

## Prospettive attuali dell'alternativa al carcere tra emergenza e rieducazione

### *Present Perspectives of Measures Alternative to Imprisonment Between Emergency and Re-education*

CHIARA PERINI

*Professore associato di Diritto penale presso l'Università dell'Insubria  
chiara.perini@uninsubria.it*

ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE, SOVRAFFOLLAMENTO  
CARCERARIO, DEFLAZIONE CARCERARIA, RIEDUCAZIONE  
DEL CONDANNATO, IPERTROFIA DELLA LEGISLAZIONE PENALE,  
QUERELA, DEPENALIZZAZIONE

ALTERNATIVES TO DETENTION, PRISON OVERCROWDING,  
PRISON DEFLATION, OFFENDER RE-EDUCATION,  
EXPANSION OF CRIMINAL LAW, PRIVATE PROSECUTION,  
DECRIMINALISATION

#### ABSTRACT

Il tema dell'alternativa al carcere si è imposto continuamente nel dibattito penalistico in rapporto, da un lato, ai problemi sollevati dall'ipertrofia della legislazione penale e, dall'altro lato, dalla crisi del carcere con speciale riguardo alla detenzione breve. Lo si ravvisa pure nell'attuale stagione politico-criminale, nella quale – anche per effetto della condanna riportata nella nota sentenza CEDU 8 giugno 2013, Torreggiani c. Italia – traspare l'intenzione di sfruttare le alternative al carcere in chiave deflativa per contenere il sovraffollamento degli istituti di pena (oltre che, in taluni casi, il carico giudiziario), ponendo in secondo piano le istanze tese a valorizzare la capacità rieducativa di tali misure.

Measures alternative to imprisonment have been continuously examined within criminal law debate in order to solve problems related to, on the one side, hypertrophy of penal legislation and, on the other side, crisis of the imprisonment itself with special regard to short detention. It happens nowadays too, since criminal policies – also because of the ECHR sentence 8th June 2013 against Italy in the case Torreggiani v. Italy – aim to use measures alternative to imprisonment as a tool against prison overcrowding (and sometimes against the overload of the criminal justice system), pushing into the background the demands for improvement of their efficacy in terms of rehabilitation.

SOMMARIO

1. Premessa: la necessità (storica) dell'alternativa al carcere al crocevia di problemi ineludibili. – 2. Alternativa al carcere e ipertrofia del diritto penale. – 3. Alternativa al carcere e crisi del carcere. – 3.1. Il progressivo potenziamento delle alternative in senso stretto: funzioni manifeste e latenti. – 4. Rieducazione ed emergenza nella ricerca attuale di alternative al carcere. – 4.1. L'anelito per il superamento strutturale dell'impostazione carcerocentrica. – 4.2. La bipolarità della sospensione del procedimento con messa alla prova. – 5. Chiusa.

# 1.

## Premessa: la necessità (storica) dell'alternativa al carcere al crocevia di problemi ineludibili.

L'espressione "alternativa al carcere" può essere intesa in senso ampio, come risposta sanzionatoria al reato *alternativa*, appunto, rispetto alla pena carceraria e dunque *diversa* da questa per *contenuto* e *struttura*, ma al tempo stesso da essa *dipendente*, in quanto radicata sulla minaccia del carcere formulata dal legislatore in sede di comminazione.

In tal senso l'alternativa al carcere, comprende ma non si esaurisce nelle *misure alternative alla detenzione* in senso stretto<sup>1</sup>; sconta dichiaratamente la *dipendenza "categoriale"* dalla pena carceraria, alla quale risulta legata, come è stato osservato, «da inestricabili nessi: di dipendenza storica e di implicazione concettuale»<sup>2</sup>; e appartiene al novero dei c.d. "surrogati penali" risolvendosi in una misura applicata *in luogo della pena detentiva*<sup>3</sup>.

Sul piano tipologico, il ventaglio delle alternative al carcere risulta, come noto, assai variegato dal punto di vista sia contenutistico, che strutturale<sup>4</sup>: «Con riguardo ai *contenuti*, si possono individuare misure: a. patrimoniali; b. limitative della libertà individuale; c. impositive di un lavoro di pubblica utilità; d. interdittive; e. simboliche»<sup>5</sup>; «Sotto il profilo della *struttura*, le sanzioni *lato sensu* sostitutive possono articolarsi in quattro differenti modelli: a. sanzioni sospensive; b. sanzioni sostitutive in senso stretto; c. sanzioni alternative; d. sanzioni autonome»<sup>6</sup>.

Il tema dell'alternativa al carcere è divenuto centrale nel dibattito penalistico anche in dimensione storica<sup>7</sup> e tale è rimasto nell'epoca più recente. Basti ricordare, per circoscrivere l'orizzonte temporale agli ultimi '40 anni, alcune voci autorevoli.

È diventato un vero e proprio *Leitmotiv* il passo del manuale di *Jescheck* (edizione 1972), secondo cui «la pietra angolare di ogni sistema sanzionatorio moderno riposa nei surrogati della pena detentiva»<sup>8</sup>.

Era il 1974, quando *Giorgio Marinucci* riportava – nel saggio *Politica criminale e riforma del diritto penale* – l'«opinione unanime» della scienza penalistica internazionale, per la quale «il compito futuro della politica criminale non risiederà nel miglioramento della pena detentiva, bensì nella sua progressiva eliminazione: ogni privazione della libertà personale in qualunque

<sup>1</sup> E cioè affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare, semilibertà. Cfr. F. DELLA CASA, *Voce Misure alternative alla detenzione*, in *Enc. dir. Annali*, vol. III, Milano, 2010, 831 ss.

<sup>2</sup> C. E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 511. Sul percorso di progressiva "emancipazione" delle alternative rispetto al carcere sia «nei presupposti legittimanti», sia «nella funzione assolta», individuata nella «pura deflazione giudiziaria», cfr. M. CATENACCI, *Tipologie sanzionatorie, comminatorie edittali e misure alternative: lo stato dell'arte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1152 s. Lontane «dalle finalità special-preventive che le hanno ispirate», le alternative «si mostrano assai più (e sono percepite dalla stessa prassi) come meri "benefici" applicabili a chiunque, a meno che determinati indici di pericolosità sociale del condannato (...) non suggeriscano il ricorso alla segregazione carceraria» (*ivi*, 1155).

<sup>3</sup> Cfr. T. PADOVANI, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, 71, nota 83, che precisa come i "surrogati penali" vadano distinti «dai c.d. "sostitutivi penali" individuati dai positivisti negli strumenti di prevenzione (in senso lato) della criminalità, consistenti in sostanza in una serie di riforme economiche, sociali e giudiziarie volte a rimuovere le "cause sociali" del delitto».

<sup>4</sup> Il rinvio è alla sistematica di E. DOLCINI – C. E. PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano, 1989, 157 ss. Per una rassegna aggiornata delle classificazioni, cfr. A. BERNARDI, *L'evoluzione in Europa delle alternative alla pena detentiva tra comparazione e impulsi sovranazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 58 ss.

<sup>5</sup> E. DOLCINI – C. E. PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., 158.

<sup>6</sup> E. DOLCINI – C. E. PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., 174. Si noti che gli Autori utilizzano l'espressione "sanzioni sostitutive" in senso lato come sinonimo di misure alternative in generale alla detenzione breve (cfr. *ivi*, 8 ss.), mentre considerano come «sanzioni sostitutive in senso stretto» (...) tutte quelle misure che, in forza di una *clausola generale*, possono surrogare in sede di condanna la pena detentiva quantificata e inflitta dal giudice» (*ivi*, 175).

<sup>7</sup> Dalla seconda metà dell'Ottocento in poi. Cfr. l'analisi di T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., 41 ss.

<sup>8</sup> H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrecht. A. T.*, Berlin, 1972, 576.

tipo di stabilimento, anche pensato con la più ampia fantasia rinnovatrice, provoca danni psicologici e sociali così certi da rendere difficile qualunque obiettivo di risocializzazione»<sup>9</sup>. Ma sempre nella stessa occasione, richiamando le risoluzioni dell'ultimo congresso dell'Associazione internazionale di diritto penale (Budapest, 1974), *Marinucci* riconosceva come l'impostazione carcerocentrica del sistema sanzionatorio penale fosse destinata a durare ancora a lungo, dato che – nonostante le critiche – quel consesso auspicava soltanto una progressiva riduzione del campo di applicazione della pena carceraria, ritenuta uno strumento inevitabile per rispondere a certi tipi di criminalità<sup>10</sup>.

Era il 1976, quando *Franco Bricola* – nella relazione al IX Convegno Enrico de Nicola dedicato al tema “Pene e misure alternative nell'attuale momento storico” – affermava: «La fuga dalla sanzione detentiva è divenuto ormai il *leitmotiv* di ogni proposta di riforma del sistema sanzionatorio penale. E parallelamente sempre più frequenti si fanno gli appelli al giurista, e alla sua fantasia, per l'individuazione di nuovi modelli sanzionatori o di misure alternative alla pena detentiva»<sup>11</sup>.

Complessivamente il tema dell'alternativa al carcere si è posto in relazione ad alcuni interrogativi cruciali del sistema penale. Da un lato, la spinta verso soluzioni diverse dal carcere è stata motivata dagli esiti inflattivi e spesso irrazionali del processo di criminalizzazione primaria, ossia dalla proliferazione talora incontrollata, sull'onda dei condizionamenti dettati da ragioni di *opportunità politica*, del novero delle fattispecie di reato<sup>12</sup>. Dall'altro lato, la ricerca di misure surrogatorie è dipesa dalla presa di coscienza della strutturale inidoneità del carcere a contribuire a un percorso di risocializzazione del condannato, unita alla «constatazione dell'impossibilità di riformare il carcere»<sup>13</sup>.

## 2.

### Alternativa al carcere e ipertrofia del diritto penale.

Sul primo versante, il tema delle alternative al carcere si collega dunque all'esigenza di ridefinire i “giusti” contorni del penalmente rilevante nel recupero del principio del diritto penale quale *extrema ratio*. Come ricordava *Marinucci*, è a partire dal «movimento internazionale di riforma del diritto penale», filtrato in Italia nell'ultimo quarto del secolo scorso<sup>14</sup> (ossia nello stesso periodo in cui matura ai più alti livelli della dottrina il dibattito sull'alternativa al carcere), che il canone illuministico è stato aggiornato nel senso che «il diritto penale è l'*extrema ratio della politica sociale*» e «la politica sociale è la migliore politica criminale»<sup>15</sup>.

Tra l'altro, in un sistema penale inflazionato e caratterizzato da cornici edittali incentrate quasi esclusivamente sulla pena carceraria, il rischio è che la c.d. “fuga dalla sanzione” (*formalmente prevista*) sia attuata discrezionalmente dalla giurisprudenza, per rispondere alla necessità di adeguare la reazione penale al modesto disvalore sociale del fatto<sup>16</sup>. Ciò viene spesso attuato tramite un'applicazione in chiave de-carcerizzante di istituti che perseguono altre finalità (*in primis*, finalità rieducative)<sup>17</sup> con effetti negativi sia sulla *coerenza interna*, sia sulla *credibilità* (e dunque sulla capacità di assolvere alle funzioni di prevenzione generale e speciale) del sistema sanzionatorio penale.

Non è infrequente, pertanto, nella storia recente del diritto penale italiano, che innovazioni nel campo dell'alternativa al carcere siano state abbinate a provvedimenti di depenalizzazione o decriminalizzazione.

<sup>9</sup> G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, 1974, 486.

<sup>10</sup> Per una conferma dell'impostazione carcerocentrica del sistema penale italiano nell'attualità, 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, 1702, 1710.

<sup>11</sup> F. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 33 ss.; qui consultato in *Id.*, *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Milano, 1997, 1147 s.

<sup>12</sup> Sulla genesi dell'inflazione penalistica, cfr. C. E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 3 ss.

<sup>13</sup> F. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale*, cit., 1149.

<sup>14</sup> G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., 471 ss.

<sup>15</sup> G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., 477.

<sup>16</sup> F. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale*, cit., 1149.

<sup>17</sup> Come nel caso dell'affidamento in prova al servizio sociale. Cfr. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, cit., 1702, che 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».

Ciò è accaduto con la l. 24 novembre 1981 n. 689, che – come noto – ha introdotto le *sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi* nel contesto di un'opera di complessiva riduzione del penalmente rilevante attuata con un intervento di depenalizzazione<sup>18</sup>. Peraltro, la l. n. 689/1981 perseguiva l'obiettivo deflativo anche attraverso un'estensione della perseguibilità a querela ad alcune ipotesi di criminalità contro la persona e contro il patrimonio individuale<sup>19</sup>.

Più di recente si è proceduto analogamente con la l. 28 aprile 2014 n. 67, che ha disposto l'immediata estensione agli adulti della *sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato* (artt. 168-bis ss. c.p.), istituto che può essere considerato una "alternativa al carcere" in base alla tipologia sopra richiamata; e al contempo ha previsto alcune deleghe funzionali alla riforma in chiave *non carceraria* del catalogo delle *pene principali*; al «potenziamento di strumenti di *deflazione processuale*, quali l'irrelevanza del fatto»<sup>20</sup> per particolare tenuità; nonché alla *depenalizzazione* di reati<sup>21</sup>.

Anche se al di fuori di un disegno orientato alla depenalizzazione o alla decriminalizzazione, l'impiego di alternative al carcere associato ad un intento deflazionistico si rintraccia anche nel d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274, che ha istituito la competenza penale del giudice di pace. Per un verso, il catalogo delle sanzioni applicabili dal giudice di pace è integralmente *alternativo* al carcere, dato che comprende esclusivamente la *pena pecuniaria*, la *permanenza domiciliare* e il *lavoro di pubblica utilità*; per altro verso, una larga parte delle fattispecie di reato assegnate alla competenza del giudice di pace è costituita da reati perseguibili a querela, con la conseguenza che l'avvio del procedimento penale è nella disponibilità della persona offesa<sup>22</sup>.

Infine, merita di essere menzionata la recente l. 23 giugno 2017 n. 103 (*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*), nota come "riforma Orlando", che pare coniugare impostazione carcerocentrica, istanze deflative e favore per le alternative alla pena carceraria, evidentemente concepite in senso funzionale alla "tenuta" del sistema (con riferimento in particolare alle presenze in carcere), più che per il contributo alla rieducazione del condannato che esse sono in grado di apportare.

Tale provvedimento, infatti, da un lato, torna ad applicare ancora una volta «il paradigma dominante», ossia il c.d. «*more of the same*»: «*più carcere e più clemenzialismo*»<sup>23</sup>, inteso quest'ultimo come *relé* funzionale alla stabilità complessiva del settore e veicolato o dalla "fuga informale dalla sanzione" attuata, come detto, su basi prasseologiche, o dal ciclico ricorso a provvedimenti generali di clemenza, come amnistia e indulto<sup>24</sup>. Il riferimento è, nella l. n. 103/2017, alle norme che dispongono l'inasprimento della pene carcerarie comminate – oltre che per lo scambio elettorale politico-mafioso (art. 416-ter c.p.) – per i reati classicamente rappresentativi della *criminalità comune*, in grado di destare particolare *allarme sociale*, come il furto in abitazione (art. 624-bis c.p.), il furto aggravato (art. 625 c.p.), la rapina (art. 628 c.p.), l'estorsione (art. 629 c.p.)<sup>25</sup>.

Dall'altro lato, si batte nuovamente, in senso deflativo, la via dell'estensione della procedibilità a querela: la l. n. 103/2017 contiene infatti la delega «per la modifica della disciplina del regime di procedibilità per taluni reati» ed enuncia come principi e criteri direttivi l'introduzione *generalizzata* della «procedibilità a querela per i reati contro la persona» che rientrano in

<sup>18</sup> Cfr. rispettivamente C. E. PALIERO, in E. Dolcini – A. Giarda – F. Mucciarelli – C. E. Paliero – E. Riva Crugnola, *Commentario delle «Modifiche al sistema penale» (Legge 24 novembre 1981 n. 689)*, Milano, 1982, sub artt. 53-76, 277 ss., e F. MUCCIARELLI, *ivi*, sub artt. 32-39, 183 ss.

<sup>19</sup> Cfr. F. MUCCIARELLI, in E. Dolcini – A. Giarda – F. Mucciarelli – C. E. Paliero – E. Riva Crugnola, *Commentario delle «Modifiche al sistema penale»*, cit., sub artt. 86-99, 423 ss.

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> Come noto, mentre la delega volta alla riforma del catalogo delle pene principali non è stata esercitata, con il d.lgs. 16 marzo 2015 n. 28 è stato introdotto nel Codice penale l'art. 131-bis c.p. (*Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*), mentre l'opera di riduzione del penalmente rilevante è stata attuata con i d.lgs. nn. 7 e 8 del 15 gennaio 2016 (rubricati rispettivamente *Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili e Disposizioni in materia di depenalizzazione*).

<sup>22</sup> Cfr. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, 321 ss.

<sup>23</sup> C. E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda*, cit., 538, «perché queste sono le uniche due 'ricette' veramente sperimentate, 'automatizzate' dal sistema, che il sistema è perciò in grado di realizzare quasi istintivamente. Il che, per converso, significa *meno razionalità*: id est, *meno effettività e meno garanzia*».

<sup>24</sup> 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» – D. PULITANÒ, «*Seduzioni e costi della clemenza*», in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1061, anche per un riepilogo dei diversi provvedimenti di concessione di amnistia e indulto nella storia della Repubblica Italiana.

<sup>25</sup> Cfr. art. 1 c. 6-9 l. n. 103/2017.

determinati limiti edittali<sup>26</sup>, nonché per i reati contro il patrimonio previsti dal codice penale, salva in ogni caso la procedibilità d'ufficio» al ricorrere di talune condizioni specificamente indicate<sup>27</sup>.

Dall'altro lato ancora, la novella contiene la delega «per la riforma dell'ordinamento penitenziario»<sup>28</sup>, enunciando, tra l'altro, principi e criteri direttivi funzionali ad un ampliamento delle possibilità di fruizione di alternative al carcere (nella specie, delle misure alternative alla detenzione in senso stretto)<sup>29</sup>.

### 3.

#### Alternativa al carcere e crisi del carcere.

Sul secondo versante, la ricerca di soluzioni alternative al carcere ha preso le mosse a partire dalle ipotesi nelle quali la disfunzionalità della pena carceraria rispetto al progetto rieducativo emerge con particolare nitore, ossia quando il carcere interviene come risposta sanzionatoria rispetto a reati di scarso disvalore penale (ed è dunque una sanzione detentiva contenuta nella durata).

Si apre così il capitolo della legittimità (*ex art. 27 c. 3 Cost.*) della *pena detentiva breve*, per il cui superamento – attraverso l'individuazione di opportuni surrogati – si sono pronunciati sia quanti intravedevano in ciò il primo passo per una «graduale soppressione del carcere» in sé considerato, sia quanti, confermando la propria fiducia in tale sanzione, ritenevano che l'effetto deflativo sul numero dei reclusi operato dalle alternative alla detenzione breve determinasse un recupero di funzionalità del carcere stesso<sup>30</sup>.

Rispetto alla *pena detentiva breve* la ricerca di alternative ha origini risalenti ed è motivata dalla dannosità – comprovata sul piano criminologico – di tale risposta sanzionatoria: in simili ipotesi, come noto, la permanenza in carcere non solo non rieduca, ma risulta anzi criminogena<sup>31</sup>: «Nella prospettiva della prevenzione speciale risocializzatrice, una prospettiva obbligata nel nostro sistema, le pene detentive brevi sono perciò non già una risposta razionale alle cause dell'illecito, bensì esse stesse un contributo al recidivismo ed insieme un fattore di aggravamento, anzi il fattore di aggravamento per eccellenza della crisi del sistema carcerario»<sup>32</sup>; al punto che «il problema dei “sostitutivi” delle pene detentive brevi è oggi, dappertutto, il problema capitale della riforma del sistema sanzionatorio»<sup>33</sup>.

La disfunzionalità della pena detentiva breve, derivante dalla *cesura con la vita sociale* che essa determina per il condannato e dalle *influenze criminogene* a cui essa lo espone (effetti, in verità, non dissimili nella sostanza da quelli prodotti dalla custodia cautelare in carcere), si avvicina alla dannosità della pena detentiva *non breve*. Ma, proprio in ragione della durata troppo contenuta per impostare un qualsiasi percorso trattamentale, la pena detentiva breve aggiunge a ciò una «strutturale inidoneità rieducativa» con la «conseguente inutilità»<sup>34</sup> e, in definitiva, illegittimità costituzionale della sua applicazione.

Dal punto di vista delle presenze nelle carceri, la dottrina segnalava peraltro che «i condan-

<sup>26</sup> Si tratta nello specifico dei reati «puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, fatta eccezione per il delitto di cui all'articolo 610 del codice penale» (art. 1 c. 16 lett. a) l. n. 103/2017).

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Art. 1 c. 82 l. n. 103/2017.

<sup>29</sup> Cfr. art. 1 c. 85 l. n. 103/2017, al cui interno meritano di essere segnalati i seguenti principi e criteri direttivi: «b) revisione delle modalità e 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, salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità e in particolare per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale; c) revisione della disciplina concernente le procedure di accesso alle misure alternative, prevedendo che il limite di pena che impone la sospensione dell'ordine di esecuzione sia fissato in ogni caso a quattro anni».

<sup>30</sup> F. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale*, cit., 1149.

<sup>31</sup> Cfr. G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., 488: «Il condannato a pena detentiva breve resta infatti in carcere troppo poco per poter partecipare anche a un ipotetico programma di risocializzazione, ma vi resta abbastanza per veder troncati i suoi legami con la vita sociale ed essere sottoposto ad influenze criminogene rovinose». Cfr. in prospettiva storica anche T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., 44 s.; ID., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 420 s.

<sup>32</sup> G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., 488.

<sup>33</sup> *Ibidem*. Storicamente «la sospensione condizionale della pena, che risale al 1904, e il perdono giudiziale per i minori, inserito nel codice del 1931, furono dichiaratamente un tentativo di soluzione di quel problema» (*ivi*, 489). Analogamente, cfr. ID., *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 160 s.

<sup>34</sup> Cfr. T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., 48.

nati a pene brevi rappresentano [nel 1974] la *maggioranza della nostra popolazione carceraria*<sup>35</sup>: con riferimento al periodo 1977-1985, si osservava che, pur in presenza di uno scarto considerevole tra le pene brevi inflitte e le pene brevi eseguite (molto più contenute), «*le pene detentive brevi effettivamente eseguite conservano nel nostro ordinamento dimensioni assai cospicue, lontane da quelle rilevate in sistemi giuridici prossimi al nostro (un'analoga osservazione si è formulata (...) rispetto alle pene brevi inflitte)*»<sup>36</sup>. Nello scenario attuale, si rileva che «il 56,2 % dei detenuti condannati in via definitiva deve scontare una pena breve facilmente sostituibile con una misura diversa dal carcere»<sup>37</sup> e, nello specifico, i detenuti con pene inferiori a un anno o a tre anni erano rispettivamente nel 2015 il 5,3 % e il 23,7 % del totale<sup>38</sup>.

È bene segnalare che l'analisi condotta dalla dottrina penalistica, anche in prospettiva storica, ha evidenziato che la disfunzionalità della detenzione breve prescinde dal regime di esecuzione della stessa<sup>39</sup>; di qui la necessità di ovviare attraverso misure *alternative* ad essa.

### 3.1. *Il progressivo potenziamento delle alternative in senso stretto: funzioni manifeste e latenti.*

«l'unica riforma possibile può andare solo nel senso della restrizione del campo di applicazione delle pene di breve durata destinate alla criminalità medio-piccola, introducendo sanzioni alternative e sostitutive, meno desocializzanti, ma non meno efficaci delle pene detentive brevi»<sup>40</sup>.

Nel panorama delle alternative alla detenzione breve, meritano menzione ovviamente le sanzioni sostitutive in senso stretto introdotte dalla l. n. 689/1981: «misure non clemenziali, ma ad ogni effetto sanzionatorie»<sup>41</sup>, essendo caratterizzate da contenuto afflittivo, funzionali più che al «reinsediamento sociale del condannato» (al di là della lettera dell'art. 58 l. n. 689/81) alla sua non-desocializzazione con un effetto (minimo), al tempo stesso, di intimidazione apprezzabile in senso specialpreventivo<sup>42</sup>. Anche le sanzioni applicabili dal giudice di pace – interamente alternative al carcere – possono essere considerate come parte del percorso di minimizzazione dell'impiego di pene detentive brevi. Ma sono fondamentalmente l'affidamento in prova ai servizi sociali e la detenzione domiciliare gli istituti più sfruttati come surrogati

<sup>35</sup> G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., 488. Ed il dato è confermato anche in prospettiva storica, cfr. T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., 46.

<sup>36</sup> E. DOLCINI – C. E. PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., 196.

<sup>37</sup> Associazione Antigone, *Antigone nelle carceri italiane. Pre-Rapporto 2016 sulle condizioni di detenzione*, reperibile in <http://www.antigone.it/news/antigone-news/2972-i-detenuti-hanno-ricominciato-a-crescere-il-pre-rapporto-2016-di-antigone>, 3.

<sup>38</sup> Cfr. il XIII Rapporto sulle condizioni di detenzione redatto a cura dell'Associazione Antigone e intitolato *Torna il carcere*, maggio 2017, reperibile in <http://www.antigone.it/tredicesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/>. Per un affresco quantitativo dell'area coperta dalle alternative al carcere, cfr. altresì M. CATENACCI, *Tipologie sanzionatorie, comminatorie edittali e misure alternative*, cit., 1153 s.; E. DOLCINI, *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 103 ss. V. anche *infra* nota 66.

<sup>39</sup> Cfr. T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., 49.

<sup>40</sup> G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, cit., 161. Per un richiamo alla dimensione funzionale (generalpreventiva e specialpreventiva) anche delle alternative alla detenzione, cfr. A. BERNARDI, *Il progetto di ricerca "Prison Overcrowding and Alternatives to detention": contesto e linee programmatiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1748.

<sup>41</sup> Cfr. E. DOLCINI – C. E. PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., 207.

<sup>42</sup> Cfr. T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio*, cit., 429 s., per il quale tuttavia «le sanzioni sostitutive dovrebbero rappresentare la risposta elettiva alla criminalità minore recidivante, rispetto alla quale il ricorso alla pena detentiva continui ad apparire sproporzionato e inadeguato» (*ivi*, 430). Segnala lo scarso ricorso a tale tipologia sanzionatoria nell'attualità M. CATENACCI, *Tipologie sanzionatorie, comminatorie edittali e misure alternative*, cit., 1156 s.

del carcere<sup>43</sup>.

Come noto, inizialmente l'affidamento in prova al servizio sociale, applicabile solo rispetto a pene detentive inflitte non superiori a tre anni (art. 47 c. 1 ord. penit.)<sup>44</sup>, non si presentava come un'alternativa *integrale* alla detenzione breve, perché richiedeva l'ingresso in carcere «per almeno un mese», allo scopo di procedere alla «osservazione della personalità» del condannato, necessaria per la concessione della misura (art. 47 c. 2 ord. penit.). Successivamente, correggendo questa impostazione – che evidentemente non eliminava il germe di *disfunzionalità* insito nella carcerazione breve – la l. 27 maggio 1998 n. 165 (c.d. “Legge Simeone”) ha disposto che la misura può essere adottata «senza procedere all'osservazione in istituto quando il condannato, dopo la commissione del reato, ha serbato un comportamento tale da consentire» di ritenere che l'affidamento «contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati» (art. 47 c. 3 ord. penit.)<sup>45</sup>.

La fruibilità della misura in questione è stata potenziata significativamente dalla decretazione d'urgenza seguita alla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, con la quale – come noto – lo Stato italiano è stato condannato per violazione dell'art. 3 CEDU 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<sup>46</sup>.

Alla luce delle novelle apportate, l'affidamento in prova al servizio sociale può essere ora concesso pure al «condannato che deve espiare una pena, anche residua, non superiore a quattro anni di detenzione, quando abbia serbato, quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, trascorso in espiazione di pena, in esecuzione di una misura cautelare ovvero in libertà, un comportamento tale da consentire»<sup>47</sup> di ritenere che la misura «contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati» (art. 47 c. 2 ord. penit.). Inoltre, all'affidamento in prova al servizio sociale il condannato può essere ora ammesso in via provvisoria dal Magistrato di Sorveglianza «dopo che ha avuto inizio l'esecuzione della pena», «quando sussiste un grave pregiudizio derivante dallo stato di detenzione». In tal caso, la misura è accordata «quando sono offerte concrete indicazioni in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'ammissione all'affidamento in prova e al grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione e non vi sia pericolo di fuga»<sup>48</sup>.

Dal punto di vista funzionale, l'affidamento in prova al servizio sociale evita gli effetti negativi connessi ad una pena carceraria di breve durata e, grazie al corredo di prescrizioni che lo accompagnano, rappresenta un'occasione per impostare un percorso risocializzante individualizzato. Quando interviene dopo l'inizio dell'esecuzione della pena, la misura perde però la natura di alternativa *integrale* alla detenzione breve e, soprattutto nel caso dell'applicazione

<sup>43</sup> Mentre la semilibertà (art. 48 ord. penit.), anch'essa formalmente ricompresa tra le misure alternative alla detenzione, «più che una reale alternativa alla detenzione, è una speciale modalità di esecuzione della pena detentiva» (F. BRICOLA, *L'affidamento in prova al servizio sociale: «fiore all'occhiello» della riforma penitenziaria*, in *Quest. Crim.*, 1976, 373 ss.; qui consultato in ID., *Scritti di diritto penale*, cit., 1105).

Impropriamente, invece, risulta inquadrata dalla stessa sistemica della legge di ordinamento penitenziario tra le misure alternative alla detenzione la *liberazione anticipata* (art. 54 ord. penit.), che – risolvendosi in una detrazione di 45 giorni per ogni semestre di pena detentiva scontata (arresto, reclusione, ergastolo) a favore del condannato che abbia «dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione» – non è affatto alternativa alla detenzione, ma si inserisce all'evidenza nell'espiazione di una pena detentiva anche non breve (benché ovviamente concorra ad abbreviare i tempi previsti dalla legge per poter accedere a vere e proprie alternative alla detenzione). Cfr. F. DELLA CASA, *Voce Misure alternative alla detenzione*, cit., 823, 853 ss.

Proprio sulla disciplina della liberazione anticipata ha inciso con finalità di deflazione carceraria il legislatore, sull'onda dell'emergenza determinata dalla sentenza della Corte EDU sul caso Torreggiani (v. *infra* nel testo), sia per incrementare a 75 giorni per semestre la detrazione per un periodo transitorio di due anni (cfr. art. 4 d.l. 23 dicembre 2013 n. 146 conv. in l. 21 febbraio 2014 n. 10) (c.d. liberazione anticipata speciale); sia per modificare (stabilmente) l'art. 656 c.p.p. nel senso di applicare l'eventuale liberazione anticipata maturata (e riconosciuta dal Magistrato di Sorveglianza) prima dell'emissione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva (comma 4-*bis* inserito da d.l. 1° luglio 2013 n. 78 conv. in l. 9 agosto 2013 n. 94).

<sup>44</sup> In senso critico rispetto a tale campo di applicazione, esteso in confronto alla previsione originaria che si riferiva a pene al massimo di due anni e sei mesi di pena detentiva, cfr. G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, cit., 162 ss.

<sup>45</sup> Cfr. E. DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 857 ss. In precedenza, con riferimento alla sentenza della Corte cost. 22 dicembre 1989 n. 569, cfr. T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio*, cit., 425 s., nota 13.

<sup>46</sup> 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, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1133, nota 2; G. MANNOZZI, *Diritti 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, 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.

<sup>47</sup> Art. 47 c. 3-*bis* ord. penit. introdotto dal d.l. n. 146/2013 conv. in l. n. 10/2014.

<sup>48</sup> Art. 47 c. 4 ord. penit. come modificato dal d.l. n. 146/2013 conv. in l. n. 10/2014.

provvisoria da parte del Magistrato di Sorveglianza, che mette in libertà il detenuto, l'affidamento diventa *in primis* uno strumento di reazione alla "crisi del carcere" in quanto tale, con un intento evidente di deflazione carceraria<sup>49</sup>.

Un secondo strumento ampiamente sfruttato come alternativa alla pena carceraria di breve durata è poi la detenzione domiciliare (art. 47-ter ord. penit.), inserita nell'ordinamento penitenziario dalla l. 10 ottobre 1986 n. 663 (c.d. "Legge Gozzini"). La misura prevede, come noto, che il condannato debba espiare la pena detentiva presso la propria abitazione (o luogo assimilato), senza potersi allontanare se non nella fascia oraria prestabilita e per attendere ad «indispensabili esigenze di vita» o comunque nel rispetto delle prescrizioni imposte dal Tribunale di Sorveglianza.

Dopo la prima introduzione, il legislatore italiano ha progressivamente implementato il modello in diverse direzioni, creando un vero e proprio ventaglio di forme di "detenzione domiciliare".

La fortuna della misura sembra dipendere dalla capacità di assicurare – almeno *simbolicamente*, tenuto conto della acclarata sporadicità delle verifiche da parte delle forze di polizia<sup>50</sup> – un controllo sulla persona del condannato grazie alla limitazione, appunto, della sua libertà individuale. Ciò consente di prendere in considerazione la detenzione domiciliare anche come alternativa a pene carcerarie non brevi, per venir incontro a istanze di tipo umanitario o comunque connesse alla particolare situazione di vita, di salute o all'età del condannato, caratteristiche che per tale reo esalterebbero la dannosità del carcere<sup>51</sup>.

Sul piano funzionale, la detenzione domiciliare, pur ovviando agli effetti negativi connessi alla permanenza in carcere, appare, allo stato, meno connotata in senso rieducativo rispetto all'affidamento in prova ai servizi sociali<sup>52</sup>. Essa è stata inoltre criticata – in mancanza di un sistema pubblico in grado di sopperire efficacemente ad eventuali mancanze – perché, presupponendo la disponibilità di un domicilio da parte del reo, rischia di privilegiare i condannati dotati di "capitale sociale"<sup>53</sup>, acuendo il carattere selettivo proprio del carcere (in danno dei più svantaggiati)<sup>54</sup>.

Analogamente a quanto accaduto per l'affidamento in prova al servizio sociale, anche la misura alternativa della detenzione domiciliare è stata coinvolta, sulla scia dell'emergenza determinata dalle condizioni strutturali di sovraffollamento del sistema carcerario italiano (in ultimo cristallizzate nella richiamata sentenza Torreggiani), da un processo di trasformazione divenendo uno strumento di reazione immediata alla "crisi del carcere" in sé, con un intento evidente – anche in questo caso – di deflazione carceraria. Con la l. 26 novembre 2010 n. 199 (c.d. "Legge svuota-carceri") è stato infatti introdotto l'istituto dell'esecuzione della pena detentiva presso il domicilio per le pene (anche residue) non superiori a 12 mesi, limite poi innalzato a 18 mesi<sup>55</sup>; l'istituto, inizialmente previsto come temporaneo, è stato reso definitivo nel 2013<sup>56</sup>, ossia dopo la sentenza della Corte EDU sul caso Torreggiani<sup>57</sup>.

Rispetto all'esigenza di garantire effettività alle misure alternative alla detenzione breve, in modo che la rinuncia alla detenzione non si trasformi in una rinuncia alla pena *tout court*, merita di essere segnalato che la già citata l. n. 103/2017, sempre con riferimento alla delega «per la riforma dell'ordinamento penitenziario» (art. 1 c. 82), enuncia come principi e criteri

<sup>49</sup> Funzione peraltro già registrata all'inizio di questo secolo da G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, cit., 168, 172 s.

<sup>50</sup> Cfr. E. DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in E. Dolcini – C. E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, 1102.

<sup>51</sup> Si pensi alla detenzione domiciliare come forma di rinvio dell'esecuzione della pena detentiva *ex art.* 146 e 147 c.p. ai sensi dell'art. 47-ter c. 1-ter ord. penit.; o alla detenzione domiciliare per il condannato ultrasettantenne (art. 47-ter c. 01 ord. penit.) o minore di anni ventuno (art. 47-ter c. 1 ord. penit.).

<sup>52</sup> Cfr. L. EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, cit., 1323.

<sup>53</sup> Cfr. M. PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, Bologna, 2013, 9.

<sup>54</sup> In merito al carattere selettivo del carcere in Italia, cfr. da ultimo E. DOLCINI, *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1668 ss.; G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 27 giugno 2014, par. 6.

<sup>55</sup> Per effetto del d.l. 22 dicembre 2011 n. 211 conv. in l. 17 febbraio 2012 n. 9.

<sup>56</sup> Per effetto del d.l. n. 146/2013 conv. in l. n. 10/2014.

<sup>57</sup> Circa l'impatto deflativo delle nuove ipotesi di detenzione domiciliare, cfr. Associazione Antigone, *Antigone nelle carceri italiane*, cit., 3, secondo cui i dati evidenziano che, mentre la quota di chi accede alle misure alternative alla detenzione tende a restare sostanzialmente stabile, il meccanismo delineato dalla l. n. 199/2010 consente effettivamente di erodere la popolazione presente nelle carceri. La ragione può risiedere nel fatto che la «esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi» ai sensi della l. n. 199/2010 «non incontra preclusioni nella *recidiva reiterata*» (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, 1793).

direttivi, tra l'altro, la «d) (...) previsione di misure per rendere più efficace il sistema dei controlli» e la «f) 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», con ciò evidentemente arricchendo la valenza rieducativa anche di queste ultime.

## 4. Rieducazione ed emergenza nella ricerca attuale di alternative al carcere.

La ricorrenza dell'alternativa al carcere come tema cruciale del dibattito penalistico merita di per sé attenzione. Nello stesso riproporsi della ricerca di un surrogato alla pena detentiva, in senso trasversale a stagioni politico-criminali diverse, si può infatti rintracciare la compresenza (talora dialettica) tra le ragioni dell'emergenza e le ragioni della rieducazione.

Queste ultime inducono a rintracciare – in forza di spinte anche ideali – un'alternativa al carcere, in quanto vedono in essa uno strumento migliore della reclusione per averare il finalismo rieducativo della pena. Simili istanze prendono in carico dunque una *crisi funzionale* del carcere, che si manifesta nell'incapacità di averare, nello specifico, il finalismo rieducativo scolpito dall'art. 27 c. 3 Cost. come fine proprio della pena<sup>58</sup>.

Chiaramente la crisi del carcere sul piano funzionale dovrebbe costituire in sé un'emergenza per il legislatore penale, fotografando una pena solo costosa e priva di benefici individuali e sociali; una pena che genera appunto un esito *costituzionalmente inaccettabile* tenuto conto dell'art. 27 c. 3 Cost.<sup>59</sup>. Tuttavia, il riferimento qui alle "ragioni dell'emergenza" allude a qualcosa di diverso, ossia all'insieme di istanze politico-criminali che perseguono l'obiettivo *tecnocratico* di preservare la *governabilità* del carcere: in tal senso, l'alternativa al carcere può essere considerata come uno strumento per ripristinare tale condizione, contingentemente messa in crisi dai più diversi fattori (*in primis* il sovraffollamento).

Nel dibattito politico-criminale degli ultimi anni, la compresenza dialettica di rieducazione ed emergenza nella ricerca di alternative al carcere è particolarmente evidente. Da un lato, le ragioni della rieducazione si possono cogliere nella delega – come noto, non esercitata – «in materia di pene detentive non carcerarie», contenuta nell'art. 1 l. 28 aprile 2014 n. 67: la previsione della «reclusione domiciliare» e dell'«arresto domiciliare» tra le pene principali avrebbe consentito di superare *strutturalmente* la tradizionale impostazione carcerocentrica del sistema<sup>60</sup>. Dall'altro lato, l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, introdotto direttamente dalla l. n. 67/2014, pur orientato (soprattutto potenzialmente) in senso rieducativo, appare influenzato anche da istanze emergenziali, come sopra intese<sup>61</sup>.

### 4.1. L'anelito per il superamento strutturale dell'impostazione carcerocentrica.

Le linee di riforma del sistema sanzionatorio penale, tracciate dalla l. n. 67/2014, sono state – come noto – preparate dal lavoro della Commissione istituita dal Ministro della Giustizia

<sup>58</sup> Cfr. altresì C. E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli – Roma, 2006, 168, che «registra il maggior contributo della giurisprudenza costituzionale» nella «tendenziale estensione alla fase esecutiva dell'espressione "personale" (...) che accompagna la locuzione *responsabilità penale* al primo comma dell'art. 27 Cost.: la vicenda esecutiva (...) deve essere connotata da unicità e irripetibilità». Sul rilievo, in prospettiva storica, dell'«idea dell'individualizzazione sanzionatoria» come «volano dei passaggi» evolutivi della pena detentiva, cfr. T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio*, cit., 421.

<sup>59</sup> Cfr. C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 471 s.

<sup>60</sup> Cfr. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, cit., 1710, secondo il quale la l. n. 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». In precedenza, sull'esigenza di «una riforma organica dell'apparato sanzionatorio penale, che possa incidere stabilmente sui problemi» strutturali del sistema, cfr. L. EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1305.

<sup>61</sup> V. *infra* § 4.2.

nel 2013 e presieduta dal Prof. Francesco Palazzo<sup>62</sup>.

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»<sup>63</sup>, 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»<sup>64</sup>. In particolare, l'introduzione di alternative al carcere appariva improcrastinabile in relazione alla «fascia più bassa della criminalità»<sup>65</sup>, tendenzialmente raggiunta da pene detentive brevi, all'origine di una componente tutt'altro che trascurabile della popolazione penitenziaria<sup>66</sup>.

Nella proposta della Commissione Palazzo, il catalogo delle pene principali per i delitti e le contravvenzioni si arricchiva di sanzioni detentive da scontare presso il domicilio (la *reclusione* e l'*arresto domiciliari*)<sup>67</sup> e 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<sup>68</sup>. 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»<sup>69</sup> rispetto ai quindici giorni previsti attualmente dall'art. 23 c.p.

Il ventaglio di opzioni sanzionatorie delineate dalla Commissione Palazzo è filtrato solo in parte nell'impianto della l. n. 67/2014 e, in particolare, nella già richiamata delega «in materia di pene detentive non carcerarie». Qui l'attenuazione della centralità della prigione avviene grazie alla previsione dei già ricordati nuovi tipi sanzionatori – evidentemente limitativi della libertà individuale, ma non carcerari – della *reclusione domiciliare* e dell'*arresto domiciliare*: 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<sup>70</sup>.

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<sup>71</sup>. 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., la possibile applicazione della reclusione domiciliare.

Nel tratteggiare i contorni delle nuove sanzioni domiciliari, la l. n. 67/2014 cerca, da un lato, di valorizzarne la capacità di veicolare una carica affittiva senza però determinare alcuna soluzione di continuità 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. Per questa parte, dunque, si costruisce una risposta sanzionatoria il più possibile non-desocializzante.

Dall'altro lato, la legge-delega intende sfruttare le potenzialità rieducative delle nuove ti-

<sup>62</sup> Cfr. G. MANNOZZI, *Il «legno storto» del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 782.

<sup>63</sup> Schema e relazione licenziati nel dicembre 2013 e reperibili su [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>64</sup> Relazione Commissione Palazzo 2013, 3.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> «Ancora oggi – e nonostante le misure alternative di cui all'ordinamento penitenziario – la percentuale di detenuti in espiatione 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)» (*ibidem*).

<sup>67</sup> 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'articolato), 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.

<sup>68</sup> Cfr. art. 3 (*Pena prescrittiva*) e art. 12 (*Libertà limitata*) dell'articolato della Commissione Palazzo.

<sup>69</sup> Relazione Commissione Palazzo 2013, 5.

<sup>70</sup> 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.

<sup>71</sup> 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. n. 67/2014, cfr. G. MANNOZZI, *Il «legno storto» del sistema sanzionatorio*, cit., 786. Analogamente, cfr. M. PELISSERO, *La detenzione domiciliare*, cit., 740.

pologie 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<sup>72</sup>. Per questa parte, l'intento è che la sanzione diventi addirittura "inclusiva" e risocializzante.

Il disegno così delineato dalla l. n. 67/2014, attuando un vero e proprio "travaso" del flusso dei condannati dal carcere al domicilio per le fasce di criminalità considerate, avrebbe senz'altro perseguito *finalità deflative* apprezzabili 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, avrebbe avuto 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»<sup>73</sup>.

Nondimeno, anche l'impianto della l. n. 67/2014 non è andato 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 con la pena carceraria, sembrava tradire il principio costituzionale di eguaglianza (art. 3 Cost.)<sup>74</sup> e contribuire ad acuire il carattere selettivo del carcere in Italia. Dall'altro lato, nella definizione delle nuove sanzioni, sembrava maggiore l'attenzione per la prevenzione speciale *negativa*<sup>75</sup>, anziché per la prevenzione speciale *positiva* (ossia genuinamente *rieducativa*): mancava cioè la previsione di una vera e propria "offerta trattamentale", che riuscisse a neutralizzare il rischio che la detenzione al domicilio riproduca *mutatis mutandis*<sup>76</sup> «il meccanismo di esclusione del carcere, meno visibile, ma non meno neutralizzante»<sup>77</sup>. In effetti, le nuove tipologie sanzionatorie sono parse ambivalenti sotto il profilo funzionale, non essendo chiaro se esse dovessero essere intese come «prevalentemente limitative o privative di diritti del condannato (...), ovvero [come] prevalentemente orientate alla sua "inclusione" e "recupero"»<sup>78</sup>.

## 4.2.

### *La bipolarità della sospensione del procedimento con messa alla prova.*

In una sorta di «circolazione dei modelli»<sup>79</sup> endo-sistemica, la l. n. 67/2014 ha esteso, come noto, alla giustizia penale degli adulti l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, ampiamente sperimentato nel diritto penale minorile<sup>80</sup>. In base alle premesse poste, esso può essere qui considerato, come detto, un'alternativa al carcere.

Alla luce della disciplina delineata, la nuova misura appare *contesa* tra le istanze della ri-educuzione e quelle dell'emergenza: un *ibrido* tra una vera e propria risposta sanzionatoria extra-carceraria, plasmata dal finalismo sancito dall'art. 27 c. 3 Cost., per la fascia di criminalità di gravità medio-bassa selezionata dall'art. 168-bis c. 1 c.p., e una "alternativa al processo" (prima ancora che al carcere)<sup>81</sup> ispirata prevalentemente da una logica premiale per l'autore del fatto<sup>82</sup>.

Da un lato, il primo fascio di interessi tenderebbe a valorizzare nella messa alla prova la

<sup>72</sup> Cfr. però M. PELISSERO, *La detenzione domiciliare*, cit., 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».

<sup>73</sup> F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, cit., 1697.

<sup>74</sup> Cfr. M. PELISSERO, *La detenzione domiciliare*, 742, 751.

<sup>75</sup> 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. n. 67/2014. Cfr. M. PELISSERO, *La detenzione domiciliare*, 751.

<sup>76</sup> Cfr. la critica di E. DOLCINI, *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, cit., 1664, nota 30: «il mutamento del luogo dell'esecuzione incide, e non poco, sulla sostanza».

<sup>77</sup> Cfr. M. PELISSERO, *La detenzione domiciliare*, 754.

<sup>78</sup> F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, cit., 1702.

<sup>79</sup> Cfr. E. GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000.

<sup>80</sup> Cfr. G. MANNOZZI, *Il «legno storto» del sistema sanzionatorio*, cit., 782. Prima della l. n. 67/2014 si era pronunciato a favore dell'estensione in parola L. EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, cit., 1317 s. Sulle aporie indotte da simile circolazione di modelli, in realtà tra loro non del tutto assimilabili, cfr. R. BARTOLI, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2015, 2.

<sup>81</sup> Cfr. F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 11 ss.

<sup>82</sup> 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.

capacità di ovviare alla disfunzionalità della pena carceraria breve, imprimendo all'istituto una forte marca specialpreventiva. Le ragioni della rieducazione aspirerebbero, di conseguenza, a conferire allo strumento un contenuto afflittivo reale, così da delineare un vero e proprio "trattamento", del quale apprezzare l'idoneità in relazione sia al fatto commesso, sia alla capacità di contribuire al reinserimento sociale del destinatario della misura<sup>83</sup>. Dall'altro lato, le ragioni dell'emergenza sarebbero invece orientate a sfruttare le potenzialità deflative dell'istituto come via di uscita *in primis* dal processo (e quindi, potenzialmente, dal penitenziario), spingendo sull'appetibilità dello strumento per l'imputato, da "invogliare" – grazie a una sapiente calibratura dei vantaggi – a simile opzione nel confronto con le vicende legate alla prosecuzione del procedimento<sup>84</sup>.

Nonostante l'accennata *bipolarità*, alcuni elementi, per così dire, "di contesto" (*in primis* l'urgenza storica di dare seguito alla sentenza Torreggiani del 2013) consentono di ritenere non improbabile – nel contingente adattamento del "modello minorile" al diritto penale degli adulti – una *prevalenza* delle istanze emergenziali connesse alla necessità di rispondere ai problemi di governabilità del carcere. Ma il successo della misura a livello prasseologico<sup>85</sup> – per certi versi, inatteso – pare spiegarsi anche «perché la messa alla prova è dotata di contenuti afflittivi, [sicché] il giudice tende a considerare la sua applicazione il momento di effettività del sistema mancante in sede di cognizione»<sup>86</sup>, con un recupero, per così dire, *sul campo* delle istanze legate alla rieducazione.

## 5.

### Chiusa.

«La storia del *sistema sanzionatorio* evolve (...) con tempi molto più lunghi della storia delle *idee* sulla funzione della pena e più lunghi della stessa evoluzione, anche radicale, dell'organizzazione politico-sociale, perché è intrisa di momenti irrazionali, reali o artificiosi, suscitati dal bisogno collettivo di sicurezza, che tendono a frenare fortemente qualunque domanda di cambiamento radicale»<sup>87</sup>.

V'è da chiedersi, pertanto, se lo spazio attualmente riconosciuto alle alternative al carcere nel sistema sanzionatorio penale, forse mai tanto ampio, stia ad indicare l'approssimarsi del superamento – così a lungo evocato nella «storia delle idee sulla funzione della pena» – della centralità del carcere. Un risultato che dovrebbe essere perseguito da una «politica criminale seria e legittima», ossia tesa al «rispetto delle scelte costituzionali sul senso e sui limiti del diritto penale come strumento di politica criminale»<sup>88</sup> e che non può ignorare la perdurante *crisi funzionale* del carcere<sup>89</sup>.

E tuttavia le cadenze del dibattito politico-criminale, sostanzialmente succubi delle spirali di insicurezza collettiva *e/o* dei calcoli di opportunità politica, allontanano inesorabilmente tale esito, costringendo a considerare le alternative al carcere come un ausilio costruito e implementato ad arte, perché – cinicamente – funzionale al mantenimento dell'esistente: *prison first!*

<sup>83</sup> Cfr. tuttavia l'obiezione formulata da F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1302, tenuto conto che siamo qui di fronte a «un imputato presunto innocente», per il quale il processo può anche riprendere e concludersi con una assoluzione. Cfr. inoltre F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione*, cit., 9 ss.

<sup>84</sup> Critico su tale aspetto F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 1300 s.

<sup>85</sup> Cfr. R. BARTOLI, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 6.

<sup>86</sup> R. BARTOLI, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 7.

<sup>87</sup> G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., 485 s.

<sup>88</sup> G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., 470, citando Roxin e Hassemer.

<sup>89</sup> Si veda recentemente 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: «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».