

L'alternativa al carcere al tempo della crisi: inveramento o deriva di sistema?

CHIARA PERINI

*Professore associato di diritto penale, Università degli Studi dell'Insubria,
Varese-Como (Italy)*

Sommario: 1. Ambientazione. – 2. La crisi del carcere a partire dal sovraffollamento carcerario. – 3. La risorgenza del sovraffollamento carcerario come tema cruciale. – 4. L'ambiguo rapporto tra clemenza e riforme del sistema penale di fronte al sovraffollamento carcerario. – 5. La gestione dell'emergenza nell'attuale stagione politico-criminale. – 5.1. Il disegno riformatore della l. 28 aprile 2014 n. 67. – 5.1.1. La ridefinizione dei confini del penalmente rilevante. – 5.1.2. Le prospettive di riforma del catalogo delle pene nel segno dell'alternativa al carcere. – 5.1.3. Esercitazioni sul terreno dell'alternativa al carcere: la messa alla prova per gli adulti. – 6. Grandangolo.

Ambientazione

«Fare uso della risorsa penale può essere una scelta legislativa legittima, a certe condizioni ed entro certi limiti, e più o meno idonea sul piano tecnico, con costi più o meno elevati. Bilanciare i (possibili) benefici attesi e i (sicuri) costi rientra fra le scelte rimesse alla valutazione politica del legislatore, formata nel complicato contesto della sfera pubblica di una democrazia liberale».¹

Il presente saggio, dedicato al Prof. Nestor Courakis, intende inserirsi nell'ambito di una generale riflessione sull'influenza e l'impatto sul sistema penale della crisi – non solo economica, ma anche

¹ D. Pulitanò, 'Il messaggio del Presidente Napolitano e le politiche penali', in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, n. 1/2014, 140.

identitaria e culturale – che l'Europa sta attraversando nell'epoca attuale.

Tra i molteplici aspetti del fenomeno, il tema dell'alternativa al carcere al tempo della crisi appare meritevole di approfondimento: rispetto ad esso "crisi" è, anzitutto, *crisi del carcere* come pena risultata nei fatti *inefficace*, ossia incapace di rispondere alle funzioni sue proprie in termini di rieducazione del condannato e prevenzione del reato;² una pena dunque solo *costosa*, sul piano economico, sociale ed umano.³

Di qui la corsa – quanto meno nella scena italiana – alle più diverse alternative al carcere e il presentarsi di un naturale interrogativo: appare spontaneo domandarsi, infatti, se la fuga dalla pena detentiva risponda ad uno scopo 'genuino', tenuto conto del finalismo rieducativo che orienta complessivamente il sistema penale *ex art. 27 c. 3 Cost.*, come accaduto in alcune fasi del passato;⁴ oppure se, oggi, si

² «Nei confronti dell'autore del reato la promessa costituzionale della funzione rieducativa della pena non è stata mantenuta: è incommensurabile lo scarto tra il dover essere della funzione rieducativa ed il suo essere nella realtà della esecuzione penitenziaria che, salve alcune situazioni del tutto marginali, non ha mai avuto, né ha tuttora, funzione di risocializzazione» (M. Pelissero, 'La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina', in *Dir. Pen. Proc.*, 2013, 263). Un esito costituzionalmente inaccettabile: cfr. C. E. Paliero, 'Il principio di effettività del diritto penale', in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990, 471 s.

³ Per un'analisi costi-benefici applicata al sistema sanzionatorio e, in particolare, la prospettazione disaggregata delle componenti di costo associate alla sanzione penale, cfr. C. E. Paliero, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992, 547 ss. Per un approfondimento dei costi umani della sanzione penale nel contesto delle riflessioni incentrate sulla giustizia riparativa, cfr. G. Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, 50.

⁴ Cfr. E. Dolcini, 'La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio', in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, 1656 s., con riferimento alla riforma penitenziaria del 1975 (l. 26 luglio 1975 n. 354); M. Pavarini, *Governare la Penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, Bologna, 2013, p. 9.

investa sulle alternative alla stregua di semplici *relè*, in grado di deviare dal carcere – temporaneamente e al bisogno – il flusso dei condannati, all'interno di un piano di sostanziale mantenimento dell'esistente (con il noto corredo di inefficienza, impiego simbolico dello strumento penale e, come acclarato da ultimo in sede europea per l'Italia, disumanità).

La Crisi del Carcere a Partire dal Sovraffollamento Carcerario

Nella sua complessità, la crisi del carcere può essere analizzata da diversi punti di vista,⁵ ma nel dibattito politico-criminale italiano si è recentemente riproposto, con rinnovata urgenza, in particolare il tema del sovraffollamento carcerario, che può essere considerato *emblematico* rispetto al fenomeno. Nell'agenda del discorso pubblico, esso rappresenta un autentico 'fiume carsico': ad alcune stagioni che portano in primo piano il problema della consistenza (e della composizione) della popolazione detenuta in rapporto alla capienza delle strutture penitenziarie disponibili, fanno da contraltare periodi in cui la tematica finisce inghiottita nelle viscere del sistema penale, per tornare presto alla ribalta come 'nuova' emergenza.

L'andamento carsico suggerisce evidentemente che, in Italia, l'inflazione delle presenze in carcere ha origini strutturali: le cause, cioè, devono essere individuate nelle dinamiche che governano la *fisiologia* dei processi di criminalizzazione in simile contesto; una fisiologia con esiti, appunto, in parte *disfunzionali*. E suggerisce altresì che gli interventi susseguitisi nel tempo per contrastare l'incremento delle persone recluse hanno, di fatto, mancato il bersaglio, pur impattando (talora sensibilmente) sulla coerenza e la tenuta del sistema.

L'opera di scandaglio richiede necessariamente una certa ampiezza di prospettiva, oggetto qui di un rapido schizzo, soltanto. L'*output*

⁵ Ben compendiatati, tra gli altri, nel volume A. Gaboardi, A. Gargani, G. Morgante, A. Presotto & M. Serraino (a cura di), *Libertà dal Carcere, Libertà nel Carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013.

costituito dal sovraffollamento carcerario è infatti il prodotto di una pluralità di fattori, operanti a diversi livelli (o momenti) del sistema penale.

Se si assume come criterio ordinatore lo sviluppo diacronico del procedimento *lato sensu* di genesi e applicazione della norma penale, pare essenziale focalizzare anzitutto il momento della *posizione* di questa da parte del legislatore. In tale frangente, infatti, maturano le opzioni – fondamentali nella prospettiva seguita – *per il diritto penale e per la pena detentiva*, nonché la definizione della relativa *cornice edittale*. È qui che si registra, da un lato, sul piano del c.d. “bisogno di pena”,⁶ la preferenza del legislatore per il reato quale mezzo di tutela a discapito di strumenti sanzionatori afferenti ad altri settori dell’ordinamento giuridico;⁷ nonché, dall’altro lato, l’individuazione – nel catalogo delle pene principali disponibili – del carcere come sanzione *preferita*;⁸ e, infine, la precisazione dei contorni della comminatoria, attraverso la quale il legislatore ‘ritaglia’ le diverse fasce di criminalità sulla base del rispettivo *disvalore*, così come contingentemente apprezzato nel discorso politico-penale, senza trascurare le implicazioni che determinate soglie (nel minimo o nel massimo edittale) determinano sul versante del processo e dell’esecuzione penale.

In secondo luogo, l’attenzione deve appuntarsi sull’*interazione* tra

⁶ Inteso non come “domanda di pena” veicolata – con cadenze più o meno razionali – dai diversi attori sociali nel dibattito politico-criminale (cfr. C. E. Paliero, ‘Consenso sociale e diritto penale’, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992, 868 s.; D. Pulitanò, ‘Politica criminale’, in G. Marinucci & E. Dolcini, a cura di, *Diritto Penale in Trasformazione*, Milano, 1985, 45 ss.), ma come raffronto comparativo tra i diversi strumenti giuridici di tutela a disposizione del legislatore (cfr. G. Marinucci & E. Dolcini, *Corso di Diritto Penale*, III ed., Milano, 2001, 519 s.).

⁷ Piano, sul quale risultano teoricamente operanti i principi di *sussidiarietà e necessità* come «*limit[i] relativ[i]* alla facoltà di ricorso alla pena da parte del legislatore» – C. E. Paliero (nota 2), 449.

⁸ In merito, cfr. la conclusione, cui approda l’analisi di G. Mannozi, ‘La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla previsione legislativa alla prassi applicativa’, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 1264: «La presa d’atto è che il carcere non ha perduto la sua centralità».

diritto e processo penale, non solo per il nesso evidente e spesso sottolineato tra il ricorso alla misura cautelare della custodia in carcere e l'incremento della popolazione detenuta,⁹ ma anche per l'impatto che il rito processuale *non* ordinario è in grado di esplicitare sulla pena attraverso abbattimenti quantitativi o vere e proprie 'metamorfosi' della stessa in caso di condanna (per di più, spesso in assenza di un compiuto accertamento della responsabilità per il fatto).¹⁰

Un momento essenziale è poi quello dell'*individuazione della risposta sanzionatoria* da parte del giudice: con l'espressione, volutamente generica, si vuole alludere alle molteplici occasioni, nelle quali l'apprezzamento dell'organo giudiziario è decisivo per l'identificazione, in concreto, della conseguenza penale, ben al di là dei confini canonici della commisurazione della pena ai sensi degli artt. 132 ss. del Codice penale italiano.¹¹ Il sistema è infatti punteggiato di istituti – applicati d'ufficio o attivabili dal soggetto attivo del reato (si pensi, per restare in un campo ampiamente arato, all'oblazione automatica e, rispettivamente, facoltativa *ex* artt. 162 ss. c.p.it.) – che riconoscono al giudice e alla sua discrezionalità vincolata un ruolo decisivo nella definizione non solo quantitativa, ma anche qualitativa

⁹ Cfr. sul punto G. Illuminati, 'Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato', in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, 1132 ss., che segnala come al 31 gennaio 2013 – anno del pronunciamento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *Torreggiani c. Italia*, sul quale v. *infra* – circa il 39 % dei detenuti nelle carceri italiane risultava in attesa di condanna definitiva (il 20 % del totale dei reclusi, considerando soltanto i soggetti in attesa della sentenza di primo grado). Cfr. inoltre D. Pulitanò (nota 1), 142 s.

¹⁰ Cfr. G. Mannozi (nota 8), p. 1244 ss., che sottolinea che «Legittimati (...) da ragioni di economia della giustizia e di funzionalità degli apparati, i riti differenziati fungono, in Italia, soprattutto da "vettore" di effettività, essendo ormai gli unici ad assicurare l'irrogazione di una sanzione prima che l'intera vicenda giudiziale sia divorata dalla prescrizione», ma con «effetto (...) sui criteri finalistici e fattuali di commisurazione della pena (...) dirompente» (1245).

¹¹ Sulla fase di sostanziale dissoluzione del 'canone' delineato dagli artt. 132 ss. c.p.it., registrabile nel presente del sistema penale italiano, cfr. G. Mannozi (nota 8), 1219 ss.

della risposta ordinamentale all'illecito. E quello dei *vincoli* legislativi alla discrezionalità giudiziale rilevante per la messa a fuoco della conseguenza sanzionatoria *in concreto* è un terreno fondamentale, sul quale si scaricano i transitori approdi del dibattito politico-criminale con sbilanciamenti spesso a favore di esiti custodiali.¹²

Da ultimo, una prospettiva ampia non può trascurare la fase dell'*esecuzione della pena*, dalla cui disciplina dipende la *fissità* o meno – per ciò che qui interessa – della sanzione carceraria applicata con la sentenza definitiva di condanna. Come noto, è questo l'ambito nel quale si sperimentano storicamente le alternative alla detenzione breve (nel sistema italiano, *in primis* l'affidamento in prova ai servizi sociali, la detenzione domiciliare e la semilibertà),¹³ contemperando istanze diverse: la ricerca di percorsi più efficacemente rieducativi rispetto al carcere; la presa in carico di esigenze umanitarie per particolari

¹² «Automatismi carcerari», per riprendere l'espressione utilizzata da G. Giostra, 'Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale', in www.questionegiustizia.it (27 giugno 2014), par. 5. Si pensi, ad esempio, all'evoluzione della disciplina della recidiva, configurata dal legislatore italiano come circostanza aggravante del reato, sulla quale cfr. E. Dolcini, 'La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia', in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2007, 515 ss., spec. 533 ss. (da aggiornare alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 185/2015, che ha dichiarato contrario a Costituzione il carattere obbligatorio della recidiva configurata dall'art. 99 c. 5 c.p.it., così novellato dalla l. 5 dicembre 2005 n. 251). In merito, cfr. altresì R. Bartoli, *Lettura Funzionale e Costituzionale della Recidiva e Problemi di Razionalità del Sistema*, *ivi*, 2013, 1965 ss.; E. Grande, *Il Terzo Strike. La prigione in America*, Palermo, 2007, 146 ss.; G. Mannozi (nota 8), 1230 s.

¹³ Valga per tutti il riferimento a G. Marinucci – E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, V ed. agg. da E. Dolcini e G. L. Gatta, Milano, 2015, 660 ss. Ai tipi 'classici' di misure alternative alla detenzione è stato recentemente aggiunto, con un'evidente finalità di deflazione carceraria, l'istituto dell'esecuzione della pena detentiva presso il proprio domicilio in relazione a condanne a 12 mesi, poi innalzati a 18 mesi (per effetto del succedersi della l. 26 novembre 2010 n. 199, del d.l. 22 dicembre 2011 n. 211 conv. in l. 17 febbraio 2012 n. 9 e del d.l. 23 dicembre 2013 n. 146 conv. in l. 21 febbraio 2014 n. 9) (cfr. *ivi*, 666 s.).

categorie di condannati; e, non ultimo, la deflazione penitenziaria.¹⁴ E proprio con riferimento alla disciplina dell'esecuzione della pena il legislatore ha valutato l'opportunità di introdurre "circuiti differenziati", ritagliando un'area di criminalità ritenuta particolarmente grave, da sottrarre all'effetto di mitigazione associato alle misure alternative alla detenzione.¹⁵

La Risorgenza del Sovraffollamento Carcerario Come Tema Cruciale

L'occasione per il ritorno in primo piano, in Italia, del problema del sovraffollamento carcerario è stata la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, con la quale lo Stato italiano è stato condannato per violazione dell'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e, in particolare, per non aver rispettato il divieto di «trattamenti inumani o degradanti», ritenuti nella specie inflitti ad alcuni detenuti a causa delle condizioni di sovraffollamento carcerario che non garantivano al singolo il necessario spazio vitale.¹⁶ La Corte Europea ha optato per lo strumento

¹⁴ Cfr. E. Dolcini (nota 4), 1662 ss., spec. 1664 s. per il riferimento alle finalità sottese alle diverse forme di detenzione domiciliare: dalla «logica eminentemente umanitaria» della detenzione domiciliare ordinaria (art. 47-ter c. 1 ord. penit. it.), della detenzione domiciliare speciale (art. 47-quinquies ord. penit. it.), della "detenzione domiciliare umanitaria" (art. 47-ter c. 1-ter ord. penit. it.) alla «logica diversa, di deflazione penitenziaria» della detenzione domiciliare generica (art. 47-ter c. 1-bis ord. penit. it.) e dell'esecuzione della pena detentiva nel domicilio, introdotta dalla c.d. "legge svuotacarceri" n. 199/2010.

¹⁵ Cfr. art. 4-bis l. 26 luglio 1975 n. 354 (*Ordinamento penitenziario*) – definito da G. Giostra (nota 12), par. 3, «uno dei totem securitari (...) un "favo" informe di titoli di reato aggrappati intorno al "tutore" dei delitti di mafia, gli unici che secondo l'insegnamento della Corte costituzionale potrebbero giustificare astratte presunzioni assolute di pericolosità» –, nonché gli effetti sull'esecuzione della pena esplicitati dalla recidiva. Cfr. A. Della Bella, *Emergenza Carceri e Sistema Penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014*, Torino, 2014, 6 s.; G. Marinucci & E. Dolcini (nota 13), 581 ss.

¹⁶ In base alla giurisprudenza della Corte EDU, la disponibilità di uno spazio inferiore a 3 mq per detenuto in cella collettiva integra di per sé una violazione dell'art. 3 CEDU. Cfr. G. Illuminati (nota 9), 1133, nota 2; G. Mannozi, 'Diritti

della c.d. “sentenza-pilota”, avendo rilevato il carattere strutturale e sistemico del problema nel contesto penale italiano e assegnando all'Italia un anno di tempo per istituire – sotto il controllo del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa – i rimedi giuridici «idonei ad offrire una riparazione adeguata e sufficiente in caso di sovraffollamento carcerario, e ciò conformemente ai principi della Convenzione come stabiliti nella giurisprudenza della Corte.¹⁷

La sentenza Torreggiani è stata preceduta da altre condanne della Corte EDU a carico dell'Italia per analoghe violazioni dell'art. 3 CEDU, risultate tuttavia meno decisive nell'innescare un processo volto a individuare e attuare misure strutturali di contrasto al sovraffollamento carcerario.¹⁸ Anche la famosa sentenza Corte EDU, 16

dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo', in V. Manes & V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 366 ss.; F. Viganò, 'Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno', in *Dir. Pen. Cont.* (9 gennaio 2013), par. 2. Cfr. inoltre G. Mannozzi, 'Il «legno storto» del sistema sanzionatorio', in *Dir. Pen. Proc.*, 2014, 782, che sottolinea come la situazione di sovraffollamento carcerario coesista, in Italia, con un tasso di detenuti, rapportato alla popolazione, inferiore alla media europea.

¹⁷ Così il disposto della sentenza al punto n. 4, il cui testo è reperibile all'indirizzo <http://www.echr.coe.int>. Il successivo punto 5 del dispositivo prevede il differimento, in pendenza del termine assegnato dalla Corte EDU allo Stato italiano, della trattazione dei ricorsi – invero, molteplici e seriali – aventi ad oggetto unicamente il sovraffollamento carcerario in Italia.

¹⁸ Si tratta, nella specie, della sentenza Corte EDU, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, e della sentenza Corte EDU, 7 febbraio 2012, Cara-Damiani c. Italia. Cfr. G. Illuminati (nota 9), 1133. Ma, ben prima delle condanne appena richiamate, già i dati «mostrano stabilimenti penitenziari sempre più affollati, nei quali le condizioni di vita, a dispetto delle buone intenzioni del legislatore, sono sostanzialmente inumane; mostrano inoltre un uso fortemente selettivo della pena detentiva» (E. Dolcini, 'Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi', in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2006, 109). In merito al carattere selettivo del carcere, cfr. da ultimo G. Giostra (nota 12), par. 6: «il carcere (...) sta lì ad attestare “fisicamente” una realtà, che un tempo si sarebbe

luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, che ha inaugurato il filone giurisprudenziale in commento, è stata seguita da iniziative legislative non risolutive, come del resto dimostra la successiva condanna dell'Italia nel caso Torreggiani.¹⁹

Un elemento di novità del caso in questione discende, infatti, dalla valutazione di opportunità, operata dalla Corte EDU, di «applicare la procedura della “sentenza pilota” in virtù dell’articolo 46 § 1 della Convenzione»,²⁰ ossia una procedura che «consenta [alla Corte] di mettere in luce chiaramente, nella sua sentenza, l’esistenza di problemi strutturali all’origine delle violazioni e di indicare le misure o azioni particolari che lo Stato convenuto dovrà adottare per porvi rimedio».²¹

Nella specie, pur lasciando alla discrezionalità del legislatore nazionale l’individuazione delle specifiche misure da adottare, da un lato, la Corte – attraverso il richiamo alle Raccomandazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa Rec(99)22 e Rec(2006)13 – sollecita lo Stato italiano ad ammonire gli organi giudiziari circa l’importanza di un impiego il più possibile ampio delle misure alternative alla detenzione e a «riorientare la [propria] politica penale verso il minimo ricorso alla carcerazione allo scopo, tra l’altro, di

qualificata “classista”: uno sguardo alla “etnologia sociale” di provenienza delle popolazione penitenziaria è più eloquente di qualunque discorso. Con un sistema carcerocentrico come il nostro, con più di sessantamila detenuti, i ristretti per corruzione sono 9, per concussione 28, per peculato 46, per reati societari 3», nonché E. Dolcini (nota 4), 1668 ss.

¹⁹ Accanto ad alcune iniziative tese ad aumentare la capienza del sistema penitenziario italiano (attraverso il c.d. “Piano carceri”, deliberato dal Consiglio dei Ministri nel gennaio 2010 e solo parzialmente attuato), si è perseguito l’obiettivo del contenimento delle presenze negli istituti di detenzione con l’introduzione “in via prima provvisoria e poi definitiva” della misura dell’esecuzione della pena detentiva presso il proprio domicilio (v. nota 13). Per gli ulteriori provvedimenti di natura processuale, volti a contrastare il fenomeno delle c.d. “porte girevoli”, ossia le permanenze brevissime in carcere connesse alla sequenza di arresto e convalida, cfr. A. Della Bella (nota 15), 4 s.

²⁰ §. 5 sent. Corte EDU, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia.

²¹ §. 84 sent. Corte EDU, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia.

risolvere il problema della crescita della popolazione carceraria».²² Dall'altro lato, la Corte evidenzia come le vie di ricorso interne contro la violazione dell'art. 3 CEDU possano considerarsi *efficaci*, solo ove siano in grado di coniugare l'aspetto *preventivo* e l'aspetto *compensativo*: esse dovranno consentire a chi sia detenuto in condizioni inumane e degradanti, per un verso, di far cessare la violazione il più rapidamente possibile e, per altro verso, di ottenere riparazione per la violazione subita.²³

L'Ambiguo Rapporto Tra Clemenza e Riforme del Sistema Penale di Fronte al Sovraffollamento Carcerario

Storicamente il 'fiume carsico' del sovraffollamento carcerario è stato fronteggiato in Italia attraverso il ricorso *ciclico* a provvedimenti generali di clemenza, quali amnistia e indulto: una «clemenza *extra ordinem* come mezzo per ridurre la popolazione carceraria in una situazione di sovrappopolazione crescente (...) a costo però di spezzare un principio fondamentale di giustizia, l'uguaglianza di tutti di fronte alla legge, e di indebolire l'efficacia deterrente della legge penale».²⁴ La riforma dell'art. 79 Cost. ad opera della legge costituzionale 6 marzo 1992 n. 1, innalzando a due terzi dei componenti di ciascun ramo del Parlamento la maggioranza necessaria per approvare un'eventuale legge concessiva dell'amnistia e dell'indulto, ha inteso valorizzare la

²² §. 95 sent. Corte EDU, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia.

²³ Così il §. 96 sent. Corte EDU, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia. La Corte EDU non ha infatti considerato «effettivo nella pratica» il reclamo al magistrato di sorveglianza previsto dagli artt. 35 e 69 Ord. penit. it., sia perché «non consente di porre fine rapidamente alla carcerazione in condizioni contrarie all'articolo 3 della Convenzione», sia perché «la recente giurisprudenza che attribuisce al magistrato di sorveglianza il potere di condannare l'amministrazione a pagare un indennizzo pecuniario è lungi dal costituire una prassi consolidata e costante delle autorità nazionali» (così il §. 97 della sentenza in commento). In merito, cfr. A. Della Bella (nota 15), 7 s.

²⁴D. Pulitanò, "Seduzioni" e costi della clemenza', in *Dir. Pen. Proc.*, 2006, 1061, anche per un riepilogo delle diverse concessioni di amnistia e indulto nella storia della Repubblica Italiana.

natura eccezionale di tali rimedi e interrompere la prassi delle amnistie frequenti. È stata quindi talora imboccata la via, meno impervia sotto il profilo del voto parlamentare, dei «condoni atipici, per settori definiti, emanati con legge ordinaria»²⁵ o delle «riforme di istituti di diritto processuale o di diritto sostanziale»,²⁶ mentre l'ultima occasione di approvazione – con un'ampia maggioranza trasversale – di un provvedimento di clemenza collettiva in senso stretto risale al 2006.²⁷ Ma il beneficio che i provvedimenti di clemenza *extra ordinem*, tanto costosi in termini di tenuta del sistema, sono in grado di assicurare, si è – del pari, *ciclicamente* – rivelato estemporaneo con una contrazione del tasso di carcerazione presto riassorbita dal riaccendersi delle dinamiche inflattive della popolazione detenuta, che in termini assoluti si è tra l'altro attestata su valori di volta in volta nettamente superiori rispetto ai picchi precedentemente raggiunti.²⁸

²⁵ Cfr. D. Pulitanò (nota 24), 1061. Al novero dei “condoni atipici” viene ricondotto il c.d. “indultino” di cui alla l. 1° agosto 2003 n. 207 (*Sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva nel limite massimo di due anni*), che, nei confronti del condannato che ha scontato almeno la metà della pena detentiva, prevede la possibilità di sospendere la pena per la parte residua nel limite di due anni, fatte salve alcune preclusioni legate, prevalentemente, al titolo di reato alla base della condanna, alla particolare cifra criminale del soggetto, o alla circostanza che il condannato sia stato ammesso alle misure alternative alla detenzione.

²⁶ S. Turchetti, *Legge “svuotacarceri” e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2010, 1787.

²⁷ Il riferimento è alla l. 31 luglio 2006 n. 241 (*Concessione di indulto*), che prevedeva uno sconto di pena («nella misura non superiore a tre anni per le pene detentive e non superiore a 10.000 euro per quelle pecuniarie sole o congiunte a pene detentive»), ma non una contestuale amnistia per i reati commessi sino al 2 maggio 2006 (con l'esclusione di alcuni titoli di reato tassativamente individuati), rendendo dunque in ogni caso necessario il completamento dell'*iter* processuale senza alcun beneficio per il carico gravante sul sistema giudiziario.

²⁸ Chiarificatori sul punto analisi e grafici di M. Pavarini (nota 4), 25 ss., 76, che, per l'Italia, registrano due picchi del tasso di carcerazione (tra il 2000 e il 2005 e nel 2010), seguiti da una flessione, molto netta nel 2006 (evidentemente in corrispondenza della l. 241/2006 di concessione dell'indulto) e meno decisa ma

Ciò perché i provvedimenti di clemenza (tipici o atipici) e le modifiche sostanziali o processuali, *strutturali* ma *'di contorno'*, non toccano il cuore del problema, e cioè: l'«uso che nel sistema penale viene fatto delle pene detentive, simbolicamente minacciate a tappeto e applicate in modo discriminatorio, spesso discriminatoriamente repressivo, con elevati (insostenibili) livelli di carcerizzazione».²⁹ L'enfasi posta sul carcere, nonostante *tutto*, è il portato della necessità – squisitamente politica (prima che politico-criminale) – di governare l'insicurezza: «un dato ormai acquisito da tutti i più accreditati studi sociologici [è che] non vi è alcuna correlazione tra il tasso di incarcerazione e il livello di criminalità e di sicurezza sociale»; ciò nondimeno, le proposte di riforma che non si limitano a «ridurre la risposta punitiva a mera segregazione» sono spesso accolte da un clima ostile, alimentato dagli stessi sentimenti collettivi – «dall'insicurezza sociale, dal senso di vulnerabilità, dalla paura» – «da cui provengono, ciclicamente, le folate allarmistiche che spingono alle novellazioni securitarie: insomma, le cause che impediscono di dare adeguata soluzione al problema del sovraffollamento carcerario sono le stesse che lo hanno determinato».³⁰

Crisi del carcere, provvedimenti di clemenza e ipotesi di riforma del sistema penale appaiono strettamente connessi, anche se con una certa ambiguità di fondo: da un lato, la clemenza è invocata da chi, dubitando che il sistema penale possa essere effettivamente corretto nella struttura, vede in essa una 'valvola di decompressione' destinata

comunque significativa nel periodo 2010-2013 (presumibilmente grazie ai provvedimenti orientati alla deflazione penitenziaria adottati in quegli anni: dalla l. 199/2010 c.d. "svuota-carceri", introduttiva dell'istituto dell'esecuzione della pena detentiva presso il proprio domicilio – v. nota 13 –, di notevole successo nella prassi – cfr. A. Della Bella, nota 15, 5 – alle misure successive, sollecitate dalla condanna dell'Italia nel caso Torreggiani). Sul rapido riassorbimento dell'effetto deflattivo connesso all'indulto del 2006, cfr. M. Pelissero (nota 2), 262; D. Pulitanò (nota 1), 137; S. Turchetti (nota 26), 1790.

²⁹ D. Pulitanò (nota 24), 1064.

³⁰ G. Giostra (nota 12), par. 2.

ad operare – al culmine di un processo di metamorfosi – come strumento *stabile* di riequilibrio, anche al costo di «*rotture mirate dell'ordinaria legalità*»;³¹ dall'altro lato, pure chi propugna una riforma strutturale del sistema, che sappia arginare stabilmente il problema del sovraffollamento carcerario, vede in una «clemenza ben temperata (...) uno strumento tecnico volto ad assicurare compiutamente, con riguardo a fatti pregressi, gli effetti di riforme di sistema che non fossero assicurati dal principio di retroattività della legge più favorevole».³²

E non pare casuale che, nel messaggio rivolto alle Camere l'8 ottobre 2013, il Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, nell'affrontare la questione carceraria a partire dalla condanna dell'Italia nel caso Torreggiani, abbia tratteggiato i contorni della riforma che, di lì a poco, sarebbe stata approvata dal Parlamento con la l. 28 aprile 2014 n. 67, alludendo anche a provvedimenti di clemenza.³³

La Gestione dell'Emergenza nell'Attuale Stagione Politico-Criminale

La prima reazione alla “sentenza Torreggiani” si è avuta per via pretoria:³⁴ alcuni Tribunali di Sorveglianza, infatti, hanno sollevato

³¹ D. Pulitanò (nota 24), 1065.

³² D. Pulitanò (nota 24), 1066. Cfr. in relazione agli scenari aperti dalla sentenza Torreggiani, ID. (nota 1), 143: «In una visione non miope, le possibilità di interventi deflattivi sul sistema andrebbero comunque valutate anche nella perimetrazione di una eventuale (o inevitabile?) legge di clemenza, che (...) dovrebbe coordinare la clemenza per il passato (cioè la rottura della legalità di ieri) con la legalità di domani, cioè con una nuova e più ristretta perimetrazione del pianeta carcere». Aperture nel senso di un provvedimento di clemenza collettiva nell'ambito di una risposta più articolata alla sentenza Torreggiani anche in M. Pelissero (nota 2), 262.

³³ Testo reperibile in www.penalecontemporaneo.it.

³⁴ Peraltro, a pochi giorni dalla condanna dell'Italia con la “sentenza Torreggiani”, con circolare del 15 gennaio 2013 (consultabile in www.penalecontemporaneo.it), il Procuratore della Repubblica di Milano esortava i magistrati del proprio ufficio a tenere «nel massimo conto, sia in tema di misure cautelari che in fase di esecuzione, gli auspici della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo» (p. 2).

questione di illegittimità costituzionale dell'art. 147 c.p.it. (*Rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena*) per violazione degli artt. 27 c. 3, 117 c. 1 (in quanto recettivo dell'art. 3 CEDU), 2 e 3 Cost., nella parte in cui non prevede, tra i casi di differimento facoltativo dell'esecuzione della pena, l'ipotesi in cui "la stessa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità".³⁵ L'obiettivo era quello di ottenere una pronuncia *additiva* della Corte costituzionale, che aggiungesse – agli altri casi tassativamente già contemplati dall'art. 147 c.p.it. – anche l'ipotesi in cui le condizioni della detenzione risultassero in contrasto con l'art. 3 CEDU. Nonostante l'esperienza comparata segnali una crescente affermazione del differimento della pena detentiva in presenza di degrado dovuto a sovraffollamento carcerario,³⁶ il rimedio prospettato dalla giurisprudenza di sorveglianza si è infranto contro la decisione della Corte costituzionale italiana, che ha dichiarato inammissibili le questioni sollevate per non invadere con il proprio pronunciamento lo spazio di autonomia riconosciuto al legislatore.³⁷

³⁵ Cfr. Trib. Sorv. Venezia, ord. 13 febbraio 2013, in *Dir. Pen. Cont.* (20 febbraio 2013), con nota di F. Viganò, 'Alla ricerca di un rimedio giurisdizionale preventivo contro il sovraffollamento delle carceri: una questione di legittimità costituzionale della vigente disciplina in materia di rinvio dell'esecuzione della pena detentiva'; Trib. Sorv. Milano, ord. 12 marzo 2013, *ivi* (28 marzo 2013), con nota di A. Della Bella, Sollevata ancora questione di illegittimità costituzionale dell'art. 147 c.p.: il Tribunale di sorveglianza di Milano segue la strada imboccata dal Tribunale di Venezia per rispondere al problema del sovraffollamento carcerario.

³⁶ Cfr. T. Travaglia Cicirello, 'Il rinvio dell'esecuzione della pena detentiva: scelta obbligata nell'attuale condizione del sistema penitenziario?', in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, 915 ss.

³⁷ Corte cost., sent. 22 novembre 2013 n. 279, reperibile in www.cortecostituzionale.it, che conclusivamente osserva: «Da vari punti di vista, dunque, risulta la pluralità di possibili configurazioni dello strumento normativo occorrente per impedire che si protragga un trattamento detentivo contrario al senso di umanità, in violazione degli artt. 27, terzo comma, e 117, primo comma, Cost., in relazione quest'ultimo all'art. 3 della CEDU, e a fronte di tale pluralità, il "rispetto della priorità di valutazione da parte del legislatore sulla congruità dei mezzi per raggiungere un fine costituzionalmente necessario" (sentenza n. 23 del 2013) comporta una dichiarazione di inammissibilità delle questioni». Per una

Parallelamente si è attivato anche il canale legislativo con l'intervento *in primis* del Governo e il ripetuto ricorso alla decretazione d'urgenza *ex art. 77 c. 2 Cost.* con il duplice obiettivo di ridurre gli ingressi in carcere e di intervenire sugli automatismi che impediscono o ostacolano l'accesso ai benefici penitenziari a determinate categorie di condannati sulla base di presunzioni assolute di pericolosità. Sul piano dei rimedi giurisdizionali, infine, il legislatore ha messo a disposizione del detenuto un sistema di reclami per la cessazione del trattamento inumano e la relativa riparazione.³⁸ Si tratta di una decretazione che «non ha il respiro di una manovra riformatrice e, sotto più di un profilo, risulta criticabile per le sue incoerenze vuoi di carattere, per così dire, interno, vuoi rispetto all'apparato normativo sul quale va ad incidere», ma che – positivamente – non ha inteso fronteggiare “l'emergenza” tramite la costruzione di nuovi istituti di pena.³⁹

In ogni caso, tale vivacità normativa – comprensiva anche della l. 28 aprile 2014 n. 67, sulla quale ci si soffermerà tra breve – è stata giudicata favorevolmente sia dal Comitato dei Ministri del Consiglio

critica alla sentenza in esame, cfr. T. TravagliaCicirello (nota 36), 929 s., che avrebbe auspicato, da parte della Corte costituzionale, una *sentenzaaadditiva di principio* la quale, nel dichiarare illegittima la norma sottoposta a vaglio, non afferma una «soluzione normativa precisa, (...) [ma] un principio sulla scorta del quale la norma dovrà essere successivamente integrata dal legislatore e, nell'attesa, interpretata dal giudice» (*ivi*, nota 68).

³⁸ Si possono individuare tre fasi: il d.l. 1° luglio 2013 n. 78 conv. in l. 9 agosto 2013 n. 94; il d.l. 23 dicembre 2013 n. 146 conv. in l. 21 febbraio 2014 n. 10; il d.l. 26 giugno 2014 n. 98 conv. in l. 11 agosto 2014 n. 117. Su tali provvedimenti, cfr. A. Della Bella (nota 15), *passim*; *Id.*, 'Convertito in legge il "decreto carceri" 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento', in *Dir. Pen. Cont.* (15 settembre 2013); T. Travaglia Cicirello (nota 36), 933 ss.

³⁹ F. Della Casa, 'Quarant'anni dopo la riforma del 1975 (ovvero: il continuo divenire della "questione penitenziaria")', in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, 1174 s. Cfr. altresì E. Dolcini (nota 4), 1667. Circa l'inopportunità di rimediare al sovraffollamento carcerario tramite la costruzione di nuove carceri, cfr. G. Giostra (nota 12), par. 1.

d'Europa, sia dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo,⁴⁰ essendo stata in grado di ridimensionare – se non di risolvere – il problema del sovraffollamento carcerario in Italia: «Nel 2010, la popolazione penitenziaria superava quota 68.000 (con un sovraffollamento pari al 151%): si marciava spediti verso quota 70.000. A fine settembre di quest'anno [*i.e.* 2015] erano presenti negli istituti di pena italiani 52.300 detenuti: il sovraffollamento era sceso al 105,4%».⁴¹

1. *Il disegno riformatore della l. 28 aprile 2014 n. 67*

Vi è un elemento, nell'attuale dibattito politico-criminale italiano, che merita di essere sottolineato: l'istanza – capace di coagulare consenso, tanto da affermarsi nella l. 28 aprile 2014 n. 67 – volta a ricercare una soluzione ai problemi del sovraffollamento carcerario e della crisi *funzionale* del carcere (da considerare, peraltro, una presenza costante o quanto meno ciclica – come s'è detto – nella scena penalistica nazionale)⁴² non più soltanto attraverso rimedi

⁴⁰ Cfr. G. Illuminati (nota 9), 1136, che richiama la decisione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, 5 giugno 2014, e la giurisprudenza della Corte EDU degli anni 2014 e 2015. Quest'ultima, per un verso, ha dichiarato irricevibili i ricorsi proposti contro l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU connessa al sovraffollamento carcerario, non essendo state compiutamente esperite le vie interne di ricorso nel frattempo introdotte dal legislatore italiano in esecuzione di quanto disposto dalla Corte EDU nella sentenza Torreggiani; e, per altro verso, ha indicato ad altri legislatori nazionali, convenuti in casi analoghi, la linea di intervento strutturale decisa dallo Stato italiano come modello per la soluzione del problema.

⁴¹ E. Dolcini (nota 4), 1667.

⁴² Cfr. G. Giostra (nota 12), par. 1: «È un dato acquisito della criminologia moderna che il carcere, tanto più nelle attuali condizioni di invivibile luogo dove regna la sopraffazione e dove la più frequente forma di protesta è l'autolesionismo, rischia di esercitare una pedagogia criminale (c.d. effetto dei pari), risolvendosi in una sorta di mola su cui affilare gli arnesi del delitto». E lo dimostra – secondo l'A. – l'andamento del tasso di recidiva: «dal 68,4 % di coloro che espiano l'intera pena in carcere si passa al 19 % degli ammessi alle misure alternative, sino all'1 % di coloro che sono stati anche immessi in un circuito lavorativo» (*ivi*). Analogamente, E. Dolcini (nota 4), 1662 s., che alla luce di tali dati arriva ad affermare che «non

estemporanei, in grado di produrre effetti nell'immediato e però presto scavalcati dal riproporsi dell'urgenza sulla scia dell'onda lunga del sistema penale *in action*; ma *anche* attraverso un ripensamento complessivo del sistema sanzionatorio penale e dei confini del penalmente rilevante.

La connessione tra i due piani dell'intervento appare immediata, posto che «la vera scommessa è garantire *extrema ratio* al controllo penale e, al suo interno, alla sanzione detentiva: se non si affronta la prima, ne deriverà di riflesso anche un effetto negativo sulla seconda».⁴³

Come noto, la l. 67/2014 ha previsto l'estensione – subito operativa – alla giustizia penale degli adulti dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato (artt. 168-*bis* ss. c.p.it.),⁴⁴ nonché alcune deleghe al Governo – accumulate dalla rispondenza, appunto, al principio dell'*ultima ratio*⁴⁵ – funzionali, per un verso, alla riforma in chiave non carceraria del catalogo delle pene principali;⁴⁶ per altro verso, al «potenziamento di strumenti di deflazione processuale, quali l'irrilevanza del fatto»⁴⁷ per particolare tenuità;⁴⁸ per altro verso ancora, alla depenalizzazione di reati.⁴⁹

L'intervento delineato dalla l. 67/2014 si aggiunge alle riforme disposte con la decretazione d'urgenza immediatamente successiva alla sentenza Torreggiani, «riforme (...) [di] carattere (...) "aritmetico", nel senso che incidono sui "numeri" determinanti la portata

e eseguire la pena in carcere, o non eseguirla interamente in carcere, è un bene in sé, per il condannato e per la società».

⁴³ M. Pelissero (nota 2), 263.

⁴⁴ Per brevi cenni al nuovo istituto, v. *infra*.

⁴⁵ Cfr. F. Palazzo, 'Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture. (A proposito della legge n. 67/2014)', in *Riv It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, 1703.

⁴⁶ V. *Infra*.

⁴⁷ A. Della Bella (nota 15), 6.

⁴⁸ Delega esercitata con d.lgs. 16 marzo 2015 n. 28, al quale si deve l'inserimento nel Codice penale italiano dell'art. 131-*bis* c.p.it. (*Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*). In merito, cfr. F. Palazzo (nota 45), 1705 ss.

⁴⁹ V. *Infra*.

applicativa dei benefici penitenziari (...) [e] sono dunque provvedimenti capaci di ottenere con poco sforzo riformatore effetti cospicui e soprattutto pressoché immediati di decarcerazione».⁵⁰ L'approccio della l. 67/2014 è, di contro, strutturale, dato che ambisce a emendare l'impostazione carcerocentrica del sistema sanzionatorio penale attraverso correzioni 'di sistema'.

LA RIDEFINIZIONE DEI CONFINI DEL PENALMENTE RILEVANTE

Nel disegno della l. 67/2014, la ridefinizione dei confini del penalmente rilevante segue, da un lato, le tradizionali cadenze della *depenalizzazione*, ossia della trasformazione di alcuni reati in illeciti amministrativi in un'operazione di travaso comunque *interna* al diritto punitivo (o alla *matière pénale*, per utilizzare l'espressione invalsa, grazie al formante giurisprudenziale, nel linguaggio giuridico europeo); dall'altro lato, si affida ad uno strumento inedito per l'ordinamento giuridico italiano, ossia alla conversione di reati in illeciti civili associati ad una *sanzione pecuniaria civile*, che va ad aggiungersi all'obbligo di risarcimento del danno gravante sull'autore della violazione.

(i) Sul primo versante, anche il ricorso allo strumento della depenalizzazione tende a ripresentarsi periodicamente sulla scena politico-criminale italiana in chiave deflattiva rispetto alla popolazione carceraria, benché con minore frequenza a paragone dei provvedimenti di amnistia e indulto.⁵¹ Nel caso di specie, la l. 67/2014 definisce lo spazio dell'intervento di depenalizzazione individuando i reati

⁵⁰ F. Palazzo (nota 45), 1696.

⁵¹ Cfr. G. Mannozi (nota 16), 784. Si pensi alla l. 24 novembre 1981 n. 689 (*Modifiche al sistema penale*) (art. 32 ss.); alla l. 28 dicembre 1993 n. 561 (*Trasformazione di reati minori in illeciti amministrativi*); alla legge-delega 25 giugno 1999 n. 205 attuata con d.lgs. 30 dicembre 1999 n. 507 (*Depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio*). A tale sequenza di provvedimenti storici si sono ora aggiunti – in attuazione della delega contenuta nella l. 67/2014 – il d.lgs. 15 gennaio 2016 n. 7 (*Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili*) e il d.lgs. 15 gennaio 2016 n. 8 (*Disposizioni in materia di depenalizzazione*).

interessati attraverso «due sistemi (...) che potrebbero essere detti “nominativo” e “cieco”»,⁵² ingenerando in particolare con il secondo non poche difficoltà interpretative.⁵³

Senza entrare nell'analisi di dettaglio, particolare attenzione – sul piano sistematico e politico-criminale – merita il criterio enunciato all'art. 2 c. 2 lett. a) l. 67/2014, che impone di «trasformare in illeciti amministrativi tutti i reati per i quali è prevista la sola pena della multa o dell'ammenda, ad eccezione delle (...) materie» elencate nella norma. Simile disposizione solleva infatti evidentemente un interrogativo, e cioè se il legislatore ritenga così di non riconoscere (più) alla pena pecuniaria, in sé considerata, una autonoma funzione politico-criminale. Un interrogativo da coordinare ovviamente con i dati relativi alla prassi del sistema penale italiano, che fanno registrare un numero molto contenuto – a paragone di quanto accade in altri Paesi europei – delle condanne alla sola pena pecuniaria, che risulta, tra l'altro, sostanzialmente simbolica in quanto, di fatto, non eseguita.⁵⁴

Quanto all'efficacia dell'intervento di depenalizzazione delineato dalla l. 67/2014 e attuato con il d.lgs. 15 gennaio 2016 n. 8, la dottrina ha manifestato alcune perplessità. Da una parte, molti dei reati selezionati per la trasformazione in illeciti amministrativi risultano scarsamente

⁵² F. Palazzo (nota 45), 1715.

⁵³ Cfr. in senso critico G. Mannozi (nota 16), 784; F. Palazzo (nota 45), 1715 ss.; A. Gargani, "Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di "riforma della disciplina sanzionatoria" (art. 2 l. 28.4.2014 n. 67)", in *Leg. Pen.* (versione *on line*, 7 luglio 2015), 5 ss.

⁵⁴ Cfr. E. Dolcini (nota 18), 101 s., che sottolinea come le condanne alla sola pena pecuniaria rappresentino nel 2003 il 47 % del totale (in particolare, il 34 % del totale delle condanne per delitto e il 83% del totale delle condanne per contravvenzione); condanne che, tuttavia, «non vengono né eseguite, né convertite» (*ivi*, 102) in pena detentiva: basti pensare, per un verso, alla circostanza che – sempre nell'anno 2003 – solo il 2 % delle condanne a pena pecuniaria risultava seguita da conversione e, per altro verso, che – in base all'analisi, ritenuta ancora rappresentativa, della Commissione ministeriale presieduta dal Prof. C. F. Grosso per la riforma del Codice penale (1998-2001) – nel periodo 1990-1996 soltanto il 3,7 % dell'ammontare complessivo delle pene pecuniarie inflitte risultava effettivamente riscosso.

applicati;⁵⁵ dall'altra parte, l'esperienza del recente passato dimostra che «il susseguirsi di provvedimenti di depenalizzazione solo in apparenza è idoneo a produrre un complessivo effetto deflattivo»,⁵⁶ poiché i rami sfrondati sono presto rimpiazzati da fattispecie incriminatrici di nuovo conio. Peraltro, in linea generale, la bontà del passaggio dal reato all'illecito amministrativo va valutato sia sul piano della tutela, sia sul piano delle garanzie:⁵⁷ dal primo punto di vista, l'illecito amministrativo potrebbe non apprestare una tutela maggiore rispetto al reato (ad es. nei settori, come l'edilizia e l'urbanistica, nei quali l'autorità amministrativa preposta al controllo è collocata, per prassi, in posizione di contiguità con i potenziali autori delle violazioni); dal secondo punto di vista, il ridotto corredo di garanzie tipico del procedimento amministrativo sanzionatorio può essere considerato accettabile solo rispetto a fatti la cui scarsa gravità sia pacificamente riconosciuta.

(ii) La via di ridefinizione dell'area di rilevanza penale attraverso un'opera di trasformazione di reati in illeciti civili puniti con sanzioni pecuniarie civili (ai sensi dell'art. 2 c. 3 l. 67/2014 e del d.lgs. 15 gennaio 2016 n. 7, attuativo della delega) appare, come detto, profondamente innovativa.

L'analisi penalistica, sul punto, è ancora agli inizi, ma concorda nell'assimilare il nuovo modello sanzionatorio, per un verso, alle c.d. "pene private" e, per altro verso, ai "danni punitivi" di derivazione anglo-americana.⁵⁸

Senz'altro la disciplina delineata già in sede di legge delega depone a favore della qualificazione in senso *punitivo* delle sanzioni in questione, atteso che esse dovranno essere «proporzionate alla

⁵⁵ Cfr. A. Gargani (nota 53), p. 24; G. Mannozi (nota 16), 784.

⁵⁶ A. Gargani (nota 53), 24 s. L'A. riporta i dati di una «recente rilevazione (...) [dalla quale emerge che] nel periodo intercorrente tra l'entrata in vigore del d.lgs. 507/1999 e il 30.1.2014 nel nostro ordinamento sono state introdotte non meno di trecento ventuno nuove fattispecie penali» (*ivi*, 25).

⁵⁷ Cfr. M. Pelissero (nota 2), 264.

⁵⁸ Cfr. A. Gargani (nota 53), 16; G. Mannozi (nota 16), 785.

gravità della violazione, alla reiterazione dell'illecito, all'arricchimento del soggetto responsabile, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle sue conseguenze, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche» (art. 2 c. 3 lett. e) l. 67/2014).

LE PROSPETTIVE DI RIFORMA DEL CATALOGO DELLE PENE NEL SEGNO DELL'ALTERNATIVA AL CARCERE

Le linee di riforma del sistema sanzionatorio penale, tracciate dalla l. 67/2014, sono state preparate dal lavoro della Commissione istituita dal Ministro della Giustizia nel 2013 e presieduta dal Prof. Francesco Palazzo.⁵⁹ Nella relazione di accompagnamento allo "Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale",⁶⁰ si dichiarava espressamente che la definizione dell'articolato rispondeva all'«intento di ridurre l'incidenza della pena carceraria, reclusione e arresto, anche al fine di porre le condizioni "sistemiche" per rimediare (...) [al] sovraffollamento carcerario».⁶¹ In particolare, l'introduzione di alternative al carcere appariva improcrastinabile in relazione alla «fascia più bassa della criminalità»,⁶² tendenzialmente raggiunta da pene detentive brevi, all'origine di una componente tutt'altro che trascurabile della popolazione penitenziaria.⁶³

Nella proposta della Commissione Palazzo, il catalogo delle pene principali per i delitti e le contravvenzioni si arricchiva, oltre che di

⁵⁹ Cfr. G. Mannozi (nota 16), 782.

⁶⁰ Schema e relazione licenziati nel dicembre 2013 e reperibili su www.penalecontemporaneo.it.

⁶¹ Relazione Commissione Palazzo 2013 (nota 60), 3.

⁶² *Ibid.*

⁶³ «Ancora oggi – e nonostante le misure alternative di cui all'ordinamento penitenziario – la percentuale di detenuti in espiazione di pene detentive sicuramente brevi [è] ancora elevata (al 30.6.2013 i condannati a pena fino a tre anni assommavano a circa il 25 % del totale)» (*ibid.*).

sanzioni detentive da scontare presso il domicilio,⁶⁴ anche di pene non detentive a contenuto prescrittivo, capaci di condizionare sensibilmente (sotto il profilo, ad esempio, della libertà di movimento o dell'attività di controllo da parte delle forze di polizia) la libertà, comunque fruita, dal condannato.⁶⁵ Per altro verso, si precludeva l'impiego della reclusione in carcere per la «criminalità lieve o bagatellare», fissando il limite minimo della sanzione in questione a «due anni»⁶⁶ rispetto ai quindici giorni previsti attualmente dall'art. 23 c.p.it.

Il ventaglio di opzioni sanzionatorie delineate dalla Commissione Palazzo è filtrato solo in parte nell'impianto della l. 67/2014, che delegava il Governo a procedere alla «riforma del sistema delle pene» con particolare riguardo alle «pene detentive non carcerarie».⁶⁷ Anche se scaduta per mancato esercizio nel termine assegnato, tale delega merita attenta considerazione, poiché fotografa il più aggiornato momento di sintesi del dibattito politico-criminale italiano in argomento.

Nella l. 67/2014 la centralità della prigione si attenua, posto che si prevede di inserire nel catalogo delle pene principali i nuovi tipi sanzionatori – evidentemente limitativi della libertà personale, ma non

⁶⁴ Con gli accorgimenti necessari per non discriminare i condannati svantaggiati in termini di “capitale sociale” in quanto privi di un domicilio idoneo, e cioè la previsione di «luoghi non custodiali di dimora sociale» (art. 4 dell'articolo), ove scontare la sanzione detentiva non carceraria. Tuttavia – in mancanza di una simile logistica approntata con risorse pubbliche – il condannato sfornito di adeguato domicilio avrebbe fatto ritorno in carcere, sia pure in un regime assimilabile alla semidetenzione con l'obbligo di trascorrervi almeno dieci ore al giorno. Sul punto, cfr. F. Palazzo, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, in *Dir. Pen. Cont.* (10 febbraio 2014), par. 4.

⁶⁵ Cfr. art. 3 (*Pena prescrittiva*) e art. 12 (*Libertà limitata*) dell'articolo della Commissione Palazzo.

⁶⁶ Relazione Commissione Palazzo 2013 (nota 60), 5.

⁶⁷ In tal senso, il comma 1 e la rubrica dell'art. 1 l. 67/2014.

carcerari – della *reclusione domiciliare* e dell'*arresto domiciliare*.⁶⁸ Mentre, per i delitti, la reclusione domiciliare si aggiungerebbe alle pene detentive carcerarie dell'ergastolo e della reclusione, per le contravvenzioni l'unica pena detentiva coinciderebbe con l'arresto domiciliare con la rinuncia, dunque, per tale categoria di reati ad una sanzione carceraria in senso stretto a prescindere dal limite edittale di pena.⁶⁹

Nel disegno del legislatore delegante, la piramide sanzionatoria si ristrutturerebbe a partire dalla fascia di criminalità meno grave (delitti e contravvenzioni puniti con una pena detentiva non superiore nel massimo a tre anni), per la quale la detenzione in carcere sarebbe sostituita da una detenzione presso il domicilio del condannato, ove questi ne disponga.⁷⁰ A tale segmento di criminalità si aggiunge quello dei delitti puniti con la reclusione carceraria compresa tra i tre e i cinque anni, rispetto ai quali è riservata alla valutazione discrezionale del giudice, alla luce dei criteri di commisurazione della pena fissati nell'art. 133 c.p.it., la possibile applicazione della reclusione domiciliare.

Nel tratteggiare i contorni delle nuove sanzioni domiciliari, la l. 67/2014 cerca, da un lato, di valorizzarne la capacità di veicolare una carica afflittiva senza però determinare alcuna soluzione di continuità

⁶⁸ Cfr. F. Palazzo (nota 45), 1710, secondo il quale la l. 67/2014 è in grado di avviare «il superamento di una concezione (...) ancora carcerocentrica nonostante la sempre più larga presenza dei c.d. benefici penitenziari (...) [che peraltro] tanto più si sviluppano quanto più è carcerocentrico il sistema». Cfr. altresì P. Sechi, 'Contrasto al sovraffollamento carcerario e misure alternative alla detenzione: un primo bilancio', in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, 212, per la quale la l. 67/2014 si colloca «nel tradizionale solco di correzione qualitativa indiretta delle asprezze sanzionatorie del codice penale del 1930».

⁶⁹ Cfr. M. Pelissero, 'La detenzione domiciliare: i vantaggi in chiave deflattiva e il problema dell'offerta trattamentale', in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, 747.

⁷⁰ Per una critica alla detenzione domiciliare, «pena ineguale [poiché] (...) si tramuta nella massima afflizione per il "marginale" senza domicilio adeguato», che tornerebbe in carcere ai sensi dell'art. 1 c. 1 lett. f) l. 67/2014, cfr. G. Mannozi (nota 16), 786. Analogamente, cfr. M. Pelissero (nota 69), 740.

con il 'ritmo di vita' abitualmente seguito dal condannato: in tal senso, va considerata la previsione della possibilità che la restrizione della libertà associata alla sanzione domiciliare possa avvenire anche per singoli giorni della settimana o per particolari fasce orarie. Dall'altro lato, la legge-delega intende sfruttare le potenzialità rieducative delle nuove tipologie sanzionatorie, contemplando l'ipotesi che esse siano affiancate dal *lavoro di pubblica utilità*, ossia dalla prestazione di attività non retribuita in favore della collettività per almeno dieci giorni con modalità compatibili con le esigenze di vita del condannato e per non più di otto ore al giorno.⁷¹

Il travaso dal carcere al domicilio del flusso dei condannati per le fasce di criminalità considerate persegue evidentemente una finalità deflattiva apprezzabile nel quadro di un piano di contrasto al sovraffollamento carcerario di tipo sistemico. Inoltre, la previsione di un catalogo delle pene arricchito da sanzioni domiciliari, in linea con il principio di *extrema ratio* che dovrebbe governare il ricorso al carcere, è da salutare con favore, poiché presumibilmente avrà effetti positivi indiretti «sugli istituti della sospensione condizionale e dell'affidamento in prova, liberandoli dalla loro impropria funzione di decarcerazione e reimpostandone la concreta utilizzazione su più reali ed effettive finalità risocializzative».⁷²

Nondimeno, la l. 67/2014 non va del tutto esente da censure. Da un lato, la disciplina delineata per l'ipotesi di indisponibilità di un domicilio idoneo, e cioè la sostituzione *d'emblée* della pena domiciliare

⁷¹ Cfr. però M. Pelissero (nota 69), 749, che sottolinea come il lavoro di pubblica utilità sia una «sanzione dal profilo finalistico bifronte potendo essere arricchita di componenti special-preventive ovvero di contenuti afflittivi».

⁷² F. Palazzo (nota 45), p. 1697. L'A. evidenzia come il sistema sanzionatorio penale si dibatta tra il problema del sovraffollamento carcerario e «la percezione di una complessiva ineffettività della pena, almeno per alcune non marginali fasce di criminalità. (...) la contraddizione (...) germina (...) da una impostazione pervicacemente carcerocentrica del sistema la quale, producendo sovraffollamento, comporta una costante torsione in senso decarcerizzante degli istituti originariamente concepiti in chiave rieducativa» (*ivi*, p. 1702).

con la pena carceraria, sembra tradire il principio costituzionale di eguaglianza (art. 3 Cost.)⁷³ e contribuire ad acuire il carattere selettivo del carcere in Italia. Dall'altro lato, nella definizione delle nuove sanzioni, sembra maggiore l'attenzione per la prevenzione speciale *negativa*,⁷⁴ anziché per la prevenzione speciale *positiva* (ossia genuinamente *rieducativa*): manca cioè la previsione di una vera e propria "offerta trattamentale", che riesca a neutralizzare il rischio che la detenzione al domicilio riproduca *mutatis mutandis*⁷⁵ «il meccanismo di esclusione del carcere, meno visibile, ma non meno neutralizzante».⁷⁶

ESERCITAZIONI SUL TERRENO DELL'ALTERNATIVA AL CARCERE: LA MESSA ALLA PROVA PER GLI ADULTI

In una sorta di "circolazione dei modelli"⁷⁷ endo-sistemica, la l. 67/2014 ha esteso alla giustizia penale degli adulti l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, ampiamente sperimentato nel diritto penale minorile.⁷⁸

⁷³ Cfr. M. Pelissero (nota 69), 742, 751.

⁷⁴ Ad esempio, con la previsione della possibilità di applicare al condannato sistemi di controllo elettronico o con il divieto di applicazione delle pene domiciliari ai delinquenti abituali, professionali o per tendenza, come prevede l'art. 1 c. 1 lett. d) ed e) l. 67/2014. Cfr. M. Pelissero (nota 69), 751.

⁷⁵ Cfr. la critica di E. Dolcini (nota 4), 1664, nota 30: «il mutamento del luogo dell'esecuzione incide, e non poco, sulla sostanza».

⁷⁶ Cfr. M. Pelissero (nota 69), 754. Cfr. altresì F. Palazzo (nota 45), 1702, che evidenzia come rispetto alle nuove tipologie sanzionatorie occorrerà *in primis* chiarire il profilo funzionale, ossia se esse debbano essere intese come «prevalentemente limitative o privative di diritti del condannato (...), ovvero [come] prevalentemente orientate alla sua "inclusione" e "recupero"».

⁷⁷ Cfr. E. Grande, *Imitazione e Diritto: Ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000.

⁷⁸ Cfr. G. Mannozi (nota 16), 782. Cfr. peraltro A. Bernardi, 'L'evoluzione in Europa delle alternative alla pena detentiva tra comparazione e impulsi sovranazionali', *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, 63, che osserva che le «forme di sospensione condizionale "probatoria" sono state via via introdotte nella massima parte dei sistemi penali europei e finiscono talora per evolvere nelle c.d. pene

A prima vista, la disciplina delineata dal legislatore pare rispondere ad almeno due “funzioni” diverse, tra loro disarmoniche, che tendono a plasmare l’istituto in termini strutturalmente antitetici. Ne risulta una “messa alla prova”, in un certo senso, *ibrida* a cavallo tra una vera e propria “alternativa al carcere” per la fascia di criminalità di gravità medio-bassa selezionata dall’art. 168-*bis* c. 1 c.p.it. e, dunque, connotata in senso specialpreventivo alla luce dell’orientamento (costituzionalmente) necessario al finalismo rieducativo della pena; e una “alternativa al processo” costruita secondo una logica premiale per l’autore del fatto: quest’ultimo, invogliato a chiedere di accedere alla “messa alla prova” a fronte dei “vantaggi” che questa presenta, agirebbe in sintonia con gli obiettivi perseguiti a livello generale dal legislatore, contribuendo cioè alla deflazione del carico processuale e delle presenze in carcere.⁷⁹

Per un verso, dunque, il nuovo istituto avrebbe la funzione di ovviare alla *disfunzionalità della pena carceraria breve*, affiancandosi alle numerose categorie analoghe già presenti nel sistema penale italiano; per altro verso, esso contribuirebbe alla soluzione dei *problemi del carcere*, facendosi carico, in prima istanza, della inadeguatezza della struttura carceraria in rapporto tanto al finalismo rieducativo, quanto al senso di umanità.

Le due funzioni, come detto, plasmano l’istituto in direzioni

prescrizionali». In una sistematica strutturale di respiro comparatistico dedicata alle sanzioni *lato sensu* sostitutive della detenzione breve, E. Dolcini – C. E. Paliero, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell’esperienza europea*, Milano, 1989, 175, riconducono il modello francese e tedesco di sospensione del procedimento con messa alla prova alle «l ‘sanzioni *sospensive*’», categoria nella quale «si inquadrano tutte quelle misure che consistono nella sospensione ‘a fini di prova’ della pena detentiva, già *inflitta* (sospensione dell’*esecuzione*) o *da infliggersi* in caso di fallimento della ‘prova’ (sospensione della *condanna*)».

⁷⁹ Cfr. R. Bartoli, ‘La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?’, in *Dir. Pen. Proc.*, 2014, 659 ss. Cfr. altresì L. Annunziata, *Prime Criticità Applicative in Tema di Sospensione del Processo per la Messa Alla Prova*, *ivi*, 2016, 101 ss.

diverse. In un caso, si tenderà a conferire alla “messa alla prova” un *contenuto affittivo reale*, così da delineare un vero e proprio “trattamento” – *alternativo* a quello della detenzione breve – per il destinatario della misura; un “trattamento” di cui si dovrà apprezzare l’ “idoneità” in relazione tanto al fatto commesso, quanto alla capacità dello stesso di contribuire, in senso specialpreventivo, al reinserimento del soggetto. Nell’altro caso, invece, l’attenzione si concentrerà *sull’appetibilità* della misura per il potenziale destinatario e dunque il relativo “contenuto” dovrà essere, in tal senso, coordinato (e alleggerito) in chiave premiale rispetto alle alternative che la via processuale dischiude all’autore del fatto.

Nonostante l’*accennata bipolarità funzionale*, alcuni elementi, per così dire, “di contesto” (*in primis* l’urgenza di dare seguito alla sentenza Torreggiani del 2013) depongono nel senso della *prevalenza di una priorità rispetto all’altra*: nella specie, l’obiettivo di risolvere i “problemi del carcere” sembra prevalente rispetto a quello di costruire, con tale strumento, un’alternativa alla detenzione breve pienamente coerente con i principi del sistema.

Grandangolo

L’evoluzione storica consegna un interrogativo suggestivo, e cioè se l’attuale dibattito in Italia sull’alternativa alla *penacarceraria* – anche nelle forme dell’alternativa alla pena *tout court* (come dimostra il nuovo istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova per gli adulti) – sia il presagio di un processo di ridefinizione dei compiti assegnati dalla società al diritto penale.

L’intima connessione tra concezione e tipologia della pena, da un lato, e legittimazione del diritto penale, dall’altro lato, è stata autorevolmente segnalata e ha formato oggetto, notoriamente, di letture diverse. Basti ricordare che, nel passato, la trasformazione del carcere in sanzione penale – rispetto al precedente *status* di ‘congegno’ funzionale alla sola celebrazione del processo – ha rappresentato un tassello del più ampio programma illuministico di rifondazione della società, che vedeva nel diritto penale uno strumento in grado di

prevenire *con precisione* il reato e quindi di contribuire al controllo sociale: in una «prospettiva [globale] che (...) raccorda, nel pensiero illuministico, il sistema delle pene al sistema degli illeciti, ed entrambi ad una determinata concezione della società».⁸⁰

Ebbene, la convergenza di molteplici istituti – di diritto sostanziale e processuale – determina oggi una vera e propria *trasmutazione* della pena non solo in fase esecutiva, ma anche (paradossalmente) prima che si giunga ad un compiuto accertamento della responsabilità penale e, quindi, prima della condanna; al punto che la capacità orientativa della comminatoria edittale appare grandemente sfumata e addirittura sembra perdersi il canone illuministico legato al *principio della indefettibilità della pena*, corollario del primato della legge, con una cesura nella sequenza, in teoria, *necessaria* tra “norma” e “fatto”.⁸¹

È forse il caso di indagare se simile metamorfosi della conseguenza penale costituisca una semplice *deriva* del sistema, indotta dal pragmatismo politico-criminale di volta in volta chiamato a fronteggiare le diverse ricorrenti emergenze (reali o presunte) della criminalità e del diritto penale; oppure se rappresenti il sintomo di un più maturo *inveramento* del sistema. Un’ipotesi è che, nella fase attuale, possa apparire reativo concepire la pena come semplice riflesso quantitativo della gravità del reato in ossequio al principio di proporzione (peraltro, come noto, tra grandezze reciprocamente incommensurabili: il disvalore del fatto, da un lato, e il sacrificio dei beni del reo, dall’altro lato); e si faccia strada, viceversa, una nuova ‘idea’, per la quale il criterio dell’afflittività ceda terreno a favore di un apprezzamento dell’*utilità* della pena in una prospettiva personalistica, inclusiva, sociale.

⁸⁰ T. Padovani, *L’utopia punitiva. Il Problema delle Alternative Alla Detenzione nella Sua Dimensione Storica*, Milano, 1981, 5.

⁸¹ Cfr. T. Padovani (nota 80), 34.

