dimora o a quella della loro famiglia ovvero al loro centro di riferimento sociale, da individuarsi tenuto conto delle ragioni di studio, di formazione, di lavoro o di salute; l'amministrazione dà conto delle ragioni che ne giustificano la deroga (v. art. 42, c. 2, o.p.) e provvede con atto motivato entro sessanta giorni sulle richieste di

trasferimento da parte dei detenuti e degli internati per ragioni di studio, di formazione, di lavoro, di salute o di famiglia (v. art. 42, c. 3, o.p.).

I detenuti e gli internati, che abbiano un comportamento che richiede particolari cautele, anche per la tutela dei compagni da possibili aggressioni o sopraffazioni, sono assegnati ad appositi istituti o sezioni dove sia più agevole adottare le suddette cautele (v. art. 32, c. 1, r.p.). La permanenza dei motivi cautelari viene verificata semestralmente (v. art. 32, c. 2, r.p.).

Inoltre si cura la collocazione più idonea di quei detenuti e internati per i quali si possano temere aggressioni o sopraffazioni da parte dei compagni. Sono anche utilizzate apposite sezioni a tal fine, ma la assegnazione presso le stesse deve essere frequentemente riesaminata nei confronti delle singole persone per verificare il permanere delle ragioni della separazione delle stesse dalla comunità (v. art. 32, c. 3, r.p.).

Il nuovo circuito alta sicurezza (A.S.) (v. circ.Dip.Amm.penit. 21 aprile 2009, n. 3619/6069) svolge il delicato compito di gestire i detenuti e internati di spiccata pericolosità, prevedendo al proprio interno tre differenti sottocircuiti con medesime garanzie di sicurezza e opportunità trattamentali. A tali tre sottocircuiti saranno dedicate sezioni differenti, che prevedano impossibilità di comunicazione, essendo destinate a contenere altrettante tipologie di detenuti, come da ripartizione che segue. I primi due sottocircuiti saranno dedicati ai detenuti di elevata pericolosità provenienti dal vecchio circuito ad elevato indice di vigilanza (E.I.V.). Rispetto a essi dovrà rimanere invariata la logistica e l'attenzione custodiale, fondata come in passato sulla necessità di applicare le medesime regole del regime di alta sicurezza.

A.S.1. Il primo sottocircuito sarà dedicato al contenimento dei detenuti e internati appartenenti alla criminalità organizzata di tipo mafioso, nei cui confronti sia venuto meno il decreto di applicazione del regime di cui all'art. 41-*bis* o.p., e comunque per esser stati considerati elementi di spicco e rilevanti punti di riferimento delle organizzazioni criminali di appartenenza.

A.S.2. In tale sottocircuito saranno inseriti automaticamente i soggetti imputati o condannati per delitti commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza.

A.S.3. Il terzo sottocircuito sarà dedicato alla popolazione detenuta condannata per associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti, ma soltanto i capi, i promotori, i dirigenti, gli organizzatori e i finanziatori di tali fattispecie.

Una distinzione preliminare, tra i concetti di “regime” e di “circuito” dentro il contesto penitenziario.

Per regime si fa rinvio a norme o regole che contraddistinguono determinate realtà penitenziarie nelle loro differenti articolazioni, di conseguenza la sottoposizione a un regime incide in modo diretto e sostanziale sulle libertà e i diritti dei ristretti.

I regimi speciali constano della sorveglianza particolare, della sospensione delle normali regole di trattamento, del divieto di concessione dei benefici e della sospensione delle regole e degli istituti di trattamento, che saranno oggetto della successiva trattazione.

Con circuito ci si riferisce a strutture o aree cui sono destinate particolari categorie di ristretti, in ragione di specifiche esigenze di sicurezza o di tutela, così che al loro interno vengono collocate persone contraddistinte da determinate caratteristiche omogenee. Tali entità logistiche sono previste sull'intero territorio nazionale e i provvedimenti discrezionali dell'Amministrazione penitenziaria che dispongono la collocazione o la cancellazione dei singoli ristretti rispetto a un dato circuito, definiti “classificazione” e “declassificazione”, rendono possibili la relativa permanenza e gli eventuali trasferimenti da un luogo a un altro all'interno del medesimo circuito (v. circ.Dip.Amm.penit. 9 gennaio 2007, n. 20).

I circuiti speciali risultano più o meno formalmente riconosciuti e dettagliatamente disciplinati. I circuiti più strutturati e diffusi sono la custodia attenuata e l'alta sicurezza, mentre tra quelli informali più comuni e discussi si trovano le sezioni protette e le aree riservate.

A parte la custodia attenuata già esaminata in precedenza [v. *antea*, parte II, cap. V, sez. A, par. 1], l'alta sicurezza è stata disciplinata mediante numerosi atti amministrativi. In via di sintesi, si può ricostruire che all'origine erano stati introdotti i due circuiti dell'alta sicurezza (A.S.) e della media sicurezza (M.S.) (v. circ.Dip.Amm.penit. 21 aprile 1993, n. 3359/5808), in seguito affiancati da un terzo circuito dell'elevato indice di vigilanza (E.I.V.) (v. circ.Dip.Amm.penit. 9 luglio 1998, n. 3479/5929), mentre l'attuale configurazione registra l'abolizione del terzo livello e la rimodulazione del primo livello dell'alta sicurezza, suddivisa in tre sottocircuiti (A.S.1, A.S.2 e A.S.3) (v. circ.Dip.Amm.penit. 21 aprile 2009, n. 3619/6069). Va rilevato che allo stato non risulta nessun atto amministrativo riferito alla disciplina del circuito della media sicurezza, che quindi appare una categoria priva di concreto riscontro.

Le sezioni protette sono state istituite per rispondere a esigenze di tutela di

determinate categorie di detenuti, in base a motivi oggettivi sebbene talora connessi a caratteristiche soggettive dei ristretti. In particolare, si tratta di poliziotti, magistrati, collaboratori di giustizia, autori di reati sessuali contro adulti o minori, transessuali e in genere le categorie invise alla popolazione penitenziaria (v. circ. Dip.Amm.penit. 2 maggio 2001, n. 500422).

Le aree riservate rappresentano strutture opache che risultano introdotte come modalità attuative del regime sospensivo delle regole e degli istituti di trattamento, nei confronti dei detenuti con posizioni particolarmente importanti all'interno delle organizzazioni criminali di appartenenza (nel 2019 51 persone ristrette), senza alcuna disciplina formale e con soluzione logistica differenziata, che li configura come reparti isolati dalle altre sezioni dell'istituto penitenziario (nel 2019 14 aree riservate), in cui vigono specifiche disposizioni ulteriormente restrittive rispetto alle condizioni trattamentali comuni agli altri ristretti sottoposti a tale regime speciale (come il gruppo di socialità di sole due persone), ciò che le ha fatte efficacemente definire un circuito atipico di un regime anomalo.

Alcune osservazioni conclusive, prima dell'analisi dei principali istituti sulla pericolosità penitenziaria. Il Consiglio di Stato è fermo nel definire le circolari come meri atti interni, diretti agli organi degli uffici, consistenti in direttive comportamentali impartite dal vertice dell'amministrazione e destinate al personale dell'organizzazione. La Corte di Cassazione ha negato alle circolari la qualifica di fonte del diritto, sicché l'interpretazione nelle circolari non vincolerebbe in senso proprio né i destinatari interni né le figure esterne e pertanto il controllo dei giudici di legittimità non si estenderebbe a tali atti, in quanto non espressione di attività amministrativa ma atti esplicanti una funzione direttiva sugli uffici dipendenti. Ciò considerato, la Corte di Cassazione esclude un'assimilazione tra i regimi e i circuiti, ovvero ritiene inapplicabile ai secondi i rimedi giurisdizionali a tutela dei diritti soggettivi previsti per i primi. In realtà, nonostante la distinzione tra regime e circuito faccia presumere che solo l'appartenenza a un regime comporti conseguenze sui diritti del detenuto, appare evidente che la separazione fisica causata dai circuiti produca delle ricadute sull'organizzazione interna dell'istituto, così influenzando in senso negativo e limitativo sull'esercizio delle prerogative dei ristretti. Le circolari sono atti che danno concretezza al contenuto legislativo, che vengono percepite come norme disciplinanti i casi concreti. Le prassi di incidere sull'effettivo godimento dei diritti soggettivi delle persone ristrette attraverso circolari ministeriali si pongono in contrasto con i principi fondamentali del costituzionalismo democratico, quali la separazione dei poteri e la riserva di legge

e di giurisdizione. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 6, c. 1, Conv.eur.dir.uomo, in merito al diritto di rivolgersi a un giudice per contestare la sottoposizione a un circuito speciale, in quanto il ricorrente non ha goduto di tale possibilità avverso una ingerenza nei suoi diritti di natura civile (v. Cor.eur.dir.uomo, sez. IV, 11 gennaio 2005, Musumeci c. Italia, ric. n. 33695/96).

2. La sorveglianza particolare

(V. artt. 14-bis, 14-ter e 14-quater o.p., 33 e 34 r.p.)

2.1. I lineamenti

La *sorveglianza particolare* consiste nel regime individuale restrittivo dell'esercizio dei diritti e delle regole del trattamento, nei confronti di condannati, internati e imputati, in ragione di determinati comportamenti e per un dato periodo, con lo scopo di ristabilire l'ordine e la sicurezza all'interno della struttura penitenziaria (v. artt. 14-bis, c. 1, e 14-quater, c. 1, o.p.).

All'interno dell'ordinamento penitenziario, il regime di sorveglianza particolare, introdotto dalla riforma del 1986, non rappresenta una sanzione disciplinare, in quanto collocato nel capo dedicato alle "modalità del trattamento" (titolo I, capo III), non nel capo rivolto al "regime penitenziario" (titolo I, capo IV), in cui sono presenti le norme su infrazioni e sanzioni alla disciplina. Il regime in oggetto dà quindi luogo a una sorta di misura di sicurezza interna all'istituzione carceraria, destinata a contrastare quella specifica forma di pericolosità definibile appunto quale pericolosità penitenziaria, che non si riferisce alla probabilità della futura commissione di nuovi reati in ragione della natura e della gravità di quelli già commessi, ma si rivolge al rischio che determinati ristretti lasciano trasparire per l'ordine e la sicurezza all'interno dell'istituto carcerario, non comunque legato alla definizione giuridica dei reati loro imputati o alla loro carriera criminale nel contesto sociale, ma piuttosto derivante dall'incapacità di sottostare alla disciplina interna all'istituto carcerario, con i pericoli che ne conseguono per l'ordine e la sicurezza pubblica.

2.2. I requisiti

Al regime di sorveglianza particolare possono essere sottoposti i condannati, gli internati e gli imputati che (v. art. 14-*bis*, c. 1, o.p.):

- a) con i loro comportamenti compromettono la sicurezza ovvero turbano l'ordine negli istituti;
- b) con violenza o minaccia impediscono le attività degli altri detenuti o internati;
- c) nella vita penitenziaria si avvalgono dello stato di soggezione degli altri detenuti nei loro confronti.

Al regime di sorveglianza particolare i condannati, gli internati e gli imputati possono essere sottoposti sin dal momento del loro ingresso in istituto, sulla base di precedenti comportamenti penitenziari o di altri concreti comportamenti tenuti nello stato di libertà, indipendentemente dalla natura dell'imputazione (v. art. 14-*bis*, c. 5, o.p.).

Sulle prime previsioni si può osservare che la lett. b presenta una maggiore determinatezza, che rinvia infatti all'elaborazione penalistica sulle condotte realizzate con violenza o minaccia; la lett. c fa riferimento alla problematica fenomenologia della criminalità organizzata, il cui agire è ritenuto avvalersi appunto della condizione di assoggettamento per conseguire fini illeciti; la lett. a risulta infine la più enigmatica, poiché esplicita una costruzione finalistica che tradisce la funzione identificativa dei comportamenti rilevanti. Ancora maggiori le perplessità interpretative che scaturiscono dalla successiva ipotesi, soprattutto con riferimento all'espressione tautologica dei "concreti comportamenti" tenuti dall'interessato in libertà, che legittimerebbero per ciò solo la sua immediata sottoposizione al regime di sorveglianza particolare. Si tratta con evidenza di enormi margini nella concreta precisazione delle condotte affidate alla decisione dell'amministrazione penitenziaria e al sindacato della magistratura di sorveglianza.

2.3. L'applicazione

La durata della sottoposizione al regime di sorveglianza particolare è di un periodo non superiore a sei mesi, prorogabile anche più volte in misura non superiore ogni volta a tre mesi (v. art. 14-*bis*, c. 1, o.p.).

La competenza a disporre il regime di sorveglianza particolare con provvedimento motivato è dell'amministrazione penitenziaria, previo parere del consiglio di disciplina, integrato da due professionisti esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica (v. art. 14-*bis*, c. 2, o.p.). Nei confronti degli imputati il regime è disposto sentita anche l'autorità giudiziaria che procede (v. art. 14-*bis*, c. 3, o.p.). L'autorità giudiziaria segnala gli eventuali elementi a sua conoscenza all'amministrazione penitenziaria, che decide sull'adozione dei provvedimenti di sua competenza (v. art. 14-*bis*, c. 5, o.p.).

In caso di necessità e urgenza l'amministrazione può disporre in via provvisoria la sorveglianza particolare prima dei pareri prescritti, che comunque devono essere acquisiti entro dieci giorni dalla data del provvedimento. Scaduto tale termine, acquisiti i pareri prescritti, l'amministrazione decide in via definitiva entro dieci giorni, trascorsi i quali il provvedimento provvisorio decade (v. art. 14-*bis*, c. 4, o.p.).

Le restrizioni che comporta il regime di sorveglianza particolare sono motivatamente stabilite nel provvedimento che lo dispone (v. art. 14-*quater*, c. 3, o.p.).

Se il regime di sorveglianza particolare non è attuabile nell'istituto ove il detenuto o l'internato si trova, l'amministrazione penitenziaria può disporre, con provvedimento motivato, il trasferimento in altro istituto idoneo, con il minimo pregiudizio possibile per la difesa e per i familiari, dandone immediato avviso al magistrato di sorveglianza. Questi riferisce al Ministro in ordine a eventuali casi di infondatezza dei motivi posti a base del trasferimento (v. art. 14-*quater*, c. 5, o.p.).

Il provvedimento che dispone il regime di sorveglianza particolare è comunicato immediatamente al magistrato di sorveglianza, ai fini dell'esercizio del suo potere di vigilanza (v. art. 14-*bis*, c. 6, o.p.).

Il reclamo avverso il decreto che dispone o proroga il regime può essere proposto dall'interessato al tribunale di sorveglianza; il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento (v. art. 14-*ter*, c. 1, o.p.).

Sulla durata del regime, va osservato che la sottoposizione alla sorveglianza particolare può proseguire per un tempo indefinito, in ragione della previsione sui rinnovi imprecisati nel numero massimo.

Sulla procedura di applicazione, si deve evidenziare che, qualunque sia il tipo di procedimento adottato, tra quello definibile come ordinario (con acquisizio-

ne dei pareri prescritti) e quello invece abbreviato (in condizioni di necessità e urgenza), il provvedimento dell'amministrazione penitenziaria (Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, D.A.P.) deve essere adeguatamente motivato, sia in rapporto alla sussistenza dei presupposti che ne legittimano l'adozione, sia in riferimento alle restrizioni imposte che risultano legittime solo in quanto strettamente necessarie al mantenimento dell'ordine e della sicurezza, e in ogni caso tale provvedimento deve essere immediatamente comunicato al magistrato di sorveglianza, a prescindere dal reclamo che l'interessato ha il diritto di proporre al tribunale di sorveglianza, affinché sia possibile il controllo giurisdizionale indiretto, che è particolarmente opportuno in considerazione dell'invasività del regime sui diritti del sottoposto.

Sul trasferimento del ristretto, lascia perplessi che la paventata eventualità di infondatezza dei motivi posti a base del trasferimento, che dovrebbe restare strettamente eccezionale e specificamente argomentato con riferimento alla necessità di attuare il regime della sorveglianza particolare nei confronti dell'interessato e dell'impossibilità di farlo nell'istituto in cui questi si trovi, sia fatta oggetto di una atipica segnalazione del magistrato di sorveglianza al Ministro della giustizia, dal momento che non pare rilevare tanto solo sul piano della responsabilità disciplinare, quanto anche di quella amministrativa e penale in capo ai titolari del procedimento amministrativo in questione.

2.4. I contenuti

Il regime di sorveglianza comporta le restrizioni strettamente necessarie per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza, all'esercizio dei diritti dei detenuti e degli internati e alle regole di trattamento previste dall'ordinamento penitenziario (v. art. 14-*quater*, c. 1, o.p.). Per quanto concerne la corrispondenza dei detenuti si applicano le disposizioni sulle limitazioni e i controlli alla corrispondenza di cui all'art. 18-*ter* o.p. (art. 14-*quater*, c. 2, o.p.). Le restrizioni che comporta il regime di sorveglianza particolare sono motivatamente stabilite nel provvedimento che lo dispone (v. art. 14-*quater*, c. 3, o.p.).

In ogni caso le restrizioni non possono riguardare: l'igiene e le esigenze della salute; il vitto; il vestiario e il corredo; il possesso, l'acquisto e la ricezione di generi e oggetti permessi dal regolamento interno, nei limiti in cui ciò non comporta pericolo per la sicurezza; la lettura di libri e periodici; le pratiche di culto; l'uso di apparecchi radio del tipo consentito; la permanenza all'aperto per almeno due ore al giorno, salvo quanto disposto dall'art. 10

o.p.; i colloqui con i difensori, nonché quelli con il coniuge, i figli, i genitori e i fratelli (v. art. 14-*quater*, c. 4, o.p.).

Le restrizioni imposte a condannati, internati e imputati sottoposti al regime di sorveglianza particolare sono delineate dalla disciplina legislativa secondo una duplice prospettiva. In termini positivi, la sorveglianza particolare è definita in chiave funzionale come l'insieme delle restrizioni, che devono essere strettamente necessarie al mantenimento dell'ordine e della sicurezza, nei confronti dell'esercizio dei diritti e delle regole del trattamento. La formulazione normativa risulta giustificatamente indeterminata, allo scopo di non irrigidire il contenuto dell'istituto in una casistica di limitazioni che non si attaglierebbero alle situazioni di caso. In termini negativi, la sorveglianza particolare viene declinata in chiave garantista mediante l'esclusione dal novero delle restrizioni adottabili alcune materie indicate in modo tassativo, con riguardo a una serie di diritti del detenuto che devono essere considerati inalienabili. Si tratta del diritto al mantenimento della propria integrità fisica e spirituale, del diritto alla conservazione dei rapporti affettivi, del diritto all'organizzazione della propria difesa, su cui il recupero di determinatezza è congruente al significato di tutela.

3. La sospensione delle normali regole di trattamento

(V. art. 41-*bis*, c. 1, o.p.)

3.1. I lineamenti

La *sospensione delle normali regole di trattamento* consiste nel regime collettivo sospensivo delle ordinarie regole di trattamento dei detenuti e degli internati, per casi eccezionali e durata necessaria, allo scopo di ripristinare l'ordine e la sicurezza all'interno di un istituto penitenziario (v. art. 41-*bis*, c. 1, o.p.).

A fronte dell'abrogazione dell'art. 90 ("Esigenze di sicurezza"), il legislatore del 1986 ha inserito nell'ordinamento penitenziario l'art. 41-*bis* ("Situazioni di emergenza"), che rielabora la materia delle sospensioni a carattere collettivo delle normali regole trattamentali per detenuti e internati. La condizione passa dai "gravi ed eccezionali motivi di ordine e di sicurezza" ai "casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza"; l'oggetto va dalla "facoltà di sospendere in tutto o in parte l'applicazione"

cazione [...] delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge” alla “facoltà di sospendere [...] l’applicazione delle normali regole di trattamento”; il luogo muta da “uno o più stabilimenti penitenziari” all’“istituto interessato o in parte di esso”; infine, resta la durata di stretta necessità allo scopo di ordine e sicurezza. Il recupero di determinatezza nella formulazione dei requisiti applicativi, che ora fanno riferimento esclusivamente a ipotesi di rivolta o situazioni emergenziali e a spazi di un solo istituto o parte di esso, si contrappone alla perdita di delimitazione nell’individuazione dei contenuti interessati, che prima avevano riguardo espressamente anche a sospensioni parziali dell’applicazione delle regole trattamentali. In ogni caso, a parte quanto considerato, l’aspetto maggiormente innovativo della nuova disciplina, rispetto a quella previgente, risulta risiedere nella diversa collocazione sistematica, all’interno dell’ordinamento penitenziario, laddove oggi è inserita nell’ambito del regime trattamentale penitenziario (titolo I “Trattamento penitenziario”, capo IV “Regime penitenziario”), non come prima fuori di esso quale norma di chiusura del complessivo sistema penitenziario (titolo II “Disposizioni relative all’organizzazione penitenziaria”, capo IV “Disposizioni finali e transitorie”). A parte ciò, deve comunque evidenziarsi che la disciplina del regime collettivo in questione risulta aver avuto un’unica applicazione isolata, nel corso del 1989 presso l’istituto di Palermo.

3.2. I requisiti

In casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza, nell’istituto interessato o in parte di esso può essere sospesa l’applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati (v. art. 41-*bis*, c. 1, o.p.).

3.3. L’applicazione

La competenza a sospendere le normali regole di trattamento è facoltà del Ministro della Giustizia, che deve motivare il provvedimento sul punto della necessità di ripristinare l’ordine e la sicurezza e stabilirne la durata nel limite della stretta necessità del conseguimento del fine suddetto (v. art. 41-*bis*, c. 1, o.p.).

3.4. I contenuti

La sospensione dell’applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati deve essere motivata dalla necessità di ripristinare l’ordine e la sicu-

rezza e avere la durata strettamente necessaria al conseguimento del fine suddetto (v. art. 41-*bis*, c. 1, o.p.).

SEZIONE D. LA PERICOLOSITÀ CRIMINALE

Introduzione

Nel biennio 1991-1992 il legislatore apportò rilevanti modifiche all'ordinamento penitenziario, rispetto alla fisionomia assunta dopo la riforma del 1986, per conseguire un contrasto più efficace della criminalità organizzata. Con il primo provvedimento (v. d.l. 152/1991, conv. con modd. da l. 203/1991), si intese inasprire in modo significativo il regime trattamentale degli autori di determinati gravi reati, per tale motivo ritenuti socialmente pericolosi, introducendo una specifica modalità per concedere loro le misure alternative e gli altri istituti trattamentali, basata sulla categoria della non sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata (v. art. 4-*bis* o.p.), oltre che esigendo termini di maggiore durata della pena detentiva, per aspirare a tale ammissione secondo le nuove condizioni. Con il secondo provvedimento (v. d.l. 306/1992, conv. con modd. da l. 356/1992), si diede seguito al disegno ispirato alla massima differenziazione dei ristretti e dei trattamenti da applicare loro, divaricando in maniera radicale le posizioni soggettive della popolazione ristretta secondo la distinzione tra appartenenti e non alla criminalità organizzata. Venne così disciplinata l'assoluta ostatività alla fruizione delle misure alternative e degli altri istituti trattamentali, fondata sulla figura della non collaborazione con la giustizia (v. art. 4-*bis* o.p.), insieme con la nuova previsione del regime speciale per ristretti affiliati, nel progressivo svilimento della potestà discrezionale della magistratura di sorveglianza (v. art. 41-*bis*, c. 2, o.p.).

In questo orizzonte, la pena riacquista sempre più una rigida identità retributiva, mentre l'alternatività alla detenzione non risulta più vincolata a un giudizio prognostico positivo sulla rieducabilità del reo, ma diventa oramai solo espressione di una logica premiale in relazione all'utilità della collaborazione prestata. La collaborazione con la giustizia non significa necessariamente mutamento dei valori che hanno portato a delinquere, potendo essere fornita invece a soli scopi utilitari-

stici, così come la non collaborazione può originare paradossalmente dall'intento altruistico di salvaguardare l'incolumità di familiari e parenti, piuttosto che dalla persistente identificazione nel precedente percorso criminale. Tale differenziazione fatica ad armonizzarsi con i dettami costituzionali, per i quali le pene devono rispettare l'umanità e tendere alla rieducazione del reo, il procedimento di sorveglianza deve coprire con la tutela giurisdizionale tutte le forme di privazione della libertà, i rei devono trovarsi con eguali opportunità una volta assoggettati a una sentenza passata in giudicato.

La storia evolutiva di tali istituti è fatta di ripetuti interventi della Corte costituzionale, che pur salvando i principi cardine e l'impianto strutturale della normativa emergenziale a costo di far rivivere la concezione polifunzionale della pena (v. sent. 306/1993), ne han comunque depotenziato e aggiustato i più evidenti vizi, cui sono seguiti provvedimenti legislativi, in alcuni casi atti di dettaglio e in altri riforme di sistema (v. l. 279/2002 e l. 94/2009), che invece di perseguirne come da più parti invocato il significativo ridimensionamento se non proprio il definitivo abbandono dopo la stagione dell'emergenza, hanno provveduto a ulteriori estensioni e inasprimenti nell'ottica della loro definitiva stabilità all'interno del sistema penitenziario. In tempi recenti, invece, sulla scia della condanna dell'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, in tema di ergastolo ostativo e liberazione condizionale (v. Cor.eur.dir.uomo, sez. I, 13 giugno 2019, Viola c. Italia, ric. n. 77633/16), la Consulta si è spinta a scalfire il muro invalicabile dell'ostatività penitenziaria, in relazione all'accesso ai permessi premio, giungendo a relativizzare la presunzione dell'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata e il connesso ruolo dell'istituto processuale della collaborazione con la giustizia (v. sent. 253/2019).

1. Il divieto di concessione dei benefici

(V. artt. 4-bis, 13-bis e 58-ter o.p., 2, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. con modd. da l. 12 luglio 1991, n. 203)

1.1. I lineamenti

Il *divieto di concessione dei benefici* consiste in una serie di regimi speciali di ostatività all'accesso alle misure alternative e agli istituti trattamentali, nei confronti dei dete-

nuti e degli internati per taluni delitti, secondo differenti categorie di gravità e relativi meccanismi di ammissione (v. art. 4-*bis* o.p.).

La presente disposizione stabilisce differenti regimi di sbarramento per accedere alle misure alternative alla detenzione e ad altri istituti del trattamento, in relazione al titolo (e anche alle circostanze) dei delitti commessi da parte di detenuti e internati destinatari. Il tessuto normativo presenta una particolare prolissità e complessità, cui si accompagnano altrettante oscurità e perplessità. Tali contenuti rappresentano gli esiti problematici di numerosi interventi legislativi e denunciano gli evidenti limiti di una censurabile opzione normativa stratificata e manipolativa, in quanto costituisce il prodotto di ripetute emergenze contingenti nella politica penale e persegue l'obiettivo di progressivi adeguamenti necessari ai canoni costituzionali. I principali provvedimenti che hanno caratterizzato in modo ciclico l'evoluzione normativa di tali previsioni vanno quindi letti come risposte contingenti alle pressioni securitarie provenienti dall'arena politica, in direzione dell'estensione dei delitti e dei meccanismi ostativi, e alle istanze garantiste derivanti dall'azione giurisprudenziale, a favore della tutela delle libertà e dei diritti inalienabili.

L'analisi della regolamentazione viene condotta per i requisiti secondo le diverse categorie o fasce di delitti commessi dai ristretti interessati, cui sono riconnessi i rispettivi regimi o meccanismi negli accessi stabiliti alle misure penitenziarie, mentre per l'applicazione in un'unica trattazione.

1.2. I requisiti

1) Delitti di criminalità organizzata, terroristica o eversiva e contro la pubblica amministrazione

L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo IV del titolo I dell'ordinamento penitenziario, esclusa la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e agli internati che hanno commesso delitti per finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitti di peculato, concussione, corruzione, induzione e istigazione, delitti di associazioni di tipo mafioso anche straniere e di scambio elettorale politico-mafioso, delitti commessi avvalendosi delle condizioni ivi previste o al fine di agevolare l'attività di tali associazioni, delitti di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù, di prostituzione minorile, di pornografia minorile, di tratta di persone, di acquisto e alienazione di schiavi, di violenza

sessuale di gruppo, di sequestro di persona a scopo di estorsione, di immigrazione clandestina, di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi esteri lavorati e di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, *solo nei casi in cui collaborino con la giustizia a norma dell'art. 58-ter o.p.* (v. art. 4-bis, c. 1, o.p.).

I condannati per i delitti indicati nei c. 1, 1-ter e 1-quater dell'art. 4-bis o.p. possono essere ammessi alla liberazione condizionale *solo se ricorrono i relativi presupposti previsti dallo stesso comma per la concessione dei benefici ivi indicati* (v. art. 2, c. 1, d.l. 152/1991, conv. con modd. da l. 203/1991). Fermi restando gli ulteriori requisiti e gli altri limiti di pena previsti dalla disposizione sulla liberazione condizionale e fermo restando quanto stabilito sulle circostanze attenuanti dei reati per finalità di terrorismo o di eversione in caso di dissociazione o di collaborazione, i condannati di cui al c. 1 del presente articolo non possono comunque essere ammessi alla liberazione condizionale se non hanno scontato almeno due terzi della pena temporanea (v. art. 2, c. 2, d.l. 152/1991, conv. con modd. da l. 203/1991). Tale disposizione non si applica alle persone indicate nell'art. 58-ter o.p. (v. art. 2, c. 3, d.l. 152/1991, conv. con modd. da l. 203/1991).

I limiti di pena previsti dalle disposizioni sul lavoro all'esterno, sui permessi premio e sulla semilibertà, concernenti le persone condannate per taluno dei delitti indicati nei c. 1, 1-ter e 1-quater dell'art. 4-bis o.p., non si applicano a coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriore, ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati (art. 58-ter, c. 1, o.p.). Tali condotte sono accertate dal tribunale di sorveglianza, assunte le necessarie informazioni e sentito il pubblico ministero presso il giudice competente per i reati in ordine ai quali è stata prestata la collaborazione (v. art. 58-ter, c. 2, o.p.).

Circa i *destinatari*, il testo di questa disposizione riguarda espressamente “detenuti e internati”, quindi deve ritenersi che, nonostante l'incoerenza rispetto alla rubrica dello stesso articolo che richiama solo i “condannati”, vadano ricompresi non solo i condannati e gli internati in stato detentivo, ma anche gli imputati in custodia cautelare o agli arresti domiciliari, a prescindere dal passaggio in giudicato di una sentenza di condanna per i reati contemplati. Ciononostante, può osservarsi che solo il lavoro esterno è concedibile pure agli imputati, quindi per i permessi premio, le misure alternative nell'ordina-

mento penitenziario e la liberazione condizionale il riferimento obbligato è ai soli condannati e internati.

Quanto ai *benefici*, questa norma comprende esplicitamente nel suo ambito operativo gli istituti trattamentali del lavoro esterno e dei permessi premio, insieme con le misure alternative dell'ordinamento penitenziario. In proposito, tuttavia, la Corte costituzionale (sent. 253/2019) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della presente norma, nella parte in cui non prevede che possano essere concessi permessi premio (alle condizioni che saranno esaminate a seguire). A tali istituti e misure vanno pacificamente aggiunte anche la liberazione condizionale (cui la legge istitutiva della presente regolamentazione dichiara applicabili le previsioni stabilite dalla disposizione principale, mediante una norma speciale dedicata che opera un rinvio ricettizio permanente, che peraltro è stato successivamente adeguato alla nuova struttura in più commi dell'articolo originario e tuttavia resta ancora non pienamente coordinato con le ultime modifiche apportate alla sua versione attuale, laddove non considera la categoria contemplata all'art. 4-*bis*, c. 1-*quinquies*, o.p.) e l'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive (ai sensi dell'art. 1, c. 2, lett. a, l. 199/2010). Viceversa, oltre alla liberazione anticipata che è letteralmente esclusa dalla norma stessa, e alle misure alternative nei confronti delle persone affette da immunodeficienza acquisita conclamata o grave deficienza immunitaria (secondo quanto disposto dall'art. 47-*quater*, c. 9, o.p.), nonché ai permessi di necessità o eccezionali che sono ontologicamente diversi dai permessi premio invece richiamati, secondo l'interpretazione maggioritaria anche le misure alternative per le persone tossicodipendenti o alcolodipendenti sono collocabili fuori dal raggio di azione della presente disposizione, così come per lo stesso motivo dovrebbero ritenersi anche le visite al minore infermo o al figlio coniuge o convivente affetto da handicap e il rinvio dell'esecuzione della pena, mentre infine sono oggi estranee al funzionamento della stessa regolamentazione per le recenti dichiarazioni di illegittimità costituzionale della relativa inclusione altresì l'assistenza all'esterno dei figli minori (Corte cost., sent. 174/2018), la detenzione domiciliare ordinaria di cui all'art. 47-*ter*, c. 1, lett. a e b, o.p. e la detenzione domiciliare speciale di cui all'art. 47-*quinquies* o.p. (Corte cost., sent. 239/2014).

Riguardo ai *contenuti*, questa prima categoria raccoglie i delitti direttamente ricollegabili alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva, che indicano una superiore gravità oggettiva e che suscitano il maggiore allarme sociale, ma più di recente anche delitti esclusivamente riferibili alla pubblica amministrazione, quindi caratterizzati da fattispecie monosoggettive e da minore disvalore.

Rispetto alle *condizioni*, la regola generale per questa prima categoria è che i ristretti che appartengono a tale prima fascia non possono accedere alle misure sopra precisate, con la sola eccezione di carattere generale secondo cui l'ostatività assoluta non opera nei confronti di coloro che tengano una condotta di collaborazione con la giustizia ai sensi di legge. Secondo il tenore letterale dell'istituto richiamato, i due comportamenti di collaborazione con la giustizia che sono da considerare validi e che risultano tra loro alternativi si riferiscono all'adoperarsi nell'attività preventiva per evitare conseguenze ulteriori e all'aiutare nell'attività repressiva per ricostruire fatti e individuare o catturare responsabili. Con tale scelta di accesso condizionato, il detenuto o l'internato che intenda fruire delle misure alternative o degli istituti trattamentali è obbligato all'onere della collaborazione processuale. In questo modo, il diritto al silenzio, secondo l'aurea regola processuale *nemo tenetur se detegere*, che viene garantito nella fase della cognizione anche per i delitti in questione, è sostituito nella fase dell'esecuzione dall'onere della collaborazione, secondo l'opposto principio incivile *carceratus tenetur alios detegere*; il significato della pena si trasfigura nella funzione di incentivo alla collaborazione processuale, non contemplata né coerente non soltanto rispetto alla finalità di rieducazione, ma nemmeno al senso di umanità che devono sempre avere le pene secondo la Costituzione, dal momento che non si tutela il principio della libertà morale della persona ristretta, che impedirebbe di influire sulla sua libertà di autodeterminazione. Si evidenzia che i ristretti appartenenti alla prima categoria, qualora riconosciuti collaboratori di giustizia, per espressa deroga legislativa non sottostanno agli speciali limiti di pena previsti dalle norme sugli singoli istituti del lavoro all'esterno (v. art. 21, c. 1, o.p.), dei permessi premio (v. art. 30-ter, c. 4, lett. c, o.p.) e della semilibertà (v. art. 50, c. 1, o.p.), mentre sono sottoposti a una diversa disciplina sulla concessione dei benefici penitenziari che tra l'altro incide sui limiti di pena da scontare quali requisiti di accesso per i permessi premio, la detenzione domiciliare, la liberazione condizionale, l'affidamento in prova in casi particolari e la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva. In proposito, tuttavia, la Corte costituzionale (sent. 253/2019) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della presente norma, per contrasto con gli artt. 3 e 27, c. 3, Cost., in via incidentale nella parte in cui non prevede che, ai detenuti per i delitti di associazione per delinquere di tipo mafioso e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste da tale disciplina ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in essa previste, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia, allorché siano acquisiti elementi tali

da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti, mentre in via consequenziale nella parte in cui non prevede che ai detenuti per i delitti ivi contemplati, diversi da quelli sopra richiamati, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia, allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti. In particolare, le censure della Corte sono state avanzate sotto tre profili, distinti ma complementari, ovvero in un primo senso perché all'assolutezza della presunzione sono sottese esigenze investigative, di politica criminale e di sicurezza collettiva che incidono sull'ordinario svolgersi dell'esecuzione della pena, con conseguenze afflittive ulteriori a carico del detenuto non collaborante (*Cons. dir.*, pt. 8.1), in un secondo senso perché tale assolutezza impedisce di valutare il percorso carcerario del condannato, in contrasto con la funzione rieducativa della pena, intesa come recupero del reo alla vita sociale (*Cons. dir.*, pt. 8.2), infine in un terzo senso perché l'assolutezza della presunzione si basa su una generalizzazione, che può essere invece contraddetta, a determinate e rigorose condizioni, dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscono il presupposto, e che devono poter essere oggetto di specifica e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza (*Cons. dir.*, pt. 8.3). Ciò considerato, la Consulta ha nondimeno sostenuto (*Cons. dir.*, pt. 9) che il regime probatorio rafforzato per la valutazione in concreto della pericolosità sociale del detenuto da parte della magistratura di sorveglianza debba estendersi all'acquisizione di elementi che escludono non solo la permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata (per cui la presunzione di pericolosità sociale del detenuto che non collabora, pur non più assoluta, è superabile non certo in virtù della sola regolare condotta carceraria o della mera partecipazione al percorso rieducativo, e nemmeno in ragione di una soltanto dichiarata dissociazione, ma soprattutto in forza dell'acquisizione di altri, congrui e specifici elementi), ma altresì il pericolo di un loro ripristino tenuto conto delle concrete circostanze personali e ambientali (aspetto logicamente collegato al precedente, del quale condivide il carattere costituzionalmente necessario, al fine di evitare che il previsto interesse alla prevenzione della commissione di nuovi reati, tutelato dalla norma in esame, finisca per essere vanificato).

II) Delitti circostanziati di criminalità organizzata, terroristica o eversiva e contro la pubblica amministrazione

I benefici di cui al c. 1 dell'art. 4-*bis* o.p. possono essere concessi a detenuti o internati per uno dei delitti ivi previsti, nei casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, nonché nei casi in cui, anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante, nei confronti dei medesimi detenuti o internati sia stata applicata una delle circostanze attenuanti dell'aver riparato il danno mediante il risarcimento o le restituzioni o dell'essersi adoperati per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato, della minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato in concorso, ovvero del reato commesso in concorso più grave di quello voluto, *purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva* (v. art. 4-*bis*, c. 1-*bis*, o.p.).

In merito alla *disciplina*, regolativa del divieto di concessione dei benefici penitenziari per i ristretti appartenenti alla prima fascia, che già costituiva il risultato di numerosi interventi normativi succedutisi dal 1991, va menzionato che fu sovente sottoposta a censure di illegittimità costituzionale, sino ai provvedimenti legislativi del 2002 e del 2009, che hanno infatti inglobato i passaggi fondamentali di tali pronunce, senza peraltro rivedere il ruolo sistemico e la capacità operativa della problematica strategia. La previsione di uno sbarramento assoluto alla fruizione dei percorsi alternativi, accessibili solo attraverso una collaborazione con la giustizia ai sensi di legge, già poneva al tempo e in parte pone anche ora fondati dubbi di compatibilità costituzionale sotto molteplici profili, il più importante dei quali quello relativo all'obliterazione della funzione rieducativa della pena. A questo proposito, la sent. 306/1993 della Corte costituzionale salvò l'impianto normativo in questione, richiamando purtroppo il concetto di polifunzionalità della pena che si riteneva superato (v. *Cons. dir.*, pt. 10) e condividendo addirittura nel bilanciamento dei valori che fosse preminente l'esigenza di difesa sociale rispetto a quella di rieducazione individuale. A quella pronuncia ne seguirono molte altre, peraltro quasi tutte di accoglimento delle questioni sottoposte, ma specialmente secondo i riferimenti costituzionali dell'eguaglianza e della ragionevolezza e soprattutto per le concrete situazioni di natura transitoria. Con valore generale, si

ricorda che la sent. 357/1994 della Consulta dichiarò l'illegittimità costituzionale della disciplina in commento, nella parte in cui non prevedeva i benefici indicati potessero essere concessi anche nel caso in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, come accertata nella sentenza di condanna, rendesse impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre che fossero stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata; la sent. 68/1995 della Corte dichiarò l'illegittimità costituzionale sia dell'art. 4-*bis*, c. 1, per. 2, o.p., che dell'art. 2, c. 1, d.l. 152/1991, conv. con modd. da l. 203/1991, nella parte in cui non prevedevano che i benefici rispettivamente indicati potessero essere concessi anche nel caso in cui l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendessero impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre che fossero stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata.

A proposito dei *contenuti*, il testo attuale di questa seconda fascia interessa sempre gli stessi delitti della prima categoria, ma solo rispetto alle due specifiche ipotesi della collaborazione impossibile, sia per l'originario difetto di partecipazione al fatto commesso che per il venir meno dell'oggetto della possibile collaborazione, e della collaborazione irrilevante, quando sia stato risarcito il danno, l'importanza del concorso nel reato sia stata minima, ovvero la gravità del reato concorsuale sia stata maggiore rispetto a quello voluto dal concorrente.

Con riferimento alle *condizioni*, la disciplina vigente per questa seconda categoria prevede che i ristretti che rientrano in tale fascia possono accedere alle misure sopra indicate solo quando siano acquisiti elementi capaci di escludere i collegamenti attuali con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. Si tratta di una palese inversione dell'ordinario onere della prova penale, con il quale si addebita alla difesa il dovere di provare l'inesistenza di legami attuali con la criminalità organizzata, che di fatto vengono presunti esistenti sino a prova contraria. Peraltro, ciò equivale a pretendere, al fine della concessione delle misure indicate, una sorta di "prova diabolica", consistente non nel dimostrare in positivo che l'interessato abbia attualmente collegamenti con la criminalità organizzata, bensì in negativo che tali legami, presuntivamente tuttora esistenti, possano essere effettivamente esclusi, ovvero essendo evidentemente impossibile offrire la prova di ciò che non esiste. Va menzionato che gli interessati appartenenti alla seconda categoria sono comunque destinatari degli inasprimenti dei limiti di pena per accedere al lavoro all'esterno, ai permessi premio, alla semilibertà, alla liberazione condizionale,

all'affidamento in prova in casi particolari e alla sospensione dell'esecuzione della pena detentiva.

III) Delitti comuni e associativi

I benefici di cui al c. 1 dell'art. 4-*bis* o.p. possono essere concessi a detenuti o internati per i delitti di omicidio, di prostituzione minorile, di pornografia minorile, di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, di rapina aggravata, di estorsione aggravata, di contrabbando di tabacchi esteri lavorati, di produzione traffico e detenzione illecita di sostanze stupefacenti o psicotrope, di associazione per delinquere realizzato allo scopo di commettere i delitti di contraffazione alterazione o uso di marchi o segni distintivi ovvero di brevetti modelli o disegni e di introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi ovvero realizzato allo scopo di commettere delitti contro la personalità individuale, di violenza sessuale, di atti sessuali con minorenne, di violenza sessuale di gruppo e di immigrazione clandestina, *purché non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva* (v. art. 4-*bis*, c. 1-*ter*, o.p.).

Rispetto ai *contenuti*, a questa terza categoria appartengono gli autori di reati di intrinseca gravità o di impatto sociale notevole, sebbene minore rispetto a quelli della prima o seconda fascia, pertanto disciplinati in modo diverso, ovvero meno duro delle fasce precedenti.

Riguardo alle *condizioni*, il regime di accesso alle misure penitenziarie da parte dei ristretti appartenenti a questa terza categoria, per quanto si discosti da quello ordinario, è comunque più attenuato rispetto a quello non solo della prima, ma anche della seconda fascia. Per i detenuti e gli internati di questo gruppo, l'ammissione alle medesime misure penitenziarie indicate per le altre fasce è di regole consentita, mentre risulta al contrario preclusa solo quando siano forniti elementi in grado di far ritenere esistenti i collegamenti attuali con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. Come risulta evidente, con tale previsione si rientra nell'ordinaria ripartizione dell'onere della prova penale, per cui sarà l'accusa a dover provare in positivo l'esistenza di legami attuali con la criminalità organizzata. A parte ciò, in tale situazione si ricorda che i ristretti appartenenti alla terza categoria sono comunque destinatari degli inasprimenti dei limiti di pena per accedere al lavoro all'esterno, ai permessi premio, alla semilibertà, alla liberazione condizionale, all'affidamento in prova in casi particolari e alla sospensione dell'esecuzione della

pena detentiva, a meno che non siano collaboratori di giustizia, per i quali vale una specifica disciplina sulla concessione dei benefici penitenziari.

IV) Delitti in materia sessuale

I benefici di cui al c. 1 dell'art. 4-*bis* o.p. possono essere concessi a detenuti e internati per i delitti di prostituzione minorile, di pornografia minorile, di detenzione di materiale pedopornografico, di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, di violenza sessuale salvo i casi di minore gravità, di atti sessuali con minorenne, di corruzione di minorenne, di violenza sessuale di gruppo e di adescamento di minorenni, *solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta per almeno un anno anche con la partecipazione dei professionisti esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica* (v. art. 4-*bis*, c. 1-*quater*, o.p.).

A proposito dei *contenuti*, questa quarta fascia racchiude i delitti più gravi in materia sessuale.

In merito alle *condizioni*, va rilevato che la regola specifica per gli appartenenti a questa quarta fascia, che subordina l'accesso alle misure penitenziarie sopra indicate alla valutazione dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta da un collegio allargato per la durata di almeno un anno, e quelle relative agli inclusi nelle tre fasce precedenti, ovvero la collaborazione con la giustizia e l'esclusione dell'attualità di collegamenti con la criminalità, e in quella successiva, ovvero la positiva partecipazione a programma di riabilitazione specifica, se i delitti commessi e gli eventuali altri presupposti risultano previsti in più di una di tali categorie devono coesistere tutte le regole proprie di ciascuna di esse al fine di consentire l'ammissione alle predette misure.

V) Delitti in materia sessuale in danno di persone minorenni

Salvo quanto previsto dal c. 1 dell'art. 4-*bis* o.p., ai fini della concessione dei benefici a detenuti e internati per i delitti di prostituzione minorile, di pornografia minorile anche se relativo a materiale pornografico con immagini virtuali, di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, di atti sessuali con minorenne, di corruzione di minorenne, di adescamento di minorenni, di violenza sessuale e di vio-

lenza sessuale di gruppo, se commessi in danno di persona minorenni, il magistrato o il tribunale di sorveglianza *valuta la positiva partecipazione al programma di riabilitazione specifica di cui all'art. 13-bis o.p.* (v. art. 4-bis, c. 1-*quinq*ues, o.p.).

Le persone condannate per i delitti di prostituzione minorile, di pornografia minorile anche se relativo a materiale pornografico con immagini virtuali, di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, di atti sessuali con minorenni, di corruzione di minorenni, di adescamento di minorenni, di violenza sessuale e di violenza sessuale di gruppo, se commessi in danno di persona minorenni, possono sottoporsi a un trattamento psicologico con finalità di recupero e di sostegno. La partecipazione a tale trattamento è valutata ai sensi dell'art. 4-bis, c. 1-*quinq*ues, o.p., ai fini della concessione dei benefici previsti dalla medesima disposizione (v. art. 13-bis, o.p.).

Con riguardo ai *contenuti*, questa quinta categoria contempla in sostanza i medesimi gravi delitti in materia sessuale della fascia precedente, però commessi nei confronti di minorenni.

Con riferimento alle *condizioni*, anche qui come per la precedente quarta fascia va evidenziato che la regola riservata agli inclusi in questa quinta categoria, che prescrive la valutazione dell'eventuale volontaria positiva partecipazione allo specifico programma trattamentale riabilitativo, rappresenta un eventuale ulteriore elemento valutativo, che si aggiunge a quelli contemplati per le altre categorie, ovvero la collaborazione con la giustizia, l'esclusione dell'attualità di collegamenti con la criminalità e la valutazione dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità, laddove i delitti commessi ricadano in più di una di tali fasce.

VI) *Delitti dolosi*

L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI del titolo I dell'ordinamento penitenziario non possono essere concessi a detenuti e internati per delitti dolosi, *quando il Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo o il procuratore distrettuale comunica, d'iniziativa o su segnalazione del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione o internamento, l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. In tal caso si prescinde dalle procedure previste dai c. 2 e 3 dell'art. 4-bis o.p.* (v. art. 4-bis, c. 3-bis, o.p.).

Rispetto ai *benefici*, a differenza di tutte quelle precedenti, questa sesta e ultima fascia si riferisce, per espressa dizione normativa, anche alla liberazione anticipata, e va ricompresa pure l'assistenza all'esterno dei figli minori, per la prevista applicabilità in quanto compatibili delle disposizioni relative al lavoro esterno, mentre ne risultano invece escluse la liberazione condizionale, difettando una norma di raccordo con la presente disposizione simile a quelle per altre categorie, e gli istituti trattamentali dei permessi di necessità o eccezionali, delle visite al minore infermo o al figlio coniuge o convivente affetto da handicap, le misure alternative per persone tossicodipendenti e alcolodipendenti e il rinvio dell'esecuzione della pena, restando al di fuori della parte dell'ordinamento qui richiamata.

Circa i *contenuti*, nel prescindere da singoli titoli di reato come quelle precedenti, questa sesta fascia risulta inusitatamente estesa, in quanto include tutti i delitti commessi con l'elemento soggettivo di tipo doloso.

Quanto alle *condizioni*, per superare le forti perplessità manifestate in proposito dalla dottrina, nei confronti di un divieto assoluto di accesso alle misure penitenziarie il cui potere è affidato al pubblico ministero, la giurisprudenza di legittimità ha fornito una lettura della norma che salva la giurisdizionalizzazione del procedimento di sorveglianza in merito, attribuendo al giudice di sorveglianza un potere valutativo autonomo, nonostante il ruolo fortemente condizionante delle informative cui si riferisce la norma in esame.

1.3. L'applicazione

Ai fini della concessione dei benefici di cui al c. 1 dell'art. 4-*bis* o.p., il magistrato o il tribunale di sorveglianza decide acquisite dettagliate informazioni per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione del condannato. In ogni caso il giudice decide trascorsi trenta giorni dalla richiesta delle informazioni. Al suddetto comitato può essere chiamato a partecipare il direttore dell'istituto penitenziario in cui il condannato è detenuto (v. art. 4-*bis*, c. 2, o.p.).

Ai fini della concessione dei benefici di cui al c. 1-*ter* dell'art. 4-*bis* o.p., il magistrato o il tribunale di sorveglianza decide acquisite dettagliate informazioni dal questore. In ogni caso il giudice decide trascorsi trenta giorni dalla richiesta delle informazioni (v. art. 4-*bis*, c. 2-*bis*, o.p.).

Quando il comitato ritiene che sussistano particolari esigenze di sicurezza ovvero che i collegamenti potrebbero essere mantenuti con organizzazioni operanti in ambiti

non locali o extranazionali, ne dà comunicazione al giudice e il termine predetto è prorogato di ulteriori trenta giorni al fine di acquisire elementi e informazioni da parte dei competenti organi centrali (v. art. 4-*bis*, c. 3, o.p.).

Per l'ammissione alla liberazione condizionale dei condannati per i delitti indicati nei c. 1, 1-*ter* e 1-*quater* dell'art. 4-*bis* o.p. si osservano le disposizioni dei c. 2 e 3 dell'art. 4-*bis* o.p. (v. art. 2, c. 1, d.l. 152/1991, conv. con modd. da l. 203/1991).

Sulla procedura di decisione per le misure da concedere, va premesso anche qui il rilevato difetto di coordinamento relativo alla specifica regolamentazione sulla liberazione condizionale, il cui rinvio ricettizio alla norma principale non tiene conto dell'attuale distribuzione in più commi pure della parte procedurale, di cui non menziona la previsione stabilita dall'art. 4-*bis*, c. 2-*bis*, o.p. In generale, è stabilito che il magistrato o il tribunale di sorveglianza acquisisca dettagliate informazioni rispettivamente dal comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica per detenuti e internati di cui alla prima categoria (eventualmente integrato dal direttore dell'istituto penitenziario in cui l'interessato è ristretto) e dal questore per quelli della terza fascia. In realtà, la prima indicazione risulta applicabile esclusivamente ai ristretti che rientrano nella seconda fascia, ovvero coloro che hanno commesso delitti elencati per la prima categoria, ma che si trovano nelle particolari condizioni che vengono indicate e nei cui confronti valgono le speciali eccezioni alla regola generale dell'ostatività alla fruizione degli istituti in assenza di collaborazione con la giustizia, dal momento che in caso contrario il giudice di sorveglianza deciderà unicamente in merito al requisito della collaborazione con la giustizia, non a quello dell'attualità dei collegamenti con la criminalità. Per altro, suscita perplessità anche la prescritta acquisizione delle dettagliate informazioni da due organi amministrativi diversi, a seconda dei rispettivi delitti commessi, non soltanto perché è solo il comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, di cui peraltro fa parte anche il questore e la presidenza è affidata invece al prefetto, a presentare una compagine idonea al necessario raccordo delle differenti strutture con funzioni investigative, ma nondimeno poiché il loro comune obiettivo è sempre svolgere l'indagine sulla sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata, per cui comunque i diversi delitti commessi vanno considerati nella loro connessione con l'attività criminale associativa. Ciò considerato, il magistrato o il tribunale di sorveglianza decide in ogni caso trascorso il tempo indicato per la consegna le prescritte informative, che per l'organo di sorveglianza hanno carattere obbligatorio ma non vincolante

e che possono essere disattesi sia pur fornendo idonea motivazione, in quanto costituiscono elementi privilegiati di giudizio del giudice che però deve tener conto anche degli altri elementi conoscitivi a sua disposizione, compresi quelli eventualmente forniti dalla difesa per dimostrare in positivo l'insussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata. In proposito, nel dichiarare la manifesta infondatezza di una questione di legittimità costituzionale sul punto della norma in esame, la Corte costituzionale ha richiamato la costante giurisprudenza della Corte di Cassazione, sulla linea interpretativa in base alla quale "la verifica quanto all'esistenza di elementi in grado di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva è di esclusiva ed inderogabile competenza della magistratura di sorveglianza, con la conseguente qualificazione dell'informativa come atto obbligatorio ma non vincolante, potendo il giudice, per un verso, trarre da altre fonti gli elementi di valutazione, e per un altro verso, dissentire, purché con appropriate proposizioni interpretative, dal parere del comitato" (Corte cost., ord. 271/1992).

Nel caso di cumulo di pene da eseguire, che riguardino diversi reati tra i quali sia compreso anche un delitto ostativo alla fruizione delle misure penitenziarie secondo la disciplina della presente disposizione, sorge il problema della possibilità di operare lo scioglimento del cumulo e quindi di considerare come pena espiata per prima quella relativa al delitto ostativo. Mentre la giurisprudenza dei primi anni di vigenza di questa disciplina negava tale possibilità, almeno nel caso di cumulo di pene riguardanti delitti unificati per la continuazione, oggi la dottrina e tutte le giurisdizioni concordano che qualora il cumulo delle pene, che in linea di principio è un istituto a favore del condannato o dell'internato, debba tradursi in un danno nei suoi confronti, è consentito scioglierlo, così da riferire l'espiazione della pena in primo luogo alle condanne ostative all'accesso alle misure penitenziarie, affinché l'ammissione a tali istituti, venuta meno tale condizione ostativa, possa seguire le regole ordinarie. In tal senso, sono intervenute sia la Corte costituzionale, che con sentenza interpretativa di rigetto ha risolto il conflitto che si era manifestato nella giurisprudenza di legittimità nel senso che "la contraria opinione collega invece il permanere della pericolosità soggettiva al dato contingente del titolo esecutivo in atto; con la conseguenza che, per circostanze meramente casuali (dipendenti ad esempio dal sopravvenire di nuovi titoli detentivi nel corso dell'esecuzione della pena per precedenti condanne), verrebbe ad atteggiarsi in modo differente il regime dei presupposti per l'applicazione delle misure alternative. Una tale conseguenza configurerebbe, sotto il profilo della irragionevole discriminazione di situazioni tra

loro assimilabili, la lesione dell'art. 3 della Costituzione" (sent. 361/1994, *Cons. dir.*, pt. 3), sia la Corte di Cassazione, che con provvedimento a sezioni unite ha confermato l'orientamento che si è stabilizzato (sez. un., sent. 5 ottobre 1999).

2. I benefici penitenziari per i collaboratori di giustizia

(*V. art. 16-nonies d.l. 8/1991, conv. con modd. da l. 82/1991*)

2.1. I lineamenti

I benefici penitenziari per i collaboratori di giustizia consistono in speciali previsioni, in deroga alle vigenti disposizioni, su accesso, applicazione, modifica e revoca del lavoro all'esterno, dei permessi premio, della detenzione domiciliare, della semilibertà e della liberazione condizionale, nei confronti di condannati che, anche dopo la condanna, abbiano prestato talune delle condotte di collaborazione che consentono la concessione delle circostanze attenuanti previste dal codice penale o da disposizioni speciali (*v. art. 16-nonies d.l. 8/1991, conv. con modd. da l. 82/1991*).

Questa disciplina è sostanzialmente connessa a quella sul divieto di concessione dei benefici e di accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti di cui all'art. 4-*bis* e 58-*ter* o.p., nel senso che stabilisce le specifiche previsioni su applicazione, modifica e revoca delle misure penitenziarie nei confronti dei responsabili di taluni delitti di criminalità organizzata, terroristica o eversiva che in ragione delle condotte di collaborazione con la giustizia hanno superato il divieto di concessione dei benefici.

Questa regolamentazione era stata introdotta dal d.l. 306/1992, conv. con modd. dalla l. 356/1992, che all'art. 13-*ter* d.l. 8/1991, conv. con modd. da l. 82/1991 stabiliva la concedibilità del lavoro all'esterno, dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione nei confronti delle persone ammesse a speciale programma di protezione anche in deroga alle relative disposizioni in materia. Ciò significava l'inedita offerta di un eccezionale espediente per i percorsi alternativi dedicata a chi, condannato per i crimini più efferati, voglia e possa prestare una collaborazione con la giustizia che porti a risultati decisivi nella lotta alle organizzazioni criminali. Di conseguenza il pentitismo mafioso, da intendersi nei termini oggettivi e non soggettivi di condotte collaborative dal rilievo quan-

titativo e anche qualitativo per la giustizia penale, diveniva la chiave di accesso agli istituti di alternatività, peraltro in condizioni eccezionali di assoluto vantaggio rispetto ai requisiti oggettivi e soggettivi richiesti in via ordinaria, viceversa non accessibili da parte di coloro che, anche se meno pericolosi (o forse proprio per questo), non sono in grado (e non solo perché non lo vogliono) di offrire una tale collaborazione.

La disciplina attuale si è avuta con la l. 45/2001, che all'interno del d.l. 8/1991, conv. con modd. dalla l. 82/1991, tra l'altro ha abrogato l'art. 13-ter e ha aggiunto l'art. 16-*nonies*, che ha ristretto non solo il novero degli istituti giuridici interessati dalle previsioni derogatorie, ma pure l'insieme delle diverse condizioni abilitanti alle misure indicate. Di conseguenza il legislatore penitenziario appare aver mantenuto la propria offerta vantaggiosa nei confronti dei criminali collaborativi, pur riducendone il suo valore premiale nel contesto della differenziazione trattamentale.

2.2. *I requisiti e le valutazioni*

Nei confronti delle persone condannate per un delitto commesso per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale o per uno dei delitti di cui all'art. 51, c. 3-*bis*, c.p.p., che abbiano prestato, anche dopo la condanna, taluna delle condotte di collaborazione che consentono la concessione delle circostanze attenuanti previste dal codice penale o da disposizioni speciali, la liberazione condizionale, la concessione dei permessi premio e l'ammissione alla misura della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-ter, o.p., sono disposte su proposta ovvero sentito il procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo (v. art. 16-*nonies*, c. 1, d.l. 8/1991, conv. con modd. da l. 82/1991). Nella proposta o nel parere il procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo fornisce ogni utile informazione sulle caratteristiche della collaborazione prestata. Su richiesta del tribunale o del magistrato di sorveglianza, allega alla proposta o al parere copia del verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione e, se si tratta di persona sottoposta a speciali misure di protezione, il relativo provvedimento di applicazione (v. art. 16-*nonies*, c. 2, d.l. 8/1991, conv. con modd. da l. 82/1991). La proposta o il parere indicati contengono inoltre la valutazione della condotta e della pericolosità sociale del condannato e precisano in specie se questi si è mai rifiutato di sottoporsi a interrogatorio o a esame o ad altro atto di indagine nel corso dei procedimenti penali in cui ha prestato la sua collaborazione. Precisano inoltre gli altri elementi rilevanti ai fini dell'ac-

certamento del ravvedimento anche con riferimento alla attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva (v. art. 16-*nonies*, c. 3, d.l. 8/1991, conv. con modd. da l. 82/1991).

Acquisiti la proposta o il parere indicati, il tribunale o il magistrato di sorveglianza, se ritiene che sussistano i presupposti di cui al c. 1, avuto riguardo all'importanza della collaborazione e sempre che sussista il ravvedimento e non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva, adotta il provvedimento indicato nel c. 1 anche in deroga alle vigenti disposizioni, ivi comprese quelle relative ai limiti di pena di cui agli artt. 176 c.p., 30-*ter* e 47-*ter* o.p. Il provvedimento è specificamente motivato nei casi in cui le autorità indicate nel c. 2 del presente articolo hanno espresso parere sfavorevole. I provvedimenti che derogano ai limiti di pena possono essere adottati soltanto se, entro il termine prescritto dall'art. 16-*quater* è stato redatto il verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione previsto dal medesimo articolo e, salvo che non si tratti di permesso premio, soltanto dopo la espiazione di almeno un quarto della pena inflitta ovvero, se si tratta di condannato all'ergastolo, dopo l'espiazione di almeno dieci anni di pena (v. art. 16-*nonies*, c. 4, d.l. 8/1991, conv. con modd. da l. 82/1991). Se la collaborazione prestata dopo la condanna riguarda fatti diversi da quelli per i quali è intervenuta la condanna stessa, i benefici di cui al c. 1 possono essere concessi in deroga alle disposizioni vigenti solo dopo l'emissione della sentenza di primo grado concernente i fatti oggetto della collaborazione che ne confermi i requisiti di cui all'art. 9, c. 3 (v. art. 16-*nonies*, c. 5, d.l. 8/1991, conv. con modd. da l. 82/1991). Le modalità di attuazione dei provvedimenti indicati nel c. 4 sono stabilite sentiti gli organi che provvedono alla tutela o alla protezione dei soggetti interessati e possono essere tali organi a provvedere alle notifiche, alle comunicazioni e alla esecuzione delle disposizioni del tribunale o del magistrato di sorveglianza (v. art. 16-*nonies*, c. 6, d.l. 8/1991, conv. con modd. da l. 82/1991).

A proposito dei *destinatari*, le persone condannate che vengono considerate dalla speciale regolamentazione, non corrispondenti ma riconducibili a quelle previste per i divieti ostativi sulla criminalità organizzata (v. art. 4-*bis*, c. 1, 1-*ter*, 1-*quater* e 1-*quinqies*, o.p.), sono coloro che hanno commesso un delitto per finalità di terrorismo o di eversione ovvero di associazione per delinquere diretta a commettere taluno dei delitti di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù, tratta di persone o acquisto e alienazione di schiavi, immigrazione

clandestina, o taluno dei delitti di prostituzione minorile, pornografia minorile, detenzione di materiale pornografico, pornografia virtuale, iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, violenza sessuale e violenza sessuale di gruppo quando i fatti sono commessi in danno di un minore di anni diciotto, atti sessuali con minorenne, corruzione di minorenne, adescamento di minorenni, o dei delitti di contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi ovvero di brevetti, modelli e disegni, di introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi, di sequestro di persona a scopo di estorsione, di associazioni di tipo mafioso anche straniere, delitti commessi avvalendosi delle condizioni ivi previste o al fine di agevolare l'attività di tali associazioni, nonché delitti di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi esteri lavorati e di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti. Tali condannati devono aver prestato, anche dopo la condanna, taluna delle condotte di collaborazione, che consentono la concessione delle circostanze attenuanti previste dal codice penale o da disposizioni speciali, non coincidenti ma riferibili a quelle stabilite per i presupposti applicativi delle misure penitenziarie (v. art. 58-ter, c. 1, o.p.).

In merito ai *benefici*, le misure penitenziarie che risultano interessate dalla disciplina derogatoria sono i permessi premio, la detenzione domiciliare e la liberazione condizionale.

Con riferimento ai *requisiti*, a livello oggettivo anzitutto non solo non valgono gli inasprimenti stabiliti per il lavoro all'esterno, i permessi premio, la semilibertà e la liberazione condizionale (v. artt. 58-ter, c. 1, o.p. e 2, c. 3, d.l. 152/1991, conv. con modd. da l. 203/1991), ma anzi per effetto delle deroghe ammesse i permessi premio possono essere concessi da subito, senza necessità che sia espiata almeno metà della pena e comunque non oltre dieci anni per la reclusione, ovvero almeno dieci anni per l'ergastolo (v. art. 30-ter, c. 4, lett. c e d., o.p.), mentre invece la detenzione domiciliare e la liberazione condizionale possono venire applicate solo dopo l'espiazione di almeno un quarto della pena inflitta, ovvero di almeno dieci anni di pena se si tratta dell'ergastolo, al posto che nel caso della liberazione condizionale dopo aver scontato almeno due terzi della pena temporanea (v. art. 2, c. 2, d.l. 152/1991, conv. con modd. da l. 203/1991). Sul piano oggettivo, ancora, si richiede che per tutti gli istituti giuridici indicati non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva in capo ai condanna-

ti collaboratori. In campo soggettivo, infine, sempre con riguardo a ciascuna di tali misure penitenziarie, si stabilisce tra l'altro che la proposta o il parere dei procuratori generali o del procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo devono precisare ogni elemento rilevante ai fini dell'accertamento del ravvedimento, anche con riferimento all'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva.

2.3. La modifica e la revoca

La modifica o la revoca dei provvedimenti è disposta d'ufficio ovvero su proposta o parere delle autorità indicate nel c. 2 del presente decreto. Nei casi di urgenza, il magistrato di sorveglianza può disporre con decreto motivato la sospensione cautelativa dei provvedimenti. La sospensione cessa di avere efficacia se, trattandosi di provvedimento di competenza del tribunale di sorveglianza, questo non interviene entro sessanta giorni dalla ricezione degli atti. Ai fini della modifica, della revoca o della sospensione cautelativa dei provvedimenti assumono specifico rilievo quelle condotte tenute dal soggetto interessato che, a norma degli artt. 13-*quater* e 16-*septies*, possono comportare la modifica o la revoca delle speciali misure di protezione ovvero la revisione delle sentenze che hanno concesso taluna delle attenuanti in materia di collaborazione (v. art. 16-*nonies*, c. 7, d.l. 8/1991, conv. con modd. da l. 82/1991).

Quando i provvedimenti di liberazione condizionale, di assegnazione al lavoro all'esterno, di concessione dei permessi premio e di ammissione a taluna delle misure alternative alla detenzione previste dal titolo I, capo VI, o.p., sono adottati nei confronti di persona sottoposta a speciali misure di protezione, la competenza appartiene al tribunale o al magistrato di sorveglianza del luogo in cui la persona medesima ha eletto il domicilio a norma dell'art. 12, c. 3-*bis*, del presente decreto (v. art. 16-*nonies*, c. 8, d.l. 8/1991, conv. con modd. da l. 82/1991).

Le disposizioni del presente articolo si applicano in quanto compatibili anche nei confronti delle persone condannate per uno dei delitti contro la personalità individuale previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, c.p. che abbiano prestato, anche dopo la condanna, condotte di collaborazione aventi i requisiti previsti dall'art. 9, c. 3, del presente decreto (v. art. 16-*nonies*, c. 8-*bis*, d.l. 8/1991, conv. con modd. da l. 82/1991).

3. La sospensione delle regole e degli istituti di trattamento

(V. artt. 41-bis, c. 2/2-septies, o.p. e 391-bis c.p.)

3.1. I lineamenti

La *sospensione delle regole e degli istituti di trattamento* consiste nel regime individuale restrittivo in tutto o in parte dell'applicazione delle regole e degli istituti previsti dall'ordinamento penitenziario, che possano porsi in contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza, nei confronti dei detenuti e degli internati per taluni delitti, per impedire i collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva (v. art. 41-bis, c. 2, o.p.).

Questa regolamentazione dispone uno speciale regime di restrizione delle regole trattamentali e degli istituti giuridici dell'ordinamento penitenziario, allo scopo della neutralizzazione degli accertati collegamenti con la criminalità organizzata di detenuti e internati per taluni delitti. Rispetto all'introduzione nel 1991 dell'art. 4-bis o.p. quale norma di sbarramento alle misure esterne, l'inserimento nel 1992 della seconda parte dell'art. 41-bis o.p. ha riproposto il carcere di "massima sicurezza" in forma di "carcere duro", come norma di chiusura delle regole interne, per neutralizzare in fase esecutiva la pericolosità criminale che deriva dal titolo dei delitti commessi e dall'attualità dei collegamenti associativi. Mentre la disciplina di cui all'art. 4-bis o.p. costituisce l'ostacolo alla fruizione delle misure alternative e degli istituti trattamentali di natura extramuraria, in capo a taluni detenuti e internati in ragione della pericolosità criminale, la regolamentazione di cui all'art. 41-bis, seconda parte, o.p. ne rappresenta la versione intramuraria, che per le medesime ragioni di pericolosità criminale nega agli stessi ristretti anche le regole e gli istituti del trattamento all'interno del penitenziario, peraltro mediante un provvedimento applicativo di natura amministrativa. Come le previsioni sul divieto di concessione dei benefici di cui all'art. 4-bis o.p., anche quelle sulla sospensione delle regole di trattamento di cui all'art. 41-bis, seconda parte, o.p. si presentano di notevole lunghezza e dettaglio, frutto di stratificazione e di manipolazione normativa, che rendono conto delle necessità emergenti nel contrasto legislativo, specie sulla rigidità dei contenuti e sulla durata dei provvedimenti, e dei numerosi interventi nella giurisprudenza costituzionale, soprattutto sull'attività e sull'effettività delle impugnazioni. All'interno dell'ordinamento questa re-

golamentazione è dapprima immessa come disciplina provvisoria nel 1992, viene poi prorogata per dieci anni, diventa infine stabile nel 2002. Ai due provvedimenti del 2002 e del 2009 si deve la sua più significativa riscrittura, sebbene ne abbiano mantenuto inalterate le connotazioni essenziali.

3.2. *I requisiti*

Quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, è facoltà di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del c. 1 dell'art. 4-*bis* o.p. o comunque per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza. La sospensione comporta le restrizioni necessarie per il soddisfacimento delle predette esigenze e per impedire i collegamenti con l'associazione di cui al periodo precedente (v. art. 41-*bis*, c. 2, o.p.).

A proposito dei *destinatari*, la presente disposizione, così come quella sul divieto di concessione dei benefici, riguarda espressamente “detenuti o internati”, perciò sia i condannati e gli internati in stato detentivo, che gli imputati in custodia cautelare o agli arresti domiciliari.

Con riferimento alle *misure*, la presente disciplina interessa letteralmente “l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge”. In proposito, la Corte costituzionale (sent. 349/1993) ha opportunamente statuito che “l'Amministrazione penitenziaria può adottare provvedimenti in ordine alle modalità di esecuzione della pena (*rectius*: della detenzione), che non eccedono il sacrificio della libertà personale già potenzialmente imposto al detenuto con la sentenza di condanna, e che naturalmente rimangono soggetti ai limiti e alle garanzie previsti dalla Costituzione in ordine al divieto di ogni violenza fisica e morale (art. 13, quarto comma), o di trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27, terzo comma), ed al diritto di difesa (art. 24). Ma è certamente da escludere che misure di natura sostanziale che incidono sulla qualità e quantità della pena, quali quelle che comportano un sia pur temporaneo distacco, totale o parziale, dal carcere (c.d. misure extramurali), e che perciò stesso modificano il grado di privazione della libertà personale imposto al detenuto, possano essere adottate al

di fuori dei principi della riserva di legge e della riserva di giurisdizione specificamente indicati dall'art. 13, secondo comma, della Costituzione" (*Cons. dir.*, pt. 5.1); "è questo un vero e proprio limite di competenza funzionale dell'Amministrazione, che – come si è visto – è direttamente conseguente alla natura dei poteri esercitati e costituisce un criterio generale già presente nello stesso Ordinamento penitenziario. Vi è infatti una distinzione sostanziale tra modalità di trattamento del detenuto all'interno dell'istituto penitenziario – la cui applicazione è demandata di regola all'Amministrazione, anche se sotto la vigilanza del Magistrato di sorveglianza (v. art. 69 Ordinamento Penitenziario), o con possibilità di reclamo al Tribunale di sorveglianza (v. art. 14-ter Ordinamento Penitenziario) – e misure che ammettono a forme di espiazione della pena fuori dal carcere (previste, per lo più, al Capo VI del Titolo I dell'Ordinamento Penitenziario, "Misure alternative alla detenzione": affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare, semilibertà, liberazione anticipata, licenze; ma anche l'assegnazione al lavoro esterno o i permessi premio previsti al Capo III) le quali sono sempre di competenza dell'Autorità Giudiziaria (v. artt. 21, 30, 30-ter, 69 e 70 dell'Ordinamento penitenziario) proprio perché incidono sostanzialmente sull'esecuzione della pena e, quindi, sul grado di libertà personale del detenuto" (*Cons. dir.*, pt. 5.2); "vero è che la norma in esame, certamente di non felice formulazione, sembra comprendere indistintamente nella sua amplissima enunciazione tutte le regole di trattamento e gli istituti previsti dall'Ordinamento penitenziario, ivi comprese quindi le misure alternative alla detenzione e l'assegnazione al lavoro esterno o i permessi e le licenze. Ma una simile interpretazione va esclusa non solo per le ragioni prima indicate, ma anche perché nello stesso testo della legge (e va qui presa in considerazione la legge 7 agosto 1992 n. 356, con la quale è stato aggiunto il secondo comma in esame all'art. 41-bis della legge n. 354 del 1975) allorquando il legislatore ha inteso far riferimento anche alle misure extramurali le ha sempre specificamente indicate (cfr. art. 15 della legge n. 356 cit., che modifica l'art. 4-bis della legge n. 354 cit.), mai accomunandole alle regole di trattamento previste nel testo dell'Ordinamento penitenziario" (*Cons. dir.*, pt. 5.3). Di conseguenza, nel perimetro funzionale di questa disposizione appaiono esclusivamente ricomprese le previsioni di legge di cui ai capi II ("Condizioni generali"), III ("Modalità del trattamento") e IV ("Regime penitenziario") dell'ordinamento penitenziario, che stabiliscano dei poteri di competenza di autorità amministrative, mentre le misure alternative alla detenzione e gli altri istituti del trattamento in senso proprio, di competenza della magistratura di sorveglianza, risultano astrattamente ammissibili anche ai

destinatari della presente normativa, sempre nel rispetto della disciplina sul divieto di concessione dei benefici e di tutte le altre disposizioni dedicate agli stessi interessati.

In merito alle *esigenze*, nelle intenzioni del legislatore l'adozione del regime carcerario speciale pare giustificarsi con il timore che gli affiliati alle organizzazioni criminali possano continuare a dirigere o a contribuire alle loro attività criminali da dietro le sbarre, mediante contatti e interazioni con i loro accoliti ancora in libertà. In proposito, la Corte costituzionale ha precisato che la norma in questione "è volta a far fronte a specifiche esigenze di ordine e sicurezza, essenzialmente discendenti dalla necessità di prevenire ed impedire i collegamenti fra detenuti appartenenti a organizzazioni criminali, nonché fra questi e gli appartenenti a tali organizzazioni ancora in libertà: collegamenti che potrebbero realizzarsi – come l'esperienza dimostra – attraverso l'utilizzo delle opportunità di contatti che l'ordinario regime carcerario consente e in certa misura favorisce" (sent. 376/1997, *Cons. dir.*, pt. 5).

3.3. L'applicazione, la proroga e la revoca

Il provvedimento emesso ai sensi del c. 2 dell'art. 41-*bis* o.p. è adottato con decreto motivato del Ministro della giustizia, anche su richiesta del Ministro dell'interno, sentito l'ufficio del pubblico ministero che procede alle indagini preliminari ovvero quello presso il giudice procedente e acquisita ogni altra necessaria informazione presso la Direzione nazionale antimafia, gli organi di polizia centrali e quelli specializzati nell'azione di contrasto alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva, nell'ambito delle rispettive competenze. Il provvedimento medesimo ha durata pari a quattro anni ed è prorogabile nelle stesse forme per successivi periodi, ciascuno pari a due anni.

La proroga è disposta quando risulta che la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale, terroristica o eversiva non è venuta meno, tenuto conto anche del profilo criminale e della posizione rivestita dal soggetto in seno all'associazione, della perdurante operatività del sodalizio criminale, della sopravvenienza di nuove incriminazioni non precedentemente valutate, degli esiti del trattamento penitenziario e del tenore di vita dei familiari del sottoposto. Il mero decorso del tempo non costituisce, di per sé, elemento sufficiente per escludere la capacità di mantenere i collegamenti con l'associazione o dimostrare il venir meno dell'operatività della stessa (v. art. 41-*bis*, c. 2-*bis*, o.p.).

In caso di unificazione di pene concorrenti o di concorrenza di più titoli di custodia cautelare, la sospensione può essere disposta anche quando sia stata espiata la parte di pena o di misura cautelare relativa ai delitti indicati nell'art. 4-*bis* (v. art. 41-*bis*, c. 2, o.p.).

Rispetto al *rapporto tra norme autorizzative e provvedimenti applicativi*, per la Corte costituzionale (sent. 349/1993) la norma in questione “non consente l'adozione di provvedimenti suscettibili di incidere sul grado di libertà personale del detenuto, e quindi non viola l'art. 13, primo e secondo comma, della Costituzione [...]”; così come (a parte la perplessità che può destare l'individuazione per titoli di reato dei destinatari finali dei provvedimenti, non coerente con il principio di individualizzazione della pena) deve ritenersi implicito – anche in assenza di una previsione espressa nella norma, ma sulla base dei principi generali dell'ordinamento – che i provvedimenti ministeriali debbano comunque recare una puntuale motivazione per ciascuno dei detenuti cui sono rivolti (in modo da consentire poi all'interessato un'effettiva tutela giurisdizionale), che non possano disporre trattamenti contrari al senso di umanità, e, infine, che debbano dar conto dei motivi di un'eventuale deroga al trattamento rispetto alle finalità rieducative della pena” (*Cons. dir.*, pt. 6.1); “è opportuno, infine, sottolineare che le medesime ragioni che consentono di escludere l'illegittimità costituzionale della norma in esame, delimitandone l'ambito applicativo ed integrandone il portato con il richiamo ai principi generali dell'ordinamento, conducono anche alla conclusione che taluni dei rilievi espressi dai giudici remittenti, pur se rivolti avverso la citata disposizione dell'art. 41-*bis*, non trovano la loro causa nella norma di legge bensì – come si è già visto – nel solo provvedimento ministeriale di applicazione” (*Cons. dir.*, pt. 7).

Quanto al *rapporto tra provvedimenti amministrativi e sindacati giurisdizionali*, all'origine la disciplina difettava di qualsiasi determinazione dei contenuti restrittivi e di qualunque forma di tutela giurisdizionale rispetto al provvedimento amministrativo per il regime sospensivo. La Corte costituzionale, dopo aver ricostruito che “in base a tutte le ragioni sin qui esposte, anche tali provvedimenti [di applicazione], come del resto esattamente ritengono le stesse ordinanze di rimessione, sono certamente sindacabili dal giudice ordinario, il quale, in caso di reclamo, eserciterà su di essi il medesimo controllo giurisdizionale che l'Ordinamento penitenziario gli attribuisce in via generale sull'operato dell'Amministrazione penitenziaria e sui provvedimenti comunque concernenti l'esecuzione delle pene” (sent. 349/1993, *Cons. dir.*, pt. 7), aveva definitivamente ribadito che “in breve, una

volta affermato che nei confronti dell'Amministrazione penitenziaria i detenuti restano titolari di posizioni giuridiche che per la loro stretta inerenza alla persona umana sono qualificabili come diritti soggettivi costituzionalmente garantiti, occorre conseguentemente riconoscere che la tutela giurisdizionale di dette posizioni, costituzionalmente necessaria ai sensi dell'art. 24 della Costituzione, non può che spettare al giudice dei diritti e cioè al giudice ordinario. Nell'attuale quadro normativo, pertanto, in assenza di disposizioni espresse, la competenza a sindacare la legittimità dei provvedimenti adottati dall'Amministrazione penitenziaria ai sensi dell'art. 41-*bis* deve riconoscersi a quello stesso organo giurisdizionale [il tribunale di sorveglianza] cui è demandato il controllo sull'applicazione, da parte della medesima Amministrazione, del regime di sorveglianza particolare, ai sensi dell'art. 14-*ter* dell'ordinamento penitenziario" (sent. 410/1993, *Cons. dir.*, pt. 3.5).

In seguito, la regolamentazione aveva disposto, tra l'altro, che la sospensione delle regole e degli istituti di trattamento "può comportare" le restrizioni elencate (art. 41-*bis*, c. 2-*quater*, o.p.), che il reclamo avverso l'atto di applicazione o di proroga deve decidere sulla "sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento e sulla congruità del contenuto dello stesso rispetto alle esigenze di cui al comma 2" (art. 41-*bis*, c. 2-*sexies*, o.p.) e che "se anche prima della scadenza risultano venute meno le condizioni che hanno determinato l'adozione o la proroga del provvedimento di cui al comma 2, il Ministro della giustizia procede, anche d'ufficio, alla revoca con decreto motivato" reclamabile se non accoglie l'istanza di parte (art. 41-*bis*, c. 2-*ter*, o.p.).

Allo stato, la disciplina prevede un catalogo di contenuti e un meccanismo di impugnazioni riguardo all'atto ministeriale di applicazione o di proroga del regime restrittivo, mentre non contempla più una procedura di revoca di tali atti. Sul fronte della revoca anticipata, deve ritenersi permanere in capo al Ministro competente il potere/dovere di tale atto revocatorio, in forza del principio generale di azione in autotutela che è sempre riconosciuto alla pubblica amministrazione.

La Corte costituzionale ha comunque ritenuto che "la forte riduzione della discrezionalità ministeriale nella individuazione delle misure conseguenti alla sospensione del trattamento ordinario del detenuto, con l'introduzione di un elenco di restrizioni tassativamente indicate dalla legge, ha determinato la scomparsa del riferimento testuale al controllo sulla congruità dei mezzi rispetto ai fini, ma non ha certamente eliminato il controllo di legittimità sul contenuto dell'atto, in ordine all'eventuale violazione di diritti soggettivi del detenuto. Si è ritenuto, in altre parole, che non vi fosse più necessità di una norma specifica. Resta impregiudica-

to, peraltro, il rimedio generale previsto dall'ordinamento penitenziario [all'art. 14-ter], mai abrogato e ritenuto dalla giurisprudenza di questa Corte applicabile, come prima si è ricordato, anche al regime di cui all'art. 41-bis" (sent. 190/2010, *Cons. dir.*, pt. 2.4). Di conseguenza, anche la giurisprudenza di legittimità concorda che la competenza unica nazionale del Tribunale di sorveglianza di Roma è limitata ai provvedimenti ministeriali di applicazione o di proroga o di revoca del regime detentivo speciale, quindi per la verifica dell'esistenza dei presupposti legittimanti dell'atto, mentre resta valida la competenza del tribunale o del magistrato di sorveglianza del luogo di detenzione per le questioni relative ai profili applicativi delle singole restrizioni, ovvero alla valutazione della loro incidenza sui diritti soggettivi del detenuto. Del resto, con riferimento all'inottemperanza da parte del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria e del Ministero della giustizia nei confronti della decisione di un Magistrato di sorveglianza, che aveva accolto il reclamo di un detenuto avverso un provvedimento con cui si era precluso alle persone soggette al regime speciale la possibilità di assistere a programmi televisivi trasmessi dalle emittenti Rai Sport e Rai Storia, la Consulta ha osservato che "nel caso di specie, infatti, non viene in rilievo una doglianza su aspetti generali o particolari dell'organizzazione penitenziaria, ma la lesione del diritto fondamentale all'informazione, tutelato dall'art. 21 Cost., che il giudice competente ha ritenuto ingiustificatamente compresso da un provvedimento limitativo dell'Amministrazione penitenziaria. L'estensione e la portata dei diritti dei detenuti può infatti subire restrizioni di vario genere unicamente in vista delle esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere. In assenza di tali esigenze, la limitazione acquisterebbe unicamente un valore afflittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale, non compatibile con l'art. 27, terzo comma, Cost. Il Magistrato ha adottato la sua decisione dopo aver accertato che non ricorrevano, nella fattispecie, le ragioni giustificative delle speciali restrizioni previste dall'art. 41-bis, mirate a non consentire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento" (sent. 135/2013, *Cons. dir.*, pt. 6).

Riguardo alla *questione del cumulo di pene*, la presente regolamentazione, a differenza di quella sul divieto di concessione dei benefici, nega in modo esplicito che possa disporsi lo scioglimento in questo ambito, quindi la sospensione delle regole e degli istituti di trattamento può applicarsi anche dopo che gli interessati abbiano scontato la misura detentiva relativa ai delitti ostativi che ne rappresentano la condizione legittimante.

3.4. I contenuti

La sospensione delle regole di trattamento e degli istituti di cui al c. 2 dell'art. 4-*bis* o.p. prevede (v. art. 41-*bis*, c. 2-*quater*, o.p.):

a) l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo principalmente alla necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate;

b) la determinazione dei colloqui nel numero di uno al mese da svolgersi ad intervalli di tempo regolari ed in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti. Sono vietati i colloqui con persone diverse dai familiari e conviventi, salvo casi eccezionali determinati volta per volta dal direttore dell'istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel c. 2 dell'art. 11 o.p. I colloqui vengono sottoposti a controllo auditivo ed a registrazione, previa motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente ai sensi del medesimo c. 2 dell'art. 11 o.p.; solo per coloro che non effettuano colloqui può essere autorizzato, con provvedimento motivato del direttore dell'istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente ai sensi di quanto stabilito nel c. 2 dell'art. 11 o.p., e solo dopo i primi sei mesi di applicazione, un colloquio telefonico mensile con i familiari e conviventi della durata massima di dieci minuti sottoposto, comunque, a registrazione. I colloqui sono comunque video-registrati. Le disposizioni della presente lettera non si applicano ai colloqui con i difensori con i quali potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari;

c) la limitazione delle somme, dei beni e degli oggetti che possono essere ricevuti dall'esterno;

d) l'esclusione dalle rappresentanze dei detenuti e degli internati;

e) la sottoposizione a visto di censura della corrispondenza, salvo quella con i membri del Parlamento o con autorità europee o nazionali aventi competenza in materia di giustizia;

f) la limitazione della permanenza all'aperto, che non può svolgersi in gruppi superiori a quattro persone, ad una durata non superiore a due ore al giorno fermo restando il limite minimo di cui al c. 1 dell'art. 10 o.p. Saranno inoltre adottate tutte le necessarie misure di sicurezza, anche attraverso accorgimenti di natura logistica

sui locali di detenzione, volte a garantire che sia assicurata la assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi.

Nella *versione attuale della regolamentazione*, le restrizioni risultano non solo finalisticamente orientate alla necessità del soddisfacimento delle esigenze di ordine e di sicurezza, ma anche tassativamente predeterminate dall'elencazione delle previsioni della sospensione di regole e di istituti. In proposito, la Corte costituzionale ha specificamente parlato di “forte riduzione della discrezionalità ministeriale nella individuazione delle misure conseguenti alla sospensione del trattamento ordinario del detenuto, con l'introduzione di un elenco di restrizioni tassativamente indicate dalla legge” (sent. 190/2010, *Cons. dir.*, pt. 2.4). Di fatto, il provvedimento applicativo non presenta margini discrezionali sulle singole tipologie di misure e limitazioni che risultano prescritte (*l'an* del potere decisorio), ma ne conserva sulla residua determinazione del loro intrinseco contenuto precettivo (*il quomodo* della potestà esercitata), in particolare in merito alle misure di sicurezza interna ed esterna che devono poter prevenire contatti e interazioni con altre persone non autorizzate e alle somme e cose che possono essere ricevute dall'esterno.

Sui *colloqui col difensore*, la Corte cost., con sent. 143/2013, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 24, c. 2, Cost., dell'art. 41-*bis*, c. 2-*quater*, lett. b, ult. per., o.p., limitatamente alle parole “con i quali potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari”. Di conseguenza, le limitazioni ai colloqui che sono contemplate dalla disciplina in esame non valgono più nei confronti dei difensori.

Sullo *scambio di oggetti*, la sent. 97/2020 della Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina considerata, nella parte in cui prevede che l'adozione delle necessarie misure di sicurezza, volte a garantire che sia assicurata l'assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, si applichi allo scambiare oggetti tra detenuti inseriti nel medesimo gruppo di socialità, in quanto, in lesione dell'art. 3 Cost., non risulta né funzionale né congruo rispetto alla finalità tipica ed essenziale del provvedimento di sottoposizione del singolo ristretto al regime differenziato, consistente nell'impedire le sue comunicazioni con l'esterno, sicché non è giustificata la deroga alla regola ordinariamente valida per i detenuti comuni, che possono scambiare tra loro oggetti di modico valore, e la proibizione per i detenuti sottoposti al regime speciale finisce

per assumere un significato meramente affittivo, in violazione anche dell'art. 27, c. 3, Cost.

Sulla *cottura dei cibi*, la Corte costituzionale, con sent. 186/2018, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con gli art. 3 e 27, c. 3, Cost., dell'art. 41-bis, c. 2-quater, lett. f, o.p., limitatamente alle parole "e cuocere cibi". Ad avviso della Corte, "in definitiva, non si tratta di affermare, né per i detenuti comuni, né per quelli assegnati al regime differenziato, l'esistenza di un 'diritto fondamentale a cuocere i cibi nella propria cella' [...]: si tratta piuttosto di riconoscere che anche chi si trova ristretto secondo le modalità dell'art. 41-bis ord. penit. deve conservare la possibilità di accedere a piccoli gesti di normale quotidianità, tanto più preziosi in quanto costituenti gli ultimi residui in cui può espandersi la sua libertà individuale [...]" (*Cons. dir.*, pt. 4.5).

Fondate perplessità di ordine costituzionale sono ancora sollevate dall'*audizione e registrazione dei colloqui*, sia perché in contrasto con l'art. 15 Cost. non ne sono indicati finalità presupposti e durata, sia poiché in contrasto con l'art. 25, c. 1, Cost. ne è attribuita la competenza al magistrato di sorveglianza invece che al giudice naturale del caso, e dalla *censura della corrispondenza*, su cui la giurisprudenza costituzionale aveva esplicitamente affermato che "nulla è rinvenibile nella disposizione in esame che attribuisca al Ministro una specifica competenza in ordine alla sottoposizione a visto di controllo della corrispondenza dei detenuti, e che costituisca quindi deroga all'art. 18 dell'Ordinamento penitenziario (che, come si è visto, riserva tale potere al giudice), e, quindi, elusione della garanzia dell'inviolabilità delle comunicazioni sancita dall'art. 15 della Costituzione" (sent. 349/1993, *Cons. dir.*, pt. 6.1).

3.5. L'esecuzione

I detenuti sottoposti al regime speciale di detenzione devono essere ristretti all'interno di istituti a loro esclusivamente dedicati, collocati preferibilmente in aree insulari, ovvero comunque all'interno di sezioni speciali e logisticamente separate dal resto dell'istituto e custoditi da reparti specializzati della polizia penitenziaria (v. art. 41-bis, c. 2-quater, o.p.).

Chiunque consente a un detenuto, sottoposto alle restrizioni di cui all'art. 41-bis o.p. di comunicare con altri in elusione delle prescrizioni all'uopo imposte è punito con la reclusione da uno a quattro anni (art. 391-bis, c. 1, c.p.). Se il fatto è commesso da

un pubblico ufficiale, da un incaricato di pubblico servizio ovvero da un soggetto che esercita la professione forense si applica la pena della reclusione da due a cinque anni (v. art. 391-*bis*, c. 2, c.p.).

Sul *problema dell'uniforme esecuzione dei provvedimenti applicativi*, è recentemente intervenuta una circolare dipartimentale sull'organizzazione del regime carcerario speciale, nella cui premessa si sostiene che “il precetto normativo – com'è evidente – è funzionale ad impedire la ideazione, pianificazione e commissione di reati da parte dei detenuti e degli internati anche durante il periodo di espiazione della pena e della misura di sicurezza. Tale obiettivo viene raggiunto attraverso le prescrizioni contenute nella norma, rese operative in concreto con il provvedimento ministeriale, la cui corretta attuazione non può prescindere da una valutazione della funzione alla quale sono legate. Le prescrizioni imposte col decreto del Ministro non sono volte a punire e non devono determinare un'ulteriore afflizione, aggiuntiva alla pena già comminata, per i soggetti sottoposti al regime detentivo in esame. Le disposizioni impartite nelle pagine che seguono si prefiggono di ottenere la più puntuale funzionalità del regime e riguardano le modalità di contatto dei detenuti e degli internati sottoposti al regime tra loro e con la comunità esterna, con particolare riferimento ai colloqui con i minori; al dovere in capo al Direttore dell'istituto di rispondere entro termini ragionevoli alle istanze dei detenuti; alla limitazione delle forme invasive di controllo dei detenuti ai soli casi in cui ciò sia necessario ai fini della sicurezza; alla possibilità di tenere all'interno della camera detentiva libri ed altri oggetti utili all'attività di studio e formazione; alla possibilità di custodire effetti personali di vario genere, anche allo scopo di favorire l'affettività dei detenuti ed il loro contatto con i familiari. Il presupposto fondamentale per il rispetto di tali insiemi di diritti è quello di garantire – attraverso la fissazione di regole cogenti – l'uniformità di applicazione all'interno dei vari istituti penitenziari delle norme e delle prassi che caratterizzano la detenzione secondo i dettami imposti dall'art. 41 *bis* O.P. Le pagine che seguono, pertanto, forniranno precise linee guida per ottenere una regolamentazione omogenea dello svolgimento delle attività nelle sezioni detentive, nell'assoluto rispetto della legge e sulla base delle potestà rimesse alla competenza dell'Amministrazione Penitenziaria” (circ.Dip.Amm.penit. 2 ottobre 2017, n. 3676/6126, “Organizzazione del circuito detentivo speciale previsto dall'art. 41 *bis* O.P.”). A margine di tale implicita ammissione dell'esistenza di prassi attuative devianti, relative a modalità afflittive disfunzionali non ispirate alle finalità legislative prescritte, resta l'invito a visionare il dettaglio di tale istruttiva regolamentazione.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

Parte Prima. Pena

Capitolo I. Fenomenologia punitiva

- ACTON Harry Burrows, a cura di, *The Philosophy of Punishment – A Collection of Papers*, MacMillan, London, 1969.
- ANDENAES Johannes, *Punishment and Deterrence*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1974.
- BARATTA Alessandro, *Integrazione-prevenzione. Una «nuova» fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, n. 1, pp. 5-30.
- BARATTA Alessandro, *Principi di diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti dell'uomo come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, n. 3, pp. 443-473.
- BECCARIA Cesare, *Dei delitti e delle pene* [1764], a cura di Alberto Burgio, Feltrinelli, Milano, 2015.
- BECK Ulrich, *Risk Society – Towards a New Modernity*, Sage, London, 1992.
- BECK Ulrich, *World Risk Society*, Polity Press, Cambridge, 1999 (ed. it. *La società globale del rischio*, trad. di Floriana Pagano, Asterios, Trieste, 2001).
- BECKER Gary S., *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in *Journal of Political Economy*, 1968, vol. 76, n. 2, pp. 169-217.
- BECKER Gary S. e LANDES William M., a cura di, *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, National Bureau of Economic Research, New York, 1974.

- BENTHAM Jeremy, *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation* [1782], a cura di James H. Burns e Herbert L. A. Hart, Clarendon, Oxford, 1996.
- BERNARDI Alessandro, *Ergastolo: verso una effettiva “pluridimensionalità” della pena perpetua?*, in *Archivio giuridico*, 1984, n. 1-4, pp. 391-453.
- BERTACCINI Davide, *Una rassegna disincantata sulla disciplina sostanzialistica della “riforma” penitenziaria*, in *L’Indice penale*, Sezione Online, 2019, n. 2, pp. 38-71.
- BETTIOL Giuseppe, *Il mito della rieducazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1963, n. 3, pp. 701-713.
- BRICOLA Franco, *La discrezionalità nel diritto penale*, vol. I, *Nozione e aspetti costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1965.
- BRICOLA Franco, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XIX, 1973, pp. 7-93.
- CAPUTO Giuseppe, *Carcere senza fabbrica: povertà, lavoro forzato e welfare*, Pacini, Pisa, 2020.
- CATTANEO Mario Alessandro, *Il problema filosofico della pena*, Editrice Universitaria, Ferrara, 1978.
- CLARKE Dean H., *Justifications for Punishment*, in *Contemporary Crises*, 1982, vol. 6, n. 1, pp. 25-58.
- COHEN Stanley, *Visions of Social Control – Crime, Punishment and Classification*, Polity, Cambridge, 1985.
- COSTA Pietro, *Il progetto giuridico – Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, vol. 1, *Da Hobbes a Bentham*, Giuffrè, Milano, 1974.
- DAVIS Kenneth Culp, *Discretionary Justice – A Preliminary Inquiry*, Louisiana State University Press, Baton Rouge, 1969.
- DELLA CASA Franco e GIOSTRA Glauco, a cura di, *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Wolters Kluwer Cedam, Assago (MI), 2019.
- DOLCINI Enrico, *La commisurazione della pena – La pena detentiva*, Cedam, Padova, 1979.
- ERICSON Richard V., DOYLE Aaron e BARRY Dean, *Insurance as Governance*, University of Toronto Press, Toronto, 2003.
- EUSEBI Luciano, *La «nuova» retribuzione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, n. 3, *Sezione I. Pena retributiva e teorie preventive*, pp. 914-969, n. 4, *Sezione II. L’ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza*, pp. 1315-1357.
- EUSEBI Luciano, *La pena “in crisi” – Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Morcelliana, Brescia, 1991.
- FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELL’UNIVERSITÀ DI PADOVA, a

- cura di, *Sul problema della rieducazione del condannato*, Atti del Convegno, Bressanone, 1963, Cedam, Padova, 1964.
- FATTAH Ezzat A., *Moving to the Right: A Return to Punishment?*, in *Crime and Justice*, 1978, vol. 6, n. 2, pp. 79-92.
- FEELEY Malcom M. e SIMON Jonathan, *The New Penology – Notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Implications*, in *Criminology*, 1992, vol. 30, n. 4, pp. 449-474.
- FEELEY Malcom M. e SIMON Jonathan, *Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law*, in *The Futures of Criminology*, a cura di David Nelken, Sage, London, 1994, pp. 173-201.
- FERRAJOLI Luigi, *Diritto e ragione – Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989.
- FERRAJOLI Luigi, *Il paradigma garantista – Filosofia e critica del diritto penale*, Esi, Napoli, 2014.
- FIANDACA Giovanni, *Il 3° comma dell'art. 27*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Giuseppe Branca e Alessandro Pizzorusso, vol. *Rapporti civili – Art. 27-28*, Zanichelli, Bologna, 1991, pp. 222-345.
- FOGEL David, *We are the Living Proof – The Justice Model for Corrections*, Anderson, Cincinnati, 1975.
- FORTI Gabrio, *Tra criminologia e diritto penale. Brevi note su «cifre nere» e funzione general-preventiva della pena*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 53-73.
- FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir – Naissance de la prison*, Gallimard, Paris, 1975 (ed. it. *Sorvegliare e punire – Nascita della prigione*, tr. di Alceste Tarchetti, Einaudi, Torino, 1976).
- GARLAND David, *Punishment and Modern Society – A Study in Social Theory*, University of Chicago Press, Chicago, 1990 (ed. it. *Pena e società moderna – Uno studio di teoria sociale*, tr. di Adolfo Ceretti e Francesca Gibellini, Il Saggiatore, Milano, 1999).
- GARLAND David, *The Culture of Control – Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford University Press, Oxford, 2000 (ed. it. *La cultura del controllo – Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, tr. di Adolfo Ceretti e Francesca Gibellini, Il Saggiatore, Milano, 2004).
- GREENBERG David F., *Corrections and Punishment*, Sage, Beverly Hills-London, 1977.
- HART Herbert L. A., *Punishment and Responsibility – Essays in the Philosophy of Law*, Clarendon, Oxford, 1968 (ed. it. *Responsabilità e pena – Saggi di filosofia del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1981).

- HEGEL Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* [1821] (ed. it. *Lineamenti di filosofia del diritto*, a cura di Giuliano Marini, Laterza, Roma-Bari, 2016).
- HONDERICH Ted, *Punishment – The Supposed Justifications*, Hutchinson, London, 1969.
- JAKOBS Günther, *Schuld und Prävention*, Mohr, Tübingen, 1973.
- JOHNSTON Norman, SAVITZ Leonard e WOLFGANG Marvin E., a cura di, *The Sociology of Punishment and Correction*, Wiley, New York-London, 1962.
- LIPTON Douglas, MARTINSON Robert e WILKS Judith, *The Effectiveness of Correctional Treatment – A Survey of Treatment Evaluation Studies*, Praeger, New York, 1975.
- MARTINSON Robert, *What works?* – Questions and answers about prison reform, in *The Public Interest*, 1974, vol. 35, pp. 22-54.
- MATHIEU Vittorio, *Perché punire? Il collasso della giustizia penale*, Rusconi, Milano, 1978.
- MANCA Veronica, *Regime ostativo ai benefici penitenziari – Evoluzione del “doppio binario” e prassi applicative*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020.
- MOCCIA Sergio, *Il diritto penale tra essere e valore – Funzione della pena e sistematica teleologica*, Esi, Napoli, 1992.
- MONACO Lucio, *Prospettive dell’idea dello “scopo” nella teoria della pena*, Jovene, Napoli, 1984.
- NINO Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal – Una teoría liberal del delito*, Astrea, Buenos Aires, 1980.
- PALIERO Carlo Enrico, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, nota a Corte cost., 2-14 aprile 1980, n. 50, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1981, n. 2, pp. 725-743.
- PAPA Michele, *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura editale delle pene in Italia e negli U.S.A.*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, n. 2, pp. 726-758.
- PAVARINI Massimo, *The New Penology and Politics in Crisis: The Italian Case*, in *British Journal of Criminology*, 1994, vol. 34, Special Issue, pp. 49-61.
- PAVARINI Massimo, *Processi di ri-carcerizzazione e “nuove” teorie giustificative della pena*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2000, n. 1-3, pp. 95-126.
- PETROCELLI Biagio, *La funzione della pena*, in *Saggi di diritto penale*, Cedam, Padova, 1952, pp. 81-135.
- RESTA Eligio, *La certezza e la speranza – Saggio su diritto e violenza*, Laterza, Roma-Bari, 1992.
- ROBERT Philippe, *Gli effetti della pena per la società*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, n. 3, pp. 489-521.

- ROMANO Mario e STELLA Federico, a cura di, *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Il Mulino, Bologna, 1980.
- RONCO Mauro, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Diritto penale e processo*, 2005, n. 2, pp. 137-145.
- ROTTEMBERG Simon, a cura di, *The Economics of Crime and Punishment*, American Enterprise Institute for Public Policy Research, Washington DC, 1973.
- ROXIN Claus, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, De Gruyter, Berlin-New York, 1973.
- SIMON Jonathan, *The Emergence of a Risk Society: Insurance, Law, and the State*, in *Socialist Review*, 1987, n. 95, pp. 61-89.
- SINGER Richard G., *Just Desert – Sentencing Based on Equality and Desert*, Ballinger, Cambridge, 1979.
- SUMNER Colin, a cura di, *Censure, Politics and Criminal Justice*, Open University Press, Milton Keynes, 1990.
- VAN DEN HAAG Ernest, *Punishing Criminals – Concerning a Very Old and Painful Question*, Basic Books Inc., New York, 1975.
- VASSALLI Giuliano, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1961, n. 2, pp. 297-346.
- VON HIRSCH Andrew, *Doing Justice – The Choice of Punishment – Report of the Committee for the Study of Incarceration*, Hill and Wang, New York, 1976.
- VON LISZT Franz, *Der Zweckgedanke im Strafrecht [1882-1883]* (ed. it. *La teoria dello scopo nel diritto penale*, a cura di Alessandro Alberto Calvi, Giuffrè, Milano, 1962).

Capitolo II. Sistema penale

- ANCEL Marc, con la direzione di, *Les systèmes pénitentiaires en Europe occidentale*, La Documentation française, Paris, 1981.
- BARATTA Alessandro, *Principi di diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti dell'uomo come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, n. 3, pp. 443-473.
- BRICOLA Franco, *La discrezionalità nel diritto penale*, vol. I, *Nozione e aspetti costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1965.
- BRICOLA Franco, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XIX, 1973, pp. 7-93.
- CARACCIOLI Ivo, *I profili generali delle misure di sicurezza*, Giuffrè, Milano, 1970.
- CATTANEO Mario A., *Pena, diritto e dignità umana – Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1990.
- CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE, a cura

- di, *Le misure di prevenzione*, Atti del Convegno, Alghero, 1974, Giuffrè, Milano, 1975.
- CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE, a cura di, *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Atti del Convegno, Roma, 1974, Giuffrè, Milano, 1977.
- DELITALA Giacomo, *Sul progetto preliminare del primo libro del codice penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1950, n. 2, pp. 160-181.
- DELOGU Tullio, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1976, n. 2, pp. 369-405.
- DOLCINI Enrico, *La commisurazione della pena – La pena detentiva*, Cedam, Padova, 1979.
- DOLCINI Enrico, *Le “sanzioni sostitutive” applicate in sede di condanna – Profili interpretativi, sistematici e politico-criminali del capo III, sezione I della legge 689 del 1981*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1982, n. 4, pp. 1390-1422.
- DOLCINI Enrico, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, n. 1, pp. 55-75.
- DOLCINI Enrico, GIARDA Angelo, MUCCIARELLI Francesco, PALIERO Carlo Enrico e RIVA CRUGNOLA Elena, a cura di, *Commentario delle Modifiche al sistema penale – Legge 24 novembre 1981, n. 689*, Ipsoa, Milano, 1982.
- DOLCINI Enrico e PALIERO Carlo Enrico, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Giuffrè, Milano, 1989.
- DONINI Massimo, *Teoria del reato – Una introduzione*, Cedam, Padova, 1996.
- FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ DI PADOVA, a cura di, *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Atti del Convegno, Bressanone, 1961, Cedam, Padova, 1962.
- FENIZIA Bruno, MAGGI Vito, PAZÈ Pier Carlo, PIGNATELLI Amos e VIOLANTE Luciano, a cura di, *Sanzioni sostitutive*, in *Modifiche al sistema penale – Legge 24 novembre 1981 n. 689*, a cura di Raffaele Bertoni, Giorgio Lattanzi, Ernesto Lupo e Luciano Violante, vol. III, Giuffrè, Milano, 1982.
- FERRAJOLI Luigi, *Diritto e ragione – Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989.
- FERRAJOLI Luigi, *Il paradigma garantista – Filosofia e critica del diritto penale*, Esi, Napoli, 2014.
- FORNARI Luigi, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1993, n. 2, pp. 569-651.
- LARIZZA Silvia, *La commisurazione della pena: rassegna di dottrina e giurisprudenza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1982, n. 2, pp. 596-617.

- MONACO Lucio, *Le pene sostitutive tra sistema penale "legale" e sistema "reale". In particolare discrezionalità e prognosi giudiziaria nell'art. 58 L. 689/1981*, in *Archivio penale*, 1984, n. 2, pp. 233-282.
- MONACO Lucio e PALIERO Carlo Enrico, *Variazioni in tema di "crisi della sanzione": la diaspora del sistema commisurativo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, n. 2, pp. 421-456.
- MUSCO Enzo, *La misura di sicurezza detentiva – Profili storici e costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1978.
- MUSCO Enzo, *Misure di sicurezza*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, vol. I, 1997, pp. 762-781.
- NOBILI Massimo, *La procedura penale tra «dommatica» e sociologia: significato politico d'una vecchia polemica*, in *La Questione criminale*, 1977, n. 1, pp. 51-91.
- NUVOLONE Pietro, *Il rispetto della persona umana nella esecuzione della pena*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale – Studi*, vol. I, Cedam, Padova, 1969, pp. 295-306.
- NUVOLONE Pietro, *Il ruolo del giudice nell'applicazione della pena*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale – Studi*, vol. II, Cedam, Padova, 1969, pp. 1558-1566.
- NUVOLONE Pietro, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVI, 1976, pp. 632-665.
- PADOVANI Tullio, *L'utopia punitiva – Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Giuffrè, Milano, 1981.
- PADOVANI Tullio, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, n. 2, pp. 419-452.
- PAVARINI Massimo, *Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, n. 3, pp. 525-554.
- ROSS Alf, *Skyld, Ansvar og Straf*, Berlingske, København, 1970 (ed. it. *Colpa, responsabilità e pena*, a cura di Birgit Bendixen e Pier Luigi Lucchini, Giuffrè, Milano, 1972).
- SIRENA Pietro A., *Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in materia di sanzioni*, in *Problemi generali di diritto penale – Contributo alla riforma*, a cura di Giuliano Vassalli, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 383-416.
- TRAPANI Mario, *Le sanzioni penali sostitutive*, Cedam, Padova, 1985.
- VASSALLI Giuliano, *La pena in Italia, oggi*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, a cura di Mario Pisani, vol. I, *Pietro Nuvolone: profili in memoriam, studi di parte generale, contributi per la storia dei sistemi penali*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 617-656.

Capitolo III. Pena carceraria

- BARATTA Alessandro, *Principi di diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti dell'uomo come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, n. 3, pp. 443-473.
- CORBETTA Piergiorgio, *La ricerca sociale – Metodologia e tecniche*, II ed., Il Mulino, Bologna, 2015.
- DEAN Giovanni, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Giappichelli, Torino, 2004.
- MARGARA Alessandro, *La magistratura di sorveglianza tra un carcere da rifiutare e una riforma da attuare*, in *Il carcere dopo le riforme*, a cura di Magistratura democratica, Feltrinelli, Milano, 1979, pp. 38-103.
- MOSCONI Giuseppe, a cura di, *L'altro carcere*, Cluep, Padova, 1982.
- MOSCONI Giuseppe e PAVARINI Massimo, a cura di, *Flessibilità della pena in fase esecutiva e potere discrezionale – Sentencing penitenziario 1986-1990 – Sintesi del rapporto finale*, Centro di studi e iniziative per la riforma dello Stato, Roma, 1993.
- PAVARINI Massimo, *La criminalità punita: processi di carcerizzazione nell'Italia del XX secolo*, in *La criminalità*, a cura di Luciano Violante, *Annali della Storia d'Italia*, vol. XII, Einaudi, Torino, 1997, pp. 981-1031.
- PAVARINI Massimo, *Governare la penalità – Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, in *ius17@unibo.it*, 2013, n. 3 (fascicolo monografico).
- SCULL Andrew T., *Decarceration – Community Treatment and the Deviant – A Radical View*, Prentice Hall, New Jersey, 1977.
- SBRACCIA Alvisè, VIANELLO Francesca, *Sociologia della devianza e della criminalità*, Laterza, Roma-Bari, 2010.
- SNACKER Sonja, BEYENS Kristel e TUBEX Hilde, *Changing prison populations in Western countries: fate or policy?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1995, vol. 3, n. 1, pp. 18-53.

Parte Seconda. Penitenziario

- ANCEL Marc, con la direzione di, *Les systèmes pénitentiaires en Europe occidentale*, La Documentation française, Paris, 1981.
- BERNASCONI Alessandro, *La sicurezza penitenziaria – Prospettiva storico-sociologica e profili normativi*, Cuem, Milano, 1991.
- BRUNO Desi e BERTACCINI Davide, *I garanti (dalla parte) dei detenuti – Le istituzioni di garanzia per i privati di libertà tra riflessione internazionale ed esperienza italiana*, Bononia University Press, Bologna, 2018.
- CANEPA Mario, MERLO Sergio e MARCHESELLI Alberto, *Manuale di diritto penitenziario*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2010.
- CAPRIOLI Francesco e SCOMPARIN Laura, a cura di, *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti – Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Giappichelli, Torino, 2015.
- CONTI Carlotta, MARANDOLA Antonella e VARRASO Gianluca, a cura di, *Le nuove norme sulla giustizia penale – Liberazione anticipata, stupefacenti, traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, Cedam, Padova, 2014.
- CORSO Piermaria, *Manuale della esecuzione penitenziaria*, VI ed., Moduzzi, Milano, 2015.
- DELLA BELLA Angela, *Emergenza carceri e sistema penale – I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014*, Giappichelli, Torino, 2014.
- DELLA BELLA Angela, *Il carcere duro tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2016.
- DELLA CASA Franco, *Quarant'anni dopo la riforma del 1975 (ovvero: il continuo divenire della "questione penitenziaria")*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, n. 3, pp. 1163-1176.
- DELLA CASA Franco e GIOSTRA Glauco, a cura di, *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Wolters Kluwer Cedam, Assago (MI), 2015.
- DI GENNARO Giuseppe, BREDI Renato e LA GRECA Giuseppe, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione – Commento alla legge 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni, con riferimento al regolamento di esecuzione e alla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione*, V ed., Giuffrè, Milano, 1997.
- DIDDI Alessandro, a cura di, *L'esecuzione e il diritto penitenziario*, II ed., Pacini, Ospedaletto (PI), 2017.
- DOLCINI Emilio, *Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi, domani*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, n. 3, pp. 1667-1692.

- DOLCINI Enrico, *La “questione penitenziaria”, nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, n. 4, pp. 1655-1673.
- FASSONE Elvio, *La pena detentiva in Italia dall’800 alla riforma penitenziaria*, Il Mulino, Bologna, 1980.
- FASSONE Elvio, BASILE Tommaso e TUCCILLO Gemma, *La riforma penitenziaria – Commento teorico-pratico alla L. 663/1986*, Jovene, Napoli, 1987.
- FILIPPI Leonardo, SPANGHER Giorgio e CORTESI Maria Francesca, *Manuale di diritto penitenziario*, IV ed., Giuffrè, Milano, 2016.
- FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir – Naissance de la prison*, Gallimard, Paris, 1975 (ed. it. *Sorvegliare e punire – Nascita della prigione*, tr. di Alcesti Tarchetti, Einaudi, Torino, 1976).
- GAITO Alfredo e RANALDI Gianrico, *Esecuzione penale*, III ed., Giuffrè, Milano, 2016.
- GARLAND David, *Punishment and Welfare – A History of Penal Strategies*, Gower, Aldershot, 1985.
- GREVI Vittorio, a cura di, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Zanichelli, Bologna, 1981.
- GREVI Vittorio, a cura di, *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Zanichelli, Bologna, 1982.
- GREVI Vittorio, a cura di, *L’ordinamento penitenziario dopo la riforma – Legge 10 ottobre 1986 n. 663*, Cedam, Padova, 1988.
- GREVI Vittorio, a cura di, *L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986-1993)*, Cedam, Padova, 1994.
- GUAZZALOCA Bruno e PAVARINI Massimo, *L’esecuzione penitenziaria*, Utet, Torino, 1995.
- IGNATIEFF Michael, *A Just Measure of Pain – The Penitentiary in the Industrial Revolution 1750-1850*, MacMillan, London, 1978 (ed. it. *Le origini del penitenziario – Sistema carcerario e rivoluzione industriale inglese, 1750-1850*, tr. di Gian Paolo Garavaglia, Mondadori, Milano, 1982).
- INSOLERA Gaetano e MANES Vittorio, a cura di, *La disciplina penale degli stupefacenti*, II ed., Giuffrè, Milano, 2012.
- MARGARA Alessandro, *La magistratura di sorveglianza tra un carcere da rifiutare e una riforma da attuare*, in *Il carcere dopo le riforme*, a cura di Magistratura democratica, Feltrinelli, Milano, 1979, pp. 38-103.
- MARGARA Alessandro, *Le modifiche della legge penitenziaria: una scommessa per il carcere, una scommessa contro il carcere*, in *Questione giustizia*, 1986, n. 3, pp. 519-548.

- MELOSSI Dario e PAVARINI Massimo, *Carcere e fabbrica – Alle origini del sistema penitenziario* [1977], IV ed., Il Mulino, Bologna, 2018.
- MOSCONI Giuseppe, a cura di, *L'altro carcere*, Clup, Padova, 1982.
- NEPPI MODONA Guido, *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia*, vol. 5, t. 2, *I documenti*, a cura di Ruggiero Romano e Corrado Vivanti, Einaudi, Torino, 1973, pp. 1903-1998.
- NEPPI MODONA Guido, *Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria*, in *La Questione criminale*, 1976, n. 2, pp. 319-372.
- PAVARINI Massimo, coordinato da, *Codice commentato dell'esecuzione penale*, 3 voll., Utet, Torino, 2002.
- PRESUTTI Adonella, *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario*, Giuffrè, Milano, 1986.
- PRESUTTI Adonella, a cura di, *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Corrina, Milano, 1994.
- PRESUTTI Adonella, a cura di, *Esecuzione penale e alternative penitenziarie – L. 27 maggio 1998, n. 165*, Cedam, Padova, 1999.
- ROTHMAN David J., *The Discovery of the Asylum – Social Order and Disorder in the New Republic*, Little Brown and Co., Boston, 1971.
- RUSCHE Georg e KIRCHHEIMER Otto, *Punishment and Social Structure*, Columbia University Press, New York, 1939 (ed. it. *Pena e struttura sociale*, tr. di Dario Melossi e Massimo Pavarini, Il Mulino, Bologna, 1978).
- SANTI Consolo e PALMISANO Roberta, *Codice penitenziario commentato*, Laurus Robuffo, Roma, 2017.
- SCULL Andrew T., *Decarceration – Community Treatment and the Deviant – A Radical View*, Prentice Hall, New Jersey, 1977.
- TARELLO Giovanni, a cura di, *Idee e atteggiamenti sulla repressione penale*, Il Mulino, Bologna, 1975.
- TRAPANI Mario, *La rieducazione del condannato tra “ideologia correzionalistica” del trattamento e “garanzie” costituzionali di legalità e sicurezza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, n. 3, pp. 1693-1719.
- ZAPPA Giancarlo, MASSETTI Cesare, ZAPPA Paola e CAMBEDDA Claudio, *Codice penitenziario e della sorveglianza con la giurisprudenza e la prassi*, XVII ed., La Tribuna, Piacenza, 2016.

Finito di stampare nel mese di febbraio 2021
per i tipi di Bononia University Press

