

QUESTIONI APERTE

Reati ostativi

La decisione

Reati ostativi - Detenzione domiciliare - Rieducazione - Pena - Principio di rieducazione - Divieto di applicazione - Questione di legittimità costituzionale - Non manifesta irragionevolezza (Cost., artt. 3, co. 1, 27, co. 1 e 3; C.p., art. 62, co. 1, nn. 4) e 6), 163; C.p.p., art. 444; L. 26 luglio 1975, n. 354, artt. 4-bis, 47 e 47-ter, co. 1-bis; L. 23 giugno 2017, n. 103, art. 1, co. 85, lett. b)).

Non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 47-ter, comma 1-bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà) nella parte in cui preclude l'accesso alla detenzione domiciliare agli autori dei reati di cui all'art. 4-bis ord. pen., sollevate, in riferimento agli artt. 3, primo comma e 27, primo e terzo comma, della Costituzione, dalla Corte di cassazione, sezione prima penale, con l'ordinanza del 18 febbraio 2019,

CORTE COSTITUZIONALE, 12 marzo 2020, (ud. 9 gennaio 2020), - CAROSI, *Presidente* - ZANON, *Relatore*.

Detenzione domiciliare “generica” e reati ostativi: automatismi preclusivi tra istanze di soppressione ed esigenze di politica criminale.

La legislazione emergenziale dei primi anni Novanta del secolo scorso ha prodotto una serie di automatismi normativi nell'ordinamento penitenziario, fondati sull'esigenza di neutralizzare i condannati per reati, per lo più, mafiosi. Tali meccanismi, basati su presunzioni assolute di pericolosità legate al titolo di reato oggetto della condanna incidono, immediatamente e in maniera irrimediabile, sulla finalità rieducativa della pena che, in tal modo, potrebbe non tendere al reinserimento sociale del condannato, quanto alla sua esclusiva “afflizione”. Se una tale considerazione del trattamento penitenziario poteva, nondimeno, giustificarsi agli albori della riforma emergenziale - allorché la criminalità organizzata stava “flagellando” l'Italia - in tempi più recenti, tale normativa di assoluto rigore non appare più in linea con i principi costituzionali che governano la materia dell'esecuzione penale. Negando in nuce ogni individualizzazione del trattamento penitenziario, gli automatismi preclusivi impediscono, infatti, al condannato per reati “ostativi” di vedersi “riesaminata” la pena, nell'ottica di un progressivo reinserimento sociale. Nonostante, inizialmente, la giurisprudenza (costituzionale e europea) avesse aperto a un revirement per il superamento degli automatismi in parola, in tema di detenzione domiciliare “generica” la Corte costituzionale ha arrestato tale percorso. Relegando la materia al piano della politica criminale, non assoggettabile ad alcun sindacato di costituzionalità e discostandosi da importanti approdi raggiunti per altri istituti di diritto penitenziario, il Giudice delle leggi “salva” i meccanismi preclusivi e considera i condannati per reati c.d. ostativi non meritevoli a priori di essere ammessi alla detenzione domiciliare “generica”. La strada, ancora una volta, passerà probabilmente per la Corte europea dei diritti dell'uomo.

“Generic” home-detention and “obstructive” offences: preclusive automatism between suppression instances and criminal policy needs.

The emergency legislation of the early Nineties of the last century has produced legislative automatism in the prison system, based on the need to neutralize prisoners for serious crimes, mostly, mafiosi. These mechanisms, based on absolute presumptions of danger linked to the title of crime which is the sub-

ject of the final sentence, immediately and irremediably affect the re-education of the sentence which, in this way, it may not tend to the social reintegration of the condemned, as to his exclusive affliction. If such a consideration of the penitentiary treatment could, however, justify itself at the dawn of the emergency reform - when organized crime was "flogging" our Country - in more recent times, this legislation of absolute rigour no longer appears in line with the constitutional principles governing the subject of criminal execution.

In denying every individualization of the penitentiary treatment, the preclusive automatism prevent, in fact, an individualized judgment and social integration to the condemned for serious crimes.

Despite the (constitutional and european) jurisprudence had opened a revirement for the overcoming of the legislative automatism in question, for the home detention "generic" the italian Constitutional Court has stopped this path. Relegating the matter to the plan of criminal policy, not subject to any judgment of constitutionality and departing from important landings reached for other institutions of penitentiary law, the Judge of the laws saves the preclusive mechanisms and considers the convicts for serious crimes not deserving of being admitted to the home detention. The road, once again, will pass probably through the European Court of Human Rights.

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. - 2. Le teorie sulla finalità della pena detentiva. Cenni. - 2.1. La funzione rieducativa come finalità ineludibile dell'ordinamento penitenziario. Gli ostacoli al trattamento rieducativo nel panorama giuridico attuale. - 2.2 I regimi differenziati: un affievolimento della finalità rieducativa? - 3. Dalla certezza e immutabilità della pena alle misure alternative alla detenzione carceraria: in particolare, sulla natura e *ratio* della detenzione domiciliare. - 4. La detenzione domiciliare "generica" e l'inapplicabilità ai condannati per reati ostativi, tra esigenze di difesa sociale e dubbi di legittimità costituzionale - 4.1. (Segue) La decisione della Consulta: la "non manifesta irragionevolezza" della preclusione assoluta di cui all'art. 47-ter, comma 1-bis, O.P. - 5. Sulla portata dei canoni di giudizio della Corte Costituzionale in tema di automatismi preclusivi. Rilievi critici. - 6. Considerazioni conclusive e prospettive future.

1. *Considerazioni introduttive.* Il sistema giuridico penale, affinché sia efficace nella sua *ratio*, necessita di un apparato sanzionatorio efficiente nel suo momento attuativo, tale da assicurare all'autore dell'illecito una risposta punitiva certa e adeguata. Diversamente, la funzione del precetto penale sarebbe senz'altro vanificata.

Un ruolo di rilievo è svolto, anzitutto, dal rimedio risarcitorio: attraverso la condotta risarcitoria si infligge all'autore della violazione una sofferenza che, dall'altra parte, consente all'offeso di soddisfare le sue ragioni, mediante un ristoro economico per il pregiudizio subito¹. Nondimeno, poiché nel diritto penale spesso si opera con beni giuridici solo latamente suscettibili di ponderazione economica², accanto al rimedio risarcitorio il nostro ordinamento ap-

¹ Il sistema delle conseguenze civili nascenti dalla commissione di fatti costituenti reato è approntato e regolato dagli artt. 185 e ss. c.p.

² Così, DIDI, in *L'esecuzione e il diritto penitenziario* a cura dello stesso, II, Pisa, 2017 in introduzione. L'A. illustra alcuni esempi per dimostrare l'inadeguatezza della sanzione del risarcimento del danno a ripristinare l'equilibrio violato con la commissione di un fatto/reato: si pensi ai reati contro la pubblica amministrazione dove il bene giuridico è rappresentato dal buon andamento della "cosa pubblica" o, ancora, ai reati di omicidio nei quali nessun "prezzo" potrà mai "sostituire" una vita spezzata. Viepiù,

pronta un apparato sanzionatorio fondato – in buona sostanza – sulla privazione della libertà personale nei confronti dell'autore dell'illecito penale³. Anche in un sistema giuridico come il nostro (imperniato sul fondamentale principio rieducativo) la limitazione della libertà personale diventa, dunque, momento essenziale e irrinunciabile: una volta inflitta e divenuta irrevocabile, la pena detentiva richiede di trovare applicazione «anche nei confronti di chi abbia ammesso il proprio errore e sia “scientificamente” provato che non possa più commettere reati, perché appunto rieducato»⁴.

Ciò premesso, quale corollario del principio rieducativo di rango costituzionale, “l'individualizzazione” del trattamento penitenziario in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti⁵: nel momento attuativo, la pena detentiva potrà essere rimodulata, sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo, secondo un modello che punta al reinserimento sociale del condannato. Così alla pena certa e immutabile, al carcere come luogo destinato unicamente all'espiazione della pena, si affiancano istituti che, pur comprimendola, non sacrificano del tutto la libertà personale del condannato, consentendo l'esecuzione della condanna *extra-moenia*. Tale rinnovata concezione della pena, non più considerata (soltanto) in funzione retributiva e special-preventiva⁶ bensì come strumento di emenda, ha indotto il legislatore a inserire, tra le norme dell'ordinamento penitenziario⁷, quelle dedicate alle misure alternative alla detenzione carceraria: affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare, semilibertà⁸.

bisogna considerare, altresì, che non per tutti i “torti” patiti l'offeso esercita l'azione civile per “ottenere giustizia”.

³ Sono previste, altresì, le pene pecuniarie (ammenda per le contravvenzioni e multa per i delitti) che prevedono il pagamento in favore dell'Erario di una somma di denaro da parte del reo ma, in genere, sono comminate per fattispecie incriminatrici di minore entità (o, comunque, per quelle più gravi in aggiunta alla pena detentiva). Esse si differenziano dal risarcimento del danno sia in virtù del soggetto cui s'indirizza il pagamento (lo Stato in caso di multa o ammenda, la persona offesa dal reato per il risarcimento), sia per la funzione (afflittiva per le pene pecuniarie, riparativa per il risarcimento).

⁴ Cfr. DIDI, in *L'esecuzione e il diritto penitenziario*, cit., 13. È in questo momento che viene in luce il carattere afflittivo della sanzione penale.

⁵ CORDERO, *Procedura penale*, VII ed., Milano, 2003, 1243.

⁶ MARGARA, *Il carcere in Europa fra reinserimento ed esclusione*, in *www.ristretti.it*, 2008, 8.

⁷ L'ordinamento penitenziario è regolato dalla Legge 26 luglio 1975 n. 354 e successive modificazioni e integrazioni.

⁸ Altro istituto da annoverarsi, per la dottrina, nelle misure alternative alla detenzione – e non tra le cause di estinzione della pena, come parrebbe in virtù della sua collocazione nel Codice Penale – è la liberazione condizionale, prevista e disciplinata dall'art. 176 c.p. Elemento che più la rende assimilabile alle misure alternative è la sua funzione risocializzante per il condannato che abbia già scontato una parte consistente della pena inflitta. Inoltre, è necessario che il condannato abbia dato prova, con il proprio comportamento, di un sicuro ravvedimento. Altro punto in comune, è rappresentato dall'organo giudi-

Per quanto riguarda, specificamente, l'istituto della detenzione domiciliare⁹, viene in luce il disposto dell'ultima parte del comma 1-*bis* dell'art. 47-*ter*¹⁰, che preclude l'accesso ai condannati per delitti di cui all'art. 4-*bis* O.P.¹¹ Trattasi, evidentemente, di "automatismo preclusivo" fondato su una presunzione (aprioristica) di pericolosità del condannato per ipotesi delittuose gravi¹².

Su tale automatismo normativo di pura natura formale (peraltro, non unico nel suo genere nella disciplina penitenziaria) s'annida la questione problematica di fondo: se, in base al modello rieducativo, deve costantemente valutarsi e valorizzarsi la condotta tenuta dal condannato durante tutto l'arco temporale di espiazione - trasformando la pena, in ipotesi di esito positivo, in un

ziario chiamato a decidere sull'applicazione dell'istituto *de quo*: il tribunale di sorveglianza del luogo in cui ha sede l'istituto nel quale si trova il condannato al momento della domanda. In questo filone di pensiero, PENNISI, *Le misure alternative alla detenzione*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria* a cura di CORSO, III ed., Bologna, 2006, 168. *Contra*, FIORENTIN, *La liberazione condizionale*, in *L'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali. Disciplina dell'esecuzione penale e penitenziaria* a cura di FIORENTIN- SANDRELLI, Padova, 2007, 747, per il quale la liberazione condizionale non sarebbe assimilabile alle misure alternative alla detenzione in quanto comporta «la liberazione del soggetto, che viene dunque proiettato all'esterno (e al di fuori) del tradizionale circuito esecutivo ordinario, fondato sul duopolio carcere - misura alternativa»; analogamente, CANEPA-MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 243.

⁹ Disciplinata dall'art. 47-*ter* O.P., introdotto dalla L. 10 ottobre 1986, n. 663 (Legge c.d. Gozzini). Inizialmente, la detenzione domiciliare è stata inserita nell'ordinamento penitenziario per rispondere a esigenze di tipo assistenziale e umanitarie verso soggetti le cui condizioni di vita o di salute - disciplinate tassativamente - apparivano incompatibili con la reclusione inframuraria; in seguito, attraverso diversi interventi di riforma e pronunce della giurisprudenza costituzionale, l'ambito applicativo dell'art. 47-*ter* O.P. è stato esteso a soggetti non ricompresi nelle originarie categorie considerate meritevoli di tutela. Il riferimento è, in particolare, al comma 1-*bis* della disposizione *de qua*, introdotto dalla Legge 27 maggio 1998, n. 165, che disciplina la detenzione domiciliare c.d. generica, nonché alla sentenza della Corte Costituzionale n. 350 del 5 dicembre 2003 che ha reso applicabile il beneficio in parola alla madre condannata e, nei casi previsti dalla lettera b) dell'art. 47-*ter*, comma 1, O.P., al padre condannato, conviventi con un figlio portatore di *handicap* totalmente invalidante.

¹⁰ L'accesso alla misura alternativa *de qua* è consentito ai condannati ad una pena detentiva non superiore a due anni di reclusione, quando l'affidamento in prova al servizio sociale sia risultato inidoneo e a condizione che si possa prevenire, attraverso la sua concessione, il rischio di recidiva.

¹¹ Tale ultima disposizione integra una norma di particolare rigore tecnico-giuridico introdotta dall'art. 1, comma 1, del D.L. 13 maggio 1991, n. 152, recante provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata, convertito con modificazioni nella L. 12 luglio 1991, n. 203. Le figure di reato ivi individuate (comunemente apostrofate con l'espressione "reati ostativi") configurano un lungo ed eterogeneo elenco di incriminazioni particolarmente gravi che precludono all'autore l'accesso ai benefici penitenziari in base al solo titolo del reato oggetto della condanna (salvo che ricorra una delle tassative ipotesi derogatorie, che consentono di superare detta preclusione).

¹² Come evidenziato in dottrina, sull'art. 4-*bis* si fonda propriamente «un regime penitenziario differenziato, in rapporto alla natura del reato commesso dal condannato»: così GREVI, *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza (1986-1993)*, a cura dello stesso, Padova, 1994, 7.

avanzamento nel trattamento rieducativo e nel graduale reinserimento sociale – cosa accade di fronte a un condannato per reato ostativo?

Senza anticipare argomentazioni che saranno meglio trattate nel prosieguo, la giurisprudenza (costituzionale e europea) più recente ha talvolta, sapientemente, accolto – in riferimento a taluni istituti – le fervide istanze di superamento delle presunzioni assolute di pericolosità fondate sul titolo di reato¹³. Nondimeno, il solco interpretativo accennato non è proseguito in maniera decisiva; invero, in una recentissima pronuncia in materia di detenzione domiciliare “generica”¹⁴, i giudici costituzionali hanno arrestato tale proficuo percorso evolutivo, salvando l’automatismo cristallizzato nell’ultima parte dell’art. 47-ter, comma 1-bis, O.P.

Sarebbe decisivo individuare il *discrimen* che conduce l’interprete a superare gli automatismi preclusivi, ad esempio, in materia di ergastolo¹⁵ e non per una misura alternativa, quale la detenzione domiciliare, certamente meno afflittiva. D’altra parte, che la resistenza a “vincere” le preclusioni assolute in tema di reati ostativi sia una scelta di politica-criminale (ancora oggi molto viva), appare innegabile: con l’ultima riforma dell’ordinamento penitenziario¹⁶ il legislatore, invero, non ha inteso apportare alcuna modifica in materia di misure alternative alla detenzione e criteri di accesso, nonostante un’ampia delega legislativa in tal senso¹⁷. Sarebbe, pertanto, utile rintracciare, nel contesto storico-sociale in cui viviamo, le peculiari ragioni di politica criminale che impediscono al legislatore di compiere un simile passo tanto “coraggioso” quanto, oramai, ineluttabile.

¹³ Il riferimento è a Corte Cost., 11 luglio 2018, n. 149, in www.cortecostituzionale.it; C.E.D.U., 7 ottobre 2019, *Marcello Viola c. Italia*; Corte Cost., 23 ottobre 2019, n. 253, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁴ Corte Cost., 12 marzo 2020, n. 50, Pres. Carosi, Rel. Viganò, Red. Zanon, in www.giurcost.org. La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata con Ordinanza di rimessione della Prima Sezione Penale della Corte di Cassazione del 1° marzo 2019, iscritta al n. 89 del registro Ordinanze 2019 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 24, prima serie speciale, dell’anno 2019.

¹⁵ Come avvenuto con la pronuncia n. 149/2018 con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l’art. 58-*quater*, comma 4, O.P. in tema di ergastolo ostativo per taluni tipi di reato (art. 289-*bis* e 630 c.p., qualora derivi la morte del sequestrato). O, ancora, con la sentenza n. 253 del 23 ottobre 2019, con cui è stata dichiarata illegittima la presunzione assoluta di pericolosità sociale del reo non collaborante con la giustizia di cui all’art. 4-*bis*, comma 1, O.P.; per tal via, dunque, i detenuti all’ergastolo ostativo non collaboranti con la giustizia sono stati ammessi alla fruizione di permessi premio, purchè siano acquisiti elementi tali da escludere l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata e il pericolo del ripristino di tali collegamenti.

¹⁶ Il riferimento è ai decreti legislativi nn. 121, 123 e 124 del 2 ottobre 2018, attuativi della Legge delega n. 103/2017.

¹⁷ Il riferimento è alla Legge delega n. 103/2017.

2. *Le teorie sulla finalità della pena detentiva. Cenni.* Nessuna trattazione *in subiecta materia* può esimersi dal dar conto – sebbene in maniera sintetica e generale – dell’annoso e secolare dibattito sulle finalità della pena. Il dibattito filosofico-politico sulla funzione della pena detentiva risale all’Illuminismo e il dato di sintesi¹⁸ è rappresentato dalla distinzione tra teorie assolute (o retributivistiche o *quia peccatum* o repressive) che concepiscono la pena come fine a sé stessa, come un “male” che serve a “contraccambiare” la sofferenza della vittima, e le teorie relative (o utilitaristiche o *ne peccetur* o preventive) che concepiscono la pena come strumento per la realizzazione del fine utilitario di prevenire la commissione di futuri delitti. Tra le teorie utilitaristiche, poi, si distinguono dottrine della prevenzione generale che considerano la pena quale deterrente per scoraggiare – attraverso l’intimidazione – la generalità dei consociati dal commettere reati¹⁹ e dottrine della prevenzione speciale, positiva o negativa a seconda che realizzi la correzione del delinquente ovvero la sua completa neutralizzazione²⁰. Come evidenziato in dottrina²¹, tutte le teorie poc’anzi citate prestano il fianco a rilievi critici. Così, alle teorie retributive si può obiettare che la pena non si giustifica guardando al passato perché l’ordine violato non può ripristinarsi nella sua interezza con la punizione²²; alle teorie della prevenzione generale si oppone che nessuno, neppure il peggiore criminale, può essere trattato come strumento per perseguire fini politici²³ e, in ultimo, le teorie della prevenzione speciale in chiave negativa violano

¹⁸ Per un adeguato approfondimento, v. CATTANEO, *Pena, I. Filosofia del diritto*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXII, Milano, 1982, 701-712; PAVARINI, *Lo scopo della pena*, in *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, a cura di INSOLERA-MAZZACUVA-PAVARINI-ZANOTTI, Torino, 2002, 321-344;

¹⁹ L’idea della pena come intimidazione affonda le sue radici nell’antichità e rimanda ai filosofi greci e latini, tra cui massimi esponenti furono Protagora e Seneca. Tale concezione è stata poi ripresa, nel XIX secolo, da alcuni filosofi come Feuerbach: secondo quest’ultimo, l’uomo è un essere razionale che prima di agire soppesa tutte le possibili conseguenze dell’azione criminosa. Questo bilanciamento porterebbe l’uomo ad astenersi dalla scelta criminale, tutte le volte che la sofferenza prospettata superi i possibili guadagni commessi al reato. Si tratta della teoria c.d. della coazione morale. La teoria della prevenzione generale è stata aspramente criticata in dottrina, per un approfondimento v. FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, Parte generale*, VI ed., Bologna, 2009, 712; FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale: per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, 29.

²⁰ Le teorie della prevenzione speciale si pongono il problema di capire come l’ordinamento giuridico possa influire sull’autore del reato, evitando che torni a delinquere. La prevenzione speciale negativa postula la pena come mezzo per neutralizzare, nel senso di renderlo inoffensivo, il delinquente pericoloso, in quanto non suscettibile di intimidazione, né rieducazione. La prevenzione speciale positiva, invece, non si limita a frapporre ostacoli materiali alla reiterazione del crimine, ma pretende di risocializzare il condannato.

²¹ BITONTI, *La giurisdizione penitenziaria*, in *L’esecuzione e il diritto penitenziario*, cit., 103.

²² FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale (1989)*, VIII ed., Roma-Bari, 2004, 241 ss.

²³ Ancora, FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 263-270, scrive che la prevenzione dei delitti attraverso l’esempio della pena «si presta [...] all’obiezione kantiana secondo cui nessuna persona può essere uti-

il principio della proporzionalità della pena, poiché non reprimono il comportamento passato ma un modo di essere del reo²⁴.

La dottrina prevalente e la nostra giurisprudenza costituzionale hanno proposto, inizialmente, una lettura “polifunzionale” della pena: essa assolve, contemporaneamente, alla funzione retributiva, general-preventiva e special-preventiva, senza che nessuna di tali finalità prevalga sull’altra. La finalità rieducativa, in tale impostazione, rimane confinata alla fase esecutiva²⁵.

Tuttavia, la concezione “polifunzionale” ha rivelato tutta la sua inadeguatezza sul piano pratico in quanto, non postulando un ordine gerarchico o di priorità tra le diverse ed eterogenee funzioni della pena, lasciava al giudice un’ampia – *rectius* eccessiva – discrezionalità nel momento applicativo. Conseguentemente, nel corso degli ultimi decenni del secolo scorso si è assistito a una lenta ma progressiva evoluzione concettuale che ha portato a considerare la «rieducazione del condannato come fine principale ineludibile» della pena²⁶.

2.1. La funzione rieducativa come finalità ineludibile dell’ordinamento penitenziario. Gli ostacoli al trattamento rieducativo nel panorama giuridico attuale. Non v’è dubbio che, per quanto non si possa negare funzione rieducativa alla pena pecuniaria²⁷, il riferimento operato dal nostro Costituente all’art. 27 è senz’altro alla pena detentiva. Un passo fondamentale nell’attuazione del principio rieducativo a livello legislativo è stato compiuto con la Legge 26 luglio 1975, n. 354²⁸ che costituisce, appunto, la prima legge organica di riforma

lizzata come mezzo per fini a lei estranei».

²⁴ Sempre, FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 251-262.

²⁵ In dottrina, FIANDACA, *Commento all’art. 27 co. 3 Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di BRANCA E PIZZORUSSO, Bologna, 1989, 332 e FIANDACA- DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, cit., 41. In giurisprudenza, si segnala Corte Cost. 4 febbraio 1966, n. 12, in www.cortecostituzionale.it, Corte Cost. 7 novembre 1974, n. 264, in www.cortecostituzionale.it.

²⁶ FRIGO, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale, intervento nell’ambito del Convegno “Scambio di analisi ed esperienze sul rapporto tra le nostre Costituzioni e i principi penali”*, Madrid-Valencia, 13-14 ottobre 2011, in www.cortecostituzionale.it/relazioni_internazionali/incontri_internazionali. Sulla finalità rieducativa e risocializzante della pena esiste una vasta letteratura in dottrina: MANTOVANI, *Il problema della criminalità. Compendio di scienze criminali*, Padova, 1984, 512 ss.; DOLCINI, *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero della lungimiranza del costituente*, in *Rass. penit e crim.*, 2003, 2-3, 69 ss.

²⁷ La Corte Costituzionale con sentenza n. 12 del 1966 ha osservato che non è sempre possibile «escludere che la pena pecuniaria possa di per se’ adempiere a una funzione rieducativa»; analogamente, GROSSO, *Le pene pecuniarie di fronte all’art. 27 comma 3 della Costituzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1966, 999 ss.

²⁸ Comunemente nota come “riforma dell’ordinamento penitenziario”, da qui in avanti, la L. n. 354/1975 sarà indicata con l’abbreviazione O.P.

del sistema penale ispirata al principio della funzione rieducativa della pena²⁹. In essa la pena è considerata alla stregua di “trattamento rieducativo”, da intendersi come «l’insieme delle tecniche modificative della personalità del condannato, poste in essere al fine di favorirne la rieducazione e il reinserimento nella società»³⁰. Momento decisivo del “trattamento” è l’individualizzazione della pena, in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti³¹: è essenziale che il percorso rieducativo non sia concettualmente identico per tutti i condannati, viceversa, si creerebbe una discriminazione in contrasto con l’art. 3, Cost. e con l’espresso dettato dell’art. 1, comma 6, O.P.³²

Il legislatore del ‘75 ha costruito l’intera disciplina dell’ordinamento penitenziario facendola gravitare attorno alla figura del detenuto «quale protagonista attivo e, nel contempo, quale fine ultimo dell’esecuzione penitenziaria, nella prospettiva della rieducazione»³³. Una scelta davvero “rivoluzionaria” se si pensa che, fino a quel momento, il carcere era stato il luogo nel quale ogni aspetto riguardante la vita del detenuto era regolato, predeterminato e controllato dall’alto: nessun margine di autodeterminazione e di riservatezza era riconosciuto al condannato che, pertanto, diveniva mero “oggetto” nelle briglie dell’amministrazione penitenziaria e, in assenza di stimoli, era portato per lo più ad aggregarsi ai gruppi criminali formati all’interno del luogo di detenzione³⁴.

²⁹ GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario* a cura dello stesso, Bologna, 1981, 1.

³⁰ Così DAGA, *Trattamento penitenziario*, in *Enc. dir.*, Vol. XLIV, Milano, 1992, 1304. Diverso concetto è quello di trattamento penitenziario, definito da BELLOMIA, *Ordinamento penitenziario*, Vol. XXX, Giuffrè, Milano, 1980, 921, come «complesso delle situazioni giuridiche soggettive attive e passive spettanti al detenuto in dipendenza dello stato di detenzione».

³¹ Come si evince già dal disposto dell’art. 1, comma 6, O.P. il trattamento rieducativo dev’essere finalizzato al reinserimento sociale del condannato, anche mediante contatti con l’ambiente esterno e deve attuarsi secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti. Il trattamento individuale è garantito dalla «osservazione scientifica della personalità» (art. 13) durante tutto il periodo di espiazione, per evidenziare le eventuali carenze psicofisiche e altre cause di disadattamento sociale. Sulla base delle osservazioni sono poi formulate le indicazioni di merito circa il necessario trattamento individualizzato e rieducativo, compilando un apposito programma che è un vero e proprio vademecum per l’assegnazione del detenuto ai singoli istituti penitenziari e alle sezioni, nonché per l’accesso ai benefici.

³² Così, BANA, *La trasformazione della tipologia sanzionatoria nei confronti del criminale “colletto bianco”*, in *Riv. Pen.*, 2004, 589 ss.

³³ Ancora, GREVI, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, cit., 7.

³⁴ Per cogliere, in pieno, lo stato in cui versavano i detenuti prima della riforma dell’ordinamento penitenziario, sono illuminanti le pagine di NEPPI MODONA, *Ordinamento penitenziario*, in *Digesto. Discipline Penali*, IX, Torino, 1995, 41 ss., ove è riportato che i detenuti durante l’estate, di norma, chiedevano di poter tenere aperta la porta della cella per un’ora al giorno onde evitare l’eccessivo calore

Dunque, la riforma del 1975 eleva il detenuto a “uomo”, centro di imputazione di diritti³⁵ - e, più in generale, di situazioni soggettive di vantaggio - che può esercitare personalmente, anche se in stato di interdizione legale.

La legge n. 354/1975 è, senza dubbio, una straordinaria enunciazione di principio che riconosce tutta una serie di diritti al detenuto; tuttavia, a fronte di un riconoscimento formale, si discute molto sull'effettività degli stessi. Si assiste non infrequentemente, invero, a episodi di “supremazia” da parte dell'amministrazione penitenziaria, che spesso si traducono in veri e propri soprusi e privazioni nei confronti dei detenuti³⁶, tanto da portare a ritenere che «dominato da esigenze interne e di ordine e sicurezza, da una cultura e una pratica secolare di assoggettamento e spersonalizzazione, il carcere non è esattamente il luogo dei diritti»³⁷. Non solo. Si riscontrano, purtroppo, ostacoli di natura quantitativa e qualitativa allo svolgimento del trattamento rieducati-

e respirare un po' d'aria fresca; la risposta a tale richiesta in genere arrivava quando l'estate era ormai finita, la quale cosa, non solo dimostra la burocratica gerarchizzazione dell'amministrazione penitenziaria, non solo è di per sé in grado di aumentare gli episodi di violenza, ma fa comprendere quanto i detenuti fossero considerati una sorta di rifiuto sociale del quale potersi disinteressare.

³⁵ Tra i diritti del detenuto si è soliti operare una distinzione tra quelli che egli esercita all'interno del carcere e quelli che esercita fuori. Tra questi ultimi, sono ricompresi il diritto al programma e al trattamento rieducativo, il diritto al periodico riesame della propria posizione e il diritto ai premi e benefici penitenziari. I diritti che il detenuto esercita all'interno dell'istituto penitenziario sono quelli che gli spettano in quanto “uomo” e sono, pertanto, riconducibili ai diritti e libertà fondamentali di rango costituzionale. Ne fanno parte, ad esempio, il diritto all'integrità fisica e alla salute, cui si riconducono una serie di norme in tema di edilizia penitenziaria (artt. 5, 6 O.P.), il diritto al vestiario e corredo (art. 7 O.P.), il diritto all'igiene personale (art. 8), il diritto al vitto (art. 9 O.P.), il diritto di permanere all'aria aperta per almeno due ore al giorno (art. 10 O.P.), il diritto a visite mediche (art. 11), il diritto ai colloqui e all'assistenza alle famiglie (artt. 18, 28 O.P.) e così via.

³⁶ Emblematico di tale - certamente opinabile - atteggiamento è un recente caso finito davanti alla Consulta: oscurato il canale “*Rai Storia*” e “*Rai sport*”, un detenuto ristretto al 41-bis presentava reclamo e questo veniva accolto; tuttavia, l'amministrazione penitenziaria, senza ricorrere per cassazione avverso il provvedimento del magistrato di sorveglianza, decideva deliberatamente di non attuarlo e “costringeva” così il magistrato di sorveglianza a sollevare conflitto di attribuzione. La Consulta ha nell'occasione sapientemente chiarito che «quando il reclamo diretto al magistrato di sorveglianza riguarda la pretesa lesione di un diritto, e non si risolve in una semplice doglianza su aspetti generali o particolari dell'organizzazione e del funzionamento dell'istituto penitenziario, il procedimento che si instaura davanti al suddetto magistrato assume natura giurisdizionale [...] Se il procedimento e la conseguente decisione del magistrato di sorveglianza si configurano come esercizio della funzione giurisdizionale, in quanto destinati ad assicurare la tutela di diritti, si impone la conclusione che quest'ultima sia effettiva e non condizionata a valutazioni discrezionali di alcuna autorità», conseguentemente riconoscendo «alle “disposizioni” adottate dal magistrato di sorveglianza - in base all'art. 69, comma 5, ord. pen. - la natura di “prescrizioni od ordini, il cui carattere vincolante per l'amministrazione penitenziaria è intrinseco alle finalità di tutela che la norma stessa persegue”» (Cfr. Corte Cost., 7 giugno 2013, n. 135, in www.giurcost.org). L'interessante spunto di riflessione sul caso concreto appena riassunto è offerto da BITONTI, *La giurisdizione penitenziaria*, cit., 115 in nota.

³⁷ Cfr. BITONTI, *La giurisdizione penitenziaria*, cit., 116.

vo. Tra i primi, anzitutto, la questione del sovraffollamento carcerario, che impedisce di garantire ai detenuti adeguati *standards* di vita: nelle celle sovraccariche vengono meno tutti i diritti, a cominciare dalla *privacy*, gli spazi piccoli e affollati non consentono di esercitare, in maniera effettiva e dignitosa, i diritti di studio, culto, tempo libero, la sicurezza diminuisce perché, di fronte ad un elevatissimo numero di detenuti, diventa difficile gestire l'ordine³⁸. Quanto agli ostacoli di natura qualitativa, essi sono legati per lo più alle condizioni "soggettive" della popolazione detenuta³⁹ che, di fatto, rendono complesso e difficoltoso il compito rieducativo per le scarse risorse e dotazioni a disposizione degli istituti di pena.

Può allora il carcere, con un tale *deficit* organizzativo, rieducare in maniera effettiva? Certamente, la situazione carceraria italiana è «cronicamente emergenziale ormai da decenni»⁴⁰ e, nonostante la Legge delega n. 103 del 23 giugno 2017 prevedesse principi e criteri direttivi per una riforma dell'ordinamento penitenziario in chiaro affanno e sofferenza⁴¹, la situazione emergenziale *de qua* non è stata affrontata in modo risolutivo. Senza dubbio, con l'ultima riforma⁴² si è compiuto un primo passo in avanti nella riorganiz-

³⁸ Nell'ambito della questione del sovraffollamento carcerario è stata sollevata la problematica relativa alla vivibilità delle celle: la *C.E.D.U.*, con la sentenza nel caso *Torreggiani e altri c. Italia* dell'8 gennaio 2013, ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani, in quanto i ricorrenti avevano subito trattamenti inumani e degradanti durante la carcerazione. Inoltre, questa "sentenza pilota" incoraggia l'Italia a ridurre al minimo il ricorso alla custodia cautelare, privilegiando misure alternative ad essa.

³⁹ Costituita per gran parte da stranieri, tossicodipendenti e soggetti affetti da malattie mentali.

⁴⁰ Cfr. TRAVAGLIA CICIRELLO, *Carcere e misure alternative tra manovre legislative ed interventi "ripparatori" della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1647. L'esigenza di intervenire a livello normativo sul sistema penitenziario è avvertita, altresì, da CATELANI, *Le novità della Legge Simeone in tema di condanna a pena detentiva e misure alternative - A) Uno sguardo d'insieme: più pregi o difetti?*, in *Dir. pen. proc.*, n. 7/1998, 813, secondo il quale «tutta la materia del trattamento penitenziario avrebbe necessità di un continuo aggiornamento anche legislativo, aggiornamento che non dovrebbe essere semplicemente settoriale, vale a dire limitato a determinati istituti; sarebbe invece sicuramente utile a tal fine la revisione completa ad esempio di tutte le misure alternative e non solo di talune di esse, non senza considerare quelle reazioni collaterali negative che derivano da quella che i costituzionalisti definiscono la "situazione normativa" entro la quale una particolare disposizione, collegata nel caso di specie all'esecuzione penale, è inserita, potendosi così evitare quelle situazioni di difficoltà interpretativa e di irragionevolezza costituzionalmente censurabili».

⁴¹ Art. 1, comma 85, Legge delega 23 giugno 2017, n. 103.

⁴² Si tratta, in particolare, del Decreto Legislativo 2 ottobre 2018, n. 121 (*Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 81, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n. 103*), del Decreto Legislativo 2 ottobre 2018, n. 123 (*Riforma dell'ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u), della legge 23 giugno 2017, n. 103*) e del Decreto Legislativo 2 ottobre 2018, n. 124 (*Riforma dell'ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere g), h) e r), della legge*

zazione di istituti e norme di diritto penitenziario ormai vetusti⁴³, ma, al contempo, il legislatore non ha “colto nel segno”: una parte della delega legislativa, infatti – quella, appunto, relativa all’ambito di applicazione delle misure alternative e criteri di accesso (con eliminazione delle preclusioni e degli automatismi) – è rimasta, di fatto, inattuata⁴⁴.

2.2. I regimi differenziati: un affievolimento della finalità rieducativa? Se nel panorama giuridico attuale è innegabilmente mutata la concezione della pena, concepita come strumento di emenda del condannato, è altrettanto evidente che il legislatore non ha mai perso di vista l’esigenza di inasprire il trattamento normativo di fronte a fattispecie considerate di particolare gravità e allarme sociale. Da qui la previsione di un vero e proprio “regime penitenziario differenziato”⁴⁵ a carattere derogatorio per ipotesi tassative, che incide sui diritti del detenuto e sul loro esercizio, comprimendoli notevolmente. La disciplina differenziata è, in concreto, prevista per titoli di reato ovvero per

23 giugno 2017, n. 103)

⁴³ Con la recente approvazione dei decreti legislativi 2 ottobre 2018, n. 123 e n. 124 sono state introdotte nuove disposizioni volte a modificare l’ordinamento penitenziario con particolare riferimento all’assistenza sanitaria, alla semplificazione dei procedimenti per le decisioni di competenza del magistrato e del Tribunale di sorveglianza, nonché alle disposizioni in tema di vita penitenziaria e all’incremento delle opportunità di lavoro retribuito, sia intramurario che all’esterno ed al miglioramento della vita carceraria attraverso la previsione di norme volte al rispetto della dignità umana dei carcerati. Per una disamina approfondita della novella introdotta dal legislatore del 2018, si rimanda a DELLA BELLA, *Riforma dell’ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in *Diritto Penale Contemporaneo on line* del 7 novembre 2018.

⁴⁴ Il comma 85 dell’art. 1, L. 103/2017 prevedeva alle lettere b, c ed e: “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 e che il procedimento di sorveglianza garantisca il diritto alla presenza dell’interessato e la pubblicità dell’udienza; [...] e) eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l’individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato, nonché revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell’ergastolo, salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale”. Solo il D.lgs. 123 contiene qualche norma dedicata alla semplificazione dei procedimenti, ma esse toccano per lo più l’ambito strettamente procedurale della concessione delle misure.

⁴⁵ Da non confondere con i “trattamenti differenziati” che attengono alle misure e prescrizioni stilate, in chiave rieducativa e risocializzante, nel programma frutto dell’osservazione scientifica della personalità di ciascun detenuto.

caratteristiche personali del condannato, prescindendosi, dunque, da giudizi psico-criminologici individualizzanti. Proprio alla luce dell'ampio scostamento dai principi cardine che governano la materia dell'esecuzione penale, i regimi differenziati sono particolarmente "attenzionati" dagli operatori giuridici. Nel nostro ordinamento la normativa differenziata riguarda principalmente: l'esecuzione penale minorile, i recidivi qualificati, la sorveglianza particolare, il c.d. carcere duro e i reati "ostativi".

Se il regime differenziato per i condannati minorenni è del tutto *sui generis*, in quanto caratterizzato dalla supremazia assoluta dell'esigenza rieducativa rispetto ad ogni altra istanza sottesa alla carcerazione⁴⁶, di tutt'altra natura, invece, la *ratio* della diversificazione normativa per gli altri istituti penitenziari sopra richiamati: si parla, al proposito, di «doppio binario penitenziario» per sottolineare che l'impianto finalistico della detenzione orientato a dare attuazione all'art. 27, comma 3, Cost., è stato «smantellato» per ricondurre al massimo livello d'intensità le finalità retributivistiche, afflittive, di sicurezza e dife-

⁴⁶Fino alla recente riforma dell'ordinamento penitenziario ad opera del D.Lgs n. 121/2018 - mancando un testo normativo *ad hoc* in materia di esecuzione penale minorile e stante il disposto dell'art. 79 delle disposizioni transitorie che si limitava a sancire una testuale estensione della normativa penitenziaria ordinaria ai condannati minorenni - un ruolo di rilievo nella differenziazione penitenziaria per i minorenni è stato svolto dalla Corte costituzionale che, in diverse occasioni, ha emesso pronunce d'incostituzionalità verso taluni istituti generali in riferimento a indagati/imputati/condannati minorenni (*ex multis*, Corte Cost. sent. n. 436/1999, n. 450/1998, n. 403/1997, con le quali la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittime singole disposizioni della legge penitenziaria che penalizzavano i minori). La riforma poc'anzi richiamata ha individuato una disciplina *ad hoc* per l'esecuzione della pena nei confronti dei condannati minori d'età, anche se si è osservato che - pure in tale settore - il legislatore delegato non ha attuato del tutto i principi e i criteri direttivi dettati dalla Legge delega: per una disamina approfondita dell'argomento, si v. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in *Diritto Penale Contemporaneo online* del 16 novembre 2018. Come, sapientemente, osservato, è sembrato per certi versi che l'intento legislativo - forse troppo in preda a istanze "populiste" - fosse quello di segnare un'inversione di tendenza rispetto ai secolari principi di *favor* cui la giurisdizione penale minorile è da sempre ispirata. Nondimeno, ad appena un anno dall'entrata in vigore della riforma, la Consulta è stata chiamata a dirimere una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria avverso l'art. 2, comma 3, del D.Lgs. n. 121/2018, nella parte in cui prevedeva che trovasse applicazione l'art. 4-bis, commi 1 e 1-bis, O.P. nel giudizio per la concessione dei permessi premio, del lavoro all'esterno e delle misure di comunità ai condannati minorenni. La Corte ha, in quella sede, autorevolmente ribadito il principio della primazia della finalità rieducativa della pena e della necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio, accogliendo *in toto* la questione sollevata dal giudice *a quo* (Corte Cost., sent. 5 novembre 2019, n. 263, in www.cortecostituzionale.it). In dottrina, analogamente, MENGHINI, *Permesso premio: la Consulta apre un varco nell'art. 4-bis, 1° comma, ord. penit.*, in *Giur. It.*, febbraio 2020, 418, afferma che in riferimento ai condannati minorenni «salta l'intero schema preclusivo basato sulla collaborazione con giustizia: il magistrato di sorveglianza, nel decidere sulla concedibilità del beneficio, potrà dunque concentrare il proprio giudizio principalmente sul profilo dei progressi compiuti nel percorso rieducativo»

sa sociale della pena detentiva⁴⁷. Tale insieme di norme speciali derogatorie è stato in origine introdotto dal legislatore per fronteggiare il crescente fenomeno della criminalità organizzata ed esteso a più riprese (dal 2005 al 2009) a diverse figure di reato e alla recidiva.

Caratteristica peculiare dei c.d. regimi differenziati è la previsione di automatismi normativi e presunzioni assolute di pericolosità che si discostano, in maniera sostanziale, dal canone generale del “trattamento individualizzato”⁴⁸ per lasciare posto a una disciplina di particolare rigore tecnico-giuridico, con l’obiettivo – almeno iniziale – di recidere i rapporti di taluni condannati con le compagini criminose di provenienza.

Il risultato di sintesi di un tale impianto legislativo è dato, dunque, dalla previsione – accanto al regime ordinario applicabile ai detenuti “comuni” e incentrato sulla finalità rieducativa e sulla progressività della pena – di un regime speciale di assoluto rigore per taluni reati e per i recidivi qualificati, fondato su inversioni dell’onere probatorio e sull’esclusione dei condannati, attraverso preclusioni formali (di dubbia legittimità costituzionale), dalle misure alternative e dai benefici penitenziari.

3. Dalla certezza e immutabilità della pena alle misure alternative alla detenzione carceraria: in particolare, sulla natura e ratio della detenzione domiciliare. Logico corollario del processo di (re)interpretazione della pena in chiave rieducativa, il principio della detenzione carceraria quale *extrema ratio* rispetto a misure sanzionatorie non detentive di primario appannaggio⁴⁹. L’intervento riformatore del 1975 ha valorizzato, per tal via, una serie d’istituti che consentono l’esecuzione della condanna a pena detentiva fuori dall’ambiente carcerario: le misure alternative alla detenzione⁵⁰ che «costituiscono una vera e propria ricchezza irrettrabile della cultura giuridico-penitenziaria italiana che ha permesso, nel loro insieme, di traguardare la mera esclusività della pena affittiva avente natura detentiva con relativa piena implementazione dell’art. 27, terzo comma, Cost.»⁵¹

In origine, la legge sull’ordinamento penitenziario contemplava l’affidamento in prova al servizio sociale e la semilibertà quali uniche misure alternative alla

⁴⁷ Così, BITONTI, *La giurisdizione penitenziaria*, cit., 143.

⁴⁸ Logico corollario del principio rieducativo ex art. 27, comma 3, Cost.

⁴⁹ Il c.d. principio della flessibilità della pena: cfr. PALAZZO, *Esecuzione progressiva e benefici penitenziari*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, 149 ss.

⁵⁰ Disciplinate nel Titolo I, Capo VI, O.P., recante “*Misure alternative alla detenzione e remissione del debito*”.

⁵¹ Cfr. FIANDACA, *Il 3° comma dell’art. 27*, cit., 222-345.

detenzione⁵², da applicarsi a fine pena in favore del condannato che avesse serbato, in espiazione, un comportamento tale da dimostrare un certo grado di ravvedimento. In seguito, con la Legge c.d. Gozzini del 1986⁵³, è stata introdotta la detenzione domiciliare che, come evidenziato in dottrina⁵⁴, può meglio definirsi una modalità alternativa di esecuzione della pena, consentendo al condannato l'espiazione presso il domicilio (o altro luogo di assistenza, cura o accoglienza)⁵⁵. In virtù della *ratio* sottesa alla sua introduzione nell'ordinamento penitenziario (finalità umanitarie e assistenziali), in dottrina e giurisprudenza si era ritenuto – almeno inizialmente – che la detenzione domiciliare fosse carente di contenuto rieducativo e risocializzante, mirando a consentire ai condannati con un particolare *status* (tassativo) di continuare a scontare la pena fuori dall'istituto. L'opinione più autorevole ravvisa, per contro, anche nella detenzione domiciliare finalità rieducativa e risocializzante⁵⁶, con ciò considerandola, a ogni effetto, una misura alternativa alla detenzione al pari dell'affidamento in prova e della semilibertà⁵⁷.

Come osservato dalla dottrina, altra esigenza di politica-criminale assoluta con l'intervento di riforma del 1986 fu consentire a coloro in regime di arresti domiciliari al momento dell'irrevocabilità della condanna, il transito dalla fase cautelare a quella dell'esecuzione della pena senza subire pregiudizi derivanti

⁵² Secondo autorevole dottrina, alle misure alternative succitate sono da aggiungersi: 1) la liberazione condizionale, prevista dall'art. 176 c.p. (PENNISI, *Le misure alternative alla detenzione*, cit., 168); b) i permessi premio e l'istituto previsto per i collaboratori di giustizia (FIANDACA, cit., 746).

⁵³ La Legge "Gozzini" n. 663/1986 che, nel modificare il sistema penitenziario, ha seguito due linee direttrici: per un verso, ha ampliato le ipotesi di misure alternative alla detenzione concedibili dagli organi giurisdizionali di sorveglianza; dall'altro, ha esteso l'ambito applicativo delle misure già previste, incidendo sulle condizioni, soggettive e oggettive, di ammissibilità.

⁵⁴ PERRONE, *Misure alternative alla detenzione*, in *L'esecuzione e il diritto penitenziario*, cit., 232.

⁵⁵ Vi sono, nondimeno, Autori che affermano che anche la semilibertà sia, più propriamente, una speciale modalità di esecuzione della pena, «[...] Infatti lo stato detentivo continua a permanere, anche se giornalmente intervallato da contatti con l'ambiente esterno», così FILIPPI-SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011, 143. Ancora, CANEPA-MERLO, cit., 336, parla della semilibertà come di «misura alternativa impropria», proprio per tale peculiare connotazione.

⁵⁶ Le questioni saranno trattate *infra* par. 4.

⁵⁷ Discorso a sé merita l'istituto della liberazione anticipata (art. 54 O.P.). Nonostante la sua collocazione all'interno del Titolo I, Capo VI, della L. n. 354/1975, la dottrina ritiene che non possa considerarsi una misura alternativa alla detenzione: prevedendo, infatti, una riduzione di pena (quarantacinque giorni per ogni semestre espiato), la liberazione anticipata persegue, in via esclusiva, la finalità di anticipare il fine-pena e non una finalità rieducativa in senso stretto. Il magistrato di sorveglianza, ai fini della concessione della liberazione anticipata, è chiamato a valutare, in modo prevalente, la partecipazione del condannato al programma rieducativo e pertanto, si può evincere come la rieducazione – in tale istituto – non sia propriamente un obiettivo ma un criterio di valutazione, onde consentire al detenuto di beneficiare dello "sconto" di pena e conseguentemente, "accorciando" il *quantum* di pena da espiare, di poter accedere ad altre misure alternative.

dall'improvviso "spalancarsi" delle porte del carcere⁵⁸.

L'art. 47-ter O.P. è stato oggetto, nel corso degli anni, di diversi interventi di riforma e declaratorie di incostituzionalità che – dopo una prima stagione di assoluto rigore, risalente al D.L. 13 maggio 1991, n. 152⁵⁹ – hanno prodotto un considerevole ampliamento dell'ambito applicativo e della platea dei destinatari della norma, rendendola così una misura ad "ampio spettro" utilizzata per sottrarre alla pena detentiva soggetti non socialmente pericolosi⁶⁰.

Nella formulazione attuale, al comma 01 dell'art. 47-ter è prevista la detenzione domiciliare per la persona che, al momento dell'inizio dell'esecuzione della pena o dopo l'inizio della stessa, abbia compiuto i settant'anni di età, purché non dichiarata delinquente abituale, professionale o per tendenza, né condannata con l'aggravante di cui all'articolo 99 c.p. e sempre a condizione che la condanna non abbia ad oggetto una delle fattispecie incriminatrici espressamente indicate, considerate di particolare allarme sociale⁶¹.

Al comma 1 è disciplinata, poi, l'ipotesi più vicina alla *ratio* originaria della detenzione domiciliare (quella umanitaria e assistenziale). La disposizione *de qua* individua, invero, una serie di soggetti che, in virtù di peculiari *status* o condizioni di salute, sono ammessi alla misura alternativa quando la pena da scontare non superi i quattro anni di reclusione (anche se residuo di maggior pena)⁶².

⁵⁸ CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, Milano, 2002, 394, osserva: «La detenzione domiciliare, che chiaramente costituisce una modalità esecutiva della pena, si pone come lo sviluppo logico dell'analogo istituto degli arresti domiciliari previsto nella fase del giudizio di cognizione dall'art. 284 c.p.p. Per la verità appariva poco coerente con il sistema che la custodia in casa o in luogo di cura dovesse cessare con il passaggio in giudicato della sentenza soprattutto nei casi di sostituzione obbligatoria, tanto è vero che con la modifica apportata all'art. 656 del codice di procedura penale è stato stabilito che, quando il condannato si trovi al momento della pronuncia definitiva agli arresti domiciliari, il pubblico ministero emette decreto di sospensione dell'ordine di esecuzione e trasmette senza ritardo gli atti al tribunale di sorveglianza, il quale, senza formalità, deve provvedere sull'eventuale concessione della misura alternativa della detenzione domiciliare, purché sussistano i requisiti oggettivi e soggettivi previsti dalla legge». Analogamente, CANEPA-MERLO, *cit.*, 354.

⁵⁹ Recante "*Provvedimenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa*".

⁶⁰ Cfr. DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, III, 860.

⁶¹ Delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, e dagli articoli 609 *bis*, 609 *quater* e 609 *octies* del codice penale, dall'articolo 51, comma 3-*bis*, del codice di procedura penale e dall'articolo 4 *bis* O.P.

⁶² Trattasi, in particolare, di: a) donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente; b) padre, esercente la potestà, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole; c) persona in condizioni di salute particolarmente gravi, da richiedere costanti contatti con i presidi sanitari territoriali; d) persona di età superiore a sessanta anni, se inabile anche parzialmente; e) persona minore di

Caratterizzata dalla medesima finalità di natura assistenziale del primo comma, anche la disposizione contenuta nel comma 1-*ter* che prevede la facoltà del tribunale di sorveglianza di applicare la detenzione domiciliare, indipendentemente dai limiti di pena sanciti al comma 1, nei casi in cui si potrebbe disporre il rinvio, obbligatorio o facoltativo, dell'esecuzione della pena ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p.⁶³. La disposizione di cui al comma 1-*ter* genera, tuttavia, alcune questioni interpretative di rilievo: pur riconoscendo al tribunale di sorveglianza la facoltà di applicare la detenzione domiciliare in luogo del rinvio dell'esecuzione della pena, la norma non contempla i criteri valutativi sui quale fondare la scelta giurisdizionale. Sul punto, è intervenuta – all'esito di un nutrito dibattito dottrinale e giurisprudenziale – la Corte costituzionale⁶⁴ che ha, definitivamente, chiarito come il rinvio dell'esecuzione della pena debba aver luogo tutte le volte in cui la detenzione domiciliare appaia idonea ad assolvere la funzione di prevenzione della recidiva e di tutela della collettività. In tali ipotesi, pertanto, è opportuno attendere la cessazione della causa che impedisce l'esecuzione penale nell'immediato, per eseguire la pena in un successivo momento.

4. La detenzione domiciliare “generica” e l'inapplicabilità ai condannati per reati ostativi, tra esigenze di difesa sociale e dubbi di legittimità costituzionale. Disciplinata dal comma 1-*bis*⁶⁵ dell'art. 47-*ter*, la detenzione domiciliare “ge-

anni ventuno per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia. Sulla scia della ratio umanitaria e assistenziale propria dell'istituto *de quo*, la Corte costituzionale – con la sentenza n. 350/2003 – ha esteso, ancora, i confini della detenzione domiciliare rendendola, altresì, applicabile alla madre condannata e, nei casi previsti dalla lettera b), al padre condannato, conviventi con un figlio portatore di handicap totalmente invalidante. Per una disamina approfondita, si veda Corte Cost., sent. 5 dicembre 2003, n. 350, con nota di NUZZO, *La Corte Costituzionale estende i confini della detenzione domiciliare*, in *Dir. pen. proc.*, n. 6, 2004, 699 ss.

⁶³ Come osservato da attenta dottrina, attraverso la previsione della detenzione domiciliare negli stessi casi in cui è possibile il rinvio dell'esecuzione, sono contemperate due esigenze: da un lato sono tutelate le situazioni soggettive di volta in volta considerate dagli artt. 146 e 147 c.p. (tutela della madre, della salute, ecc.), dall'altro sono garantite le esigenze di effettività della pena. Così, PERRONE, *Misure alternative alla detenzione*, cit., 260-261.

⁶⁴ Corte Cost., ord. 8 maggio 2009, n. 145, in *www.giurcost.org*.

⁶⁵ Introdotto dalla Legge 27 maggio 1998, n. 165 recante “*Modifiche all'art. 656 del codice di procedura penale ed alla Legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni*”.

nerica” trova applicazione nei confronti dei condannati a pena detentiva non superiore a due anni (anche se residuo di maggior pena), indipendentemente dalle condizioni soggettive descritte nel primo comma, quando non sussistono i presupposti per l’affidamento in prova al servizio sociale e sempre che la misura sia idonea a evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati.

Ai fini della concessione della misura *de qua* deve, anzitutto, integrarsi un presupposto “negativo”: carenza dei presupposti per accedere all’affidamento in prova (misura, evidentemente, meno afflittiva)⁶⁶. Il requisito deve interpretarsi nel senso di “non meritevolezza” per il condannato – allo stato della richiesta – degli ampi margini di libertà sottesi all’affidamento in prova, poiché “non a buon punto” nel percorso rieducativo; valutazione, quest’ultima, assoggettata ad un obbligo stringente di motivazione cui è chiamato il tribunale di sorveglianza, come chiarito dalla Cassazione⁶⁷.

Accanto al presupposto “negativo” poc’anzi indicato, la detenzione domiciliare “generica” postula l’accertamento positivo che, attraverso di essa, si possa prevenire il pericolo di recidiva. Conclusione, quest’ultima, di non agevole approdo in quanto, se deve previamente risultare non applicabile l’affidamento in prova (poiché “fallimentare” il giudizio prognostico di rieducabilità), ciò significa che il condannato non è del tutto immune dal pericolo di ricadere nel crimine. In altri termini, dunque, una valutazione – non superata – di sussistenza del pericolo di recidiva è già insita nel preventivo giudizio per l’applicazione della *probation*.

Qual è allora il contenuto minimo del pericolo di recidiva che la misura in esame deve scongiurare e qual è il *discrimen* con l’analogo parametro di giudizio richiesto nella valutazione sull’applicabilità dell’affidamento in prova? In giurisprudenza si è chiarito che, pur presupponendo ambedue le misure *de quibus* l’idoneità del beneficio ad evitare che il condannato commetta altri reati, cambia l’intensità del pericolo di recidiva da accertare in concreto⁶⁸ e,

⁶⁶ Particolarmente critico riguardo il presupposto “negativo” che caratterizza il giudizio sull’applicabilità della detenzione domiciliare in esame, CANAVELLI, *Le novità della Legge Simeone in tema di condanna a pena detentiva e misure alternative - B) L’analisi delle singole norme*, in *Dir. pen. proc.*, n. 7/1998, 820, per il quale il requisito negativo non attribuisce sufficiente determinatezza: «la genericità del richiamo operato alla necessità che la misura sia applicata solo quando risulti idonea ad evitare il rischio della recidiva, sembra dare ingresso, poi, nel provvedimento della magistratura di sorveglianza, a valutazioni concernenti l’efficacia delle forme di controllo del regime domiciliare, piuttosto che a giudizi prognostici fondati sull’osservazione della personalità e sulle possibili modificazioni positive emerse nel corso del trattamento intramurario o rilevate all’esito delle indagini svolte sulla condotta tenuta in libertà».

⁶⁷ Cass. Pen., Sez. I, 28 dicembre 1999, n. 6712, Marrone, in *Cass. pen.*, 2000, 3436.

⁶⁸ *Ex multis*, Trib. Sorv. Torino, Ord. 20 giugno 2012, in *Corr. Mer.*, 2013, 1, 71 ss. con nota di MAR-

necessariamente, la portata del controllo giurisdizionale, che dovrà allargare i suoi “confini” e comprendere una molteplicità di aspetti⁶⁹. All’esito di quest’ampia valutazione, qualora l’intensità del pericolo di recidiva sia più forte, il giudice dovrà optare per la detenzione domiciliare. L’indirizzo in esame, oltre a chiarire la portata del parametro di giudizio della prevenibilità del pericolo di recidiva nell’una e nell’altra misura, ha altresì il pregio di enfatizzare la finalità rieducativa della detenzione domiciliare “generica” in linea con la più autorevole dottrina e giurisprudenza costituzionale, ove non è mancata occasione per puntualizzare come «i contenuti di natura risocializzativa, pur essendo limitati, non sembrano estranei alla previsione, tanto più che la misura alternativa *de qua* è caratterizzata da “profili polifunzionali” che la proiettano verso orizzonti assai contigui alla ordinaria finalità rieducativa e di reinserimento sociale della pena»⁷⁰.

Quesiti ermeneutici di profondo rilievo genera la statuizione finale del comma 1-*bis* dell’art. 47-*ter*: è ivi sancita, infatti, un’incompatibilità assoluta tra la misura *de qua* e reati previsti dall’art. 4-*bis* della stessa legge (c.d. reati ostativi)⁷¹. Se, da un lato, tale preclusione è valsa a “tranquillizzare” quegli operatori

CHESELLI.

⁶⁹ In particolare, Trib. Sorv. Torino, Ord. 20 giugno 2012, *cit.*, ha chiarito che «non basta la probabilità che il soggetto non commetta altri reati (solo) durante l’esecuzione della misura, ma è necessaria la probabilità che il condannato si asterrà dal farlo anche dopo» e, ancora, «gli elementi di valutazione “possono riguardare sia l’efficacia delle prescrizioni che saranno imposte, sia le caratteristiche di personalità del soggetto o i progressi fatti registrare nel corso dell’eventuale trattamento intramurario, sia infine gli esiti delle indagini svolte sulla condotta mantenuta dal soggetto in ambiente libero”»

⁷⁰ Cfr. NUZZO, *cit.*, 703. Il concetto di “polifunzionalità” della detenzione domiciliare è ripreso da Corte Cost., 18 dicembre 2002, n. 532, in *Giur. cost.*, 2002, 4365. Analogamente, sul punto, si segnalano Corte Cost., sent. 13 giugno 1997, n. 173, in *www.giurcost.org*, in cui la Consulta afferma che la detenzione domiciliare è una misura indubbiamente caratterizzata da una finalità umanitaria e assistenziale e dal suo riconnettersi, prevalentemente, ad esigenze di salute della persona condannata; tuttavia, «non può negarsi che essa ha in comune con le altre misure alternative [...] la finalità della rieducazione e del reinserimento sociale del condannato», e Corte Cost., ord. 6 giugno 1989, n. 327, in *www.giurcost.org*, ove si legge «costituendo anch’essa - la detenzione domiciliare - non una misura alternativa alla pena, ma una pena alternativa alla detenzione o, se si vuole, una modalità di esecuzione della pena, caratterizzata - al pari dell’affidamento in prova - dalla soggezione a prescrizioni limitative della libertà [...] il tutto al fine di garantire le finalità rieducative della pena stessa». In dottrina, nella stessa direzione, COMUCCI, *La nuova fisionomia della detenzione domiciliare*, in *Esecuzione penale e alternative penitenziarie* a cura di PRESUTTI, Padova, 1999, 184 ss.

⁷¹ Introdotto dal D.L. 13 maggio 1991, n. 152, l’art. 4-*bis* individua un regime penitenziario differenziato applicabile ai condannati per talune tipologie di reato considerate di particolare allarme sociale. La disposizione *de qua* stabilisce, nello specifico, una serie di preclusioni all’accesso dei condannati ai permessi premio, al lavoro all’esterno, alle misure alternative alla detenzione (ad eccezione della liberazione anticipata), salvo che ricorra taluna delle eccezioni espressamente contemplate nella stessa norma, in virtù delle quali è consentito “superare” le preclusioni ivi sancite. Il testo dell’art. 4-*bis* è stato oggetto, nel corso degli anni, di una serie di modifiche e declaratorie di incostituzionalità che hanno progressi-

del diritto che scorgevano nelle “aperture” via via inserite nella disciplina della detenzione domiciliare una scelta pericolosa poiché idonea a estendere oltre misura il suo ambito di applicazione⁷², dall’altro la norma in parola sottende una serie di questioni problematiche di ordine teorico e, soprattutto, pratico.

Ecco allora il *punctum dolens*: il richiamo all’art. 4-*bis*, in combinato disposto, deve intendersi riferito al solo elenco di delitti ivi contenuto (sì da precludere l’accesso al beneficio in base al solo titolo del reato oggetto di condanna), ovvero all’intera disposizione (comprensiva, dunque, delle eccezioni al trattamento normativo differenziato, in presenza delle quali è consentito anche a un condannato per reati ostativi di accedere ai benefici)?

Un’argomentazione di ordine puramente letterale farebbe propendere per la prima delle soluzioni prospettate: il fatto che il legislatore abbia inserito nella norma un richiamo preciso all’art. 4-*bis*, porterebbe a ritenere che il rinvio sia di ordine meramente formale e pertanto, riferito ai soli delitti contemplati. Non si spiegherebbe altrimenti la necessità di richiamare nell’ambito della disciplina propria di un singolo istituto di diritto penitenziario, un regime differenziato già previsto con efficacia generale: l’art. 4-*bis*, invero, sancisce già – con portata generale – l’impossibilità di accedere ai benefici penitenziari e alle misure alternative (tra cui anche la detenzione domiciliare) per i relativi condannati, salvo che ricorra una delle deroghe tassative che consentono di supe-

vamente ampliato la platea dei destinatari del regime derogatorio. Per una disamina approfondita degli interventi si rimanda a BITONTI, *La giurisdizione penitenziaria*, cit., 146 in nota.

⁷² *Ex multis*, DELEHAYE, *La detenzione domiciliare da beneficio per pochi a nuova specie di pena*, in *Dir. pen. proc.*, n. 10/2000, 1398-1399, che, in riferimento alla Legge “Simeone”, era apparso molto critico circa la portata delle modifiche inserite nella disciplina della detenzione domiciliare; l’Autore avverte: «aumentando il limite della pena espiabile da tre a quattro anni, in una misura quindi che non esitiamo a definire eccessiva per la pericolosità sociale che una condanna del genere (soprattutto allorchè si tratta di pena residua) può comportare». Ancora, l’A., con specifico riguardo all’ipotesi della detenzione domiciliare “generica”, mostra esplicitamente le sue perplessità, asserendo: «con questo comma si è abbandonato il criterio precedentemente seguito di regolare solamente delle situazioni particolari ed oggettive (i cui limiti di pena e di ammissibilità sono stati peraltro dilatati più del necessario e del ragionevole) e si pone il presupposto normativo per l’affermazione di una detenzione domiciliare come misura alternativa, sostanzialmente nuova, in quanto solo il regime è uguale a quella precedentemente prevista [...] il suo ambito di applicazione appare egualmente di enorme portata, dal momento che vengono richieste solamente l’idoneità ad evitare la reiterazione di reati e l’impossibilità di concedere l’affidamento e, quindi una valutazione di pericolosità sociale. Si impone così per la concessione della misura la formulazione di una prognosi ed un giudizio sulla personalità del richiedente, che dovranno essere certo positivi ma non di piena affidabilità, perché in tal caso ricorrerebbero i presupposti per il beneficio più ampio previsto dall’art. 47l. n. 354 del 1975, rispetto al quale si presenta necessariamente come succedaneo [...] Appare però evidente, già da questo sommario esame, quanto sarebbe stata opportuna la previsione di requisiti più precisi per la concessione di questo tipo di detenzione domiciliare, ad evitare che esso manchi di ogni contenuto trattamentale e divenga solamente un modo di ridurre la popolazione penitenziaria o addirittura un “indulto mascherato”».

rare l'anzidetta preclusione. In altri termini, se non fosse riferito al solo elenco di reati "ostativi", il richiamo all'art. 4-*bis* riprodurrebbe una disposizione già esistente e cristallizzata nella norma testè citata dando luogo, insomma, a un rinvio pleonastico e manifestamente superfluo. Per altro verso - sempre seguendo un'argomentazione di ordine letterale - si osserva che il rinvio *de quo* deve logicamente intendersi riferito al solo elenco di reati in quanto, diversamente, si incorrerebbe in una palese antinomia: il comma 1-*bis* dell'art. 47-*ter* O.P. esclude dalla detenzione domiciliare "generica" i condannati di cui all'art. 4-*bis* della stessa legge, mentre quest'ultima disposizione ammette il condannato all'accesso (anche) alla detenzione domiciliare "generica" quando si configura un'ipotesi derogatoria (es. collaborazione con la giustizia). L'intenzione del legislatore, alla luce di tali argomenti, non può che intendersi dunque nel senso di riferire il rinvio all'art. 4-*bis* al solo catalogo di reati "ostativi" e non anche alle altre statuizioni normative.

Da ciò, una conseguenza di enorme portata pratica: il rinvio al solo elenco di reati impedisce la valorizzazione delle situazioni che permettono, anche a un condannato per reato "ostativo", l'accesso ai benefici e misure alternative alla detenzione, con l'esito - assai pericoloso per il principio costituzionale della funzione rieducativa della pena - che giammai un condannato per tali tipologie di crimini potrà "fare qualcosa" per cambiare il suo destino e scontare la sua pena in regime di detenzione domiciliare "generica". Il reo sarà sempre "immeritevole" *a priori*.

È evidente come un'interpretazione siffatta resti "svuotata" di quei contenuti di garanzia che, nel tempo, hanno riempito la lettera della legge nell'ottica di un'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata delle norme medesime. Così, nonostante la giurisprudenza maggioritaria abbia fatto propria l'interpretazione del comma 1-*bis* poc'anzi enunciata⁷³, le recenti fervide istanze in favore di un *revirement* secondo Costituzione, hanno indotto la Corte di Cassazione a sollevare d'ufficio (circostanza, già per sé, abbastanza eloquente) questione di legittimità costituzionale avverso la disposizione *de*

⁷³ *Ex multis*, Cass. Pen., Sez. I, 7 luglio 2006, n. 30804, *Napolitano*: «In tema di misure alternative alla detenzione, la previsione di cui all'art. 47-*ter*; comma primo *bis*, L. n. 354 del 1975, anche a seguito della sua novellazione ad opera dell'art. 7, comma quarto, n. 1 *bis*, L. n. 251 del 2005, nel disciplinare le ipotesi espressamente preclusive della detenzione domiciliare, rinvia unicamente al catalogo dei reati di cui all'art. 4 *bis* della Legge sull'ordinamento penitenziario, e non al contenuto di quest'ultima disposizione, relativa ad una pluralità di situazioni variamente articolate dal legislatore; ne consegue che rappresenta causa ostativa all'applicazione della detenzione domiciliare la condanna irrevocabile per uno dei delitti tassativamente indicati nel summenzionato art. 4 *bis*, a nulla rilevando, a tal fine, l'insussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva». Da ultimo, Cass. Pen., Sez. I, sentenza n. 20145 del 27/04/2011, in *C.E.D. Cass.*, n. 250277.

qua nella parte in cui, appunto, prevedendo la detenzione domiciliare “generica”, la escluda poi in caso di condanna per reati di cui all’art. 4-*bis*⁷⁴.

Dopo un pregevole *excursus* storico-normativo sull’art. 4-*bis*, la Suprema Corte affronta il nodo cruciale della questione: l’incompatibilità di una “presunzione assoluta di immeritevolezza” con i canoni fondamentali della ragionevolezza e della rieducazione, personalità e proporzionalità chiamati a sorreggere la risposta punitiva in ogni momento della sua attuazione.

Forte degli ultimi approdi della giurisprudenza costituzionale in materia di benefici penitenziari - orientati, in linea di principio, ad escludere la legittimità di rigidi automatismi e a richiedere, viceversa, che vi sia sempre una valutazione personalizzata e individualizzata - il giudice *a quo* chiarisce come le presunzioni assolute di pericolosità, pur prevedibili, non debbano risolversi in previsioni irrazionali e arbitrarie, nonché lesive di altri diritti e situazioni soggettive di rilevanza costituzionale. La preclusione assoluta enunciata dall’art. 47-*ter*, comma 1-*bis*, non supererebbe tale vaglio in quanto impedisce *a priori* l’accesso alla detenzione domiciliare in virtù della sola gravità collegata al titolo di reato, mentre, di contro, lo stesso art. 4-*bis* consente di “vincere” gli automatismi ricorrendo una serie di situazioni tassative (la prestata utile collaborazione con la giustizia ove richiesta, la rescissione o mancata instaurazione dei collegamenti con il crimine organizzato e gli eventuali progressi nel percorso di rieducazione e così via).

Ecco allora emergere in pieno l’irragionevolezza intrinseca della disposizione censurata in relazione «al valore della responsabilità penale personale e alla necessaria finalità rieducativa della pena», che non debbono essere ‘traditi’ proprio nella fase esecutiva, la quale, per antonomasia, è deputata al fine ultimo di consentire il reinserimento del reo nella vita sociale, attraverso il completamento del trattamento rieducativo. Quanto poi alla violazione del principio della proporzionalità del trattamento penitenziario pure evocata dalla Corte, si è precisato che - avendo la detenzione domiciliare funzione rieducativa e risocializzante - la previsione oggetto di censura non riserverebbe alcun rilievo alla concreta pericolosità del soggetto, desumibile dalla sua condotta o dalla sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata.

I giudici di Piazza Cavour evidenziano, poi, un altro aspetto che enfatizza l’irrazionalità della norma censurata e ne suggerirebbe la declaratoria di inco-

⁷⁴ Ordinanza (atto di promovimento) del 1° marzo 2019 della Corte di Cassazione, Prima Sezione Penale, iscritta al n. 89 del registro ordinanze del 2019 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, n. 24, prima serie speciale, dell’anno 2019.

stituzionalità: paradossalmente, il condannato per un delitto “ostativo” potrebbe essere ammesso all’affidamento in prova al servizio sociale (ove, chiaramente, ne sussistano le condizioni), mentre è inibito in assoluto e *a priori* l’accesso alla detenzione domiciliare “generica”, nonostante quest’ultima misura abbia carattere maggiormente contenitivo e sia perciò – semmai – più idonea a fronteggiare l’eventuale pericolosità sociale residua. Dunque, l’irragionevolezza della disposizione censurata emerge chiara – secondo gli Ermellini – nella graduazione dei divieti, atteso che per l’identico fatto la norma consente una misura non custodiale (come l’affidamento in prova) ma non una misura custodiale (come la detenzione domiciliare).

4.1. (Segue) La decisione della Consulta: la “non manifesta irragionevolezza” della preclusione assoluta di cui all’art. 47-ter, comma 1-bis, O.P. La questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Suprema Corte non ha però trovato il *placet* del Giudice delle leggi: la sentenza n. 50 del 12 marzo 2020 ha, invero, completamente “bocciato” l’istanza di superamento della preclusione assoluta sancita al comma 1-*bis* dell’art. 47-ter O.P.

La Corte costituzionale, *in limine*, rispondendo alla censura del giudice *a quo* per la quale il destinatario della preclusione assoluta in parola sarebbe – erroneamente – individuato in virtù del solo titolo di reato oggetto della condanna, spiega che, viceversa, il soggetto che patisce l’impossibilità di accedere alla detenzione domiciliare è individuato alla luce di una valutazione complessiva che trova fondamento in altri elementi del caso concreto. In particolare, per la Consulta destinatario della preclusione assoluta oggetto di censura non è, in maniera semplicistica, “l’autore di una data tipologia di reato particolarmente grave” ma un soggetto già condannato in via definitiva a una pena detentiva da esporsi in istituto e, inoltre, già sottoposto a giudizio prognostico di rieducabilità con esito negativo, che evidenzia quindi la “immeritevolezza” degli ampi spazi di libertà sottesi alla misura dell’affidamento in prova⁷⁵.

⁷⁵ In Corte Cost., 20 marzo 2020, n. 50, in www.giurcost.org, si evidenzia – «quando la pena detentiva irrogata o applicata deve eseguirsi con trattamento intramurario [...], ciò significa che non vi è stata una prognosi favorevole sui futuri comportamenti dell’interessato, oppure che si è in presenza di precedenti ostativi e, dunque, di una recidiva». Soprattutto, si legge in sentenza: «il soggetto cui l’accesso alla detenzione domiciliare è precluso dalla disposizione censurata sconta un presupposto negativo implicito nella disciplina in questione, e cioè il fatto di non trovarsi neppure nelle condizioni utili per essere affidato in prova ai servizi sociali [...] Una situazione, quest’ultima, che non dipende dall’entità delle soglie di pena (quelle compatibili con l’affidamento sono più elevate di quelle indicate all’art. 47-ter ordin. penit.), ma necessariamente consegue [...] alla valutazione giudiziale, effettuata in concreto, che ha concluso per l’impossibilità di contenere il rischio della commissione di nuovi reati».

Ancora, secondo la Corte, nella disciplina oggetto di censura a essere «presunta in modo assoluto non è la pericolosità del soggetto ma l'inefficacia rieducativa e preventiva della misura» *de qua*, atteso che il condannato per reato ostativo può accedere a misure diverse e perfino, per certi versi, più favorevoli della detenzione domiciliare.

In ultimo, quanto al paradosso per il quale un condannato per reato ostativo potrebbe, in astratto, accedere all'affidamento in prova e non alla detenzione domiciliare, il Giudice delle leggi precisa che, tra le varie misure previste nell'ordinamento penitenziario, non esiste una «graduatoria che le classifichi secondo una scala ascendente di severità, muovendo da quelle che presenterebbero minore analogia con la reclusione intramuraria, fino a quelle che con quest'ultima dovrebbero in tesi esibire più forti analogie», essendo tutte rivolte al contenimento del rischio di ricaduta nel reato, mediante una progressione del percorso trattamentale finalizzato alla risocializzazione del condannato. Ciascuna delle forme che può assumere il trattamento *extra-murario* consta di una combinazione originale di elementi "contenitivi" e di contenuti "rieducativi", così che anche la misura dell'affidamento in prova può, in concreto, assumere connotazioni di severa restrizione della libertà (prescrizioni molto stringenti sull'uscita ed il rientro dall'abitazione, estesi divieti di frequentazione, ecc.), ed al tempo stesso implicare misure puntuali di forte impatto risocializzante. Al contrario, la detenzione domiciliare può essere allentata da permessi di lavoro o concernenti le primarie esigenze di vita, senza, tuttavia, prestarsi con la stessa larghezza all'imposizione di condotte utili in chiave di rieducazione del condannato.

A conclusione del suo ragionamento e pur considerando non meritevoli di accoglimento le censure formulate dalla Cassazione, la Corte costituzionale lascia però ampio sfogo ad alcune osservazioni di carattere critico che stimolano il dibattito sulla reale portata del diniego opposto alla questione di costituzionalità formulata. In particolare, non è taciuta la possibilità di introdurre legislativamente un diverso assetto normativo sui presupposti di accesso alla detenzione domiciliare "generica", nel quadro di un complessivo riordino della disciplina generale, rimarcando che il legislatore - pur avendone avuto l'occasione con la riforma del 2018 e nonostante la delega di cui alla L. n. 103/2017 - non ha, tuttavia, inteso provvedervi. Pertanto, applicando il canone di giudizio "*Se non Lui, perché Io*" e relegando la questione sul piano della politica criminale non assoggettabile al sindacato di costituzionalità, il Giudice delle leggi conclude per la conformità della norma censurata al principio costituzionale della finalizzazione rieducativa della pena (art. 27, primo e ter-

zo comma, Cost.), nonchè per la sua “non irragionevolezza” al punto da integrare una lesione ex art. 3 Cost.

5. *Sulla portata dei canoni di giudizio della Corte Costituzionale in tema di automatismi preclusivi. Rilievi critici.* L’inversione di tendenza segnata dall’ultima pronuncia della Corte costituzionale rende necessarie alcune precisazioni.

Anzitutto, nonostante l’abile “maestria” e padronanza nell’utilizzo del lessico giuridico-costituzionale, il ragionamento sviluppato dal Giudice delle leggi presta il fianco ad alcune osservazioni tecniche. Non sfugge ai più che, in tanto i principi di rieducazione e progressività della pena potranno dirsi garantiti, in quanto sia assicurato al condannato un percorso trattamentale e risocializzante “personalizzato”. Individualizzazione che, certamente, è destinata a venire meno in presenza di preclusioni assolute, aprioristiche, che impediscono l’accesso a una data tipologia di misura in assenza di una valutazione psico-criminologica e prognostica *ah hoc*.

Se è ormai pacifico, infatti, che la detenzione domiciliare “generica” abbia finalità rieducativa (al pari delle altre misure alternative), anche in tale ipotesi, allora, dovrebbe trovare applicazione il principio della progressività del trattamento esecutivo che implica il “riconoscimento”, in maniera appunto progressiva, dei miglioramenti via via riscontrati. Dunque, tutto ciò che prescinde dalla valutazione individualizzata, non può fondare un trattamento progressivo e pertanto, conforme a Costituzione.

Con ciò non s’intende negare rilevanza alla natura del reato commesso, nell’ambito del giudizio finalizzato all’ammissione del detenuto a una misura alternativa. In tale direzione, si concorda ampiamente con quell’autorevole opinione che sostiene che in sede di esecuzione della pena, la valutazione della natura del reato commesso deve necessariamente essere considerata ai fini dell’esame della personalità del condannato e della predisposizione del trattamento penitenziario che deve rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto⁷⁶. Dunque, la tipologia di reato non deve fungere da “sbarramento” assoluto all’accesso alle misure alternative ma, al contrario, rappresenta uno degli elementi sui quali fondare il giudizio sulla personalità

⁷⁶ Cfr. RATTO TRABUCCO, *L’implementazione del principio costituzionale di rieducazione del condannato nel caso dei cd. “colletti bianchi” ammessi all’allidamento in prova al servizio sociale*, in *Arch. Pen.*, Pisa, 2018, 10. L’A. - con particolare riguardo ai c.d. *white collars* - sostiene che, pur avendo rilevanza la natura del reato commesso nel giudizio sulla personalità del condannato, la rieducazione non può essere intesa in modo diverso da come è interpretata per altre categorie.

del detenuto, essenziale per considerarlo meritevole - o meno - di una “progressione” nel percorso rieducativo.

La conclusione “negativa” offerta dalla Consulta nel caso di specie sorprende - e non poco - gli operatori giuridici, soprattutto perché si ha come la sensazione di aver compiuto “dieci passi indietro” rispetto alle aperture straordinarie che, negli ultimi anni, si sono registrate nella stessa giurisprudenza costituzionale e, perfino, in quella europea sull’argomento.

Proprio la Corte costituzionale aveva, per prima, lanciato un forte segnale di disapprovazione verso gli automatismi preclusivi, con la sentenza n. 149 dell’11 luglio 2018, che aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo l’art. 58-*quater*, comma 4, O.P. in tema di ergastolo c.d. ostativo per taluni tipi di reato (art. 289-*bis* e 630 c.p., qualora derivi la morte del sequestrato). Di cruciale rilevanza - per quel che qui interessa - il passaggio in cui si evidenzia che «la personalità del condannato non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, foss’anche il più orribile; ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento [...] Prospettiva, quest’ultima, che chiama in causa la responsabilità individuale del condannato nell’intraprendere un cammino di revisione critica del proprio passato e di ricostruzione della propria personalità [...] ma che non può non chiamare in causa - assieme - la correlativa responsabilità della società nello stimolare il condannato ad intraprendere tale cammino». A far ben sperare, anche la circostanza che la Consulta fosse intervenuta, per la prima volta, direttamente sulla disciplina dell’ergastolo anziché operare, indirettamente, sugli spazi applicativi dei benefici previsti dalla legge sull’ordinamento penitenziario⁷⁷.

Il *trend* iniziato dalla Corte costituzionale era poi stato seguito dalla CEDU che, con la sentenza del 7 ottobre 2019 della *Grande Chambre* - rigettando il ricorso del nostro Governo contro la sentenza nel caso c.d. *Viola c. Italia*⁷⁸ del 13 giugno 2019 - ha stabilito che la mancata collaborazione del condannato con la giustizia non può privarlo, in modo aprioristico e assoluto, del diritto a vedersi riesaminata la pena durante l’espiazione. Di qui, l’obbligo per l’Italia di «attuare una riforma del regime della reclusione dell’ergastolo che garantisca la possibilità di riesame della pena; cosa che permetterebbe alle autorità di determinare se, nel corso dell’esecuzione della pena, vi è stata

⁷⁷ Così, DOLCINI, *Dalla Corte Costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in www.penalecontemporaneo.it del 18 luglio 2018, ha parlato di una “svolta della giurisprudenza della Corte Costituzionale”.

⁷⁸ Nel caso di specie, il ricorrente scontava l’isolamento in regime differenziato ex art. 41-*bis* O.P. a seguito di condanna definitiva per reati associativi con qualifica di promotore, con mancata concessione di permessi premio per carenza del requisito della collaborazione con la giustizia.

un'evoluzione del detenuto e se è progredito nel percorso di cambiamento, al punto che nessun motivo legittimo di ordine penologico giustifichi più la detenzione»⁷⁹.

Nel medesimo filone di pensiero s'inserisce, ancora, la sentenza n. 253 del 23 ottobre 2019 della Corte costituzionale, che porta a compimento la linea interpretativa succitata⁸⁰. I giudici *a quibus* eccepivano il contrasto della presunzione assoluta di pericolosità sociale del reo non collaborante con la giustizia (contenuta all'art. 4-*bis*, comma 1, O.P.) con i principi della progressività trattamentale e della flessibilità della pena. La Consulta ha accolto le questioni sollevate, precisando che «non è la presunzione in sé stessa costituzionalmente illegittima» bensì il suo carattere assoluto e non relativo; pertanto, anche i detenuti all'ergastolo “ostativo” di cui al primo comma della norma in esame, possono essere ammessi alla fruizione di permessi premio, anche in assenza di collaborazione con la giustizia, allorchè siano acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti.

Ut supra espresso, nonostante straordinari segnali di adeguamento della disciplina penitenziaria – per certi versi vetusta e anacronistica – al dettato costituzionale, la sentenza n. 50/2020 della Consulta ha ampiamente deluso le aspettative, interrompendo quel proficuo *revirement* che proprio lo stesso giudice costituzionale aveva avuto il pregio di intraprendere.

Non convince neppure il rilievo per il quale la preclusione di cui al comma 1-*bis* dell'art. 47-*ter* non sia legata solo al titolo di reato, ma derivi da una valutazione di sintesi che tiene conto di altri elementi: primo e più significativo di tutti, del fatto che il condannato sia risultato non meritevole dell'affidamento in prova e, dunque, non ancora “abbastanza rieducato” da riuscire a prevenire il pericolo di recidiva. Il passaggio argomentativo *de quo* è in parte fuorviante poiché – oltre ad apparire disancorato dal tessuto letterale della norma – sembrerebbe non considerare che quello sulla *probation* e quello sulla detenzione domiciliare c.d. generica, configurano due processi valutativi distinti e nettamente separati. Come già precisato, pur presupponendo ambedue gli

⁷⁹ Per un commento analitico della sentenza *C.E.D.U.*, v. TARTAGLIA, *La sentenza della Corte E.D.U. sull'ergastolo ostativo ci pone un problema importante, che però siamo preparati a risolvere. Dalle presunzioni assolute a quelle relative*, in *Giurisprudenza Penale*, 2019, 10.

⁸⁰ La decisione trae origine da due ordinanze di remissione, l'una della Corte di Cassazione del 20 dicembre 2018, l'altra del tribunale di sorveglianza di Perugia del 28 maggio 2019, entrambe sollevanti questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, O.P. in riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., nella parte in cui la norma esclude che un condannato all'ergastolo “ostativo” possa essere ammesso, ove non collabori con la giustizia, alla fruizione di permessi premio.

accertamenti l'idoneità del beneficio ad evitare che il condannato commetta altri reati, cambia l'intensità del pericolo di recidiva che, concretamente, ciascuna delle due misure deve tendere a neutralizzare. Il ragionamento della Corte costituzionale rischia di confondere, invero, i due piani di giudizio e di far derivare dal pericolo di recidiva accertato in sede di valutazione sulla *probation*, il diniego per l'accesso anche alla detenzione domiciliare che, in realtà, presuppone una valutazione diversa e più pregnante del suddetto pericolo. Ancora, si rileva che, pur condividendosi l'osservazione circa l'inopportunità di ridurre il sistema dei benefici penitenziari a una mera «graduatoria» che classifichi secondo una scala ascendente di severità», è, tuttavia, innegabile che la disciplina in vigore generi un paradosso: un condannato per reato ostativo, di fatto, potrà accedere all'affidamento in prova e giammai alla detenzione domiciliare. Le due misure alternative presentano evidenti gradi di afflittività differenti e non paragonabili. E tale diversità si giustifica – ed è giusta – alla luce del diverso livello di rieducazione raggiunto dal condannato che accede all'una o all'altra misura. L'affidamento in prova è concesso a chi ha compiuto notevoli «passi in avanti» nel programma rieducativo e non risulta incline alla ri-caduta nel crimine: la misura *de qua* importa, in virtù dei risultati raggiunti, il riconoscimento di amplissimi margini di libertà all'interessato. Potrebbero, nondimeno, stabilirsi delle prescrizioni ma, per quanto contenitive possano essere, giammai sarebbero associabili alle restrizioni cui è sottoposto un soggetto in detenzione domiciliare (o in regime di semilibertà). Al contrario, il carattere custodiale della detenzione domiciliare e l'accertamento di un pericolo di recidiva più intenso, rendono la misura, senza dubbio, più afflittiva rispetto all'affidamento in prova, anche con qualche permesso di «uscita». Il diverso grado di afflittività delle due misure trova, peraltro, conferma nel carattere succedaneo della detenzione domiciliare «generica» rispetto all'affidamento in prova.

L'impianto interpretativo costruito dal Giudice delle leggi ne esce, dunque, alquanto indebolito nella pronuncia in commento, sotto il duplice profilo teorico e pratico, anche alla luce delle affermazioni contenute a conclusione della parte motiva della sentenza. È la stessa Corte, invero, a prendere atto della circostanza che l'equilibrio che attualmente caratterizza la disciplina della detenzione domiciliare «generica», costituisce «espressione di discrezionalità, opinabile sul piano delle scelte di politica criminale»⁸¹. Nondimeno, nell'inerzia del legislatore, i giudici costituzionali rilevano che la disciplina in

⁸¹ Cfr. Corte Cost., sent. n. 50/2020, cit.

vigore, in quanto afferente ad un piano (quello politico) non assoggettabile al sindacato di costituzionalità, sia in linea con il principio rieducativo *ex art. 27*, primo e terzo comma, Cost. e «non irragionevole al punto da integrare una lesione *ex art. 3 Cost.*».

Tale ultima espressione utilizzata dalla Corte, esige, tuttavia, un opportuno chiarimento. Il Giudice costituzionale non ha - come si legge - concluso per la piena ragionevolezza della norma censurata, bensì per la sua “non completa irragionevolezza”. Tale *modus operandi* suscita perplessità ancora maggiori, poiché rischia di fare da “apri-fila” ad un *tertium genus* di parametro di costituzionalità che permetterebbe anche a quelle norme di legge “non troppo irragionevoli”, di continuare a far parte del nostro ordinamento giuridico.

La pronuncia in esame appare singolare, *in parte qua*, non soltanto poiché la Corte costituzionale ha sempre «sottoposto ad un severo vaglio di ragionevolezza gli “automatismi legislativi”» come quello del caso di specie, dichiarandone l’illegittimità costituzionale ogni qualvolta fossero formulati «in modo tale da non permettere al giudice di tenere conto delle peculiarità del caso concreto e di modulare gli effetti della regola in relazione alle peculiarità della specifica situazione»⁸², ma soprattutto perché, pur considerando la norma oggetto di censura non pienamente in linea con il principio di ragionevolezza, ne ha inspiegabilmente permesso la sopravvivenza, “remando contro” principi consolidati nella sua stessa giurisprudenza⁸³.

⁸² Cfr. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, da *Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, 12, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, 12, in www.cortecostituzionale.it. Nella trattazione, significativo il passaggio sulla definizione del giudizio di ragionevolezza (p. 17): «il giudizio di ragionevolezza, lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti».

⁸³ Per quanto riguarda le presunzioni legislative assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona (sentenze nn. 41/1999, 139/2010 e 265/2010), la Corte costituzionale le ha ritenute, in passato, contrarie al principio di uguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali o se non rispondono ai dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula “*id quod plerumque accidit*” (sentenza n. 57 del 29 marzo 2013). Più specificamente, riguardo ai benefici penitenziari, la Corte costituzionale ha affermato la necessità di attribuire al giudice il potere di valutare gli elementi del caso concreto, in modo che la concessione di un determinato beneficio sia collegato ad una prognosi ragionevole quanto alla sua idoneità a fare proseguire il detenuto nel suo percorso di reinserimento (sentenze nn. 436/1999, 255/2006 e 189/2010). Ancora, la Corte costituzionale ha considerato che «previsioni che precludano in modo assoluto, per un arco temporale assai esteso, l’accesso ai benefici penitenziari a particolari categorie di condannati - i quali pure abbiano partecipato in modo significativo al percorso di rieducazione e rispetto ai quali non sussistano gli indici di perdurante pericolosità sociale individuati dallo stesso legislatore all’articolo 4-bis - in ragione soltanto della particolare gravità del reato commesso, ovvero dell’esigenza di lanciare un robusto segnale di deterrenza nei confronti della generalità dei consociati», fossero con-

6. *Considerazioni conclusive e prospettive future.* Lo sbarramento posto dalla Corte costituzionale segna, inevitabilmente, una battuta d'arresto nel proficuo percorso di "modernizzazione" e di adeguamento costituzionale della normativa penitenziaria in materia di automatismi legislativi.

La circostanza che lo stesso Giudice delle leggi abbia "relegato" la problematica a un mero piano di politica-criminale, porta a ritenere che non sia - in un futuro, quantomeno, prossimo - pronta ad un *revirement* sull'argomento.

D'altra parte, le conclusioni cui perviene la giurisprudenza costituzionale nella sentenza n. 50/2020 non paiono idonee a reggere l'impatto con le pressioni evolutive invocate in materia di diritti dei detenuti. Un tale sistema si pone, invero, in assoluta antinomia con principi già fatti propri dalla stessa Corte costituzionale per altri istituti di diritto penitenziario (ergastolo "ostativo", carcere duro, permessi premio, *etc.*), risolvendosi in una disparità di trattamento irragionevole. Peraltro, lo stesso Giudice delle leggi ammette una "forma di irragionevolezza" dell'automatismo legislativo *de quo*, pur lasciandolo - in maniera inspiegabile - sopravvivere.

Ancora una volta, l'ordinamento giuridico italiano perde, dunque, l'occasione di progredire in autonomia e si ritiene, in una prospettiva futura, che il rimedio percorribile in ultima istanza sia, come al solito, il ricorso alla Corte *E.D.U.*.

Non sarà difficile, invero, invocare la contrarietà della disciplina nazionale all'art. 3 *C.E.D.U.* (che proibisce la tortura e il trattamento o pena disumano o degradante)⁸⁴, sotto il profilo che l'automatismo previsto, favorendo in maniera eccessiva le esigenze di politica criminale a discapito degli imperativi penitenziari di risocializzazione, arreca, evidentemente, un *vulnus* alla dignità umana di ogni detenuto. Viepiù, la permanenza di una presunzione assoluta di non-rieducazione e di persistenza della pericolosità, impedisce al detenuto di lavorare al proprio reinserimento, esponendolo altresì ad una situazione di estrema angoscia e ad un annientamento della sua capacità di autodeterminazione. Tutti profili che integrano una palese violazione dell'art. 3 della Convenzione, che, come autorevolmente sancito dalla giurisprudenza europea, «non consente alcuna deroga, neppure in caso di pericolo pubblico che mi-

trari ai principi costituzionali di proporzionalità e individualizzazione della pena (sentenza n. 239 del 29 ottobre 2014).

⁸⁴ Nella giurisprudenza europea, l'art. 3 *C.E.D.U.* consacra uno dei valori fondamentali delle società democratiche. La Corte di Strasburgo ha sempre ribadito che, anche nelle circostanze più difficili quali la lotta contro il terrorismo e il crimine organizzato e a prescindere dalle azioni della persona coinvolta, la Convenzione proibisce in termini assoluti la tortura e le pene o trattamenti inumani o degradanti (*El Masri c. «l'ex Repubblica Jugoslava di Macedonia»* [GC], n. 39630/09, § 195).

naccia la vita della Nazione»⁸⁵. Sul punto, si ricorda che l'introduzione dell'articolo 4-*bis* O.P. è il risultato della riforma del regime penitenziario del 1992, avvenuta in un contesto storico-sociale di tipo emergenziale, in cui il legislatore è stato chiamato a intervenire in un contesto estremamente drammatico per l'Italia. Nondimeno, aderendo al paradigma evidenziato dalla *C.E.D.U.* e considerando che la lotta contro il "flagello" della criminalità organizzata non dovrebbe comunque giustificare deroghe alle disposizioni dell'art. 3 della Convenzione, l'automatismo legislativo in esame sembrerebbe oramai destinato a cedere il passo. Il giudice europeo ha avuto, ancora, cura di precisare che «la natura dell'infrazione contestata al ricorrente non è [...] rilevante ai fini della valutazione dell'articolo 3»⁸⁶, pertanto, anche sotto tale profilo un'eventuale questione sulla contrarietà dell'automatismo in esame all'art. 3 della *C.E.D.U.* non troverebbe alcuna preclusione.

Un caso simile già sottoposto all'attenzione della Corte di Strasburgo è stato il caso *Öcalan c. Turchia*, risolto con la sentenza *C.E.D.U.* del 18 marzo 2014: in tale occasione, la Corte ha condannato la Turchia per la violazione dell'art. 3 della Convenzione, dal momento che la legge turca «non prevede(va), dopo un certo periodo di detenzione, alcun meccanismo di riesame della pena all'ergastolo comminata per reati come quelli commessi da *Öcalan*⁸⁷» allo scopo di valutare se continuassero a sussistere motivi legittimi per tenerlo in carcere.

A ben vedere, in forte analogia con quanto previsto dalla normativa italiana in materia di detenzione domiciliare c.d. generica, si trattava di un automatismo legislativo legato, in via esclusiva, alla natura del reato contestato al ricorrente, che escludeva ogni possibilità per il condannato di ottenere il riesame della pena.

Sembrerebbe, dunque, potenzialmente destinata a trovare accoglimento in

⁸⁵ L'art. 3 non prevede alcuna limitazione, a differenza della maggior parte delle disposizioni della Convenzione e, in conformità con l'articolo 15 § 2, non consente alcuna deroga, neppure in caso di pericolo pubblico che minaccia la vita della nazione (*Labita c. Italia* [GC], n. 26772/95, § 119, *Selmouni c. Francia* [GC], n. 25803/94, § 95, e *Assenov e altri c. Bulgaria*, 28 ottobre 1998, § 93).

⁸⁶ Così *Indelicato c. Italia*, n. 31143/96, § 30, 18 ottobre 2001.

⁸⁷ Nel caso *Öcalan*, la pena è stata commutata all'ergastolo nel 2002, quando la pena di morte è stata abolita nel Paese. La condanna di *Öcalan* non prevedeva, tuttavia, la possibilità di ricorrere a sconti di pena o alla libertà vigilata: *Öcalan* è stato l'unico detenuto del carcere di massima sicurezza sull'isola di Imrali, nel mar di Marmara, fino al 2009. Il contrasto tra l'ordinamento giuridico turco e l'articolo 3 della Convenzione derivava dalla disposizione normativa allora in vigore. Questa impediva al ricorrente, a causa della sua condizione di condannato alla pena dell'ergastolo aggravata per aver commesso un crimine contro la sicurezza dello Stato, di chiedere, ad un certo momento dell'esecuzione della pena, la liberazione per motivi legittimi di ordine penologico.

seno alla Corte *E.D.U.* qualunque istanza volta ad ottenere la caducazione dell'automatismo legislativo sancito dall'art. 47-ter, comma 1-bis, O.P., in quanto contrario al canone fondamentale di cui all'art. 3 della Convenzione. Ancor più se si osserva che il sistema penitenziario italiano è fondato sul principio di rilevanza costituzionale della progressione trattamentale, per cui la partecipazione attiva al programma individuale di rieducazione e il passare del tempo sono in grado di produrre effetti positivi sul condannato e promuovere il suo pieno reinserimento nella società⁸⁸.

Assolutamente confacenti alla problematica *de qua*, appaiono le considerazioni che i giudici di Strasburgo hanno espresso nel caso *Viola c. Italia* per le quali «la personalità del condannato non resta congelata al momento del reato commesso [...] essa può evolvere durante la fase di esecuzione della pena, come vuole la funzione di risocializzazione, che permette alla persona di rivedere in maniera critica il suo percorso criminale e di ricostruire la sua personalità». Diversamente opinando, ci troveremmo proiettati nei gironi dell'Inferno dantesco: «*lasciate ogni speranza, voi ch'entrate*»⁸⁹.

EMILIA FRANCESCA ACETO

⁸⁸ In dottrina, CATELANI, *cit.*, 813, osserva: «l'opera di adeguamento della pena in sede esecutiva alla personalità del condannato ed ai suoi progressi nel corso del trattamento non può che essere affidata al potere discrezionale del tribunale o del magistrato di sorveglianza, potere che [...] non può essere ancorato a un rigido automatismo che contrasta per principio con la natura dell'essere umano che invece deve costituire l'unica guida per l'umanizzazione della pena [...]».

⁸⁹ La citazione dantesca è stata ripresa dalla Corte *E.D.U.* nella sentenza nel caso *Öcalan c. Turchia*.