ROMA TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI

SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE IN DIRITTO ED ECONOMIA "TULLIO ASCARELLI" / SISTEMI PUNITIVI E GARANZIE COSTITUZIONALI

SCUOLA DOTTORALE / DOTTORATO DI RICERCA IN

XXVIII°

CICLO DEL CORSO DI DOTTORATO

LE MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE: ANOMALIE DEL SISTEMA E RILIEVI CRITICI

Titolo della tesi

ALESSIA CRISTIANA SPAGNUOLO
Nome e Cognome del dottorando

firma

Prof. ENRICO MEZZETTI
Docente Guida/Tutor: Prof.

firma

Prof. MARIO TRAPANI
Coordinatore: Prof.

firma

LE MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE: ANOMALIE DEL SISTEMA E RILIEVI CRITICI

INDICE

PRESENTAZIONE DEL LAVORO.

CAPITOLO I

IL TRATTAMENTO PENITENZIARIO: GLI STRUMENTI DI REINSERIMENTO E RIEDUCAZIONE DEL DETENUTO

1. Premessa;
2. Uno sguardo ai principi costituzionali di riferimento;
3. La giurisprudenza della Corte Costituzionale in tema di finalità rieducativa della pena;
4. Giustizia emotiva e diritto penale dell'offesa;
5. Il principio di legalità ed il rilievo dei corollari di tassatività e determinatezza della norma penale anche in ambito penitenziario;
6. L'attuale assetto dell'ordinamento penitenziario. La legge n. 354 del 1975 e successive modificazioni;
7. Alcuni slanci riformistici: sicurezza sociale e alternative alla detenzione.

CAPITOLO II

LE MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE: CONDIZIONI E MODALITA' DI ACCESSO AI BENEFICI

1. Modalità di trattamento e finalità rieducativa: il permesso premio;
2. La risocializzazione del reo prima dell'espiazione della pena in istituto: l'affidamento in prova al servizio sociale;

3. La detenzione domiciliare ed i dubbi sulla sua funzione risocializzante;
4. Semilibertà e reinserimento nella società civile;
5. La riduzione della pena ad opera della liberazione anticipata;
6. La remissione del debito;
7. Liberazione condizionale e libertà vigilata;
8. Riflessioni di chiusura sull'attuale fisionomia delle misure alternative.

CAPITOLO III

PRINCIPIO RIEDUCATIVO E DIRITTO PENALE D'AUTORE. LE ANOMALIE DEL SISTEMA.

1. Premessa;
2. I reati ostativi ex art. 4-bis ord. pen. e gli illeciti sostanzialmente preclusivi all'accesso ai benefici;
   a. Prospettive di riforma
3. Il reato di ingresso irregolare nel territorio dello Stato;
   a. Gli interventi correttivi della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale;
   b. I successivi orientamenti e le occasioni mancate;
4. Il recidivo;
5. Gli interrogativi ancora aperti in ordine agli autori dei delitti in materia di violenza sessuale;
6. Il condannato per evasione e la pericolosità presunta;
   6.1 Evasione e preclusioni *de facto*;
7. Gli effetti dell'art. 4-bis sulla sospensione dell'esecuzione della pena.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

BIBLIOGRAFIA

PRESENTAZIONE DEL LAVORO

Già Cesare Beccaria, nel lontano 1764, aveva evidenziato come la legislazione rispondesse più alle ragioni delle contingenze storico-sociali che alla meditata riflessione di tecnici in ordine alle esigenze effettive della comunità, in un'ottica di sistema e lungimiranza.

Nel suo capolavoro indiscusso, infatti, esordiva con la seguente considerazione: "*Apriamo le istorie e vedremo che le leggi, che pure sono o dovrebbero essere patti di uomini liberi, non sono state per lo più che lo strumento delle passioni di alcuni pochi, o nate da una fortuita e passeggera necessità; non già dettate da un freddo esaminatore della natura umana, che in un sol punto concentrasse le azioni di una moltitudine di uomini e le considerasse in questo punto di vista: la massima felicità divisa nel maggior numero*".

Tale riflessione, che vale ancora oggi in linea generale, è ancor di più attuale in un settore delicato come quello dell'ordinamento penitenziario, sede privilegiata per l'emissione di provvedimenti legislativi a carattere emergenziale, dettati non solo dalle problematiche connesse al sovraffollamento carcerario, ma anche (e soprattutto) dalla percezione sociale della gravità di un certo fatto di reato, anch'essa del tutto contingente.

Prova ne è il fatto che il Legislatore ci ha abituato all'adozione di periodici provvedimenti in ambito penale, ora volti ad impedire l'accesso alle misure alternative, attraverso l'inasprimento delle sanzioni edittali di alcuni illeciti o l'adozione di meccanismi preclusivi all'accesso dei benefici, ora a svuotare gli istituti carcerari, anche mediante il ricorso a procedure di indulgenza, al solo fine di migliorare le condizioni di vita degli internati

Il fenomeno in questione, ricondotto alla cosiddetta *giustizia emotiva*, presenta non pochi problemi di compatibilità con i principi costituzionali di riferimento del sistema penale e, più in particolare, dell'ordinamento penitenziario.

Presta, invero, il fianco alle storture del diritto penale d'autore, ossia alla criminalizzazione di alcune categorie di delinquenti, colpevoli, nella migliore delle ipotesi, di aver realizzato specifiche fattispecie di reato che, in un dato periodo storico, generano particolare allarme sociale.

Al proposito, invero, si parla di diritto penale del nemico o di diritto penale d'autore, formule equivalenti che evocano il fatto che ciò che è punibile non è più il reato ma il reo e, nello specifico, per "quello che è" non per "quello che fa"; ciò in contrasto con un sistema improntato sul diritto penale del fatto e della colpevolezza. In tale ottica, il *leit motiv* è dato dall'appartenenza del nemico ad un gruppo identitario, al modello penale nazista del "tipo normativo di autore" (Tätertyp).

Il presupposto della colpevolezza di autore è che l'oggetto del rimprovero consiste nell'aver informato la propria vita al crimine, nell'essere piuttosto che nel commettere, mentre il fatto tipico costituisce null'altro che il sintomo di tale personalità.

Il bisogno di sicurezza sociale finisce, quindi, per giustificare la selezione dei comportamenti criminosi, e la conseguente classificazione dei nemici. Dal punto di vista operativo, si concepiscono appositi piani di sicurezza della società al fine di tutelarla dai delinquenti per principio, fondati su congegni normativi che guardano più al futuro, per neutralizzare pericoli, che non al passato, per riaffermare la vigenza della norma violata. Su questa scia si promuovono l'anticipazione della criminalizzazione a condotte lontane dalla lesione o messa in pericolo di un bene, nonché l'imposizione di pene ben lontane dall'idea della proporzionalità.

Tale impostazione si pone in palese contraddizione con il modello di diritto penale liberale che si è affermato stabilmente nel nostro ordinamento sin dal 1800, trovando compiuta teorizzazione nell'opera di Francesco Carrara, che sul tema affermava: «Il diritto di proibire certe azioni, e dichiararle delitto, si attribuisce all'autorità sociale come mezzo di mera difesa dell'ordine esterno: non per il fine del perfezionamento interno;... i pensieri, i vizi, e i peccati, quando non turbano l'ordine esterno, non possono dichiararsi delitti civili».

È una visione laica fatta propria anche dai codici del 1889 e del 1930: con l'intento di punire, invariabilmente, non la mera intenzione di delinquere, bensì fatti e solo fatti offensivi di beni giuridici individuali o collettivi.

Improntare l'incriminazione di alcuni fatti al diritto penale d'autore si pone, dunque, in palese contraddizione con i principi di necessaria offensività del fatto di reato e di colpevolezza.

La maggiore attenzione della comunità ad alcune categorie di rei o di illeciti ha comportato non solo l'introduzione di nuove fattispecie ovvero l'inasprimento delle sanzioni di quelle già esistenti, ma anche – seppur a periodi alterni - la maggiore *carcerizzazione* del sistema, attuata attraverso l'applicazione di meccanismi preclusivi all'accesso alle misure alternative alla detenzione.

Nella peggiore delle ipotesi, ad essere criminalizzato è un particolare *status* (come, ad esempio, quello di immigrato irregolarmente introdottosi nel territorio dello Stato) ovvero una qualifica di cui l'autore del reato risulta titolare, anche in assenza di condotte atte ad offendere qualsivoglia bene giuridico.

Nelle migliore, ad alcune categorie di rei viene fortemente limitato, se non del tutto precluso, l'accesso alle misure alternative, ora perché questi si sono macchiati di colpe particolarmente odiose (come in materia di reati

sessuali), tali comunque da non considerarli “meritevoli” di accedere ai benefici penitenziari, ora perché i meccanismi prescelti per valutare l’idoneità degli stessi ai fini della concessione delle misure alternative sono talmente fumosi – nella loro formulazione legislativa – da non essere suscettibili di applicazione concreta.

Col terribile paradosso secondo cui proprio coloro che sarebbero maggiormente bisognosi di un trattamento rieducativo ai fini del loro reinserimento sociale, si vedono, di fatto, negare questa chance dall’ordinamento.

Nel corso degli anni, il fenomeno in questione si è sviluppato non solo a causa dei provvedimenti legislativi emergenziali adottati per rispondere alle esigenze di sicurezza sociale, ma anche a cagione di alcuni orientamenti giurisprudenziali, di merito e di legittimità, che, hanno di fatto reso impossibile, ad alcune categorie di soggetti, l’accesso alle misure alternative alla detenzione, pur in assenza di espresse preclusioni stabilite dalla legge.

A ciò hanno contribuito, dunque, non solo la presenza di alcuni automatismi normativi in forza dei quali scatta il divieto di accesso a qualsivoglia beneficio ma anche una certa giurisprudenza, che ha creato (e continua tutt’ora a creare) vere e proprie preclusioni in tal senso.

In alcuni casi, si è assistito all’intervento correttivo da parte della Corte Costituzionale, cui è seguito un deciso *revirement* della giurisprudenza penale.

Ciò è accaduto, ad esempio, in relazione alle ipotesi di ingresso irregolare dello straniero nel nostro Stato, categoria cui è stato per lunghissimo tempo negato l’accesso a tutte le misure alternative, sulla base del presupposto per cui la condizione di irregolare non avrebbe consentito la legittima

permanenza del soggetto sul territorio nazionale nemmeno al fine di portare a termine il progetto rieducativo.

In altri casi, nulla si è mosso.

Vi sono, quindi, ad oggi, numerosi casi in cui l'accesso alle misure alternative risulta, di diritto o di fatto, precluso, in contrasto con i principi costituzionali ispiratori del sistema penale.

E' il caso degli autori dei delitti in materia di violenza sessuale, per i quali, sempre in tema di accesso ai benefici penitenziari, la legge prevede un *iter* non solo particolarmente complesso, ma anche fumoso, tale da non essere concretamente praticato.

E' il caso, ancora, del soggetto condannato per il delitto di evasione, in relazione al quale viene di fatto negato anche il beneficio della liberazione anticipata, che è del tutto scollegato dall'ottica "meritocratica", sul piano della condotta, cui soggiacciono tutte le misure alternative contemplate nella l. 354 del 1975.

Il presente lavoro si propone di individuare ed analizzare, previo approfondimento delle singole misure, come contemplate dalla menzionata legge, tali anomalie del sistema, al fine di fornire non solo un panorama del diritto vivente sul punto, ma anche di analizzare se il principio rieducativo, così come pensato dai padri Costituenti, trovi effettiva applicazione in un settore, come quello del nostro ordinamento penitenziario, che si presenta eccessivamente influenzato dal comune sentire e dalle contingenze storiche.

CAPITOLO I

IL TRATTAMENTO PENITENZIARIO: GLI STRUMENTI DI REINSERIMENTO E RIEDUCAZIONE DEL DETENUTO.

1.Premessa. 2. Uno sguardo ai principi costituzionali di riferimento. 3. La giurisprudenza della Corte Costituzionale in tema di finalità rieducativa della pena. 4. Giustizia emotiva e diritto penale dell'offesa. 5. Il rilievo dei corollari di tassatività e determinatezza della norma penale anche in ambito penitenziario. 6. L'attuale assetto dell'ordinamento penitenziario. La legge n. 354 del 1975 e successive modificazioni. 7. Alcuni slanci riformistici: sicurezza sociale e alternative alla detenzione.

1. Premessa.

Attraverso un'attenta analisi dello sviluppo della filosofia della pena, delle sue finalità e della politica criminale, è possibile notare come gli inizi del XX secolo siano stati caratterizzati da un elemento di radicale innovazione: il tendenziale superamento della concezione prevalentemente retributiva della pena e l'introduzione del principio del trattamento rieducativo e risocializzante del reo.

La pena è divenuta «pena utile», capace non tanto (o, comunque, non solo) di punire, quanto di eliminare i fattori che hanno portato alla delinquenza.

La considerazione del fatto da punire ha lasciato progressivamente spazio alla valutazione della persona da assoggettare a punizione.

L'introduzione di pratiche trattamentali all'interno degli istituti penitenziari, finalizzate ad intervenire sulla personalità del reo, così da renderla conformata alle regole del vivere sociale, e di pratiche di tipo extramurario, mediante misure di decarcerizzazione unite all'assistenza e alla

supervisione in libertà, ha segnato il rovesciamento del modello retribuzionistico[1].

Il carcere non viene più visto come luogo di segregazione ed allontanamento, bensì come punto di partenza di un processo di «rieducazione» e risocializzazione del reo. Di conseguenza, i detenuti sono diventati soggetti attivi di un trattamento rieducativo e personalizzato, tale da prepararli alla futura liberazione.

Il processo di modificazione degli atteggiamenti antisociali è stato rimesso alla partecipazione attiva e consapevole del condannato e ad istituti a premialità rieducativa[2]. Ne discende che la pena non deve più essere «fissa» ed «immutabile», ma «modulata in relazione al trattamento del condannato e all'evoluzione del trattamento»[3].

I «nuovi» sistemi penitenziari non si dirigono più verso la «punizione» del reo, né verso l'emenda in senso etico o religioso, bensì verso l'obiettivo del reinserimento sociale. Si parla di veri e propri diritti dei detenuti, primo fra tutti il diritto al trattamento rieducativo[4]. Diritto consacrato anche a livello giurisprudenziale dalla Corte di Cassazione, con la sentenza 1° Luglio 1981: «Il trattamento penitenziario costituisce, dal punto di vista giuridico, un obbligo di fare per l'amministrazione penitenziaria, cui corrisponde un diritto del detenuto che, però – e questa costituisce una delle principali

---

[1] G. PONTI, I. MERZAGORA BETSOS, *Compendio di criminologia*, Milano, 2008, 454 ss.
[2] D. MAIDECCHI, *La rieducazione del condannato tra carcere a alternative,* in *Rassegna penitenziaria e criminologica,* 2002, 96. «L'individualizzazione del trattamento è differenziazione e valorizzazione dell'individuo divenuto cardine dell'esecuzione. Il soggetto gioca sempre più un ruolo di protagonista e responsabile del proprio recupero sociale: con la sua condotta è in grado di plasmare una pena già duttile, flessibile e multiforme, così forgiata per assicurare la rieducazione, poi la prevenzione della recidiva, indi la deflazione carceraria» (100).
[3] O. LUPACCHINI, *Il crepuscolo della pena*, in *Giust. pen*., 1995, 280.
[4] L. DAGA, I *sistemi penitenziari*, in *Carcere e trattamento*, AA. VV., Milano, 1989, 26.

innovazioni rispetto all'Ordinamento penitenziario del 1931 – non è obbligato ad assoggettarsi a trattamento»[5].

Nonostante tali importati dichiarazioni di intenti, il processo di realizzazione di un sistema penitenziario efficiente ha subito negli anni numerosi contraccolpi e rallentamenti, causati non solo dai diversi eventi politici e criminosi, ma anche dall'esigenza di tutela della collettività e dalle difficoltà nell' attuazione delle riforme introdotte. Se da un lato si è cercato, prima nel 1975, poi nel 1986, di dare finalmente adempimento al mandato costituzionale, dall'altro sono sopraggiunti venti in direzione contraria, derivanti da un'aumentata efferatezza nell'azione della criminalità organizzata, le quali hanno dato vita a reazioni «neoretribuzioniste» e richieste di inasprimento generalizzato delle sanzioni[6].

2. Uno sguardo ai principi costituzionali di riferimento

La Costituzione italiana recepisce al terzo comma dell'articolo 27 il principio rieducativo della pena, recitando: «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato».

Innovativo e di segno decisamente progressista, tale principio ha dovuto vincere molte resistenze sia in sede di stesura del testo normativo, sia in sede interpretativa.

Dottrina e giurisprudenza hanno, invero, a lungo manifestato la tendenza a ridurre e vanificare la portata di tale principio costituzionale, affermando la

[5] Cass. Sez. I, 1 luglio 1981, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1981, 535. La Corte sottolinea, inoltre, come gli interventi di trattamento siano previsti dalla legge come momenti organizzati ed armonici di un programma individualizzato e finalizzato al reinserimento sociale del condannato.

natura collaterale ed eventuale della finalità rieducativa, ovvero limitandone l'applicazione all'ambito esecutivo.

La funzione rieducativa, cui alcuni esponenti della scuola positiva volevano attribuire il primato nel testo costituzionale, non era affatto condivisa dai sostenitori della funzione retributiva della pena e della prevenzione generale[7].

---

[6] P. STELLA, *Something works: realtà e prospettive del principio di rieducazione del condannato*, in *Indice penale* 1999, 132.

[7] Diverse sono le teorie che nel tempo hanno indagato intorno alla funzione della pena. Tradizionalmente esse vengono distinte in "assolute" e "relative" (sul punto, si veda F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale,* Milano 2003, 630. Come osservato dall'Autore, la correttezza di tale contrapposizione risulta priva di fondamento di fronte alla presenza di una diversa qualificazione entro la quale vengono inquadrate alcune dottrine come, ad esempio, la teoria dell'emenda, da alcuni classificata come "teoria assoluta", da altri come "relativa", nonchè. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale,*2008, 239 s.: L'A. chiarisce come, mentre per le teorie assolute la legittimità della pena non è condizionata da scopi extrapunitivi, per le teorie relative essa è invece condizionata dalla sua adeguatezza al fine perseguito). Secondo le prime la pena trova in se stessa la sua ragione e giustificazione e deve essere minacciata, applicata, eseguita necessariamente come conseguenza, corrispettivo, compensazione del male compiuto, indipendentemente dalla questione relativa alla sua possibile utilità sociale (MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena,* Milano, 1982 42). Si punirebbe *quia peccatum est,* in tanto in quanto è stato commesso un delitto, come castigo per un male inflitto. Sono assolute tutte le teorie retribuzionistiche, che concepiscono la pena come retribuzione del reato, giustificata dal suo intrinseco valore assiologico.
Le seconde, diversamente, vedono nella pena il mezzo ideale, non per reprimere, ma per prevenire la perpetrazione di ulteriori reati. La pena si giustifica in rapporto ad uno scopo: il bene della società; serve al mantenimento dell'ordine sociale ed attraverso di essa lo Stato, espressione della collettività organizzata, si difende dagli «*attacchi della delinquenza e realizza le condizioni di equilibrio fisico della società, alterate o compromesse dal delitto*» (G. BETTIOL, *Il problema penale*, Palermo 1948, 109).
Le seconde, diversamente, vedono nella pena il mezzo ideale, non per reprimere, ma per prevenire
Si definiscono relative le teorie utilitaristiche, distinte a loro volta tra dottrine della prevenzione generale, che indirizzano lo scopo preventivo alla generalità dei consociati, e dottrine della prevenzione speciale, dirette al singolo individuo. Le dottrine utilitaristiche possono distinguersi secondo un diverso criterio, riguardante la natura delle prestazioni della pena, che possono essere positive (finalizzate alla correzione del reo o al rafforzamento della fedeltà dei consociati all'ordine costituito) o negative (dirette alla eliminazione o neutralizzazione del reo, o a dissuadere i cittadini mediante l'esempio o la minaccia della pena (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale,* cit., 250 s.)
Dalle dottrine elaborate emergono diverse funzioni attribuibili alla pena: la funzione retributiva, la funzione di prevenzione generale, e la funzione di prevenzione speciale.
Secondo la teoria retributiva (c.d. assoluta), che trova tra i suoi primi e massimi esponenti Kant ed Hegel, la pena costituisce il corrispettivo per il male commesso; come definita da Grozio nel *De jure belli ac pacis (II, XX, 1,1),* essa è *malum passionis quod infligitur ob malum actionis*[7]. La punizione del reo deriva e trova fondamento nella violazione di un comando dell'ordine giuridico. Per l'impostazione retributiva la pena irrogata ai soggetti ritenuti responsabili è, anzitutto, ideale affermazione del principio etico-esistenziale che all'azione socialmente adeguata segue un ampliamento e all'azione antisociale una riduzione delle possibilità giuridiche del soggetto. La

In sede di stesura finale, il principio rieducativo fu dunque retrocesso e posposto al divieto di trattamenti disumani, venendo, quindi, ad essere recepito in modo generico e prestandosi alle più svariate e contraddittorie interpretazioni, da parte tanto della dottrina che della giurisprudenza.

E' interessante, a tale proposito, ripercorrere brevemente il dibattito svoltosi in seno alle Sottocommissioni, Commissione e Assemblea costituente per poter cogliere i riferimenti culturali ed ideologici, le tensioni e le preoccupazioni dei Costituenti, che hanno infine portato al riconoscimento costituzionale di un così importante principio[8].

Dalla lettura dei lavori preparatori non è possibile comprendere se dietro la formula contenuta nel terzo comma dell'art. 27, i Costituenti abbiano preso una posizione netta nei confronti del problema della funzione della pena.

Il 25 gennaio 1947 il comma fu presentato alla Commissione in questa formulazione: «Le pene devono tendere alla rieducazione del condannato e non possono ricorrere a trattamenti crudeli e disumani»[9]. Venne rilevato come intento della prima Sottocommissione fosse quello di non risolvere la questione della finalità della pena[10].

La precedenza accordata, nella formulazione, alla finalità rieducativa, rispetto al principio di umanizzazione delle pene, fu, però da altri subito

---

pena conseguirà ad un comportamento determinato posto in essere in violazione di una determinata norma appartenente ad un sistema precostituito all'azione del reo. Non dovrà perseguire uno scopo ma riaffermare un'idea di giustizia. Dovrà essere afflittiva, perfettamente determinata nella quantità e qualità e proporzionale al male commesso.

[8]Per i resoconti dei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente: *http://banchedati.camera.it/AssembleaCostituente/; http://www.nascitacostituzione.it*; G. FAGIOLO, *La Costituzione della Repubblica italiana,* I, Roma, 1992, 275 ss.

[9] A questa gli onorevoli Nobile e Terracini proposero di sostituire: «*Le pene [...] devono avere come fine precipuo la rieducazione del condannato allo scopo di farne un elemento utile alla società*».

[10]«*La pena ha, secondo alcuni, un fine di intimidazione; secondo altri, un fine di prevenzione; secondo altri ancora, deve avere soltanto il fine della rieducazione del colpevole. Si è voluto evitare di accettare nella Costituzione una di queste teorie, trattandosi di materia di Codice penale. Ecco perchè si è usata la parola "tendere"; perchè si è voluto dire, in un senso altamente sociale e umano, che una delle finalità della pena in tutti i casi deve essere la rieducazione del condannato*».

messa in discussione osservando che il vero scopo della pena era in realtà la difesa sociale, e che risultava difficile parlare di rieducazione per individui condannati a pene detentive di lunghissima durata; ciò dimostrava come la rieducazione fosse semplicemente uno scopo secondario, la cui realizzazione non poteva considerarsi certa[11].

Al termine della seduta non si fece votazione sulla finalità della pena; passò, dunque, la formula proposta dal Comitato di redazione[12].

Il dibattito si riaccese in sede di Assemblea costituente, il 26 marzo 1947, con l'intervento dell'Onorevole Bettiol, contrario all'inserimento nella Costituzione del principio rieducativo: *«primo perché nel campo penalistico le dottrine sono quanto mai diverse e in secondo luogo perché questo potrebbe dar luogo a pericolosi equivoci e da un lato i sostenitori dell'una corrente potrebbero trovarsi in contrasto con l'altra in sede di interpretazione».* Bettiol non intendeva, però, svilire l'importanza della finalità rieducativa e risocializzatrice, ma auspicava la necessità di un sistema carcerario tale da non ostacolare la riabilitazione dell'individuo, *«in modo che possa, secondo gli uni emendarsi, secondo gli altri essere socialmente recuperato».*

Favorevole a sopprimere la parola "rieducazione" fu anche Crispo. Secondo quest'ultimo la pena obbediva, anzitutto, a due esigenze di difesa sociale, preventiva e repressiva; accanto ad esse poteva, altresì, svolgere funzione di controspinta psichica e di emenda, ma tale finalità non poteva essere sancita costituzionalmente, *«altrimenti si potrebbe giungere ad*

---

[11]*«Si potrebbe pertanto dire: "Le pene e la loro esecuzione non possono essere lesive della dignità umana e debbono tendere alla rieducazione del condannato, in quanto possibile».*

[12]La formulazione immutata susciterà in sede di Assemblea Costituente diverse polemiche. Accordando un primato alla funzione rieducativa, infatti, essa sarà vista da alcuni Costituenti come una inammissibile concessione alla Scuola positiva, portatrice di una prevenzione speciale "rieducativa" e "risocializzante".

attribuire un fine di emenda anche alla pena di morte[13].

Posizioni contrastanti continuarono ad emergere nella seduta del 15 aprile 1947, durante la quale furono presentati numerosi emendamenti all'art. 21, futuro art. 27. Gli onorevoli Leone e Bettiol proposero di sostituire l'enunciato presentato con la formulazione: *«Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità o che ostacolino il processo di rieducazione».* Nell'illustrare l'emendamento, l'onorevole Leone espresse il convincimento che la Commissione con la formula proposta si poneva il *«secolare problema della funzione della pena»,* ma senza prendere posizione. Questa, in realtà, secondo Leone, intendeva affermare la presenza di un vero e proprio compito dello Stato di facilitare, nell'esecuzione della pena, il processo di rieducazione e recupero morale del delinquente. Allo stesso tempo, tuttavia, la formula proposta poteva dar luogo all'impressione che la Commissione avesse voluto stabilire come fine principale la rieducazione. Propose, dunque, una formula a suo avviso più idonea ad esprimere la natura collaterale della funzione rieducativa.

Aderendo alla posizione di Leone e Bettiol, altri espressero la necessità di proporre una formula semplice e generica, tale da offrire una base solida per la riforma carceraria. La pena non doveva semplicemente tendere alla rieducazione del condannato e nella esecuzione della pena si doveva avere riguardo al concetto della personalità umana.

Chiara fu la risposta del Presidente della prima Sottocommissione Tupini agli emendamenti presentati: «*Se noi siamo convinti, come chi vi parla è convinto, che la società non deve rinunciare ad ogni sforzo, ad ogni mezzo affinché colui che è caduto nelle maglie della giustizia [...], dopo la condanna, possa offrire delle possibilità di rieducazione, perché ci*

[13]*«Del resto una tale affermazione non potrebbe essere generalizzata, e sarebbe un errore e una ironia insieme, ove si pensasse al delinquente abituale o professionale o ai casi di recidiva reiterata».*

dobbiamo rinunciare? […] Sono convinto che bisogna fare ogni sforzo perché il reo possa essere rieducato, e credo che non dobbiamo rinunciare in nessun caso a questa possibilità. […] All'onorevole Bastianetto, faccio osservare che quel senso di umanità che vena il suo emendamento è già contenuto ed espresso nella formulazione del nostro articolo».

Ulteriore emendamento fu successivamente proposto dall'Onorevole Maffi, secondo il quale la pena di per sè stessa non poteva tendere alla rieducazione ma, diversamente, era l'ambiente carcerario a poter aspirare alla realizzazione di tale scopo. Propose, quindi, la seguente formula: «*L'ambiente carcerario deve essere organizzato conformemente al bisogno sociale di rieducazione del condannato*».

Sottoposto a votazione, l'emendamento Leone-Bettiol, nel pieno di rumorose polemiche, non venne approvato. Stessa sorte spettò alla proposta presentata da Maffi.

L'Assemblea costituente aderì alla fine alla formulazione proposta dalla Commissione, sebbene, in sede di coordinamento del testo finale, fu accolto l'invito a posporre la funzione rieducativa alla necessità che la pena non fosse contraria al senso di umanità. Il principio rieducativo risultò così, almeno in parte, «*annacquato in nome della neutralità dello Stato di fronte alle dispute scolastiche*»[14].

Appare evidente come il testo definitivo del terzo comma dell'art. 27 sia estraneo alla polemica tra pena retributiva e pena preventiva.

Esso porta, infatti, ad escludere tanto la natura esclusivamente retributiva della pena, quanto quella preventiva[15]. In sede di lavori preparatori si

[14]E.FASSONE, La p*ena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria,* Bologna, 1980, 74.
[15]M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione,* Torino, 2002, 4. Il quale prospetta il rischio di neutralizzare l'apertura ideologica costituita dal riferimento costituzionale alla rieducazione del condannato per effetto di una incondizionata supremazia delle esigenze di difesa sociale *«sottese all'affermazione di un generale principio di protezione dei diritti degli individui che rispettino la legalità».*

rinunciò, dunque, a dare una definizione di ciò che nella realtà pratica sarebbe dovuta essere la funzione rieducativa[16]. Compito che fu lasciato al legislatore, alla giurisprudenza e alla dottrina, e che ha dato vita ad un lungo dibattito, del quale ancora non può decretarsi la fine, essendo soggetto a continue variabili storiche, culturali e politiche.

L'affermazione a livello costituzionale di un ideale rieducativo deve essere letta alla luce dell'evoluzione del dibattito teorico sugli scopi delle sanzioni criminali, condizionato da innumerevoli fattori. Tra questi, il mutamento degli indici di criminalità ha avuto notevole peso nel dibattito dottrinale dei primi anni cinquanta. Il forte allarme sociale ha portato ad una inversione di tendenza nei confronti dell'idea rieducativa, ostacolando la valorizzazione del dettato normativo[17]. Accanto a chi, in esso, ha colto la consacrazione della prospettiva rieducativa, molti hanno denunciato una eccessiva sopravvalutazione del disposto costituzionale, tentando anche di eliminare totalmente il proposito di cui si faceva portatore. Le posizioni della dottrina dei primi anni di tale periodo sono state nettamente orientate in senso retributivo.

Definendo i lavori preparatori «incerti» e «confusi», Bettiol ha escluso che l'articolo 27 avesse carattere cogente, proprio perché non offriva un criterio sicuro circa gli orientamenti della rieducazione del condannato. In tale vuoto costituzionale, il principio rieducativo perdeva il proprio fondamento.

Il problema della rieducazione è apparso all'Autore viziato da una premessa «aprioristica»: che i condannati abbiano veramente bisogno di essere

---

[16]Così ha scritto Attilio Toscano: «*L'esito finale dei lavori preparatori consegna all'interprete la consapevolezza che, anche in occasione della discussione della pena, non si poté andare oltre la redazione di formule di compromesso che si manifestarono in disposizioni scarne, a di segnare però la direzione che il legislatore ordinario avrebbe dovuto seguire*» (in *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali,* Milano, 2012, 23*).*

[17]G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'articolo 27,* in *Commentario alla Costituzione, Rapporti civili, artt. 27-28*, a cura di G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, Bologna, 1991, 228 ss.

rieducati e reinseriti. Il reato viene spesso commesso dall'autore non per «diseducazione», bensì per semplici occasioni, ovvero per diverse ed innumerevoli cause. E così come esistono delinquenti incorreggibili, esistono anche individui che, cadendo nel reato una sola volta, sono consapevoli del male commesso. Solo una parte dei condannati, dunque, ha bisogno di essere sottoposta ad un processo di educazione o rieducazione mentre sta espiando la pena[18]. Riaffermando la funzione retributiva della pena, Bettiol ha sottolineato l'esigenza di ricercare un modello di rieducazione compatibile con il rispetto dell'autodeterminazione individuale.

Si è sostenuto, inoltre, che il mantenimento, a livello costituzionale, del carattere afflittivo della pena sia dimostrato dalla precedenza accordata al divieto di trattamenti inumani. Se, infatti, le pene devono avere un contenuto esclusivamente rieducativo, e non anche un carattere punitivo, non vi è alcuna ragione per introdurre il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità: «una funzione che sia essenzialmente rieducativa esclude da sé, per la sua stessa natura, i trattamenti contrari al senso di umanità, senza bisogno di alcuna dichiarazione esplicita»[19]. Ne discende che la funzione rieducativa rappresenta solo un limite estrinseco alla nozione stessa di pena, che rimane afflittivo-retributiva.

Anche per Grasso il senso letterale e logico del testo normativo voleva significare che, accanto ai fini tradizionali della pena, si doveva far luogo ad una tendenziale rieducazione del condannato.

---

[18]G. BETTIOL, *Sulla rieducazione del condannato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1958, n°1, 642 ss.

[19]B. PETROCELLI, *Retribuzione e difesa nel progetto di codice del 1949*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1950, n°1, 449. *«Se dunque questa redenzione morale è per sua natura un processo di trasformazione essenzialmente libero, la società non può sperare, né pretendere di farne scopo inderogabile di un istituto giuridico [...] Ed è qui il vero e genuino significato della norma dell'art.27 della Costituzione: liberare la pena di ogni inutile asprezza e guardando nel condannato l'uomo, condurlo, se possibile, alla redenzione» (La pena come emenda del reo,* in *Studi in onore di Arturo Rocco,* II, Milano, 1952, 345 s.*).*

Simile interpretazione si può trovare anche nella Relazione dell'articolo 40 del Progetto preliminare di un nuovo Codice penale del 1949, nella quale si affermava che i principi costituzionali vanno attuati in termini concreti, attribuendo alla pena la tradizionale funzione retributiva, non diminuita né compromessa da una funzione rieducativa rettamente intesa. E già nel codice penale del 1930 si trovano istituti, quali la liberazione condizionale, la sospensione condizionale della pena, il perdono giudiziale, diretti a favorire l'emenda del reo senza farne cessare le caratteristiche di castigo[20].

Il carattere puramente eventuale dello scopo rieducativo sarebbe dimostrato anche dalla scelta dell'Assemblea costituente di utilizzare il verbo «tendere» nel disposto costituzionale. La possibilità di rieducare si prospetta solo come obiettivo tendenziale, perseguibile, cioè, finché il reo sia disposto ad accettare l'offerta rieducativa.

All'impiego della locuzione «devono tendere» è stato attribuito un duplice significato: da un lato, quello di direttiva al legislatore penale affinché stabilisca un sistema di pene conforme al dettato costituzionale; dall'altro, quello di esprimere la necessità di un consenso da parte del reo, cui non può essere imposta l'adesione ad un programma di trattamento. L'art. 27 attua così un necessario bilanciamento tra il «valore di finalità collettiva della rieducazione e quello dell'autodeterminazione individuale»[21].

---

[20]P. G. GRASSO, *Appunti sulla pena nella Costituzione italiana*, in *La Giustizia penale*, 1954, 227 s.

[21]Correggendo l'interpretazione tradizionale data al disposto costituzionale, nella parte in cui sancisce che le pene debbano *tendere* alla rieducazione del condannato, la Corte Costituzionale con la sentenza 3 luglio 1990, n°313, ha affermato che «*la necessità costituzionale che la pena debba tendere a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue*» (in http://www.giurcost.org/). Con tale pronuncia la Corte ha sottoposto a revisione critica la sua precedente giurisprudenza (cfr., ad esempio, la sentenza n°12/66, richiamata più avanti nel testo), in particolare con riguardo alla tradizionale tendenza a relegare il finalismo rieducativo nella sola fase del trattamento penitenziario e a considerare finalità essenziali della pena la prevenzione generale, la retribuzione, la difesa sociale e la reintegrazione dell'ordine giuridico violato. La novità della pronuncia consiste nel pretendere che la prospettiva della rieducazione espanda la sua sfera di operatività

Diversa lettura del dettato costituzionale è stata data da Giuliano Vassalli, il quale, attribuendovi carattere imperativo, escludeva che l'idea rieducativa potesse essere relegata al campo esecutivo, come un accessorio di auspicabile ma non necessaria realizzazione. Al contrario, la finalità rieducativa doveva ispirare il giudice nella determinazione della pena, essere di impulso al legislatore e all'amministrazione nella attuazione di nuovi istituti e nella promozione di nuove iniziative. Finalizzate, quest'ultime, a realizzare l'ideale rieducativo attingendo a strumenti diversi dalla pena detentiva: un più rigoroso sistema di pene pecuniarie, la sottoposizione a un regime di libertà controllata per un tempo determinato, il lavoro obbligatorio o altre prestazioni di pubblica utilità in regime di libertà o semilibertà personale[22].

Il principio rieducativo atterrebbe, quindi, a tutti i momenti della pena: sia al legislatore, sia a gli apparati interessati alla irrogazione ed esecuzione della pena[23].

Altri hanno espresso parere contrario a tale impostazione, individuando in diversi istituti e disposizioni la dimostrazione della volontà del legislatore di conferire alla pena una finalità rieducativa nel solo stadio esecutivo: negli istituti della liberazione condizionale e della liberazione anticipata, rivolti a promuovere un atteggiamento positivo del condannato nei confronti del tentativo di risocializzazione o ad assicurare una migliore disciplina nelle carceri; nelle disposizioni dell'ordinamento penitenziario, finalizzate a contenere il processo di «spersonalizzazione» che si

---

trascendendo il momento della esecuzione, ed orientando non solo la determinazione concreta della pena ad opera del giudice, ma lo stesso legislatore nella determinazione delle tipologie sanzionatorie e delle cornici edittali, affinché siano tali da favorire già in astratto l'effetto rieducativo (G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale,* in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale,* a cura di G. VASSALLI, Napoli, 2006, 137 s.).

[22]G.VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, cit., 336 ss.

[23]G.VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione,* in *Rassegna penitenziaria e criminologica,* n°3, 1982, 470.

accompagna alla vita carceraria e a favorire i contatti con l'esterno o ad attuare un sistema di «esecuzione progressiva», affinché l'impatto con la società non risulti brusco ed improvviso[24].

Vassalli si era, al contrario, fatto portatore di una concezione «polifunzionale» della pena, secondo la quale quest'ultima, pur conservando una connotazione retributiva di fondo, assumerebbe altre sfaccettature: satisfattoria, general-preventiva e special-preventiva.

Secondo altri Autori, le diverse teorie elaborate peccano, se considerate singolarmente, di assolutezza, non riuscendo a comprendere tutti i possibili aspetti del problema criminale. Diversi caratteri delle sanzioni, come quello afflittivo ed intimidatorio, ed una serie di istituti, come la sospensione condizionale, il perdono giudiziale, il regime di semilibertà, non possono comprendersi limitando la funzione della pena a scopi esclusivamente rieducativi o solo general-preventivi e retributivi[25].

Sulla scia di tale impostazione, la dottrina prevalente ha cominciato a scegliere posizioni sincretistiche, parlando di «pluridimensionalità» e di «teoria integrata» della pena.

Il principio di rieducazione del condannato è, per autorevole dottrina, *«linfa vitale del sistema penale italiano»*, propria non solo del momento esecutivo, ma anche legislativo e giudiziario[26].

Soggetta a critiche, frutto di scetticismo, la concezione polifunzionale ha preparato comunque la strada ad una maggiore valorizzazione del principio rieducativo.

Progressivamente si è, infatti, cominciato ad andare alla ricerca della via

---

[24]E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, p 82.
[25]V. MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena,* cit., 37.
[26]G. GUARNIERI, *Attualità e prospettive della rieducazione del condannato,* in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato, Atti del II convegno di diritto penale di Bressanone,* Padova, 1964, 265.

percorribile per realizzare il più efficacemente possibile il proposito rieducativo e risocializzante. Se la pena deve tendere alla rieducazione del condannato, essa non può essere esclusivamente intesa sotto il profilo del ristabilimento dell'ordine giuridico o della mera repressione. Questi concetti, infatti contrastano con il fine di rieducazione assegnato alla pena, con una pena concepita come mezzo di riadattamento sociale.

Differenze di vedute si sono registrate in dottrina anche circa i mezzi adeguati per il raggiungimento dello scopo sancito dall'articolo 27/3.

Già Ranieri nel 1957 escludeva tra le soluzioni possibili la costruzione di nuovi stabilimenti penitenziari, organizzati sulla base del lavoro, o, semplicemente, sulla base di un trattamento più umano dei condannati. L'impiego di tali mezzi, osservava, poteva produrre anche un effetto opposto a quello desiderato, se non congiunti ad altri provvedimenti di diversa natura. Provvedimenti che permettessero di analizzare la condotta del condannato, la sua personalità e, con essa, i motivi che lo avevano portato a delinquere. Le pene, secondo l'Autore, dovevano essere adeguate, oltre che al fatto, alla personalità del suo autore, e dovevano risolversi in un trattamento conforme al condannato, «dal quale solo si può sperare che ne riesca rieducato alla vita sociale»[27].

Gli anni '60 segnarono il preludio di una nuova tendenza culturale favorevole all'idea risocializzatrice, che esercitò influenza notevole anche in campo legislativo. Con la L.1634/62 il legislatore introdusse la possibilità di applicare la liberazione condizionale anche ai reati puniti con l'ergastolo[28].

---

[27]S. RANIERI, *Il* secondo capoverso dell'art. 27 della Costituzione e *il* problema della rieducazione del condannato, in *Studi in onore di G. M. De Francesco*, volume I, Milano 1957, 566 ss.

[28]Come scritto da Vassalli, la pena dell'ergastolo ha iniziato *a reggere il confronto con il principio rieducativo* solo da quando è stata introdotta la possibilità per il condannato di essere ammesso alla liberazione condizionale (*Il dibattito sulla rieducazione,* cit. 471).

Si cominciarono a prospettare possibili direttrici di riforma del sistema sanzionatorio, che sottolinearono l'esigenza di ulteriori iniziative legislative, dirette, ad esempio, alla sostituzione delle pene detentive brevi, inadatte a favorire la rieducazione del condannato, con strumenti sanzionatori alternativi. Tali valutazioni politico-criminali furono destinate a tradursi in vere e proprie scelte legislative solo con la riforma penitenziaria del 1975.

Nonostante l'acceso dibattito degli anni sessanta, portatore della concezione «polifunzionale», che sembrò preparare la strada al riconoscimento del principio rieducativo, la giurisprudenza costituzionale tese, in questo periodo, a circoscrivere il più possibile la portata della norma in esame. Emblematica la sentenza del 4 febbraio del 1966, la quale affermava che la pena pecuniaria, ritenuta non idonea a svolgere una funzione rieducativa, fosse comunque compatibile con l'articolo 27/3 della Costituzione.

Alla pena, dunque, il legislatore, con tale disposizione, intendeva solo assegnare dei limiti, mirando ad impedire che l'afflittività superasse il punto oltre il quale si poneva in contrasto con il senso di umanità. La Corte sembrava quindi svalutare il principio rieducativo, affermando che esso, dovendo agire in concorso con le altre funzioni della pena, non poteva essere interpretato in senso esclusivo ed assoluto. La rieducazione del condannato è stata elevata al rango di precetto costituzionale, senza per questo negare l'esistenza e la legittimità della pena là dove essa non contenesse, o contesse minimamente, le condizioni idonee a realizzare tale finalità[29]. Il principio rieducativo è stato, così, degradato ad un ruolo secondario e marginale, di cui tener conto tutt'al più nella fase esecutiva.

Con gli inizi degli anni '70 l'articolo 27/3 ha cominciato progressivamente a rivestire il ruolo di criterio fondamentale di politica criminale,

[29] *Corte Cost. n°12/1966,* in http://www.giurcost.org/.

riguardando non solo lo spazio di esecuzione della pena, ma anche la stessa struttura del reato.

Già attraverso studi effettuati nella seconda metà di tale periodo, si riuscì a dimostrare come l'adozione di criteri di mera afflittività risultasse sterile e criminogena sotto il profilo della efficacia, per la presenza di alte percentuali di recidivismo[30].

La presenza di principi costituzionali, come gli articoli 2, 3 comma 1, 19 e 21, che garantiscono l'autonomia e la dignità dell'individuo, gli articoli 3 comma 2, 4 e 34, che garantiscono lo sviluppo della personalità in un'ottica di solidarietà, inducevano a ritenere che il concetto di rieducazione doveva intendersi nel significato di recupero sociale. Attraverso la realizzazione di un programma di reinserimento sociale si doveva favorire una effettiva integrazione dell'individuo, evitando indebite manipolazioni della sua personalità.

Come scritto da Mario Romano, l'articolo 27/3 pretendeva delle sanzioni che, come struttura e tipologia, prima, regolamentazione applicativa ed esecutiva, poi, non solo fossero le meno devastanti possibili, ma che lasciassero comunque *«vivere e sviluppare l'umano, consentendo e promuovendo un continuo appello alle energie di ciascuno attraverso proposte di alternative, modellato secondo un gradualismo teso al recupero della libertà e all'acquisizione delle forze morali per non abusarne in futuro».* Secondo l'Autore, la norma costituzionale non affermava che la funzione primaria della pena fosse la risocializzazione, ma imponeva al legislatore di ordinare al giudice di tener conto di essa nel

[30] S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore,* cit., 83. La presenza di principi costituzionali, quali il finalismo rieducativo, il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, il principio della personalità della responsabilità penale, della ragionevolezza, della tutela della dignità umana e della sussidiarietà della sanzione penale, impedisce l'affermazione di un sistema fondato sulla sola intimidazione. L'inflizione di una pena ispirata a criteri di mera intimidazione comporta il rischio di applicazione di una sanzione sproporzionata, tale da rendere incomprensibile il messaggio normativo ed il conseguente effetto di orientamento della legge penale. Il rispetto

procedimento di applicazione, quale criterio per una commisurazione costituzionalmente corretta della sanzione stessa[31].

I dibattiti dottrinali e giurisprudenziali hanno coinvolto anche la definizione del concetto di rieducazione. Per alcuni si tratta di «*rieducazione sociale*», volta a porre il soggetto nella condizione di rispettare le regole di *«un'ordinata convivenza»,* di adeguare la personalità del reo alle esigenze della vita sociale[32]. Secondo altri, è adeguato reinserimento in una collettività, *«concetto di relazione fra un soggetto e un modello normativo, corrispondente ai valori sottostanti una determinata legislazione»,* per cui dalla norma costituzionale doveva ricavarsi l'imperativo, indirizzato al legislatore ed anche al giudice, di assumere quale criterio finalistico l'esigenza di condurre in futuro l'agente ad una vita rispettosa della legge penale, di fornire al condannato la capacità e la volontà di operare scelte di condotta responsabili e rispettose della legge[33]. La rieducazione non si identificava, quindi, né con il pentimento né con l'emenda, ma era un concetto di relazione, che presupponeva la vita dell'uomo in società, il suo ritorno nella comunità dalla quale si era estraniato[34].

C'era chi, diversamente, aveva intravisto nel sistema penale italiano una

---

dell'uomo, anche se colpevole, è la premessa essenziale per il suo recupero sociale.

[31] M. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, cit., 164 s.

[32] B. PETROCELLI, *La pena come emenda del reo,* in *Studi in onore di Arturo Rocco,* II, cit., 345.

[33] P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 58. La rigenerazione morale costituisce un processo che si compie nella sfera più intima del soggetto e che non rientra tra gli interessi che lo Stato possa avere*: «allo Stato e alla società può e deve bastare che l'agente risarcisca il danno e non commetta ulteriori violazioni della legge penale».*

[34] P. NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali,* in *Trent'anni di diritto e procedura penale,* volume I, Padova, 1969, 682. In occasione del convegno tenutosi a Bressanone nel 1963, Nuvolone affermerà come la rieducazione debba ottenersi con trattamenti compatibili con la limitazione della libertà personale e con il rispetto della personalità umana. Mezzi di rieducazione possono essere, anzitutto, il lavoro, purché adeguato alle capacità e attitudini di ciascuno; la scuola, accompagnata dalla educazione civica e religiosa; le attività sportive, organizzate nell'ambito dello stabilimento penitenziario (*Il problema della rieducazione del condannato,* in AA.VV, *Sul problema della rieducazione del condannato, Atti del II convegno di diritto penale di*

pena orientata non solo al recupero sociale, ma anche ad una rigenerazione morale. Finalità che, tuttavia, non possono ritenersi una costante, essendo la pena predeterminata nel tempo, legata al fatto tipico commesso ed alla presenza e gravità della colpa del singolo agente. Il recupero del reo, la sua redenzione morale, la sua emenda sono termini che si equivalgono nel contenuto e che esprimono una realtà concreta. La rieducazione è morale e sociale insieme, opera di redenzione dell'individuo: «rieducare è condurre l'individuo nell'ambito della norma del vivere sociale, ponendo la coscienza di lui di fronte a tutte le responsabilità, individuali e sociali, che danno contenuto e significato alla sua esistenza di uomo libero in seno alla collettività organizzata»[35].

Escludendo che l'articolo 27/3 recepisca l'idea rieducativa in un'accezione eticizzante, altra parte della dottrina ha osservato come non fosse possibile identificare la funzione rieducativa con il recupero sociale *tout court*, in quanto ciò avrebbe portato ad una vera e propria frattura dello scopo costituzionalmente assegnato alla pena in tutti i casi in cui il destinatario della sanzione non fosse un individuo assoggettabile al reinserimento sociale, in quanto socialmente già ben inserito (si pensi, ad esempio, alla cosiddetta criminalità dei colletti bianchi, caratterizzata tipicamente dalla commissione di reati ai danni dell'economia pubblica, o altri beni collettivi come l'ambiente)[36].

Che la rieducazione sia intesa in senso emendativo o risocializzante, che vi siano aprioristiche resistenze rispetto al finalismo rieducativo, perché ritenuto un mito, o uno scopo secondario, o limitato al solo momento esecutivo, questa rimane una finalità costituzionalmente attribuita alla

---

Bressanone, cit., 353).

[35] G. ZUCCALÀ, *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo italiano,* in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato, Atti del II convegno di diritto penale di Bressanone,* cit., 62 ss.

[36] G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale,* Bologna, 2009, 655.

sanzione penale.

«Spetta alla pena», scriveva Vincenzo Scordamaglia, richiamando le parole di Mireille Delmas Marty, «restituire all'uomo la capacità umana fondamentale: quella di cittadino a cui sono attribuiti diritti civili e giuridici»[37].

Oggi, il paradigma retributivo finisce, nelle interpretazioni attuali prevalenti, per perdere il suo ruolo autonomo[38]. L'odierno equivalente dell'idea retributiva può, infatti, essere considerato il principio di proporzione, dal momento che la sua logica induce pur sempre a orientare la risposta punitiva alla gravità dell'illecito commesso[39]. In questo senso la teoria retributiva si mostra disponibile ad essere rimessa in gioco proprio entro la prospettiva della prevenzione generale; la collettività si conforma al sistema delle leggi e ne rispetta i precetti se li percepisce come "giusti" nel senso di proporzionati, mentre la minaccia di una pena eccessivamente severa o eccessivamente clemente altera nei consociati la percezione di quella corretta scala di valori che dovrebbe riflettersi nel rapporto tra i vari reati e le sanzioni corrispondenti. Inoltre, il principio di proporzionalità può essere applicato anche alla prevenzione speciale volta alla rieducazione, dal momento che un trattamento rieducativo correttamente inteso presuppone

---

[37] V. SCORDAMAGLIA, *Pena, rieducazione, perdono*, in *La Giustizia penale,* 2010, 478. *«Dall'esclusione della persona dalla società civile viene generata una bestia progressivamente più feroce, non un uomo in cammino verso la libertà; e ciò, a dispetto di qualunque progetto di reinserimento».*

[38] Il paradigma retributivo era tornato di moda, a partire dagli anni '60, soprattutto sotto la spinta delle elaborazioni di autori insigni quali Bettiol e Mathieu, con l'etichetta di neoretribuzionismo. In Mathieu rivive dichiaratamente la dottrina hegeliana della pena come giusta e simmetrica retribuzione, necessaria per cancellare il reato dal reo e dalla società e non finalizzata ad altro scopo: una pena-castigo che spetta all'uomo per il suo demerito e che ne garantisce la libertà. Egli afferma che dal momento in cui sono stati applicati nella pratica i postulati della giustizia rieducativa, essi avrebbero avuto come unico risultato quello di aver fatto approdare ad un vero e proprio «collasso della giustizia penale». L'idea della rieducazione non è respinta in toto ma può essere accettata solo come riflesso dell'afflizione e della retribuzione e, cioè, come risultato di emenda derivante dall'applicazione della pena giusta. Così si esprime MATHIEU, *Perchè punire? Il collasso della giustizia penale*, Milano, 1978, p. 175 e ss.

che il destinatario si renda consapevole del torto commesso ed avverta come giusta e proporzionata la sanzione che gli è inflitta. Solo se il reo avverte la «proporzionatezza» della sanzione, potrà accettare un processo rieducativo diretto allo sviluppo della sua capacità di apprezzare i valori protetti dall'ordinamento.

3. La giurisprudenza della Corte Costituzionale in tema di finalità rieducativa della pena.

Quanto all'orientamento giurisprudenziale di riferimento in tema di finalità rieducativa della pena, abbiamo già visto come in molte occasioni, in passato, la Corte costituzionale abbia dato un'interpretazione riduttiva del principio di rieducazione, volta ad arginarne, almeno in parte, la carica dirompente; per far ciò ha proposto una lettura "polifunzionale" della pena, dandone, nel tempo, diverse interpretazioni ed applicazioni.

Del concetto di "polifunzionalità" sono state offerte, infatti, differenti accezioni nel corso dell'evoluzione dottrinale. Come abbiamo visto precedentemente, si parla per la prima volta di concezione polifunzionale della pena negli anni sessanta del secolo scorso[40]. In questa prima fase essa viene definita eclettica o sincretistico-additiva[41]. Secondo tale posizione, che è rimasta dominante per oltre un trentennio, la pena assolve contemporaneamente alla funzione retributiva, generalpreventiva e specialpreventiva; in tale composito quadro trova spazio anche la finalità rieducativa, che viene, tuttavia, circoscritta tendenzialmente alla fase

---

[39] FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 704; FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione*, cit., p. 265; PITTARO, *Commentario breve alla Costituzione*, cit., p. 281. 31 correttamente inteso presuppone che il destinatari

[40] VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, cit., p. 308 e ss

[41] FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3*, cit., p. 332; FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, cit., p. 41.

dell'esecuzione. In questo generico eclettismo «tutte le diverse ed eterogenee funzioni assegnate alla pena vengono confusamente sommate l'una all'altra senza instaurare tra le stesse un ordine gerarchico o di priorità» conferendo così al giudice l'opportunità di «potere disporre di uno strumento concettuale flessibile e duttile, in una prospettiva strumentale al soddisfacimento di esigenze politico-criminali considerate di volta in volta prevalenti»[42].

Il modello sincretistico-additivo di pena polifunzionale è stato accolto per lungo tempo dalla giurisprudenza costituzionale. Ciò si spiega con il fatto che una simile posizione offre alla Corte un comodo alibi per privilegiare ora l'una ora l'altra finalità della pena, in un'ottica finalizzata al soddisfacimento di esigenze contingenti[43]. Un esempio di tale linea di lettura è offerto dalle sentenze, tutte di rigetto, n. 12 del 1966 (sulla pena pecuniaria)121, n. 264 del 1974 (sulla pena dell'ergastolo)122, n. 282 del 1989 (sulla liberazione condizionale)123 e n. 306 del 1993 (sui collaboratori di giustizia). In quest' ultima pronuncia viene chiaramente affermato che «tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena, da un lato quella della prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retribuzione, e, dall'altro quelle di prevenzione speciale e 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 e 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

---

[42] FIANDACA , *Scopi della pena fra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale*, cit., p. 135.

[43] FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, cit., p. 41; in maniera più specifica si può dire che, secondo gli Autori, il modello in questione fa sì che, a seconda dei casi e delle relative questioni di costituzionalità da risolvere, possa essere attribuito rilievo prioritario (come è accaduto e accade la maggior parte delle volte) al momento retributivo e generalpreventivo ovvero (ma ben più raramente) a quello rieducativo.

l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata»[44].

L'impostazione appena considerata risulta però facilmente attaccabile sia dal punto di vista teorico che sul terreno della prassi applicativa, dove si è mostrata poco funzionale[45]. Sotto il profilo teorico, la semplice somma delle diverse funzioni della pena fa sì che i difetti di ciascuna ne escano, anziché compensati, moltiplicati. Sul terreno della prassi, una eccessiva mescolanza di elementi rende difficile risolvere il problema delle antinomie degli scopi nel momento della commisurazione della pena.

L'esigenza di far fronte a questi inconvenienti, che finiscono, peraltro, per sottovalutare il rango che l'art 27 co. 3 Cost. assegna al principio rieducativo, ha indotto ad elaborare un modello teorico più evoluto di polifunzionalità, identificabile con la c.d. teoria associativo-dialettica[46]. Invece che sommare, parificandole, tutte le funzioni della pena, essa, progressivamente, attribuisce prevalenza sempre maggiore alla finalità rieducativa.

Gli ultimi quarant'anni di giurisprudenza, sono contrassegnati da una lenta, ma significativa evoluzione che, muovendo da una originaria concezione polifunzionale della pena nella prospettiva di un recepimento cauto del fine rieducativo, ha «progressivamente attinto momenti di più ampia

---

[44] Cfr. sent. Corte cost. 8 luglio 1993, n. 306, in www.cortecostituzionale.it. Altre sentenze della Corte costituzionale, più risalenti, sempre orientate in tale senso sono la n. 48 del 1962 (sulla sospensione condizionale della pena), la n. 67 del 1963 (sulle frodi nella produzione e nel commercio di prodotti agrari), la n. 124 del 1970 (sul divieto di perizia per stabilire la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato), la 179 del 1973 (sul divieto di perizia psicologica) e la n. 107 del 1980 dove è esplicitamente ribadito che «accanto alla rieducazione del condannato la pena persegue altri scopi

[45] FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3*, cit., p. 333

[46] FIANDACA, *Commento all'art. 27 co. 3*, cit., p. 333; FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, cit., p. 42.

valorizzazione di esso fino a giungere a qualificare la rieducazione del condannato come fine principale ineludibile della pena stessa»[47].

Anche se, dapprima, la funzione rieducativa viene riconosciuta come funzione essenziale della pena solo in relazione alla fase esecutiva, ben presto essa si afferma nelle sentenze della Corte costituzionale come referente essenziale anche per la fase della minaccia e della commisurazione[48]. Una importante tappa in questo percorso ermeneutico è rappresentata dalla sentenza n. 204 del 1974, riguardante l'istituto delle liberazione condizionale. In questa occasione la Corte ha affermato che tale istituto «rappresenta un particolare aspetto della fase esecutiva della pena restrittiva della libertà personale e si inserisce nel fine ultimo e risolutivo della pena stessa, quello, cioè, di tendere al recupero sociale del condannato»[49]. Partendo da questo presupposto ne deriva l'importante conseguenza che «con l'art. 27, terzo comma, della Costituzione l'istituto [della liberazione condizionale] 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»[50]. Viene così enunciato il principio per cui la rieducazione è sottratta all'ambito della mera esecuzione penale e consegnata al legislatore che dovrà fare ricorso ad ogni strumento normativo idoneo a perseguire tale fine.

---

[47] FRIGO, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, intervento nell'ambito del Convegno 'Scambio di analisi ed esperienze sul rapporto tra le nostre Costituzioni e i principi penali', Madrid-Valencia, 13-14 ottobre 2011, in www.cortecostituzionale.it/relazioni internazionali/incontri internazionali.

[48] In questo senso FRIGO, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, cit.; PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in Diritto Penale Contemporaneo, rivista online, 5 marzo 2013, www. penalecontemporaneo.it

[49] Cfr. sent. Corte cost. 27 giugno 1974, n. 204, in www. cortecostituzionale.it.

[50] FRIGO, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, cit.

Nel cammino ermeneutico che conduce alla valorizzazione della rieducazione tracciato dalla Corte costituzionale, si inserisce, con un ruolo fondamentale, la sentenza n. 364 del 1988. Tale sentenza, notissima per la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p. nella parte in cui non escludeva dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile, per la prima volta collega la colpevolezza alla finalità rieducativa. Qui si legge che «non avrebbe senso la "rieducazione" di chi, non essendo almeno "in colpa" (rispetto al fatto), non ha certo "bisogno" di essere "rieducato". Soltanto quando alla pena venisse assegnata esclusivamente una funzione deterrente (ma ciò è sicuramente da escludersi, nel nostro sistema costituzionale, data la grave strumentalizzazione che subirebbe la persona umana) potrebbe configurarsi come legittima una responsabilità penale per fatti non riconducibili (…) alla predetta colpa dell'agente, nella prevedibilità ed evitabilità dell'evento»[51].

Un ideale continuum rispetto alla sentenza n. 364/1988 è rappresentato dalla sentenza 313 del 1990. Tale sentenza è stata oggetto di grande interesse per la forte rivalutazione che essa ha operato del principio rieducativo in un frangente storico in cui era già molto diffuso il disincanto rispetto alla possibilità di metterlo in atto con successo. La decisione dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 444, co. 2, c.p.p. «nella parte in cui non prevede che, ai fini e nei limiti di cui all'art. 27 comma 3 Cost., il giudice possa valutare la congruità della pena indicata dalle parti, rigettando la richiesta in ipotesi di sfavorevole valutazione»[52]. Per usare altri termini, ha dichiarato costituzionalmente illegittima la pena "patteggiata", potendo non risultare congrua alla luce del principio della rieducazione del condannato. Una parte cospicua della motivazione, è

[51] Cfr. sent. Corte cost. 24 marzo 1988, n. 364, in www.cortecostituzionale.it.
[52] Cfr. sent. Corte cost. 2 luglio 1990, n. 313, in www.cortecostituzionale.it.

proprio dedicata al precetto costituzionale relativo alla rieducazione. Innanzitutto, vengono passati in rassegna i precedenti giurisprudenziali, per discostarsene; si rammenta che, negli anni precedenti, la Corte «aveva ritenuto che il finalismo rieducativo (…) riguardasse il trattamento penitenziario e ad esso fosse perciò limitato»; pertanto, «finalità essenziali restavano quelle tradizionali della dissuasione, della prevenzione, della difesa sociale, mentre veniva trascurato il *novum* contenuto nella solenne affermazione della finalità rieducativa (…) assunta in senso marginale o addirittura eventuale e comunque ridotta entro gli angusti limiti del trattamento penitenziario». Prosegue la Corte: «In verità, incidendo la pena sui diritti di chi vi è sottoposto, non può negarsi che, indipendentemente da una considerazione retributiva, essa abbia necessariamente anche caratteri in qualche misura afflittivi», così come scopi di difesa sociale e di prevenzione generale. Ma se la finalizzazione venisse orientata verso quei diversi caratteri, anziché al principio rieducativo, si correrebbe il rischio di sacrificare il singolo attraverso l'esemplarità della sanzione. Per questo, «la necessità costituzionale che la pena debba "tendere" a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa fino a quando in concreto si estingue. Ciò che il verbo "tendere" vuole significare è soltanto la presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione».

Con una valorizzazione assoluta del principio rieducativo, dunque, si ribadisce esplicitamente 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».

A partire dalla sentenza 313/1990, la tendenza generale della giurisprudenza costituzionale è quella di valorizzare al massimo grado la finalità di risocializzazione; tra le sentenze più recenti moltissime si pongono in questa prospettiva[53]. A titolo esemplificativo, possiamo prendere in considerazione la sentenza n. 183 del 2011, dove, riprendendo esplicitamente l'esempio fornito dalla sent. n. 313 del 1990, la Corte «richiama l'orientamento della giurisprudenza costituzionale secondo cui la finalità rieducativa rileva sia nella fase dell'esecuzione penale, sia in quella della sua previsione e della sua irrogazione, dovendosi ritenere che il terzo comma dell'art. 27 Cost. vincoli sia il legislatore, sia il giudice della cognizione, prima che il giudice della sorveglianza»[54].

Oggi, pertanto, dobbiamo constatare come, progressivamente, la giurisprudenza costituzionale, abbia seguito un percorso evolutivo improntato alla presa di distanza dall'originaria concezione polifunzionale della pena, in cui finalità retributive, di prevenzione speciale e prevenzione generale erano sostanzialmente equiparate, a favore di una esaltazione delle finalità di risocializzazione che «non può mai essere integralmente obliterata a vantaggio di altre e diverse funzioni astrattamente perseguibili»[55].

4. Giustizia emotiva e diritto penale dell'offesa.

Come è noto, tra i principi generali del diritto penale un ruolo rilevante è svolto anche dal c.d. principio di offensività[56], sintetizzato nel brocardo

---

[53]Sono moltissime le decisioni della Corte costituzionale che, a partire dal 1990 in poi, si pronunciano in questo senso; tra queste ricordiamo le decisioni nn. 306/1993, 343/1993, 422/1993, 283/1994, 341/1994, 85/1997, 445/1997, 354/2002, 257/2006, 78/2007, 322/2007, 129/2008, fino alla più recente 183/2011.

[54] Cfr. sent. Corte cost. 7 giugno 2011, n. 183, in www. cortecostituzionale. it.

[55] PUGIOTTO, *Una questio sulla pena dell'ergastolo*, cit.

[56] In generale, sul principio di offensività, si vedano in dottrina, BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX ,Torino, 1973, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 467,

latino *nullum crimen sine iniuria* e fondato sul presupposto che non possa esservi reato in assenza di una lesione del bene giuridico che la norma tende a tutelare.

Il principio di offensività è desumibile, sul piano della normazione ordinaria, dall'art. 49 comma 2 c.p. Da esso discende non soltanto l'obbligo per il legislatore di ricorrere alla sanzione penale solo quando vi sia la necessità di tutelare un bene giuridico, ma anche il dovere del giudice di verificare se la fattispecie concreta non solo corrisponda a quella astratta, ma integri, altresì, l'offesa (lesione o messa in pericolo) dell'interesse tutelato.

Il requisito dell'offesa, dunque, esprime l'esigenza che il fatto delittuoso, oltre a possedere i connotati formali tipici previsti dalla legge, si presenti anche nel caso concreto carico del significato in forza del quale è assunto come fattispecie produttiva di conseguenze giuridiche.

Pertanto, l'art. 49 c.p. impone, secondo questo orientamento, una duplice valutazione del fatto: in primo luogo, sulla sua conformità al tipo di reato; in secondo luogo, sulla sua capacità lesiva del bene o interesse protetto dalla norma.

In difetto di tali requisiti, la fattispecie verrebbe a refluire nella figura del reato impossibile, come peraltro chiarito più volte dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui ove la singola condotta sia assolutamente inidonea a porre a repentaglio i beni giuridici tutelati, viene meno la riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta[57].

L'ampio riconoscimento del canone dell'offensività da parte della giurisprudenza ordinaria è stato autorevolmente avallato, nonché stimolato,

---

VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di U. Pioletti*, 1982, NEPPI MODONA, voce *Reato impossibile*, i Dig. Pen., XI, Torino, 1996, STELLA, *La teoria del bene giuridico ed i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen*., 1973.

dalla Corte costituzionale, la quale ha ripetutamente preso posizione, negli ultimi venti anni, a favore di una considerazione a livello interpretativo del principio di offensività collegato all'art. 49 comma 2 c.p.

In particolare, il giudice delle leggi già in passato aveva evidenziato il ruolo dell'esiguità quantitativa come indice di inoffensività del fatto, rimettendo al giudice di merito l'individuazione, all'interno dei reati di pericolo astratto, della soglia minima di lesività al di sotto della quale le classi comportamentali, per la loro oggettiva tenuità, divengono inidonee ad offendere il bene o i beni tutelati.

In tempi più recenti[58], è stato ribadito che: «il principio di offensività opera su due piani, rispettivamente, della previsione normativa sotto forma di precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo e dell'applicazione giurisprudenziale (offensività in concreto), quale criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice».

E' evidente che il dibattito in tema di offensività, tanto nell'ambito della dottrina quanto in quello della giurisprudenza, abbia interessato alcune categorie specifiche di reati, che si caratterizzano per una decisa anticipazione della soglia di punibilità della condotta ovvero per l'irrilevanza della verificazione della finalità in ragione della quale l'agente si era attivato.

Tra questi, in particolare, i delitti di attentato, quelli a dolo specifico[59] e quelli di pericolo.

---

[57] Cass. Pen., n. 12210 del 2007, n. 8142 del 2006 e n. 9216 del 2005, nonché SSUU, n. 12 del 1998

[58] Corte Cost., sentenza n. 265 del 2005

[59] Con riferimento a tale categoria di illeciti, si è sostenuto che "l'effetto dell'anticipazione della soglia di punibilità nei reati a dolo specifico….è ottenuto attraverso l'indicazione espressa in fattispecie della direzione teleologicamente orientata della condotta ad una finalità, appunto, che non è necessario si verifichi affinché la figura di reato possa dirsi integrata. In tal modo si realizza una sorta di asimmetria tra componente oggettiva e soggettiva della fattispecie incriminatrice

In generale, si tratta di fattispecie che vengono introdotte dal legislatore per rispondere ad un impellente bisogno di tranquillizzare l'opinione pubblica, rassicurandola sull'efficienza e tempestività della lotta a fenomeni diversi, aventi come comune denominatore quello di suscitare notevole allarme sociale, nella prospettiva di ostentare ai consociati un attivismo repressivo che, tuttavia, sovente confligge con l'adeguatezza del rimedio proposto e con il risultato realmente ottenuto.

In sostanza, la necessità di trovare un equilibrio tra esigenze di sicurezza e garanzie difensive ha spinto il legislatore ad elaborare una serie di fattispecie penali che anticipano la soglia di punibilità rispetto all'effettiva lesione del bene giuridico protetto, come risposta preventiva al propagarsi dell'insicurezza, arretrando il baricentro del momento consumativo del reato e la distanza dal fatto rispetto alla concreta offesa.

Alimentando il fenomeno della cosiddetta *giustizia emotiva*, si finisce, però col restituire l'impressione di incriminazioni che guardino più al tipo di autore che al fatto generatore di responsabilità, poiché si introducono nell'ordinamento delle presunzioni di pericolosità prive di fondamento criminologico, per lo più basate sulla violazione di condizioni costruite in modo del tutto formale dal legislatore medesimo.

Così facendo non solo viene ignorato il canone della offensività, tanto a livello di genetica normativa che, ovviamente, di applicazione in concreto, ma viene, altresì, vanificato il principio rieducativo, atteso che il reato che venga criminalizzato per il possesso di uno status o per la violazione di requisiti formalistici difficilmente sia in condizione, una volta punito, di percepire il disvalore della propria condotta e, quindi, di aderire al trattamento rieducativo cui dovrebbe essere sottoposto in fase escutiva.

---

perché ad un certo elemento soggettivo non corrisponde la sussistenza del corrispondente elemento oggettivo ed in ciò consiste proprio l'effetto di anticipazione della soglia di punibilità di

5. Il principio di legalità ed il rilievo dei corollari di tassatività e determinatezza della norma penale anche in ambito penitenziario.

Il principio di riserva di legge in materia penale, così come quelli di tassatività, determinatezza e irretroattività della stessa sono, come noto, corollari del principio di legalità, contenuto nel citato art. 25 co. 2..

Tassatività e determinatezza, che sono spesso utilizzati come termini fungibili, attengono, in realtà a due distinte caratteristiche necessarie della norma penale: «mentre il principio di determinatezza costituisce un canone che si rivolge direttamente al legislatore nel momento della creazione delle norme penali ed in base al quale si enuclea un preciso standard di minima ed accettabile precisione nella descrizione della materia del punibile, il diverso principio di tassatività ha come terminale il giudice, il quale, nella fase applicativa, è obbligato a ricondurre il fatto storico solo alle fattispecie di reato che siano espressamente prevedute come tali dalla legge penale»[60].

Ad ogni modo, tassatività e determinatezza concorrono ad esprimere nel nostro ordinamento la medesima istanza di certezza del diritto.

Proprio in tal senso, la Corte Costituzionale tende ad utilizzare i due termini senza distinzione.

In particolare, con riferimento al principio di determinatezza, la Corte ha affermato che i due obiettivi fondamentali ad esso sottesi consistono «per un verso, nell'evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma

---

un connotato che assume le vesti di puro requisito finalistico". In tal senso, MEZZETTI, *Diritto penale, Casi e Materiali*, Bologna, 2015, 207.

[60] MEZZETTI E., *Diritto penale, Casi e materiali*, cit., 3, che richiama come approfondimento sulla questione MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale, 1. Le norme penali: fonti e*

un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito; e, per un altro verso, nel garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico-penali della propria condotta»[61].

Le disposizioni penali devono essere chiaramente formulate, e devono essere rese altresì conoscibili dai destinatari grazie ad una pubblicità adeguata (art. 73, comma 3, Cost.): i principi in esame comportano dunque, secondo la Corte, l'adempimento da parte dello Stato di precipui doveri costituzionali, attinenti, anzitutto, alla formulazione del divieto, che deve essere tale da consentire di distinguere tra la sfera del lecito e quella dell'illecito, così come insegnato dalla nota sentenza n. 364 del 1988.

Le considerazioni sin qui espresse in tema di certezza del diritto e vincoli imposti al legislatore, si pongono, peraltro, nel solco della sentenza della Corte Costituzionale n. 364 del 1988, in occasione della quale la Corte ha avuto modo di affermare la necessità che sia garantita la riconoscibilità del precetto ai suoi destinatari, così coordinando tassatività e determinatezza con un altro fondamentale principio, ossia quello di personalità della responsabilità penale *ex* art. 27 Cost[62].

Come evidenziato in tale sede dalla Corte, il principio in questione non può essere interpretato solo nel senso limitato di divieto assoluto di

---

limiti di applicabilità. Il reato; nozione, struttura e sistematica, Milano, 2001, 119, ss, 163 ss., 167 e ss.

[61] Corte Cost. sentenza n. 327 del 2008

[6262] Per un compiuto approfondimento sul principio di colpevolezza e per le diverse concezioni dello stesso sulle quali si dibatte in dottrina, si vedano BELLAVISTA, *Il problema della colpevolezza*, Palermo, 1942; BETTIOL, *Colpevolezza giuridica e colpevolezza morale*, in *Riv. It. Dir. e proc. Pen*., 1980; MAGGIORE, *Prolegomeni al principio di colpevolezza*, Palermo, 1950; MUSOTTO, *Colpevolezza, dolo e colpa*, Palermo, 1939; PETROCELLI, *La colpevolezza*, Padova, 1955; SANTAMARIA, *voce Colpevolezza*, in *Enc, dir*,, VII, Milano, 1961; VASSALLI, *voce Colpevolezza*, in *Enc, Giur*., VI, Roma, 1988; FIORELLA, *voce Responsabilità penale*, in *Enc, dir*., XXXIX, Milano, 1988, MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., ; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale*, Torino, 2008,.

responsabilità per il fatto altrui, ma deve intendersi anche nel senso di responsabilità per il fatto proprio colpevole, posto che l'applicazione della pena presuppone l'attribuibilità psicologica del singolo fatto di reato alla volontà antidoverosa del soggetto, ovvero alla prevedibilità del fatto da parte del medesimo.

In questo senso, «per permettere l'imputazione soggettiva del fatto criminoso, è necessario che gli elementi essenziali della fattispecie siano coperti da dolo o perlomeno da colpa. ...Un soggetto che agisce, infatti, senza dolo né colpa e cagiona eventi lesivi che si sottraggono al suo potere di controllo, non manifesta evidentemente quella ribellione o disinteresse ai valori di ordinamento, che giustifica la necessità di educare l'individuo al rispetto delle regole della convivenza. Non potendogli muovere alcun rimprovero, infatti, la pretesa punitiva dello Stato non avrebbe alcun senso e l'agente finirebbe col sentire la punizione come ingiusta intrusione nella sua sfera personale e ciò, anzi, potrebbe determinare in lui sentimenti di ostilità verso l'ordinamento giuridico»[63].

In questo senso, quindi, vi è una indissolubile connessione anche tra principio di personalità della responsabilità penale e finalità rieducativa della pena, ex art. 27, co. 3.

I canoni di tassatività e determinatezza della fattispecie, attraverso il principio di personalità, incidono anche sulla finalità rieducativa della pena, poiché fanno sì che il reo, prefigurandosi le conseguenze del proprio agire grazie alla chiara formulazione ed applicazione della norma, percepiscano come giusto il trattamento sanzionatorio cui vengono assoggettati e partecipino al trattamento risocializzante.

[63] MEZZETTI, *Diritto penale, Casi e Materiali*, cit., 304.

6. L'attuale assetto dell'ordinamento penitenziario. La legge n. 354 del 1975 e successive modificazioni.

L'idea della pena utile si è concretizzata in numerosi interventi normativi, attraverso i quali si è abbandonata definitivamente la logica della de-personalizzazione, propria del regolamento penitenziario del 1931, che individuava nelle sofferenze fisiche e nelle privazioni gli strumenti ideali per favorire il pentimento e la rieducazione del condannato.

In quello stesso anno, infatti, era stato approvato il «Nuovo Regolamento per gli Istituti di prevenzione e pena», che attribuiva carattere emendativo alla pena, mantenendone, nel contempo, il carattere afflittivo ed intimidatorio. Il regime disciplinare contenuto nel regolamento del '31, da un lato, considerava il lavoro, l'istruzione e la religione gli unici mezzi attraverso i quali rieducare e risanare i condannati, dall'altro, configurava il carcere come un luogo isolato dalla società, dove i reclusi erano posti in un contesto di totale emarginazione e separazione, che andava ben oltre le esigenze di sicurezza[64].

Una volta abbandonata la regolamentazione del 1931 e l'impostazione in essa contenuta, i nuovi interventi giurisprudenziali e normativi hanno rispecchiato una progressiva presa di coscienza della inefficacia di un sistema «monolitico che risponda soltanto attraverso un rigido paradigma

[64] A. ZEPPI, *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, *www.ambientediritto.it*, 2005. Nella relazione della IV commissione permanente che accompagnava il disegno di legge sul nuovo ordinamento penitenziario viene ripudiata l'impostazione «*punitiva, segregazionista e autoritaria*» del «regolamento Rocco» del 1931, a favore dell'introduzione di un sistema penitenziario conforme ai principi sanciti dall'articolo 27 della Costituzione ed al binomio trattamento-rieducazione. Umanità del trattamento, rispetto della soggettività del detenuto, individualizzazione del trattamento penitenziario, partecipazione della società esterna all'azione rieducativa, diritto all'istruzione, diritto-dovere al lavoro remunerato e socialmente assicurato, libertà di professione della propria fede religiosa, attività culturale e ricreativa, rapporti con la famiglia e con il mondo esterno, l'avvio di un principio di corresponsabilizzazione dei detenuti, sono questi gli elementi su cui si fonda la nuova normativa penitenziaria (*relazione della IV commissione permanente n°2624 A*, in *www.camera.it*).

radicato sullo strumento detentivo» e della inadeguatezza strutturale e funzionale di un apparato fondato esclusivamente sul trattamento intramurario[65].

Il dettato costituzionale contenuto nel terzo comma dell'articolo 27 ha trovato finalmente attuazione con la riforma dell'ordinamento penitenziario, introdotta con la Legge 26 luglio 1975 n.354, recante le «Norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà».

L'intervento riformistico ha contribuito al processo generale di desegregazione, introducendo misure alternative alla detenzione e riqualificando i detenuti come cittadini. Da mero destinatario-oggetto di regolamento, il detenuto è divenuto titolare di diritti relativi all'integrità fisica, ai rapporti familiari e sociali, all'integrità morale e culturale.

---

[65] D. VIGONI, *La metamorfosi della pena*, Milano, 2011, 47.
Con la sentenza 4 luglio 1974 n°204 la Corte costituzionale, in occasione di una pronuncia relativa alla liberazione condizionale, ha individuato l'esatta portata del principio rieducativo della pena, affermando, in particolare, l'esistenza di un diritto del condannato ad un esame periodico in ordine al protrarsi della pretesa punitiva, «al fine di accertare se effettivamente la quantità della pena espiata abbia o meno assolto al suo fine rieducativo» (Corte Costituzionale 4 luglio 1974 n°204, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1974, 1707 ss.).
La pronuncia ha segnato l'abbandono della originaria fisionomia della fase esecutiva penale, caratterizzata da una tendenziale stabilità e immodificabilità della sanzione irrogata: «La funzione rieducativa della pena – alla quale è difficile dare concretezza sia nel momento della previsione normativa del trattamento sanzionatorio, sia in quello della commisurazione della pena all'atto della condanna – era destinata a trovare nella fase esecutiva il momento ideale per la sua attuazione». (F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione,* Torino, 2011, 3 ss.).
Il necessario adeguamento al principio costituzionale sancito dall'articolo 27/3 ha determinato, il 21 novembre dello stesso anno, una pronuncia della Corte Costituzionale concernente la legittimità dell'ergastolo, posta in discussione in quanto negazione della possibilità di reinserimento del condannato nella società. La Corte ne ha escluso l'incostituzionalità nel senso che anche l'ergastolo si concilia con l'articolo 27 in quanto esso non è «*nella concreta realtà una pena perpetua, non solo per la possibilità della grazia, ma anche per quella della liberazione condizionale*» (Corte Costituzionale 21 novembre 1974 n.309, in *Giurisprudenza costituzionale,* 1974, 3536).
Certamente l'attuazione del principio rieducativo è imposto non solo al legislatore, ma anche ai giudici e alle autorità carcerarie, in quanto se la durata e la qualità della sanzione non fossero correttamente bilanciate, dal punto di vista sia normativo che applicativo, la finalità del reinserimento sociale sarebbe gravemente compromessa (M. CASTALDO, *La rieducazione tra realtà penitenziaria e misure alternative,* Napoli, 2001, 8).

In forza dell'articolo 4 del nuovo ordinamento penitenziario «I detenuti e gli internati esercitano personalmente i diritti loro derivanti dalla presente legge anche se si trovano in stato di interdizione legale»[66].

La riforma risulta imperniata dell'ideologia trattamentale, a sua volta incentrata sul principio della individualizzazione. Fin dall'articolo 1 della legge in esame, infatti, si precisa come nei confronti dei condannati e degli internati debba essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi, e che debba essere calibrato alle specifiche condizioni ed ai precisi bisogni di ciascun soggetto[67].

La politica penitenziaria moderna si è fatta portatrice di un trattamento individualizzato, riportando alla memoria quelle «tipologie classificatorie» di stampo ottocentesco, basate sulla personalità del condannato e sul suo comportamento all'interno dell'ambiente carcerario, richiamate da Padovani ne *L'utopia punitiva*[68].

La normativa in esame descrive un'organizzazione delle istituzioni carcerarie orientate al principio dell'umanizzazione della pena detentiva, al rispetto della personalità del recluso ed alla tutela dei diritti, assicurando

---

[66] Galli ha rinvenuto nella scelta politica di disciplinare con legge formale l'ordinamento penitenziario il solenne riconoscimento «che lo status di detenuto o di internato non solo non fa venir meno la posizione di lui come titolare di diritti soggettivi connessi a tale status, ma, anzi gliene attribuisce» (G. GALLI, *La politica criminale in Italia negli anni 1974-1977,* Milano, 1978, 128).

[67] «Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona […]. Nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi. Il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti ». L'indicazione finalistica contenuta nella norma è ribadita nell'articolo 1 del Regolamento penitenziario (d.P.R. 29 aprile 1976 n°431), che individua nella rieducazione la finalità del trattamento dei detenuti, intendendola come «processo di modificazione degli atteggiamenti che sono di ostacolo ad una costruttiva partecipazione sociale».

[68] «Per incidere sull'individuo, non basta inserirlo in una struttura pianificata che sia il segno tangibile della disciplina e dell'ordine calati nella realtà e che, per effetto della sua razionalità intrinseca, debba incidere sul condannato. È piuttosto necessario valutare le sue caratteristiche, cogliere gli elementi più qualificanti della sua personalità» (T. PADOVANI, *L'utopia punitiva,* Milano, 1985, 31).

l'istruzione, le pratiche religiose, le attività culturali, ricreative e sportive ed agevolando i rapporti con le famiglie e i contatti con il mondo esterno, nonché la promozione di istituzioni private finalizzate ad azioni rieducative, risocializzanti ed assistenziali[69].

Il sistema penitenziario prevede, in generale, una duplice forma di trattamento: l'uno «inframurario»[70], costituito da vari interventi posti in essere dagli esperti ed operatori penitenziari; l'altro «extramurario», realizzato attraverso l'accesso a misure premiali, semidetentive o alternative alla detenzione.

Elemento innovativo dell'ordinamento penitenziario è rappresentato dalla previsione di istituti alternativi alla detenzione, strumenti fondamentali per la realizzazione di un trattamento penitenziario individualizzato e per tenere vivo il contatto tra mondo carcerario e società esterna.

Le misure alternative alla detenzione e le altre forme di sanzione premiale si pongono alla base di un processo «volto a rendere il condannato a pena detentiva partecipe e protagonista del proprio reinserimento nella vita sociale attraverso la sua adesione alle attività di trattamento rieducativo»[71].

---

[69] Secondo il dettato dell'articolo 15, 1° comma, dell'ordinamento penitenziario «Il trattamento del condannato e dell'internato è svolto avvalendosi principalmente dell'istruzione, del lavoro, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia».

[70] È prevista per ogni detenuto la redazione di un programma di trattamento, che dovrebbe essere predisposto all'inizio della carcerazione e proseguito nel corso di essa mediante l'osservazione della personalità (articolo 13 o. p.). Il programma del trattamento deve essere redatto dal «Gruppo di osservazione e trattamento», composto dal direttore dell'istituto detentivo, dall'educatore, dagli assistenti sociali e da alcuni esperti in scienze comportamentali. Per lo svolgimento dell'attività di osservazione e trattamento l'amministrazione penitenziaria può, infatti, avvalersi di professionisti esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica (articolo 80 o.p.). L'attività preliminare di osservazione risulta basilare non solo per formulare il programma di trattamento, ma anche per fornire alla magistratura di sorveglianza le informazioni sulla personalità, utili alle decisioni che è chiamata a prendere. L'osservazione mira a conoscere i tratti della personalità e le caratteristiche socio-ambientali, che hanno contribuito alla realizzazione del comportamento delittuoso.

[71] *Relazione al disegno di legge n°23 presentato dal Governo al Senato in data 19 luglio 1973*. «[…]il reinserimento sociale, cui deve tendere il trattamento, si può realizzare soltanto attraverso l'applicazione ampia di una serie d'istituti che contemperino variamente l'esperienza della vita sociale libera con il controllo puntuale della società in ordine al ritrovato impegno da parte del

Si cerca di arginare gli effetti desocializzanti del carcere[72], attraverso un ampliamento delle possibilità di comunicazione fra detenuto e società esterna[73] e la previsione di meccanismi che attenuino il processo di mortificazione della personalità[74].

L'opera rieducativa e risocializzante deve, altresì, prevedere strumenti atti a favorire l'accompagnamento dell'individuo all'esterno una volta terminato il periodo di detenzione. A tal fine, la legge 354 ha introdotto non solo forme di assistenza post-penitenziaria (previste dagli articoli 46, 72 - relativo alle competenze degli Uffici locali di esecuzione penale esterna - 74, 77 e 78 dell'ordinamento penitenziario), ma anche il principio dell'esecuzione progressiva, attuato attraverso l'ammissione al regime di semilibertà, previsto dall'articolo 50 della legge 354.

---

condannato a vivere in modo non conflittuale la relazione con gli altri, ed alla riacquisizione del senso di responsabilità verso sé stesso e verso la società nel suo insieme».

[72] Individuati da Dolcini nella presenza di fattori di mortificazione della personalità, privazione della propria riservatezza, e nel rischio di un contagio criminale, attraverso la partecipazione a gruppi criminali, dove «ciascuno dei partecipanti trova considerazione, solidarietà, sicurezza e aiuto nella necessità» (E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1979, 476).
Il diffuso convincimento che il carcere non possa svolgere in concreto una funzione rieducativa condurrà il legislatore a prevedere con la legge 24 novembre 1981 n°689 sanzioni sostitutive alle pene detentive brevi, al fine di evitare che queste producano effetti desocializzanti e che conducano ad un «contagio criminale» del detenuto. La previsione di sanzioni alternative può inoltre condurre ad un maggior coinvolgimento della comunità locale nelle forme di attuazione delle stesse.

[73] «La finalità del reinserimento sociale dei condannati e degli internati deve essere perseguita anche sollecitando ed organizzando la partecipazione di privati e di istituzioni o associazioni pubbliche o private all'azione rieducativa […]» (articolo 17). Per il medesimo fine è ammessa la corrispondenza epistolare e telefonica, nonché la possibilità di svolgere colloqui (articolo 18). L'ordinamento penitenziario dedica particolare attenzione al mantenimento, miglioramento o ristabilimento delle relazioni dei detenuti con i propri familiari (articolo 28). A tal fine, anche nel caso di trasferimento, deve essere favorita la vicinanza al nucleo familiare determinando quale luogo di destinazione l'istituto prossimo alla residenza delle famiglie (articolo 42).

[74] E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* cit., 479. L'Autore fa riferimento all'articolo 64 del regolamento di esecuzione della legge 354 (d.P.R. 431/1976) in forza del quale «nei rapporti reciproci degli operatori penitenziari con i detenuti e gli internati deve essere usato il "lei"»; all'articolo 8 o.p. («Igiene personale»); all'articolo 7, che consente ai detenuti di far uso di corredo di loro proprietà di oggetti che abbiano particolare valore morale o affettivo; alla possibilità di acquisto di generi alimentari e di conforto, come stabilito dall'articolo 9 ultimo comma; all'articolo 34 in tema di perquisizioni personali ed alle condizioni di riservatezza che devono essere garantite per i servizi igienici (articolo 7 regolamento di esecuzione).

Per una corretta osservazione scientifica della personalità e per la realizzazione della finalità rieducativa, la legge di riforma ha introdotto all'interno dell'istituzione carceraria nuove figure professionali.

Il secondo titolo della legge 354 contiene, poi, una serie di disposizioni dedicate all'organizzazione penitenziaria, che intervengono in materia di istituti, magistrati e procedimento di sorveglianza, servizio sociale e assistenza, personale penitenziario.

Accanto agli agenti di custodia, che hanno il compito di garantire l'ordine e la sicurezza interna all'istituto e di partecipare all'osservazione e al percorso trattamentale dei detenuti, compaiono gli educatori, principali operatori di riferimento per il detenuto, gli psicologi e gli assistenti sociali.

L'articolo 80 prevede, al quarto comma, che «per lo svolgimento delle attività di osservazione e trattamento, l'amministrazione penitenziaria può avvalersi di professionisti esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica […]».

L'opera degli esperti acquista particolare rilevanza in relazione alla concessione delle misure alternative alla detenzione, quali l'affidamento in prova al servizio sociale e la semilibertà. Il provvedimento relativo alla prima misura è, infatti, adottato sulla base dei risultati di un periodo di almeno tre mesi di osservazione all'interno dell'istituto (articolo 47 o.p.). Allo stesso modo, l'ammissione alla semilibertà è disposta sulla base dei progressi compiuti nel corso del trattamento, che devono essere valutati dal personale specializzato[75].

[75] Come osservato da Solivetti, l'intervento dell'esperto dovrebbe essere richiesto anche in materia di liberazione anticipata, prevista per il condannati che abbia dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione. Pur non essendo espressamente previsto dalla legge, risulta logica la loro partecipazione alla valutazione dell'opportunità della liberazione anticipata, dal momento che essi partecipano all'osservazione, alla preparazione del programma di trattamento, alla sua integrazione e modifica secondo le esigenze prospettate nel corso dell'esecuzione. Considerazioni similare vengono fatte dall'Autore anche con riferimento alla liberazione condizionale («perché si tratta di valutare qualcosa che attiene alla rieducazione del condannato […], al fatto che abbia

L'attività di osservazione dell'*équipe* è, inoltre, funzionale alla corretta individuazione della sezione cui assegnare il detenuto, che deve essere determinata «con particolare riguardo alla possibilità di procedere ad un trattamento rieducativo comune e all'esigenza di evitare influenze nocive reciproche»[76], e delle modalità attraverso le quali utilizzare gli «elementi del trattamento», come l'istruzione, il lavoro, le attività culturali, ricreative e sportive.

L'intervento normativo del '75 si mostrava, dunque, portatore di nobili istanze finalizzate a dare piena attuazione al precetto costituzionale.

Ciò nonostante, molte critiche sono state mosse avverso la nuova normativa penitenziaria. Queste derivavano da diverse problematiche, i cui sintomi erano già stati rinvenuti nel tessuto normativo e nelle contingenze storico-politiche che caratterizzavano il momento dell'entrata in vigore della legge. Varare, infatti, una riforma dell'ordinamento penitenziario - si osservava - senza previamente risolvere «gli ardui temi della decriminalizzazione di vasti settori e della configurazione di sanzioni alternative alla pena detentiva e alla carcerazione preventiva», significava «porre le fondamenta di un sovraffollamento carcerario»; introdurre misure alternative quale «fiore all'occhiello» della riforma, senza predisporre un apparato organizzativo esterno al carcere, idoneo ad avviare un effettivo processo di reinserimento sociale, «non poteva non spingere tali misure nell'ampio filone dell'indulgenza». La possibilità di attuare un qualsiasi progetto rieducativo si scontrava con la mancata riforma del diritto penale sostanziale, soprattutto nella parte speciale, con la scarsa prospettazione di

---

tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento, il che, alla luce della legislazione del '75, dovrebbe essere compito specifico dell'esperto») e alla misura del lavoro all'esterno, prevista dall'articolo 21 («per somiglianze con la finalità e i problemi presentati dall'istituto della semilibertà, come il pericolo di evasioni, valutazione della pericolosità sociale, ecc.»). (L. M. SOLIVETTI, *Società e risocializzazione: il ruolo degli esperti nelle attività di trattamento rieducativo,* in *Rassegna penitenziaria e criminologica,* 1983, 277ss).

[76] Articolo 14 o.p.

misure alternative alla pena detentiva e con il mancato adeguamento del sistema penale «alla gerarchia dei valori costituzionali». Si riscontrava, inoltre, una forte difficoltà nell'abbandonare «schemi custodialistici e polizieschi»[77].

Emergeva, in sostanza, una contraddizione di fondo determinata dall'inserimento della riforma in un contesto normativo ancora tendenzialmente ancorato ad una concezione della pena di stampo pre-costituzionale e caratterizzato da un codice penale che continuava a ravvisare nella tradizionale pena detentiva la sanzione per eccellenza, nonché da un codice di procedura penale che concepiva la carcerazione preventiva come una cautela da impiegarsi normalmente anche in funzione di prevenzione speciale[78].

Alcuni, poi, guardavano con scetticismo al riconoscimento di diritti e garanzie dei detenuti contenuto nella nuova legge. Se, ad esempio, da un lato, la riforma riconosceva il diritto ai colloqui, alla vicinanza con il nucleo familiare, dall'altro non dettava alcuna prescrizione volta a garantire la frequenza o la durata dei primi, né alcuna tutela per il detenuto rispetto alla possibilità di trasferimenti, rendendo quindi restringibile, se non vanificabile, la possibilità di colloqui con i familiari.

Nessuna norma sanciva espressamente il diritto alla manifestazione del pensiero, o tutelava la privacy del detenuto come presupposto della sua

---

[77] F. BRICOLA, *Il carcere riformato,* Bologna, 1977, 9 ss. Si riscontrava una latente difficoltà nell'abbandonare «schemi custodialistici e polizieschi». Il «trattamento» come fulcro della nuova disciplina appariva in aperta antitesi con quelle norme, contenute nella stessa legge, che ne limitavano gli strumenti con riferimento agli autori di alcuni reati, come ad esempio l'articolo 47, che vietava l'affidamento al servizio sociale per gli autori di rapine, estorsioni e sequestri di persona. «La politica penale appare prevalere prepotentemente su quella di risocializzazione».

[78] Ed in effetti la legge delega di attuazione della riforma penitenziaria prospettava una legge di riforma del sistema sanzionatorio, soprattutto in materia di depenalizzazione e di sanzioni penali non detentive, e l'entrata in vigore di un nuovo codice di procedura penale caratterizzato da un impiego della carcerazione dell'imputato tra le misure cautelari più circoscritto. (V. GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma,* in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario,* AAVV., Bologna, 1986, 1 ss.)

integrità psichica. Anzi, la disciplina delle perquisizioni personali contenuta nell'articolo 34 lasciava intravedere il riconoscimento di una completa discrezionalità dell'autorità penitenziaria, la quale non necessitava di alcun previo provvedimento giurisdizionale né era obbligata a motivare l'eventuale atto. Tali circostanze finivano per rendere privo di consistenza il contenuto garantista del capoverso della norma, in forza del quale la perquisizione personale deve essere effettuata nel rispetto della personalità. Una certa ambiguità veniva, inoltre, riscontrata nella formulazione dell'articolo 42 in materia di trasferimenti, che lasciava in realtà ampia e totale libertà all'amministrazione penitenziaria in ordine agli stessi[79].

Dalle formulazioni contenute nella riforma penitenziaria si intravedeva un carcere inteso non più come mero strumento di emarginazione punitiva, bensì come momento di avvio costruttivo di un processo evolutivo.

L'intento mostrato dal legislatore nel testo normativo era quello di conferire al trattamento un carattere progressivo, dove il lavoro all'esterno e le misure alternative rappresentassero un raccordo concreto tra la vita detentiva e quella libera. Le misure alternative si dovevano porre come termine di riferimento dell'impegno dell'individuo ad una reale risocializzazione e, allo stesso tempo, rappresentare un elemento propulsivo per un effettivo reinserimento. Tuttavia, «la difficoltà di superare i condizionamenti storici e culturali che pesano sul concetto stesso

[79] L. STORTONI, *Libertà e diritti del detenuto nel nuovo ordinamento carcerario,* in *Il carcere riformato,* a cura di Franco Bricola, cit., 42 ss. «Ci sembra che il carattere totalizzante dell'istituzione carceraria preclude l'esistenza dei diritti individuali che, come la riservatezza, tendono alla conservazione della personalità psichica e dell'individualità […]. Questa conclusione trova nella nuova legge un'ulteriore riprova ove si consideri come la stessa non risolva uno dei problemi di fondo che ineriscono al tema della libertà individuale del detenuto: quello del carattere giuridico del trattamento rieducativo. Di fronte alla alternativa – se considerarlo obbligatorio o mero diritto rinunciabile del detenuto – la legge dà per scontata la prima soluzione senza tener conto in alcun modo dei significati che questa scelta implica sul piano delle libertà e del diritto alla libertà morale».

della pena, ha enormemente frenato il legislatore nell'imporre un discorso sul trattamento con modalità logiche e conseguenziali».

Ciò ha causato l'assenza di importanti elementi di raccordo tra regime detentivo e misure alternative e la presenza di lacune nella disciplina delle misure alternative stesse: «mentre, sia pure con alcune limitazioni, è possibile in base alle risultanze dell'osservazione e del trattamento passare da un regime detentivo ad altro parzialmente detentivo, non è prevista alcuna procedura per commutare il regime di semilibertà in affidamento al servizio sociale, considerati i diversi presupposti obiettivi da cui hanno origine […]. La mancata previsione legislativa di uno strumento giurisdizionale che consenta la cessazione dell'esecuzione penale al momento in cui si possa ragionevolmente presumere inutile o addirittura dannosa la sua prosecuzione, rischia di neutralizzare l'intero operato dell'istituzione penitenziaria. Quindi, per ottimi che siano stati gli esiti di risocializzazione conseguiti durante il periodo di semilibertà, ed in contrasto con il diritto al trattamento progressivo garantito dal legislatore ad ogni detenuto, molto spesso il regime di semilibertà è destinato a trascinarsi per anni senza alcuno sbocco logico»[80].

Per la completa realizzazione dell'opera rieducativa, il legislatore del '75 ha previsto il pieno coinvolgimento della società attraverso l'apertura del carcere alla comunità esterna, al fine di offrire al reo la possibilità di «recuperare validi parametri di comportamento sociale».

Tuttavia, nonostante il forte entusiasmo mostrato nei confronti degli intenti indicati, la riforma era destinata a convivere con una realtà caratterizzata da

[80] AAVV., *La pena detentiva tra slanci riformistici e involuzione della prassi*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica* 1982, 137 ss.

strutture inadeguate a sostenere gli impegni assunti e da un mutamento degli umori politici nei confronti dell'universo penitenziario[81].

Un'analisi del contenuto delle disposizioni impartite con circolare ministeriale mostra un'attenzione crescente per il settore della sicurezza ed una correlata diminuzione di interesse nei confronti di tutte le tematiche del trattamento. La «sicurezza degli istituti» diviene l'oggetto principale delle circolari emanate nei primi tre mesi dell'82. La regolamentazione delle modalità di vita interna degli istituti appare ispirata ad esigenze di sicurezza[82]. Trapela la vocazione a considerare prioritario il momento custodiale e la tendenza a connotare militarmente l'intera organizzazione penitenziaria.

E' chiaro, tuttavia, che la soluzione al problema di una dilagante criminalità non può essere trovata operando all'interno dell'istituzione carceraria, apportando ulteriori restrizioni ad una struttura già chiusa. È necessario, al contrario, esercitare un adeguato controllo sociale vasto e generalizzato, senza confondere il momento sanzionatorio-edittale con quello esecutivo. «Se è vero che la pena è una entità polifunzionale, non si

---

[81] Le cause del fenomeno delle evasioni, che tra il 1975 ed il 1976 aveva raggiunto picchi altissimi, venivano individuate, forse a torto, nella intervenuta liberalizzazione dei rapporti fra detenuti e istituzione penitenziaria, nella nuova disciplina relativa al trattamento, alle sue modalità, nella «nuova» posizione del detenuto nel sistema carcerario. Le possibili soluzioni alla crisi e alla crescente criminalità venivano indagate non in un miglioramento di quella inadeguata cornice strutturale ed ambientale in cui era stata calata la nuova realtà normativa, bensì in nuovi interventi normativi limitativi dei diritti e benefici riconosciuti (V. GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma,* in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario,* AA.VV, cit., 4). Primo fra tutti il disegno di legge in materia di permessi, che portò ad una drastica riduzione dell'area di operatività dell'istituto, non risolvendo comunque il problema originario. Le modifiche, infatti, influirono in maniera del tutto irrilevante sul problema dei mancati rientri (prima della modifica, pari al 3%, dopo intorno al 2%). Ed una limitata influenza nel «movimento controriformistico» si può riscontrare anche nella concessione stessa della misure alternative: una concessione media annua di 4.350 semilibertà e di 1.400 affidamenti al servizio sociale tra l'agosto del '76 e l'aprile del '79, contro, rispettivamente, le 3.562 e 905 tra il maggio del '79 e l'aprile dell'80. (AA.VV, *La pena detentiva tra slanci riformistici e involuzione della prassi,* in *Rassegna penitenziaria e criminologica* cit., 143).

[82] «L'ordine e la sicurezza degli istituti, ben lungi dall'assumere il significato di organizzazione di condizioni tese ad assicurare l'ordinato svolgersi dell'ipotesi rieducativa, diventano il perno fondamentale intorno al quale si irrigidiscono elementi di mortificante riflusso». (AA.VV, *cit.*, 145).

può indennemente sottolineare un solo momento di essa a danno degli altri; la gestione della pena, se si vuole che essa difenda la società in termini reali, deve mantenere quella connotazione di entità finalizzata allo scopo garantito dal dettato costituzionale»[83].

Ulteriore critica alla legge di riforma è derivata dalle norme relative al procedimento di sorveglianza ed ai compiti svolti dal giudice competente. Si è, anzitutto, osservato come l'esigenza di conciliare la necessaria predisposizione di uno schema semplice e rapido con un'adeguata tutela dei diritti fondamentali del condannato non risultasse sufficientemente soddisfatta dalla formulazione contenuta nell'articolo 71, relativo al procedimento stesso, nonostante questo riguardi provvedimenti destinati a modificare sostanzialmente la condizione del soggetto e ad influire sulla sua libertà personale, come le decisioni in materia di affidamento in prova, semilibertà e riduzione di pena. La norma in esame prevede espressamente solo il diritto dell'interessato ad avere un difensore, a partecipare personalmente alla discussione in camera di consiglio ed a presentare memorie; nulla dice circa il diritto di prendere previamente visione degli atti ed estrarne copia. Nulla viene detto neanche in merito ai mezzi dei quali potrebbe voler avvalersi l'interessato per contestare eventuali elementi di giudizio a lui sfavorevoli in possesso del giudice e comunque comprovanti la sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge per la concessione della misura alternativa[84].

In un sistema dove la vicende della vita carceraria esercitano un ruolo determinante per l'applicazione o meno delle misure alternative, assume importanza fondamentale il ruolo svolto non solo dal personale di custodia, dagli educatori e da coloro che per ragioni di servizio sono in contatto con

---

[83] AA.VV, *cit*., 148 ss.
[84] V. CAVALLARI, *Riflessi processuali e di ordinamento giudiziario nella legge 26 luglio 1975, n°354*, in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1977, 98 s.

il detenuto, ma anche dal magistrato di sorveglianza, soprattutto con riferimento al potere attribuitogli dall'articolo 69, comma quinto, lettera b, in tema di provvedimenti disciplinari. I magistrati investititi di funzioni di sorveglianza posseggono poteri e responsabilità, cui non sempre si riesce ad associare una specifica attitudine o un'adeguata preparazione tecnica[85].

Il «salto di qualità», quale potenziale effetto della riforma del '75, si è cercato di realizzarlo con leggi successive, dirette a coinvolgere maggiormente ed effettivamente la società esterna, ed a connotare l'impegno trattamentale sempre più secondo un carattere «extraistituzionale», distaccato dalle istituzioni e dispiegato sul territorio[86].

7. Alcuni slanci riformistici: sicurezza sociale e alternative alla detenzione.

Le difficoltà incontrate nella concreta attuazione della legge del 1975 avrebbero potuto essere facilmente superate entro un arco cronologico abbastanza breve se, nel frattempo, nel Paese non si fosse prodotto un clima di controtendenza rispetto alla ventata riformistica.

Gli anni successivi al 1975 furono densi di avvenimenti di forte rilevanza storica, politica e sociale, che influirono profondamente non solo sul modo

[85] L'attribuzione ai magistrati delle funzioni di sorveglianza viene compiuta sulla base del sistema dell'«assegnazione per tramutamento»: all'assegnazione si procede in base alle domande; la scelta degli aspiranti dovrebbe essere fata dal Consiglio superiore della magistratura, con riguardo alle attitudini di ciascuno di essi, al suo stato di famiglia e di salute, al merito e all'anzianità, ma nella pratica questi ultimi elementi finiscono per prevalere sulle attitudini. «Però il problema non potrebbe comunque ritenersi risolto con qualche semplice modifica alle leggi di ordinamento giudiziario. Se si pensa che il magistrato è chiamato ad approvare il programma di trattamento e a impartire disposizioni che ritiene opportune per la rieducazione dei condannati e che la sezione di sorveglianza decide sulla applicazione e revoca delle misure alternative, ci si convince che il tema della formazione dei magistrati idonei alle funzioni di sorveglianza evoca argomenti di carattere generale come quelli della specializzazione del giudice e addirittura della Facoltà di giurisprudenza» (V. CAVALLARI, *Riflessi processuali e di ordinamento giudiziario nella legge 26 luglio 1975, n°354,* in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico,* cit., 100).

di concepire il fenomeno criminale, ma anche sulla stessa ideologia e pratica dell'esecuzione penitenziaria. Tra la fine degli anni '70 e gli inizi degli anni '80, infatti, l'Italia fu colpita da progressive e violente ondate di terrorismo e criminalità organizzata, che provocarono un forte allarme sociale. La situazione di emergenza lasciò inevitabilmente il segno anche nel contesto carcerario, traducendosi presto in importanti interventi, di carattere sia legislativo che amministrativo[87].

Solo con l'attenuarsi della situazione di generalizzata emergenza si videro i primi segni di una inversione di tendenza. Quella dialettica di istanze e valori che nel decennio precedente aveva rivoluzionato l'assetto penitenziario fu riportata in vita dalla legge 10 ottobre 1986 n°663, recante «Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà». La nuova legge andava alla ricerca di un giusto punto di equilibrio tra due opposte esigenze: la sicurezza, da un lato, e la proiezione del trattamento individualizzato oltre le mura del carcere, dall'altro. Due anime possono individuarsi nel tessuto normativo: una, ispirata alla decarcerizzazione e ad una maggior apertura del carcere verso l'esterno, attraverso la previsione di spazi di libertà diversamente articolati in rapporto alla particolare posizione dei diversi soggetti; l'altra, collegata ad esigenze di ordine e sicurezza, costitutiva di un regime particolare di sorveglianza commisurato alla pericolosità dei detenuti. Due anime che, pur diverse tra loro, non risultavano però inconciliabili in quanto trovavano la loro *ratio* nella diversificazione del trattamento secondo la personalità di ciascun condannato[88].

---

[86] L. DAGA, *Trattamento penitenziario*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, 1992.
[87] Basti pensare alla legge 20 luglio 1977 n°450 in materia di restrizione del regime dei permessi; al decreto ministeriale 4 maggio 1977, con il quale il servizio di sicurezza esterna degli istituti penitenziari fu affidato ad un ufficiale generale dei carabinieri; all'introduzione di istituti di «massima sicurezza».
[88] V. GREVI, *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, AA.VV, Padova, 1994, 26.

Il legislatore del 1986 si preoccupò di completare e integrare l'intelaiatura normativa delineata dal legislatore del 1975. Si assistette, così, all'introduzione del regime di sorveglianza particolare, accompagnata da una estensione dei benefici e delle misure alternative: ai sensi dell'articolo 9, i permessi premio potevano essere concessi ai condannati che avessero tenuto una regolare condotta e che non risultassero di particolare pericolosità sociale, per una durata non superiore, ogni volta, a quindici giorni e, complessivamente, a quarantacinque giorni; la detenzione domiciliare poteva sostituire le pene non superiori a due anni quando e finché ricorressero esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia; il limite sotto il quale le pene erano sostituibili con l'affidamento in prova al servizio sociale fu elevato da due a tre; in materia di liberazione anticipata si passò da una detrazione pari a venti giorni ad una pari a quarantacinque giorni per ogni semestre di pena scontata.

La legge Gozzini permise, dunque, una maggiore permeabilità tra prigione e mondo esterno, mirando alla massima individualizzazione del trattamento esecutivo: la possibilità di un ampio ricorso alle misure alternative segnò il definitivo abbandono della pena immodificabile, a favore di un pena diversamente modellabile nella fase esecutiva e non necessariamente identificata con la detenzione. Con la nuova legge venne «ulteriormente avvalorata quella che è stata l'istanza di fondo lungo la quale si è snodata l'intera riforma penitenziaria»: il netto ridimensionamento del carattere custodialistico del carcere ed il correlativo potenziamento di tutti quei meccanismi rispondenti ad una maggior individualizzazione del trattamento rieducativo[89].

Le misure alternative dell'ordinamento penitenziario hanno rappresentato anche un terreno privilegiato di impegno per la magistratura di

[89] O. CUSTODERO, *Considerazioni sulle più significative innovazioni all'ordinamento penitenziario*, in *La Giustizia penale* 1989, 629.

sorveglianza ed hanno avviato la progressiva concentrazione su di essa di tutte le competenze riguardanti l'esecuzione dei trattamenti penali. Quest'ultima è una evoluzione speculare, per un verso, al consolidarsi della concezione dell'ambito penitenziario come luogo soggetto alla legge e, nel suo insieme, orientato al reinserimento delle persone detenute; per l'altro, al ruolo svolto in entrambe le direzioni dalla magistratura di sorveglianza, presidio di legalità ma, altresì, elemento della realtà degli istituti, prossimo ai problemi e alle difficoltà di ciascuno, così come attento alle risorse e alle prospettive dei singoli destinatari degli interventi penitenziari[90].

La nuova disciplina ha permesso, dunque, di identificare maggiormente il ruolo della magistratura di sorveglianza, confermandone la peculiarità nell'ambito dell'istituzione giudiziaria. Si tratta di una attività centrata non tanto sulla conoscenza dei fatti quanto delle persone e che tende ad intervenire sulle situazioni reali, a modificarle ed a prevenire la ricaduta dei soggetti nella commissione del reato; un'attività che si esplica in giudizi prognostici e che contribuisce allo svilupparsi di operazioni di reinserimento del soggetto. Si articola una nuova gestione della esecuzione della pena, una commistione fra amministrazione e giurisdizione, che ha suscitato diverse polemiche e perplessità dovute ad un'ampia discrezionalità del giudice sulle sorti della pena[91].

---

[90] G. LA GRECA, *La riforma penitenziaria a vent'anni dal 26 luglio 1975, in Diritto penale e processo*, 1995, 875.

[91] «Fermo restando che, anche qui, si deve scegliere fra accettare l'anonimia della istituzione giudiziaria o accettare forme di controllo sulla stessa, è facile rilevare, a mio avviso, che una attività di controllo non limita i poteri di nessuno, ma serve a verificare che siano esercitati correttamente; che una tale attività non deve essere necessariamente vissuta come contrapposizione, ma come collaborazione fra organi appartenenti a poteri diversi dello Stato; che le competenze in materia di interventi sulla pena rappresentano fra l'altro aperture e sbocchi nuovi per il lavoro degli operatori penitenziari, la cui attività acquisisce così maggiore rilevanza e significato». (A. MARGARA, *La modifica della legge penitenziaria: una scommessa per il carcere, una scommessa contro il carcere,* in *Questione giustizia,* 1986, II, 530 s.).

Ad un ruolo più incisivo della magistratura di sorveglianza corrisponde una competenza altrettanto importante dell'educatore. La prima deve, infatti, avvalersi della diagnosi e della prognosi formulate dal secondo affinché possa dare ai provvedimenti di sua competenza quel carattere e quei contenuti in relazione ai principi di una pena teleologicamente orientata. In un carcere che, grazie alla legge dell'86, non è più luogo di isolamento ed espiazione, che attraverso i permessi premio, la semilibertà, il lavoro all'esterno è «*meno carcere*», l'educatore deve collaborare non solo affinché i detenuti vengano proiettati in situazioni risocializzanti e di recupero all'esterno dell'ambiente penitenziario, ma anche al fine di rendere il carcere un luogo di risocializzazione individualizzata per soggetti che non potrebbero avvalersi di un trattamento all'esterno. Di fronte alla partecipazione all'opera di rieducazione quale presupposto per la concessione della liberazione anticipata, l'educatore gioca un ruolo di primaria importanza poiché è a lui che spetta il compito di esaminare il comportamento del detenuto.

Per accertare la sussistenza di un sicuro ravvedimento, affinché possa essere concessa la liberazione condizionale, indicazioni ed orientamenti particolari non possono non venire se non dalle dinamiche comportamentali consistenti in un chiaro e specifico impegno nell'attività lavorativa, in quella scolastica, in quelle ricreative, culturali, sportive, in un rapporto partecipativo e collaborante con gli operatori penitenziari e con gli altri detenuti. Elementi rilevabili, *in primis*, dall'educatore. Allo stesso modo, nessuno meglio dell'educatore può cogliere gli interessi affettivi, culturali e di lavoro per coltivare i quali al detenuto è concesso il permesso premio. Si può rilevare, dunque, come «la prospettiva premiale, che contiene finalità incentivanti e di proiezione del detenuto nel contesto rieducativo, veda al centro l'educatore in quanto tale e come tecnico del comportamento che promuove, più degli altri operatori, una serie di

atteggiamenti positivi e meccanismi di rinforzo»[92]. Attraverso l'educatore, «il carcere diventa un luogo sempre più aperto, meno ingessato sul binario custodi-custoditi ed avviato a colmare le enormi distanze psicologiche e sociologiche che separano il "dentro" dal "fuori"»[93].

La nuova disciplina penitenziaria, pur dando rilievo alle misure alternative al carcere e al rapporto fra carcere ed ambiente sociale, non trovò una realtà pronta alla propria attuazione: «consegnò un carcere nuovo nei principi, nella funzione, negli strumenti alla istituzione penitenziaria vecchia»[94].

Anziché migliorare la distribuzione degli istituti sul territorio, si elaborò un programma edilizio, con l'illusione di poter risolvere il problema del sovraffollamento e senza alcuna preoccupazione per una maggiore e necessaria razionalizzazione delle strutture penitenziarie, tale da dare corretta attuazione ai propositi della riforma. Il grande programma edilizio non corrispondeva, infatti, alle necessità che emergevano dalla nuova funzione del carcere e finiva con l'assorbire risorse che avrebbero potuto essere destinate alla gestione degli istituti penitenziari già esistenti. Come si poteva, inoltre, dare attuazione alle misure alternative senza la creazione di strutture esterne agli istituti penitenziari, senza un effettivo raccordo tra istituti e territorio? Come favorire la rieducazione ed il reinserimento senza preparare il carcere ed il suo personale a tale lavoro, ad una organizzazione degli istituti finalizzata specialmente a tale obiettivo?

Le esigenze della nuova disciplina implicavano inevitabilmente anche una riforma del personale di custodia, una sua smilitarizzazione. Era necessario attribuirvi un nuovo ruolo più conforme alle nuove funzioni penitenziarie:

---

[92] I. STURNIOLO, *Gli interventi dell'educatore alla luce delle innovazioni della legge 663/96*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1988, 209 ss.
[93] R. MANCUSO, *Scuola e carcere*, Milano, 2007, 222.
[94] A. MARGARA, *La modifica della legge penitenziaria: una scommessa per il carcere, una scommessa contro il carcere*, in *Questione giustizia*, cit., 536.

un ruolo non più fondato sulla mera custodia, ma adeguato alle istanze risocializzanti[95].

Si riscontrava, dunque, un forte distacco della realtà penitenziaria dal profilo designato dalla riforma. Riforma che, inoltre, suscitò alcune preoccupazioni. In particolare, affiorò una certa perplessità circa le eventuali distorsioni che si sarebbero potute verificare in sede applicativa. Muovendo dalla constatazione che la maggiore premialità derivante dalla legge di riforma risultava ancorata a parametri incerti e generici (come, ad esempio, il requisito della regolare condotta richiesto per la concessione dei permessi), si temeva una possibile deformazione delle varie misure finalizzate ad assicurare la flessibilità della fase esecutiva, che avrebbero potuto trasformarsi da strumento di rieducazione a «strumento di buon governo del carcere»[96]. La preoccupazione era quella di una decarcerizzazione fine a sè stessa o, comunque, attuata senza il supporto di adeguati riscontri sul versante della rieducazione.

Le riserve mosse contro la riforma dovevano, fortunatamente, ritenersi minoritarie rispetto ai consensi mossi da più parti. Le nuove prospettive di decarcerizzazione, aperte dalla novella dell'86, ed i risultati che dalla loro concretizzazione scaturirono, vennero giudicati con estremo favore[97].

Tuttavia, nel giro di pochi anni, tale incoraggiante quadro di partenza finì per deteriorarsi. Nel corso del 1990, si registrarono i primi interventi legislativi mossi dall'esigenza di ricalibrare in senso restrittivo la normativa introdotta dall'ultima riforma. Diversi i fattori che portarono ad

---

[95] A. MARGARA, *La modifica della legge penitenziaria: una scommessa per il carcere, una scommessa contro il carcere*, in *Questione giustizia*, cit., 539.
40 E. FASSONE, T. BASILE, G. TUCCILLO, *La riforma penitenziaria: commento teorico pratico alla l.663/1986*, Napoli, 1987, 82.
[97] Grazie anche ad un concomitante provvedimento di amnistia, la popolazione detenuta, che negli anni immediatamente precedenti alla riforma aveva superato le 40.000 unità, subì un drastico ridimensionamento: da una media di 30.000 detenuti si giunse, alla fine degli anni '90 alle 26.000 presenze (F. DELLA CASA, *Recenti modificazioni*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, AAVV., cit., 77 s.

un atteggiamento fortemente critico nei confronti della legge Gozzini: la diffusione di una criminalità organizzata sempre più violenta e pericolosa; alcuni episodi di applicazione di misure premiali a condannati di elevata pericolosità, che diede luogo a diffuse preoccupazioni e indusse a pensare che si dovessero ridefinire e delimitare i presupposti per l'applicazione delle misure rieducative penitenziarie; l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale e la conseguente introduzione dei riti abbreviati, che comportavano una non indolore rinuncia alla proporzionalità tra reato commesso e sanzione inflitta[98]; l'individuazione di una eccessiva discrezionalità della magistratura di sorveglianza.

Nel biennio 1991-1992 alcuni provvedimenti legislativi mirarono, da un lato, ad una serie di restrizioni ed esclusioni dai benefici penitenziari nei confronti dei condannati per delitti riferibili alla criminalità organizzata, dall'altro, all'esclusione di tali inasprimenti per coloro che, pur appartenendo alle categorie prima indicate, avessero collaborato con la giustizia, nei termini definitivi dall'art. 58-ter: evitando, cioè, che l'attività delittuosa venisse portata a conseguenze ulteriori, aiutando concretamente l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori di reati.

Con queste ed altre previsioni si creò, quindi, una nuova forma di premialità, non correlata alla valutazione dei comportamenti nella prospettiva del trattamento rieducativo, ma ricollegabile, invece, a diverse esigenze, estranee alle tradizionali finalità della esecuzione delle pene detentive. Per effetto di tali norme, il sistema penitenziario venne, quindi, utilizzato non solo come strumento di neutralizzazione, ma anche come

[98] Le riduzioni di pena, garantite dai riti abbreviati, falsavano l'unico presupposto oggettivo, costituito dal quantum della pena inflitta, in grado di svolgere una funzione di sbarramento in fase esecutiva, «realizzando le premesse idonee a consentire una concessione delle misure di trattamento extramurario in tempi rischiosamente sfasati rispetto all'effettiva pericolosità dei

mezzo di orientamento dei condannati verso la collaborazione con la giustizia, svilendo in un certo modo l'offerta rieducativa[99].

Questi importanti cambiamenti non impedirono l'elaborazione di successivi provvedimenti legislativi diretti al recupero della prospettiva di risocializzazione e di decarcerizzazione e di un nuova attenzione per la «politica trattamentale».

Con il d.l. 14 giugno 1993 n°187, convertito dalla legge 12 agosto 1993 n°296 («Nuove misure in materia di trattamento penitenziario, nonché sull'espulsione dei cittadini stranieri») si realizzò un ampliamento dell'ambito di applicazione della detenzione domiciliare e delle sanzioni sostitutive, innalzando i limiti di pena per la relativa concessione ed ampliando le condizioni soggettive di fruibilità della prima, previste dal comma 1 dell'articolo 47 dell'ordinamento penitenziario.

Un ulteriore progresso nella direzione della decarcerizzazione e dell'umanizzazione della pena può essere attribuito alla legge cosiddetta Simeone-Saraceni del 27 maggio 1998, n°165. L'intenzione del legislatore era quella di fronteggiare le esigenze di contenimento della popolazione detenuta e di razionalizzare i meccanismi applicativi delle alternative alla detenzione nel segno di un riequilibrio del sistema della pena costituzionale. Ci si era resi conto della indispensabilità di un intervento

---

relativi destinatari» (F. DELLA CASA, *Recenti modificazioni,* in *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza,* AA.VV., cit., 81)

[99] Pur riconoscendo la compatibilità della disciplina con l'articolo 27, terzo comma della Costituzione, la Corte costituzionale dichiarò in più occasioni l'illegittimità costituzionale della stessa nei casi in cui la mancata collaborazione fosse accertata nei confronti di persone non appartenenti alla criminalità organizzata: «La persistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata è, in effetti, un indice di pericolosità sociale che può ragionevolmente autorizzare la revoca della misura alternativa in quanto è addebitabile al condannato e testimonia un'effettiva carenza del processo di risocializzazione; ma poiché in sede di concessione della misura la pericolosità sociale del condannato è già stata valutata e in tale valutazione ben può essere stato considerato l'elemento concernente la persistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, è logica conseguenza dei suesposti principi che la revoca non possa essere legittimamente disposta se non quando sia stata accertata l'attuale esistenza di siffatti collegamenti» (Corte costituzionale 8 luglio 1993 n°306, in *Giurisprudenza costituzionale,* 1993, II, 2466 ss).

legislativo volto ad agevolare un decremento del numero dei detenuti e a limitare il ricorso ai provvedimenti limitativi della libertà personale.

L'ondata riformistica andava a coinvolgere soprattutto le pene detentive brevi, sulla base della convinzione che esse, anche se costituenti parte residua di una condanna più ampia, non richiedessero la detenzione in istituto di pena, potendosi soddisfare la finalità rieducativa della pena attraverso l'esecuzione di una misura alternativa, alla quale accedere senza l'ingresso in carcere.

Era necessario eliminare le gravi difficoltà che il condannato incontrava nel cercare di ottenere la concessione della misura alternativa, difficoltà derivanti da condizioni economiche, sociali e culturali che talvolta implicavano la presenza di un'inefficace difesa tecnica[100].

La nuova legge mirò, anzitutto, a riformulare la disposizione contenuta nell'articolo 656 c.p.p., ridefinendo il ruolo del pubblico ministero e la posizione del condannato: al primo, oltre l'obbligo di dare avvio alla azione esecutiva con l'emissione del relativo ordine, attribuì il dovere di disporne la contestuale sospensione in presenza di una pena detentiva, anche residua, contenuta nel limite di tre anni, quattro per i tossicodipendenti o alcooldipendenti; al secondo diede la possibilità, una volta ricevuti entrambi i provvedimenti, di inoltrare entro trenta giorni la richiesta di concessione di una delle tre forme di misure alternative alla detenzione (affidamento in prova, detenzione domiciliare, semilibertà)[101].

---

[100] Il sistema previgente prevedeva che, per le pene detentive non superiori a tre anni, il pubblico ministero sospendesse l'emissione o l'esecuzione dell'ordine di carcerazione solo nel caso in cui prima dell'emissione o dell'esecuzione dell'ordine stesso venisse presentata istanza di ammissione all'affidamento in prova; in tal caso gli atti venivano trasmessi al Tribunale di sorveglianza, che doveva decidere entro quarantacinque giorni. Di conseguenza la presenza di un'adeguata assistenza tecnica agevolava la paralisi dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione, rinviando, quindi, la sottoposizione alla pena detentiva.

[101] Come osservato da Dolcini, il meccanismo processuale risultante dalla nuova formulazione dell'articolo 656 c.p.p. proiettava gravi incertezze sull'esecuzione della pena a causa di una serie di fattori, come, ad esempio, le possibili difficoltà nel consegnare al condannato l copie dei

Esplicò i suoi effetti, poi, sulla disciplina sostanziale dell'affidamento in prova, della semilibertà e della detenzione domiciliare[102].

Rispetto all'indirizzo politico del legislatore del '75 e dell'86, la legge del '98 è apparsa «come un intervento di discontinuità», soprattutto in relazione alla concezione trattamentale della pena: «sembra, infatti, privilegiare interventi di mera decarcerizzazione rispetto a quelli rieducativi» ed ampliare la possibilità di applicare le misure alternative, «fin quasi al limite dell'automatismo», utilizzandole come «strumento svuota carceri»[103].

Gli interventi normativi sin qui accennati denotano un andamento altalenante che connota l'evoluzione storica dell'ordinamento penitenziario e che scaturisce dalla tormentata ricerca di equilibrio tra esigenze di sicurezza sociale e la realizzazione di un sistema penitenziario conforme al dettato costituzionale.

---

provvedimenti del pubblico ministero, o il carattere meramente ordinatorio del termine di quarantacinque giorni dal ricevimento dell'istanza previsto per la decisione del Tribunale di sorveglianza in merito alla possibile concessione della misura richiesta (E. DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1990, 853).
Il protocollo sospensivo espresso nell'articolo 656 c.p.p., integrato e corretto da leggi successive alla legge Simeone, ha di fatto sconvolto la stessa prospettiva aperta dal sistema penitenziario, «che vedeva la misura alternativa quale prosecuzione di un processo che muove dal, e quindi presuppone il, carcere, e portava, almeno nell'originaria dimensione, a un'applicazione della misura alternativa previa osservazione intramuraria della personalità» (D. VIGONI, *La metamorfosi della pena nella dinamica dell'ordinamento,* Milano, 2011, 52).

[102] Secondo Vincenzo Macorra la legge in esame rappresenta la conferma del fatto che il principio di flessibilità della pena serva solo apparentemente ad assolvere la finalità rieducativa della pena sancita dall'articolo 27 della Costituzione. In realtà, infatti, le misure alternative vengono utilizzate per fronteggiare esigenze contingenti di volta in volta diverse: negli anni 1991-1992 per fronteggiare la criminalità (inasprendo l'accesso ai benefici), nel 1998 per sfollare gli istituti penitenziari (V. MACCORRA, *La disciplina dell'articolo 656 c.p.p. ed i provvedimenti di urgenza di competenza del magistrato di sorveglianza alla luce della riforma operata dalla l.27 maggio 1998 n. 165,* in *Esecuzione penale e alternative penitenziarie,* AA.VV., Padova, 1999, 29).

[103] L'intento del legislatore del '98 era soprattutto quello di razionalizzare i meccanismi applicativi delle misure alternative, nel segno del riequilibrio. Al contrario ha contribuito a snaturare il sistema con il meccanismo della sospensione della pena da parte del pubblico ministero, «senza valutazione dell'affidabilità o meno del condannato» (A. MUSCHITIELLO, E. NEVE, a cura di, *Dei diritti e delle pene,* Milano, 2003, 23)

L'inizio del nuovo millennio è stato caratterizzato da altre importanti novità legislative: la legge Smuraglia, 22 giugno 2000 n.193, ed il nuovo Regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario, promulgato con il d.P.R. 30 giugno 2000 n. 230, entrato in vigore il 6 settembre 2000. Quest'ultimo ha apportato importanti innovazioni al regime detentivo, prestando maggiore attenzione alla protezione del ristretto e privilegiando un trattamento ed una esecuzione penale di tipo extramurario. A tale scopo si è cercato di migliorare i rapporti tra il carcere e la società esterna: l'articolo 4 del d.P.R. dispone che «alle attività di trattamento svolte negli istituti e dai centri di servizio sociale partecipano tutti gli operatori penitenziari, secondo le rispettive competenze. Gli interventi di ciascun operatore professionale o volontario devono contribuire alla realizzazione di una positiva atmosfera di relazioni umane e svolgersi in una prospettiva di integrazione e collaborazione. A tal fine, gli istituti penitenziari e i centri di servizio sociale, dislocati in ciascun ambito regionale, costituiscono un complesso operativo unitario, i cui programmi sono organizzati e svolti con riferimento alle risorse della comunità locale; i direttori degli istituti e dei centri di servizio sociale indicono apposite e periodiche conferenze di servizio. Il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria ed i provveditori regionali adottano le opportune iniziative per promuovere il coordinamento operativo rispettivamente a livello nazionale e regionale».

In linea con la finalità rieducativa, deve essere garantita e favorita la più ampia partecipazione allo svolgimento di corsi scolastici e professionali, rendendola compatibile con l'esercizio dell'attività lavorativa e delle altre attività organizzate dall'istituto (articoli 41 e 42 del d.P.R.), nonché di corsi universitari, mettendo a disposizione, ove possibile, camere e reparti adeguati allo svolgimento dello studio (articolo 44).

Il regolamento in esame si caratterizza, inoltre, per la predisposizione di nuove e più avanzate condizioni di vita all'interno degli istituti, con lo

scopo di assicurare una più completa applicazione del principio costituzionale contenuto nel terzo comma dell'articolo 27. Nella relazione introduttiva viene, poi, indicato un ulteriore obiettivo in un più generale profilo di razionalizzazione, intesa non solo come armonizzazione di interpretazioni e prassi applicative che hanno dato vita a soluzione disuguali, ma anche come apporto di modifiche migliorative di alcuni aspetti del regime penitenziario «che appaiono sorrette da nuovi livelli di sensibilità e di rispetto verso le persone recluse»[104]. Ciò ha implicato la individuazione di nuove regole che unifichino le prassi operative riguardanti la concessione delle misure alternative, l'esecuzione dei provvedimenti, la concreta gestione delle misure ed il loro esito[105].

Importanti modifiche regolamentari riguardano, inoltre, la disciplina esecutiva del lavoro all'esterno: il nuovo articolo 48 si preoccupa di tutelare quegli interessi che il lavoro all'esterno potrebbe limitare, come i rapporti con la propria famiglia, che potrebbero subire una diminuzione dovuta alla mancata presenza in istituto del detenuto durante le fasce orarie previste per i colloqui[106]. E proprio nell'intento di mantenere, migliorare o

---

[104]*Parere richiesto dal Ministro della Giustizia sullo schema del Regolamento di esecuzione della legge 26 luglio 1975 n. 354:* «deve, quindi, sottolinearsi, alla luce della sintetica esposizione dei dichiarati obiettivi della riforma, come lo schema di regolamento predisposto dal Ministro della Giustizia appaia certamente condivisibile, anche perché offre al Parlamento e all'opinione pubblica l'occasione di una nuova riflessione sul sistema carcerario del nostro Paese e, più in generale, sui tema della pena e della sua esecuzione. Il giudizio positivo sulla proposta deve essere, peraltro, integrato con alcune osservazioni di carattere generale che richiamano significative carenze strutturali e la necessità, non più rinviabile, di disporre di mezzi finanziari adeguati al fine di porvi rimedio» (*www.csm.it*).

[105] Prassi operative diversificate, in assenza di univoche indicazioni, hanno in molti casi reso problematica l'esecuzione delle misure alternative e la loro durata. Si sottolineava, soprattutto, la frequenza delle ipotesi in cui dovevano essere eseguite una serie di pene contenute in ordini di esecuzione emessi in tempi diversi e da diversi organi del pubblico ministero che, in quanto non cumulate, accrescono le difficoltà di conoscere con certezza origine, entità, decorrenza e scadenza delle misure alternative

[106] La prima parte del comma tredici della norma in esame così dispone:«nel provvedimento di assegnazione al lavoro all'esterno senza scorta devono essere indicate le prescrizioni che il detenuto o internato deve impegnarsi per iscritto a rispettare durante il tempo da trascorrere fuori dall'istituto, nonché quelle relative agli orari di uscita e di rientro, tenuto anche conto della esigenza di consumazione dei pasti e del mantenimento dei rapporti con la famiglia, secondo le indicazioni del programma di trattamento[…]».

ristabilire le relazioni dei detenuti con le proprie famiglie, la nuova formulazione dell'articolo 61, comma 2 del regolamento prevede una particolare forma di permesso, che consente ai detenuti, ad eccezione di coloro che si sono macchiati dei delitti di cui all'articolo 4 bis o. p., di trascorrere un periodo di tempo fino a ventiquattro ore continuative con il proprio nucleo familiare all'interno dell'istituto, in apposite unità abitative, permettendo la realizzazione di incontri analoghi a quelli possibili all'esterno.

Al fine di incrementare le possibilità occupazionali e le risorse lavorative si è, inoltre, cercato di facilitare l'ingresso in istituto di imprese e cooperative sociali. A tale ultimo intento si è ispirata la legge Smuraglia, prevedendo benefici fiscali e contributivi per le imprese che volessero assumere detenuti o svolgere attività formative nei loro confronti. L'intento è stato quello non solo di incentivare le offerte provenienti da cooperative ed imprese, ma anche quello di permettere lo svolgimento dell'attività lavorativa, oltre che ai soggetti ammessi alle misure alternative, altresì ai detenuti o internati negli istituti penitenziari.

I diversi provvedimenti che, nel tempo, hanno stravolto l'impianto originario della legge del '75 mostrano numerose dichiarazioni d'intenti difficilmente realizzate.

Nonostante i molti anni di vigenza dell'ordinamento penitenziario, si è ben lontani dal poter ritenere che esso abbia avuto la possibilità di esplicare al massimo le sue potenzialità[107]. Ma il modello di carcere disegnato dall'ordinamento penitenziario non deve rimanere una cornice astratta dai contenuti, «ma deve tendere ad una effettiva sovrapposizione con la realtà carceraria del Paese, caratterizzata troppo spesso da sovraffollamento e

[107] A. MUSCHITIELLO, E. NEVE (a cura di), *Dei diritti e delle pene*, cit. 25.

mancanza di risorse e strutture adeguate»[108]. La previsione e la disciplina delle misure alternative e dei benefici penitenziari hanno rappresentato un importante avvicinamento ad un politica penitenziaria meno segregante; offrono vantaggi eccezionali, mettendo in primo piano la persona, rendendo più umana la pena e il modo di viverla, stimolando e facilitando l'elaborazione di un trattamento individualizzato che prepari il detenuto al futuro reinserimento, permettendo di conservare i rapporti con la famiglia e con la comunità di appartenenza[109].

[108] Parere richiesto dal Ministro della Giustizia sullo schema di Regolamento di esecuzione della legge 26 luglio 1975 n.354 (www.csm.it).
[109] A. LOVATI, *Carcere e territorio. I nuovi rapporti promossi dalla legge Gozzini ed un'analisi del trattamento dei tossicodipendenti*, Milano, 1988, 221.

CAPITOLO II

LE MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE: CONDIZIONI E MODALITA' DI ACCESSO AI BENEFICI

1. Modalità di trattamento e finalità rieducativa: il permesso premio. 2. La risocializzazione del reo prima dell'espiazione della pena in istituto: l'affidamento in prova al servizio sociale. 3. La detenzione domiciliare ed i dubbi sulla sua funzione risocializzante. 4. Semilibertà e reinserimento nella società civile. 5. La riduzione della pena ad opera della liberazione anticipata. 6 La remissione del debito. 7. Liberazione condizionale e libertà vigilata. 8. Riflessioni di chiusura sull'attuale fisionomia delle misure alternative.

1. Modalità di trattamento e finalità rieducativa: il permesso premio.

Il permesso costituisce lo strumento mediante il quale si può consentire alla persona stabilmente privata della libertà di trascorrere un breve periodo di tempo nell'ambiente libero, con determinate cautele e con l'obbligo di rientro spontaneo nell'istituto penitenziario alla scadenza del termine[110].

Per la concessione di tale beneficio non esistono preclusioni assolute fondate sul titolo di reato in ordine al quale si è stati condannati bensì – sul piano oggettivo – solo limiti temporali connessi al *quantum* di pena già scontato.

Per tale ragione, pur non essendo tecnicamente inquadrato tra le misure alternative alla detenzione, lo strumento del permesso premio persegue fortemente il fine della risocializzazione graduale del condannato.

A seguito dell'entrata in vigore della Legge n. 663 del 1986 si possono individuare tre tipi di permesso e due tipi di licenza con differenti finalità e funzioni e con diversi presupposti oggettivi e soggettivi. Come anticipato,

[110] CANEPA M., MARCHESELLI A., MERLO S., *Lezioni di diritto penitenziario*, Giuffrè editore, Milano 2002, p. 97

permessi e licenze devono essere considerati "modalità del trattamento", pur essendo collocati in ambiti sistematici diversi: infatti, mentre i permessi sono disciplinati espressamente fra "le modalità del trattamento", le licenze ai condannati semiliberi e le licenze agli internati (artt. 52 e 53), istituti non modificati dalla riforma del 1986, sono disciplinate tra le misure alternative alla detenzione[111].

Per quanto riguarda più specificamente la disciplina dei permessi, la Legge n. 663 del 1986 ha introdotto nella legge penitenziaria l'art. 30-ter, dedicato al nuovo istituto dei permessi premio, lasciando inalterata la precedente normativa in tema di permessi contenuta negli artt. 30 e 30-bis. Si possono, adesso, individuare due tipi di permesso: quelli che rispondono ad una funzione di sola umanizzazione della pena e quelli che, oltre alle finalità di umanizzazione della pena, sono "strumenti al contempo premiali e di trattamento individualizzato del condannato, in una prospettiva spiccatamente specialpreventiva"[112].

I tratti fondamentali dell'istituto del permesso premio sono completamente diversi da quelli del permesso ordinario: questi ultimi sono, infatti, stabiliti per far fronte ad evenienze gravi ed eccezionali, prodottesi all'esterno della vita carceraria; invece, ciò che è preso in considerazione per i permessi premio è la regolarità della vita del condannato all'interno dell'istituto e la proiezione che se ne può presagire nell'ambiente libero. Due elementi, quindi, differenziano strutturalmente il permesso premio dal permesso

---

[111] Circa la natura dei permessi premio, la Corte costituzionale indica una concezione "plurifunzionale" del permesso premio rilevando che tale istituto:
Oltre che incentivo alla collaborazione del detenuto con l'istituzione carceraria, in funzione, appunto del premio previsto, è esso stesso strumento di rieducazione, consentendo un iniziale reinserimento del condannato nella società, essendo per altro l'istituto condizionato all'assenza di particolare pericolosità sociale, in conseguenza della c.d. 'regolare condotta', ossia, secondo l'art. 30-*ter*, 8º co., della manifestazione, durante la detenzione, di costante senso di responsabilità e di correttezza nel comportamento personale, nelle attività organizzative degli istituti e nelle eventuali attività lavorative e culturali, vgs. Corte Costituzionale, 30 luglio 1997, n. 296.

[112] PAVARINI M., *Art. 30*-ter, *ord. pen. Permessi premio*, in *Codice commentato dell'esecuzione penale*, Torino, Utet, 2002, p. 76.

ordinario: la valenza premiale dell'istituto ed il suo essere, per espressa previsione normativa, parte integrante del trattamento.

Secondo l'art. 30-ter o.p. «ai condannati che hanno tenuto regolare condotta […] e che non risultano socialmente pericolosi, il magistrato di sorveglianza, sentito il direttore dell'istituto, può concedere permessi premio di durata non superiore ogni volta a quindici giorni per consentire di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro. La durata dei permessi premio non può superare complessivamente quarantacinque giorni in ciascun anno di espiazione. […] L'esperienza dei permessi premio è parte integrante del programma di trattamento e deve essere eseguito dagli educatori e assistenti sociali penitenziari in collaborazione con gli operatori sociali del territorio […] La condotta dei condannati si considera regolare quando i soggetti, 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»[113].

Come accennato, nonostante il tentativo operato dall'articolo 29 del progetto di legge, approvato dal Senato il 18 dicembre 1973, che prevedeva permessi speciali di cinque giorni anche al fine di mantenere le relazioni umane dei detenuti, solo nel 1986 si riuscì ad introdurre nell'ordinamento penitenziario, ad opera della legge n. 663, l'istituto del permesso premio. Prima di allora, l'articolo 30 della legge n.354/1975 prevedeva soltanto il permesso di necessità per imminente pericolo di vita di un famigliare o di un congiunto ed il permesso per gravi ed accertati motivi. Non si trattava, dunque, di un permesso «trattamentale», potendo il detenuto accedervi solo in presenza di gravi situazioni in cui versava lui stesso o la sua famiglia.

Ci si rese, però, presto conto che un permesso inteso quale strumento del trattamento rieducativo avrebbe rappresentato un importante elemento per

[113]Articolo 30 ter o. p.

la costituzione di un carcere come luogo non più di distruzione e degradazione ma di risocializzazione del condannato, per il raggiungimento delle finalità cui tendevano le misure alternative previste dalla riforma del 1975.

L'introduzione dei permessi ha, così, risposto in primo luogo alle aspettative della Magistratura di Sorveglianza, che da tempo si adoperava per piegare il rigido strumento offerto dall'articolo 30 o. p. alle esigenze rieducative[114].

Nell'ottica di un carcere non più chiuso, ma aperto e strettamente collegato al sociale, il permesso premio andava a collocarsi accanto a tutti gli altri istituti cui era affidata la sollecitazione del condannato verso l'offerta rieducativa, e che tendevano alla proiezione dello stesso all'esterno del carcere ed ad una sua responsabilizzazione.

Secondo il 1°comma dell'articolo 30 ter, il permesso premio può essere concesso al detenuto per consentirgli di coltivare interessi affettivi, culturali o lavorativi. Seppur contenente le motivazioni maggiormente rilevanti, tale indicazione non può comunque ritenersi esaustiva. Se, infatti, l'esperienza del permesso, come sancito dal comma 3 della norma in esame, vuole realmente essere un elemento di un trattamento rieducativo ed individualizzato in ragione dei particolari bisogni della personalità di ciascun detenuto, è lecito ipotizzarne la concessione anche al di là delle finalità previste dal legislatore, così da consentire al condannato di coltivare interessi anche diversi da quelli espressamente indicati, ma

[114] G.ZAPPA, *Il permesso premiale: analisi dell'istituto e profili operativi,* in *Rassegna penitenziaria e criminologica,* 1988, 2 ss. Come sottolineato dall'Autore, una riforma penitenziaria, quella dell'86, che introduceva misure alternative alla detenzione quali l'affidamento in prova al servizio sociale, la semilibertà, la detenzione domiciliare, la liberazione anticipata, non poteva non prevedere, nell'ottica della necessaria progressione del trattamento un istituto quale il permesso premio, ormai introdotto negli altri Paesi europei.

comunque proficui in vista di un suo futuro reinserimento[115]. In tal modo maggiori sarebbero le possibilità di far assumere allo stesso un ruolo attivo nel mantenimento e nel rafforzamento dei propri rapporti con la società esterna, anche in vista della precostituzione delle premesse ambientali più adatte al proprio reinserimento[116].

Proprio nel senso di una applicazione più ampia dell'istituto rispetto alla casistica prevista dall'art. 30-ter o.p. si era adoperata la Magistratura di Sorveglianza a seguito della riforma, incontrando, però, non poche resistenze.

Il 25 novembre del 1987 il Tribunale di sorveglianza di Roma decideva in camera di consiglio il ricorso presentato dal procuratore della Repubblica avverso il provvedimento del magistrato di sorveglianza, con il quale era stato concesso un permesso premio di quattro giorni e 12 ore, ripartito in una pluralità di uscite dal carcere di sei ore ciascuna, al fine di permettere ad un gruppo di detenuti di allestire all'esterno e nell'arco di un trimestre

---

[115] Alla luce delle finalità cui è tendenzialmente preordinato l'istituto del permesso premio emergono diverse differenze rispetto al «permesso di necessità» disciplinato dall'articolo 30. Finalizzato a una mera umanizzazione della pena detentiva, tale diversa forma di permesso prescinde del tutto dal comportamento carcerario del detenuto e dalla sua pericolosità sociale, essendo concedibile sulla base di avvenimenti gravi. Parte della dottrina ha però espresso alcune preoccupazioni circa la possibile e reciproca influenza tra i due istituti. Potrebbe, ad esempio, accadere che nei confronti di un detenuto che già usufruisca dei permessi premio le condizioni cui è subordinato il «permesso di necessità» vengano considerate con maggiore comprensione e disponibilità; o che, al contrario, la negazione del permesso premiale possa influire sulla valutazione dei parametri della gravità, eccezionalità ed imminente pericolo di vita previsti dall'articolo 30 (E. FASSONE, T. BASILE, G. TUCCILLO, *La riforma penitenziaria: commento teorico pratico alla l.663/1986,* cit., 23).
Come suggerito dalla denominazione della norma corrispondente, l'istituto in esame risulta avere una valenza premiale. Intorno alla sua natura, tuttavia, non sono mancate valutazioni tra loro diverse: alcuni valorizzando la *ratio* premiale della concessione, vista come ricompensa per la regolare condotta carceraria (F. GIUNTA, *Commento all'art.9 l.10 ottobre 1986, n.663,* in *Legislazione penale,* 1987, 140); altri riscontrandovi un'esigenza specialpreventiva ed una funzione rieducativa (A. MARGARA, *La modifica della legge penitenziaria: una scommessa per il carcere, una scommessa contro il carcere*, cit., 530). Nella sentenza n.188/1990 la Corte Costituzionale ha definito il permesso premio un incentivo alla collaborazione del detenuto con l'istituzione carceraria in funzione del premio previsto e, al tempo stesso, uno strumento di rieducazione in quanto consente un iniziale reinserimento del detenuto in società (Corte Cost., 12.04.1990, n.188, in *Giurisprudenza costituzionale,* 1990, 1116 s.).

[116] V. GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario,* cit., 41.

una rappresentazione teatrale. Pur sostenendo l'inammissibilità del permesso premio cosiddetto continuativo, il Tribunale di Sorveglianza faceva salvo il singolo caso, invocando la generale giurisprudenza in materia secondo cui non era possibile pronunciarsi quando, nelle more della procedura, la data dell'evento o l'occasione per cui il permesso veniva richiesto fosse ormai passata.

Nell'esporre le proprie argomentazioni, il procuratore della Repubblica osservava come non ogni interesse culturale poteva essere recepito poiché era necessario correlarlo non solo ai programmi di trattamento ma anche alle esigenze di tutela della collettività e di ordine pubblico. Richiamava, inoltre, l'attenzione sullo scopo del permesso premio, ovvero quello di consentire al detenuto lo svolgimento di attività non concretamente estrinsecabili nell'ambito dell'istituto, a meno di non risultare ulteriormente compresse. Tali argomentazioni, seppur presentando una certa organicità e coerenza, rivelavano, però, una riduttiva concezione della funzione risocializzatrice della pena ed una arbitraria svalutazione dell'operatività dell'articolo 30 ter o. p.

Pur potendo l'allestimento di una rappresentazione teatrale svolgersi all'interno del carcere, la scelta di consentirne lo svolgimento anche all'esterno rispondeva alla *ratio* di un progressivo reinserimento del detenuto nella società, attuabile già durante l'esecuzione della pena proprio grazie agli istituti penitenziari, alle misure alternative, al lavoro all'esterno ed ai permessi premio, introdotti dalla legge 663/1986. L'esperienza di una preparazione teatrale fuori dall'istituto penitenziario, osservava il Tribunale, era diretta, oltre e più che alla semplice partecipazione ad una scuola di recitazione, ad uno scambio di esperienze e ad un lavoro comune, interpretativo, di elaborazione dei testi e di costruzione dello spettacolo, di liberazione di capacità creative ed espressive, e, quindi, di uno scambio e di una crescita culturale e sociale tra i partecipanti, detenuti e non.

Rispondeva, inoltre, ad un progetto di integrazione tra carcere e territorio, tra detenuti e territorio circostante. «Appare evidente la capacità reale di questa esperienza di generare crescita e sviluppo della personalità dei soggetti interessati, con effetti espansivi ulteriori intorno ad essi. Sembra di grande importanza il saper cogliere e favorire una concezione più corretta ed aperta del rapporto tra detenuto e società esterna, ove la carcerazione sia detenzione e non segregazione, ed ove il carcere sia integrato nel territorio e nella società circostante in un rapporto di conoscenza e di collaborazione, nel comune sforzo di risocializzazione del detenuto ma anche di presa di coscienza di certi fattori e di certe realtà da parte della società, e così di crescita civile tutta».

Sulla scorta di tali affermazioni del Tribunale, risultava infondata anche la pretesa di subordinare la concessione del permesso premio e della finalità risocializzatrice con esso perseguita alle esigenze di ordine pubblico[117].

La progressiva apertura verso l'ampliamento della concessione di benefici premiali al di fuori delle ipotesi espressamente codificate è rappresentata da una più recente pronuncia della Cassazione, con la quale la Suprema Corte ha confermato un'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Firenze che concedeva, a titolo di permesso premio, la possibilità di effettuare una telefonata di trenta minuti con l'estero ad un cittadino extracomunitario che, a causa dello stato di detenzione in Italia, non effettuava da tempo colloqui con i familiari.

A parere delle Corte, nel concetto di permesso non rientrerebbe solamente la liberazione temporanea del detenuto, bensì anche altri benefici premiali tali da permettere al condannato di coltivare quegli interessi personali indicati dall'articolo 30 ter. Tra questi devono comprendersi anche i colloqui telefonici con i familiari residenti all'estero, che assumono

[117] Trib. Sorv. Roma, 25.11.1987, in *Cassazione penale*, 1989, 691 ss.

particolare valenza nei confronti dei detenuti stranieri, per i quali, in assenza di punti di riferimento nel territorio italiano, una tale conformazione del permesso costituisce l'unica modalità di risocializzazione nel contesto del percorso rieducativo[118].

Come parte integrante del programma di osservazione e trattamento, il permesso premio esplica la propria utilità anche per valutare il grado di affidabilità del detenuto in vista della concessione della misura alternativa[119]. L'esperienza dei permessi deve essere seguita dagli educatori ed assistenti sociali penitenziari in collaborazione con gli operatori sociali del territorio; l'eventuale risultato negativo può essere valutato quale dimostrazione della mancanza di partecipazione all'opera di rieducazione, condizione indispensabile per la concessione della liberazione anticipata[120].

Tali presupposti hanno portato alcuni autori a ritenere non necessariamente negativi alcuni limiti posti dal legislatore per la concessione dell'istituto. Non è inopportuno, si è osservato, che, per le pene maggiori, il permesso arrivi dopo un determinato periodo di detenzione; un siffatto limite, infatti, consentirebbe una miglior conoscenza del soggetto e della situazione che egli trova fuori dal carcere nel proprio ambiente sociale e familiare[121].

---

[118] Cass., Sez. I, 22.11.2005, n.42001, in *Diritto e Giustizia,* 2005, 50.

[119]Corte Cost., 06.06.1995, n.227; 14.12.1995, n.504, in Il Foro italiano, 1996, 396; M.G. COPPETTA, *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'articolo4 bis o. p.*, in *Cassazione penale* 1997, 1255 ss. La Corte ha sottolineato la funzione pedagogico-propulsiva del permesso premio, vedendolo come strumento cruciale del programma di trattamento, tale da consentire la progressione nella premialità, in modo funzionale all'ulteriore avanzamento verso l'affidamento in prova. Nella prima delle sentenze richiamate viene emerge una vera e propria inversione di rotta ad opera della Consulta verso l'assimilazione tra permesso premio e misure alternative (A. PRESUTTI, *I permessi premio come strumento di rieducazione: i corollari di una svolt*a, in *Diritto penale e processo,* 1995, 1330).

[120] Cass., Sez. I, 04.10.1996, n.5618, in *La Giustizia penale,* 1998, III, 168.

[121] A. MARGARA, *La modifica della legge penitenziaria: una scommessa per il carcere, una scommessa contro il carcere*, cit., 523. La concessione dei permessi è ammessa: nei confronti dei condannati all'arresto o alla reclusione superiore a tre anni anche se congiunta all'arresto; nei confronti dei condannati alla reclusione superiore a tre anni, dopo l'espiazione di almeno un quarto della pena; nei confronti dei condannati alla reclusione per uno dei delitti indicati nei commi 1, 1 ter e 1 quater dell'articolo 4 bis, dopo l'espiazione di almeno la metà della pena e, comunque, di non oltre dieci anni; nei confronti dei condannati all'ergastolo, dopo l'espiazione di almeno dieci anni. Per i condannati per i delitti di sequestro di persona a scopo estorsivo o a scopo

Il permesso premiale rappresenta, altresì, uno strumento di contrasto all'eventuale coltivazione delle scelte devianti che l'ambiente carcerario può favorire.

Nel merito, la possibilità di concessione del permesso premio è subordinata alla sussistenza di presupposti oggettivi e soggettivi.

Può essere, invero, concesso soltanto ai 'condannati', cioè coloro che sono detenuti in espiazione di pena conseguente a sentenza di condanna passata in giudicato: si tratta dei detenuti cosiddetti 'definitivi', che nell'esperienza comune, sono contrapposti ai detenuti cosiddetti 'giudicabili', ossia gli imputati ristretti in custodia cautelare[122]. Sono inoltre esclusi dal beneficio dei permessi premio gli affidati al servizio sociale, i liberi controllati e i condannati in detenzione domiciliare.

I semiliberi, per una parte della dottrina, possono beneficiare dei permessi premio[123]; contraria a quest'ipotesi è un'altra parte della dottrina che ritiene, invece, assorbite le funzioni dei permessi premio da quelle delle licenze previste dall'art. 52[124]. Per quanto riguarda gli internati, vi è consenso generale della dottrina sull'esclusione dalla disciplina dei permessi premio: le tesi si basano sulla considerazione di come le licenze per gli internati siano disciplinate dall'art. 53 dell'Ordinamento penitenziario sia con riferimento alle gravi esigenze personali e familiari, sia con riguardo al fine

---

terroristico, colpevoli di aver cagionato la morte del sequestrato, l'applicazione del permesso premio è subordinata alla previa espiazione di almeno due terzi della pena irrogata o di almeno ventisei anni nel caso di condanna all'ergastolo.

[122] Uno degli obiettivi perseguiti con la scelta di concedere solo ai detenuti 'condannati' la possibilità di ottenere i permessi premio è legato alla finalità data a questo istituto dal legislatore di fungere da incentivo ad abbandonare la prassi dell'utilizzazione dei mezzi di impugnazione in funzione esclusivamente 'defatigatoria', allo scopo, in pratica, di procrastinare il più possibile il raggiungimento del risultato senza reali speranze difensive. La rinuncia alle impugnazioni difficilmente, però, è ottenibile da un condannato alla pena dell'ergastolo, il quale può beneficiare dei permessi solo dopo aver scontato dieci anni di pena; al massimo si può avere rinuncia al solo ricorso per Cassazione e non all'impugnazione di merito. TAMPIERI L., *I permessi premio e le norme in materia di permessi e licenze*, in FLORA G. (cura di), *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario* - L. 10 ottobre 1986, n. 663, cit., p. 135.

[123] GIUNTA F., *Commento art. 9, Legge 10 ottobre 1986, n. 663*, cit., p. 138.

[124] TAMPIERI L., *I permessi premio e le norme in materia di permessi e licenze*, cit.

di favorire il riadattamento sociale. I condannati militari sono ammessi a fruire dei permessi premio a seguito di pronunzia della Corte costituzionale[125].

La norma pone specifici presupposti limitativi riguardo all'entità della pena in espiazione: la concessione del beneficio è ammessa nei confronti dei condannati all'arresto o alla reclusione non superiore a quattro anni anche se congiunta all'arresto***;*** nei confronti dei condannati alla reclusione superiore a quattro anni, dopo l'espiazione di almeno un quarto della pena; nei confronti dei condannati alla reclusione per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater dell'articolo 4-bis, dopo l'espiazione di almeno metà della pena e, comunque, di non oltre dieci anni.

I permessi premio possono, inoltre, essere concessi ai condannati alla pena dell'ergastolo, dopo l'espiazione di almeno dieci anni. E' opportuno ricordare che, al fine della maturazione dei termini di espiazione di pena previsti per la concessione dei permessi premio, si considera come scontata la parte di pena detratta per concessione della liberazione anticipata (art. 54 dell'Ordinamento penitenziario)[126].

---

[125] Corte Costituzionale, 6 giugno 1995, n. 227, in "Rivista di diritto e procedura penale", 1995, p. 1305, la quale afferma: "E' incostituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., violando i principi dell'uguaglianza e della funzione rieducativa della pena, l'art. 30-*ter*, 4º co, l. 26-07-1975, introdotto dall'art. 9, l. 10-10-1986, n. 663, nella parte in cui non prevede requisiti di ammissione al permesso premio rispetto alla reclusione militare equivalenti a quelli previsti per la pena della reclusione ordinaria: e ciò sia nel caso in cui venga espiata una pena originariamente militare, sia nel caso in cui la pena militare venga espiata in sostituzione della pena comune"

[126] La Cassazione, a proposito delle diverse condizioni necessarie per l'applicazione dei due istituti, ha stabilito che: "Mentre la concessione dei permessi premio è condizionata unicamente alla regolare condotta tenuta dal condannato ed alla sua non particolare pericolosità sociale, per l'ammissione al beneficio della liberazione anticipata si esige non solo una condotta regolare, ma anche la prova della partecipazione del condannato all'opera di rieducazione, desumibile dalle circostanze indicate esemplificativamente nell'art. 94 del regolamento approvato con d.p.r. 431/1976. Ne consegue che legittimamente viene respinta la richiesta di ammissione alla liberazione anticipata avanzata da detenuto già ammesso a fruire dei permessi premio". (Cassazione, 20 marzo 1989, in "Cassazione penale", 1990, p. 981). In seguito la Suprema Corte ha stabilito che: "L'osservazione del condannato ai fini della liberazione anticipata non è limitata ai periodi di stretta detenzione ed è applicabile anche ai periodi in cui il soggetto usufruisce di permessi premio dato che la prova di partecipazione all'opera di rieducazione deve essere data anche per periodi trascorsi al di fuori delle strutture penitenziarie". (Cassazione penale, sezione I, 11 maggio 1990, Minniti)

Nei confronti di soggetti 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[127], la concessione è ammessa soltanto decorsi due anni dalla commissione del fatto (art. 30-*ter*, quinto comma, dell'Ordinamento penitenziario).

Per quanto riguarda i requisiti soggettivi al fine della concessione del benefici, la misura premiale può essere applicata a condizione che il condannato non risulti socialmente pericoloso e che abbia tenuto una regolare condotta, intesa, la seconda, non solo nel senso di rispetto passivo delle regole carcerarie, ma anche nel senso di attiva partecipazione all'opera di rieducazione, soprattutto alla luce della constatata interdipendenza tra progressi trattamentali e permessi premio[128].

Secondo una pronuncia del Tribunale di Sorveglianza di Milano, il permesso premio non può essere concesso al detenuto che non mostri segni di evoluzione rispetto ad un comportamento diretto solo alla tutela della propria immagine e caratterizzato da una totale chiusura rispetto alla problematica etica e affettiva della vicenda che lo ha coinvolto[129].

Quanto al primo dei presupposti menzionati, l'assenza di pericolosità sociale va valutata tenendo conto anche, in senso negativo, della mancanza

---

[127] La lunghezza del periodo di sospensione dell'ammissibilità del beneficio indica chiaramente che la norma da un lato ha come destinatari i condannati a lunghe pene detentive, dall'altro sembra diretta ad incentivare il più possibile comportamenti corretti e rispettosi della legge, dato i molti reati che sono commessi all'interno degli istituti. Questa seconda caratteristica appare, però, troppo "punitiva" poiché porta a dare rilievo a qualsiasi delitto doloso per il quale il soggetto è imputato, con il risultato che la sospensione dei permessi può riguardare soggetti che hanno commesso fatti di modesta gravità, sui quali l'accertamento può non giungere in tempi brevi. MARGARA A., *La modifica della legge penitenziaria: una scommessa per il carcere, una scommessa contro il carcere*, in *Questione giustizia*, 1986, p. 254

[128] F. CHERUBINI, *Appunti sul permesso premio nell'innovata normativa penitenziaria,* in *Giurisprudenza italiana*, 1994, 5. Come affermato da Blasi, «la regolare condotta si desume dal comportamento del detenuto all'interno della struttura penitenziaria e consiste nella manifestazione costante del senso di responsabilità da parte del detenuto, nonché nella correttezza del comportamento personale manifestato nelle attività trattamentali disposte dall'istituto di reclusione» (L. BLASI, *Quella telefonata-premio per il detenuto è un passo avanti verso la rieducazione,* in *Diritto e giustizia*, 2005, 48).

[129] Sez. Sorv., Milano, 09.04.1997, in *Diritto penale e processo*, 1998, 1124.

di elementi indicativi di una rivisitazione critica, da parte del condannato, del comportamento deviante avuto[130]. Il legislatore sembra aver fatto riferimento alla nozione di pericolosità sociale contenuta nell'articolo 203 c.p. a proposito di misure di sicurezza; occorrerà, dunque, un giudizio prognostico circa la probabilità che il soggetto torni a delinquere, nonché un'attenta valutazione degli elementi indicati nell'articolo 133 c.p.[131].

Pur in presenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi, la concessione del permesso premio è subordinata ad una decisione del tutto discrezionale del magistrato di sorveglianza; discrezionalità assoggettata, però, al rispetto delle regole di ragionevolezza, tali da non indurre ad una interpretazione restrittiva e tassativa della elencazione degli interessi contenuta nella norma[132].

Fino al 1977, in linea con la giurisprudenza della Cassazione, non era ammesso alcun mezzo di gravame contro la decisione relativa all'istanza di permesso[133]. Con legge n. 450 del 20 luglio 1997, il legislatore ha opportunamente introdotto tale possibilità, disciplinata dall'articolo 30 bis o. p., tanto per i «permessi di necessità», quanto per i permessi premio[134].

---

[130] Cass., Sez. I, 23.11.2007, n.239173, in *Il foro italiano online.*

[131] F. FIORENTIN, A. MARCHESELLI, *L'ordinamento penitenziario,* Milano, 2005, 92.

[132] Corte Cost., 12.04.1990, n.188, in *Giurisprudenza costituzionale*, cit.

[133] Tale indirizzo, riscontrabile anche in dottrina, derivava dalla qualificazione amministrativa del provvedimento di concessione del permesso. Qualificazione che caratterizzò a lungo la giurisprudenza anche con riferimento alla questione concernente la possibilità di ricorrere per cassazione avverso il provvedimento di concessione o diniego. Questione che sarà risolta con le due pronunce della Corte Costituzionale nn.227 e 504 del 1995, con le quali viene riconosciuta l'ammissibilità della facoltà di impugnativa della cassazione e puntualizzata la natura giurisdizionale dell'istituto.

[134] Così recita l'articolo 30 bis: «Prima di pronunciarsi sull'istanza di permesso, l'autorità competente deve assumere informazioni sulla sussistenza dei motivi addotti, a mezzo delle autorità di pubblica sicurezza, anche del luogo in cui l'istante chiede di recarsi. La decisione sull'istanza è adottata con provvedimento motivato. Il provvedimento è comunicato immediatamente senza formalità, anche a mezzo del telegrafo o del telefono, al pubblico ministero e all'interessato, i quali, entro ventiquattro ore dalla comunicazione, possono proporre reclamo, se il provvedimento è stato emesso dal magistrato di sorveglianza, al tribunale di sorveglianza, o, se il provvedimento è stato emesso da altro organo giudiziario, alla corte di appello. Il tribunale di sorveglianza o la corte di appello, assunte, se del caso, sommarie informazioni, provvede entro dieci giorni dalla ricezione del reclamo dandone immediata comunicazione ai sensi del comma precedente. Il magistrato di sorveglianza, o il presidente della

2. La risocializzazione del reo prima dell'espiazione della pena in istituto: l'affidamento in prova al servizio sociale.

Ispirata alla *probation* di matrice anglosassone[135], l'affidamento in prova consiste nella sottoposizione del condannato ad una pena detentiva non superiore a tre anni, ad un periodo di prova, di durata pari alla pena da scontare, il cui esito positivo determina l'estinzione della pena e degli effetti penali della condanna.

Introdotto dalla legge 354/1975, la disciplina originaria ha subito alcuni correttivi, non solo da parte del legislatore (con la legge Gozzini e la legge Simeone), ma anche ad opera della Corte Costituzionale.

Senza dubbio esso costituisce la più significativa tra le misure alternative alla pena detentiva, in quanto mira alla realizzazione della finalità

---

corte d'appello, non fa parte del collegio che decide sul reclamo avverso il provvedimento da lui emesso. Quando per effetto della disposizione contenuta nel precedente comma non è possibile comporre il tribunale di sorveglianza magistrati di sorveglianza del distretto, si procede all'integrazione della sezione ai sensi dell'articolo 68, terzo comma. L'esecuzione del permesso è sospesa sino alla scadenza del termine stabilito dal terzo comma e durante il procedimento previsto dal quarto comma, sino alla scadenza del termine ivi previsto. […]».

[135] Il *probation* trae origine da decisioni giudiziali adottate nel XIX secolo negli Stati Uniti ed in Inghilterra, soprattutto a seguito delle pressioni esercitate da parte delle associazioni di assistenza e prevenzione, le quali sottolineavano il forte carattere diseducativo e desocializzante che il contesto carcerario poteva assumere. Una traduzione della locuzione richiamata è contenuta nella sentenza della Corte Costituzionale 29 ottobre 1987 n.343, nella quale si afferma: «l'introduzione, nel nostro come in altri ordinamenti, europei ed extraeuropei, di misure alternative alla detenzione, genericamente definibili di "prova controllata" o *probation* trae origine dalle congiunte crisi della pena detentiva e delle misure clemenziali, rivelatesi inadeguate, la prima a svolgere il ruolo di unico e rigido strumento di prevenzione generale e speciale, le seconde a promuovere reali manifestazioni di emenda. Di qui la tendenza, nell'ambito di una generale ricerca di strategie penali differenziate, a creare misure che, attraverso l'imposizione di prescrizioni limitative, ma non privative, della libertà personale e l'apprestamento di forme di assistenza, siano idonee a funzionare ad un tempo come strumenti di controllo sociale e di promozione della risocializzazione» (in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1987, 372 s.). Altra definizione è stata elaborata dalle Sezioni Unite, del 7 febbraio del 1981: «si iscrive nell'ampia categoria delle misure condizionate di sorveglianza assistita, le quali si consistono nella rinuncia totale o parziale alla punizione, condizionata al buon esito di un periodo controllato di prova, caratterizzato dalla imposizione di regole di condotta, e dall'affidamento di un soggetto ad una persona o istituzione, con il fine di ottenerne il riadattamento sociale» (in *Cassazione penale*, 1981, 1760).

rieducativa della pena comminata in un contesto extracarcerario, lontano dai potenziali effetti desocializzanti dell'esperienza penitenziaria.

Fin dall'origine si è presentata come problematica l'individuazione della sua natura giuridica. In particolare, sono state assunte due diverse posizioni: la si definiva, da un lato, quale misura sospensiva dell'esecuzione iniziata, alternativa integrale alla pena[136]; dall'altro, una vera e propria pena[137].

Quando fu introdotto, l'istituto si ispirava a due finalità di base: premiare il detenuto che avesse collaborato nell'opera di rieducazione iniziata all'interno della struttura carceraria e predisporre una serie di controlli ed aiuti all'esterno per facilitare il completamento dell'opera stessa. Applicabile esclusivamente dopo l'inizio della esecuzione della pena e previa osservazione, ogni tre mesi, della personalità del condannato, l'affidamento in prova era adottabile nei confronti di autori di reati di modesta entità. Tra i punti della riforma che venivano maggiormente contestati figurava il secondo comma dell'articolo 47, il quale escludeva dall'affidamento il condannato che avesse precedentemente commesso un delitto della stessa indole, nonché gli autori di rapina ed estorsione, anche in forma aggravata, sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione.

---

[136] F. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1977, 31: «Lo stato detentivo continua a permanere, anche se inframmezzato da contatti giornalieri con l'ambiente esterno»; A. PAGLIARO, *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1979, 1200.

[137] Corte Cost., 13.06.1985, n.185, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1985, 1283.«La misura alternativa in esame può essere applicata soltanto sulla base dei risultati dell'osservazione della personalità condotta per almeno tre mesi in istituto e conclusa con un giudizio prognostico, che, (valutata, appunto, la personalità del soggetto, anche in termini di pericolosità sociale) faccia presumere sufficienti, ai fini di prevenzione e di emenda, le prescrizioni dettate all'atto dell'affidamento. Tali prescrizioni riguardano i rapporti con il servizio sociale, la dimora del soggetto, la sua libertà di locomozione, il divieto di frequentare determinati locali ed il lavoro e ad esse possono aggiungersene altre concernenti il divieto o l'obbligo di soggiorno in determinati comuni, le sue attività e i suoi rapporti personali. […] il periodo di tempo trascorso in affidamento è vissuto dal condannato in un impegno di emenda ed è sofferto con la soggezione alle prescrizioni limitative della libertà, la cui afflittività è intuitivamente rivelata dal loro contenuto

Esclusione dalla quale si evinceva una contraddittorietà dell'istituto sotto il profilo della sua valenza rieducativa[138]. Si riteneva, infatti, che le persone di una certa pericolosità sociale dovessero scontare tutta la pena in istituto, «senza troppo indulgere a considerazioni di gradualità»[139].

Si trattava di una impostazione di facile e fondata critica: pur ammettendo una certa pericolosità sociale all'inizio dell'esecuzione, sarebbe stata una negazione della funzione rieducativa della pena escludere a priori un qualche effetto risocializzante dell'esecuzione stessa.

La contraddittorietà emersa venne superata nell'86, grazie alla politica della decarcerizzazione della legge Gozzini, che portò ad un ampliamento dell'ambito operativo della misura agli autori della media criminalità ed alla configurazione di una nuova fattispecie applicabile senza una preventiva osservazione in istituto[140]. Quest'ultima era disciplinata dai commi 3 e 4 dell'art.47 o. p.: il primo contemplava l'ipotesi del condannato detenuto in istituto penitenziario a seguito dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione, mentre il secondo riguardava il condannato ancora in stato di libertà per il quale la richiesta dell'affidamento in prova inibiva l'emissione o l'attuazione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva. In entrambi i casi, *condicio sine qua non* per l'anticipazione dell'affidamento era che il condannato avesse subito nel corso del processo un periodo di custodia cautelare. Da tale condizione sfociarono aspre polemiche, motivate da un dato di fatto: coloro che avevano subito misure coercitive, dimostrando quindi un certo livello di pericolosità, risultavano avvantaggiati rispetto a

---

[…]. Se ne deve, allora, dedurre che l'affidamento in prova al servizio sociale costituisce non una misura alternativa alla pena, ma una pena essa stessa».

[138] G. BETTIOL, *Su sacertà e devianza nel diritto penale*, in *L'indice penale*, 1976, 210.

[139] L.GRILLI, *I benefici penali e penitenziari*, Milano, 1994, 144.

[140] Il cosiddetto «affidamento anticipato» venne criticato da Bernasconi, in quanto si caratterizzava per «una grave caduta di scientificità e una rarefazione degli elementi informativi di supporto» (A. BERNASCONI, *Affidamento in prova e semilibertà nell'epoca post-rieducativa,* in *Esecuzione penale e alternative penitenziarie,* cit., 128).

quei condannati mai sottoposti a restrizioni detentive in fase processuale[141]. I dubbi di legittimità furono confermati dalla stessa Corte Costituzionale, che, con la sentenza n. 569/1989, dichiarò l'incostituzionalità del comma 3 nella parte in cui non prevedeva che, indipendentemente dalla detenzione per espiazione di pena o per custodia cautelare, il condannato potesse essere ammesso all'affidamento in prova al servizio sociale se, in presenza di altre condizioni, avesse serbato un comportamento tale da consentire il giudizio prognostico previsto dal comma 2[142].

Altre pronunce della Consulta portarono ad una dilatazione del perimetro di operatività dell'affidamento in prova: con la sentenza 386/1989 venne dichiarata l'illegittimità del comma 1 dell'articolo 47 nella parte in cui non prevedeva la detraibilità delle pene espiate dal computo delle pene rilevate ai fini della determinazione del limite dei tre anni[143].

Grazie, inoltre, all'intervento del Legislatore con una norma di interpretazione autentica del comma 1, contenuta nella legge 356/1992, venne chiarita la formulazione nello stesso contenuta: la disposizione andava intesa nel senso che doveva trattarsi della pena da espiare in concreto, tenuto anche conto dell'applicazione di eventuali cause estintive. Veniva, così, ulteriormente ampliata la sfera operativa dell'istituto,

---

[141] A. BERNASCONI, *La divaricazione funzionale dell'affidamento in prova e l'obsolescenza del modello correzionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, 1321 s.

[142] Corte Cost., 13.12.1989, n.569, in *Cassazione penale*, 1990, 1442 ss.: «questo elemento della custodia cautelare, che dovrebbe giustificare il diverso e sfavorevole trattamento usato a chi non ha avuto la ventura di cadervi, è assolutamente privo di significato ai fini del giudizio di idoneità del soggetto alla rieducazione, specie quando si tratti di qualche giorno: ed infatti il legislatore, senza infingimenti, non lo pretende. Il che significa anche che è privo di significato in termini di arti.27 comma 3 della Costituzione».

[143] Corte Cost., 11.07.1989, n.386, in *Giustizia penale*, 1990, 632. «A prima vista, la pronuncia in esame sembra possedere una finalità meramente definitoria, limitandosi a risolvere l'enigma del significato da attribuire in ipotesi di esecuzione di pene concorrenti alla locuzione "pena detentiva inflitta"; ad un approccio più meditato, invece, deve prendersi atto di come, in realtà, essa arrivi ad incidere profondamente sui limiti applicativi dell'istituto e a rifondare, per ciò stesso, gli estremi di un equilibrio spesso difficile fra finalità rieducative ed esigenze di prevenzione generale o speciale» (A. V. SEGHETTI, *Sui presupposti per l'ammissione all'affidamento in prova al servizio sociale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, 283).

coinvolgendo non più solo condannati a pene di media durata, ma anche colpevoli di reati di spiccata gravità[144].

Tale apertura subì, però, una battuta d'arresto con la stagione emergenziale degli anni '91-'92, caratterizzata da una nuova rigidità nella concessione delle misure alternative.

Le vicende legate all'affidamento in prova senza osservazione della personalità *intra-moenia* non terminarono. Con la legge n. 165 del 1998, la disciplina veniva nuovamente rivisitata. Come precedentemente esposto, la legge richiamata, riformulando l'articolo 656 c.p.p., aveva imposto al Pubblico Ministero il dovere di attivare la sospensione dell'ordine di esecuzione per le pene fino a tre anni. Ciò stabilito, rimaneva, dunque, l'esigenza di coordinare il nuovo meccanismo sospensivo con le condizioni applicative delle singole misure alternative; tra queste, l'affidamento in prova al servizio sociale[145]. Venne, così, elaborato il nuovo 3° comma dell'articolo 47 o. p., che andava a compendiare quanto previsto dagli originari commi 3 e 4, e riadattava il comma successivo. Secondo la rinnovata formulazione del primo: «l'affidamento in prova al servizio sociale può essere disposto senza procedere all'osservazione in istituto quando il condannato, dopo la commissione del reato, ha serbato comportamento tale da consentire il giudizio di cui al comma 2». In forza, invece, del nuovo 4° comma, i condannati già in esecuzione di pena devono rivolgere istanza al magistrato di sorveglianza, che può sospendere l'esecuzione della pena e ordinare la liberazione del condannato in attesa della decisione del Tribunale di Sorveglianza, al quale trasmette immediatamente gli atti, sull'applicazione del beneficio. Presupposto della sospensione è la presentazione delle indicazioni in ordine alla sussistenza

---

[144] L. CESARIS, *L'affidamento in prova al servizio sociale tra Cassazione rigorista e legislatore lassista*, in *Cassazione penale*, 1993, 19.

[145] A. BERNASCONI, *Affidamento in prova e semilibertà nell'epoca post-rieducativa, in Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, cit., 138.

dei presupposti per l'ammissione alla misura e al grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione, nonché l'assenza del pericolo di fuga[146].

Sulla scia di quanto stabilito dalla Corte Costituzionale, il nuovo 3° comma non fa alcun riferimento al periodo di custodia cautelare presofferto dal condannato precedentemente preso in considerazione. Allo stesso modo, non prevede più il presupposto per il quale il condannato doveva aver goduto di un periodo di libertà dal quale desumere il dato comportamentale; in questo caso, tuttavia, esso deve essere mantenuto in via interpretativa, in quanto è da escludersi che il legislatore abbia voluto legittimare l'applicazione della misura sulla sola base del comportamento carcerario. D'altronde, la sopravvivenza del presupposto indicato può essere ricavata dalla nuova disposizione stessa, là dove indica un arco temporale ampio, successivo alla commissione del reato, tale da comprendere una frazione di tempo trascorsa nella società libera[147]. L'ampliamento del periodo di osservazione ha, inoltre, rappresentato il superamento di quell'indirizzo giurisprudenziale che tendeva ad includere

[146] Non si può evitare di prendere in considerazione una possibile ipotesi. Prendiamo ad esempio il condannato nei confronti del quale non va a buon fine andare l'istanza di misura alternativa presentata *ex* articolo 656 c.p.p. comma 5, ed al quale viene, quindi, revocato dal pubblico ministero il decreto di sospensione dell'esecuzione. Ciò determina la sua entrata in carcere, dove, può ripresentare domanda per l'affidamento in prova e, soprattutto, beneficiare eventualmente di una nuova sospensione dell'esecuzione della pena, con conseguente liberazione. Quanto previsto dal comma 4 sembra allora smentire la previsione del comma 7 dell'articolo 646 c.p.p. secondo la quale «la sospensione dell'esecuzione per la stessa condanna non può essere disposta per più di una volta, anche se il condannato ripropone nuova istanza in ordine a diversa misura alternativa, sia in ordine alla medesima, diversamente motivata». È pur vero, però, che la prospettazione delle stesse condizioni soggettive ed oggettive già poste a fondamento della istanza presentata dallo stato di libertà e l'esiguità del lasso temporale intercorrente tra il suo rigetto e la successiva riproposizione dallo stato detentivo possono rappresentare dei validi elementi per indurre il tribunale a non autorizzare una prognosi positiva di futura possibile concessione dell'affidamento in prova. (A. BERNASCONI, *Affidamento in prova e semilibertà nell'epoca post-rieducativa, in Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, cit., 143).

[147] A. BERNASCONI, *op. cit.*, 142, il quale ha notato come la fase di osservazione, in tal modo agganciata alla fase delle indagini preliminari, del processo e dell'esecuzione, viene ad assumere un'estensione suscettibile di offrire dati apprezzabili in ordine a comportamenti recidivanti.

nell'arco temporale da prendere in considerazione anche quello antecedente alla commissione del fatto delittuoso[148].

La condotta successiva alla condanna sarà desumibile dalle informazioni di polizia, dalle pendenze penali, dal contesto sociale ed ambientale del reo[149].

La valorizzazione della forma di affidamento in prova senza osservazione in istituto operata dalla legge 165/98 ha ridotto la forma tradizionale di affidamento ad un ruolo marginale[150]. Questa presuppone la previa osservazione della personalità del condannato, condotta collegialmente in istituto per almeno un mese e finalizzata alla formulazione di un giudizio prognostico circa l'utilità del provvedimento alla rieducazione del reo e la sua idoneità ad assicurare la prevenzione del pericolo di commissione di nuovi reati. Il tempo di osservazione della personalità aveva prima una durata di tre mesi, termine successivamente ridotto allo scopo di evitare che dall'affidamento fossero esclusi i condannati a pene uguali o inferiori al limite prestabilito e di limitare, ove possibile, la permanenza in carcere[151].

L'attività di osservazione deve essere condotta con l'apporto di tutti i componenti dell'*équipe* di osservazione e trattamento; come chiarito dall'articolo 27 del nuovo regolamento penitenziario adottato nel 2000, essa è diretta «all'accertamento dei bisogni di ciascun soggetto, connessi

---

[148] Cass., Sez. I, 14.10.1991, in *Cassazione penale,* 1993, 175. Secondo pronuncia più recente, ai fini della concessione di una misura alternativa alla detenzione non è necessaria la confessione del condannato, il quale, pur attivandosi per partecipare all'opera di rieducazione, ha diritto di non ammettere le proprie responsabilità, ma deve tenersi conto del grado di consapevolezza e di rieducazione raggiunto, dell'evoluzione della sua personalità successivamente al fatto, così da consentire un'ulteriore evoluzione favorevole ed un ottimale reinserimento sociale (Cass., Sez. I, 22.02.2008, in *Cassazione penale,* 2009, 1689 s.).

[149] Ai sensi dell'articolo 72, comma 4 o. p., le indagini socio-familiari per l'applicazione delle misure alternative alla detenzione sono condotte dall'Ufficio esecuzione penale esterna.

[150] Si è osservato come la maggior attenzione attribuita all'osservazione *extra moenia* deriva da una sua maggiore idoneità a dare un quadro completo e veritiero della personalità del reo, osservato nel suo abituale stato personale, familiare e sociale V. RISPOLI, *L'affidamento in prova al servizio sociale,* Milano, 87.

[151] Si tratta comunque di un limite temporale, pari ora ad un mese, che, in presenza di fattori richiedenti ulteriori approfondimenti, può essere dilatato.

alle eventuali carenze fisico-psichiche, affettive, educative e sociali, che sono state di pregiudizio alla instaurazione di una corretta vita di relazione». L'*équipe* procede all'acquisizione ed alla valutazione di dati giudiziari e penitenziari, clinici e psicologici, con riferimento «al modo in cui il soggetto ha vissuto le sue esperienze e alla sua attuale disponibilità ad usufruire degli interventi del trattamento»[152]. Sulla base degli elementi acquisiti, gli esperti procedono, poi, insieme al condannato, ad una riflessione sulle condotte antigiuridiche poste in essere, sulle motivazioni e sulle conseguenze negative delle stesse per il medesimo e sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato.

In ragione dell'individualizzazione del trattamento, tale compito non deve essere esplicato secondo criteri rigidi, ma, al contrario, sulla base di schemi liberi, tali da permettere anche l'instaurazione di un rapporto collaborativo con il reo[153].

---

[152] La Cassazione ha avuto modo di puntualizzare come, ai fini dell'applicazione dell'affidamento in prova, il disvalore ontologicamente connesso all'esistenza stessa del reato non può essere assunto, se non nei casi di estrema gravità, come esaustivo e totalizzante elemento di giudizio sulla personalità del condannato, dovendo, al contrario, essere integrato con altri dati conoscitivi idonei ad accertare il grado di adesione del detenuto al trattamento. Deve, in particolare, essere presa in considerazione, la «serietà d'intenti» prospettata dal condannato stesso ai fini risocializzativi (Cass., Sez. I, 15.01.2001, in *Rivista penale,* 2001, 369). Già in precedenza la Corte aveva espresso tale indirizzo: «la reiezione dell'istanza di affidamento in prova al servizio sociale non è giustificata né dalla valutazione negativa relativa alla gravità dei reati, in quanto ciò che rileva in via principale è la condotta serbata dall'interessato successivamente alla commissione del reato, né dall'assenza di attività lavorativa, che non costituisce un presupposto indefettibile per la concessione del beneficio, tale essendo solo il giudizio prognostico fondato sui risultati dell'osservazione della personalità del soggetto, per cui, se tale giudizio è positivo, l'eventuale incertezza in ordine alla futura assunzione di un lavoro non riveste importanza determinante ai fini dell'adozione del provvedimento e non vanifica i risultati dell'osservazione, mentre siffatta assunzione interesserà specificamente le prescrizioni da imporre all'atto dell'affidamento» (Cass., Sez. I, 26.01.1995, in *Giustizia penale,* 1995).
Ulteriore fattore che occorre considerare è la presenza di precedenti penali, la cui valutazione non dovrà comunque assumere carattere esclusivo. Dal certificato penale può, inoltre, evincersi se il reato per il quale è stata inflitta la pena, che il reo chiede di espiare in forma alternativa, è stato commesso in epoca successiva all'applicazione di altre misure alternative; circostanza, questa, che dimostrerebbe, in linea di principio, l'inidoneità della misura a contribuire al recupero sociale del reo (L. DEGL'INNOCENTI, F. FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza,* 2010, 18).
[153] Cass., Sez. I, 19.02.1979, in *Rivista penale,* 1980, 89.

Ai fini dell'affidamento in prova, l'osservazione deve rilevare la presenza di elementi dai quali possa desumersi l'avvenuto inizio del processo di rieducazione[154]. L'accertamento, dunque, non deve essere semplicemente teso a far emergere l'assenza di pericolosità sociale del reo o la sua adesione al trattamento rieducativo, ma deve rilevare la presenza di segni concreti di un iniziale mutamento della personalità in chiave rieducativa, ossia, in estrema sintesi, palesare i primi progressi derivanti dal percorso risocializzante[155]. Lo studio dell'evoluzione positiva della personalità del reo risulta, dunque, avere valore preminente nella valutazione successiva del Tribunale di Sorveglianza, il quale dovrà porre a raffronto la personalità del reo, così come si palesava prima della commissione del reato, con la conformazione che la stessa ha assunto successivamente all'evento delittuoso. Non poco peso avrà, infine, l'acquisizione da parte del condannato di una coscienza critica del reato commesso e delle conseguenze che esso ha provocato.

Ampliando l'ambito di operatività dell'istituto dell'affidamento in prova al servizio sociale, disciplinato dall'art. 47, legge n. 354/1975 sull'ordinamento penitenziario, l'art. 3, comma 8, lett. c), d. l. n. 146/2013 ha introdotto all'art. 47 il comma 3-*bis*, il quale contempla un nuovo limite di accesso all'affidamento in prova al condannato «che deve espiare una pena, anche residua, non superiore a 4 anni di detenzione»: è il c.d. affidamento allargato.

Si è allargato, quindi, il periodo di osservazione del reo perché il giudice dovrà verificare se questi abbia serbato quantomeno nell'anno precedente

[154] Cass., Sez. I, 27.04.1998, n.688, in *Giustizia penale*, 1999, II, 167.

[155] La giurisprudenza ha, in particolare, precisato come la concessione dell'affidamento in prova postula «non già la cessazione della pericolosità del condannato, ma unicamente la formulazione di un giudizio prognostico sul futuro controllo della pericolosità residua con gli strumenti propri della misura in esame, rivolto soprattutto a conseguire la rieducazione del reo anche attraverso le prescrizioni inerenti a tale misura alternativa» (Cass., Sez. I, 14.12.1992, in *Rivista penale*, 1993, 1295).

la presentazione della richiesta una condotta che sia tale da esprimere il giudizio di cui al comma 2 dell'art. 47 ord. pen., ossia il giudizio sulla prognosi di concreta efficacia rieducativa e di idoneità preventiva del pericolo di commissione di ulteriori reati[156]

Com'è stato ben evidenziato[157], l'espressione utilizzata nel nuovo comma 3-*bis* dell'art. 47-*bis* risulta quantomeno ambigua: non si comprende se l'osservazione "condotta collegialmente" della personalità debba riguardare l'arco temporale annuale ovvero se, pur limitandosi ad un periodo di verifica di un mese, possa essere effettuata nell'intero anno precedente la formulazione della richiesta di accesso all'affidamento allargato.

Se, da un lato, la prima opzione sembra, *prima facie*, preferibile, in quanto alla concessione di un beneficio più ampio dovrebbe corrispondere la garanzia di una più lunga osservazione[158], dall'altro lato la novella sembra piva di ragionevolezza ed eccessivamente generica[159].

In ogni caso, il controllo comportamentale, che deve consentire la duplice funzione rieducativa e special preventiva della pena, deve essere valutato non solo se il detenuto sia già in carcere (in espiazione pena o custodia cautelare detentiva), ma anche nel caso in cui sia in stato di libertà. Ma in quest'ultimo caso, è molto complessa la prognosi in quanto appare irrealistica la ricerca di una modalità di osservazione di tipo extramuraria che si protragga per un lungo periodo di tempo, anche per l'assenza di meccanismi sospensivi connessi ai nuovi limiti di accesso all'affidamento in prova.

Il mancato coordinamento del limite sospensivo ordinario, di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p., infatti, rimasto fermo all'asticella dei 3 anni di

---

[156] FIORENTIN *Decreto svuota carceri*, 2014, 55-56.
[157] MANCUSO, in AAVV, *Le nuove norme sulla giustizia penale*, 2015, 58-59
[158] DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, 2014, 105,
[159] FIORENTIN, cit., 55.

reclusione, comporterà l'inevitabile "assaggio di carcere" per i condannati ad una pena che possono usufruire del nuovo affidamento allargato ai sensi del comma 3-*bis* dell'art. 47 ord. pen., con buona pace del fenomeno delle *porte girevoli* e del primo conseguente contatto con l'istituto di pena[160].

Tale disallineamento sistematico, non colmato in sede di conversione al decreto legge n. 146/2013, con legge n. 10/2014, comporta una ingiustificata disparità di trattamento tra detenuti liberi e detenuti in carcere, in favore di questi ultimi, tanto più se vista alla luce della nuova disciplina dell'art. 656, comma 5, c.p.p., così come modificato dal d.l. n. 78/2013, che consente la sospensione ai fini di ottenere la detenzione domiciliare per pene fino a quattro anni di reclusione, nei casi previsti dall'art. 47-*ter*, comma 1, ord. penit.

Si tratta di una distonia, probabilmente non voluta dal legislatore, ma che mira proprio l'obiettivo di deflazione carceraria che non soltanto dovrebbe essere realizzato attraverso la più veloce fuori uscita dal circuito carcerario (e l'affidamento allargato si inserisce in tale logica) ma anche quello di evitare l'ingresso in carcere al soggetto libero che abbia, ai sensi del comma 3-*bis* dell'art. 47 ord. pen., la possibilità di richiedere ed ottenere una misura alternativa alla detenzione, senza che assaggi, anche per un breve periodo, il carcere.

Invece, il meccanismo complessivo disegnato dopo il c.d. svuota carceri, non soltanto viola il principio di eguaglianza *ex* art. 3 Cost. sotto il profilo della (mancata) ragionevolezza, ma anche quello della finalità rieducativa della pena, ai sensi dell'art. 27, comma 3, Cost., in quanto il condannato dai 3 ai 4 anni che sia in stato di libertà e abbia compiuto un percorso rieducativo tale da consentirgli di accedere all'affidamento in prova

[160] MANCUSO, in AAVV, *Le nuove norme sulla giustizia penale*, 2015, 60.

allargato è, ciononostante, costretto ad entrare in carcere, in palese violazione del principio di non regressione incolpevole del trattamento penitenziario ed al corollario di questo, identificato nella tutela della legittima aspettativa del condannato a non vedere nullificati da una legge successiva gli sforzi trattamentali già realizzati.

Anzi, l'ingresso in carcere rappresenta una interruzione che porrebbe nel nulla le positive esperienze risocializzanti già registrate in libertà ed ostacola il raggiungimento della finalità rieducativa della pena prescritta dalla Costituzione.

In tal modo «l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo al di fuori di qualsiasi concreta ponderazione dei valori coinvolti»[161].

Poiché non sembra possibile una interpretazione costituzionalmente orientata, l'unica strada percorribile potrebbe essere quella di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 656, comma 5, c.p.p., per violazione degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., nella parte in cui non prevede che l'ordine di sospensione della pena debba essere emesso anche nei casi di affidamento in prova allargato.

Passando alla concreta applicazione dell'istituto, una volta concesso l'affidamento, viene redatto un verbale contenente le prescrizioni che il soggetto dovrà osservare in ordine ai suoi rapporti con il servizio sociale, alla libertà di locomozione, alla dimora, al divieto di frequentare determinati locali ed al lavoro (articolo 47, 5°comma o.p.)[162]. Dovendo

[161] Corte Cost., sentenza n. 257/2006

[162] La norma così prosegue: «con lo stesso provvedimento può essere disposto che durante tutto o parte del periodo di affidamento in prova il condannato non soggiorni in uno o più comuni, o soggiorni in un comune determinato; in particolare sono stabilite prescrizioni che impediscano al soggetto di svolgere attività o di avere rapporti personali che possono portare al compimento di altri reati. Nel verbale deve anche stabilirsi che l'affidato si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato ed adempia puntualmente agli obblighi di assistenza familiare. Nel corso dell'affidamento le prescrizioni possono essere modificate dal magistrato di sorveglianza».

tendere alla duplice finalità della risocializzazione e della neutralizzazione di situazioni che possono favorire la ricaduta del reo nella delinquenza, le prescrizioni potranno imporre l'obbligo di frequentare corsi di formazione professionale, di frequentare determinate persone o detenere determinati oggetti, di attivarsi a favore della persona offesa mediante il risarcimento del danno o l'eliminazione delle conseguenze derivanti dal reato[163].

La riparazione rappresenta un'importante declinazione dell'opera rieducativa, valorizzata grazie anche al lavoro svolto dalla «Commissione di studio sulla mediazione penale e giustizia riparativa», istituita nel 2002 con il compito di definire le linee guida che assicurino l'adozione di modelli uniformi di giustizia riparativa, in linea con le Raccomandazione delle Nazioni Unite e del Consiglio d'Europa, nell'ambito dell'esecuzione penale dei soggetti adulti. L'attenzione della Commissione si è inizialmente focalizzata proprio sull'affidamento in prova al servizio sociale, facendo costante riferimento a quanto prescritto non solo dall'articolo 47, comma 7 o.p., ma anche, e soprattutto, dall'articolo 27 del D.P.R. 230/2000. Come puntualizzato nelle linee di indirizzo elaborate nel 2005, «l'odierna opera rieducativa può declinarsi nel diritto del condannato a ricevere l'aiuto per maturare la disponibilità/capacità di intraprendere un percorso riparativo rispetto a chi il fatto ha subito (vittima e collettività), ponendo come obiettivo la ricostruzione della relazione rotta con azioni simbolicamente significative».

La riparazione rappresenta, tuttavia, solo un mezzo eventuale della rieducazione. Una esecuzione partecipata del colpevole, finalizzata al suo

---

In un suo scritto Pagliaro suggeriva al legislatore di far in modo che venga accentuato il trattamento risocializzante della misura in esame, determinando con maggior precisione il tipo astratto di prescrizione alla quale il soggetto dovrà essere obbligato, ed assicurandosi che questi comprenda perfettamente la natura e lo scopo delle disposizioni impartite (A. PAGLIARO, *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi,* cit., 1200).

reinserimento, dovrebbe comportare una riflessione sul reato, che può essere completata da un aggiuntivo intervento riparativo solo se lo stesso si mostri utile al percorso riabilitativo che la persona deve compiere. D'altronde, l'azione riparativa, come chiarito dalla Commissione, non può che essere intimamente legata al concetto di assunzione di responsabilità da parte del reo, non solo nei confronti del reato commesso, ma anche delle conseguenze dallo stesso scaturite, specie con riferimento al danno arrecato alla vittima; l'adesione ad una ipotesi riparativa diventa allora possibile solo a seguito di un percorso di responsabilizzazione del reo, «percorso che il condannato deve essere sollecitato ad intraprendere dagli operatori penitenziari»[164].

Laddove non vi sia un consenso della vittima a partecipare all'opera di giustizia riparativa, o laddove si tratti di reato a soggetto passivo indeterminato, il condannato può adoperarsi nello svolgimento di lavori di pubblica utilità, senz'altro capaci di qualificarlo favorevolmente nell'ottica del recupero sociale.

Nel rispetto del principio di individualizzazione del trattamento, le condotte riparatorie non possono essere standardizzate secondo schemi rigidi, ma devono essere adeguatamente calibrate rispetto alla specifica personalità del singolo detenuto.

---

[163]La prescrizione avente ad oggetto l'obbligo di adoperarsi a favore della vittima può essere attuata anche in modi diversi dal risarcimento del danno, come il sostegno morale e, o, materiale (Cass., Sez. I, 23.11.2001, in *Cassazione penale*, 2003, 601).

[164]«La riflessione prima degli operatori e più tardi del condannato, infatti, deve avere come fondamento il fatto reato; ne segue che è indispensabile l'acquisizione della sentenza sia come strumento conoscitivo dei fatti accaduti, sia come verifica del racconto del detenuto. Può così iniziare un percorso di revisione basato su fatti concreti, realmente accaduti, avendo la possibilità di acquisire elementi di conoscenza quali la percezione del reo rispetto al reato, l'esatto danno arrecato, se vi è stata una qualche forma di risarcimento, l'eventuale distorsione strumentale dei fatti. Tutto ciò aiuta l'operatore a ricercare, con il reo, un'ipotesi di progetto riparatorio rispetto a quel reato, a quel danno, a quella vittima, un'azione che sia equa, proporzionata, ragionevole, ma che soprattutto abbia "significato"». La Commissione ha spesso notato la mancanza di un rapporto di comunicazione costante tra gli Uffici di sorveglianza ed i centri di servizio sociale; rapporto che sicuramente migliorerebbe i risultati del trattamento. (www.giustizia.it)

Le regole indicate dalla norma sintetizzano un complesso di obblighi e divieti volti all'instaurazione di relazioni stabili con gli operatori sociali, la famiglia e l'ambiente lavorativo; imposizioni idonee a condurre il reo verso una condotta di vita regolare e risocializzante[165]. Compito del servizio sociale è proprio quello di accertare le eventuali carenze psichiche, affettive, sociali ed educative, che hanno ostacolato l'instaurazione di una normale vita di relazione; di esercitare una funzione di sostegno e controllo del soggetto in affidamento, aiutandolo a superare le difficoltà di adattamento alla vita sociale. Chiare le parole di Breda: «la peculiarità dell'affidamento in prova, rispetto alle altre misure alternative, sta proprio nell'intenzione dell'autorità di stabilire con il condannato un rapporto nuovo, ispirato a una ragionevole fiducia, ove ai tradizionali controlli di polizia condotti in termini oggettivi, si sostituisce un controllo esercitato come parte di un'azione più ampia, connotata dalla volontà di comprensione e di aiuto rispetto alle difficoltà soggettive in cui l'affidato si trova, e svolta da un unico operatore con la formazione professionale di assistente sociale, che agisce in diretta e stretta relazione con il magistrato di sorveglianza»[166].

L'esecuzione dell'affidamento può concludersi in senso negativo. In particolare, la revoca avviene quando il comportamento del condannato risulta contrario alla legge o alle prescrizioni imposte, apparendo, dunque, incompatibile con la prosecuzione della prova. La formulazione contenuta nel comma 11 lascia intendere come la revoca non costituisca conseguenza automatica dell'eventuale violazione commessa. Questa, infatti, per essere idonea a provocare la revoca della misura, deve apparire sintomatica della incapacità del soggetto ad essere risocializzato attraverso il trattamento alternativo. Il comportamento posto in essere deve essere valutabile come

[165] F. FIORENTIN, *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012, 155.
[166] R. BREDA, *Il controllo nell'affidamento in prova, in Diritto penale e processo*, 1995, 651 s.

espressione di un atteggiamento globalmente negativo, che «dimostra la mancanza di risposta positiva al trattamento»[167].

La revoca comporta, anzitutto, il ripristino dell'esecuzione della pena in regime detentivo. Il *quantum* di pena residua da espiare in carcere dovrà essere determinato dal Tribunale di sorveglianza tenendo conto delle limitazioni subite dal condannato, ma anche dalla gravità delle violazioni commesse[168].

La seconda conseguenza della revoca è prevista dal 2° comma dell'articolo 58 quater e consiste nel divieto di concessione dei benefici penitenziari per un termine pari a tre anni.

Una questione inerente alla revoca dell'affidamento è stata affrontata dalle Sezioni Unite agli inizi degli anni 2000. Nella sentenza del 13 marzo del 2002, n. 5, la Corte ha esaminato tre importanti questioni, la prima delle quali riguardava la possibilità per la valutazione negativa dell'esito della prova di trovare giustificazione in condotte compiute dall'affidato non

---

[167] F. IOVINO, *L'affidamento in prova al servizio sociale, in Sospensione della pena ed espiazione extra moenia*, Milano, 1998, 238.

[168] Con la sentenza n.343/1987, la Corte Costituzionale era intervenuta dichiarando l'illegittimità dell'articolo 47 «nella parte in cui, in caso di revoca del provvedimento di ammissione all'affidamento in prova per comportamento incompatibile con la prosecuzione della prova, non consente al tribunale di sorveglianza di determinare la residua pena detentiva da espiare, tenuto conto della durata delle limitazioni patite dal condannato e del suo comportamento durante il periodo trascorso in prova. Nel determinare la pena residua da espiare il tribunale di sorveglianza deve tener conto sia del periodo di prova trascorso dal condannato nell'osservanza delle prescrizioni imposte e del concreto carico di queste, sia della gravità oggettiva e soggettiva del comportamento che ha dato luogo alla revoca» (Corte Cost., 29.10.1987, n.343, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, cit., 378). In tal modo la Corte andava a risolvere un contrasto giurisprudenziale formatosi da tempo. Anni prima le Sezioni Unite avevano assunto opposta posizione, affermando che «il periodo di affidamento in prova risoltosi negativamente non può essere considerato come pena espiata; la revoca costituisce infatti il riflesso sanzionatorio del fallimento della prova e non può consentire effetti estintivi, neppure parziali, della pena. Il periodo di tempo trascorso in affidamento in prova non è deducibile dalla durata della oena neanche nel caso di annullamento dell'ordinanza di ammissione alla misure alternativa perché la fungibilità tra affidamento e detenzione è subordinata alla conclusione positiva dell'intero periodo di prova». Nell'affrontare la delicata questione le Sezioni Unite riesaminano i diversi orientamenti manifestatisi nella giurisprudenza della Corte: uno contrario alla fungibilità tra periodo di affidamento e detenzione nel caso di esito negativo dell'esperimento; altro favorevole alla loro incondizionata equivalenza; altro ancora considerava come pena espiata il periodo trascorso in

durante il periodo di prova, ma nel successivo arco temporale che va dal termine del periodo di affidamento alla valutazione dell'esito. Come osservato da Roberto Bartoli, tale questione, risolta dalle Sezioni Unite in senso positivo, può essere considerata espressione della perenne tensione sussistente tra le funzioni della pena, in particolare quella rieducativa, e le esigenze garantiste di legalità[169]. La pronuncia in esame rappresenta un chiaro esempio di quell'atteggiamento ambivalente che caratterizza la giurisprudenza nella ricostruzione strutturale dell'affidamento in prova: da un lato, infatti, le Sezioni Unite, facendo leva sull'istanza risocializzativa, hanno recepito pienamente l'orientamento maggioritario che distingueva la revoca dall'esito della prova, estendendo l'oggetto di quest'ultimo giudizio anche a comportamenti successivi al periodo di prova; dall'altro, tuttavia, hanno affermato la necessità di ricalcolare la pena nel caso di esito negativo, attenuando la valenza probatoria della misura alternativa ed «incrinandone la valenza funzionale special-preventiva». Il giudizio della revoca, ha osservato la Corte, si distinguerebbe da quello dell'esito della prova sia per l'oggetto della valutazione, che per il parametro valutativo. Sotto il primo profilo, mentre la revoca ha ad oggetto un comportamento contrario alla legge o alle prescrizioni, la valutazione dell'esito ha una base più ampia, comprensiva di comportamenti positivi sintomatici di un effettivo recupero del reo.

Sotto il secondo aspetto, invece, poiché l'affidamento in prova deve tendere alla rieducazione e deve assicurare la prevenzione del pericolo che il reo commetta altri reati, la condotta che causa la revoca deve essere sintomatica di una mancanza di disponibilità ad essere sottoposto al

---

affidamento fino al verificarsi del fatto che è causa della revoca. (Cass. Sez. Un., 07.02.1981, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1982, 1597 ss.).

[169] Le altre questioni affrontate dalla Corte a Sezioni Unite concernono, invece, da un lato, la distinzione tra revoca e valutazione dell'esito della prova, dall'altro l'individuazione del «trattamento sanzionatorio» da riservare al reo in caso di valutazione negativa dell'esito della

trattamento, rilevatrice dell'impossibilità del trattamento ad incidere sulla personalità; al contrario, la valutazione dell'esito deve avere come criterio guida il grado di rieducazione raggiunto rispetto al condannato, nel senso che deve verificare se il recupero sociale del medesimo sia avvenuto o meno, se, almeno, il trattamento abbia inciso anche solo in parte sulla personalità del reo[170].

Le Sezioni Unite configurando in tal senso l'esito della prova ed estendendo l'oggetto del giudizio a condotte positivi diverse da quelle espressamente indicate dalla legge, sono incorse, secondo Bartoli, nel rischio di violare i principi di riserva di legge, di determinatezza e di irretroattività della legge penale; rischio importante di fronte alla probabilità che la revoca possa comportare l'espiazione della pena per intero.

«L'affidamento in prova deve veramente tendere alla rieducazione del reo, e questo in un duplice senso: non solo nel senso che tale istituto deve essere congegnato in modo tale da dare rilevanza alla persona(lità) del reo, ma anche nel senso che il raggiungimento dello scopo risocializzante deve costituire un'eventualità, ponendosi così un limite alla forza espansiva e strumentalizzatrice di questa funzione della pena. A ben vedere, la configurazione di questo autonomo momento costituito dall'esito positivo della prova non implica solo un problema di legalità, ma soprattutto la configurabilità di un istituto dai contenuti e, soprattutto, dagli effetti specialpreventivi del tutto sconosciuti al nostro ordinamento […] Si tratta di verificare se esiste la possibilità di prospettare un affidamento in prova in chiave risocializzante […]. A nostro avviso la risposta deve essere assolutamente positiva, dovendosi notare come, venuta meno la possibilità

---

prova (ovvero, se si debba procedere o meno ad uno scomputo dalla pena detentiva in relazione al periodo trascorso in affidamento; anche questo quesito viene risolto in senso positivo).

di distinguere la revoca dall'esito della prova, la funzione risocializzante possa essere perseguita facendo leva su altri elementi strutturali dell'istituto, e in particolare sul contenuto degli obblighi, sulla possibilità di correggerlo e modificarlo durante la prova, sulla durata del periodo di prova e infine sul trattamento sanzionatorio in caso di revoca. […] È soprattutto il ruolo svolto dal servizio sociale che dà all'affidamento in prova connotati risocializzanti», svolgendo un «lavoro mirato sulla personalità del soggetto». Un requisito che, continua lo studioso, deve essere necessariamente potenziato, è quello che consente al giudice di modificare le prescrizioni. Sarebbe opportuno, infine, prolungare la durata della prova, oltre il tempo della pena, così da soddisfare sia esigenze di prevenzione generale che di prevenzione speciale: «sotto il primo profilo, dato che il contenuto dell'affidamento è meno afflittivo della pena detentiva, la maggior durata del periodo di prova recupera la perdita di afflittività; trattandosi di un periodo più lungo è possibile incidere maggiormente sulla personalità del soggetto». La maggior durata avrebbe poi conseguenze molto importanti «sul piano delle eventuali simulazioni»: là dove, infatti, il periodo di prova è più lungo, appare evidente come aumentino le possibilità di «smascherare eventuali comportamenti che aderiscono alle prescrizioni solo in apparenza»[171].

Un buon parametro per misurare il successo dell'attività rieducativa posta in essere attraverso l'accesso alle misure alternative è rappresentato dalla recidiva. Nel 2006 Fabrizio Leonardi, allora Direttore dell'Osservatorio delle misure alternative presso la Direzione generale dell'esecuzione penale esterna, ha condotto un'indagine con l'obiettivo di individuare la percentuale di condannati per i quali il trattamento extra murale, realizzato per mezzo dell'affidamento in prova, non ha raggiunto lo scopo del

[171] R. BARTOLI, *L'affidamento in prova al servizio sociale tra istanze risocializzative e scopi di garanzia*, in *Diritto penale e processo*, 2002, 1225 ss.

reinserimento in società. Nel verificare l'efficacia degli affidamenti in prova al servizio sociale, l'Autore ha utilizzato due indicatori: la quantità di provvedimenti revocati e la percentuale di recidiva. Con riferimento al primo indice, l'indagine ha rilevato che la percentuale di revoche degli affidamenti in prova rilevata dal 1999 al 2005 oscillava intorno al 5%, con un minimo di 4,32% nel 1999 ed un massimo di 5,33% nel 2005. Motivo più frequente di revoca è risultata la violazione dei vincoli prescritti; più sporadica, invece, la revoca causata dalla commissione di nuovi reati (0,07% nel 1999, 0,08% nel 2005). L'Autore ha poi indirizzato la propria ricerca verso coloro che avevano terminato il periodo di affidamento nel 1998, andando a verificare se gli stessi soggetti, negli anni successivi e fino al settembre 2005, avessero commesso ulteriori reati per i quali fossero stati condannati con sentenza definitiva. Nel 1998, il 78,23% delle persone sottoposte ad una misura alternativa era affidato in prova al servizio sociale. La maggior parte di tali soggetti proveniva dallo stato di libertà ed era in affidamento ordinario. È stata, in particolare, esaminata la posizione di 8.817 soggetti, la cui presa in carico si è conclusa nel 1998. Di questi, sono risultati recidivi, nell'arco dei sette anni successivi, solo il 19%, percentuale nettamente inferiore rispetto al tasso di recidiva dei detenuti scarcerati (pari al 68, 45%)[172].

Gli studi condotti hanno permesso di rilevare come la finalità di reinserimento sia raggiunta in misura maggiore quando l'esecuzione della pena avviene al di fuori del carcere. In particolare, con riferimento agli affidati, il fenomeno della recidiva è apparso più frequente tra coloro che

[172] F. LEONARDI, *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale e abbattimento della recidiva*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2007, 8 ss. Si ritiene opportuno, per completezza, segnalare che, a partire dal settembre 2012 il Ministero della Giustizia ed il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria hanno dato avvio ad una nuova indagine, che sarà condotta dal Sole 24ore, dall'Einaudi Institute for Economics Finance e dal Crime Research Economics Group.

accedevano alla misura dopo essere transitati dal carcere, rispetto a coloro che, invece, vi accedevano dalla libertà.

Quanto è emerso sembra, dunque, confermare la funzionalità dell'affidamento in prova rispetto al reinserimento sociale dei condannati.

3. La detenzione domiciliare ed i dubbi sulla sua funzione risocializzante.

La detenzione domiciliare consente l'esecuzione della pena detentiva nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza ed accoglienza[173]. Introdotta dalla legge 663/1986[174], tale misura è stata oggetto di un importante intervento novellatore ad opera della legge 165/1998.

---

[173] Con la legge 62/2011 il legislatore è intervenuto apportando innovazioni anche in materia di detenzione domiciliare, allo scopo di prestare maggiore tutela al rapporto tra detenute madri e figli minori. In particolare, il primo comma dell'articolo 3 della legge in esame va ad integrare il primo comma dell'articolo 47 ter lettera a, prevedendo la possibilità di espiare la pena detentiva, oltre che nella propria abitazione, in luogo di privata dimora, luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza, anche nelle case famiglia protette, purché si trattati di prole di età inferiore ad anni sei.

[174] «La sua formulazione originaria (nonostante gli specifici rilievi statistici effettuati per stabilirne l'effettiva incidenza sulla popolazione carceraria) non appariva assolutamente sufficiente a conferire alla nuova misura alternativa una posizione di rilievo tra quelle già esistenti, anche per le caratteristiche del tutto anomale rispetto ai principi fondamentali della riforma penitenziaria»; contrariamente agli altri benefici disciplinati dal Capo VI della legge 354/1975, aventi come presupposti l'assenza di pericolosità sociale e motivati dai necessari effetti rieducati del trattamento, la conformazione originaria della detenzione domiciliare presentava un regime in tutto mutuato da quello degli arresti domiciliari, attenuato e certamente più favorevole di quello carcerario. Erano prese in considerazione le infermità ,che richiedessero costanti contatti con presidi sanitari esterni, l'età avanzata e relativa invalidità, la gravidanza ed il periodo in cui la prole aveva maggiormente bisogno della madre, «ossia condizioni così dettagliate e specifiche che la concessione di questa misura appariva ancora più difficile dell'affidamento, per il quale era sufficiente una prognosi positiva di non reiterazione di ulteriori reati, pur avendo prescrizioni più tenui e possibilità di autogestione più ampia».
Solo il n.4 dell'art. 47-ter, prevedendo le comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia, valorizzava elementi presi in considerazione anche per l'osservazione scientifica della personalità e per il trattamento, ma limitava il beneficio ai minori di anni 21.
Si auspicava, dunque, una normativa più ampia, già preannunciata nel marzo 1993, quando un disegno di legge non realizzato proponeva che i sei mesi finali della pena potessero essere espiati in detenzione domiciliare, o un intervento della Corte costituzionale, a seguito di promovimento dei tribunali di sorveglianza, che rimuovesse tale limite in modo da rendere effettivamente utile ed efficace l'istituto.

Come più volte sottolineato dalla Corte Costituzionale, la detenzione domiciliare, contraddistinta originariamente da finalità prevalentemente umanitarie ed assistenziali, ha visto in seguito ampliare notevolmente il proprio campo di operatività, al punto da rappresentare oggi una misura alternativa prevista per una pluralità di ipotesi tra loro eterogenee e, talvolta, prescindenti dalle condizioni soggettive del condannato.

La *ratio* deflattiva che caratterizza, nel suo complesso, la legge del 1998 ha in tal modo incluso anche tale specifica modalità di esecuzione della pena, introducendo all'articolo 47 ter il comma 1 bis, disciplinante la cosiddetta detenzione domiciliare generica, non delimitata dal punto di vista soggettivo, ma circoscritta sotto il solo profilo oggettivo a pene o residui di pene detentive non superiori a due anni. L'articolo 4, comma 1 bis, lettera a della legge 165/1998 prevedeva che: «la detenzione domiciliare può essere applicata per l'espiazione della pena detentiva inflitta in misura non superiore a due anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, indipendentemente dalle condizioni di cui al comma 1 quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale e sempre che tale misura sia idonea ad evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati. La presente disposizione non si applica ai condannati per i reati di cui all'articolo 4 bis».

«Né tale ultima speranza appariva mal riposta»: la stessa Corte costituzionale, con la sentenza n.215 del 1990 aveva già dichiarato illegittimo il n. 1 del comma 1 del citato art. 47-ter, che riconosceva soltanto alla madre detenuta il diritto-dovere di assistere la prole di età minore dei tre anni, mediante la concessione della detenzione domiciliare, ed implicitamente negava all'altro genitore l'esercizio delle stesse facoltà; la pronuncia, tuttavia, subordinava l'esercizio delle stesse facoltà da parte del padre alla mancanza della madre o alla sua assoluta impossibilità di espletare quei compiti. Nonostante i successivi interventi della Cassazione e della Corte Costituzionale, finalizzati ad attribuire una lettura ed una portata più ampia alla norma, la detenzione domiciliare restava una misura alternativa «dalla portata inspiegabilmente minore rispetto agli arresti domiciliari , che ne costituivano l'equivalente per i condannati non definitivi; sarebbe stato invece possibile renderla un beneficio di carattere generale con dei limiti di pena modesti e requisiti di ammissibilità meno specifici, recuperando il concetto di pericolosità sociale ed integrando la gravità del reato con l'osservazione penitenziaria o con il comportamento tenuto all'esterno» (E. DELEHAYE, *La detenzione domiciliare da beneficio per pochi a nuova specie di pena,* in *Diritto penale e processo,* 2000, 1396 ss)

La nuova forma di detenzione domiciliare introdotta si prestava, però, ad essere un efficace strumento rieducativo, a prescindere dalla sua intrinseca idoneità ad arginare il sovraffollamento carcerario. Come rilevato dalla Corte Costituzionale, infatti, «la misura della detenzione domiciliare, come si è accennato ora mutata nella propria struttura ad opera della stessa legge n. 165 del 1998, non è più caratterizzata da quella eminente finalità umanitaria ed assistenziale che prima la contraddistingueva, ma ha assunto aspetti sicuramente più vicini alla ordinaria finalità rieducativa e di reinserimento sociale. La circostanza, infatti, che la misura in questione non sia più limitata ai "soggetti deboli", prima previsti come destinatari esclusivi della misura stessa dall'art. 47-ter dell'Ordinamento penitenziario, ma sia applicabile in tutti i casi di condanna a pena non superiore a due anni (anche se residuo di maggior pena) purché la misura sia idonea ad evitare il pericolo di recidiva, sta a dimostrare che in queste ultime ipotesi la pena o il residuo di pena detentiva breve legittimano l'applicazione della misura in quanto volta ad assecondare il passaggio graduale allo stato di libertà pieno mediante un istituto che sviluppa la ripresa dei rapporti familiari ed intersoggettivi, senza incidere negativamente sulle eventuali opportunità di lavoro […]»[175]. Le chiare

[175] Corte Cost., 04.11.1999, n.422, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, 371. Contraria opinione ha espresso Dolcini, secondo il quale la scelta legislativa è stata ispirata unicamente a ragioni deflattive della popolazione carceraria (E. DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla pena o alternative alla detenzione?*, cit., 857). A prescindere dagli intenti del legislatore, le maggiori polemiche scaturite dalla introduzione della norma sono state causate dalla mancata indicazione di criteri attraverso cui circoscrivere l'applicazione della stessa. Ciò ha contribuito alla elaborazione di numerosi interventi ad opera della giurisprudenza. Queste le parole della Cassazione in una pronuncia del dicembre 1999: «In assenza di indicazioni legislative circa le condizioni cui ancorare il giudizio per la concessione della detenzione domiciliare nelle ipotesi indicate dal 1º comma bis dell'art. 47-ter l. n. 354 del 1975 (c.d. ordinamento penitenziario), salva l'insussistenza di condizioni per l'affidamento in prova al servizio sociale, il tribunale di sorveglianza ha l'obbligo di dare conto delle ragioni che l'hanno indotto a ritenere la presenza di elementi atti a ritenere il beneficio idoneo ad evitare che il condannato commetta altri reati: e tali elementi possono riguardare sia l'efficacia delle prescrizioni imposte, sia le caratteristiche di personalità del soggetto o i progressi fatti registrare nel corso dell'eventuale trattamento intramurario, sia infine gli esiti delle indagini svolte nella sua condotta in ambiente libero» (Cass. Sez. I, 01.12.1999, in *Il foro italiano online).* Come osservato da Pavarin, non si tratta di scegliere tra affidamento in prova al servizio sociale e detenzione domiciliare, in quanto

parole della Corte non hanno, tuttavia, limitato le critiche di parte della dottrina, che ha espresso contraria opinione. Secondo alcuni, questa particolare *species* di detenzione domiciliare non sembrava «poggiare sulla benché minima necessità di rieducazione», presentandosi priva di ogni valenza e potenzialità rieducativa e rispondendo solo ad esigenze di politica criminale di deflazione carceraria[176].

È stato, inoltre, osservato come, di fronte ad un limite di pena abbastanza contenuto di due anni ma con un ambito di applicazione molto vasto, sarebbe stata opportuna un'elaborazione legislativa che delineasse i presupposti per la sua concessione, attualmente troppo generici[177].

Oltre a quella appena menzionata, l'ordinamento penitenziario prevede altre figure di detenzione domiciliare, le quali, accomunate dal medesimo obiettivo di realizzare il distacco del condannato dall'ambiente carcerario, si differenziano con riferimento ai presupposti, primo fra tutti il limite di pena cui è subordinata la concessione.

È, infatti, prevista la possibilità di espiare la pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente residuo di maggior pena, presso la propria abitazione o in altro luogo indicato dalla legge qualora si tratti di soggetti appartenenti ad una delle cinque categorie indicate dalla norma: donna incinta o madre di prole di età inferiore a dieci anni con lei convivente; padre esercente la potestà di prole con lui convivente, di età inferiore a dieci anni, quando la madre sia deceduta o impossibilitata a provvedere; persona in condizioni di salute particolarmente gravi che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali; persona di età

---

appare indubbio che, tutte le volte in cui è possibile concedere l'affidamento in prova, esso andrà concesso, mentre «di detenzione domiciliare si farà questione solo allorquando il Tribunale non riterrà sussistenti gli estremi per disporre la *probation ex* articolo 47 o.p.» (G. M. PAVARIN, *Le ipotesi di detenzione domiciliare*, in *Misure alternative alla detenzione*, cit., 273).

[176] G. PIERRO, La nuova disciplina nel quadro della trasformazione del sistema della esecuzione penale in Sospensione della pena ed espiazione extra moenia, cit., 308 ss.

superiore a sessanta anni, se inabile anche parzialmente; minore di ventuno anni, per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia.

Interventi volti legislativi successivi hanno poi contribuito ad espandere ulteriormente il campo di applicazione della detenzione domiciliare: la legge 251/2005 ha creato una figura di detenzione specifica per ultrasettantenni; la legge 8 marzo 2001, n. 40, ha introdotto una detenzione domiciliare indirizzata alle condannate madri, mentre la possibilità di applicare una misura alternativa ai soggetti affetti da HIV risale alla legge 231/1999.

Infine, la legge n. 199 del 2010 ha disposto, sebbene a carattere temporaneo, l'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive fino a 18 mesi.

Si contano allora svariate forme differenti di detenzione domiciliare, differenti sotto tutti i punti di vista. L'unico contenuto comune rimane la previsione che impone l'esecuzione della misura presso l'abitazione del condannato o in altro luogo, pubblico o privato, indicato dalla legge.

Così come visto per l'affidamento in prova al servizio sociale, anche per la detenzione domiciliare non possono rilevarsi opinioni convergenti circa la sua natura giuridica.

Alla luce di diverse constatazioni, come l'assenza di requisiti di carattere soggettivo previsti per la sua concessione, la mancanza di disposizioni circa le sorti del periodo trascorso in detenzione domiciliare in caso di revoca, l'assenza di qualunque momento rieducativo e risocializzante, parte della dottrina sostiene che si tratterebbe di misura alternativa di esecuzione della pena: «è probante l'assenza di qualunque contenuto risocializzante e di qualunque momento rieducativo, dato che l'unica prescrizione imposta

[177] DELEHAYE, La detenzione domiciliare da beneficio per pochi a nuova specie di pena, in Diritto penale e processo, 1399.

al soggetto concerne l'obbligo di non allontanarsi dal luogo indicato nel provvedimento quale sede dell'esecuzione. […] le modalità esecutive richiamate *ex* articolo 248 c.p.p. in realtà incidono su tale obbligo *in melius* o *in peius,* ma non sono dirette a connotare la condotta del soggetto in detenzione domiciliare, così come accade invece per le altre misure»[178].

Al contrario, secondo altro orientamento, è errato ritenere che le prescrizioni da impartire possano avere solo natura restrittiva, potendo, invece, avere un contenuto risocializzante[179]. Allo stesso modo, in diverse occasioni la Cassazione ha sostenuto l'esistenza di una componente rieducativa dell'istituto: «la detenzione domiciliare, al pari delle altre misure alternative alla detenzione, ha come finalità il reinserimento sociale del condannato»[180]; «anche per la detenzione domiciliare la concedibilità

---

[178] L. CESARIS, *Commento all'articolo 47 ter*, in *Ordinamento penitenziario,* cit., 676. «È probante l'assenza di qualunque contenuto risocializzante e di qualunque momento rieducativo, dato che l'unica prescrizione imposta al soggetto concerne l'obbligo di non allontanarsi dal luogo indicato nel provvedimento quale sede dell'esecuzione. […] le modalità esecutive richiamate *ex* articolo 248 c.p.p. in realtà incidono su tale obbligo *in melius* o *in peius,* ma non sono dirette a connotare la condotta del soggetto in detenzione domiciliare, così come accade invece per le altre misure».

[179] P. COMUCCI, *Problemi applicativi della detenzione domiciliare,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 2000, 203. L'Autrice ha, inoltre, evidenziato la mancata menzione nell'articolo 656 c.p.p. dell'articolo47 ter; mancanza, a causa della quale la sospensione del provvedimento di carcerazione, ai fini della concessione della detenzione domiciliare dalla libertà, opera esclusivamente se la pena da eseguire non supera il limite dei tre anni. In presenza di una simile circostanza, solo la procedura di urgenza per l'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare *ex* articolo 47 comma 1 quater o.p. permette di ridurre al minimo le conseguenze negative dell'ingiustificato ingresso nell'ambiente carcerario.

[180] Cass., Sez. I, 19.10.1999, in *Il foro online.* « La detenzione domiciliare, al pari delle altre misure alternative alla detenzione, ha come finalità il reinserimento sociale del condannato, mentre il differimento della pena previsto dall'art. 147, 1º comma, n. 2, c.p. mira soltanto ad evitare che l'esecuzione della pena avvenga in spregio del diritto alla salute e del senso di umanità; alla luce di tali principi deve quindi ritenersi che, a fronte di una richiesta di rinvio dell'esecuzione della pena per grave infermità fisica, il giudice debba valutare se le condizioni di salute del condannato siano o meno compatibili con le finalità rieducative della pena e con le possibilità concrete di reinserimento sociale conseguenti alla rieducazione; quando, all'esito di tale valutazione, tenuto conto della natura dell'infermità e di un'eventuale prognosi infausta *quoad vitam* a breve scadenza, l'espiazione di una pena appaia contraria al senso di umanità per le eccessive sofferenze da essa derivanti, ovvero appaia priva di significato rieducativo in conseguenza dell'impossibilità di proiettare in un futuro gli effetti della sanzione sul condannato, dovrà trovare applicazione l'istituto del differimento previsto dal codice penale; se, invece, le condizioni di salute, pur particolarmente gravi, non avranno presentato le suddette caratteristiche di sofferenza o di prognosi infausta, e richiedano i contatti con i presidi sanitari territoriali indicati

del beneficio non si sottrae al criterio della valutazione discrezionale da parte del giudice, che deve riguardare, al di là dell'indefettibile accertamento delle condizioni soggettive di ammissibilità, l'opportunità del trattamento alternativo che, come per ogni altra misura della stessa categoria, deve concernere le premesse meritorie e l'attingibilità concreta del beneficio, in relazione alla personalità del condannato»[181]. La Corte ha, inoltre, precisato come sia da escludere che l'applicazione di tale misura alternativa possa costituire oggetto di un diritto, «essendo essa al contrario sempre subordinata ad una valutazione discrezionale affidata al giudice di merito; quest'ultimo è quindi investito del potere-dovere di valutare non solo (preliminarmente) la effettiva ricorrenza o meno di una o più tra le condizioni anzidette, ma anche (ove detta valutazione dia esito positivo), la compatibilità o meno del beneficio con le esigenze di una effettiva espiazione della pena inflitta, tenendo conto delle molteplici finalità di quest'ultima che sono, al tempo stesso, afflittive, preventive e recuperatorie. Finalità che verrebbero evidentemente frustrate se la detenzione domiciliare, lungi dal costituire una semplice forma di espiazione della pena, adattata, per ragioni umanitarie, a peculiari situazioni di fatto, si trasformasse in una facile occasione per sfuggire in assoluto alla sanzione o, comunque, per proseguire nell'attuazione di comportamenti penalmente illeciti; e ciò indipendentemente dalla prospettiva della eventuale revoca del beneficio, ai sensi del 5º comma del citato art. 47 ter dell'ordinamento penitenziario»[182].

In una pronuncia del 2003, la Corte Costituzionale, ha ampliato il catalogo delle situazioni che consentono la detenzione domiciliare attraverso la dichiarazione di incostituzionalità dell'articolo 47 ter nella parte in cui non

---

dall'art. 47 ter, 1º comma, lett. c), dell'ordinamento penitenziario, potrà essere disposta la detenzione domiciliare ai sensi del 1º comma ter del cit. art. 47».

[181] Cass., Sez. I, 24.10.1996, in *Il foro online.*

[182] Cass., Sez. I, 04.11.1992, in *Il foro italiano online.*

prevedeva la concessione del beneficio anche nei confronti della madre o del padre conviventi con un figlio portatore di handicap totalmente invalidante, così andando ben oltre la semplice affermazione della finalità rieducativa e di reinserimento sociale della misura in esame. Le ha, infatti, attribuito profili polifunzionali, soprattutto alla luce della *ratio* sottesa al comma 1 dell'articolo 47, lettere a e b, la quale è individuabile non tanto nella tutela della madre o del padre condannati, ma soprattutto del minore e dell'inabile, che per età o condizione psico-fisica, appaiono deboli e meritevoli di aiuto per favorire il pieno sviluppo della loro personalità[183].

La finalità rieducativa del beneficio in esame è stata recentemente ribadita dal Tribunale di Sorveglianza di Torino che, delineando i confini tra arresti domiciliari e detenzione domiciliare, ha ravvisato una stretta connessione tra la misura alternativa e l'articolo 27 della Costituzione, in particolare sotto il profilo della idoneità rieducativa. «Se gli arresti domiciliari presuppongono il solo dato della idoneità custodiale, la detenzione domiciliare presuppone qualcosa di più: la idoneità rieducativa»[184].

Nel concedere la detenzione domiciliare, il Tribunale di Sorveglianza è tenuto a stabilirne le modalità di esecuzione secondo i criteri dettati per gli arresti domiciliari, disciplinati dall'articolo 284 c.p.p. È, dunque possibile imporre al condannato particolari limiti o divieti di comunicare con persone diverse da quelle che con lui coabitano e che lo assistono; autorizzare il condannato ad assentarsi, nel corso della giornata, dal luogo della detenzione, per il tempo strettamente necessario per provvedere alle indispensabili esigenze di vita se mancano persone che possano provvedervi o il soggetto versi in situazione di assoluta indigenza, o per

[183] Corte Cost., 05.12.2003, n.350, in Giurisprudenza costituzionale, 2004, 747 ss.; F. NUZZO, *La Corte Costituzionale estende i confini della detenzione domiciliare*, in *Diritto penale e processo*, 2004, 699.
[184] A. MARCHESELLI, *Anche la detenzione domiciliare presuppone l'idoneità rieducativa*, in *Corriere merito*, 2013, 71.

svolgere un'attività lavorativa. Il richiamo all'articolo 248 c.p.p. sembrerebbe consentire al Tribunale di Sorveglianza la sola imposizione di prescrizioni negative, non anche di prescrizioni positive. Si è, a tal proposito, osservato che tale assetto normativo potrebbe trovare una sua giustificazione razionale tutte le volte in cui sarebbe comunque applicabile l'affidamento in prova al servizio sociale, e, conseguentemente, le relative prescrizioni positive. Tuttavia, «non altrettanto pare per i casi di pena ultratriennale (ultraquadriennale nel caso di affidamento terapeutico). La norma così configurata, nel caso di assoluta necessità (per formulare una prognosi di non recidiva) di imposizione di prescrizioni positive (come ad esempio la frequenza di presidi psichiatrici) non lascerebbe alternativa tra il rigetto della domanda (per persistente pericolosità sociale), ovvero il suo accoglimento (con pericolo di recidiva). La violazione dell'articolo 3 e 27 della Costituzione appare evidente e assume particolare gravità concreta rispetto alla detenzione domiciliare di cui al comma 1 ter»[185]. Di fronte a tali mancanze, sembrano assumere particolare rilevanza gli interventi del servizio sociale, che dovrebbero avere un contenuto risocializzante o, per lo meno, dovrebbero esser diretti a promuovere un processo di responsabilizzazione e di maturazione dei soggetti sottoposti alla misura[186].

La continua e mai soddisfatta necessità di contrastare il sovraffollamento carcerario ha condotto, come anticipato, alla creazione di un'ulteriore specie di detenzione domiciliare, attraverso la legge del 26 novembre 2010, n.199, che consente di scontare gli ultimi 18 mesi di pena detentiva presso il proprio domicilio o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza. Rispetto all'impianto originario della legge, questa non prevede più l'automatismo nella concessione del beneficio a favore di coloro che devono scontare meno di un anno di pena detentiva. Nel testo

[185] M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 329.
[186] L. CESARIS, *Commento all'articolo 47 ter*, cit., 658.

finale si affida, infatti, alla magistratura di sorveglianza una discrezionalità decisionale. Si tratta quindi semplicemente di una chance in più che i detenuti hanno di ottenere una scarcerazione anticipata. Una misura nuova che però, a differenza delle altre presenti nell'ordinamento penitenziario, è a termine.

La scadenza originaria per tale misura era individuata al il 31 dicembre 2013, poi prorogata al 31 dicembre 2015.

Proprio la sua natura temporanea rende difficile sottrarla all'alveo della legislazione di urgenza finalizzata alla deflazione della popolazione carceraria per ricondurla all'ottica rieducativa.

I numeri non alti dei potenziali fruitori sono determinati dalle esclusioni dalla applicazione della legge per i seguenti soggetti: i condannati per taluno dei delitti indicati dall'articolo 4 - bis della legge 26 luglio 1975, n. 354; i delinquenti abituali, professionali o per tendenza; i detenuti che sono sottoposti al regime di sorveglianza particolare»[187].

Oltre a tali esclusioni di carattere oggettivo, il legislatore ha previsto anche esclusioni soggettive, che limitano ancor di più i casi di concessione della *species* in esame: la misura non potrà, infatti, essere concessa in presenza di una concreta possibilità che il condannato possa darsi alla fuga, possa commettere nuovi reati, o che non sussista l'idoneità e l'effettività del domicilio.

Le scelte di politica criminale, confermate dalla legge per ultima richiamata, sono caratterizzate «dall'assenza di fantasia del legislatore, che utilizza la detenzione domiciliare come unico strumento per realizzare gli scopi prefissati, rinunciando ad apprestare strumenti diversi da quelli già

[187] P. GONNELLA, *Giustizia: legge sulla detenzione domiciliare, poche migliaia i detenuti interessati*, in www.ristreti.org.

conosciuti, a modellare la detenzione domiciliare in funzione delle diverse finalità che sembra voler raggiungere, specie in chiave risocializzante»[188].

4. Semilibertà e reinserimento nella società civile.

«Il regime di 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». La disposizione appena richiamata, contenuta nell'articolo 48 o.p. descrive un istituto, che, benché inserito nel Capo VI del Titolo I della legge 354/1975, non presenta le sembianze di una misura alternativa, bensì di una modalità di espiazione della pena, funzionale ad una maggiore partecipazione ad attività risocializzatrici[189].

L'istituto, invero, appare finalizzato a consentire una modalità di esecuzione della pena detentiva particolarmente favorevole al consolidamento dell'evoluzione positiva della personalità del condannato soprattutto attraverso il reinserimento, seppur parziale e controllato, nell'ambiente libero. Non è corretto, quindi, parlare di misura alternativa alla detenzione, poiché il soggetto mantiene la veste di persona privata della libertà ed inserita in istituto penitenziario; tuttavia gli ampi margini di libertà concessi all'interessato e le possibilità di ripresa di contatto con l'ambiente libero integrano gli estremi di "una vicenda profondamente modificativa delle modalità di esecuzione della pena"[190]

---

[188] L. CESARIS, *Commento all'articolo 47 ter*, cit., 378.

[189] «La semilibertà costituisce una particolare modalità di esecuzione della pena detentiva, decisa in fase esecutiva, rivolta, attraverso lo svolgimento di attività lavorativa (in senso lato) e l'esercizio dei diritti ad essa connessi nell'ambienta libero, a realizzare un parziale reinserimento sociale del detenuto, in vista della sua risocializzazione definitiva» (C. CATANESE, *La semilibertà nella nuova legge penitenziaria,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1977, 657).

[190] CANEPA M., MARCHESELLI A., MERLO S., *Lezioni di diritto penitenziario*, cit., p. 141

La competenza a disporre la concessione del regime di semilibertà spetta al Tribunale di sorveglianza, il quale, ai fini dell'attuazione della misura, è tenuto a valutare l'idoneità dell'attività risocializzante prospettata dal condannato[191], che potrà consistere nello svolgimento non solo di attività lavorativa, ma anche istruttiva o comunque idonea al raggiungimento dello scopo risocializzante[192]. Possono, dunque, includersi attività di assistenza e di volontariato, la partecipazione ad iniziative pubbliche o private di particolare valore morale e sociale; attività tali da coinvolgere la sfera comportamentale del detenuto e contribuire al riadattamento del medesimo alla corretta e normale vita di relazione. Si ritiene che esse non debbano rimanere confinate nell'ambito dei valori strettamente familiari, posto che, come affermato dalla giurisprudenza, per essere ammessi al regime di semilibertà è richiesto l'espletamento di attività altruistiche o, comunque, idonee a dimostrare il superamento delle pulsioni personali, di solito egoistiche, che hanno determinato il soggetto a delinquere[193].

---

[191] «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 soggetto nella società» (articolo 50, comma 4 o.p.). La norma prevede ulteriori limiti alla concessione del beneficio. Possono, infatti, essere espiate in regime di semilibertà la pena dell'arresto e la pena della reclusione non superiore a sei mesi, a meno che il condannato non sia affidato in prova al servizio sociale; al di fuori di tale ipotesi, la norma richiede l'espiazione di almeno metà della pena, o, se si tratta di autore di uno dei delitti ci cui ai commi 1, 1 ter e 1 quater dell'articolo 4 bis, di almeno due terzi della pena. Il condannato all'ergastolo deve, invece, espiare almeno venti anni di pena. Rilevante è, inoltre, la disposizione contenuta nel comma 6 della norma: «nei casi previsti dal comma 1, se il condannato ha dimostrato la propria volontà di reinserimento nella vita sociale, la semilibertà può essere altresì disposta successivamente all'esecuzione della pena. Si applica l'articolo 47, comma 4, in quanto compatibile». Secondo Bernasconi, la semplice pretesa di una dimostrazione di volontà positiva, la proiezione sostitutiva e antidesocializzante della misura, e la configurata possibilità di una sospensione dell'esecuzione rimessa alla discrezionalità del magistrato di sorveglianza, inducono a ritenere inapplicabile qualunque osservazione della personalità intramuraria della personalità prolungata nel tempo (A. BERNASCONI, *La semilibertà nel quadro della legge 27 maggio 1998 n.165: aporie e disfunzioni*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, 193.

[192] Come osservato dalla Cassazione, la locuzione normativa rende meramente indicativa l'elencazione delle occupazioni richieste per l'accesso al beneficio, valendo comunque a significare la lo essenziale finalizzazione rieducativa (Cass., Sez. I, 10.04.1984, in *Rivista penale*, 1985, 85.

[193] L. DEGL'INNOCENTI, F. FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, 149 s.; Cass., Sez., 03.10.1997, in Il foro italiano online.

La vastità della gamma di attività che possono motivare la concessione della semilibertà consente anche di limitare le ipotesi in cui il condannato, per motivi estranei alla propria volontà, non riesca a godere di tale beneficio[194].

Al condannato in regime di semilibertà potranno essere concesse a titolo di premio una o più licenze di durata non superiore nel complesso a 45 giorni all'anno. Pur non precisando la legge quali siano i presupposti per l'ammissibilità al beneficio, la finalità della licenza appare soprattutto quella di «consentire un più naturale mantenimento dei rapporti familiari e di preparare il soggetto ad acquisire progressivamente le necessarie capacità di autonomia per gestire la sua vita sociale dopo la dismissione»[195].

L'articolo 50 comma 2 prevede una forma di semilibertà surrogatoria dell'affidamento in prova al servizio sociale. Tale istituto si presenta disomogeneo rispetto al regime di cui al primo comma del medesimo articolo. Mentre, infatti, il secondo è concedibile quando i risultati dell'osservazione del condannato permettono un giudizio prognostico positivo circa un suo reinserimento nella società, ossia l'idoneità della misura stessa alla completa emenda, e la mancanza del pericolo di commissione di nuovi reati, la prima si fonda, invece, esclusivamente sui progressi compiuti nel corso del trattamento e sull'idoneità dell'attività specifica indicata alla rieducazione del soggetto, comportando un giudizio incerto e non sempre attendibile circa l'affidabilità del reo[196]. Tale giudizio

---

[194] Ipotesi, come ad esempio, la carenza di posti lavoro. Proprio riferendosi allo svolgimento di attività lavorativa, la Cassazione ha affermato: «in tema di ammissione al beneficio della semilibertà, la sussistenza delle condizioni, preordinate a favorire il graduale reinserimento sociale del condannato, può ritenersi anche nel caso in cui l'attività lavorativa proposta non sia retribuita» (Cass., Sez. I, 21.12.2000, in *Il foro italiano online).*

[195] L. FILIPPI, G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario,*Milano, 2011, 150.

[196] Nella sentenze del 10 ottobre 2008, n. 338, la Corte Costituzionale ha rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 50, 2º comma, l. 26 luglio 1975 n. 354, nella parte in cui prevede che i condannati per uno dei reati indicati nel 1º comma dell'art. 4 bis stessa legge

si sostanzierà nella verifica dei progressi compiuti nel corso del trattamento intramurario e nella risposta positiva dell'interessato agli stimoli provenienti dal percorso trattamentale.

Anche la semilibertà presuppone, dunque, una evoluzione della personalità che faccia ritenere avviato positivamente il processo di revisione critica del passato, caratterizzato dall'allontanamento dei disvalori posti all'origine dei reati commessi[197]. Oltre a tali elementi, parte della giurisprudenza ritiene che il Tribunale di Sorveglianza debba, comunque, tenerne in considerazione altri, seppur non in maniera esclusiva, come la gravità del reato, la condotta ad esso antecedente, la pericolosità rilevata dal giudice di cognizione ed i precedenti penali[198]. «Come dietro all'intero sistema delle misure alternative», dietro alla formula contenuta nell'articolo 50 comma 4 «sta la necessità che il richiedente la misura abbia intrapreso un processo di costruzione delle condizioni oggettive (le condizioni per il reinserimento nella società) e soggettive (i progressi nel corso del trattamento) per la

---

possano essere ammessi al regime di semilibertà solo se abbiano espiato i due terzi della pena, anche quando il residuo non eccede i tre anni, in riferimento all'art. 3, 1º comma, cost. La Corte ha ritenuto non condivisibile l'orientamento secondo il quale tra affidamento in prova e semilibertà sussisterebbe un rapporto di continenza, tale da rendere irragionevole il consentire allo stesso soggetto l'accesso al regime più favorevole, precludendo invece la concessione del beneficio meno favorevole, che deve ritenersi incluso, come parte minore, nel primo. La non condivisibilità deriva dalla mancanza di omogeneità dei due istituti richiamati, causata dalla sostanziale diversità di presupposti delle due misure, soprattutto in presenza di condanna per uno dei delitti indicati nell'articolo 4 bis o.p: «il presupposto dell'esito positivo del trattamento penitenziario non è più indispensabile per l'ammissione all'affidamento in prova, in quanto per la concessione di tale beneficio è necessaria una prognosi di rieducazione del reo, opportunamente assistito, e di prevedibile assenza del rischio di recidive che non preclude la parificazione tra coloro che hanno commesso reati in astratto valutati con particolare severità, come quelli previsti dall'articolo 4 bis, e tutti gli altri condannati, sempre che la pena da espiare non superi i tre anni; mentre nell'ipotesi in cui il condannato presenti ancora un certo grado di pericolosità, tale da non consentire una valutazione favorevole circa il rischio di recidiva, la diversa disciplina, che aggrava la posizione dei condannati per i reati *ex* articolo 4 bis rispetto agli altri, quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova, trova giustificazione nella maggior gravità dei delitti indicati nella norma, sia nell'impossibilità di una ragionevole previsione che il soggetto non commetterà più reati» (Corte Cost., 10.10.2008, n.338, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 3733 ss., con riferimento alla quale Carlo Fiorio ha fortemente criticato la fermezza con cui la Corte ha definito «impossibile» la formulazione di una ragionevole previsione circa l'insussistenza del pericolo di commissione di nuovi reati).

[197] M. VIGLINO, *Commento all'articolo 50 o.p.*, in *Leggi complementari commentate*, AA.VV., Torino, 2009, 781 ss; Cass. Sez. I, 24.06.1991, in *Cassazione penale*, 1992, 2820.

[198] Cass. Sez. I, 31.03.1995, in *Giustizia penale*, 1996, III, 7.

rimozione della pericolosità sociale». Condizione, questa, la cui mancanza può determinare la revoca della misura, una volta concessa.

Ciò che è comunque necessario, è che la presenza dei requisiti per la concessione del beneficio vada comunque accertata in concreto, con riferimento a tutte le circostanze del caso specifico, per evitare ingiuste presunzioni di pericolosità dei detenuti.

Al riguardo, merita evidenziare l'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Milano del 19 novembre 2003, con la quale è stato revocato il regime di semilibertà concesso ad una donna condannata all'ergastolo, a causa della violazioni di alcune prescrizioni impartite, non contestualizzando, tuttavia, le stesse, ma basandosi, secondo autorevole dottrina, su una valutazione «cartolare ed astratta»[199]. Nel caso di specie il Tribunale, osserva l'Autore, non aveva considerato che le prescrizioni non avevano tutte la medesima rilevanza: per alcune la violazione è maggiormente significativa al fine di formulare un giudizio di inidoneità; altre, invece, se non rispettate, non raggiungevano un'importanza tale da giustificare di per sé una revoca della misura concessa. Sembrava, inoltre, aver dimenticato il principale compito che le prescrizioni dovrebbero assolvere: «aiutare la risocializzazione, diversamente da quelle imposte in senso alle altre misure "più rischiose", perché del tutto decarcerizzanti, come ad esempio l'affidamento in prova»[200].

La mancata contestualizzazione delle violazioni avvenuta nel caso esaminato pone l'attenzione su una questione di non trascurabile rilevanza. Di fronte, infatti, ad un istituto avente un potenzialità risocializzativa di notevole portata, una revoca avventata ed un ripristino della detenzione

[199] Precisamente, alla detenuta veniva contestato l'aver, in violazione prescrizioni stabilite: frequentato un pregiudicato (peraltro conosciuto durante lo svolgimento dell'attività lavorativa prescritta); utilizzato un cellulare intestato a terzi; consumato pasti in luoghi diversi da quelli stabiliti, partecipato ad una manifestazione di piazza, giudicata dal tribunale rischiosa.

volto a punire una mera inosservanza, rischiano di demolire i progressi raggiunti nel periodo di semilibertà; di annullare, addirittura, quella responsabilizzazione necessaria per rendere il condannato protagonista attivo della propria vicenda penitenziaria[201].

5. La riduzione della pena ad opera della liberazione anticipata.

Al pari della semilibertà, anche la liberazione anticipata appare non inquadrarsi nell'alveo delle misure alternative, nonostante sia inserita all'interno del capo della legge n.354/1975 ad esse afferente.

Mentre, infatti, le misure alternative alla detenzione si caratterizzano per la «riconquista» graduale «di quote di libertà» da parte del condannato in una contestuale permanenza di un rapporto esecutivo, motivata anche da una prognosi favorevole circa gli esiti dei benefici medesimi, la liberazione anticipata esula da qualsiasi giudizio prognostico e comporta una semplice anticipazione del momento di riacquisto della libertà[202].

Come disposto dall'articolo 54 o. p., essa determina una riduzione della pena irrogata pari a quarantacinque giorni, per ogni semestre di pena detentiva scontata e viene concessa al condannato che abbia dimostrato di partecipare all'opera di rieducazione.

Si tratta, dunque, di un sistema di riduzione «obbligatoria» della pena in presenza dell'accertata sussistenza dei presupposti stabiliti dalla legge, la cui atipicità si riverbera nella molteplicità di funzioni alle quali il

---

[200] F. CONSULICH, *Revoca della semilibertà: epifania del "del diritto penitenziario del nemico*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, 482 ss.

[201]Tale problema assume ancor più rilievo di fronte alla previsione, da parte del legislatore, di specifici effetti negativi della revoca; primo fra tutti la preclusione legale prevista dall'articolo 50 quater, che vieta per tre anni la concessione di benefici al condannato che abbia subito la revoca della semilibertà. In tal caso dovrà trattarsi di revoca determinata da colpa del condannato, altrimenti si incorrerà nella violazione non solo del principio di uguaglianza *ex* articolo 3 della Costituzione, ma anche dell'articolo 27, comma 3.

[202] P. CORSO, *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011, 204.

medesimo assolve, in considerazione di una premialità che, se da un lato incentiva il detenuto a partecipare al percorso rieducativo, dall'altro opera da fattore propulsivo della progressione del trattamento rieducativo, agevolando l'accesso da parte dell'interessato ad ulteriori e diversi benefici penitenziari[203]. Accanto, infatti, all'effetto tipico e caratterizzante, quello appunto della liberazione anticipata, lo strumento previsto dall'articolo 54 o.p. può realizzarne uno di natura indiretta, consistente nell'abbreviazione dei tempi di pena richiesti per l'ammissione alla liberazione condizionale, nonché per l'ammissione ai permessi premio e alla semilibertà.

Con l'introduzione dell'istituto in esame, il legislatore ha fatto propria la facile constatazione secondo cui la finalità del reinserimento sociale può essere al meglio perseguita se si offre al condannato la possibilità di poter influire con il suo impegno personale sulla durata della pena, ottenendone una riduzione.

Dalle particolari caratteristiche che esso presenta, deriva una efficacia di strumento rieducativo più accentuata e diretta di quanto non sia per gli altri istituti che concorrono a formare il sistema delle misure alternative. L'interesse e l'impegno del condannato vengono «polarizzati sulla prossimità della metà, del conseguimento del vantaggio rappresentato dalla riduzione di pena». Emerge come la scelta del legislatore di porre come unità di misura per la valutazione del comportamento un breve periodo di tempo non sia casuale, ma giustificata dall'intento di conferire fiducia al soggetto nelle proprie possibilità di riuscita[204].

In ragione della sua durata, il comportamento responsabile è assunto ad indice di progressivo abbassamento del grado di antisocialità, emerso dal

---

[203] G. MAGLIOCCA, *Commento all'articolo 54 o.p.,* in *Codice di procedura penale commentato,* a cura di A.GIARDA, G.SPANGHER, Milano, 2010, 10619.
[204] V. GREVI, *Riduzione di pena e liberazione condizionale per i condannati all'ergastolo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1978, 66 ss.

reato accertato e cristallizzato nella quantificazione della sanzione inflitta[205].

La fruizione della liberazione anticipata è condizionata dal legislatore all'accertata partecipazione del condannato all'opera di rieducazione, desumibile dall'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[206].

La partecipazione all'opera di rieducazione non coincide con la sola regolarità della condotta carceraria, che, «costituendo un dovere indifferenziato di tutti i detenuti ed internati, non può *ex se* assurgere ad elemento sintomatico della personale partecipazione all'opera rieducativa; una siffatta partecipazione postula, quanto meno, la disponibilità del condannato al dialogo con gli operatori penitenziari e ad una riflessione critica sulla devianza vissuta»[207]. Per un corretto apprezzamento della sussistenza di tale presupposto si dovranno tenere in debita considerazione non solo le condizioni individuali dell'interessato, che influenzano la sua recettività alle indicazioni nelle quali si sostanzia il percorso rieducativo, ma anche le opportunità concretamente offerte dall'istituzione penitenziaria[208].

---

[205] P. IOVINO, *La liberazione anticipata,* Padova, 2006, 17 s.
[206] Articolo 103 del d.P.R. 230/2000.
[207] Cass., Sez. I, 13.10.1995, in *Il foro italiano online.*
[208] Circa la fruibilità della liberazione anticipata, Giuseppe Magliocca ha analizzato il problema che si pone a tutte quelle situazioni nelle quali il detenuto è sottoposto ad un regime penitenziario le cui regole, incidendo negativamente sulla fisiologia del trattamento e dell'osservazione della personalità, interferiscono sulla partecipazione all'opera di rieducazione, condizionando potenzialmente l'apprezzamento alla base della concessione del beneficio. Mentre nel caso del regime di sorveglianza particolare non si prospetterebbero particolari problemi, vista la persistenza del diritto del condannato al trattamento e la predisposizione di uno specifico percorso rieducativo, il regime delineato dall'articolo 41 bis o. p., sembrerebbe al contrario precludere la partecipazione all'opera rieducatrice e, dunque, la fruibilità della liberazione anticipata. Nel ricercare una possibile soluzione, l'Autore richiama alcuni rimedi volti a consentire, anche nel caso prospettato, l'apprezzamento della partecipazione all'opera di rieducazione: da un lato, l'identificazione della partecipazione nella regolarità della condotta carceraria attestata

La valutazione giudiziale deve riferirsi al singolo semestre di pena scontata.

Il dato legislativo, così come risultante dall'intervento normativo operato dalla legge n.663/1986, segna il superamento di un lungo dibattito giurisprudenziale, che vedeva contrapporsi una concezione «atomistica» ad una concezione «unitaria». Quest'ultima, muovendo dall'assunto della finalità risocializzante dell'istituto, considerava come necessaria una valutazione complessiva dei comportamenti tenuti dal condannato nell'arco di tutta la detenzione, cui doveva corrispondere un provvedimento unico ed uniforme[209]. La prima, al contrario, sosteneva una valutazione «frazionata», limitata al singolo semestre. Tale approccio ricevette, poi, un definitivo avallo, non solo dal legislatore, con la legge dell'86, ma anche dal giudice delle leggi, con la sentenza del 31 maggio 1990, n.276: «gli art. 54 1º comma l. 26 luglio 1975 n. 354 e 18 l. 10 ottobre 1986 n. 663 (che sostituisce il primo) hanno costruito l'istituto della liberazione anticipata come un beneficio diretto a sollecitare l'adesione e la partecipazione del condannato all'azione di rieducazione, mediante l'abbuono di quarantacinque giorni per ogni semestre di pena scontata, sicché l'abbuono spetta separatamente per ogni semestre in cui il soggetto abbia dato prova di partecipazione all'azione educativa e non in base ad una valutazione finale e globale, che possa comportare la perdita del beneficio per una valutazione finale negativa di carattere disciplinare; pertanto, i cit. art. 54 l. n. 354 del 1975 e 18 l. n. 663 del 1986 non sono in contrasto con gli art. 3 e

---

dall'assenza di infrazioni disciplinari; dall'altro, un vero e proprio adattamento dei parametri evocati dall'articolo 103 del regolamento penitenziario alla sospensione delle regole trattamentali. (G. MAGLIOCCA, *Commento all'articolo 54 o. p.,* in *Codice di procedura penale commentato,* cit., 10624 s.). In merito, la Cassazione ha recentemente statuito: «il regime carcerario ex art. 41 bis o. p.. non è ostativo alla concessione del beneficio della liberazione anticipata, richiedendo comunque un concreto accertamento della partecipazione dell'interessato all'opera di rieducazione, di cui sono indice, fra l'altro, la qualità dei rapporti intrattenuti con i compagni di detenzione, con gli operatori penitenziari e con i familiari» (Cass., Sez. I, 23.10.2012, in *Il foro italiano online*).

[209] Cass., Sez. I, 20.11.1979, in *Cassazione penale,* 1981, 1887.

27 3º comma ultimo inciso cost., non sussistendo l'erroneo presupposto da cui muove la censura e cioè che i suddetti articoli non consentano una valutazione frazionata, semestre per semestre, dell'opera di rieducazione del condannato, ma richiedano un giudizio finale globale tenendo conto della prevalenza della condotta complessiva del detenuto ai fini dell'abbuono»[210].

Recentemente, la Suprema Corte ha precisato come, ai fini dell'esclusione del requisito della partecipazione all'opera di rieducazione, una trasgressione comportamentale possa ripercuotersi sui semestri antecedenti a quello in cui essa ha avuto luogo, mentre sarebbe errato proiettare gli effetti della trasgressione medesima sui semestri successivi, «ben potendo verificarsi che, dopo l'episodio negativo, la partecipazione vi sia stata»[211].

La possibilità di concedere la liberazione anticipata e l'estensione temporale del beneficio sono, poi, stati ampliati con il d. l. 23 dicembre 2013, n. 146, che ha introdotto la cosiddetta liberazione anticipata speciale, prevedendo che «per un periodo di due anni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, la detrazione di pena concessa con la liberazione anticipata prevista dall'articolo 54 della legge 26 luglio 1975, n. 354 è pari a settantacinque giorni per ogni singolo semestre di pena scontata». L'art. 4 del menzionato decreto estendeva i benefici della liberazione anticipata speciale, anche ai condannati per reati di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., sia per il futuro (per un periodo di due anni, «la detrazione di pena concessa con la liberazione anticipata prevista dall"articolo 54 della legge 26 luglio 1975, n. 354 è pari a settantacinque giorni per ogni singolo semestre di pena scontata», che per il passato («a decorrere dal 1° gennaio 2010», a condizione che avessero «dato prova, nel periodo di detenzione,

[210] Corte Cost., 31.05.1990, n.276, in *Giustizia penale*, 1990, I, 235.
[211] Cass., Sez. I, 08.01.2013, in *Il foro italiano online.*

di un concreto recupero sociale, desumibile da comportamenti rivelatori del positivo evolversi della personalità»).

Tuttavia, in sede di conversione in legge del decreto, il co. 4 è stato soppresso e tale categoria di condannati è stata conseguentemente estromessa dal novero dei destinatari della liberazione anticipata speciale.

6. La remissione del debito.

Oltre alla liberazione anticipata, l'ordinamento penitenziario prevedeva un ulteriore istituto a carattere premiale, la remissione del debito, la cui disciplina, modificata dalla legge 663/1986, è poi stata trasposta, nell'articolo 6 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, ed ulteriormente innovata, specialmente in quegli aspetti della disciplina che erano stati oggetto della declaratoria di illegittimità costituzionale nel 1991. Dichiarando l'illegittimità dell'articolo 56 o.p. nella parte in cui non prevedeva che, anche indipendentemente dalla detenzione per espiazione di pena o per custodia cautelare, al condannato potessero essere rimesse le spese del procedimento, in presenza dei presupposti prescritti dalla legge, la Corte ebbe modo affermare la finalità propria dell'istituto preso in considerazione, ovvero quella di agevolare il reinserimento del condannato nel tessuto sociale, evitando al detenuto indigente di essere perseguitato civilmente a causa del debito di giustizia, proprio nel «delicato momento in cui deve avere piena attuazione il suo reinserimento nella società»[212].

La remissione del debito postula due condizioni essenziali: le disagiate condizioni economiche del condannato e la sua regolare condotta, ed opera nei confronti del debito per le spese di mantenimento in carcere e per le spese processuali.

[212] Corte Cost., 15.07.1991, n.342, in *Cassazione penale,* 1992, 893 ss.

Con particolare riferimento ai detenuti, l'articolo 6, comma 2 del d.P.R 115/2002 stabilisce che la regolare condotta debba essere valutata ai sensi dell'articolo 30 ter, comma 8, dell'ordinamento penitenziario, a norma del quale «la condotta dei condannati si considera regolare quando i soggetti, 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». È parso ad alcuni evidente come il legislatore abbia voluto rendere più accessibile l'istituto, soprattutto alla luce delle difficoltà per l'amministrazione penitenziaria di reperire attività lavorative per tutti i detenuti[213].

7. Liberazione condizionale e libertà vigilata.

Definita come «archetipo dei benefici penitenziari»[214], la liberazione condizionale trova la sua origine storica, in Italia, nel Codice Zanardelli del 1889, con il dichiarato scopo di combattere la recidiva attraverso l'anticipazione della liberazione del condannato che avesse dato prova di essersi ravveduto. Collocata, successivamente, tra le cause estintive della pena con il Codice del 1930, grazie all'entrata in vigore della Costituzione, da misura prettamente premiale è divenuta vero e proprio mezzo per l'individualizzazione del trattamento del detenuto[215].

---

[213] R. VANNI, *Esecuzione di pene pecuniarie e recupero delle spese processuali e di mantenimento in carcere*, in *Giustizia penale*, 1998, III, 603.
[214] F. FIORENTIN, *Misure alternative alla detenzione*, cit., 1.
[215] La liberazione condizionale rientra tra le vicende che modificano il rapporto punitivo, in quanto determina il venir meno della privazione della libertà personale in una struttura carceraria, con contestuale sottoposizione del condannato ad una serie di controlli e sostegni in ambiente libero, al fine di consentire un miglior recupero del condannato. Può essere concessa in presenza di determinati presupposti, indicati dall'articolo 176 del codice penale: «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, può essere ammesso alla liberazione condizionale, se ha scontato almeno trenta mesi e comunque almeno metà della pena inflittagli, qualora il rimanente della pena non superi i cinque anni. Se si tratta di recidivo, nei casi preveduti dai capoversi dell'articolo 99, il condannato, per essere ammesso alla liberazione condizionale, deve avere scontato almeno quattro anni di pena e non meno di tre quarti della pena inflittagli. Il condannato

La liberazione condizionale è, infatti, disciplinata dagli art. 176 e 177 c.p. e comporta la sospensione dell'esecuzione della pena per un certo tempo, trascorso il quale senza che il condannato liberato abbia commesso un altro reato la pena si estingue. L'istituto ha la finalità principale di prevenire la ricaduta nel reato, favorendo l'emenda dei colpevoli, tuttavia è anche strumento utilizzato per conseguire una migliore disciplina nei penitenziari.

Le tappe fondamentali del suo percorso evolutivo sono segnate dall'entrata in vigore della legge del 25 novembre 1962, n.1634, che estendeva l'applicazione del beneficio ai condannati all'ergastolo e ai sottoposti ad una misura di sicurezza detentiva, e dalla riforma dell'ordinamento penitenziario, che ha contribuito al definitivo abbandono delle originarie caratteristiche di misura prevalentemente clemenziale proprie dell'istituto[216].

Da «provvedimento grazioso», la liberazione condizionale è divenuta, così, «strumento di individualizzazione del trattamento penitenziario per il perseguimento della finalità del reinserimento sociale del condannato»[217]. A partire dalla sentenza n. 204 del 1974[218], non solo interventi del legislatore, ma anche pronunce della Corte Costituzionale hanno contribuito alla progressiva eliminazione degli ostacoli che si opponevano all'inserimento della liberazione condizionale tra le forme di trattamento

---

all'ergastolo può essere ammesso alla liberazione condizionale quando abbia scontato almeno ventisei anni di pena. 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». Decorso il tempo della pena inflitta, cinque anni se si tratta di condannato all'ergastolo, senza che sia intervenuta alcuna causa di revoca, la pena rimane estinta e sono revocate le misure di sicurezza personali.

[216] G. BARONE, *La liberazione condizionale tra clemenza e rieducazione*, in Indice penale, 1977, 573 ss.

[217] G. LA GRECA, *La liberazione condizionale fra Corte Costituzionale e legislatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1974, 2154.

[218] Nella citata sentenza la Corte Costituzionale ha evidenziato la stretta correlazione tra la concessione della liberazione condizionale e la finalità rieducativa della pena, riconoscendo, anche in riferimento a tale istituto, il diritto del condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della detenzione sia riesaminato, al fine di accertare se la quantità di pena già espiata abbia o meno assolto il suo fine rieducativo.

alternative alla detenzione: le leggi n. 354 del 1975 e n. 663 del 1986 hanno introdotto una vasta gamma di misure alternative che, oltre a sopperire all'inapplicabilità della liberazione condizionale per pene inferiori ai trenta mesi, consentono il trattamento progressivo dei condannati a pene di media e lunga durata, preparandone l'anticipato reinserimento nella società[219].

La piena attuazione del principio costituzionale viene realizzata attraverso la sostituzione del rapporto esecutivo della pena carceraria con il rapporto esecutivo della libertà vigilata si cui all'articolo 230, n.2 del codice penale. Il progressivo mutamento della liberazione condizionale da misura premiale-clemenziale a misura alternativa è, altresì, testimoniato da quanto disposto dall'articolo 55 dell'ordinamento penitenziario, che attribuisce agli uffici locali di esecuzione penale esterna il compito di svolgere interventi di sostegno e assistenza nei confronti dei sottoposti alla libertà vigilata, «al fine del loro reinserimento sociale». Si è, per questo, parlato di vera e propria libertà vigilata «assistita»[220], accentuando l'aspetto rieducativo della misura a discapito di quello poliziesco. La libertà vigilata diviene prototipo di misura non privativa ma limitativa della libertà personale, «nella quale la funzione rieducativa, prevalendo sull'esigenza retribuzionistica, contribuisce in maniera rilevante a disegnare i tratti concreti della misura stessa»[221]. L'applicazione delle prescrizioni proprie della libertà vigilata dovrà, dunque, essere finalizzata a stabilire delle regole di comportamento nell'ambiente esterno, tali da favorire il reinserimento sociale del condannato e consentirne il controllo comportamentale.

---

[219] D. VERRINA, *La revoca della liberazione condizionale al vaglio della Corte: un nuovo (ed atteso) incremento delle valenze rieducative della misura,* in *Cassazione penale*, 1990, 559 s.
[220] F. MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., 822.
[221] M. SCHIAVI, *La disciplina della liberazione condizionale tra istanze rieducative ed esigenze di difesa sociale,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1990, 689.

Anche ai fini della liberazione condizionale, il giudice del merito deve basare la sua decisione, non solo sul parere degli organi carcerari, ma anche sulla gravità dei reati commessi e sulla capacità a delinquere dimostrata dal condannato, che dovranno comunque essere posti in ponderazione comparativa con l'emenda dello stesso, la quale, in virtù del disposto di cui all'articolo 176 c.p., assume valore decisivo. Il sicuro ravvedimento deve essere desunto dal suo comportamento globale, senza limitare l'osservazione alla sola condotta carceraria[222]. In proposito, parte della dottrina, premettendo che la natura premiale della liberazione condizionale deve essere contemperata da un giudizio sul grado effettivo di risocializzazione del soggetto nella fase dell'esecuzione penitenziaria, ritiene che la concessione del beneficio in esame debba essere subordinata tanto ad un giudizio di buona condotta, quanto ad una prognosi tendenzialmente positiva di non recidività, senza spingersi, però, ad un giudizio di cessata pericolosità (come lascerebbe intendersi la locuzione «sicuro ravvedimento»), altrimenti non si comprenderebbe perché il liberato condizionalmente venga poi sottoposto alla libertà vigilata[223].

Una recente pronuncia ha costituito occasione per la Corte di Cassazione per soffermarsi sui requisiti necessari per la concessione della misura. La Suprema Corte, difatti, ha dapprima premesso che in tema di liberazione condizionale devono essere valutate le manifestazioni di effettivo interessamento del condannato per la situazione morale e materiale delle persone offese dal reato, nonché i tentativi fatti per attenuare, se non riparare interamente, i danni derivanti dalla condotta criminale; e poi affermato che, per la concessione della misura premiale, non è sufficiente la regolare condotta del condannato, ma occorre la prova di una fattiva e convinta adesione del medesimo all'opera di rieducazione, desumibile «da

[222] F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*,cit., 51 s.

fatti positivi che rivelino l'evolversi della personalità del soggetto verso modelli di vita socialmente adeguati e ciò anche con riguardo al pentimento ed alla riprovazione per il delitto commesso e la fattiva volontà dell'autore del reato di eliminarne le conseguenze dannose anche e soprattutto con suo sacrificio». Di qui la conclusione che, ai fini della concessione della liberazione condizionale, non è sufficiente lo svolgimento da parte del condannato di un'attività lavorativa o di volontariato, non potendo esimersi il Tribunale di Sorveglianza «dal valutare la condizione del ravvedimento anche alla stregua del pentimento e della elisione delle conseguenze dannose del reato», disponendo d'ufficio di tutti gli strumenti previsti dal combinato disposto degli artt. 678 e 666 comma 5 c.p.p.

Tale pronuncia rispecchia, in buona parte, l'orientamento prevalente in giurisprudenza, che ha individuato un nesso inscindibile tra risarcimento del danno e ravvedimento del reo, stabilendo che quest'ultimo consiste non soltanto in una condotta negativa (astensione dalla commissione di altri reati), ma anche in una condotta positiva, dimostrativa dell'abbandono delle scelte criminali, che si sostanzia in primo luogo nell'adempimento delle obbligazioni civili sorte dal reato e, laddove il condannato non abbia mezzi adeguati, l'indice del ravvedimento deve essere tratto dalle manifestazioni di effettivo interessamento del condannato stesso per la situazione morale e materiale delle persone offese e dai tentativi fatti, nei limiti delle sue possibilità, per attenuare, se non riparare interamente, i danni provocati.

La Corte, inoltre, ha messo in rilievo la diversa natura della liberazione condizionale rispetto alle misure alternative alla detenzione: mentre, infatti, per le misure alternative alla detenzione è previsto lo snodarsi, via via più incisivo, del reinserimento sociale del condannato, in misura crescente secondo l'entità del beneficio (nell'ordine: liberazione anticipata,

---

[223] M. PAVARINI, *Le conseguenze giuridiche del reato*, in *Introduzione al sistema penale*, AA. VV., Torino, 2001, 465.

semilibertà, affidamento in prova al servizio sociale), per la liberazione condizionale è richiesta, invece, la certezza del ravvedimento ed il riscatto morale del reo. Ciò in quanto, a differenza delle misure previste dall'ordinamento penitenziario, che rappresentano solo un modo di espiazione alternativo della pena, la liberazione condizionale è *ope legis* causa estintiva della pena, decorso il termine prescritto, e di revoca delle misure di sicurezza personali.

Analizzando la pronuncia appena richiamata, la dottrina ha mostrato un certo scetticismo verso l'equivalenza operata tra ravvedimento e pentimento, dovuto ad una riconducibilità della stessa ad una concezione etica e morale della pena, lontana dalla visione polifunzionale accolta dalla Costituzione, nell'ambito della quale «l'idea della retribuzione mantiene un ruolo centrale per assicurare una pena giusta (determinata e proporzionata), mentre il profilo della rieducazione si è evoluto verso un modello che predilige, in luogo del cambiamento della personalità del reo, l'adesione del condannato alle regole di convivenza civile ed il rispetto (anche meramente formale) delle leggi penali».

Inoltre, l'identificazione del sicuro ravvedimento nel pentimento interiore impedirebbe la concessione della liberazione condizionale a quei condannati che si ostinino a proclamare la propria innocenza, malgrado la sentenza penale di condanna. «L'approccio ancorato al cambiamento interiore della persona, se condivisibile all'interno di un sistema della giustizia penale incentrato unicamente sugli interventi risocializzativi, attuati mediante le misure alternative ed i trattamenti clinico-criminologici, appare poco coerente con gli attuali orientamenti di politica criminale, i quali, muovendo dalla crisi dell'ideologia del trattamento rieducativo, tendono a riavvicinare l'esecuzione penale al c.d. "modello del fatto", incentrato sul paradigma dell'oggettività, che postula maggiore attenzione per la tipologia di delitto commesso e per la recidiva.

Indice del ritorno al "modello del fatto" è la tendenza della magistratura di sorveglianza ad ancorare la concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative alla detenzione a dati oggettivi (gravità del reato commesso, comportamento del detenuto conforme alle regole penitenziarie, informazioni dell'autorità di pubblica sicurezza su eventuali collegamenti del soggetto con la criminalità organizzata, ecc.), in luogo dell'indagine sull'evoluzione della personalità del reo; tendenza che trae origine dalla necessità di ridurre in qualche modo la percentuale di fallibilità del giudizio predittivo, prodromico alla concessione dei benefici penitenziari e che sovente trova impulso in relazione a fenomeni di recidiva che destano particolare allarme sociale»[224].

7. Riflessioni di chiusura sull'attuale fisionomia delle misure alternative.

Parlando di misure alternative alla detenzione, non infrequente è stata la pretesa contrapposizione tra principio di rieducazione e sicurezza dei cittadini, o tra certezza e flessibilità della pena; contrapposizione, la prima, che risulta del tutto fallace e vera solo nel caso di una rieducazione svolta con mezzi inadeguati. L'ingiustificata diffidenza e il sospetto che troppo spesso si manifestano nei confronti del sistema rieducativo derivano da un grave errore: l'identificazione del destinatario di quell'obbligo dello Stato, consistente nella realizzazione della finalità rieducativa della pena, nel soggetto che ha commesso il reato. Principale destinatario è, invece, la società, «perché dalla attività di rieducazione del reo trarrà beneficio nella diminuzione del crimine», se, naturalmente, questa sarà effettiva, seria ed adeguata, come dovrà esserlo la pena inflitta. Ed allora anche la seconda

[224]Cass., Sez. I, 09.03.2005; A. MORRONE, *Liberazione condizionale tra risarcimento del danno e ravvedimento del reo,* in *Diritto penale e processo*, 2006, 207 ss.

contrapposizione risulta errata: una pena umana, idonea ed adeguata a punire, prevenire e rieducare non può essere fissa, ma flessibile[225].

Le misure alternative non andrebbero considerate come uno strumento eccezionale, ma come un ordinario e necessario sbocco della pena detentiva.

La pena carceraria, per il suo modo d'essere, costringe ad una comunione forzata ed impedisce l'ordinario svolgimento dei rapporti familiari e sociali che, secondo la stessa legge, sono necessari, se non essenziali, per lo sviluppo di un'ordinata vita di relazioni. In questo regime, l'impossibilità per chi subisce la pena di influire con la propria condotta sulla sua durata e sulle sue modalità esecutive, lascia prevedere, tra le conseguenze probabili, la spinta a forme di condiscendenza e di emulazione verso i detenuti di più spiccata personalità delinquenziale. L'introduzione delle misure alternative è il prodotto anche di queste considerazioni: l'esigenza di garantire un regolare svolgimento della vita carceraria conduce alla necessità che sia offerta ai detenuti la possibilità di concorrere, con un comportamento responsabile e partecipe alla finalità del riadattamento sociale, alla determinazione delle forme di esecuzione ed alla durata stessa della pena.

Attraverso numerose sentenze la giurisprudenza ha «costituzionalizzato» le misure alternative ed il principio della pena flessibile, affermando il diritto del condannato alla revisione della pena nel corso dell'esecuzione una volta accertato, sulla base del trattamento rieducativo, se siano cessate le ragioni della prosecuzione in forma detentiva[226]. Per conformarsi alle pronunce della Consulta, che hanno ribadito la finalità rieducativa della pena, è, dunque, necessario un modello incentrato su una pena flessibile,

---

[225] A. MARCHESELLI, *L'efficacia rieducativa delle misure alternative alla detenzione,* in Diritto&Diritti, www.diritto.it, 2003.

[226] A. DERIU, L. MORGANTE, *Le misure alternative e il trattamento rieducativo nelle nuove proposte di riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica,*

rimodulabile durante l'esecuzione. Per questo le misure alternative non possono essere applicate nella fase di cognizione: una scelta simile contrasterebbe con la giurisprudenza costituzionale e determinerebbe provvedimenti eccessivamente discrezionali in ordine a persone e situazioni sostanzialmente sconosciute.

Con le riforme introdotte a partire dalla fine degli anni '80 è stato in parte stravolto l'originario disegno della riforma penitenziaria, vicino ad una cultura specialpreventiva di tipo trattamentale: non più un rapporto diretto tra azione trattamentale e alternative penitenziarie, la concessione di un beneficio penitenziario fondato sulla previa sottoposizione all'osservazione della personalità e sulla predisposizione di un programma trattamentale, ma l'accesso alle misure dallo stato di libertà; non più misure alternative, ma pene sostitutive[227].

Le misure alternative rendono l'espiazione della pena il più possibile funzionale ad una effettiva riabilitazione. Come giustamente osservato da Fabrizio Leonardi, la recidiva costituisce un parametro per misurare il successo dell'attività rieducativa e, più specificamente, la riuscita della misura alternativa[228].

Dalle basse percentuali di recidiva riscontrabili nella popolazione carceraria in misura alternativa si può dedurre che una esecuzione penale fuori del carcere pone di per sé le basi per un recupero sociale molto più efficace; deduzione che rende non sempre comprensibili alcune scelte a favore della esecuzione penale eseguita esclusivamente in forma detentiva. Maggiori saranno le iniziative trattamentali, l'interrelazione con la società,

---

2008, 121. Gli autori fanno in particolare riferimento alle sentenze della Corte n.204/1974; n.343/1987; n.282/89; n.125/1992.

[227] M. PAVARINI, *Misure alternative alla detenzione dal 1986 ad oggi. Risultati e incongruenze del sistema sanzionatorio nell'attuale contesto normativo,* in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2003, 218.

[228] F. LEONARDI, *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale e abbattimento della recidiva,* in *Rassegna penitenziaria e criminologica,* cit., 7 ss.

l'assunzione di responsabilità per il detenuto, maggiore sarà la prospettiva di un valido reinserimento. Inoltre, un ampio ricorso alle misure alternative fornisce alla magistratura di sorveglianza elementi di valutazione concreta fondati su una più ampia conoscenza della persona detenuta.

Deve, però, trattarsi di un ricorso «responsabile», mosso non esclusivamente da intenti deflattivi del carcere, che verrebbero comunque vanificati da un uso distorto dello stesso. «L'esigenza di decarcerizzare e di punire ricorrendo il meno possibile alla pena detentiva, in assenza di un coerente intervento di investimento sociale e di sostegno alle persone con maggiore difficoltà, rischia in concreto di accrescere l'allarme sociale e di scaricare il costo della sanzione esclusivamente sul soggetto, sulla famiglia e sul contesto sociale dove la persona vive»[229].

[229] A. MUSCHITIELLO, E. NEVE (a cura di), *Dei diritti e delle pene*, cit., 26.

CAPITOLO III

PRINCIPIO RIEDUCATIVO E DIRITTO PENALE D'AUTORE: LE ANOMALIE DEL SISTEMA.

1.Premessa. 2. I reati ostativi ex art. 4-bis ord. pen. e gli illeciti sostanzialmente preclusivi all'accesso ai benefici. 2.1. Prospettive di riforma. 3. Il reato di ingresso irregolare nel territorio dello Stato. 3.1. Gli interventi correttivi della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale. 3.2. I successivi orientamenti e le occasioni mancate. 4. Il recidivo. 5. Gli interrogativi ancora aperti in ordine agli autori dei delitti in materia di violenza sessuale 6. Il condannato per evasione e la pericolosità presunta. 6.1. Evasione e preclusioni *de facto* 7. Gli effetti dell'art. 4-bis sulla sospensione dell'esecuzione della pena.

1. Premessa.

Il settore dell'ordinamento penitenziario, sebbene estremamente delicato in quanto afferente all'area di libertà del singolo, è sede privilegiata per l'emissione di provvedimenti legislativi a carattere emergenziale, dettati non solo dalle problematiche connesse al sovraffollamento carcerario, ma anche (e soprattutto) dalla percezione sociale della gravità di un certo fatto di reato, anch'essa del tutto contingente.

Prova ne è il fatto che il Legislatore ci ha abituato all'adozione di periodici provvedimenti in ambito penale, ora volti ad impedire l'accesso alle misure alternative, attraverso l'inasprimento delle sanzioni edittali di alcuni illeciti o l'adozione di meccanismi preclusivi all'accesso dei benefici, ora a svuotare gli istituti carcerari, anche mediante il ricorso a procedure di indulgenza, al solo fine di migliorare le condizioni di vita degli internati

Il fenomeno in questione, ricondotto alla cosiddetta *giustizia emotiva,* presenta non pochi problemi di compatibilità con i principi costituzionali di riferimento del sistema penale e, più in particolare, dell'ordinamento penitenziario.

Presta, invero, il fianco alle storture del diritto penale d'autore, ossia alla criminalizzazione di alcune categorie di delinquenti, colpevoli, nella migliore delle ipotesi, di aver realizzato specifiche fattispecie di reato che, in un dato periodo storico, generano particolare allarme sociale.

Al proposito, invero, si parla di diritto penale del nemico o di diritto penale d'autore[230], formule equivalenti che evocano il fatto che ciò che è punibile non è più il reato ma il reo e, nello specifico, per "quello che è" e non per "quello che fa"; ciò in contrasto con un sistema improntato sul diritto penale del fatto e della colpevolezza. In tale ottica, il *leit motiv* è dato dall'appartenenza del nemico ad un gruppo identitario, al modello penale nazista del "tipo normativo di autore" (Tätertyp).

Il presupposto della colpevolezza di autore è che l'oggetto del rimprovero consiste nell'aver informato la propria vita al crimine, nell'essere piuttosto che nel commettere, mentre il fatto tipico costituisce null'altro che il sintomo di tale personalità.

Il partecipante ad un'associazione a delinquere, il terrorista, l'immigrato e il recidivo sono gli archetipi più elementari di questa tendenza.

Il bisogno di sicurezza sociale finisce, quindi, per giustificare la selezione dei comportamenti criminosi e la conseguente classificazione dei nemici. Dal punto di vista operativo, si concepiscono appositi piani di sicurezza della società al fine di tutelarla dai delinquenti per principio, fondati su congegni normativi che guardano al futuro, per neutralizzare pericoli, e non al passato, per riaffermare la vigenza della norma violata. Su questa scia si promuove l'anticipazione della criminalizzazione a condotte lontane dalla

[230] Per approfondimenti su tema si vedano DONINI M., *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cassazione Penale*, 2006, p. 274. 3; *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di DONINI M., PAPA M., Milano, Giuffrè, 2007; FERRAJOLI L., *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione Giustizia*, 2006, p. 797; PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano*, 2006; STANIG E., *Il nuovo diritto penale d'autore*, 2011.

lesione o messa in pericolo di un bene, nonché l'imposizione di pene draconiane al di là dell'idea della proporzionalità.

Tale impostazione si pone in palese contraddizione con il modello di diritto penale liberale che si è affermato stabilmente nel nostro ordinamento sin dal 1800, trovando compiuta teorizzazione nell'opera di Francesco Carrara, che sul tema affermava: «Il diritto di proibire certe azioni, e dichiararle delitto, si attribuisce all'autorità sociale come mezzo di mera difesa dell'ordine esterno: non per il fine del perfezionamento interno;... i pensieri, i vizi, e i peccati, quando non turbano l'ordine esterno, non possono dichiararsi delitti civili»[231].

È una visione laica fatta propria anche dai codici del 1889 e del 1930: l'intento era quello di punire, invariabilmente, non la mera intenzione di delinquere, bensì fatti e solo fatti offensivi di beni giuridici individuali o collettivi. Come sottolineato da autorevole dottrina «i delitti sono classificati in base al criterio della loro oggettività giuridica (già accolto dal codice del 1889), e quindi secondo l'interesse giuridico leso o esposto a pericolo mediante il fatto incriminato», mentre «è stato rigettato il criterio dei motivi o dell'intenzione dell'agente, perché il diritto non punisce gli interni moti dell'animo, bensì il danno o il pericolo per gli interessi che esso protegge»[232].

Improntare l'incriminazione di alcuni fatti al diritto penale d'autore si pone, dunque, in palese violazione del principio di offensività nonché del principio di colpevolezza

La maggiore attenzione della comunità ad alcune categorie di rei o di illeciti ha comportato nel tempo non solo l'introduzione di nuove fattispecie ovvero l'inasprimento delle sanzioni di quelle già esistenti, ma

[231] CARRARA F., *Programma del corso di diritto penale*, parte generale,1871, p. 32
[232] MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Volume quarto, 1981, p. 3-4

anche – seppur a periodi alterni - la maggiore *carcerizzazione* del sistema, attuata – per quanto di maggior interesse ai nostri fini - attraverso l'applicazione di meccanismi preclusivi all'accesso alle misure alternative alla detenzione.

Ne sono espressione le plurime modifiche adottate nel tempo all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario, che stabilisce, appunto, il divieto di concessione dei benefici penitenziari agli autori di alcune categorie di reati.

2. I reati ostativi ex art. 4-bis ord. pen. e gli illeciti sostanzialmente preclusivi all'accesso ai benefici.

Ed invero, l'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario, introdotto dall'art. 1 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito dalla l. 12 luglio 1991 n. 203 e successivamente modificato, stabilisce che alcune categorie di rei siano sottratti per legge alla rieducazione ed al reinserimento nella società.

L'articolo impone, infatti, un divieto di concessione dei benefici penitenziari e l'accertamento della pericolosità sociale dei detenuti condannati o internati, configurando così un sistema trattamentale "multilivello" sulla base dei delitti commessi dalla persona sottoposta ad esecuzione[233].

Per quanto riguarda la precisa funzione di questa norma, a seguito delle numerose modifiche che sono intervenute sul testo della disposizione, si può ben affermare che quella inizialmente pensata dal Legislatore sia stata stravolta nel tempo. In origine, infatti, la *ratio* era quella di neutralizzare i detenuti più pericolosi e la differenziazione tra i tipi d'autore si basava sul titolo di reato per cui era intervenuta condanna. L'articolo conteneva due

fasce di reati, nella prima si trovavano i delitti di "mafia" o di "eversione" e, per ottenere i benefici, il detenuto doveva provare l'insussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata; nella seconda fascia vi era un elenco tassativo di reati che denotavano una speciale pericolosità, in presenza dei quali il pubblico ministero avrebbe dovuto provare la presenza di collegamenti con la criminalità organizzata [234].

Con il d.l. 306 del 1992, convertito con l. 7 agosto 1992 n. 356, il Legislatore, oltre a modificare l'elenco dei reati ostativi, mutava le condizioni di accesso ai benefici attribuendo maggior importanza all'elemento collaborativo, in una dimensione evidentemente premiale: gli inasprimenti non sarebbero stati applicati ai detenuti che avessero deciso di collaborare con la giustizia.

La norma è divenuta, quindi, incentivo alla collaborazione, nonchè uno strumento di natura processuale, utile per acquisire elementi per le indagini.[235]

A seguito di tali modificazioni, si è osservato come l'esecuzione della pena finisse per essere usata come strumento investigativo, funzione estranea al suo scopo[236].

Interventi legislativi successivi hanno ripetutamente ritoccato la norma con aggiunte, aggiustamenti e alcuni slittamenti delle fattispecie criminose tra le fasce di reati, che appaiono graduate per pericolosità.

---

[233] FIORENTIN, *Questioni aperte in materia di benefici penitenziari a condannati per delitti dell'art 4 bis l.n. 354 del 1975*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, p. 505.

[234] GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione di emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei Delitti e delle Pene*, 1992, p. 138

[235] PAVARINI, *Lo scambio penitenziario*, Bologna, 1996, p. 253

[236] BERNASCONI, *Le immunità occulte. Fase dell'esecuzione penale ed ideologia premiale tra razionalizzazione e garantismo*, in *Politica del diritto*, 1997, p. 194 e GIOSTRA – GREVI – DELLA CASA, *Commento all'articolo 4 bis*, cit., p. 53. Per questi autori l'esecuzione della pena finisce per essere usata come strumento di pressione diretto all'ottenimento della collaborazione, trasformando in tal modo, l'apparato carcerario in "ingranaggio attivo dell'azione investigativa". Sul punto anche INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1996, p. 35

Così l'articolo in commento si è confermato come istituto cardine dei provvedimenti *extra ordinem*, consolidando l'attuale assetto che assembla una varietà di "tipi di autore", diverse condizioni per l'accesso ai benefici penitenziari e un diverso trattamento esecutivo, molto più rigido di quello ordinario.

Sempre sul tema delle modifiche apportate alla norma in esame, con il d.l. 24 novembre 2000, n. 341 convertito in legge 19 gennaio 2001 n. 4, il legislatore ha iniziato un processo espansivo degli illeciti ostativi, inserendo i delitti di associazione per delinquere finalizzata alla commissione di reati contro la personalità individuale[237] e i reati contro la libertà sessuale[238].

---

[237] Compresi nel libro II, tit. XII, capo III, sez. 1 del c.p. in tema di schiavitù, prostituzione e pornografia minorili. Sul punto COPPI – BARTOLO, *I reati sessuali, i reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Torino, 2007

[238] Artt. 609 bis "Violenza sessuale": "Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito con la reclusione da cinque a dieci anni. Alla stessa pena soggiace chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali: 1) abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto; 2) traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona. Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi"; 609 quater "Atti sessuali con minorenni": "Soggiace alla pena stabilita dall'articolo 609 bis chiunque, al di fuori delle ipotesi previste in detto articolo, compie atti sessuali con persona che, al momento del fatto: 1) non ha compiuto gli anni quattordici; 2) non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato o che abbia, con quest'ultimo, una relazione di convivenza. Fuori dei casi previsti dall'articolo 609 bis, l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato, o che abbia con quest'ultimo una relazione di convivenza, che, con l'abuso dei poteri connessi alla sua posizione, compie atti sessuali con persona minore che ha compiuto gli anni sedici, è punito con la reclusione da tre a sei anni. Non è punibile il minorenne che, al di fuori delle ipotesi previste nell'articolo 609 bis, compie atti sessuali con un minorenne che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a tre anni. Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi. Si applica la pena di cui all'articolo 609 ter, secondo comma, se la persona offesa non ha compiuto gli anni dieci"; 609 quinquies "Corruzione di minorenne": "Chiunque compie atti sessuali in presenza di persona minore di anni quattordici, al fine di farla assistere, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, alla stessa pena di cui al primo comma soggiace chiunque fa assistere una persona minore di anni quattordici al compimento di atti sessuali, ovvero mostra alla medesima materiale pornografico, al fine di indurla a compiere o a subire atti sessuali. La pena è aumentata fino alla metà quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato, o che abbia con quest'ultimo una relazione di stabile convivenza"; 609 octies "Violenza sessuale di gruppo": "La

Nel 2001, con la legge 19 marzo n. 92, sono state aggiunte alcune ipotesi aggravate e le fattispecie associative di contrabbando di tabacchi lavorati esteri e, nel 2002, con la legge 30 luglio n. 189, sono stati aggiunti i reati-scopo dell'associazione criminosa di cui all'art. 416 c.p. e quelli in tema di immigrazione clandestina del T.U. 286/1998.

Nel 2002, dopo un acceso dibattito parlamentare, è stata licenziata dal Senato la legge n. 279 del 23 dicembre, recante "Modifiche della disciplina dei regimi differenziati di cui agli artt. 4 bis e 41 bis dell'ordinamento penitenziario". Innanzitutto, per quanto riguarda le modifiche dell'articolo in commento, in seguito alle pronunce della Corte Costituzionale n. 357 del 1994 e n. 68 del 1995, il legislatore è intervenuto inserendo nel comma 1 il concetto di collaborazione "impossibile e irrilevante" e nuove condizioni idonee a superare il divieto di accesso ai benefici penitenziari, nonché ritoccando ancora una volta l'elenco delle fattispecie criminose[239].

Così facendo, la norma veniva riformulata profondamente.

È a questo intervento normativo che si deve l'attuale struttura della disposizione in fasce di reati e in gradi di pericolosità dei condannati.

In seguito a questa operazione di lifting strutturale, venivano inseriti, nel primo gruppo, i delitti commessi per finalità di terrorismo (anche internazionale) ed eversione dell'ordine democratico, realizzati "con atti di violenza" (art. 280 bis); nel secondo, invece, tutte le fattispecie delittuose contro la libertà sessuale, comprese le ipotesi aggravate, nonché l'art. 291 ter d.p.r. n. 43 del 1973, confermando la previsione della concedibilità dei

---

violenza sessuale di gruppo consiste nella partecipazione, da parte di più persone riunite, ad atti di violenza sessuale di cui all'articolo 609 bis. Chiunque commette atti di violenza sessuale di gruppo è punito con la reclusione da sei a dodici anni. La pena è aumentata se concorre taluna delle circostanze aggravanti previste dall'articolo 609 ter. La pena è diminuita per il partecipante la cui opera abbia avuto minima importanza nella preparazione o nella esecuzione del reato. La pena è altresì diminuita per chi sia stato determinato a commettere il reato quando concorrono le condizioni stabilite dai numeri 3) e 4) del primo comma e dal terzo comma dell'articolo 112".

benefici qualora non vi fossero elementi tali da far ritenere l'attualità del collegamento con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva.

Successivamente, nel 2006, con la legge 6 febbraio n. 38, la lista dei reati nella seconda fascia è stato ulteriormente ampliato con l'aggiunta di altre fattispecie contro la libertà individuale[240].

Con diversi interventi legislativi nell'anno 2009, in seguito, il testo dell'art. 4 bis ha subìto estese interpolazioni che ne hanno ridisegnato la struttura: il d.l. 23 febbraio 2009, n. 111 convertito con modificazioni dalla l. 23 aprile n. 38, ha modificato sostanzialmente il primo comma. In particolare, ha inserito alcuni reati appartenenti alla seconda fascia nella prima, ha traslato l'ipotesi di collaborazione "irrilevante" o "impossibile" nel comma 1 bis, ha inserito il comma 1 ter e il comma 1 quater riguardanti i reati contro la libertà personale, introducendo peculiari condizioni di accesso ai benefici per tali categorie di condannati.

In seguito, le leggi 15 luglio 2009 n. 94 e, da ultimo, 23 luglio 2009 n. 99, in materia di sviluppo e internazionalizzazione delle imprese, hanno ulteriormente ampliato il catalogo dei reati ostativi.

Infine, con l'entrata in vigore della l. 1° ottobre 2012, n. 172, con la quale è stata disposta la ratifica della Convenzione adottata a Lanzarote dal Consiglio d'Europa, il legislatore, per quanto di particolare interesse ai fini del presente lavoro, ha aggiunto altre fattispecie delittuose nel comma 1 quater e ha inserito il nuovo comma 1 quinquies, che riporta delle variazioni nel procedimento di sorveglianza nel caso in cui i reati del comma quater siano connessi nei confronti dei minorenni.

---

[239] FIORENTIN, *Appunti in tema di riforma della disciplina degli artt. 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354*, in *Giustizia penale*, 2003, p. 437

[240] Sono state aggiunte le seguenti fattispecie: artt. 600 bis c.1; 600 ter c.1 e c.2; 600 quinquies; 609 bis; 609 ter; 609 quater; 609 octies c.p.

In estrema sintesi, l'attuale disciplina dell'articolo 4 bis ord. pen. è il frutto delle numerose modifiche apportate nel corso degli anni.

La norma preclude l'accesso ai benefici penitenziari suddividendo i reati ostativi in tre gruppi o fasce sulla base di un giudizio di pericolosità che si può definire decrescente[241].

Tra i reati di "prima fascia", di cui al primo comma, sono contemplati i delitti c.d. "assolutamente ostativi", ossia reati particolarmente odiosi per cui la preclusione ha carattere assoluto, salva la possibilità per il condannato di collaborare con la giustizia ai sensi dell'art. 58 ter ord. pen. Tra questi vi sono i delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, l'associazione per delinquere di stampo mafioso, anche straniera, i delitti commessi avvalendosi della forza di intimidazione del vincolo associativo mafioso e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva, ovvero i delitti commessi al fine di agevolare l'attività dell'associazione mafiosa, riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù, tratta di persone, acquisto e alienazione di schiavi di cui agli articoli 600, 601, 602 c.p.. A queste ipotesi delittuose le modifiche del 2009 hanno aggiunto la prostituzione minorile (art. 600 bis c.1 c.p.), la pornografia minorile (art. 600 ter c.1 e 2 c.p.) e la violenza sessuale di gruppo (art. 609 octies c.p.). Ancora, si trovano i reati di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.), l'associazione per delinquere a fini di contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291 quater d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43) e l'associazione per delinquere a fini di traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope (art. 74 d.P.R. 9 ottobre 1990)1. I detenuti per i reati della prima fascia possono eventualmente accedere ai benefici penitenziari, anche se la

[241] In tal senso, CESARI – GIOSTRA, *Commento all'articolo 4 bis*, cit., p. 62.

collaborazione risulta “irrilevante” o “impossibile”, purché in presenza di elementi tali da escludere l’attualità dei collegamenti con l’organizzazione criminale, nonché in presenza di particolari attenuanti, come ora è specificato al comma 1 bis.

Al comma 1 ter risultano elencati i reati ostativi di “seconda fascia”, considerati delitti c.d. “relativamente ostativi”, per cui i benefici penitenziari possono essere concessi a meno che non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e salva l’espiazione di determinate quote di pena in relazione alle singole misure. La seconda categoria, dunque, riguarda i detenuti e internati per i delitti di omicidio volontario (art. 575 c.p.), prostituzione minorile (art. 600 bis c. 2 e 3 c.p.), pornografia minorile (art. 600 ter c. 3 c.p.), iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600 quinquies c.p.), rapina aggravata (art. 628 c. 3 c.p.), estorsione aggravata (art. 629 c. 2 c.p.), contrabbando di tabacchi lavorati esteri limitatamente alle ipotesi aggravate (art. 291 ter d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309), associazione per delinquere realizzata allo scopo di commettere i delitti di contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi ovvero di brevetti, modelli o disegni (art. 473 c.p.), di introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi (art. 474 c.p.) e di associazione per delinquere realizzata allo scopo di commettere sia delitti contro la personalità individuale, tra cui anche i reati di violenza sessuale (art. 609 bis c.p.), atti sessuali con minorenne (art. 609 quater c.p.), violenza sessuale di gruppo (art. 609 octies c.p.), attività di promozione, direzione, organizzazione, finanziamento o trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compimento di altri atti diretti a procurarne illegalmente l’ingresso (art. 12 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286).

La l. 23 aprile 2009, n. 38 ha aggiunto, in seguito, il comma 1 quater che prevede i reati di “terza fascia” e comprende gli artt. da 600 bis a 600

quinquies c.p., nonché il reato di adescamento di minorenne (art. 609 undecies c.p.).

Come si avrà modo di approfondire nel prosieguo, per i delitti commessi dai *sexual offenders* è prevista una disciplina di accesso ai benefici penitenziari che si discosta da quella ordinaria: l'accesso è subordinato ai risultati dell'osservazione scientifica della personalità della durata di almeno un anno.

E' bene specificare che i benefici in relazione ai quali l'accesso è precluso in via assoluta o relativa in forza del disposto dell'art. 4-bis o.p. sono il lavoro all'esterno, i permessi premio e tutte le misure previste dal capo VI (affidamento in prova, detenzione domiciliare, semilibertà), esclusa la liberazione anticipata.

Oltre a tali preclusioni inserite *ab origine* nel corpo normativo dell'ordinamento penitenziario ve ne sono altre, di matrice ora legislativa, ora (addirittura) giurisprudenziale.

L'art. 7, commi 6 e 7, della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione), ha introdotto i commi 1 e 7-bis all'interno dell'art. 58-quater o. p., in base ai quali, rispettivamente "L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio, l'affidamento in prova al servizio sociale, nei casi previsti dall'articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi al condannato che sia stato riconosciuto colpevole di una condotta punibile a norma dell'articolo 385 del codice penale" e "l'affidamento in prova al servizio sociale nei casi previsti dall'articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi più di una volta al condannato al

quale sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale".

Dunque, sono state inserite due preclusioni assolute in tema di accesso ai benefici penitenziari che riguardano i condannati per il delitto di evasione ed i recidivi di cui all'art. 99 co. 4 c.p..

Ai primi, in un'ottica che appare assolutamente punitiva, è vietata anche la fruizione dei permessi premio e del lavoro all'esterno.

L'effetto paradossale è stato quello di determinare, per tali categorie di condannati, una impossibilità assoluta di accedere ai benefici, creando per questi ultimi una condizione addirittura deteriore rispetto ai detenuti per i (ben più gravi) delitti di prima fascia.

Sul fronte della prassi giurisprudenziale, come si avrà modo di rappresentare meglio nel prosieguo del lavoro, sino all'intervento delle Sezioni Unite del 2006, prima, e della Corte Costituzionale, poi, i giudici di merito e di legittimità erano concordi nel negare, pur in assenza di un espresso divieto normativo, l'accesso alle misure alternative nei confronti del detenuto straniero illegalmente presente sul territorio dello Stato, introducendo una preclusione basata sul mero *status* di clandestino, stante l'assenza di un titolo legittimo per la permanenza dello stesso in Italia.

Ancora, si registra una certa giurisprudenza del Tribunale di Sorveglianza che, al di fuori del divieto espresso nell'art. 58-quater co. 1 o.p., tende a vietare al condannato per il delitto di evasione anche il beneficio della liberazione anticipata.

2.1. Prospettive di riforma

Il sistema di preclusioni automatiche che è costruito attorno all'art. 4-bis o. p. si mostra, di per sé, contrastante con il principio rieducativo di cui all'art. 27 co. 3 Cost.

Se, invero, l'ottica delle misure alternative è proprio quella di consentire il rientro in società del detenuto all'esito del periodo di esecuzione della pena irrogatagli, appare del tutto irragionevole impedire *tout court* la fruizione di tali benefici, adottando nei riguardi dei condannati per i delitti contenuti nella norma in esame un approccio fortemente ed esclusivamente punitivo.

La considerazione testé espressa assume maggior peso ove si consideri che, a fronte delle preclusioni citate nei riguardi di condannati per reati di una certa gravità, viene invece consentita la concessione dei benefici in cambio della collaborazione con l'Autorità Giudiziaria da parte degli autori di reati associativi di varia natura.

Come a dire che l'istanza rieducativa dello Stato cede il passo dinanzi ad illeciti che generano particolare allarme sociale solo se dal reo non si possano ottenere informazioni utili per il contrasto della criminalità organizzata.

Laddove, dunque, il condannato non abbia nulla da offrire agli inquirenti sotto questo profilo, è destinato a scontare l'intera pena in carcere senza possibilità alcuna di partecipare a trattamenti risocializzanti.

Proprio a dimostrazione del fatto che le preclusioni in parola stridono con i principi costituzionali ispiratori del sistema penale, è stata di recente conferita delega al governo al fine di elaborare un disegno di legge che prevedesse modifiche al processo penale ed all'ordinamento penitenziario[242].

[242] Il testo della delega conferita così recita: "Il Governo è delegato ad adottare, nel termine di un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, decreti legislativi per la riforma della disciplina del processo penale e dell'ordinamento penitenziario, secondo i princìpi e criteri

Il 23 dicembre 2014 il Ministro della Giustizia, di concerto con il Ministro dell'Interno, e con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, ha depositato un disegno di legge in tema, in particolare, di riforma dell'ordinamento penitenziario[243], elaborando "Princìpi e criteri direttivi per la riforma dell'ordinamento penitenziario".

Più nel dettaglio, l'art. 26 lett. *b*) dello schema di decreto impone la «revisione dei presupposti di accesso alle misure alternative, sia con riferimento ai presupposti soggettivi sia con riferimento ai limiti di pena, al fine di facilitare il ricorso alle stesse».

Inoltre, la lett. C) del medesimo articolo propone al legislatore «l'eliminazione dì automatismi e di preclusioni che impediscono o rendono molto difficile, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e revisione della

---

direttivi previsti dal presente titolo. 2. I decreti legislativi di cui al comma 1 sono adottati su proposta del Ministro della giustizia e sono trasmessi alle Camere per l'espressione del parere delle competenti Commissioni parlamentari. I pareri sono resi nel termine di quarantacinque giorni, decorsi i quali i decreti possono essere comunque adottati. Qualora tale termine venga a scadere nei trenta giorni antecedenti alla scadenza del termine di delega previsto dal comma 1, o successivamente, quest'ultimo termine è prorogato di sessanta giorni. Omissis Art. 26. (Princìpi e criteri direttivi per la riforma dell'ordinamento penitenziario). 1. Nell'esercizio della delega di cui all'articolo 24, i decreti legislativi recanti modifiche all'ordinamento penitenziario, per le parti di seguito indicate, sono adottati nel rispetto dei seguenti princìpi e criteri direttivi: a) semplificazione delle procedure, anche con la previsione del contraddittorio differito ed eventuale, per le decisioni di competenza del magistrato e del tribunale di sorveglianza, fatta eccezione per quelle relative alla revoca delle misure alternative alla detenzione; b) revisione dei presupposti di accesso alle misure alternative, sia con riferimento ai presupposti soggettivi sia con riferimento ai limiti di pena, al fine di facilitare il ricorso alle stesse; c) eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono o rendono molto difficile, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo; D.D.L. N. C-2798 (ESTRATTO) 4 d) previsione di attività di giustizia riparativa e delle relative procedure, quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario sia nell'esecuzione delle misure alternative; e) maggiore valorizzazione del lavoro, in ogni sua forma intramuraria ed esterna, quale strumento di responsabilizzazione individuale e di reinserimento sociale dei condannati; f) previsione di un più ampio ricorso al volontariato sia all'interno del carcere, sia in collaborazione con gli uffici di esecuzione penale esterna; g) disciplina dell'utilizzo dei collegamenti audiovisivi sia a fini processuali, nel rispetto del diritto di difesa, sia per favorire le relazioni familiari; h) riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute e delle condizioni generali per il suo esercizio; i) adeguamento delle norme dell'ordinamento penitenziario alle esigenze rieducative dei detenuti minori di età.

[243] Si tratta del D.dl. n. C-2798.

disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo».

Infine, le successive lettere della stessa disposizione propongono la previsione di attività di giustizia riparativa e delle relative procedure, quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario sia nell'esecuzione delle misure alternative (lett. d); maggiore valorizzazione del lavoro, in ogni sua forma intramuraria ed esterna, quale strumento di responsabilizzazione individuale e di reinserimento sociale dei condannati (lett. e), nonché la previsione di un più ampio ricorso al volontariato sia all'interno del carcere, sia in collaborazione con gli uffici di esecuzione penale esterna (lett. f).

Il testo, nonostante i tempi previsti dalla legge delega, è ancora sottoposto alla valutazione del Senato, dopo essere stato approvato alla Camera.

3. Il delitto di ingresso irregolare nel territorio dello Stato.

L'art. 10-bis del Testo Unico (D.lgs. 286 del 1998) in materia di immigrazione sanziona, in via alternativa, la condotta di illecito ingresso e soggiorno all'interno del territorio dello Stato[244].

La norma così recita: "salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in

[244] Per un approfondimento critico su tale titolo di reato, si vedano MOROZZO DELLA ROCCA P., *Gli effetti collaterali del reato di presenza irregolare*, in *Dir. Imm. Citt*., 4/2009, RENOLDI C., *I nuovi reati di ingresso e permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Dir. Imm.Citt., 4/2009*; CAPUTO A., *I nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in CORBETTA S., DELLA BELLA A., GATTA G. (a cura di), *Sistema penale e sicurezza pubblica: le riforme del 2009*, FERRARO F., *Le modifiche in tema di reati e sanzioni connessi al fenomeno dell'immigrazione*, in RAMACCI F., SPANGHER G., (a cura di), *Il sistema della sicurezza pubblica, Milano, 2010*, DONINI M., *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. Giust*., 2008, GATTA G., *Il reato di clandestinità e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. pen. proc*., 2009, MAZZA O., VIGANO' F., (a cura di) *Il pacchetto sicurezza 2009*, Torino 2009, PISA P., *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incotrollata della normativa penale*, in *Dir. pen. proc., 2009.*

violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l'articolo 162 del codice penale.2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano allo straniero destinatario del provvedimento di respingimento ai sensi dell'articolo 10, comma 1 ovvero allo straniero identificato durante i controlli della polizia di frontiera, in uscita dal territorio nazionale […]".

Ad essere punito non è solo l'ingresso nel territorio dello Stato ma anche l'illecita permanenza nel medesimo, a condizione che entrambe le condotte singolarmente considerate contrastino con le disposizioni amministrative che disciplinano ingresso e soggiorno.

Stante la clausola di salvaguardia inserita nell'incipit della norma, le due figure di reato non si configurano, qualora la condotta di ingresso o permanenza illegale costituiscano elemento costitutivo di altra fattispecie punita più gravemente, come avviene, ad esempio, per il reato di reingresso dello straniero espulso di cui agli artt. 13 e 13 bis T.U.

L'autore del reato può essere solo lo "straniero" nell'accezione tecnica fornita dall'art. 1, T.U.: il cittadino di paese non appartenente all'U.E. o l'apolide, con esclusione, quindi, dei cittadini comunitari. Pertanto, la fattispecie di cui all'art. 10 bis è un reato proprio.

L'ingresso nel territorio nazionale si realizza all'atto del superamento del confine nazionale. Il reato in esame è, dunque, un reato a consumazione istantanea, sia pure con effetti permanenti.

Presupposto, invece, della condotta di illecita permanenza è che l'agente abbia fatto regolare ingresso in Italia ma che poi si sia trattenuto quando le condizioni legittimanti la permanenza siano venute meno. È un reato permanente, quindi la fattispecie verrà integrata anche nel caso in cui la

situazione di irregolarità della permanenza si sia già compiuta anteriormente all'entrata in vigore della legge introduttiva della fattispecie, a condizione, ovviamente, che permanga l'irregolarità della permanenza.

La *ratio* della norma consiste nell'inosservanza delle disposizioni amministrative che disciplinano la regolarità del soggiorno. La condotta tipica, quindi, non è tanto quella attiva del "trattenersi" in violazione della legge, quanto quella del "non allontanarsi" in ossequio alle disposizioni che non consentono la permanenza in Italia. Si tratta, quindi, di un reato omissivo proprio.

Sempre in tema di illecita permanenza dello straniero sul territorio nazionale, vi sono anche la fattispecie di cui ai co. 5-ter e 5 quater dell'art. 14 dello stesso testo unico, le quali sanzionano lo straniero che, senza giustificato motivo, «permane illegalmente» nel territorio dello Stato, in violazione dell'ordine di allontanamento del questore.

Anche tali illeciti appaiono qualificabili come reati omissivi propri, ma in questo caso la norma prevede dei termini specifici per l'adempimento dell'ordine, scaduti i quali devono ritenersi consumate le relative fattispecie.

E' agevole notare come tali fattispecie incriminatrici si fondino sulla mera violazione dei requisiti formali legittimanti l'ingresso e la permanenza dello straniero sul territorio nazionale; *rectius*, come l'intero disvalore della condotta si concentri sullo *status* di clandestino del medesimo.

Prima dell'entrata in vigore della L. n. 94 del 2009, alla quale si deve l'introduzione delle citate fattispecie incriminatrici, la punibilità della presenza ovvero della permanenza irregolare dello straniero sul territorio dello Stato – che fosse stato condannato per taluno dei reati previsti dall'art. 290 c.p.p. - era determinata in ragione della violazione degli agli

artt. 2 e 4 del D.lgs. 416 del 1989, recante disposizioni in tema di rifugiati e richiedenti asilo.

Proprio sotto la vigenza di tali norme, si era sviluppato un consolidato orientamento giurisprudenziale che negava allo straniero irregolare l'accesso alle misure alternative alla detenzione[245].

La più nota sentenza emessa dalla Cassazione sul punto[246] - in accoglimento di un ricorso della Procura Generale presso la Corte d'Appello avverso il provvedimento applicativo dell'affidamento in prova ad uno straniero irregolare del Tribunale di Sorveglianza di Taranto – affermava che «la natura sanzionatoria delle misure alternative alla detenzione, in rapporto di immediata derivazione della pena, di cui costituiscono una modalità esecutiva, non comporta la loro indiscriminata applicabilità, quale corollario del principio di indefettibilità della pena stessa. La loro concessione, infatti, è subordinata alla sussistenza delle condizioni per ciascuna specificamente previste, afferenti al titolo del reato e alla durata della pena in esecuzione, nonché alla personalità del reo. Inoltre, e soprattutto, è immanente nell'ordinamento giuridico il limite (che attiene a essenziali esigenze di coerenza ed omogeneità dell'intero sistema) riferibile alla legalità estrinseca di un provvedimento giurisdizionale, cioè alla assenza di contrasto con norme imperative. A questo limite va rapportato il principio di inderogabilità della condanna: posto che è

---

[245] Per uno sguardo d'insieme alla giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale antecedente al 2006, si veda D'ONOFRIO M. *Cittadini extracomunitari clandestini e misure alternative alla detenzione*, in *Riv. Pen*., 2005, n. 12. Inoltre, il tema in esame viene trattato compiutamente anche da LANZA E., *Stranieri e misure alternative alla detenzione carceraria. Considerazioni sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 78 del 2007, in Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2007, 27.

[246] Cass. Pen., Sez. I, n. 30130 del 2003, Calderon, in *Riv. Pen*., 2003, p.p. 697 e 698, nonché in Riv. Pen., 2004, 6-7, con nota di ROIATI A., *Sulla compatibilità tra concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale e la condizione di clandestinità dello straniero che si trovi irregolarmente in Italia*, pp. 718. Nello stesso senso, Sez. I, 5/6/2003, Mema; Sez. I, 11/11/2004, P.G. in proc. Hadir,; Sez. I, 22/12/2004, P.G. in proc. Raufu Emiola Orolu. In dottrina, condivide tale impostazione giurisprudenziale DEGL'INNOCENTI, *Misure alternative alla detenzione e*

indubitabilmente *contra legem* la permanenza nello Stato di uno straniero che vi ha fatto ingresso clandestinamente, l'esecuzione della pena nei confronti dello stesso non può avvenire se non con modalità che non comportino la violazione o la elusione delle *regulae iuris* che statuiscono tale carattere di illegalità. Pertanto, va affermato il principio che lo "status" di clandestinità dello straniero, anche se non preclusivo sotto il profilo soggettivo (non implicando alcuna presunzione di pericolosità, che va, invece, accertata specificamente), è, tuttavia, oggettivamente ostativo all' applicazione di misure alternative extracomunitarie, per la radicale incompatibilità delle loro modalità esecutive con l'osservanza delle norme che disciplinano l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dallo Stato di cittadini appartenenti a Paesi extracomunitari contenute nel D.L.vo 25 luglio 1998 n. 286 e succ. modif.. La ontologica incompatibilità tra misure alternative extramurarie ed esecuzione della pena nei confronti dello straniero clandestino trova conferma nell'art. 16 del suddetto testo legislativo, che, in relazione all'espiazione di pene brevi (astrattamente sostituibili con taluna delle sanzioni previste dagli artt. 53 e segg. Della legge 24 novembre 1981 n. 689), prevede come unica sanzione sostitutiva alla detenzione l'espulsione, cioè una misura che comporta l'allontanamento coattivo del condannato (ovvero del soggetto al quale è stata applicata la pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 c.p.p.), escludendo la sua permanenza nel territorio dello Stato».

Secondo la Suprema Corte, quindi, pur non essendo lo *status* di clandestino indicativo di una presunzione di pericolosità soggettiva del condannato, esso sarebbe comunque ostativo alla concessione dei benefici penitenziari poiché trattasi di condizione in indiscutibile contrasto con le disposizioni in

---

cittadini stranieri presenti nel territorio dello Stato in condizioni di irregolarità, in *Rivista di Polizia*, 2004, 1-2.

tema di regolamento dei flussi migratori, le quali hanno rango di norme imperative.

Pertanto, l'unica misura alternativa applicabile allo straniero irregolare sarebbe quella dell'espulsione.

La Corte, inoltre, minimizzava le preoccupazione del Tribunale di Sorveglianza, che aveva argomentato l'applicazione dell'affidamento in prova allo straniero sulla base della circostanza per cui le disposizioni in tema di misure alternative alla detenzione attengono all'esecuzione della pena, che deve essere obbligatoriamente espiata, sicché una diversa soluzione avrebbe comportato una ingiustificata disparità di trattamento rispetto ai condannati a pena detentiva che fossero cittadini italiani o stranieri in possesso di regolare permesso di soggiorno.

Nell'ottica dei Giudici di legittimità, infatti, non era ravvisabile alcuna violazione del dettato costituzionale, atteso che la disparità del trattamento riservato ai cittadini e agli stranieri regolarmente presenti sul territorio dello Stato rispetto ai clandestini trovava giustificazione nella differenza delle situazioni giuridiche ad essi facenti capo.

La Cassazione, quindi, pur in assenza di un espresso divieto normativo, in forza del proprio consolidato orientamento, aveva di fatto riconosciuto l'esistenza di una categoria di illecito cui era evidentemente precluso l'accesso alle misure alternative in ragione del possesso, in capo al reo, del mero *status* di clandestino[247].

---

[247] In chiave critica rispetto alla sentenza Calderon si sono pronunciati in dottrina RENOLDI, *L'affidamento in prova al servizio sociale è incompatibile con la condizione di clandestinità dello straniero che si trova irregolarmente in Italia?*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2004, n. 1; LEO G., *Le misure alternative alla detenzione e stranieri privi del permesso di soggiorno*, in *Corriere Merito*, 2006, n. 6, 780, nonché SANTORO, *L'esecuzione penale nei confronti dei migranti irregolari ed il loro destino a fine pen*a, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2004 n. 4.

3.1. Gli interventi correttivi della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale.

Di lì a poco qualcosa cominciò a modificarsi.

La Prima Sezione Penale della Cassazione con l'innovativa sentenza n. 22161 del 18 maggio 2005[248] stabilì che nei confronti dello straniero espulso dal territorio dello Stato con decreto prefettizio l'espiazione della pena poteva avvenire nelle forme delle misure alternative alla detenzione.

Le argomentazioni svolte dalla Suprema Corte si basavano sulla rilevanza riconosciuta al fine rieducativo della pena, il quale non consentiva di introdurre discriminazioni fra cittadini e stranieri con tanto di permesso di soggiorno, da un lato, e clandestini, dall'altro.

La Corte traeva il proprio convincimento dalla constatazione per cui la tutela della dignità della persona, indipendentemente dal diritto del soggetto a stare in Italia, sarebbe alla base delle norme che regolano il sistema delle pene alternative, cui si deve poter accedere, se ricorrono i presupposti.

Sulla scia della predetta sentenza, e proprio al fine di dirimere il contrasto giurisprudenziale che si era venuto a creare tra l'orientamento prevalente e la pronuncia del 2005, che costituiva precedente isolato, le Sezioni Unite Penali della Cassazione[249] sancivano, nel 2006 ed in via definitiva, l'applicabilità delle misure alternative alla detenzione anche al cittadino extracomunitario, stabilendo il principio di diritto secondo cui «in materia di esecuzione della pena detentiva, le misure alternative alla detenzione in carcere (nella specie, l'affidamento in prova al servizio sociale), sempre che sussistano i presupposti stabiliti dall'ordinamento penitenziario, possono

[248] Cass. Pen., n. 22161 del 18 maggio 2005, su www.altalex.it. con nota di PAVONE M., *Le misure alternative alla detenzione sono applicabili anche ai clandestini*.

essere applicate anche allo straniero extracomunitario che sia entrato illegalmente nel territorio dello Stato e sia privo del permesso di soggiorno».

La Corte traeva il proprio convincimento dalla constatazione che l'ordinamento penitenziario non opera alcuna discriminazione del relativo trattamento sulla base della liceità, o non, della presenza del soggetto nel territorio dello Stato italiano, e non contiene alcun divieto, esplicito o implicito, di applicazione delle misure alternative alla detenzione a favore del condannato straniero che sia entrato o si trattenga illegalmente in Italia.

Inoltre, considerati i preminenti valori costituzionali della uguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena (artt. 2, 3 e 27, comma 3, Cost.), che costituiscono la chiave di lettura delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario sulle misure alternative, l'applicazione di dette misure non poteva essere esclusa, a priori, nei confronti dei condannati stranieri, che versino in condizione di clandestinità o di irregolarità e siano perciò potenzialmente soggetti ad espulsione amministrativa da eseguire dopo l'espiazione della pena.

La Suprema Corte, quindi, con la citata, storica sentenza, sanciva, in primo luogo, il preminente valore costituzionale della finalità rieducativa della pena rispetto alle contingenti esigenze di sicurezza sociale; in secondo luogo, tributava il giusto riconoscimento alla dignità della persona umana anche nell'ambito della fase di espiazione della pena e ribadiva la necessità di rispettare il principio di uguaglianza tra i condannati, a prescindere dal possesso di un particolare *status* soggettivo.

Da ultimo, la Corte ha riconosciuto che lo stesso provvedimento concessorio della misura alternativa emesso dal Tribunale di Sorveglianza

---

[249] SS.UU., sentenza 28/03/2006 n° 7458, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2006, n. 2 pag. 180; commentata anche da DI ROSA G., *Ricade sul magistrato di sorveglianza l'assenza di una*

è idoneo a legittimare la permanenza sul territorio del condannato irregolare, così travolgendo le perplessità originariamente avanzate dalla giurisprudenza circa la compatibilità tra lo *status* di clandestino e la presenza dello straniero al fine di espiare la pena nella forma di una delle misure alternative.

A breve distanza dalla sentenza delle Sezioni Unite, sul tema si pronunciava anche la Corte Costituzionale, che dichiarava la illegittimità costituzionale degli artt. 47 (sull'affidamento in prova), 48 e 50 ord. pen.(sulla semilibertà) nella misura in cui venivano interpretati come benefici di cui era preclusa la concessione agli stranieri irregolarmente presenti sul territorio dello Stato.

Secondo la Consulta, ogni preclusione presuntiva all'accesso dei benefici penitenziari va censurata, mentre i giudizi relativi alla concessione delle misure volte a favorire il processo rieducativo vanno individualizzati. Come chiaramente affermato dalla Corte in tale occasione «detta esclusione assume carattere assoluto, quanto all'oggetto, abbracciando indistintamente l'intera gamma delle misure alternative alla detenzione e, dunque, un complesso di misure dai connotati profondamente diversificati, e dai contenuti estremamente variegati, in quanto espressione dell'esigenza di realizzare una progressione del trattamento. Al tempo stesso, tale preclusione risulta collegata in modo automatico ad una condizione soggettiva – il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato – che, di per sé, non è univocamente sintomatica né di una particolare pericolosità sociale, incompatibile con il perseguimento di un percorso rieducativo attraverso qualsiasi misura alternativa, né della sicura assenza di un collegamento col territorio, che impedisca la proficua applicazione della misura medesima. In conseguenza di siffatto

---

coerenza sistematica, in *Guida al Diritto*, 3 giugno 2006, n. 22, p. 55

automatismo, vengono quindi ad essere irragionevolmente accomunate situazioni soggettive assai eterogenee: quali, ad esempio, quella dello straniero entrato irregolarmente nel territorio dello Stato in violazione del divieto di reingresso e detenuto proprio per tale causa e quella dello straniero che abbia semplicemente omesso di chiedere il rinnovo del permesso di soggiorno e che sia detenuto per un reato non riguardante la disciplina dell'immigrazione»[250].

Con tale pronuncia, quindi, la Consulta ha affermato una volta per tutte la compatibilità tra le norme del TU immigrazione e quelle dell'ordinamento penitenziario relative alle misure alternative, bandendo dal nostro sistema normativo qualsivoglia preclusione che, basandosi su una considerazione legata ad un mero *status* soggettivo, impedisca l'accesso ai benefici penitenziari in ragione di una presunta, scontata, pericolosità del condannato, così riconoscendo la priorità al finalismo rieducativo della sanzione penale.

«Pur sostenendo l'assunto che la funzione rieducativa della pena debba essere contemperata dal legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, con le altre finalità – di prevenzione, generale e speciale, e di difesa sociale – che la Costituzione assegna alla sanzione penale, è comunque fondamentale che in quest'opera di bilanciamento il privilegio per alcuno di questi scopi non si traduca mai nel totale annientamento degli altri ma, al più, nel loro ridimensionamento nei limiti di quanto è necessario per soddisfare la finalità in quel momento ed in quel contesto ritenuta equivalente. Così la Corte ha espunto dal sistema quelle norme che impedivano in ricorso ai benefici penitenziari per il solo *nomen iuris* del fatto compiuto […]»[251].

---

[250] Corte Cost., cit., Questo orientamento era già stato sostenuto in dottrina, si veda al riguardo PEPINO L., *Immigrazione, politica, diritto*, in *Questione Giustizia*, 1999, 1 e ss.
[251] LANZA E., *op. cit.*, 77.

3.2. I successivi orientamenti giurisprudenziali e le occasioni mancate.

Successivamente la Corte Costituzionale, in forza delle argomentazioni già svolte con riferimento alla compatibilità dello *status* di clandestino con l'applicazione delle misure alternative alla detenzione, ha provveduto ad espungere dall'ordinamento altre norme che introducevano una presunzione di pericolosità in connessione con la condizione di straniero irregolare.

In particolare, con la sentenze n. 249 del 2010[252], ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'aggravante di clandestinità introdotta dal Governo con il pacchetto sicurezza del 2008 (D.L. 23 maggio 2008 n. 92).

I giudici remittenti sollevavano questione di legittimità costituzionale dell'art. 61, numero 11-*bis*, del c.p., che prevedeva, per l'appunto, una circostanza aggravante comune per i fatti commessi dal colpevole «mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale».

Entrambi i rimettenti prospettavano, in particolare, l'intrinseca irragionevolezza di una presunzione di maggior pericolosità collegata alla mera carenza di un titolo per il soggiorno nel territorio dello Stato, senza alcuna distinzione tra le varie possibili violazioni della legge sull'immigrazione, e senza alcuna rilevanza per il caso che ricorra un «giustificato motivo».

Ciò posto, la Consulta ha ritenuto che la norma fosse affetta da intrinseca irragionevolezza, per essere fondata su una presunzione di maggior

[252] Corte Cost., n. 249 del 2010 su www.cortecostituzionale.it . In riferimento alla citata decisione cfr. le osservazioni di CATANANTI T. *I reati in materia di immigrazione dopo la l. n. 94/2009*, in *Associazione dei costituzionalisti*, 2010 e BAILO F., *L'immigrazione clandestina al vaglio della Corte costituzionale: illegittima l'aggravante comune ma non anche la fattispecie di reato*, in *Giur. it*., 2010, n. 12, 2503 ss.

pericolosità collegata alla mera carenza di un titolo per il soggiorno nel territorio dello Stato, senza alcuna distinzione tra le varie possibili violazioni del T.U. sull'immigrazione.

Secondo il giudice delle leggi, la condizione giuridica dello straniero non doveva essere considerata – per quanto riguarda la tutela dei diritti – come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi, specie nell'ambito del diritto penale, che più direttamente è connesso alle libertà fondamentali della persona.

Il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili, inoltre, implicherebbe, a giudizio della Consulta, l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti del tutto estranei al fatto-reato, introducendo così una responsabilità penale d'autore in aperta violazione del principio di offensività[253].

D'altra parte, il principio costituzionale di eguaglianza in generale non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero. Anzi, ogni limitazione di diritti fondamentali deve partire dall'assunto che, in presenza di un diritto inviolabile, il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante.

Per tali ragioni, venivano dichiarati costituzionalmente illegittimi, in quanto in contrasto con gli articoli 3, primo comma, e 25, secondo comma, della Costituzione, l´articolo 61, numero 11-bis, del codice penale, e, in via consequenziale, l´articolo 1, comma 1, della Legge 15 luglio 2009, n.

---

[253] Sul principio di offensività, in dottrina, cfr., *ex multis*, FIORE C., *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in VASSALLI G., (cur.), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli-Bari, 2006, 91 ss.; MANES V., *Il principio di offensività. Tra codificazione e previsione costituzionale*, in *L'indice pen*., 2003, 147 ss.; PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1998, 350 ss

94 contenente disposizioni in materia di sicurezza pubblica nonché l'articolo 656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale, limitatamente alle parole "e per i delitti in cui ricorre l´aggravante di cui all´art. 61, primo comma, numero 11-*bis*), del medesimo codice".

Volendo tirare brevemente le fila del discorso, con le citate sentenze la Consulta sembrava aver voluto escludere una volta per tutte la possibilità per il legislatore, pur nella sua discrezionalità, di prevedere trattamenti peggiorativi o automatismi preclusivi all'accesso di determinati benefici fondati sulla presenza di una mera qualifica soggettiva dell'autore del reato considerato.

Con particolare riferimento alla declaratoria di incostituzionalità dell'aggravante della clandestinità, i giudici della Consulta evidenziavano, infatti, come la norma fosse tacciabile di irragionevolezza e si ponesse, dunque, in palese contrasto con l'art. 3 Cost. in quanto istituiva un'indebita assimilazione fra il trattamento di soggetti responsabili d'una mera infrazione formale ed il trattamento di soggetti in ordine alle condotte dei quali l'ordinamento prevedeva un aggravio di pena in ragione di peculiari caratteristiche della loro condotta ovvero di qualità personali oggettivamente sussistenti e comunque connesse alla commissione di altre fattispecie di reato, quali, ad esempio, l'aver abusato della propria funzione o qualità personale (art. 61, numeri 9 e 11, C.p.), l'aver già commesso reati in precedenza (art. 99 C.p.), o l'essere già stati individuati come pericolosi mediante un provvedimento giudiziale (art. 61, numero 6, C.p.).

Il rifiuto manifestato dalla Consulta nei confronti del diritto penale d'autore è destinato a perdere slancio con le successive pronunce emesse dai giudici delle leggi sempre sul tema della legislazione in materia di immigrazione.

Con la sentenza n. 250/2010 relativa ad una serie di eccezioni di legittimità sollevate in ordine al reato di clandestinità di cui all'art. 10-*bis* del T.U.

sull'immigrazione, la Corte costituzionale ha, invero, discutibilmente rigettato tutte le diverse questioni, dichiarandole, in parte, manifestamente infondate, e, in parte, manifestamente inammissibili.

Relativamente alle censure afferenti alla stessa scelta del legislatore di criminalizzare la "clandestinità", la Corte costituzionale ha riaffermato *de plan*o il costante principio per cui «l'individuazione delle condotte punibili e la configurazione del relativo trattamento sanzionatorio rientrano nella discrezionalità del legislatore: discrezionalità il cui esercizio può formare oggetto di sindacato, sul piano della legittimità costituzionale, solo ove si traduca in scelte manifestamente irragionevoli o arbitrarie».

Più nel dettaglio, si è, in primo luogo, sostenuto che la fattispecie in questione non violasse il principio di materialità e offensività di cui all'art. 25, comma 2, Cost., dal momento che questo non incriminerebbe un «modo d'essere della persona, ma uno specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti», atteso che la clandestinità non costituirebbe «un dato preesistente ed estraneo al fatto», bensì «la conseguenza della stessa condotta resa penalmente illecita».

Pertanto, ad opinione dei giudici delle leggi, non poteva riconoscersi in tale frangente il ricorso al diritto penale d'autore, di per sé inoffensivo, dal momento che il bene giuridico tutelato era chiaramente individuabile nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo[254]. Né la fattispecie potrebbe, come sostenuto dai giudici rimettenti, sussumersi nella categoria dei reati a

[254] La Corte costituzionale, sul punto, ha poi peraltro meglio precisato che "il potere di disciplinare l'immigrazione rappresenta un profilo essenziale della sovranità dello Stato, in quanto espressione del controllo del territorio" e che "Determinare quale sia la risposta sanzionatoria più adeguata a tale illecito, e segnatamente stabilire se esso debba assumere una connotazione penale, anziché meramente amministrativa (com'era anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 94 del 2009), rientra nell'ambito delle scelte discrezionali del legislatore, il quale ben può modulare diversamente nel tempo – in rapporto alle mutevoli caratteristiche e dimensioni del fenomeno migratorio e alla differente pregnanza delle esigenze ad esso connesse – la qualità e il livello dell'intervento repressivo in materia

“pericolo presunto”, non rispondente all’*id quod plerumque accidit* e perciò stesso arbitrario, poiché la norma, similmente alla generalità delle norme incriminatrici, si limiterebbe a reprimere la commissione di un fatto oggettivamente (e comunque) antigiuridico, offensivo di un interesse reputato meritevole di tutela.

Circa le questioni di legittimità costituzionale sollevate in riferimento all’art. 3 Cost., la Corte ha rilevato come, ad essere punita, non sia una condotta di vita, ma soltanto l’inosservanza delle norme sull’ingresso e il soggiorno dello straniero nel territorio dello Stato, la cui diversa gravità può essere apprezzata dal giudice in sede di commisurazione concreta della pena, nell’ambito della forbice edittale che, pur essendo solo di tipo contravvenzionale e pecuniario, è sufficientemente ampia da rendere graduabile la sanzione da irrogare in concreto.

Per quanto concerne l’asserita violazione dei diritti inviolabili dell’uomo e del principio di solidarietà di cui all’art. 2 Cost., la giurisprudenza in commento ha chiarito che, a voler seguire la prospettazione del giudice rimettente, la ragione di illegittimità costituzionale non risiederebbe nella scelta di configurare come reato l’inosservanza delle disposizioni sull’ingresso e il soggiorno dello straniero nel territorio dello Stato – vale a dire nella sanzione – ma, più a monte, nello stesso precetto, e quindi nelle regole – non oggetto però del giudizio di legittimità costituzionale – che precludono o limitano l’ingresso o la permanenza degli stranieri (o, quantomeno, degli stranieri «indigenti») nel territorio dello Stato, a prescindere dal fatto che la violazione venga punita con la sanzione penale o con semplice sanzione amministrativa.

Con riferimento, poi, ad un secondo gruppo di questioni che investivano specifici segmenti della disciplina del reato, si è, in primo luogo, chiarito che la mancata previsione della clausola “senza giustificato motivo”,

presente, invece, nell'art. 14, comma 5-*ter*, del T.U. sull'immigrazione, sarebbe riconducibile al fatto che essa si inscrive nella specifica finalità dell'incriminazione in cui è prevista e nel quadro normativo su cui l'incriminazione stessa si innesta. Detta clausola, peraltro, non sarebbe indispensabile al fine di assicurare la conformità al principio di colpevolezza di ogni reato in materia di immigrazione, e particolarmente di quello oggetto dello scrutinio, in quanto la mancanza della clausola non impedisce che le esimenti generali trovino comunque applicazione

Con una successiva pronuncia[255], la Corte ha poi puntualizzato ulteriormente in ordine al rigetto della questione di legittimità della citata fattispecie incriminatrice; al riguardo si è parlato in dottrina di una motivazione "in due tempi"[256].

Essa è, infatti, tornata a pronunciarsi sul Testo unico sull'immigrazione, e più precisamente sull'art. 14, comma 5-*quater*, così come modificato dall'art. 1, comma 22, lett. *m*), della l. n. 94/2009, dichiarandolo illegittimo proprio nella parte in cui non disponeva che l'inottemperanza all'ordine di allontanamento, secondo quanto già previsto per la condotta di cui al precedente comma 5-*ter*, venisse punita nel solo caso in cui abbia avuto luogo «senza giustificato motivo». E, a giustificazione di questo ultimo dispositivo, ha tenuto a specificare che l'irragionevolezza della disposizione impugnata poteva facilmente desumersi dal raffronto con il comma 5-*ter* del medesimo articolo, in quanto le due condotte incriminate erano, nella sostanza, le medesime, consistendo, allo stesso modo, nella permanenza nel territorio dello Stato da parte dello straniero al quale sia stato impartito dal questore l'ordine di allontanarsi, a nulla rilevando il

[255] Corte cost., sent. 17 dicembre 2010, n. 359

[256] BAILO F., *L'aggravante e il reato di clandestinità: illegittimità "tout court" per la prima e rigetto con motivazione "a due tempi" per il secondo, con qualche apertura ad altri profili d'incostituzionalità*, su www.giurcost.org.

fatto che l'omissione cui si riferiva la norma censurata facesse seguito ad altra omissione dello stesso genere.

In definitiva, le stesse ragioni, di natura sociale e umanitaria, che sostenevano la scelta del legislatore di prevedere la "clausola di salvezza" prima ricordata, si potevano benissimo attagliare al caso di cui all'art. 14 comma 5-*quater*. E, quasi a giustificare quello che poteva, solo in apparenza, sembrare un cambio di rotta rispetto a quanto sostenuto nella sent. n. 250/2010, si è, infatti, voluto precisare che nella fattispecie di cui all'art. 10-*bis* del T.U. sull'immigrazione, al contrario, il principio di uguaglianza non imponeva l'inserimento della clausola, anche nella parte in cui si sanzionava la violazione del dovere di lasciare il territorio nazionale in assenza di un valido titolo di soggiorno, mancando la dipendenza dell'obbligo da un ordine mirato ed individualizzato dell'Autorità, la cui inosservanza entro il termine indicato comporta un «netto salto di qualità nella risposta punitiva».

Merita il caso segnalare che l'irragionevolezza della fattispecie di ingresso o permanenza irregolare sul territorio dello Stato è stata evidenziata anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea[257], la quale ha sostenuto che tale fattispecie può compromettere la realizzazione dell'obiettivo di instaurare una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio nel rispetto dei diritti fondamentali e che nessuno dei Paesi Membri è legittimato ad introdurre un titolo di reato volto ad ovviare alle difficoltà all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo all'interno.

---

[257] Sentenza del 28 aprile 2011della Prima Sezione emessa nel procedimento C-61/11 PPU, avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE, proposta dalla Corte d'appello di Trento, con ordinanza 2 febbraio 2011, pervenuta in cancelleria il 10 febbraio 2011, nel procedimento penale a carico di Hassen El Dridi, alias Soufi Karim.

Sicché, a parere della Corte, stante anche l'emissione della Direttiva rimpatri, non recepita nell'ordinamento italiano, il giudice che si fosse trovato a dirimere controversie relative alla fattispecie in esame, avrebbe dovuto disapplicare la norma penale in quanto contrastante con il diritto dell'Unione Europea.

Allo stato attuale della giurisprudenza di merito, non risulta che tale pronuncia della Corte europea sia stata in alcun modo tenuta in considerazione; né la Corte Costituzionale è tornata sui propri passi in ragione di tale arresto sovranazionale.

4 Il recidivo.

Come noto, la recidiva[258] è una circostanza aggravante ad effetto speciale ispirata alla *ratio* secondo cui è legittimo sanzionare più pesantemente il reo che, pur essendo già stato condannato con sentenza o decreto penale di condanna divenuti irrevocabili, continui a delinquere, *ricadendo*, appunto, nella commissione di ulteriori fatti di reato.

---

[258] Per un approfondimento generale sul tema della recidiva, si vedano LATAGLIATA A. R., *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli, 1958, p. 17, NUVOLONE P., *ll sistema del diritto penale*, Padova, 1982, p. 336; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, Padova, 2009, p. 646; ROMANO M., *Art.99*, in *Commentario sistematico del codice penale*, di ROMANO M., GRASSO G., 2012, II, p. 93. 3 In particolare, FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, p.458; GROSSO C. F., *Cinque anni di leggi penali: molte riforme (talune contestabili), nessun disegno organico*, in *Diritto penale e processo*, 2006, p. 532. MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Studi di diritto penale*, a cura di MARINUCCI G.-DOLCINI E., Milano, 1991, p. 51. PISAPIA G.D., *Riflessioni in tema di recidiva*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1961, p. 967DELL'ANDRO R., *La recidiva nella teoria della norma penale*, Palermo, 1950, p. 23. 14 CARRARA F., *Lo stato della dottrina sulla recidiva*, in *Opuscoli di diritto criminale*, II, Lucca, 1878, p. 142 DASSANO F., *Recidiva e potere discrezionale del giudice*, Torino, 1981, p. 24, MAZZA L., *Recidiva*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Giuffré, 1988, p. 69, MELE V., *Il regime delle circostanze e la nuova disciplina della recidiva nel D.L. 11 aprile 1974*, in *Giustizia penale*, 1975, II, c. 500 PAVARINI M., *La neutralizzazione degli uomini inaffidabili. La nuova disciplina della recidiva e altro ancora sulla guerra alle "Unpersonen*", in *Studi sulla questione criminale*, 2006, n.2, p. 7; AMBROSETTI E., *Recidiva e discrezionalità giudiziale*, cit., p. 679; DOLCINI E., *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia, in Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 521. Con particolare riferimento ai rapporti tra recidiva e misure alternative alla detenzione, LEONARDI F., *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale ed*

Si tratta di una norma che è stata notevolmente modificata nel corso del tempo e che, da ultimo, al netto delle pronunce di illegittimità costituzionale che l'hanno colpita - e di cui meglio si dirà in seguito – ha assunto l'attuale configurazione ad opera della L. n. 251 del 2005, cosiddetta ex Cirielli.

Con tale legge[259], invero, il legislatore è intervenuto a tutto campo sull'art. 99 c.p., introducendo una serie di novità: dall' innalzamento dei livelli dell'aumento della pena che possono operarsi in ragione dell'applicazione dell'aggravante, ai numerosi effetti indiretti dell'istituto, che viene oggi ad incidere sulla concessione delle attenuanti generiche, sul giudizio di bilanciamento con le circostanze attenuanti, sulla determinazione del trattamento sanzionatorio nel reato continuato, sul computo del tempo necessario alla prescrizione e, infine, in sede di esecuzione e del trattamento penitenziario.

Al fine di meglio comprendere le considerazioni che saranno di qui in avanti svolte, appare necessario sintetizzare l'attuale assetto della norma.

Accanto all'ipotesi di recidiva semplice di cui al co. 1 dell'art. 99 («Chi, dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commette un altro, può essere sottoposto ad un aumento di un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto non colposo»), vi sono diverse ipotesi di recidiva la cui applicazione comporta ancor più significativi aumenti di pena.

---

abbattimento della recidiva, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n.2, Ministero della Giustizia, 2007, p.1;

[259] CIPOLLA P., *La l. n. 251 del 2005 c.d. ex Cirielli*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 5, 2009, p. 1185; DOLCINI E., *Le due anime della legge "ex Cirielli*", in *Corriere del merito*, 2006 MAMBRIANI A., *La nuova disciplina della recidiva e della prescrizione: contraddizioni sistematiche e problemi applicativi*, in *Giurisprudenza di merito*, I, 2006, p. 1061; FRIGO G., *Prevale la logica della frammentazione*, in *Guida al diritto*, 2006, dossier 1, p. 52, NATALINI A., *La "nuova" recidiva ex Cirielli. Quel rebus dei "delitti non colposi"*, in *Diritto e giustizia*, 2006, n.11, p. 110.

Il comma secondo prevede le ipotesi di recidiva aggravata e, in particolare, la recidiva specifica, quando il nuovo delitto non colposo commesso dal reo sia della stessa indole di quello per cui è intervenuta la condanna definitiva; la recidiva infraquinquennale, nel caso in cui il nuovo delitto sia stato commesso entro cinque anni dalla condanna precedente, e, infine, il caso in cui il nuovo delitto non colposo sia commesso durante o dopo l'esecuzione della pena ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della stessa. In tutti questi casi, l'effetto modificativo sulla pena può determinare un aggravio della sanzione da irrogare in concreto fino alla metà.

Il comma terzo disciplina la recidiva pluriaggravata, figura che si ravvisa quando il nuovo delitto non colposo integra congiuntamente più situazioni di recidiva aggravata rilevanti in relazione al secondo comma. In questo caso la legge ex Cirielli ha portato la modificazione della pena a un sensibile aggravamento, sostituendo il limite massimo modulabile fino a metà della sanzione con la misura fissa della metà, sottratta perciò alla valutazione discrezionale del giudice.

Al quarto comma è disciplinata la recidiva reiterata, configurabile quando il nuovo delitto non colposo è commesso da chi è già recidivo. Gli aumenti di pena vengono poi differenziati a seconda che la recidiva precedente fosse semplice o aggravata: nel primo caso la pena è aumentata della metà, nel secondo caso, di due terzi.

Al quinto comma, infine, è prevista l'ipotesi di recidiva obbligatoria per il caso in cui il nuovo delitto non colposo rientri nell'elenco di delitti indicati all'art. 407 comma 2 lett. a c.p.p.. Nel caso in cui si tratti di recidiva semplice, l'aumento prescritto resta nei limiti di un terzo, se si tratta invece di recidiva aggravata l'aumento spazia da un terzo alla metà.

Dal punto di vista complessivo, la dottrina si è rivelata unanime nell'osservare come il legislatore del 2005 si sia dimostrato particolarmente rigoroso proprio nei confronti della figura della recidiva reiterata, ritagliando «una tipologia d'autore tale da giustificare, pur in un diritto penale del fatto, un regime sanzionatorio particolarmente severo, in risposta alla particolare colpevolezza e pericolosità del soggetto»[260].

Invero, come anticipato, al recidivo reiterato[261] per uno dei delitti indicati dall'art. 407 comma 2 lett. a c.p.p. puniti con la reclusione non inferiore a cinque anni, vengono sostanzialmente precluse le circostanze attenuanti generiche, poiché la loro concessione non può basarsi né sulla minore intensità del dolo, né su parametri desunti dalla capacità a delinquere[262], e al recidivo reiterato in quanto tale è stata riservata - quantomeno nella sua formulazione originaria - una disciplina restrittiva del giudizio di comparazione ex art. 69 c.p., dal momento che è sancito il divieto di prevalenza di eventuali attenuanti[263].

Infine, è stabilito un meccanismo automatico per l'aumento di pena derivante dall'applicazione della recidiva nel caso di cui al co. 5 dell'art. 99 c.p., sottraendo, quindi, tale tema alla valutazione del giudice di merito.

---

[260] BERTOLINO M., *op cit.*, p. 1142

[261] La materia del riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche al recidivo reiterato e dei limiti al giudizio ex art. 69 comma 4 è stata oggetto di interventi della Corte Costituzionale che ne hanno mutato la disciplina e di cui si tratterà in seguito.

[262] Il primo comma dell'art. 1 della legge 251/2005 prescrive "Il giudice, indipendentemente dalle circostanze previste nell'articolo 62, può prendere in considerazione altre circostanze diverse, qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena. Esse sono considerate in ogni caso, ai fini dell'applicazione di questo capo, come una sola circostanza, la quale può anche concorrere con una o più delle circostanze indicate nel predetto articolo 62. Ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto dei criteri di cui all'articolo 133, primo comma, numero 3), e secondo comma, nei casi previsti dall'articolo 99, quarto comma, in relazione ai delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, nel caso in cui siano puniti con la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni."

[263] Art. 3 legge 251/2005: "Il quarto comma dell'articolo 69 del codice penale è sostituito dal seguente: «Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, esclusi i casi previsti dall'articolo 99, quarto comma, nonché dagli articoli 111 e 112, primo comma, numero 4), per cui vi è divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti, ed a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca

La ex Cirielli ha, quindi, introdotto un sistema di applicazione dell'aggravante nettamente sbilanciato a scapito del condannato, a prescindere da qualunque valutazione esperibile dal Giudice sulla effettiva pericolosità del medesimo, eventualmente desumibile dalle ulteriori condotte illecite tenute.

In merito, è stato osservato che una riforma che sposta l'attenzione normativa dal reato al reo, a prescindere dal concreto profilo oggettivo dei fatti per cui viene giudicato, verrebbe a determinare un contrasto con la stessa impostazione fondamentale del sistema penale basato "sul fatto", quindi fondato sui principi di offensività e materialità[264].

Non a caso, la Corte Costituzionale è intervenuta per eliminare dall'ordinamento ora il divieto di bilanciamento della recidiva con altre attenuanti[265], ora, in tempi recentissimi, l'ipotesi della sua applicazione obbligatoria in caso di reati di particolare gravità[266].

In più occasioni, poi, la Corte di Cassazione ha chiarito il tenore letterale della norma specificando che la recidiva reiterata di cui al co. 4 è facoltativa[267], per cui la sua applicazione è comunque rimessa alla discrezionalità del giudicante.

---

una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato.»

[264] DOLCINI E., *Le due anime della legge "ex Cirielli*", cit. Dello stesso avviso anche RICCARDI G., *La riforma della recidiva e della prescrizione tra ossimori politico-criminali e schizofrenie legislative*, in *Indice penale*, 2007, p. 516. L'autore, riferendosi esplicitamente alla riformata disciplina della recidiva nei termini di diritto penale del "nemico", osserva che le ragioni della disparità di trattamento sanzionatorio imposta dalla legge 251/2005 siano irragionevoli "in quanto fondate sul mero status soggettivo dell'autore, sul passato dello stesso, e non già su circostanze oggettive del fatto". A maggior ragione anche dal momento che la definizione del recidivo reiterato come "delinquente-tipo", pur non poggiando su idonei riscontri empirici, "fonda una serie di automatismi sanzionatori che consentono di individuare, pur in assenza di un corrispondente tipo criminologico, un ben definito tipo normativo".

[265] Corte cost., 18 aprile 2014, nn. 105 e 106, Pres. Silvestri, Rel. Lattanzi, su www.cortecostituzionale.it

[266] Corte cost., 23 luglio 2015, n. 185, Pres. Criscuolo, Rel. Lattanzi, su www.cortecostituzionale.it

[267] Cass., sez. IV, 11 aprile 2007, CED 236412; sez. IV, 19 aprile 2007, CED 235835, nonché Sez. Un., 27.5.2010 (dep. 5.10.2010), n. 35738, ric. Calibè.

Numerose, poi, le modifiche che la ex Cirielli ha apportato al settore dell'ordinamento penitenziario, in particolare in tema di accesso ai benefici ed alle misure alternative da parte dei condannati cui sia stata applicata la recidiva.

L'art. 7, comma 1, della legge ha previsto limiti più rigorosi per la concessione ai recidivi dei permessi premio, ossia delle autorizzazioni concesse ai condannati che hanno tenuto regolare condotta e non risultano socialmente pericolosi, affinché possano trascorrere un breve periodo di tempo fuori dall'istituto per coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro.

L' 30- *quater* o. p. novellato prevede, infatti, una sensibile elevazione della quota di pena necessaria all'accesso a tali benefici; nel dettaglio, la rimodulazione dei limiti di ammissibilità nei confronti del recidivo reiterato consiste: nella espiazione di un terzo della pena nelle ipotesi di condannati all'arresto od alla reclusione non superiore a tre anni anche se congiunta all'arresto; nella espiazione della metà della pena nelle ipotesi di condannati alla reclusione superiore a tre anni della espiazione di due terzi della pena e, comunque, di non oltre quindici anni nelle ipotesi di condannati alla reclusione per taluno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. o di condannati all'ergastolo.

Anche in tema di semilibertà, sono stati modificati i termini per la concessione della stessa nei confronti del recidivo reiterato.

In particolare, l'art. 50-bis, come novellato dalla ex Cirielli, prevedeva che la semilibertà potesse essere concessa ai detenuti, ai quali fosse stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma del codice penale, soltanto dopo l'espiazione di due terzi della pena ovvero, in caso di condannato per uno dei delitti indicati nel comma 1 dell'art. 4- *bis* della stessa legge, di almeno tre quarti di essa.

Ora, se è vero che il nuovo art. 50- *bis* si poneva tendenzialmente in sintonia con la semilibertà prevista per le pene medio- lunghe, perché si limitava ad innalzare le soglie di pena che il recidivo reiterato doveva espiare per ambire a tale misura, è altrettanto vero che la nuova figura non si raccordava con le altre due fattispecie di semilibertà (ossia, quella relativa alle pene detentive brevi e quella sostitutiva dell'affidamento). In queste ultime due ipotesi lo *status* di recidivo reiterato del condannato annichiliva l'operatività dei due ultimi menzionati istituti, in totale spregio della funzione loro attribuita[268]. Non a caso, questo articolo è, poi, stato soppresso ad opera del D.L. 1 luglio 2013 n. 78.

Ancora, in riferimento alla detenzione domiciliare generica, l'art. 7 della legge ex Cirielli ha introdotto nell'art. 47-ter il comma 0.1, escludendo l'applicabilità di tale misura nei confronti dei recidivi reiterati. I condannati rientranti in tale categoria che non siano idonei all'affidamento in prova e nei cui confronti residua una pena non superiore a due anni, non possono più fruire della detenzione domiciliare generica. Il senso di tale stretta nei confronti dei recidivi ben si coglie, guardando al fondamento applicativo della misura considerata ed alla rilevanza attribuita dal legislatore, con la riforma di cui si discute, al nuovo statuto della recidiva.

Relativamente alla detenzione domiciliare speciale, il precedente comma 1 è stato sostituito con i nuovi comma 1 e 1.1. che ne ridefinivano la disciplina. Il primo comma veniva riprodotto in maniera identica, mentre il nuovo comma 1.1. disponeva che "al condannato, al quale è stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma, del codice penale, può essere concessa la detenzione domiciliare se la pena detentiva inflitta, anche se costituente parte residua di maggior pena, non superi tre anni".

[268] Sul punto, in chiave critica, . CIAMPI S., *Permessi premio e semilibertà: dalle nuove condizioni di accesso significavi riverberi sui profili funzionali degli istituti*, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Cedam, 2006, p.258

Anche questo comma è, poi stato soppresso ad opera del D.L. 1 luglio 2013 n. 78.

Altro automatismo, anche in questo caso a carattere preclusivo, è quello introdotto ad opera delle modifiche del testo dell'art. 58-quater o.p., posto che la L. 251/05 ha inserito nella disposizione che qui interessa il comma 7-bis, il quale prevede il divieto di seconda concessione della misura alternativa dell'affidamento in prova, della semilibertà e della detenzione domiciliare nei confronti dei condannati cui sia stata applicata la recidiva reiterata di cui all'art. 99 co. 4 c.p.

Come già parzialmente evidenziato, il quadro delle disposizioni in *peius* introdotto su diversi fronti dalla ex. Cirielli a carico del condannato cui sia stata applicata la recidiva è poi stato ridimensionato, ora da interventi dello stesso legislatore, con il D.L. 1 luglio 2013 n. 78, ora da alcune pronunce della Corte Costituzionale.

In particolare, la Corte Costituzionale, con sentenza 2006, n. 257 [269], ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30-quater della legge sull'ordinamento penitenziario, come modificato dalla ex Cirielli, nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso sulla base della normativa previgente nei confronti dei condannati che, prima della entrata in vigore della citata legge n. 251 del 2005, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto.

Ad analoga pronuncia sono giunti i Giudici delle leggi[270] dichiarando l'illegittimità costituzionale dei commi 1 e 7-bis dell'art. 58-quater o. p.

La norma della Carta fondamentale in ipotesi violata sarebbe stata, a parere dei rimettenti, in entrambi i casi proprio l'art. 27 co. 3 in quanto le

[269] Reperibile sul sito www.cortecostituzionale.it e comunque pubblicata sulla G.U. n. 28 del 12.7.2006.
[270] Sentenza 5-16 marzo 2007, n.79 reperibile su sito www.cortecostituzionale.it e comunque pubblicata sulla G.U. n. 13 del 28.3.2007.

modifiche peggiorative delle condizioni di accesso ai benefici penitenziari introdotte dalla ex Cirielli nei riguardi dei recidivi reiterati sarebbero state rivelatrici del maggior valore tributato dal legislatore alla finalità generalpreventiva della sanzione penale, piuttosto che a quella rieducativa.

In particolare, veniva evidenziato come, stando agli orientamenti espressi dalla stessa Corte Costituzionale[271] in altre occasioni, non si potesse ostacolare il raggiungimento della finalità rieducativa con il precludere l'accesso a determinati benefici o a determinate misure alternative in favore di chi, al momento in cui è entrata in vigore una legge restrittiva, avesse già realizzato tutte le condizioni per usufruire di quel beneficio o di quelle misure.

La Corte, accogliendo tali doglianze, ribadiva 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 (v. la sentenza n. 306 del 1993). Le differenti contingenze, storicamente mutevoli, che condizionano la dinamica dei fenomeni delinquenziali, comportano logicamente la variabilità delle corrispondenti scelte di politica criminale che il legislatore è chiamato a compiere: così da dar vita ad un sistema normativamente "flessibile", proprio perché potenzialmente idoneo a plasmare i singoli istituti in funzione delle diverse esigenze che quelle scelte per loro natura coinvolgono. Da qui l'impossibilità di stabilire, ex ante, un punto di equilibrio dogmaticamente "cristallizzato" tra le diverse funzioni che il sistema penale, nel suo

[271] Il riferimento è alle sentenze n. 445 del 1997 e n. 137 del 1999.

complesso, è chiamato a soddisfare nel quadro dei valori costituzionali; e, quindi, la impossibilità, anche, di censurare, in astratto, opzioni normative, sol perché di tipo "repressivo" rispetto al quadro preesistente, o, all'inverso, perché ispirate ad un maggior *favor libertatis*. 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. ancora la sentenza n. 306 del 1993)».

Ed ancora: «intanto può concretamente parlarsi di una sostanziale non elusione delle funzioni costituzionali della pena, in quanto il sacrificio dell'una sia il "minimo indispensabile" per realizzare il soddisfacimento dell'altra, giacché soltanto nel quadro di un sistema informato ai paradigmi della "adeguatezza e proporzionalità" delle misure (per mutuare principi tipici delle cautele personali) è possibile sindacare la razionalità intrinseca (e, quindi, la compatibilità costituzionale) degli equilibri normativi prescelti dal legislatore. In tale cornice questa Corte ha sottolineato come, a proposito delle misure di "rigore" che, in tema di ordinamento penitenziario, furono adottate - dopo i tragici fatti di Capaci - con il d. l. n. 306 del 1992, dovesse ritenersi non in linea con la finalità rieducativa della pena la scelta di precludere l'accesso ai benefici penitenziari in ragione del semplice *nomen juris* per il quale era stata pronunciata la condanna. "Ed infatti" - si osservò - "la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante - venne ancora puntualizzato - la tendenza alla configurazione normativa di "tipi di autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita" (v. la già citata sentenza n. 306 del 1993). Tali rilievi valgono anche con riferimento alla disposizione oggetto di impugnativa; la linea perseguita con essa dal legislatore ha chiaramente privilegiato - inasprendo i presupposti per la concessione dei permessi

premio ai recidivi - una scelta general-preventiva, obliterando l'*iter* di risocializzazione già concretamente perseguito. È evidente, infatti, che, accomunando fra loro le posizioni dei recidivi reiterati - senza alcuna valutazione della "qualità" dei comportamenti, del tipo di devianza, della lontananza nel tempo fra le condanne ed altri possibili parametri "individualizzanti" - l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo; quest'ultimo viene ad essere addirittura vanificato per quanti abbiano - come nella ipotesi dedotta dal giudice a quo - già raggiunto un grado di risocializzazione adeguato al godimento del beneficio penitenziario, all'atto della entrata in vigore della nuova e più restrittiva normativa. Un percorso di emenda, quindi, che il legislatore ha bruscamente interrotto, al di fuori di qualsiasi concreta ponderazione dei valori coinvolti. In tale quadro di riferimento risulta perciò pertinente il richiamo che il giudice rimettente opera alla sentenza n. 173 del 1999, correttamente evocata quale precedente "specifico", in considerazione del fatto che i relativi *dicta* appaiono sovrapponibili alla peculiare situazione generata dalla nuova disposizione oggetto del presente scrutinio di costituzionalità. Con tale sentenza, infatti, venne dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario, nella parte in cui non prevedeva che il beneficio del permesso premio potesse essere concesso nei confronti dei condannati che, prima dell'entrata in vigore dell'art. 15, comma 1, del già citato d.l. n. 306 del 1992 - introduttivo del nuovo e più rigoroso testo dell'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario in tema di misure alternative, permessi premio e lavoro all'esterno per i condannati di reati (*lato sensu*) di criminalità organizzata - avessero realizzato le condizioni per usufruire del beneficio richiesto, e per i quali non fosse accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata. Nella pronuncia innanzi richiamata, la Corte sottolineò come il percorso compiuto dalla giurisprudenza costituzionale, a partire dalla più

volte ricordata sentenza n. 306 del 1993, fosse diretto a mantenere il rispetto del principio rieducativo nella fase della esecuzione penale, anche in presenza di leggi con le quali si era ritenuto di restringere gli accessi alle misure alternative alla detenzione o a determinati benefici penitenziari, per far fronte ai pericoli creati dalla criminalità organizzata. In tale cornice si era così iscritta la sentenza n. 445 del 1997; in essa si era affermato che quando la condotta penitenziaria del detenuto ha consentito "di accertare il raggiungimento di uno stadio del percorso rieducativo adeguato al beneficio da conseguire", "la innovazione legislativa che vieta la concessione di misure alternative alla detenzione finisce per atteggiarsi alla stregua di un meccanismo a connotazioni sostanzialmente ablative, riproducendo così quei caratteri di "revoca" non fondata sulla condotta colpevole del condannato", che la stessa Corte aveva già censurato nella sentenza n. 306 del 1993. Il punto di arrivo del percorso tracciato dalla giurisprudenza costituzionale, era così rappresentato - osservò la Corte - dalla affermazione secondo la quale "non si può ostacolare il raggiungimento della finalità rieducativa, prescritta dalla Costituzione nell'art. 27, con il precludere l'accesso a determinati benefici o a determinate misure alternative in favore di chi, al momento in cui è entrata in vigore una legge restrittiva, abbia già realizzato tutte le condizioni per usufruire di quei benefici o di quelle misure". Quindi, l'identico dispositivo tracciato per la semilibertà nella richiamata sentenza n. 445 del 1997, venne esteso anche ai permessi premio. L'identica *ratio decidendi* deve, perciò, valere anche con riferimento alle misure di rigore stabilite per i condannati recidivi, posto che la preclusione alla fruizione di benefici scaturita dal nuovo regime, ove applicata nei confronti di quanti abbiano già raggiunto, all'atto della relativa entrata in vigore, uno stadio del percorso rieducativo adeguato al godimento dei permessi premio, finirebbe per tradursi in un incoerente arresto dell'iter trattamentale, in violazione del

principio sancito dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione. D'altra parte, la "funzione "pedagogico-propulsiva" assolta dal permesso premio ha indotto questa Corte ad individuare - rimarcando il decisivo valore della computabilità del periodo trascorso in permesso nella durata della detenzione - una progressione nella premialità, cui fa da contrappunto una regressione nella medesima" in ipotesi di "gravi comportamenti da cui risulta che il soggetto non si è dimostrato meritevole del beneficio" (v. sentenza n. 504 del 1995). Così da rendere evidente come l'introduzione di una sostanziale "regressione" nella fruizione del permesso premio, non collegata ad una corrispondente "regressione comportamentale" da parte del condannato, si pone in evidente frizione rispetto alla stessa logica di progressività che, come si è detto, muove l'intero (e individualizzato) programma trattamentale»[272].

La Corte ha, quindi, in tale occasione riconosciuto come le preclusioni introdotte dalla ex Cirielli in tema di benefici penitenziari apparissero indiscriminate e giustificate sulla sola base della presunta pericolosità del tipo di autore, senza tener in alcun conto l'istanza rieducativa che permea gli istituti previsti dall'ordinamento penitenziario.

Un ulteriore passo in questa direzione è stato fatto, sempre dalla Corte Costituzionale, in relazione al co. 7-bis dell'art. 58-quater o. p., con riferimento al divieto di seconda concessione delle misure alternative in caso di condannato con applicazione della recidiva reiterata.

Tale misura, infatti, si poneva in palese contrasto con il principio di ragionevolezza, poiché la concessione del beneficio era anche in questo caso negata a prescindere da una valutazione sulla effettiva maggiore pericolosità - da considerarsi in termini attuali - del condannato.

[272] Corte Cost. n. 257 del 2006.

L'applicazione della norma così come formulata, inoltre, avrebbe potuto condurre a situazioni paradossali, come ad esempio nel caso di chi avesse commesso il fatto di reato da cui dipendeva il successivo riconoscimento della recidiva prima di usufruire, per la prima volta, dei benefici penitenziari e fosse stato poi condannato, con applicazione dell'art. 99 co. 4, dopo averne usufruito.

Di talché anche sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale fornendo un'interpretazione correttiva della norma[273] e specificando che il divieto suddetto opera solo quando il delitto non colposo espressione della recidiva reiterata sia stato commesso dopo la fruizione del beneficio, ossia in esecuzione di una condanna già aggravata ex art. 99 co. 4.

Analizzando più approfonditamente la questione, secondo i giudici rimettenti, la non concedibilità sancita dalla norma in esame contrasterebbe con il principio di ragionevolezza: farebbe infatti dipendere l'esclusione dai benefici penitenziari dall'applicazione della recidiva reiterata, cioè da una condizione soggettiva che non è necessariamente sintomatica di una maggiore pericolosità attuale del condannato.

La preclusione in esame, poi, sarebbe contraria anche al principio di necessaria finalizzazione rieducativa della pena, in quanto essa priverebbe integralmente il giudice del potere di valutare quale sia, in concreto, la modalità di esecuzione della pena più proficua per consentire il reinserimento del condannato nel consorzio civile. Per tali ragioni, si chiedeva che la norma censurata venisse dichiarata incostituzionale.

Rispondendo a tali censure, la Corte ha chiarito che eventuali presunzioni assolute in materia di benefici penitenziari possono essere costituzionalmente legittime se rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella forma dell'*id quod plerumque accidit*, cioè se

[273] Corte Cost., sentenza n. 291 del 2010 su www.cortecostituzionale.it

è ragionevole attendersi il verificarsi di un evento del tipo di quelli oggetto della generalizzazione posta dalla legge.

Premessa questa considerazione generale, la Corte evidenziava che se si interpreta la norma in esame come preclusiva dell'accesso ai benefici penitenziari già alla prima applicazione della recidiva reiterata, la regola di principio appena descritta risulta senz'altro violata, poiché – al contrario di quanto presume la legge – è ragionevole ritenere che il condannato possa ancora rispondere positivamente ad un trattamento penitenziario *extra moenia*.

Diverso è invece il caso in cui il soggetto già dichiarato una prima volta recidivo reiterato, dopo aver fruito di una misura alternativa, commetta un nuovo delitto per il quale viene applicata l'aggravante della recidiva ex art. 99, c. 4, c.p.; in questo caso, stante il fatto che si tratta (almeno) del quarto delitto commesso e che il soggetto ha già usufruito di benefici penitenziari, non è arbitraria la pretesa del legislatore che la pena sia eseguita senza accesso a misure alternative, dal momento che tale pretesa si fonda su una prognosi di segno negativo circa la futura condotta del condannato, che non appare irragionevole.

Di conseguenza, la Corte ha ritenuto inammissibili le questioni di legittimità sollevate, in quanto il giudice *a quo* non aveva previamente esperito un tentativo di interpretazione costituzionalmente conforme della disposizione in esame, nel senso sopra chiarito, idonea a superare i dubbi di costituzionalità.

A chiusura della disamina della posizione del recidivo reiterato rispetto all'accesso alle misure alternative, deve evidenziarsi, ad ulteriore riprova del carattere assolutamente contingente dei provvedimenti che vengono adottati dal Legislatore in ambito penitenziario, quanto stabilito con la l. 26 novembre 2010 n. 199, intitolata "Disposizioni relative all'esecuzione

presso il domicilio delle pene detentive non superiori ad un anno”. Nel fuoco di questo provvedimento – designato come ‘svuotacarceri’ –, stavano, come per l’indulto (e per l’‘indultino’ del 2003), due categorie di soggetti: condannati a pena detentiva in attesa di esecuzione della pena e condannati a pena detentiva che stavano scontando la pena in carcere; nella prima ipotesi, la pena da eseguire non doveva eccedere l’anno; nella seconda ipotesi, il limite massimo di un anno riguardava la pena residua. Per l’una e per l’altra categoria di soggetti, si prevedeva che, in presenza di alcune condizioni, la pena potesse eseguita nel domicilio del condannato.

Per quanto di maggior interesse ai nostri fini, il nuovo istituto, in primo luogo, non incontra preclusioni nella *recidiva reiterata* (a differenza di quanto previsto, nell’art. 1 comma 2 lett. *b* della stessa legge, per i delinquenti abituali, professionali o per tendenza). Sotto questo profilo, si tratta di una svolta rispetto alla c.d. legge *ex* Cirielli (l. 5 dicembre 2005 n. 251). Tale legge, infatti, come già anticipato, escludeva dalla c.d. detenzione domiciliare generica – come si è detto, applicabile, entro il limite di due anni di pena detentiva, quando non ricorrano i presupposti per l’affidamento in prova al servizio sociale – coloro ai quali sia stata applicata la recidiva reiterata (art. 47 *ter* comma 1 *bis* ord. penit.).

Vi è, dunque, una evidente lacuna legislativa nel necessario coordinamento tra le due disposizioni, con la conseguenza che i recidivi reiterati che per espressa disposizione normativa non possono di norma accedere alla detenzione domiciliare ordinaria, potrebbero ben godere di quella “speciale” prevista nel decreto svuotacerceri.

Come a dire, in sostanza, che l’ordinamento non ritiene di poter spendere risorse volte a rieducare un “indegno” ma, in ragione delle condizioni delle carceri e quindi al solo fine di venire incontro alle esigenze statali di

diminuzione della popolazione carceraria, lo stesso viene comunque legittimato a scontare la pena nel proprio domicilio.

Poco importa se a questo beneficio non sia in alcun modo collegato un percorso di risocializzazione.

5. Gli interrogativi ancora aperti in ordine agli autori dei delitti in materia di violenza sessuale.

Un caso veramente emblematico di disposizioni dell'ordinamento penitenziario idonee ad integrare profili di conflitto con il principio rieducativo è quello relativo alla previsione ostativa all'accesso alle misure alternative per i reati cosiddetti di "terza fascia".

Si tratta degli illeciti commessi dai *sexual offenders*, ossia dei delitti contemplati dagli artt. 600-bis, 600-ter, 600-quater e 600-quinquies c.p., nonché di quelli previsti ex artt. 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies e 609-undecies c.p.

Con riferimento a tale tipologia di illeciti – salva l'ipotesi attenuta relativa all'art. 609 bis c.p. -, infatti, l'art. 4-bis o. p. dispone che gli autori degli stessi possano accedere ai benefici penitenziari «solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno anche con la partecipazione degli esperti di cui al quarto comma dell'articolo 80 della presente legge».

Il richiamato art. 80 co. 4 a sua volta prevede che per lo svolgimento delle attività di osservazione e di trattamento, l'amministrazione penitenziaria può avvalersi di professionisti esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica, corrispondendo ad essi onorari proporzionati alle singole prestazioni effettuate.

Per meglio comprendere il contesto in cui tale disciplina è stata emanata, deve osservarsi che la citata preclusione è stata introdotta con il D.L. n. 11 del 2009, convertito nella L. n. 38 del 2009, provvedimento legislativo con il quale, tra le altre cose, è stato inserito nel nostro ordinamento il reato di atti persecutori (art. 612-bis c.p.).

Si tratta di un atto normativo elaborato per rispondere alle esigenze di sicurezza sociale focalizzate, nel dato momento storico, su un allarme connesso alle condotte di violenza sessuale, pornografia e prostituzione, tant'è che lo stesso decreto prevedeva anche la custodia cautelare obbligatoria per gli autori dei delitti di tale specie, nonché la perentorietà dell'arresto in flagranza con possibilità, quindi, di procedere nei confronti dei rei con rito direttissimo.

Il problema che sorge in tema di concedibilità dei benefici penitenziari ai *sexual offenders* è legato all'assoluta genericità della previsione normativa sopra citata[274].

Il Legislatore, invero, non si è premurato di specificare tempi e modi della richiesta osservazione.

Anzitutto, l'uso della particella aggiuntiva "anche" rispetto all'inclusione nell'equipe dedicata all'osservazione del detenuto di taluno degli esperti indicati nel co. 4 dell'art.80 lascia aperto l'interrogativo circa la necessità della partecipazione degli stessi.

Inoltre, stante le numerose categorie di professionisti indicate nel predetto co. 4, sarebbe stato certamente utile chiarire quali competenze debba possedere, caso per caso o in linea generale, l'esperto prescelto, attesi i diversi profili di interesse ascrivibili a ciascuna delle figure in esame.

---

[274] Per una panoramica di tutte le questioni controverse relative alla nebulosa formulazione della norma in esame, si veda FIORENTIN F., *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012, 588 e ss.

Ancora, la norma non specifica se debba trattarsi necessariamente di osservazione intramuraria ovvero se possa essere valida al fine previsto anche quella extramuraria e, ancora più superficialmente, omette di considerare la possibilità che nel periodo di osservazione possa essere computato il trattamento cui il reo si sia già eventualmente sottoposto *sua sponte* prima della condanna.

Ci si è domandati, poi, quale sia il corretto significato da attribuire all'espressione del disposto normativo in esame, secondo cui i benefici possono essere riconosciuti "solo sulla base" dell'osservazione della personalità. Pare preferibile la tesi per cui sarebbe ravvisabile in tale inciso un obbligo posto a carico del magistrato di sorveglianza ai fini dell'obbligatoria acquisizione della relazione conclusiva, senza tuttavia che l'autorità giudiziaria sia vincolata dai risultati della medesima[275].

Ad ogni modo, al di là delle specifiche problematiche singolarmente considerate, la nebulosità del disposto normativo in questione ha posto e pone tutt'oggi un serio problema di sostanziale inattuabilità del precetto, con la paradossale conseguenza secondo cui proprio quei soggetti che per definizione apparirebbero più bisognosi di essere sottoposti ad un trattamento rieducativo e risocializzante, sono di fatto esclusi dalla possibilità di accedere ai benefici penitenziari.

Tale osservazione vale a maggior ragione in considerazione del fatto che, trattandosi di norma avente carattere processuale e non sostanziale, ossia di norma comunque soggetta al principio del *tempus regit actum*, le disposizioni peggiorative introdotte dal 2009, unite alla grossolanità della loro formulazione, rischiano davvero di generare situazioni ampiamente discriminatorie nei confronti dei condannati per reati di matrice sessuale.

---

[275] PAVARIN G.M., *Il giudizio prognostico del giudice penale tra procedimento di cognizione e giurisdizione di sorveglianza*, Relazione all' incontro di formazione del CSM, Roma, 18-20 maggio 2009, su www.csm.it

Se è vero, infatti, secondo un noto ed ormai consolidato orientamento giurisprudenziale[276], che comunque le norme che introducono restrizioni alla concessione di benefici penitenziari non trovano applicazione nei confronti dei condannati che, prima dell'entrata in vigore delle stesse, abbiano già raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti, è anche vero che nel caso, come quello di specie, di delitti prima non ostativi alla fruizione dei medesimi, l'oscurità del testo normativo circa i modi ed i tempi in base a cui valutare il grado di rieducazione raggiunto rende ancor di più difficile (se non del tutto impossibile) l'accesso alle misure alternative.

6. Il condannato per evasione e la pericolosità presunta.

L'art. 58-quater o. p. assume efficacia preclusiva rispetto ai benefici penitenziari anche nei confronti dei condannati per il delitto di evasione.

In particolare, il co. 1 della citata disposizione così recita: «L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio, l'affidamento in prova al servizio sociale, nei casi previsti dall'articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi al condannato che sia stato riconosciuto colpevole di una condotta punibile a norma dell'articolo 385 del codice penale».

Un eventuale condanna per il delitto di evasione a seguito della concessione di una misura alternativa costituisce, altresì, motivo di revoca del suddetto beneficio (ai sensi del co. 5 della stessa disposizione, infatti «Oltre a quanto previsto dai commi 1 e 3, l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI non possono essere concessi, o se già concessi sono

[276] *Ex plurimis*, Cass. Pen., SSUU 30 maggio 2006 n. 24561 e Cass. Pen., sez.. I, 24 novembre 2009 n. 1135.

revocati, ai condannati per taluni dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1quater dell'articolo 4-bis, nei cui confronti si procede o e' pronunciata condanna per un delitto doloso punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, commesso da chi ha posto in essere una condotta punibile a norma dell'articolo 385 del codice penale ovvero durante il lavoro all'esterno o la fruizione di un permesso premio o di una misura alternativa alla detenzione»).

Stante il suddetto divieto, rispetto al detenuto condannato per evasione si pongono due problemi specifici: uno connesso alla rigida casistica giurisprudenziale in base alla quale vengono stabiliti gli elementi necessari per la configurazione del delitto di evasione; l'altra, relativa al trattamento peggiorativo cui il reo del delitto in esame viene sottoposto anche con riferimento ai benefici penitenziari non espressamente indicati nell'art. 58 quater o.p..

In entrambi i casi l'effetto è quello di creare, *de jure* o *de facto*, preclusioni assolute e generali per l'accesso alle misure alternative, senza tenere conto della specificità del caso concreto di volta in volta sottoposto all'attenzione dei giudici.

In ordine alla prima delle problematiche evidenziate, si osservi che la giurisprudenza di merito e legittimità, nel riconoscere i presupposti per la configurabilità del delitto ex art. 385 c.p.[277], si è attestata su un orientamento particolarmente rigido e, a parere di chi scrive, del tutto acritico.

[277] In dottrina, come approfondimento sul tema, si vedano ZACCHIA A., *Sull'elemento soggettivo del reato di evasione commesso dal detenuto agli arresti domiciliari* (nota a Cass., sez. VI, pen., 8 marzo 2012 (ud.); 4 ottobre 2012 (dep.) n. 38757, in *Cass. Pen*., fasc. 6, 2013, pag. 2276; GIANNELLI F.-MAGLIO M.G., *I delitti di evasione*, in *Riv. Pen.*, fasc. 4, 2009, pag. 401, FERRARI S., *Questioni aperte in tema di evasione impropria*, (nota a Cass., sez. VI pen., 10 febbraio 2005 (ud.); 6 giugno 2005 (dep.) n. 20943, i *Giur. It.*, fasc. 5, 2006, 1042.

Se, infatti, è vero che, con riferimento all'illecito in parola, lo stato di arresto o detenzione costituisce la pre-condizione del reato, che viene, dunque, ad integrarsi ogni volta che il soggetto si allontana da una struttura carceraria, dalla propria abitazione, da una struttura ospedaliera o da qualsiasi altro luogo indicato nel provvedimento di restrizione, gli ultimi arresti giurisprudenziali, focalizzandosi sull'elemento materiale dell'allontanamento, sembrano essere stati assunti in assoluto spregio dell'elemento psicologico tenuto dall'agente al momento del fatto.

Più in particolare, è stato di recente affermato dalla Suprema Corte, in più occasioni, che «ogni allontanamento, ancorché limitato nel tempo e nello spazio, realizza il delitto di cui all'art. 385 c.p., anche se il soggetto venga sorpreso nelle immediate vicinanze dell'abitazione[278]», riconoscendo, in un

[278] Cassazione penale, sez. VI, 26/05/2015, n. 38275, in *Diritto e Giustizia*, 21 settembre 2015. Tra la giurisprudenza di merito che ha aderito a tale orientamento, di recente, Tribunale Napoli, sez. I, 01/09/2015, n. 12650. La massima è conforme al costante orientamento della giurisprudenza della suprema Corte, secondo cui il dolo nel reato di evasione per abbandono del luogo degli arresti domiciliari è generico, essendo necessaria e sufficiente, in assenza di autorizzazione, la volontà di allontanamento nella consapevolezza del provvedimento restrittivo a proprio carico, non rivestendo alcuna importanza lo scopo che l'agente si propone con la sua azione. In tal senso, v. Sez. V, 6 novembre 2008, n. 44969, in *C.E.D. Cass.*, n. 241658 (fattispecie in cui l'imputato, pur essendo stato autorizzato ad allontanarsi dall'abitazione per il tempo strettamente necessario ad accompagnare la moglie in ospedale il giorno del parto, era stato sorpreso presso l'ufficio anagrafe ove si era recato per la dichiarazione di nascita del figlio); Sez. VI, 9 ottobre 2007, n. 40353,*ivi*, n. 237647 (fattispecie in cui è stata ritenuta irrilevante, ai fini dell'integrazione del reato, l'intenzione di doversi portare, a causa delle proprie condizioni fisiche, presso un nosocomio ove sottoporsi a cure conseguenti ad un pregresso incidente stradale); Sez. VI, 9 gennaio 2004, n. 19639, Cass. Pen, 2005, p. 1253 (fattispecie in cui si è ritenuto che non escludesse l'integrazione del reato l'asserita intenzione dell'agente, allontanatosi dalla propria abitazione, di raggiungere un istituto penitenziario al fine di accelerare i tempi di maturazione del beneficio della liberazione anticipata); Sez. VI, 1 giugno 2000, n. 7842,*ivi*, 2001, p. 2360 (fattispecie in cui si è ritenuta la sussistenza del reato a carico dell'evaso, tossicodipendente, che si era allontanato dall'abitazione, ove era ristretto, per recarsi presso la caserma dei carabinieri per chiedere, secondo quanto asserito, di essere tradotto in carcere per paura che potesse commettere qualche reato).
Sulla stessa linea, v. Sez. VI, 12 maggio 1993, n. 8245, in *C.E.D. Cass.*, n. 194957, che ha precisato che integra gli estremi del delitto di evasione il solo fatto che l'imputato agli arresti domiciliari esca dalla casa, nella quale si trovi ristretto - non importa per quanto tempo e con quale destinazione - perché la *ratio* dell' incriminazione risiede nella necessità che egli non si sottragga alla costante possibilità di controllo da parte della polizia giudiziaria.
Maggiore elasticità è stata dimostrata dalla giurisprudenza di merito, essendosi escluso il dolo previsto dall'art. 385 c.p. in un caso in cui l'imputato agli arresti domiciliari, non sopportando la convivenza con la sorella, era uscito per costituirsi alla polizia (Pret. Roma, 21 aprile 1994); o nel

caso, la responsabilità dell'imputato che era uscito dall'abitazione per pochi minuti, al solo fine di consentire al proprio cane di espletare i suoi bisogni fisiologici, rimanendo comunque nei pressi dell'abitazione; in un altro, la responsabilità dell'imputata costretta ad allontanarsi, per pochi attimi, dall'abitazione presso la quale si trovava agli arresti domiciliari, per la necessità di gettare i rifiuti negli appositi contenitori, posizionati a pochi metri dall'alloggio»[279].

Sul piano dell'elemento soggettivo, tali pronunce potevano giustificarsi, ad opinione dei giudici di legittimità, in quanto nel reato di evasione il dolo è generico e consiste nella consapevole violazione del divieto di lasciare il luogo di esecuzione della misura senza la prescritta autorizzazione, a nulla rilevando i motivi che hanno determinato la condotta dell'agente[280].

Il precetto sopra menzionato è stato considerato valido anche laddove il condannato (o l'imputato, a seconda della misura violata) avesse anticipato alle forze dell'ordine le proprie intenzioni.

Siffatto orientamento, se applicato indiscriminatamente a tutte le fattispecie concrete sottoposte all'attenzione della Corte, appare del tutto irragionevole.

Se, invero, il delitto di evasione punisce la violazione delle prescrizioni imposte da una misura cautelare, una misure detentiva definitiva ovvero una misura alternativa, poiché il reo avrebbe, con la propria condotta, manifestato di non recepire la finalità rieducativa della pena, ovvero perché avrebbe disatteso, in caso di misure in esecuzione presso l'abitazione ovvero di misure alternative, anche la fiducia nel caso concessagli dell'Autorità Giudiziaria, l'allontanamento temporaneo per ragioni urgenti

---

caso della persona uscita per recarsi all'udienza anche senza autorizzazione del giudice (Trib. Trento, 4 luglio 2006, in *Riv. pen.*, 2007, p. 427).

[279] Cassazione penale, sez. VI, 13/05/2014, n. 36123, in *Diritto e Giustizia*, 4 settembre 2014

[280] Cassazione penale, sez. VI, 06/03/2012, n. 10425, in *Cass. Pen.*, 2013, 5, 1922

o contingenti dal luogo di detenzione, come accaduto nei casi sopra menzionati, non sembra essere stato adottato in spregio dei valori indicati.

Né può presumersi, a prescindere dalle considerazioni del caso concreto, che la realizzata evasione, nei termini suddetti, sia indicativa di una maggiore pericolosità del reo.

Appare, peraltro, assolutamente difficoltoso sovrapporre il dolo generico richiesto per il delitto di evasione, indicativo comunque della volontà del reo di sottrarsi alla misura applicatagli, con la necessità di un allontanamento temporaneo e del tutto irrilevante ai fini della sanzione da scontare.

Ed invece, nella normale prassi giurisprudenziale, con riferimento alla concessione delle misure alternative, alcun rilievo viene dato alle circostanze specifiche mediante le quali il delitto sarebbe integrato, in ragione della preclusione assoluta prevista dall'art. 58-quater c.p. Il che appare alquanto irragionevole non solo a fronte della preminenza che dovrebbe essere tributata alla funzione rieducativa delle pena, ma anche in ragione delle chiare differenze sussistenti da caso a caso.

Merita, però segnalare al riguardo un precedente che, per quanto isolato, ha riconosciuto l'irragionevolezza di tale meccanismo automatico.

Con la sentenza n. 20559 del 6 giugno 2012 i giudici della Suprema Corte hanno accolto il ricorso col quale si impugnava la decisione del Tribunale di sorveglianza che dichiarava inammissibile la domanda di affidamento in prova ai servizi sociali e di detenzione domiciliare sul presupposto che l'imputato era colpevole anche del reato di evasione ex art. 385 c.p.

Ad avviso dei giudici, quando si tratta di decidere in merito al riconoscimento dei benefici penitenziari, non devono esistere rigidi automatismi e la valutazione deve essere fatta caso per caso.

In generale, deve affermarsi che le esigenze di prevenzione dei reati non sempre prevalgono sul fine rieducativo della pena, e di recupero dei condannati: per cui, considerando che la pena deve essere determinata in relazione al caso specifico, non è possibile affermare *tout court* l'impossibilità di accordare misure alternative alla detenzione a chi è precedentemente evaso.

I giudici in questo caso hanno, quindi, riconosciuto che dare prevalenza alle istanze repressive vorrebbe dire attribuire un ruolo troppo marginale alla funzione rieducativa della pena, impedendo al reo il percorso rieducativo che l'ordinamento dovrebbe, invece, garantire.

6.1 Evasione e preclusioni *de facto*

Come anticipato, ad essere preclusi al condannato per evasione, secondo il disposto dell'art. 58-quater, sono il lavoro all'esterno, i permessi premio, l'affidamento in prova al servizio sociale, nei casi previsti dall'articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà.

Nessun riferimento viene fatto dalla norma alla liberazione anticipata. Ciò in ragione della diversa *ratio* che anima tale beneficio, il quale, seppur inserito sistematicamente all'interno delle misure alternative alla detenzione, se ne discosta per requisiti, meccanismi e finalità.

Mentre, infatti, le misure alternative alla detenzione si caratterizzano per la «riconquista» graduale «di quote di libertà» da parte del condannato in una contestuale permanenza di un rapporto esecutivo, motivata anche da una prognosi favorevole circa gli esiti dei benefici medesimi, la liberazione anticipata esula da qualsiasi giudizio prognostico e comporta una semplice anticipazione del momento di riacquisto della libertà[281].

[281] P. CORSO, *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011, 204.

Si tratta, dunque, di un sistema di riduzione «obbligatoria» della pena in presenza dell'accertata sussistenza dei presupposti stabiliti dalla legge, la cui atipicità si riverbera nella molteplicità di funzioni alle quali il medesimo assolve, in considerazione di una premialità che, se da un lato incentiva il detenuto a partecipare al percorso rieducativo, dall'altro opera da fattore propulsivo della progressione del trattamento rieducativo, agevolando l'accesso da parte dell'interessato ad ulteriori e diversi benefici penitenziari[282]. Accanto, infatti, all'effetto tipico e caratterizzante, quello appunto della liberazione anticipata, lo strumento previsto dall'articolo 54 o.p. può realizzarne uno di natura indiretta, consistente nell'abbreviazione dei tempi di pena richiesti per l'ammissione alla liberazione condizionale, nonché per l'ammissione ai permessi premio e alla semilibertà.

La liberazione anticipata è, quindi, strumento che non si basa su alcuna prognosi positiva circa la condotta del detenuto, ma ha carattere premiale poiché lascia intravedere al reo in via pressoché immediata (semestre per semestre) i frutti della partecipazione del medesimo all'attività rieducativa.

Requisito negativo per la concessione della liberazione anticipata è la mancanza di richiami o sanzioni disciplinari; è cioè necessario che il detenuto abbia tenuto una condotta regolare all'interno dell'istituto penitenziario; dall'altra parte, egli deve aver partecipato all'attività rieducativa.

Con la legge n. 663 del 1986 si è, poi, specificato con chiarezza che la detrazione deve essere concessa valutando al condotta del detenuto con riferimento ad ogni singolo semestre di pena scontata. Si è codificato, così, il principio di "semestralizzazione" o "atomistico", che deve essere inteso come il potere dovere del giudice di esprimere la valutazione positiva o negativa sulla richiesta di liberazione anticipata in relazione a ciascuno dei

[282] G. MAGLIOCCA, *Commento all'articolo 54 o.p.,* in *Codice di procedura penale commentato,*

semestri di pena scontata, siano detti semestri valutati con separati provvedimenti, siano fatti oggetto di unica ordinanza, in ogni caso con facoltà di adottare decisioni diverse per i vari semestri[283].

In conclusione, quindi, la liberazione anticipata può essere concessa dal giudice avendo riguardo al comportamento tenuto dal detenuto all'interno dell'istituto di pena, mentre non possono assumere rilievo a tal fine i precedenti penali e giudiziari, i quali possono, eventualmente, costituire elementi di base per l'esame scientifico della personalità e per elaborare il trattamento individualizzato, ancorché si riferiscano al comportamento del condannato in libertà[284] .

Al contrario di quanto sin qui esposto, un'osservazione recentemente condotta dalla scrivente sulla prassi dei Tribunali di Sorveglianza, con particolare riferimento a quello di Roma, ha rivelato come la presenza di una condanna per evasione, pur in assenza di qualsiasi preclusione normativa sul punto, ha rappresentato elemento ostativo alla concessione della liberazione anticipata.

Sia consentito in questa sede analizzare un caso specifico.

Un soggetto detenuto presso la Casa Circondariale di Viterbo proponeva istanza per vedersi riconosciuta la liberazione anticipata con riferimento ad un semestre scontato in parte agli arresti domiciliari, in parte in istituto, a seguito proprio della violazione della misura cautelare, che gli era costata un giudizio direttissimo – ed una successiva condanna - per il delitto di evasione.

---

a cura di A.GIARDA, G.SPANGHER, Milano, 2010, 10619.

[283] In questo senso, CANEOA M., MARCHESELLI A., MERLO S., *Lezioni di diritto penitenziario*, Giuffrè editore, Milano 2002, p. 153.

[284] Cassazione penale, sezione I, 28 luglio 1989 (c.c. 7 luglio 1989, n. 2047), De Gregori.

La domanda gli veniva rigettata solo in ragione della commessa evasione dagli arresti domiciliari, sussistendo per il resto tutti i requisiti previsti per la concedibilità del beneficio.

Il detenuto proponeva, pertanto, reclamo, assumendo non solo di aver tenuto regolare comportamento in carcere nel periodo considerato, ma evidenziando, comunque, che nel suo caso specifico l'evasione era stata ritenuta sussistente sebbene si trovasse sul pianerottolo di casa a conversare con un conoscente.

Il Tribunale di Sorveglianza, rigettando il reclamo, argomentava sostenendo che, a prescindere dall'esito del giudizio sull'evasione «che in questa sede non ha rilievo venendo in considerazione soltanto il comportamento, risulta chiaro che il detenuto si era allontanato dalla propria abitazione senza alcuna valida giustificazione e nella consapevolezza di trasgredire il regime domiciliare, le cui prescrizioni non sono state minimamente considerate. Si tratta di condotta antigiuridica che manifesta la manta adesione al trattamento rieducativo indicato dagli obblighi della misura cautelare»[285].

Come evidente, il Tribunale, sebbene la premessa circa l'irrilevanza del giudizio penale in ordine al delitto ex art. 385 c.p., argomenta il rigetto dell'istanza di liberazione anticipata solo in ragione della condotta di evasione tenuta dal condannato.

Non si può non obiettare, in primo luogo, che la concessione della liberazione anticipata non incontra alcun limite rispetto ad un soggetto che abbia commesso il delitto di evasione.

Peraltro, nel caso di specie, non è nemmeno chiaro se fosse intervenuta condanna per tale illecito.

[285] Tribunale di Sorveglianza di Roma, ord. n. 4928 del 2015.

Ma vi è di più. Non solo, infatti, il Tribunale dimostra di non tenere in alcun conto le modalità concrete di realizzazione del fatto di evasione, ma desume da tale reato la mancanza di adesione al trattamento rieducativo.

Tale conclusione appare particolarmente grave se si considera che la misura trasgredita dal condannato era, nel caso di specie, quella cautelare degli arresti domiciliari, che, per sua stessa struttura e funzione, non persegue alcuna finalità rieducativa, bensì si prefigge di eliminare il rischio di reiterazione del reato, di fuga dell'indagato ovvero di inquinamento delle prove.

Sorprendentemente, nessun riferimento viene fatto dal Tribunale di Sorveglianza in ordine alla sussistenza o, *rectius*, alla insussistenza dei requisiti richiesti dalla legge per la concessione del beneficio.

La magistratura di sorveglianza sembra, quindi, ancora lontana dall'indicazione di recente fornita dalla Cassazione[286] circa il divieto di applicare qualsiasi automatismo legislativo che abbia l'effetto di precludere l'accesso ai benefici penitenziari.

7. Gli effetti dell'art. 4-bis o. p. sulla sospensione dell'esecuzione della pena.

Ulteriori effetti negativi per i condannati per taluno dei reati ostativi sono stati introdotti in tema di sospensione dell'esecuzione della pena, con riferimento all'art. 656 c.p.p., così come modificato dalla legge 27 maggio 1998, n. 165 (c.d. legge Simeone).

Come noto, l'art.656, co.1 c.p.p. stabilisce che quando deve essere eseguita una sentenza di condanna a pena detentiva, il pubblico ministero emette ordine di esecuzione della pena mediante il quale, se il condannato non si

[286] Cass. Pen., sentenza n. 20559 del 6 giugno 2012.

trova già in stato di detenzione, ne viene disposta la carcerazione. Tuttavia, ai sensi del co. 5 del medesimo articolo, qualora la pena detentiva da scontare, anche se costituente residuo di maggiore pena, non sia superiore ad anni tre, ovvero ad anni sei nei casi di cui agli articoli 90 e 94 del T.U. in materia di sostanze stupefacenti (D p.r. n.309/90 e succ. modif.), il pubblico ministero deve necessariamente - senza alcuna discrezionalità in merito, salvo casi particolari - sospendere con decreto l'ordine di esecuzione della pena detentiva e contestualmente notificare l'ordine di carcerazione e il decreto di sospensione al condannato e al proprio difensore, affinché l'interessato possa eventualmente presentare, entro trenta giorni dalla ricevuta notifica, istanza al Tribunale di Sorveglianza competente per la concessione di eventuali misure alternative al carcere (affidamento in prova, detenzione domiciliare, ecc.).

Allo stesso tempo, il comma 9 dell'art.656 c.p.p. contiene una serie di cause ostative alla sospensione dell'esecuzione della pena, riconducibili sia alla tipologia dei reati per i quali vi è stata condanna, sia alla condizione giuridica di colui che viene attinto dalla sentenza da eseguire, situazioni tutte giustificate, nell'ottica legislativa, da una presunzione di pericolosità del condannato, in quanto ritenuto non idoneo all'ottenimento dei benefici penitenziari, pur avendo ricevuto una condanna rientrante nella forbice edittale prevista dalla norma.

Si tratta, appunto, dei condannati per taluno dei delitti previsti all'art.4-*bis* ord. penit., dei recidivi, ovvero di coloro che si trovano, al momento del passaggio in giudicato della sentenza, in stato di custodia cautelare, per i quali viene radicalmente esclusa dalla legge la sospensione dell'esecuzione della pena, potendo costoro eventualmente accedere ai benefici penitenziari solo dopo aver scontato il *quantum* di pena eventualmente previsto dalle norme di riferimento di ciascuna misura premiale.

Pur essendo in più occasioni intervenuta, allorquando fossero ravvisabili meccanismi automatici con effetto preclusivo sulla concessione delle misure alternative e/o dei benefici penitenziari, tali comunque da svilire la finalità rieducativa della pena, la Corte Costituzionale non si è ancora mai pronunciata su questo tema specifico.

Circostanza che lascia sopravvivere un amplissimo *vulnus* dell'art. 27 co. 3 Cost.

A differenza dei Giudici delle leggi, le corti territoriali si sono in più occasioni interessate al problema.

Di recente, sono state rimesse alla Corte Costituzionale due istanze proponenti questione di legittimità costituzionale della norma in esame, afferenti alla disparità di trattamento, con riferimento all'ambito dei reati sessuali, costruita dall'art. 4-bis tra i condannati per l'ipotesi attenuta dell'art. 609-bis c.p. ed i condannati per gli altri delitti, quando la condotta di questi fosse comunque qualificabile come di particolare tenuità.

La Corte di Appello di Bologna[287], adita quale giudice dell'esecuzione, ha ritenuto rilevante la questione partendo dal presupposto che l'orientamento maturato sul tema dalla Cassazione, fondato sulla discrezionalità del legislatore di prevedere regimi difformi per diverse categorie di delitti, non appariva ragionevole nel caso concreto.

«Una valutazione esaustiva della compatibilità di una norma processuale, quale quella risultante dal combinato disposto dell'art. 656 comma 9°, lettera a), c.p.p. e dell'art. 4-bis, comma 1° quater, dell'ordinamento penitenziario, con il dettato della Carta Costituzionale è possibile soltanto laddove se ne legga il dettato in relazione alla norma incriminatrice sostanziale all'esecuzione delle cui pene irrogate sovrintenda. La Corte di Cassazione, con il nitido rigore argomentativo che

le compete quale organo nomofilattico, ha bene spiegato come la scelta di sottoporre l'esecuzione delle pene irrogate per fatti di violenza sessuale in danno di minorenni, quand'anche attenuate dalla minore gravità, ad un regime esecutivo di maggior rigore rispetto ai fatti di violenza sessuale commessi in danno di vittime maggiorenni, anch'essi attenuati, sia rimessa alla discrezionalità del legislatore, quando esercitata in modo non arbitrario. La ratio di tale differenziazione, in tutta evidenza, risiede nella particolare natura dei reati di violenza sessuale in danno di minori, riconosciuti di particolare gravità da un lato ed espressione, dall'altro, di una particolare e patologica espressione della personalità dell'autore. Così la legge ha imposto, per effetto del combinato disposto dell'art. 656, comma 9°, lettera a) e dell'art. 4-bis, comma 1° quater, o.p., che l'accesso al lavoro all'esterno, ai permessi premio e alle misure alternative sia possibile soltanto dopo un anno di osservazione personologica condotta dall'equipe carceraria. In buona sostanza, la legge ha considerato il tipo d'autore del sex offender di una pericolosità specifica che può e deve essere valutata, fronteggiata e in via eventuale attenuata o elisa soltanto attraverso l'osservazione ed il trattamento penitenziario, laddove a tali conclusioni non perviene quando il violentatore «mite» abbia invece commesso il fatto in danno di una vittima maggiorenne, sia pure con violenza o minaccia Però, il legislatore prima e la Corte di Cassazione poi non hanno forse valutato appieno la gamma di fatti coperti dalla previsione della norma incriminatrice dell'art. 609-quater, ultimo comma, c.p. La considerazione dell'ipotesi di fatto del processo a carico del S. che ha portato all'inflizione della pena della cui esecuzione si discute nel presente incidente di esecuzione, mostra in tutta evidenza un profilo di irragionevolezza nel complesso normativo applicabile alla fase esecutiva, così come correttamente ed inevitabilmente interpretato dalla

[287] Ordinanza. 172 del 27 marzo 2012

Corte di Cassazione. Ancora una volta si rammenta come l'odierno ricorrente sia stato condannato per fatti di congiunzione carnale con una minorenne con la quale aveva allacciato una relazione - *nec vi nec clam* e consenzienti i genitori della vittima - iniziata quando anch'egli era minorenne e proseguita nel corso degli anni sino all'instaurazione di una stabile convivenza dalla quale era nato anche un figlio. In tutta evidenza, non è possibile individuare, in una relazione nata nell'ambito del gruppo dei pari e sfociata in rapporti sessuali privi di qualunque connotato di violenza o clandestinità, alcun profilo personologico patologico tale da suggerire o imporre quel periodo di osservazione intramuraria di un anno previsto dalla legge. Al contrario, la legge riporta l'esecuzione delle pene inflitte al sex offender nel binario delle regole ordinarie - per cui, lo ricordiamo, la forma dell'esecuzione carceraria è soltanto residuale, nel favore per le forme alternative di espiazione - nell'ipotesi in cui, pur commesso il fatto con violenza o minaccia, lo stesso sia stato ritenuto di particolare tenuità. Forse in quest'ultimo caso - in cui comunque l'autore sottopone ad atti di natura sessuale la vittima con violenza - residua un profilo personologico tale da consigliare un'osservazione della personalità, ma la legge ha, al contrario, in ragione della minore gravità del fatto, lasciata aperta la possibilità dell'accesso alle misure alternative alla detenzione direttamente dallo stato di libertà. E' evidente, quindi, come una situazione di fatto di minore gravità subisca un ingiustificato trattamento deteriore rispetto ad altra connotata da profili di maggiore gravità, in violazione del principio di uguaglianza dell'art. 3 della Costituzione. L'art. 27, comma 3°, della stessa Carta Costituzionale, prevede che la pena debba tendere alla rieducazione del condannato. Il precetto costituzionale, nel corso dell'evoluzione del nostro sistema sanzionatorio, si è articolato e ha trovato attuazione con l'ordinamento penitenziario che, in via di estrema sintesi, ha previsto la forma

carceraria di esecuzione della pena soltanto come *extrema ratio*, laddove forme diverse di esecuzione (le c.d. misure alternative), non siano possibili e praticabili. Il precetto costituzionale trova un corollario inevitabile nella adeguatezza della forma di esecuzione della pena alla concreta esigenza rieducativa. Come sopra evidenziato, infatti, nel caso di specie non sussiste la particolare «esigenza rieducativa» che ha condotto il legislatore - secondo la condivisibile opinione della Corte di Cassazione - a stabilire un regime differenziato e più gravoso dell'esecuzione penale, con la previsione dell'anno di osservazione intramuraria. Risulterebbe - a giudizio di questa Corte - pertanto, violato anche il principio posto dal terzo comma dell'art. 27 Cost. In verità, il precetto costituzionale è violato dalla stessa norma sostanziale dell'art. 609-quater, c.p., nel suo combinato disposto con la norma processuale e quella dell'ordinamento penitenziario, laddove conduce ad un trattamento sanzionatorio ingiustificatamente deteriore per ipotesi di gravità minore rispetto a quella prevista dall'art. 609-bis, ultimo comma, c.p. ».

Pressoché analoga la questione sollevata dal Tribunale di Sorveglianza di Bari[288], secondo cui «va rilevato che, per le ipotesi di violenza sessuale attenuate dalla circostanza di cui all'art. 609-bis, terzo comma, c.p. (casi di minore gravità), il legislatore non richieda la preventiva osservazione scientifica della personalità per almeno un anno. In sostanza, nel caso di violenza sessuale di minore gravità, le esigenze di prevenzione generale e speciale rispetto a determinate categorie di delitti espressione di particolare allarme e pericolosità sociale non sono così rilevanti da giustificare la necessità di un periodo almeno annuale di osservazione collegiale. Tornando al caso di cui si tratta, il delitto contestato al condannato è stato punito con la pena minima (mesi sei di reclusione). Senza soffermarsi su quale tra i due delitti sia, in concreto, più

offensivo dell'altro, nel caso di specie la pena inflitta al condannato (mesi sei di reclusione) è di gran lunga inferiore rispetto a quella applicabile, nel minimo, in caso di violenza sessuale attenuata (anni uno mesi otto, partendo da anni cinque e con la riduzione massima di due terzi). Ciò induce a ritenere che, sulla base dei limiti edittali fissati dal legislatore, il fatto di cui si tratta è di gran lunga meno allarmante e pericoloso di quello di violenza sessuale di minore gravità. Dunque, mentre nel caso della violenza sessuale attenuata non è necessario procedere ad osservazione collegiale per almeno un anno, nel caso di cui si tratta, ritenuto già dal legislatore di minore gravità anche rispetto all'ipotesi di cui all'art. 609-bis, terzo comma, c.p., è necessario procedere a tale forma di osservazione. Inoltre, per giurisprudenza costante della Corte di Cassazione: «Il divieto di sospensione dell'esecuzione della pena non si applica all'ipotesi di violenza sessuale attenuata di cui all'art. 609-bis, ultimo comma, cod. pen., per effetto della mancata inclusione, in forza nel rinvio normativo operato dall'art. 656, comma nono, lett. a) del codice di rito, nel novero dei reati indicati dall'art. 4-bis, comma primo quater, L. n. 354 del 1975, per i quali opera la presunzione di pericolosità superabile solo all'esito del periodo di osservazione della personalità» (Cass. sez. 1, sent. n. 2283.2013, RV 258293). Dunque, il delitto di violenza sessuale attenuata non solo non richiede la preventiva osservazione di durata almeno annuale, ma non e' nemmeno ostativo all'applicazione della detenzione domiciliare generica, non rientrando nell'elencazione di cui all'art. 4-bis L. 354.1975. Inoltre, va rilevato che, se il contemperamento tra le esigenze rieducative e quelle di prevenzione speciale e generale rispetto a determinate categorie di delitti può avere un senso con riferimento a delitti espressione di particolare allarme e pericolosità sociale, per cui è assolutamente necessaria la sottoposizione

[288] Ordinanza n. 59 del 23 dicembre 2014.

del condannato ad un congruo ed approfondito periodo di osservazione, non altrettanto può dirsi quando gli stessi delitti siano stati commessi con modalità attenuate, nei casi, appunto, di minore gravità. In tali ipotesi, le esigenze di rieducazione vengono sacrificate in funzione di un'esigenza di prevenzione generale e speciale insussistente oppure non tanto allarmante da giustificare la necessità di un così lungo periodo di osservazione. Nel caso di specie, tale sacrificio assoluto è evidente, atteso che, in sostanza, il condannato dovrà espiare tutta la pena di mesi sei di reclusione in carcere, senza la possibilità di ambire ad una qualunque misura alternativa, che, con ogni probabilità, sarebbe quella più adeguata alle esigenze di prevenzione speciale e generale. In tali ipotesi, allora, non è necessario attendere gli esiti dell'osservazione intramuraria ma è compito del giudice quello di procedere al bilanciamento concreto degli interessi in gioco e diversificare quale sia la migliore prospettiva rieducativa. In conclusione, si ritiene che la disposizione di cui all'art. 4-bis, comma uno quater, L. 354.1975, sia costituzionalmente illegittimo per contrasto con l'art. 3 della Costituzione, nella parte in cui non equipara il delitto di violenza sessuale attenuata a quello di corruzione di minorenne, nell'ipotesi in cui il delitto di cui all'art. 609-quinquies c.p., questo possa essere ritenuto dal giudice (magistrato di sorveglianza) di minore gravità, tenendo conto della pena inflitta dal giudice della cognizione. Inoltre, si ritiene che la detta disposizione contrasti con l'art. 27, terzo comma, Cost. perchè presuppone in ogni caso che il condannato sia sottoposto ad osservazione collegiale per almeno un anno e, dunque, sacrifica irragionevolmente le finalità rieducative della pena, perseguibili nel caso concreto attraverso il riconoscimento delle misure alternative alla detenzione, anche in ipotesi di corruzione di minorenne sostanzialmente ritenuta dal giudice di minore gravità e, dunque, di un delitto di non elevato allarme e pericolosità sociale. La

questione di legittimità costituzionale evidenziata, oltre a non essere manifestamente infondata, per le suesposte considerazioni, ha rilevanza ai fini della decisione sull'istanza presentata. Sotto tale ultimo aspetto, il divieto posto e derivante dall'art. 4-bis, comma 1-quater, L. 354.1975 non è superabile in via interpretativa, perché fa espresso ed inequivoco riferimento all'art. 609-quinquies c.p., senza alcuna eccezione. Inoltre, non è nemmeno superabile attraverso l'interpretazione costituzionalmente orientata fornita dalla Corte di cassazione e dalla Corte costituzionale, per la ragioni già esposte. Infine, la rimozione del divieto censurato permetterebbe di valutare nel merito le domande presentate, anche quella di detenzione domiciliare generica, altrimenti inammissibili e di verificare quale sia, in concreto, il miglior percorso rieducativo possibile, tenendo conto che, dagli atti del procedimento, emerge la concreta possibilità di disporre una misura alternativa alla detenzione. Non incide sulla rilevanza della questione il disposto di cui all'art. 4 bis, comma uno quinquies, L. 354.1975. Infatti, tale comma non pone un limite invalicabile alla decisione nel merito dell'istanza ma si limita ad invitare il Giudice di Sorveglianza a «valutare», tra l'altro, anche la partecipazione del condannato al programma di riabilitazione specifica di cui all'art. 13-bis della stessa legge, ai fini della concessione dei benefici di cui al precedente art. 4, comma uno. Dunque, la questione di legittimità costituzionale che si solleva ha il chiaro ed unico fine di superare l'ostacolo, non altrimenti superabile, che l'art. 4, comma uno quater, L. 354.1975 pone alla valutazione nel merito della situazione di fatto posta all'attenzione del Tribunale di Sorveglianza».

Entrambe le corti territoriali, dunque, sollevano un problema di irragionevolezza del maggiore favore accordato al legislatore nel caso di condanna per l'ipotesi attenuata di cui all'art. 609-bis c.p. rispetto all'accesso ai benefici penitenziari nonché alla sospensione dell'esecuzione

della pena, e suggeriscono la necessità per il giudice dell'esecuzione o della sorveglianza di poter valutare concretamente il singolo caso, in modo da poter rispettare, l'originaria *ratio* normativa individuata comunque nel voler usare maggiore indulgenza nei confronti degli autori di condotte meno gravi.

Come anticipato, la Corte Costituzionale non ha ancora affrontato il merito delle questione sopra riassunte[289], per cui occorrerà attendere eventuali pronunce per comprendere quali saranno le conclusioni cui il giudice delle leggi giungerà sul punto.

[289] Con ordinanza n. 29 del 2013, esaminando la questione posta dalla Corte di Appello di Bologna, la Consulta rilevando che successivamente alla pronuncia dell'ordinanza di rimessione è intervenuta la legge 1° ottobre 2012, n. 172 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno), legge che ha, tra l'altro, inciso sull'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario, sia modificando il comma 1-*quater*, con l'ampliamento del catalogo dei delitti rispetto ai quali l'accesso a taluni benefici penitenziari è subordinato ai risultati positivi dell'osservazione scientifica della personalità del detenuto, sia, soprattutto, inserendo il comma 1-*quinquies*, secondo il quale ai fini della concessione dei benefici ai detenuti e internati «per i delitti di cui agli articoli 600-*bis*, 600-*ter*, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'articolo 600-*quater*.1, 600-*quinquies*, 609-*quater*, 609-*quinquies* e 609-*undecies* del codice penale, nonché agli articoli 609-*bis* e 609-*octies* del medesimo codice, se commessi in danno di persona minorenne», è previsto un trattamento psicologico con finalità di recupero e sostegno del condannato e la sua «positiva partecipazione» è valutata dal magistrato di sorveglianza o dal tribunale di sorveglianza e che lo *jus superveniens* appariva idoneo ad influire sulle proposte questioni di legittimità costituzionale, al punto che una valutazione sull'incidenza della legge sopravvenuta sulle censure in esame, effettuata per la prima volta da questa Corte, senza che su di essa abbia potuto interloquire il giudice *a quo*, comporterebbe «un'alterazione dello schema dell'incidentalità del giudizio di costituzionalità, spettando anzitutto al rimettente accertare se ed entro quali termini permanga il denunciato contrasto» con la Costituzione (ordinanza n. 150 del 2012). Per tali ragioni, la Corte, alla luce della sopravvenuta normativa rappresentata dalla legge n. 172 del 2012, ordinava la restituzione degli atti, affinché il rimettente procedesse a un rinnovato esame della rilevanza e della non manifesta infondatezza delle questioni.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Il problema principale che si è prospettato e che si prospetta tutt'oggi al Legislatore nella costruzione del sistema penitenziario consiste nel conciliare due esigenze contrapposte: mantenere l'ordine e garantire la sicurezza negli istituti di pena, da un lato, ed attuare la finalità rieducativa del trattamento penitenziario, dall'altro.

L'ordine – inteso quale dimensione obiettiva della disciplina all'interno degli istituti – e la sicurezza – volta a salvaguardare gli interessi individuali dei singoli detenuti e del personale di custodia oltre che l'interesse sociale all'effettiva esecuzione della pena – sono strettamente collegati al processo di adeguamento del detenuto alle regole di vita e funzionamento dell'istituzione carceraria, mentre la finalità rieducativa della pena – imposta dall'art. 27 comma 3 Cost. – costituisce il riflesso dell'adeguamento degli istituti carcerari agli interessi e ai bisogni dei singoli detenuti.

In questa prospettiva diventa indispensabile, ai fini della coesistenza tra funzione rieducativa della pena e tutela dell'ordine e della sicurezza, la collaborazione di ogni detenuto al trattamento; collaborazione da perseguire, in primo luogo, attraverso uno spontaneo processo di "responsabilizzazione sociale" e, solo secondariamente, con l'adozione di misure repressive.

Il sistema delle misure alternative alla detenzione sembra essere stato adottato – e modificato nel tempo – proprio per rispondere compiutamente alla necessità del contemperamento tra queste due esigenze.

Da una parte, infatti, sono state elaborate una serie di misure volte a favorire, in presenza di particolari requisiti, la risocializzazione del detenuto attraverso un percorso rieducativo, che possa svolgersi anche mediante attività aventi luogo all'esterno degli istituti di pena; dall'altro, sono stati adottati meccanismi preclusivi con riferimento all'accesso a tali misure nei confronti di alcune categorie di rei, considerati – evidentemente – non rieducabili o, comunque, non meritevoli della chance di reinserimento nella società.

Con il presente lavoro ci si è proposti di analizzare lo stato dell'arte dell'attuale sistema dell'ordinamento penitenziario per svolgere una riflessione critica su come ed in che misura il principio rieducativo venga adottato dal Legislatore e dalla giurisprudenza come cartina di tornasole nella difficile gestione del detenuto e dell'internato.

Si è osservato come, spesso, rispetto a rigidi automatismi normativi pensati per rispondere alle esigenze di particolari momenti storici, caratterizzati da un peculiare allarme sociale in relazione a specifiche figure di reato o categorie di rei, sia stato necessario l'intervento della Corte Costituzionale al fine di riaffermare la prevalenza che deve essere tributata, nel contemperamento con le esigenze general e special preventive, alla finalità rieducativa ed alla risocializzazione del reo.

Molti interventi della Corte, invero, ad esempio in tema di recidiva o di diritto penale dell'immigrazione, sono stati finalizzati a far cadere il sospetto che, pur nella sua discrezionalità, il legislatore avesse creato delle preclusioni normative basate sul tipo d'autore, poiché costruite in modo del tutto scollegato dallo specifico fatto di reato commesso ed in assenza di qualsivoglia prognosi sul comportamento futuro del detenuto.

Si è, altresì, evidenziato come nel corpo dell'ordinamento penitenziario vi siano ancora numerose cause ostative all'accesso ai benefici che appaiono

ingiustificate ovvero, *rectius*, giustificate solo allorquando si ammetta che le esigenze di sicurezza sociale sono state ritenute, in quello specifico frangente, maggiormente meritevoli di tutela rispetto alla risocializzazione del detenuto.

Si è rilevato, purtroppo, che in tali ipotesi o vi è stato un sostanziale disinteresse della Corte Costituzionale, individuato in quei casi in cui le corti territoriali hanno sollevato questioni di legittimità basate sulla pretesa violazione dell'art. 27 co. 3 Cost. (come nell'ambito dei cosiddetti reati di terza fascia, ex art. 4-bis ord. pen.), senza che si addivenisse ad una decisione sul merito della vicenda; ovvero un ingiustificato silenzio sia da parte dei Giudici delle leggi che della giurisprudenza di merito dei tribunali di sorveglianza (come nel caso del detenuto condannato per evasione).

Con la conclusione, fondata sul personale convincimento di chi scrive, che evidentemente per tali categorie di detenuti l'espressione di un giudizio di meritevolezza ai fini della concessione dei benefici penitenziari risulta innegabilmente più agevole se fondato su presunzioni assolute di pericolosità in ragione del titolo di reato commesso.

Inoltre, l'analisi delle modifiche normative susseguitesi in ambito penitenziario, anche aventi contenuto favorevole per i condannati - quando operanti un ampliamento delle ipotesi di accesso alle misure alternative o ad altre misure premiali ad esse equiparabili - ha consentito di constatare come le esigenze connesse alla gestione della problematica del sovraffollamento carcerario abbiano svilito a tal punto il principio rieducativo da consentire l'espiazione della pena al di fuori degli istituti anche a categorie originariamente pretermesse dall'accesso alle misure alternative.

In tal modo sono state create delle situazioni di sostanziale discriminazione, poiché detenuti macchiatisi dello stesso illecito hanno potuto godere di agevolazioni differenti a seconda del *tempus commissi delicti*, atteso che i decreti cosiddetti "svuotacarceri" hanno sempre efficacia ed operatività limitate nel tempo.

L'analisi condotta ha, quindi, consentito di appurare che nell'attuale sistema penitenziario vi sono ancora numerose zone d'ombra, nelle quali il rispetto della finalità rieducativa della pena nonché del principio di eguaglianza, nonostante i progressi fatti nel corso degli anni, cede ancora il passo alla cosiddetta *giustizia emotiva* ed a scontati automatismi volti ad impedire l'accesso ai benefici nei confronti di alcuni tipi di autore di fatti illeciti.

BIBLIOGRAFIA

AMBROSETTI E., *Recidiva e discrezionalità giudiziale: nuove prospettive e vecchi scenari*, Napoli, 2011;

BAILO F., *L'aggravante e il reato di clandestinità: illegittimità "tout court" per la prima e rigetto con motivazione "a due tempi" per il secondo, con qualche apertura ad altri profili d'incostituzionalità*, su www.giurcost.org.;

BAILO F., *L'immigrazione clandestina al vaglio della Corte costituzionale*: *illegittima l'aggravante comune ma non anche la fattispecie di reato*, in *Giur. it.*, 2010, n. 12;

BARONE G., *La liberazione condizionale tra clemenza e rieducazione*, in *Indice penale*, 1977, 573 ss.

BARTOLI R., *L'affidamento in prova al servizio sociale tra istanze risocializzative e scopi di garanzia, in Diritto penale e processo*, 2002;

BELLAVISTA, *Il problema della colpevolezza*, Palermo, 1942;

BERNASCONI A., *Affidamento in prova e semilibertà nell'epoca post-rieducativa*, in *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, 1991;

BERNASCONI A., *La divaricazione funzionale dell'affidamento in prova e l'obsolescenza del modello correzionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991;

BERNASCONI A., *La semilibertà nel quadro della legge 27 maggio 1998 n.165: aporie e disfunzioni*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, 193.

BERNASCONI A., *Le immunità occulte. Fase dell'esecuzione penale ed ideologia premiale tra razionalizzazione e garantismo*, in *Politica del diritto*, 1997;

BETTIOL G., *Su sacertà e devianza nel diritto penale*, in *L'indice penale*, 1976, 210;

BETTIOL G., *Sulla rieducazione del condannato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1958, n°1;

BETTIOL G., *Colpevolezza giuridica e colpevolezza morale*, in *Riv. It. Dir. e proc. Pen.*, 1980;

BLASI L., *Quella telefonata-premio per il detenuto è un passo avanti verso la rieducazione*, in *Diritto e giustizia*, 2005;

BREDA R., *Il controllo nell'affidamento in prova, in Diritto penale e processo*, 1995;

BRICOLA F., *Il carcere riformato*, Bologna, 1977;

BRICOLA F., *Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1977;

BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX ,Torino, 1973;

CANEPA M., MARCHESELLI A., MERLO S., *Lezioni di diritto penitenziario*, Milano, 2002;

CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010;

CAPRIOLI F., VICOLI D., *Procedura penale dell'esecuzione,* Torino, 2011;

CAPUTO A., *I nuovi reati di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in CORBETTA S., DELLA BELLA A., GATTA

G. (a cura di), *Sistema penale e sicurezza pubblica: le riforme del 2009*, Torino 2009;

CARRARA F., *Lo stato della dottrina sulla recidiva*, in *Opuscoli di diritto criminale*, II, Lucca, 1878;

CARRARA F., *Programma del corso di diritto penale, parte generale*, 1871;

CASTALDO M., *La rieducazione tra realtà penitenziaria e misure alternative*, Napoli, 2001, 8.

CATANANTI T., *I reati in materia di immigrazione dopo la l. n. 94/2009*, in *Associazione dei costituzionalisti*, 2010;

CATANESE C., *La semilibertà nella nuova legge penitenziaria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1977;

CAVALLARI V., *Riflessi processuali e di ordinamento giudiziario nella legge 26 luglio 1975, n°354*, in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1977;

CESARIS L., *Commento all'articolo 47 ter*, in *Ordinamento penitenziario*, 1994;

CESARIS L., *L'affidamento in prova al servizio sociale tra Cassazione rigorista e legislatore lassista*, in *Cassazione penale*, 1993;

CHERUBINI F., *Appunti sul permesso premio nell'innovata normativa penitenziaria*, in *Giurisprudenza italiana*, 1994;

CIAMPI S., *Permessi premio e semilibertà: dalle nuove condizioni di accesso significavi riverberi sui profili funzionali degli istituti*, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006;

CIPOLLA P., L*a l. n. 251 del 2005 c.d. ex Cirielli*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 5, 2009;

COMUCCI P., *Problemi applicativi della detenzione domiciliare,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 2000, 203;

CONSULICH F., *Revoca della semilibertà: epifania del "del diritto penitenziario del nemico*", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005;

COPPETTA M.G., *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'articolo 4-bis o.p.*, in *Cassazione penale* 1997;

COPPI – BARTOLO, *I reati sessuali, i reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Torino, 2007;

CORSO P., *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011;

CUSTODERO O., *Considerazioni sulle più significative innovazioni all'ordinamento penitenziario*, in *La Giustizia penale,* 1989;

D'ONOFRIO M., *Cittadini extracomunitari clandestini e misure alternative alla detenzione*, in *Riv. Pen*., 2005, n. 12;

DAGA L., *I sistemi penitenziari*, in *Carcere e trattamento*, AA. VV., Milano, 1989;

DAGA L., *Trattamento penitenziario*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, 1992;

DASSANO F., *Recidiva e potere discrezionale del giudice*, Torino, 1981;

DEGL'INNOCENTI L., FALDI F., *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza,* 2010;

DEGL'INNOCENTI, *Misure alternative alla detenzione e cittadini stranieri presenti nel territorio dello Stato in condizioni di irregolarità*, in *Rivista di Polizia*, 2004, 1-2;

DELEHAYE E., *La detenzione domiciliare da beneficio per pochi a nuova specie di pena*, in *Diritto penale e processo*, 2000;

DELL'ANDRO R., *La recidiva nella teoria della norma penale*, Palermo, 1950;

DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, 2014;

DELLA CASA F., *Recenti modificazioni*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, AA.VV., Padova, 1994;

DERIU A., MORGANTE L., *Le misure alternative e il trattamento rieducativo nelle nuove proposte di riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2008;

DI ROSA G., *Ricade sul magistrato di sorveglianza l'assenza di una coerenza sistematica*, in *Guida al Diritto*, 3 giugno 2006, n. 22;

DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, Padova, 1979;

DOLCINI E., *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007;

DOLCINI E., *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1979;

DOLCINI E., *Le due anime della legge "ex Cirielli*", in *Corriere del merito*, 2006;

DOLCINI E., *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990;

DONINI M., *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. Giust*., 2008;

DONINI M., *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. Pen*., 2006, 3;

DONINI M., PAPA M. (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007;

FASSONE E., BASILE T., TUCCILLO G., *La riforma penitenziaria: commento teorico pratico alla l.663/1986,* Napoli, 1987;

FASSONE E., La p*ena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria,* Bologna, 1980;

FERRAJOLI L., *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione Giustizia*, 2006;

FERRARI S., *Questioni aperte in tema di evasione impropria*, (nota a Cass., sez. VI pen., 10 febbraio 2005 (ud.); 6 giugno 2005 (dep.) n. 20943, in *Giur. It*., fasc. 5, 2006;

FERRARO F., *Le modifiche in tema di reati e sanzioni connessi al fenomeno dell'immigrazione*, in RAMACCI F., SPANGHER G., (a cura di), *Il sistema della sicurezza pubblica*, Milano, 2010;

FIANDACA G, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale,* in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale,* a cura di G. VASSALLI, Napoli, 2006;

FIANDACA G., *Il 3° comma dell'articolo 27,* in *Commentario alla Costituzione, Rapporti civili, artt. 27-28,* a cura di G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, Bologna, 1991;

FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010;

FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003;

FILIPPI L., SPANGHER G., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011;

FIORE C., *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in VASSALLI G., (a cura di.), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli-Bari, 2006;

FIORELLA, *voce Responsabilità penale*, in *Enc, dir*., XXXIX, Milano, 1988;

FIORENTIN F., *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, Milano, 2013;

FIORENTIN F., MARCHESELLI A., *L'ordinamento penitenziario,* Milano, 2005;

FIORENTIN F., *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012;

FIORENTIN F., *Decreto svuota carceri*, 2014 (Collana "Il Penalista"), Milano, 2014;

FIORENTIN F., *Appunti in tema di riforma della disciplina degli artt. 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354*, in *Giustizia penale*, 2003;

FIORENTIN F., *Questioni aperte in materia di benefici penitenziari a condannati per delitti dell'art 4 bis l.n. 354 del 1975*, in *Giur. di merito*, 2012;

FRIGO G., *Prevale la logica della frammentazione*, in *Guida al diritto*, 2006, dossier 1;

FRIGO G., *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, intervento nell'ambito del Convegno 'Scambio di analisi ed

esperienze sul rapporto tra le nostre Costituzioni e i principi penali', Madrid-Valencia, 13-14 ottobre 2011, in www.cortecostituzionale.it/relazioni internazionali/incontri internazionali;

GALLI G., *La politica criminale in Italia negli anni 1974-1977,* Milano, 1978;

GATTA G., *Il reato di clandestinità e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. pen. proc*., 2009;

GIANNELLI F.-MAGLIO M.G., *I delitti di evasione*, in *Riv. Pen*., fasc. 4, 2009;

GIUNTA F., *Commento all'art.9 l.10 ottobre 1986, n.663,* in *Legislazione penale*, 1987;

GONNELLA P., *Giustizia: legge sulla detenzione domiciliare, poche migliaia i detenuti interessati*, in www.ristretti.org.;

GRASSO P.G., *Appunti sulla pena nella Costituzione italiana*, in *La Giustizia penale*, 1954;

GREVI V., *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario,* AA.VV., Bologna, 1986;

GREVI V., *Riduzione di pena e liberazione condizionale per i condannati all'ergastolo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1978;

GRILLI L., *I benefici penali e penitenziari*, Milano, 1994;

GROSSO C. F., *Cinque anni di leggi penali: molte riforme (talune contestabili), nessun disegno organico*, in *Diritto penale e processo*, 2006;

GUARNIERI G., *Attualità e prospettive della rieducazione del condannato,* in AA. VV., *Sul problema della rieducazione del condannato, Atti del II convegno di diritto penale di Bressanone,* Padova, 1964;

GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione di emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei Delitti e delle Pene*, 1992;

INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1996;

IOVINO F., *L'affidamento in prova al servizio sociale, in Sospensione della pena ed espiazione extra moenia*, Milano, 1998;

IOVINO P., *La liberazione anticipata,* Padova, 2006;

LA GRECA G., *La liberazione condizionale fra Corte Costituzionale e legislatore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1974;

LA GRECA G., *La riforma penitenziaria a vent'anni dal 26 luglio 1975*, in *Diritto penale e processo*, 1995;

LANZA E., *Stranieri e misure alternative alla detenzione carceraria. Considerazioni sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 78 del 2007*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2007, 27;

LATAGLIATA A. R., *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli, 1958;

LEO G., *Le misure alternative alla detenzione e stranieri privi del permesso di soggiorno*, in *Corriere Merito*, 2006, n. 6;

LEONARDI F., *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale ed abbattimento della recidiva*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n.2, Ministero della Giustizia, 2007;

LOVATI A., *Carcere e territorio. I nuovi rapporti promossi dalla legge Gozzini ed un'analisi del trattamento dei tossicodipendenti*, Milano, 1988;

LUPACCHINI O., *Il crepuscolo della pena*, in *La giustizia penale*, 1995;

MACCORRA V., *La disciplina dell'articolo 656 c.p.p. ed i provvedimenti di urgenza di competenza del magistrato di sorveglianza alla luce della riforma operata dalla l.27 maggio 1998 n. 165,* in *Esecuzione penale e alternative penitenziarie,* AA. VV., Padova, 1999;

MAGGIORE, *Prolegomeni al principio di colpevolezza*, Palermo, 1950;

MAGLIOCCA C., *Commento all'articolo 54 o.p.,* in *Codice di procedura penale commentato,* a cura di A.GIARDA, G.SPANGHER, Milano, 2010;

MAIDECCHI D., *La rieducazione del condannato tra carcere a alternative,* in *Rassegna penitenziaria e criminologica,* 2002;

MAMBRIANI A., *La nuova disciplina della recidiva e della prescrizione: contraddizioni sistematiche e problemi applicativi*, in *Giurisprudenza di merito,* I, 2006;

MANCUSO R., *Scuola e carcere,* Milano, 2007;

MANCUSO, in AAVV, *Le nuove norme sulla giustizia penale*, 2015;

MANES V., *Il principio di offensività. Tra codificazione e previsione costituzionale*, in *L'indice pen*., 2003;

MANTOVANI F., *Diritto Penale*, Padova, 2009;

MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano, Volume quarto*, 1981;

MARCHESELLI A., *Anche la detenzione domiciliare presuppone l'idoneità rieducativa*, in *Corriere merito*, 2013;

MARCHESELLI A., *L'efficacia rieducativa delle misure alternative alla detenzione,* in Diritto&Diritti, www.diritto.it, 2003;

MARGARA A., *La modifica della legge penitenziaria: una scommessa per il carcere, una scommessa contro il carcere,* in *Questione giustizia,* 1986, II;

MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale, in Studi di diritto penale*, a cura di MARINUCCI G.-DOLCINI E., Milano, 1991;

MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale, 1. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato; nozione, struttura e sistematica*, Milano, 2001;

MATHIEU, *Perchè punire? Il collasso della giustizia penale*, Milano, 1978;

MAZZA L., *Recidiva*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Giuffré, 1988;

MAZZA O., VIGANO' F., (a cura di) *Il pacchetto sicurezza 2009*, Torino 2009;

MELE V., *Il regime delle circostanze e la nuova disciplina della recidiva nel D.L. 11 aprile 1974*, in *Giustizia penale*, 1975, II;

MEZZETTI, *Diritto penale, Casi e Materiali*, Bologna, 2015;

MILITELLO V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982;

MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992;

MOROZZO DELLA ROCCA P., *Gli effetti collaterali del reato di presenza irregolare*, in *Dir. Imm. Citt*., 4/2009;

MORRONE A., *Liberazione condizionale tra risarcimento del danno e ravvedimento del reo*, in *Diritto penale e processo*, 2006;

MUSCHITIELLO A., NEVE E., a cura di, *Dei diritti e delle pene*, Milano, 2003;

MUSOTTO, *Colpevolezza, dolo e colpa*, Palermo, 1939;

NATALINI A., *La "nuova" recidiva ex Cirielli. Quel rebus dei "delitti non colposi"*, in *Diritto e giustizia*, 2006, n.11;

NEPPI MODONA, voce *Reato impossibile*, in *Dig. Pen.*, XI, Torino, 1996;

NUVOLONE P., *Il problema della rieducazione del condannato,* in AA. VV., *Sul problema della rieducazione del condannato, Atti del II convegno di diritto penale di Bressanone;*

NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982;

NUVOLONE P., *Norme penali e principi costituzionali,* in *Trent'anni di diritto e procedura penale,* volume I, Padova, 1969;

NUZZO F., *La Corte Costituzionale estende i confini della detenzione domiciliare*, in *Diritto penale e processo*, 2004;

P. CORSO, *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011;

PADOVANI T., *L'utopia punitiva,* Milano, 1985;

PAGLIARO A., *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1979;

PALAZZO F.C., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998;

PALAZZO F.C., *Corso di diritto penale, parte generale*, Torino, 2008;

PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano*, 2006;

PAVARIN G.M., *Il giudizio prognostico del giudice penale tra procedimento di cognizione e giurisdizione di sorveglianza*, Relazione all' incontro di formazione del CSM, Roma, 18-20 maggio 2009, su www.csm.it;

PAVARIN G.M., *Le ipotesi di detenzione domiciliare,* in F. Fiorentin (a cura di) *Misure alternative alla detenzione,* Milano, 2012;

PAVARINI M., *La neutralizzazione degli uomini inaffidabili. La nuova disciplina della recidiva e altro ancora sulla guerra alle "Unpersonen"*, in *Studi sulla questione criminale*, 2006, n.2;

PAVARINI M., *Le conseguenze giuridiche del reato, in Introduzione al sistema penale*, AA. VV., Torino, 2001;

PAVARINI M., *Misure alternative alla detenzione dal 1986 ad oggi. Risultati e incongruenze del sistema sanzionatorio nell'attuale contesto normativo, in Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2003;

PAVARINI M., *Art. 30*-ter, *ord. pen. Permessi premio*, in *Codice commentato dell'esecuzione penale*, Torino, Utet, 2002;

PAVARINI M, *Lo scambio penitenziario*, Bologna, 1996;

PEPINO L., I*mmigrazione, politica, diritto*, in *Questione Giustizia*, 1999;

PETROCELLI B., *La pena come emenda del reo,* in *Studi in onore di Arturo Rocco,* II, Milano, 1952;

PETROCELLI B., *Retribuzione e difesa nel progetto di codice del 1949*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1950, n°1;

PETROCELLI, *La colpevolezza*, Padova, 1955;

PIERRO G., *La nuova disciplina nel quadro della trasformazione del sistema della esecuzione penale,* in A.A. Dalia (a cura di) *Sospensione della pena ed espiazione extra moenia*, Milano, 1998;

PISA P., *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2009;

PISAPIA G.D., *Riflessioni in tema di recidiva, in Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1961;

PITTARO, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008;

PONTI G., MERZAGORA BETSOS I., *Compendio di criminologia*, Milano, 2008;

PRESUTTI A., *I permessi premio come strumento di rieducazione: i corollari di una svolta*, in *Diritto penale e processo*, 1995;

PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in Diritto Penale Contemporaneo, rivista online, 5 marzo 2013, www. penalecontemporaneo.it;

RANIERI S., *Il secondo capoverso dell'art. 27 della Costituzione e il problema della rieducazione del condannato*, in *Studi in onore di G. M. De Francesco*, volume I, Milano 1957;

RENOLDI C., *I nuovi reati di ingresso e permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Dir. Imm.Citt.*, 4/2009;

RENOLDI, *L'affidamento in prova al servizio sociale è incompatibile con la condizione di clandestinità dello straniero che si trova irregolarmente in Italia?*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2004, n. 1;

RICCARDI G., *La riforma della recidiva e della prescrizione tra ossimori politico-criminali e schizofrenie legislative*, in *Indice penale*, 2007;

RISPOLI V., *L'affidamento in prova al servizio sociale,* Milano,1987;

ROMANO M, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Milano, 1990;

ROMANO M., *Art. 99*, in *Commentario sistematico del codice penale*, di ROMANO M., GRASSO G., Milano, 2012, II;

RUOTOLO M., *Diritti dei detenuti e Costituzione,* Torino, 2002;

SANTAMARIA, *voce Colpevolezza*, in *Enc, dir*,, VII, Milano, 1961;

SANTORO, *L'esecuzione penale nei confronti dei migranti irregolari ed il loro destino a fine pena*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2004 n. 4;

SCHIAVI M., *La disciplina della liberazione condizionale tra istanze rieducative ed esigenze di difesa sociale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990;

SCORDAMAGLIA V., *Pena, rieducazione, perdono*, in *La Giustizia penale*, 2010;

SEGHETTI A.V., *Sui presupposti per l'ammissione all'affidamento in prova al servizio sociale,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 1990;

SOLIVETTI L. M., *Società e risocializzazione: il ruolo degli esperti nelle attività di trattamento rieducativo,* in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1983;

STANIG E., *Il nuovo diritto penale d'autore*, 2011;

STELLA P., *Something works: realtà e prospettive del principio di rieducazione del condannato*, in *Indice penale* 1999;

STELLA, *La teoria del bene giuridico ed i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen*., 1973;

STORTONI L., *Libertà e diritti del detenuto nel nuovo ordinamento carcerario,* in *Il carcere riformato,* a cura di Franco Bricola, Bologna, 1977;

STURNIOLO I., *Gli interventi dell'educatore alla luce delle innovazioni della legge 663/96*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1988, 209;

TAMPIERI L., *I permessi premio e le norme in materia di permessi e licenze*, in FLORA G. (cura di), *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario* - L. 10 ottobre 1986, n. 663;

TOSCANO A. *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012;

VANNI R., *Esecuzione di pene pecuniarie e recupero delle spese processuali e di mantenimento in carcere*, in *Giustizia penale*, 1998, III;

VASSALLI G., *Funzioni e insufficienze della pena*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1961;

VASSALLI G., *Il dibattito sulla rieducazione*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, n°3, 1982;

VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Scritti in memoria di U. Pioletti*, 1982;

VASSALLI, *voce Colpevolezza*, in *Enc, Giur*., VI, Roma, 1988;

VERRINA D., *La revoca della liberazione condizionale al vaglio della Corte: un nuovo (ed atteso) incremento delle valenze rieducative della misura*, in *Cassazione penale*, 1990;

VIGLINO M., *Commento all'articolo 50 o.p.*, in *Leggi complementari commentate*, AA.VV., Torino, 2009;

VIGONI D., *La metamorfosi della pena nella dinamica dell'ordinamento,* Milano, 2011;

ZACCHIA A., *Sull'elemento soggettivo del reato di evasione commesso dal detenuto agli arresti domiciliari* (nota a Cass., sez. VI, pen., 8 marzo 2012 (ud.); 4 ottobre 2012 (dep.) n. 38757, in *Cass. Pen*., fasc. 6, 2013;

ZAPPA G., *Il permesso premiale: analisi dell'istituto e profili operativi,* in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1988;

ZEPPI A, *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, *www.ambientediritto.it*, 2005;

ZUCCALÀ G., *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo italiano,* in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato, Atti del II convegno di diritto penale di Bressanone,* Padova, 1963.