

QUESITI

ANNA MARIA CAPITTA

La piccola riforma penitenziaria e le sue ricadute sul sistema

Lo scritto si incentra sulla “piccola riforma” dell’ordinamento penitenziario varata lo scorso novembre 2018, mettendo a confronto le scelte del legislatore delegato con i contenuti della legge delega 23 giugno 2017, n. 103 e con la proposta di riforma elaborata dalla Commissione Giostra. L’Autore evidenzia le criticità, i profili di incompatibilità costituzionale, le incoerenze e le antinomie del sistema risultante dall’innesco dei recenti decreti legislativi all’interno del quadro normativo vigente. Si segnala, infine, la necessità di optare per un cambiamento culturale che consenta di avviare nuove riforme radicali e organiche del sistema sanzionatorio e della esecuzione penale.

The small prison reform and its effects on the system

This paper focuses on the “small prison reform” entered into force in November 2018 and it aims to compare the choices of the delegated legislator with the delegation - Law 23 June 2017, No. 103 - and the draft drawn up by the Giostra Commission. The Author points out critical issues, unconstitutionality concerns, inconsistencies and antinomies of the system deriving from the inclusion of the recent Legislative Decrees in the current regulatory framework. Last of all, it seems necessary to lean towards cultural changes leading to new radical and organic reforms of both sentencing phase and penitentiary system.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le due anime dei decreti legislativi in materia penitenziaria. - 2.1. Le modifiche inerenti al carcere. - 2.2. Il nuovo rito semplificato per la concessione delle misure extramurarie. - 3. Il tradimento della delega nel settore delle misure alternative alla detenzione. - 4. L’esito della piccola riforma all’interno del quadro normativo vigente: il volto destrutturato dei nuovi strumenti di semplificazione processuale. - 5. La decodificazione legislativa: conferma di preclusioni e automatismi carcerari. - 6. Il futuribile delle riforme penitenziarie.

1. *Premessa.* L’iter della recente riforma penitenziaria è stato caratterizzato da una sovrapposizione di vari interventi normativi: prima il disegno di legge-delega Orlando¹ e la legge di delegazione (L. 23 giugno 2017, n. 103), poi lo schema di decreto legislativo del gennaio 2018², seguito da un altro schema presentato nel marzo 2018³ - c.d. “schema Gentiloni” - ed, infine, a seguito dell’approvazione di un nuovo schema da parte del Governo Conte⁴, si è

¹ La proposta di legge A.C. n. 4368 (successiva al disegno di legge originario A.C. n. 2798, presentato dal Ministro Orlando il 23 dicembre 2014) è stata definitivamente approvata dal Parlamento il 14 giugno 2017.

² Schema di decreto legislativo del 15 gennaio 2018, A.G. n. 501, recante «Riforma dell’ordinamento penitenziario in attuazione della delega di cui all’art. 1, co. 82, 83, 85, lett. a), b), c), d), e), f), h), i), l), m), o), r), s), t) e u), legge 23 giugno 2017, n. 103».

³ Schema di decreto legislativo del 20 marzo 2018, A.G. n. 17, recante «Riforma dell’ordinamento penitenziario in attuazione della delega di cui all’art. 1, co. 82, 83, 85, lett. a), b), c), d), e), f), h), i), l), m), o), r), s), t) e u), legge 23 giugno 2017, n. 103».

⁴ Schema di decreto legislativo del 3 agosto 2018, A.G. n. 39, recante «Riforma dell’ordinamento peni-

concluso il procedimento di esercizio della delega con il decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 123⁵. Il decreto del 2 ottobre 2018, n. 124⁶, invece, risale ancora allo schema di decreto in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario del Governo Gentiloni⁷, poi comunque modificato e definitivamente adottato dall'attuale organo governativo⁸.

Come è noto, la bozza di decreto del precedente Governo si conformava a tutti i contenuti della legge delega Orlando per la riforma dell'ordinamento penitenziario, ma, con il mutamento della legislatura, aveva ricevuto i pareri contrari delle Camere⁹. Tenuto conto delle motivazioni su cui si erano basati tali pareri negativi, il nuovo Governo, a termine ancora aperto per l'esercizio della delega¹⁰, ha elaborato uno schema di decreto «contrassegnato [...] dalla scelta di mancata attuazione della delega nella parte complessivamente volta alla facilitazione dell'accesso alle misure alternative e alla eliminazione d[egli] automatismi preclusivi» dei benefici penitenziari¹¹. Le Camere sono quindi state chiamate a pronunciarsi «su un testo diverso, nelle opzioni di fondo, rispetto al precedente, con conseguente superamento dell'assetto complessivo

tenziario in attuazione della delega di cui all'art. 1, co. 82, 83 e 85, lett. a), d), i), l), m), o), r), t) e u), legge 23 giugno 2017, n. 103».

⁵ D.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, recante «Riforma dell'ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all'art. 1, co. 82, 83 e 85, lett. a), d), i), l), m), o), r), t) e u), legge 23 giugno 2017, n. 103».

⁶ D.lgs. 2 ottobre 2018, n. 124, recante «Riforma dell'ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario, in attuazione della delega di cui all'art. 1, co. 82, 83 e 85, lett. g), h) e r), legge 23 giugno 2017, n. 103».

⁷ Schema di decreto legislativo del 7 marzo 2018, A.G. n. 16, recante «Riforma dell'ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario in attuazione della delega di cui all'art. 1, co. 82, 83 e 85, lett. g), h) e r), legge 23 giugno 2017, n. 103».

⁸ Sullo schema di decreto legislativo n. 16 del 2018 la Commissione Giustizia della Camera, nella seduta del 1° agosto 2018, ha reso parere favorevole con condizioni e osservazioni, del quale il Governo ha tenuto conto nella approvazione definitiva del decreto. Quanto allo schema di d.lgs. A.G. n. 29, recante disposizioni in materia di giustizia riparativa e mediazione reo-vittima, la Commissione parlamentare ha espresso sul medesimo un parere contrario, per cui il relativo decreto non è stato emanato. È invece stato varato (dopo l'approvazione dello schema A.G. n. 20) il D.Lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, che ha finalmente attuato la riforma dell'esecuzione penitenziaria minorile. Per la sua peculiare settorialità, l'argomento non sarà oggetto del presente lavoro, interamente dedicato all'ordinamento penitenziario per adulti.

⁹ Sul provvedimento A.G. n. 17 i pareri contrari erano stati espressi, all'inizio della diciottesima legislatura, dalla seconda Commissione del Senato in data 11 luglio 2018 e dalla seconda Commissione della Camera il 12 luglio 2018.

¹⁰ Il Governo Conte ha presentato alla Presidenza del Senato un nuovo schema di d.lgs. (A.G. n. 39) in data 3 agosto 2018, avvalendosi della facoltà di proroga contenuta nell'art. 1, co. 83, l. n. 103 del 2017.

¹¹ Così, *Relazione illustrativa* (allo schema di d.lgs., A.G. n. 39), in *www.senato.it*. Nel *Contratto per il Governo del cambiamento*, in *www.corriere.it*, tra gli obiettivi programmatici in tema di giustizia penale (punto n. 12) è enunciata la necessità di «riscrivere la c.d. 'riforma dell'ordinamento penitenziario', per assicurare «la certezza della pena» e garantire «la maggior tutela della sicurezza dei cittadini».

della riforma»¹². I pareri favorevoli su questo ultimo testo sono stati resi, con osservazioni, dalle Commissioni Giustizia¹³ e si è così pervenuti alla approvazione del decreto legislativo n. 123 del 2018, recante disposizioni in materia di assistenza sanitaria, semplificazione dei procedimenti, vita penitenziaria e competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria. I decreti legislativi n. 123 e n. 124 del 2018 sono entrati in vigore il 10 novembre 2018.

I provvedimenti di recente varati rappresentano dunque solo una “piccola riforma”¹⁴, un intervento di portata ridotta rispetto a quanto prescriveva il delegante.

Il punto di partenza del legislatore delegato era, più radicalmente, quello di rovesciare il “paradigma rieducativo” su cui erano state improntate la delega e la proposta di riforma elaborata dalla Commissione Giostra¹⁵, per riproporre il “paradigma carcerocentrico”, nella sua accezione più tradizionale¹⁶. Tuttavia, il proposito di ridimensionare il modello personalistico-riabilitativo, oltre a non aver determinato un mutamento di paradigma nell’ambito della ricerca scientifica¹⁷, non è riuscito a proiettarsi totalmente sul piano concreto della

¹² Così, *Relazione illustrativa*, cit., 1.

¹³ I pareri positivi sono stati espressi dalle Commissioni Giustizia della Camera e del Senato, rispettivamente, in data 19 settembre e 25 settembre 2018.

¹⁴ L’espressione “piccola riforma” costituisce un ossimoro, in quanto il termine “riforma” implica ontologicamente un cambiamento considerevole dell’assetto normativo e, dunque, si pone in contrasto con il significato della parola “piccola”. La tesi qui sostenuta è che le modifiche normative in commento non abbiano i connotati di una vera e propria riforma. Sull’uso improprio del termine “riforma” in riferimento ai decreti attuativi della delega penitenziaria, v. DE SIMONE, *Gli esiti della controriforma penitenziaria*, in *questa Rivista* online, 2019, 1, 1; LA ROCCA, *Il progetto “estivo” di riforma dell’ordinamento penitenziario tra l’inutile e il fantomatico*, in *questa Rivista*, 2018, 2, 210.

¹⁵ *Commissione per la riforma dell’ordinamento penitenziario nel suo complesso*, istituita con D.M. 19 luglio 2017 e presieduta dal prof. Glauco Giostra, a cui era stato conferito il mandato di elaborare un testo per i decreti legislativi in attuazione della legge delega in materia penitenziaria: v. *Proposta di riforma dell’ordinamento penitenziario*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁶ Cfr., *Contratto per il Governo del cambiamento*, cit., 23, ove si legge: «[p]er garantire il principio della certezza della pena è essenziale riformare i provvedimenti emanati nel corso della legislatura precedente tesi unicamente a conseguire effetti deflattivi in termini processuali e carcerari, a totale discapito della sicurezza della collettività. Per far sì che chi sbaglia torni a pagare è necessario riformare e riordinare il sistema venutosi a creare a seguito dei seguenti provvedimenti: l’abrogazione e la depenalizzazione di reati [...], l’estinzione del reato per condotte riparatorie [...], nonché i periodici ‘svuota carceri’».

¹⁷ Ciò è dimostrato dalle forti perplessità espresse dalla dottrina riguardo alle opzioni inerenti al progetto e poi alla riforma penitenziaria attuata. In senso critico – pur con diversità di accenti – v., tra gli altri, BORTOLATO, *Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *Questione giustizia*, 2018, 1 ss.; CESARIS, *Quel che resta della riforma penitenziaria*, in *Giurisprudenza penale web*, 2018, 12, 1 ss.; DELLA BELLA, *Riforma dell’ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in www.penalecontemporaneo.it; DE SIMONE, *Gli esiti della controriforma penitenziaria*, cit., 1 ss.; DOLCINI, *Carcere, problemi vecchi e nuovi*, in www.penalecontemporaneo.it; FIORENTIN, *La riforma penitenziaria (dd.lgs. 121, 123, 124/2018)*, in *Il*

riforma. Infatti, in sede governativa si è dovuto dare attuazione a una legge delega¹⁸, anche piuttosto dettagliata, il cui significato normativo non convergeva con il nuovo orientamento¹⁹ e, non potendosi confutarla *in toto*, si è attuata solo parzialmente. Alla luce di questi rilievi, pare lecito concludere che si è adottata una soluzione di compromesso tra l'affermazione del primato delle misure alternative rispetto al carcere e l'intento di far prevalere le istanze securitarie. Del resto, il tema della delega era particolarmente importante dal punto di vista politico ed è forse per questo che, pur di non fare scadere la delega (*rectius*: l'argomento della delega), si è optato per un intervento che si pone a metà tra due poli opposti.

I due schemi di decreto consegnati alle Camere hanno, peraltro, attinto da alcune parti dei precedenti provvedimenti governativi. Nella loro formulazione, i decreti legislativi di oggi riproducono sostanzialmente il testo originario presentato durante la scorsa legislatura, ma in una versione così ridotta, da alterare il significato di profondo cambiamento a cui veramente mirava la legge delega n. 103 del 2017²⁰.

Sotto il profilo del metodo, si può sottolineare come il processo decisionale

Penalista, Milano, 2018, 7 ss.; FIORIO, *Carcere: la riforma dimezzata*, in *Proc. pen. e giust.*, 2019, 3, 740 ss.; GONNELLA, *La dignità e i diritti: il nuovo articolo 1 dell'OP*, in *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, a cura di Gonnella, Torino, 2019, 6 ss.; LA ROCCA, *Il progetto "estivo" di riforma dell'ordinamento penitenziario tra l'inutile e il fantomatico*, cit., 207 ss.; PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, 1, 5 ss.; RUARO, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le principali novità dei decreti attuativi in materia di semplificazione dei procedimenti e di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria*, in www.penalecontemporaneo.it; TABASCO, *La riforma penitenziaria tra delega e decreti attuativi*, Pisa, 2018, 7 ss. Da ultimo, sottolinea la divergenza di posizioni e la difficoltà di dialogo tra potere politico e dottrina penalistica, anche nel contesto della recente riforma penitenziaria, PELISSERO, *Politica, consenso sociale e dottrina: un dialogo difficile sulle riforme attuate e mancate del sistema sanzionatorio*, in *questa Rivista* online, 2019, 1, 9 ss.

¹⁸ In linea generale, la omissione del legislatore delegato nell'attuare la delega - con inosservanza del termine fissato dalla legge di delegazione - può comportare una sua responsabilità sul piano politico per l'inadempimento della delega ed eventualmente anche conseguenze giuridiche. *Ex multis*, Corte cost., n. 8 del 1977; Id., n. 41 del 1975.

¹⁹ La fattispecie delineatasi nel caso concreto è nota alla dottrina costituzionalistica, la quale ha evidenziato il fenomeno relativo ai decreti nominalmente attuativi di una delega, ma attraverso i quali, in realtà, si dà vita, in seguito al *turn-over* della maggioranza, a un contenuto normativo espressione di un indirizzo politico opposto a quello della legge delega. Cfr., tra gli altri, ZACCARIA, ALBANESI, *La delega legislativa tra teoria e prassi*, in *La delega legislativa. Atti del Seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milano, 2009, 333 ss.; v., altresì, P. MILAZZO, *Turn-over della maggioranza parlamentare e processi di delega in alcune recenti esperienze*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2008, 2, 1 ss.

²⁰ Più che di un testo diverso rispetto a quello licenziato dal Governo Gentiloni, si tratta, appunto, di una «versione ridotta» dello schema precedente: così, DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario*, cit., 2. V., altresì, FIORIO, *Carcere: la riforma dimezzata*, cit., 740, il quale precisa che si è realizzato un «intervento "per amputazione"».

sia stato quanto mai rapido: soltanto una quindicina di giorni, dal 12 luglio al 3 agosto 2018. I tempi brevi erano certamente imposti dalla delega, ma è pur vero che la modalità di attuazione dei decreti appare molto diversa rispetto al recente passato, se si pensa alla riflessione culturale realizzatasi in occasione degli Stati Generali sull'esecuzione penale²¹.

Nel presente contributo, l'indagine si snoderà secondo due principali linee direttrici: da un lato, al fine di comprendere il significato e la portata della normativa a cui è approdato l'attuale Governo, dall'altro, per individuare quali potranno essere gli sviluppi futuri.

In una prima direzione, occorrerà analizzare il presente volgendo lo sguardo al passato. Si dovranno anzitutto mettere a confronto le scelte del legislatore delegato con i contenuti della legge delega, nonché con il progetto scaturito dai lavori della Commissione Giostra e con i risultati raggiunti nel precedente schema di decreto legislativo del marzo 2018. Bisognerà poi determinare se le norme di recente varate siano tali da provocare una più accentuata disgregazione del sistema penitenziario. Nel corso dell'analisi, si cercherà, dunque, di definire la fisionomia del sistema complessivo risultante dall'innesto delle nuove disposizioni all'interno del quadro normativo vigente.

La seconda prospettiva di indagine suggerisce di guardare verso il futuro: alla luce della portata che assume la novella, si potranno delineare i profili che necessitano di essere integrati, sviluppati o modificati, nonché i terreni di politica penitenziaria che meritano di essere ancora arati nel futuribile delle riforme.

2. Le due anime dei decreti legislativi in materia penitenziaria.
Nell'approntare soluzioni normative di compromesso tra due linee di pensiero opposte, è inevitabile che l'organo delegato, nell'ambito del medesimo provvedimento legislativo, si ispiri ora all'uno ora all'altro orientamento ovvero che ometta di introdurre disposizioni che abbiano contenuti significativamente difforni dal proprio indirizzo politico. È quanto accaduto nell'attuazione della delega penitenziaria.

A una rapida lettura del testo dei due decreti legislativi si intuisce che ciò che si è concretizzato nella nuova legislatura è un intervento normativo "a due anime".

La prima anima ispiratrice di questo disegno restauratore è quella più conservatrice, che si rifà all'idea del carcere come unica sanzione penale in funzione di neutralizzazione del condannato, al fine di garantire la "certezza della pe-

²¹ *Stati Generali sull'esecuzione penale 2015-2016, Relazione di accompagnamento*, in www.giustizia.it.

na” e nel contempo la sicurezza dei cittadini²².

Il secondo tratto, che pur emerge dai decreti legislativi, risulta invece allineato - quantomeno a prima vista - al sistema penitenziario originario del 1975 (L. 26 luglio 1975, n. 354) e a quegli obiettivi della legge delega volti a rafforzare i principi costituzionali e a semplificare le procedure di accesso alle misure alternative al carcere.

2.1. Le modifiche inerenti al carcere. L’idea di una esecuzione penale fondata sulla centralità della pena detentiva affiora nella parte dei decreti legislativi che attiene al carcere.

Per vero, ancora più sintomatica di questa linea è la “parte” mancante del decreto n. 123 del 2018, vale a dire quella che doveva riguardare l’allargamento del campo applicativo delle misure alternative alla detenzione e la eliminazione di automatismi e di preclusioni all’accesso ai benefici penitenziari in caso di condanna per delitti di particolare allarme sociale: questi importanti contenuti della delega non hanno ricevuto attuazione²³.

Per quanto concerne la disciplina relativa al carcere, ci si riferisce, in particolare, al Capo IV del d.lgs. n. 123 del 2018 e al Capo I del d.lgs. n. 124 del 2018, entrambi contenenti «Disposizioni in tema di vita penitenziaria», ma anche al Capo I del d.lgs. n. 123, dedicato alla assistenza sanitaria in ambito penitenziario, e al Capo II del d.lgs. n. 124, che prevede modifiche in tema di lavoro penitenziario.

Anzitutto, in nessuna di queste disposizioni relative al regime intramurario si fa cenno a una importante innovazione contenuta nel progetto elaborato dalla Commissione Giostra²⁴ e poi confluita nell’art. 25 dello schema di decreto legislativo n. 17 del 2018, mai entrato in vigore.

La novità in parola era riconducibile al modello di vigilanza della c.d. “sorveglianza dinamica”, peraltro già prevista dalla legge delega (art. 1, co. 85, lett. r), l. n. 103 del 2017). Nell’art. 1 ord. penit. non figura più la disposizione relativa alle modalità di sorveglianza delle persone detenute, che dovevano essere tali da consentire alle stesse «di trascorrere la maggior parte della giornata fuori dalle aree destinate al pernottamento anche al fine di favorire i

²² Cfr., *Contratto per il Governo del cambiamento*, cit., 25.

²³ Le parti non attuate della legge delega saranno analizzate, rispettivamente, in due paragrafi specifici del presente contributo: v., *infra*, §§ 3 e 5. Questo paragrafo (§ 2.1.) e il successivo (§ 2.2.) sono invece dedicati alle parti - indicate nella delega - che sono state introdotte, in positivo, nei decreti legislativi. Ai fini di questa indagine, si prenderanno in considerazione le disposizioni più rilevanti e significative dei due decreti, senza pretesa di esaustività.

²⁴ *Proposta di riforma dell’ordinamento penitenziario, Relazione illustrativa*, cit., 47.

rapporti interpersonali e l'osservazione del comportamento e della personalità» (art. 1, co. 6, ord. penit., introdotto nello schema Gentiloni). Si è rinunciato così all'idea di un carcere "aperto"²⁵, che avrebbe creato le condizioni per un trattamento penitenziario conforme a umanità e a dignità, contribuendo, nel contempo, a realizzare una più efficace azione di prevenzione dei rischi per la sicurezza, non più basata sul mero controllo 'a vista' da parte della polizia penitenziaria, ma sulla osservazione e sulla conoscenza della persona privata della libertà²⁶. Il decreto legislativo n. 123 del 2018 non menziona neppure il criterio della massima conformità della vita penitenziaria a quella esterna (art. 1, co. 5, ord. penit., come modificato dalla proposta Giostra). L'adozione di questi modelli di organizzazione della vita detentiva avrebbe consentito di adeguarsi non solo alla delega, ma anche alle Regole penitenziarie europee²⁷. Inoltre, sempre nell'art. 1 ord. penit. non si recepisce più, rispetto al progetto Giostra e allo schema Gentiloni, il riferimento testuale alle misure alternative alla detenzione quale strumento di reintegrazione sociale²⁸: una scelta che dimostra chiaramente come la rieducazione venga considerata un obiettivo da perseguirsi all'interno del carcere.

La norma-cardine di tutta la legge penitenziaria - art. 1 ord. penit. - è stata dunque notevolmente ridotta nella sua portata rispetto a quanto previsto nel documento della Commissione Giostra²⁹. Le altre proclamazioni di principio pur recepite nel provvedimento legislativo - come quella che auspica modelli di trattamento improntati a favorire l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione del detenuto - non sono corredate da una normativa idonea a dare concretezza agli impegni assunti dal legislatore e quindi rischiano di restare lettera morta o di essere demandate esclusivamente alle scelte dell'amministrazione penitenziaria.

²⁵ Tale scelta si conforma a quanto asserito nel *Contratto per il Governo del cambiamento*, cit., 25: «occorre realizzare condizioni di sicurezza nelle carceri, rivedendo e modificando il protocollo della c.d. 'sorveglianza dinamica' e del regime penitenziario 'aperto', mettendo in piena efficienza i sistemi di sorveglianza».

²⁶ *Proposta di riforma dell'ordinamento penitenziario, Relazione illustrativa*, cit., 48-49.

²⁷ Rispettivamente, par. 51 e par. 5, Reg. penit. eur., Raccomandazione R (2006)2 del Consiglio d'Europa.

²⁸ Questo aspetto è «rimasto monco, a fronte dell'espressa scelta politica di non attuare la delega»: così, FIORIO, *Carcere: la riforma dimezzata*, cit., 757. V., altresì, CESARIS, *Quel che resta della riforma penitenziaria*, cit., 6, la quale sottolinea l'«ostracismo dichiarato dell'attuale governo verso le misure alternative»; PELISSERO, *Politica, consenso sociale e dottrina: un dialogo difficile sulle riforme attuate e mancate del sistema sanzionatorio*, cit., 11. Sul punto, v., *infra*, § 3.

²⁹ Come osserva FIORIO, *Carcere: la riforma dimezzata*, cit., 757, sul piano sistematico la norma di cui all'art. 1 ord. penit. «sembra ribaltare i rapporti di forza tra trattamento e sicurezza»: il divario tra la novella e i lavori preparatori «appare [...] incolmabile».

Il valore della dignità della persona detenuta – al di là del riconoscimento che “sulla carta” riceve sotto vari aspetti³⁰ – risulta altresì assai indebolito, nella sua effettiva concretizzazione, rispetto al progetto Giostra, poiché molti profili che investono la tutela dei diritti individuali vengono lasciati alla discrezionalità dell’amministrazione³¹. Ne sono di esempio: la mancata revisione della disciplina inerente alle perquisizioni personali³² (art. 34 ord. penit.)³³, l’omissione di opportune previsioni in tema di affettività (art. 28 ord. penit.)³⁴ e di quelle riguardanti la predisposizione di locali idonei per lo svolgimento di pratiche di culto (art. 26 ord. penit.), la scelta di non consentire ai detenuti di avvalersi, nei colloqui, di strumenti di comunicazione a distanza mediante l’uso della rete *internet* (art. 18, co. 5-*bis*, ord. penit.), l’affievolimento della garanzia del pernottamento in camere a un posto per il condannato all’ergastolo (art. 6, co. 5, ord. penit.)³⁵, la rinuncia a una maggiore valorizzazione del volontariato

³⁰ Si introducono, in realtà, molteplici e apprezzabili disposizioni nel delicato settore della tutela della dignità e dei diritti della persona nella fase della esecuzione penitenziaria. Gli aspetti più rilevanti su cui il legislatore interviene sono: la permanenza all’aperto (art. 10 ord. penit., che eleva a quattro il numero minimo delle ore d’aria giornaliera), l’alimentazione dei detenuti che, ove possibile, deve essere rispettosa del loro credo religioso (art. 9 ord. penit.), i locali in cui si svolgono specifiche attività di socializzazione (art. 5 ord. penit.), nonché i locali di soggiorno e di pernottamento (art. 6 ord. penit.), l’igiene personale (art. 8, co. 1 e 2, ord. penit., ove si specifica che le docce siano fornite di acqua calda e che i servizi igienici siano adeguatamente areati e non “a vista”, onde garantire la riservatezza), il divieto di discriminazione delle c.d. “fasce deboli” (come le donne, le madri, i transessuali e gli stranieri: artt. 14, co. 5 e ss., 19 ord. penit.), il diritto alla informazione (art. 18 ord. penit.), alla istruzione universitaria e a quella tecnica superiore (art. 19, co. 4, ord. penit.), il diritto del recluso alla vicinanza al luogo di residenza, sia in fase di assegnazione dell’istituto, sia in sede di trasferimento (artt. 14, co. 1 e 2, e 42 ord. penit.), i colloqui con i familiari, con il difensore e con i garanti dei diritti dei detenuti (art. 18, co. 1-*bis* e 2, ord. penit.). Altre modifiche che non vanno sottaciute sono quelle che concernono la individualizzazione del trattamento penitenziario, tra le quali emerge quella diretta a ridefinire i tratti della osservazione scientifica della personalità (art. 13 ord. penit.), nonché quelle che inseriscono tra gli elementi del trattamento la formazione professionale e la partecipazione a progetti di pubblica utilità (art. 15, co. 1, ord. penit.). Tutta la nuova normativa in materia è ampiamente descritta da FIORIO, *Carcere: la riforma dimezzata*, cit., 758-773. Per uno sguardo analitico alle singole disposizioni, v. anche FIORENTIN, *La riforma penitenziaria (dd.lgs. 121, 123, 124/2018)*, cit., 64 ss. e TABASCO *La riforma penitenziaria tra delega e decreti attuativi*, cit., 92 ss.

³¹ Cfr., PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, cit., 7.

³² Sul punto, tra gli altri, DELLA CASA, *L’urgenza della riforma penitenziaria: un malinconico anacronismo nell’era della riscoperta centralità del carcere*, in www.penalecontemporaneo.it.

³³ Gli articoli dell’ordinamento penitenziario citati nel presente capoverso del testo sono quelli contenuti – come riformulati o modificati – nella proposta della Commissione Giostra (per i quali si rinvia a *Proposta di riforma dell’ordinamento penitenziario*, cit., *passim*) e poi recepiti nella bozza Gentiloni n. 17 del 2018 ovvero nello schema di decreto n. 16 del 2018.

³⁴ Per vero, neanche il precedente Governo Gentiloni aveva ritenuto di dare attuazione al criterio della delega concernente il diritto all’affettività delle persone detenute e internate (art. 1, co. 85, lett. n), l. n. 103 del 2017).

³⁵ Rispetto allo schema di decreto n. 16 del 2018, che conteneva questa garanzia, il decreto n. 124 del 2018 prevede che all’ergastolano sia solo «preferibilmente consentito» il pernottamento in celle singole

(artt. 16 e 17 ord. penit.). Queste sarebbero state tutte modifiche di rilievo, richieste dalla legge delega e poi elaborate nel documento Giostra, che però rimangono al di fuori del vigente provvedimento.

Vi sono, inoltre, due settori in cui il legislatore, pur intervenendo, non ha recepito alcune delle novità proposte, rispettivamente, dalle Commissioni Pelissero³⁶ e Giostra, che, se attuate, avrebbero comportato un significativo passo in avanti nella ricostruzione normativa: si tratta dei settori della sanità e del lavoro.

Nel primo - omettendo, peraltro, di dare attuazione alla direttiva della legge delega di cui all'art. 1, co. 85, lett. l), l. n. 103 del 2017 - si è mancato di potenziare l'assistenza psichiatrica negli istituti di pena, per cui continuerà a prodursi un *vulnus* irragionevole al diritto alla salute e al principio di umanità del trattamento (art. 11 ord. penit.). Né si sono recepite le disposizioni contenute nella precedente bozza di decreto finalizzate tanto a estendere l'applicabilità del rinvio della esecuzione della pena *ex art.* 147 c.p. e della detenzione domiciliare ai casi di grave infermità psichica, quanto a stabilire una speciale ipotesi di affidamento in prova per soggetti con disagio psichico (artt. 147, co. 1, n. 2, c.p.; 47-*ter*; co. 1-*ter*; e 47-*septies* ord. penit., schema Gentiloni).

Sull'argomento è intervenuta di recente la Corte costituzionale con la sentenza n. 99 del 2019, in forza della quale è ora possibile, previa attenta valutazione del giudice, concedere la detenzione domiciliare c.d. "in deroga", prevista dall'art. 47-*ter*, co. 1-*ter*, ord. penit., al condannato affetto da grave malattia psichica sopravvenuta durante l'esecuzione della pena³⁷. Questa decisione ha il merito di fare rivivere, ovviamente in modo parziale³⁸, uno dei profili pro-

(art. 6, co. 5, ord. penit.).

³⁶ Commissione per la riforma del sistema normativo delle misure di sicurezza personali e dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario, specie per le patologie di tipo psichiatrico, e per la revisione del sistema delle pene accessorie, istituita con D.M. 19 luglio 2017 e presieduta dal prof. Marco Pelissero, in www.penalecontemporaneo.it.

³⁷ Corte cost., n. 99 del 2019, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*ter*, co. 1-*ter*, ord. penit., nella parte in cui non prevede che, nell'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, il tribunale di sorveglianza possa disporre l'applicazione al condannato della detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti di cui al co. 1 del medesimo art. 47-*ter* ord. penit. (cioè, in deroga al limite dei quattro anni di pena). Secondo la Consulta, spetterà al giudice operare un bilanciamento tra le esigenze di sicurezza della collettività e la necessità di garantire il diritto alla salute dei detenuti (art. 32 Cost.) e di assicurare che nessun condannato sia mai costretto a scontare la pena in condizioni contrarie al senso di umanità (art. 27, co. 3, Cost.). Tali principi costituzionali, tuttavia, «non sono stati particolarmente presenti al legislatore delegato»: così, DOLCINI, *La pena ai tempi del diritto penale liberale*, Testo dell'intervento al Convegno "Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo", Università degli Studi di Milano, 10-11 maggio 2019, in www.penalecontemporaneo.it.

³⁸ Sul punto, v. DELLA CASA, *L'urgenza della riforma penitenziaria*, cit., 9; PELISSERO, *Politica, consen-*

grammatici contenuti nella proposta Pelissero, là dove si era affermato il principio di equiparazione del disagio psichico a quello fisico, prevedendo anche l'introduzione di specifiche misure alternative volte a garantire adeguati percorsi terapeutici ai condannati con infermità psichica³⁹.

Quanto al secondo settore, è vero che si inseriscono nuove norme indubbiamente mirate al potenziamento del lavoro penitenziario, il quale, come si sa, contribuisce enormemente al processo rieducativo del detenuto⁴⁰. Tuttavia, nel prevedere, per esempio, il lavoro di pubblica utilità anche all'interno degli istituti oltre che all'esterno (art. 20-ter ord. penit), si è eliminato l'importante incentivo, contemplato dal progetto Giostra (art. 54, co. 3-bis, ord. penit), consistente nell'aumento dello sconto di pena (nella misura massima di 15 giorni a semestre) riconosciuto a titolo di liberazione anticipata ai sensi dell'art. 54 ord. penit., per il caso di proficua partecipazione a tali progetti. Si è persa, in tal modo, l'occasione di dare concretezza a questa particolare attività lavorativa.

Dunque, per ciò che riguarda il significato e la rilevanza delle modifiche inerenti al carcere, si può anzitutto affermare che le disposizioni di recente introduzione svelano la portata riduttiva di questo intervento, tanto che giustamente si è detto che di riforma non si possa parlare⁴¹. Dal testo dei decreti legislativi emerge una marcata differenza rispetto ai contenuti della proposta Giostra e della bozza Gentiloni: la conquiste di civiltà che caratterizzavano quei lavori preparatori non sono state accolte dal legislatore delegato⁴². Mancano, infatti, tutte quelle innovazioni che avrebbero potuto segnare un reale ed effettivo salto di qualità nella normativa concernente il regime detentivo⁴³. Vi è invero solo qualche miglioramento nella disciplina di alcuni aspetti della vita intramuraria, nella prospettiva di una maggiore attenzione alla tutela dei

so sociale e dottrina: un dialogo difficile sulle riforme attuate e mancate del sistema sanzionatorio, cit., 10.

³⁹ *Riforma della sanità penitenziaria e delle pene accessorie: la proposta della Commissione Pelissero*, in www.penalecontemporaneo.it e, altresì, *Commissione per la riforma del sistema normativo delle misure di sicurezza personali e dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario, specie per le patologie di tipo psichiatrico, e per la revisione del sistema delle pene accessorie*, cit.

⁴⁰ Del resto, sulla «valorizzazione del lavoro in carcere come forma principale di rieducazione e reinserimento sociale della persona condannata» si era insistito nello stesso *Contratto per il Governo del cambiamento*, cit., 25. Si tratta, peraltro, di un programma politico che, se in questo punto si richiama all'ideale rieducativo, lo colloca pur sempre all'interno del carcere. Cfr., PELISSERO, *Politica, consenso sociale e dottrina: un dialogo difficile sulle riforme attuate e mancate del sistema sanzionatorio*, cit., 11.

⁴¹ DE SIMONE, *Gli esiti della controriforma penitenziaria*, cit., 1; LA ROCCA, *Il progetto "estivo" di riforma dell'ordinamento penitenziario tra l'inutile e il fantomatico*, cit., 210.

⁴² In termini analoghi, FIORIO, *Carcere: la riforma dimezzata*, cit., 756, 758.

⁴³ Cfr., DELLA CASA, *L'urgenza della riforma penitenziaria*, cit., 6.

diritti fondamentali e della dignità delle persone detenute. D'altro canto, nei decreti delegati non è stata realizzata fino in fondo una manovra davvero idonea a trasformare il carcere in uno strumento più fortemente repressivo, desocializzante e stigmatizzante di quanto non lo fosse in precedenza.

Pur ispirate alla volontà di un inasprimento della risposta carceraria, le nuove norme hanno lasciato sostanzialmente immutato il regime carcerario esistente⁴⁴, che rimane comunque legato, in senso tradizionale, a una concezione della pena in funzione segregante e a una finalità rieducativa del trattamento più teorica che effettiva.

Dal punto di vista logico-sistematico, resta pressoché inalterata la generale fisionomia degli istituti che fanno capo a questo importante settore dell'ordinamento penitenziario, con tutte le carenze esibite da un modello di pena detentiva non ancora conforme al paradigma costituzionale dell'umanità della pena e del trattamento rieducativo.

2.2. *Il nuovo rito semplificato per la concessione delle misure extramurarie.*

La seconda anima che innerva le disposizioni introdotte, in particolare, nel Capo II del decreto legislativo n. 123 del 2018 si pone, invece, in linea con i contenuti enunciati nella legge delega e, almeno apparentemente, con la logica che mira a dare effettività ai principi costituzionali, primo fra tutti quello della finalità rieducativa del condannato.

Questa concezione della esecuzione penitenziaria, antitetica rispetto a quella sopra evidenziata in riferimento al regime intramurario, si ritrova nella parte del decreto n. 123 del 2018 dedicata alla «semplificazione dei procedimenti».

Si interviene con un *restyling* delle norme processuali, tanto dell'ordinamento penitenziario quanto del codice di procedura penale: si prevedono modifiche nell'ambito della esecuzione delle misure extramurarie e delle pene accessorie; si riducono i tempi di definizione dei procedimenti della magistratura di sorveglianza, rendendo, così, più rapida la risposta alle richieste finalizzate alla concessione di una misura alternativa; si introducono apprezzabili garanzie processuali sia con riguardo alla partecipazione dell'interessato all'udienza, sia in ordine alla pubblicità dell'udienza che si svolge innanzi al tribunale di sorveglianza.

Insomma, muovendosi in senso contrario rispetto a opzioni di tipo repressivo, si rendono più agevoli le modalità di applicazione degli strumenti risocia-

⁴⁴ Cfr., in senso conforme, DOLCINI, *Carcere, problemi vecchi e nuovi*, cit., 5, secondo cui «prevalentemente si tratta di interventi di facciata, che lasciano immutata la sostanza del carcere, del quale si conferma la fisionomia [...] e la centralità nel sistema sanzionatorio».

lizzanti. Questa parte dell'intervento normativo appare dunque più conforme alla linea progressista che aveva animato il precedente Governo nella redazione dello schema di decreto legislativo n. 17 del 2018.

La novità di maggior rilievo, nel contesto delle misure di semplificazione processuale, è data dalla introduzione di un rito speciale per la concessione delle alternative alla detenzione sulle istanze presentate *ab externo* a seguito di sospensione dell'ordine di esecuzione e in caso di pena da espiare non superiore a un anno e sei mesi. Il nuovo modello processuale, disciplinato dall'art. 678, co. 1-ter, c.p.p., contempla una prima fase, in cui si instaura un procedimento *de plano* nel cui ambito provvede il giudice monocratico, il quale può pronunciarsi con una ordinanza di applicazione provvisoria della misura, seguita in via eventuale – in caso di opposizione ovvero di mancata emissione dell'ordinanza provvisoria o di mancata conferma della stessa da parte del tribunale – da una seconda fase, nella quale il tribunale di sorveglianza procede a norma dell'art. 666 c.p.p., fissando l'udienza camerale. Qualora, invece, decorra il termine di dieci giorni senza che l'interessato o il suo difensore abbiano proposto opposizione, il tribunale, se lo ritiene, conferma senza formalità la decisione del magistrato e la procedura si esaurisce con il provvedimento emesso *de plano*.

Pare opportuna una breve riflessione sotto tre diversi profili: pratico, teorico e sistematico.

Sul piano pratico, questa procedura semplificata consentirà un'accelerazione dei tempi di risposta alle istanze avanzate dai c.d. "liberi sospesi" ai sensi dell'art. 656, co. 5, c.p.p., volte a ottenere una misura extracarceraria⁴⁵. E ciò era quantomeno opportuno, dato che si tratta di tempi decisionali notoriamente molto lunghi⁴⁶.

Dal punto di vista teorico, cade, anzitutto, un dogma dell'esecuzione penale: quello della esclusività del procedimento di sorveglianza come modalità di

⁴⁵ Peraltro, in molti Uffici di sorveglianza, ad oggi – maggio 2019 – vi sono ancora ritardi nel dare corso alla applicazione della nuova procedura di concessione delle misure, per lo più a causa di problemi organizzativi e di coordinamento.

⁴⁶ Cfr., FIORIO, *Carcere: la riforma dimezzata*, cit., 746, per il quale le norme processuali varate «denotano comunque scarso coraggio nell'affrontare il vero problema della giurisdizione di sorveglianza, costituito da un organico inadeguato alle domande – sempre maggiori – di giustizia penitenziaria». Secondo la proposta dell'A., nella prospettiva di aumentare davvero la capacità di risposta alle istanze provenienti dalle persone detenute, «è necessario virare con decisione verso la "monocratizzazione" delle competenze della magistratura di sorveglianza, trasformando il magistrato quale giudice di primo grado e configurando il tribunale quale "giudice del reclamo"». V. anche FIORIO, *"Monocratizzazione" delle competenze del giudice di sorveglianza*, in *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, a cura di Giostra, Bronzo, Roma, 2017, 74 ss.

concessione delle misure alternative⁴⁷. Da oggi, la misura sarà concessa - con riguardo a determinate ipotesi - all'esito di un nuovo rito "speciale" in cui la scansione bifasica avviene, per la prima volta, sul piano dei rapporti tra il magistrato di sorveglianza "relatore", designato dal presidente, e l'organo collegiale nel suo complesso⁴⁸. Inoltre, il procedimento prevede, in prima battuta, una compressione della difesa e del contraddittorio: ciò comporta un arretramento in termini di garanzie, pur se si deve tener conto che il giudice monocratico può adottare *de plano* solo una decisione favorevole e mai di rigetto. Ma il vero nodo problematico è costituito dal fatto che l'introduzione della procedura a contraddittorio eventuale e differito non può più essere vista oggi in un'ottica compensativa volta a bilanciare l'aumento del carico di lavoro che sarebbe derivato dalla eliminazione delle preclusioni alla fruibilità delle misure alternative, nonché dalla abrogazione dell'istituto della esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi, previsto dalla L. 26 novembre 2010, n. 199. Questi importanti interventi normativi - e abrogativi - non sono stati realizzati dal legislatore. Dunque, il sacrificio del diritto di difesa (art. 24, co. 2, Cost.) e del contraddittorio (art. 111, co. 2, Cost.) non risulta essere giustificato da valutazioni di opportunità legate alla modificazione dell'assetto normativo che si sarebbe prodotta ponendo a regime i contenuti del progetto Giostra⁴⁹. Si può allora esprimere qualche perplessità sul fatto che il legislatore delegato sia riuscito a trovare un corretto equilibrio tra efficienza e garantismo sul piano processuale.

Sotto il profilo sistematico, questa parte della riforma, se contribuisce a un'applicazione più agevole delle misure alternative, si pone tuttavia in aperto contrasto con la scelta governativa di non porre in essere altre modifiche legislative fondamentali e innovative, volute dal delegante, quali l'allargamento delle possibilità di fruizione delle misure e la contrazione del regime delle preclusioni. Le nuove disposizioni processuali si inseriscono in un contesto che è rimasto monco dal punto di vista della disciplina sostanziale relativa agli strumenti alternativi al carcere. Per questo, in definitiva, l'anima progressista che apparentemente emergeva da queste norme pare sbiadirsi a una più ap-

⁴⁷ Lo rileva RUARO, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le principali novità dei decreti attuativi in materia di semplificazione dei procedimenti*, cit., 4.

⁴⁸ Proprio in questo, il nuovo modello processuale si differenzia dal rito *de plano* di cui all'art. 667, co. 4, c.p.p.

⁴⁹ *Proposta di riforma dell'ordinamento penitenziario, Relazione illustrativa*, cit., 38. In dottrina, si è sottolineato come la previsione del modello a contraddittorio postumo dovrebbe essere «sempre attuata con cautela»: LA ROCCA, *Il progetto "estivo" di riforma dell'ordinamento penitenziario*, cit., 211; sulla stessa linea, RUARO, *Riforma dell'ordinamento penitenziario*, cit., 4 ss. Sull'argomento v., tra gli altri, GAITO, RANALDI, *Esecuzione penale*, Milano, 2016, *passim*.

profondita analisi.

A ben vedere, oltre a essere riduttivo e parziale, l'intervento sulla semplificazione dei procedimenti provoca una specie di effetto *boomerang*.

La mancata attuazione del modello discrezionale-personalistico⁵⁰, cui mirava la proposta Giostra, fa sì che le misure, nella loro concreta applicazione, restino prive dei significativi contenuti risocializzanti e rieducativi che, altrimenti, avrebbero acquisito con il varo dell'originario schema di riforma. Pertanto, il nuovo rito semplificato per l'accesso alle misure, inserendosi inevitabilmente nel quadro del sistema precedente delle misure alternative improntato a esigenze di deflazione penitenziaria, giunge ad assumere anch'esso una funzione deflattiva, in conformità a una logica meramente decarcerizzante⁵¹. Da qui l'effetto *boomerang*: i proponenti della riforma puntavano a una politica di carcerizzazione, ma poi hanno introdotto disposizioni processuali che rischiano di ritorcersi contro gli obiettivi in cui loro stessi credevano.

Affiora in questa parte della novella, come effetto indiretto, una terza anima: quella riconducibile alla legislazione emergenziale e svuota-carceri.

Una cosa è certa: in presenza del contesto normativo attuale, le novità relative al procedimento di sorveglianza di cui all'art. 4 del decreto n. 123 del 2018 – sia pur apprezzabili – non potranno da sole contribuire a un effettivo rafforzamento della giurisdizione rieducativa, intesa come strumento di individuazione del trattamento extramurario.

3. Il tradimento della delega nel settore delle misure alternative alla detenzione. Ciò che connota fortemente i nuovi decreti delegati è la scelta di non dare attuazione alla legge delega in due punti fondamentali: l'ampliamento dell'accesso alle misure alternative e la eliminazione degli automatismi e delle preclusioni ai benefici penitenziari per gli autori dei reati più gravi⁵². Sul secondo punto, attinente al regime speciale di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., ci si soffermerà in seguito⁵³. Mentre è il primo che occorre subito esaminare.

Il Governo ha deciso, anzitutto, di non esercitare la delega con riguardo alla «revisione delle modalità e dei presupposti di accesso alle misure alternative,

⁵⁰ L'espressione è di PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 1, 99.

⁵¹ Per ulteriori riflessioni, v., *infra*, § 4.

⁵² *Relazione illustrativa* (allo schema di d.lgs., A.G. n. 39), cit., 1. Sulla scorta delle linee programmatiche contenute nel «Contratto per il Governo del cambiamento», il Ministro della giustizia ha dichiarato che lo schema di riforma penitenziaria «così com'è, non potrà andare avanti»: in questi termini, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: il ministro Bonafede chiarisce la sua posizione*, in www.dirittoegiustizia.it.

⁵³ V., *infra*, § 5.

sia con riferimento ai presupposti soggettivi sia con riferimento ai limiti di pena, al fine di facilitare il ricorso alle stesse» (art. 1, co. 85, lett. b), l. n. 103 del 2017), nonché alla previsione «che il limite di pena che impone la sospensione dell'ordine di esecuzione sia fissato in ogni caso a quattro anni» (art. 1, co. 85, lett. c), l. n. 103 del 2017). Inoltre, non è stata attuata la delega concernente la «revisione delle norme vigenti in materia di misure alternative alla detenzione al fine di assicurare la tutela del rapporto tra detenute e figli minori» (art. 1, co. 85, lett. s), l. n. 103 del 2017).

La Relazione illustrativa allo schema dell'attuale decreto ha chiarito, in proposito, come la diversità del nuovo testo normativo abbia determinato un superamento dell'assetto complessivo della riforma⁵⁴. Ed anche il mancato riferimento testuale, nell'art. 1, co. 2, ord. penit., alle misure alternative alla detenzione quale strumento di reintegrazione sociale, nell'ambito del trattamento, fa emergere l'assoluta divergenza del decreto delegato rispetto al progetto Giostra e alla bozza Gentiloni.

Crolla, dunque, il primo pilastro sul quale si fondava il precedente disegno di riforma⁵⁵, portando via con sé, in questo inesorabile naufragio, un sistema di misure alternative innovativo, teso a valorizzare la finalità rieducativa degli strumenti di apertura del carcere e a perseguire l'ideale della inclusione e del recupero sociale delle persone sottoposte alle misure, attraverso percorsi di responsabilizzazione e di reinserimento degli affidati in prova o dei soggetti in detenzione domiciliare. Nel ricostruire in chiave risocializzante gli istituti rinchiusi nelle alternative alla detenzione, il progetto di riforma che stava per entrare in vigore avrebbe avuto il pregio di superare il disordine normativo creatosi nella fase della legislazione emergenziale⁵⁶.

In nome delle istanze securitarie, si è invece rinunciato, ora, a un modello più moderno che - introducendo, peraltro, specifiche e più afflittive prescrizioni rivolte ai beneficiari delle misure - avrebbe contribuito a diminuire il rischio di recidiva e, quindi, a garantire anche la sicurezza dei cittadini⁵⁷. Viceversa, si

⁵⁴ *Relazione illustrativa*, cit., 1.

⁵⁵ Sul secondo pilastro, quello relativo alla eliminazione delle preclusioni ai benefici penitenziari, v., *infra*, § 5.

⁵⁶ Sia consentito il rinvio a CAPITTA, *Le misure alternative alla detenzione nel quadro della riforma Orlando: discontinuità virtuosa o riconferma del disordine normativo?*, in *L'ind. pen.*, 2018, 2, 297 ss.

⁵⁷ È infatti comprovato statisticamente che le misure extramurarie svolgono efficacemente la funzione di garantire la sicurezza della collettività, molto più del carcere: «ben il sessantanove per cento delle persone che hanno scontato la pena in regime carcerario, una volta uscito dal carcere, commette nuovi reati e rientra nel circuito detentivo, mentre soltanto il diciannove per cento di coloro che hanno avuto accesso all'esecuzione penale esterna ritorna a delinquere». Così, *Proposta di riforma dell'ordinamento penitenziario, Introduzione*, cit., 9.

mira a tutelare il valore della sicurezza esclusivamente attraverso lo strumento del carcere, come dimostrato anche dal recente varo di una legge diretta a promuovere un piano urgente di edilizia penitenziaria⁵⁸. E ciò sarebbe anche apprezzabile sul fronte del contrasto al sovraffollamento carcerario⁵⁹, se non fosse che a questa iniziativa non si accompagna alcun programma orientato a verificare le cause del fenomeno della elevata carcerizzazione.

La lacuna insita nel decreto attuativo induce a pensare non tanto e non solo a un'azione di mero ridimensionamento del progetto legislativo precedente, come invece è avvenuto per il settore relativo al regime carcerario⁶⁰, bensì a una radicale demolizione di quella parte qualificante dello schema originario di decreto – e anche dello stesso documento Giostra – che mirava a un sistema di misure alternative evoluto e finalmente conforme al paradigma costituzionale del finalismo rieducativo.

Traspare con chiarezza l'intenzione di rendere efficaci nuove politiche repressive ispirate a scopi di prevenzione generale, con un conseguente impoverimento dei contenuti personalistici e rieducativi connessi alle misure extramurarie. Ma in tal modo – giova ricordarlo – si è mancato di realizzare un obiettivo costituzionalmente imposto⁶¹.

Il tradimento della delega in materia di misure alternative alla detenzione e la totale distruzione dell'edificio normativo costruito nell'ambito della Commissione Giostra si evidenziano, più precisamente, in tre punti: la mancata adozione del criterio del minimo pregiudizio, la sopravvivenza di due isolate disposizioni in tema di accesso alle misure e, da ultimo, il mancato allineamento tra sospensione dell'ordine di esecuzione e affidamento in prova c.d. "allargato".

Nel vigente provvedimento, anzitutto, non vi è più alcuna traccia della norma-bandiera che connotava la proposta Giostra e che era poi confluita nella bozza Gentiloni: si trattava del principio del minimo pregiudizio – da introdursi con un nuovo art. 57-*bis* ord. penit. – secondo cui la finalità del reinserimento sociale del condannato doveva essere perseguita con il minor sacrificio della libertà personale⁶². Si intendeva dare un segnale forte, per una esecuzione pe-

⁵⁸ Art. 7, D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito con modificazioni dalla L. 11 febbraio 2019, n. 12.

⁵⁹ Il sovraffollamento delle celle rappresenta un fenomeno che si è nuovamente acuito: al 31 maggio 2019 negli istituti penitenziari risultano presenti 60.476 detenuti, rispetto ai 50.528 previsti dalla capienza regolamentare (Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria-Statistiche, in www.giustizia.it).

⁶⁰ V., *supra*, § 2.1.

⁶¹ Con riguardo, invece, alla precedente bozza di riforma, v., GIOSTRA, *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 4, 119 ss.

⁶² Sul punto, DE SIMONE, *Gli esiti della controriforma penitenziaria*, cit., 2, rimarca come la scelta di non riprodurre questa «norma-manifesto di tutta la proposta Giostra» riveli la mancata condivisione

nale in cui la privazione detentiva della libertà assumesse realmente una funzione residuale di *extrema ratio*. Al contrario, l'attuale lacuna sul punto è indicativa di una presa di posizione che mira a contrastare un ampio utilizzo delle misure alternative alla detenzione, per rafforzare invece il ruolo del carcere come strumento di segregazione e di esclusione dell'autore del crimine dal contesto sociale. Caduta l'idea cardine che aveva guidato il lavoro della Commissione Giostra⁶³, non resta che prendere atto di una scelta che può davvero condurre a un rapido tramonto della ideologia rieducativa.

Il secondo fattore che segna il tradimento della delega è dato dalla sussistenza di una sola norma attinente alle singole misure alternative, insieme a un'altra in tema di legittimazione alla richiesta dei benefici. Non rimane davvero nulla del *corpus* normativo delle misure alternative alla detenzione che si voleva forgiare in precedenza.

Rispetto al vecchio schema di decreto che dedicava alle misure un intero Capo⁶⁴, qui rimane in piedi solo un piccolo e trascurabile tassello riguardante una modifica alla disciplina dell'affidamento in prova al servizio sociale. Si prevede, infatti, l'intervento dell'Ufficio di esecuzione penale esterna per effettuare l'indagine personologica del soggetto che ha proposto l'istanza di affidamento in prova dallo stato di libertà (art. 47, co. 2, ord. penit.). I risultati della osservazione della personalità condotta in ambiente esterno contribuiranno a integrare gli elementi a disposizione della magistratura di sorveglianza, finora limitati ai dati personali giudiziari e alla inchiesta socio-familiare compiuta dal servizio sociale⁶⁵. La nuova disposizione, circoscritta all'istituto dell'affidamento in prova, non viene peraltro estesa alle misure della detenzione domiciliare e della semilibertà, a differenza di quanto disponeva lo schema di decreto Gentiloni, che introduceva analoga previsione agli artt. 47-ter, co. 1-bis, e 50, co. 4, ord. penit. Pertanto, questa modifica legislativa, oltre a essere isolata, è anche parziale, non realizzando appieno gli intendimenti

dello spirito della riforma.

⁶³ In questi termini, nel contesto di un'analisi delle innovazioni contenute nel documento elaborato dalla Commissione Giostra, DELLA CASA, *L'urgenza della riforma penitenziaria: un malinconico anacronismo nell'era della riscoperta centralità del carcere*, cit., 7. Sul criterio del minimo pregiudizio contenuto nella precedente bozza di decreto, v. LA ROCCA, *Lo schema di decreto legislativo per la riforma penitenziaria*, in *questa Rivista, La giustizia penale riformata, Speciale Riforme*, 1, 2018, 763.

⁶⁴ Schema di d.lgs., A.G. n. 17, Capo IV, «Modifica delle norme dell'ordinamento penitenziario in tema di misure alternative».

⁶⁵ Cfr., *Relazione illustrativa*, cit., 9. La nuova previsione va letta unitamente alla modifica dell'art. 656, co. 6, c.p.p., che fissa un termine dilatorio di trenta giorni per la decisione del tribunale di sorveglianza in merito alla concessione della misura richiesta dallo stato di libertà: la durata minima dell'attività di osservazione personologica *ab externo* da parte dell'U.e.p.e. risulta perciò di trenta giorni, analogamente a quella della osservazione intramuraria (almeno un mese, ai sensi dell'art. 47, co. 2, ord. penit.).

della legge delega volti a dare rilievo, a tutto tondo, alla attività di osservazione scientifica della personalità *ab externo* (art. 1, co. 85, lett. d), l. n. 103 del 2017). Anche la ridefinizione dei compiti dell'Ufficio di esecuzione penale esterna prevista dalla nuova formulazione dell'art. 72 ord. penit. sembra avere una funzione di mero coordinamento normativo con l'art. 47, co. 2, ord. penit., dato che «l'attività di osservazione del comportamento» ivi contemplata non potrà essere svolta in caso di istanza di concessione della detenzione domiciliare o della semilibertà.

L'altra disposizione che resta in vita, in tale contesto, è quella contenuta nell'art. 57 ord. penit., il quale inserisce, tra i soggetti legittimati a richiedere le misure alternative e altri benefici penitenziari, anche il difensore e, tra i legittimati a proporre l'applicazione delle medesime misure, il gruppo di osservazione e trattamento, organo che svolge un lavoro molto importante ai fini del progressivo reinserimento del detenuto nella società.

Il terzo punto che evidenzia il crollo di un impianto normativo coerente, quale quello che risultava dai lavori preparatori della riforma, è rappresentato dalla mancata attuazione del criterio della delega (art. 1, co. 85, lett. c), l. n. 103 del 2017) diretto a elevare a quattro anni il limite di pena per la sospensione dell'ordine di esecuzione, in modo da allinearlo al corrispondente limite che consente l'accesso alla misura dell'affidamento in prova c.d. "allargato"⁶⁶. Evitando di fare ciò, il legislatore delegato non ha neppure recepito il *dictum* della sentenza n. 41 del 2018, nel frattempo intervenuta, con la quale la Consulta ha ripristinato il parallelismo tra il regime sospensivo dell'ordine di esecuzione e la disciplina prevista dall'art. 47, co. 3-*bis*, ord. penit.⁶⁷. Alla luce della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 656, co. 5, c.p.p.⁶⁸, il sistema attuale si attesta, comunque, al limite di pena di quattro anni per l'accesso *ab externo* alle misure alternative dell'affidamento in prova (art. 47 ord. penit.), della detenzione domiciliare (art. 47-*ter* ord. penit.) e della semilibertà (art. 50, co. 1, ord. penit.)⁶⁹.

⁶⁶ In dottrina, tale direttiva della legge delega era stata ritenuta quanto mai opportuna: v., tra gli altri, CORVI, *Venti di riforma sull'esecuzione penale: la delega per la modifica dell'ordinamento penitenziario*, in *Le recenti riforme in materia penale*, a cura di Baccari, Bonzano, La Regina, Mancuso, Milano, 2017, 595; LA ROCCA, *Lo schema di decreto legislativo per la riforma penitenziaria*, cit., 779.

⁶⁷ Corte cost., n. 41 del 2018.

⁶⁸ Declaratoria di illegittimità che, come è noto, è idonea a esplicitare effetti in chiave retroattiva (artt. 136, co. 1, Cost. e 30, co. 3 e 4, L. 11 marzo 1953, n. 87). Per ulteriori approfondimenti sul punto, si rinvia a VICOLI, *Sospensione dell'ordine di esecuzione e affidamento in prova: la Corte costituzionale ricuce il filo spezzato dal legislatore*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 4, 94.

⁶⁹ Al riguardo, RUARO, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le principali novità dei decreti attuativi in materia di semplificazione dei procedimenti*, cit., 2; v., altresì, LA ROCCA, *Il progetto "estivo" di riforma dell'ordinamento penitenziario*, cit., 215.

Per completare il quadro delle novità normative concernenti le misure extracarcerarie, va infine segnalato che, con l'art. 1, co. 7, L. 9 gennaio 2019, n. 3 (legge c.d. "spazzacorrotti"), è stato modificato l'art. 47, co. 12, ord. penit., il quale ora stabilisce che l'esito positivo dell'affidamento in prova al servizio sociale non estingue le «pene accessorie perpetue». La previsione di questa sorta di "Daspo per i corrotti", che non può cessare neppure al termine della esecuzione della pena principale scontata *extramoenia*⁷⁰, si rivela incompatibile con il principio di individualizzazione e con la funzione rieducativa della pena⁷¹. D'altra parte, la modifica apposta all'art. 47, co. 12, ord. penit. stride fortemente con quanto stabilito dal nuovo art. 51-*quater* ord. penit. - introdotto proprio con il decreto n. 123 del 2018 - il quale conferisce al giudice di sorveglianza che ha concesso la misura alternativa l'ampio potere discrezionale di disporre la sospensione delle pene accessorie, «tenuto conto delle esigenze di reinserimento sociale del condannato». Tra le varie disposizioni del decreto governativo, questa è senza dubbio una di quelle che va salutata con particolare favore, in quanto incentiva percorsi di reintegrazione, anche nella società economica, della persona condannata. Tuttavia, il suo ambito di applicazione non potrà riguardare le nuove sanzioni accessorie perpetue, con un conseguente affievolimento di quegli spazi di discrezionalità giudiziale tipicamente funzionali a valutazioni personologiche.

4. *L'esito della piccola riforma all'interno del quadro normativo vigente: il volto destrutturato dei nuovi strumenti di semplificazione processuale.* Fin qui si è dato spazio alla analisi delle disposizioni di nuovo conio inerenti al carcere e al settore delle misure alternative. Si deve passare ora ai risultati di sintesi, calando i contenuti dei decreti legislativi nel sistema penitenziario vigente, con particolare riguardo agli strumenti di apertura del carcere. Si cercherà, pertanto, di mettere in luce quali sono le ricadute sul sistema del nuovo decreto n. 123 del 2018.

La "riforma", per la sua portata minimale e riduttiva, ha mantenuto in vita - lasciandolo pressoché inalterato - l'assetto normativo esistente in materia di esecuzione penale esterna. Qui, i *conditores* si sono limitati ad apporre qual-

⁷⁰ Al contrario di quanto stabiliva al riguardo la legge delega, che, in tema di pene accessorie, introduceva il criterio della «esclusione di una loro durata superiore alla durata della pena principale» (art. 1, co. 85, lett. u), l. n. 103 del 2017).

⁷¹ In tal senso, v. *Parere del CSM*, n. 39 del 2018, deliberato il 19 dicembre 2018, sul disegno di legge c.d. spazzacorrotti n. 1189, in www.penalecontemporaneo.it. In dottrina, tra gli altri, MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. penit. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, 110 ss.

che ricamo di poco spessore su un tessuto normativo, quello della legge n. 354 del 1975, allora certamente innovativo, ma oggi non più al passo con i tempi e, più di recente, logorato ad opera delle leggi di emergenza e svuota-carceri.

Se, da un lato, il decreto n. 123 del 2018 non è, di per sé, tale da comportare una disgregazione del sistema più accentuata di quanto già non fosse in precedenza, dall'altro lato, esso non contribuisce di certo a una ridefinizione coerente e razionale delle misure alternative al carcere. Né le modifiche in tema di semplificazione processuale sono in grado di produrre sul sistema effetti rimarchevoli e degni di nota, non essendo accompagnate da un impianto legislativo capace di ridisegnare la fisionomia delle misure extramurarie.

Quindi, qual è il risultato complessivo di questa novella, che si sovrappone al quadro normativo esistente?

In sintesi, si potrebbe rispondere che, da un punto di vista sistematico, l'esito non è così confortante e soddisfacente, giacché si viene a sommare un problema a un altro.

Come è noto, a partire dalla legge Simeone-Saraceni del 1998 fino alla stagione della legislazione emergenziale iniziata intorno al 2010 e conclusasi nel 2014, le misure alternative hanno conosciuto una metamorfosi che ha portato alla destrutturazione del sistema⁷² e al declino dell'idea stessa di risocializzazione. Progressivamente, i tratti distintivi degli istituti racchiusi nel *corpus* normativo delle alternative alla detenzione si sono trasformati da strumenti di attuazione della finalità rieducativa della pena in strumenti che operano alla stregua di sanzioni sostitutive della pena detentiva. La funzione risocializzante delle misure è stata degradata a funzione deflattiva e di controllo della pericolosità sociale del condannato⁷³. Nel tempo, si è creata perciò una forte incoerenza interna e un accentuato disordine normativo, derivante da scelte legislative per nulla lineari e razionali. E l'incoerenza sistematica è derivata dalla sempre più frequente inclusione, nell'ordito normativo, delle c.d. "norme

⁷² Per il significato di destrutturazione interna del sistema, v. AMODIO, *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema*, in *L'ind. pen.*, 2003, 8.

⁷³ Sull'argomento, tra i molti, DELLA CASA, *Quarant'anni dopo la riforma del 1975 (ovvero: il continuo divenire della "questione penitenziaria")*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 1163 ss.; PRESUTTI, *Sub art. 47*, in Della Casa, Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Della Casa, 5^a ed., Padova, 2015, 504 ss.; ZANNOTTI, *Le misure alternative alla detenzione (in particolare l'affidamento in prova al servizio sociale) e la crisi del sistema sanzionatorio*, in *L'ind. pen.*, 2000, 721 ss.; v., altresì, il volume: *Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative*, Atti del Convegno, Teramo, 6 marzo 2014, a cura di Del Coco, Marafioti, N. Pisani, Torino, 2014, *passim*. In precedenza, GREVI, *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale e incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di Grevi, Padova, 1994, 18.

intruse⁷⁴.

Su questo edificio normativo già problematico, il legislatore delegato vorrebbe innestare norme che perseguano una logica del tutto opposta a quella della deflazione carceraria e improntata a politiche di carcerizzazione. Ma poi, in realtà, non lo fa perché si trova imbrigliato a dover attuare in qualche modo la delega e, alla fine, opta per un intervento conservativo⁷⁵. Si riprendono qua e là, in ordine sparso, degli scampoli di una riforma che mirava a favorire la funzione rieducativa delle misure, ma senza andare fino in fondo in questa operazione. Nel contempo, non si realizzano neppure a tutto tondo i paventati obiettivi di maggior chiusura del carcere, se li rapportiamo all'assetto normativo preesistente. Quella delle "novellate" misure alternative si rivela una disciplina inconcludente, se non superflua⁷⁶.

Dal punto di vista delle sue ricadute sul sistema, il recente provvedimento introduce nel quadro pregresso delle norme che si potrebbero chiamare "innocue"⁷⁷.

Se, allora, il precipitato logico-sistematico del decreto da poco varato è un risultato pari a zero, non può che rivivere nel suo più ampio vigore il sistema preesistente, con tutte le sue incoerenze interne. Sono stati i vuoti della "non-riforma", più che i pieni, a ricreare disorganicità nel sistema.

Tutto questo ha portato, tra l'altro, a un risultato paradossale. Per un verso, infatti, non si è ampliato il campo applicativo delle misure alternative; per altro verso, non modificandosi quasi nulla rispetto all'esistente, si è prodotto – come effetto indiretto e collaterale – il persistente dilagare delle norme intrusive appartenenti al sistema vigente, con conseguente riaffermazione della logica deflattiva e della linea della destrutturazione.

Da qui il paradosso. Si voleva più carcere e si è lasciato in vita tutto un sistema che si pone in un'ottica di minor carcere. Si intendeva introdurre più rieducazione in carcere e si è mantenuto in piedi un impianto normativo incentrato sulla deflazione carceraria senza rieducazione.

⁷⁴ Si tratta di quelle norme che derogano ai principi posti in origine alla base della codificazione e la cui strutturazione è dissonante dalle norme originarie, in questo caso, dalle norme introdotte con la legge di ordinamento penitenziario (l. n. 354 del 1975). La denominazione risale a MARZIALE, *Norme "intruse" in tema di pubblicità delle società commerciali*, in *Foro ital.*, 1983, V, 242, ed è stata adottata in ambito processualpenalistico da AMODIO, *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema*, cit., 8.

⁷⁵ V., *supra*, § 1.

⁷⁶ In questo senso, DE SIMONE, *Gli esiti della controriforma penitenziaria*, cit., 4; LA ROCCA, *Il progetto "estivo" di riforma dell'ordinamento penitenziario tra l'inutile e il fantomatico*, cit., 213.

⁷⁷ Con l'espressione norme "innocue" si vuole alludere a quelle norme che non si pongono in contrasto con le linee portanti del sistema originario, ma che non hanno alcuna portata innovativa rispetto all'impianto già esistente. Sono dunque norme non destrutturanti, coerenti con il sistema, ma non innovative.

Si riconferma dunque il disordine normativo in materia di misure alternative. Il risultato che emerge dalla sommatoria dei contenuti della novella e della disciplina preesistente è, anzitutto, un mosaico di norme non chiaramente decifrabile.

Le norme intrusive che facevano parte del precedente assetto restano in vigore. Per esempio, non vengono abrogati né riformati gli istituti improntati alla deflazione carceraria, come l'affidamento in prova "allargato" fino a quattro anni⁷⁸ e la esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi⁷⁹. Rimane identica al passato la disciplina della detenzione domiciliare infrabiennale, antesignana di un modello decomposto e trasfigurato, in cui si vedevano sfumate per sempre le originarie ed esclusive finalità umanitarie della misura.

L'elenco potrebbe continuare, ma ciò che qui preme ribadire è che persino le parti potenzialmente "innovative" del decreto – vale a dire le norme in tema di semplificazione delle procedure della magistratura di sorveglianza e, segnatamente, quelle che introducono il nuovo rito speciale per la concessione delle misure – subiscono una torsione in senso deflattivo. Ora, poiché, come si è detto poc'anzi, la finalità deflattiva cui sono state piegate le misure extramurarie produce effetti destrutturanti sul sistema, va da sé che anche la semplificazione dei procedimenti finisce per assumere un volto destrutturato. Quelle stesse disposizioni perdono, oggi, il significato innovativo e il senso di coerenza che avrebbero avuto se, invece, fossero state inserite in un contesto di revisione del sistema uniformato alla finalità rieducativa e alla logica della sterilizzazione delle preclusioni, quale quello del disegno di riforma originario.

La disorganicità sul piano sostanziale del sistema delle misure alternative ha causato una metamorfosi della fisionomia e della funzione anche delle norme processuali penitenziarie di recente varate.

In definitiva, è questa disfunzione sul piano processuale il vero *novum* che rileva come esito finale della sovrapposizione normativa tra sistema esistente e decreti legislativi. Ma si tratta di una conseguenza non direttamente ascrivibile alle scelte del legislatore delegato.

5. La decodificazione legislativa: conferma di preclusioni e automatismi carcerari. Tra le opzioni governative vi è stata anche quella di non esercitare la delega concernente la revisione del sistema delle preclusioni all'accesso ai be-

⁷⁸ L'art. 47, co. 3-*bis*, ord. penit. è stato introdotto dall'art. 3, co. 8, lett. c), D.L. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito in L. 21 febbraio 2014, n. 10.

⁷⁹ L'esecuzione della pena presso il domicilio era stata prevista in via provvisoria dalla c.d. legge svuota-carceri (art. 1, co. 1, l. n. 199 del 2010) ed è stata poi stabilizzata dalla l. n. 10 del 2014.

nefici penitenziari, secondo cui si prescriveva di eliminare gli «automatismi e [le] 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 [...]» (art. 1, co. 85, lett. e), l. n. 103 del 2017). Neppure è stata attuata la parte della delega relativa alla «revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo» (art. 1, co. 85, lett. e), l. n. 103 del 2017).

Cade, dunque, anche il secondo pilastro sul quale si fondava la precedente bozza di riforma⁸⁰, che dedicava un intero Capo al tema della «eliminazione di automatismi e di preclusioni nel trattamento penitenziario». Questo Capo III dello schema Gentiloni è stato interamente espunto dal testo del decreto legislativo n. 123 del 2018.

Del resto, l'art. 4-bis ord. penit. è la norma simbolo delle leggi securitarie e, stando ai propositi dell'attuale Esecutivo⁸¹, quella dei divieti e delle condizioni ostative alla concessione dei benefici penitenziari è una disciplina che non deve essere oggetto di ridimensionamento, ma che piuttosto deve essere incrementata da nuove fattispecie, come ha dimostrato il recente varo della legge n. 3 del 2019 (legge c.d. "spazzacorrotti")⁸².

⁸⁰ Sul primo pilastro, relativo all'ampliamento dell'accesso alle misure alternative, v., *supra*, § 3.

⁸¹ Per esempio, con riguardo al regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis ord. penit., il *Contratto per il Governo del cambiamento*, cit., 26, si richiama alla necessità di «rivedere le nuove linee guida sul c.d. "41-bis", così da ottenere un effettivo rigore nel funzionamento del regime del "carcere duro"». È questa una indicazione che pare incoerente con i moniti della Corte costituzionale: v., più di recente, Corte cost., n. 186 del 2018.

⁸² L'art. 1, co. 6, l. n. 3 del 2019 ha inserito tra i reati c.d. "ostativi" di cui al co. 1 dell'art. 4-bis ord. penit. quasi tutti i delitti contro la pubblica amministrazione e, precisamente, quelli di cui agli artt. 314, co. 1, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, co. 1, 320, 321, 322, 322-bis c.p. Sull'argomento si sono alternati numerosi contributi dottrinali – tra gli altri, v. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, 1, 44 ss.; MANCA, *Dubbi di costituzionalità sulla qualificazione "sostanziale" delle norme penitenziarie (a proposito di art. 4bis ord. penit. e legge "spazza-corrotti")*, in *questa Rivista online*, 2019, 2, 1 ss.; MANES, *L'estensione dell'art. 4bis ord. penit. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, cit., 105 ss.; MANNA, *Il fumo della pipa (il cd. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in *questa Rivista online*, 2018, 3, 1 ss.; PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma, ibidem*, 1 ss.; N. PISANI, *Il disegno di legge 'spazzacorrotti': solo ombre*, in *Cass. pen.*, 2018, 11, 3589 ss.; PULITANO, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 3, 235 ss. – anche a commento delle linee giurisprudenziali tuttora in formazione, volte a fornire varie soluzioni applicative delle nuove norme (specie in relazione al regime intertemporale), delle quali, peraltro, è già stato denunciato il contrasto con i principi costituzionali e convenzionali in materia penitenziaria: da ultimo, Trib. sorv. Venezia, 2 aprile 2019, A.B., n. 1189, in www.giurisprudenzapenale.com, sulla scia della breccia aperta da Cass., Sez. VI, 14 marzo 2019, Ferraresi, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di GATTA, *Estensione del regime ostativo ex art. 4 bis*

In realtà, il delegante interveniva sul sistema del c.d. “doppio binario penitenziario” non con l’obiettivo di un suo superamento, bensì con la prospettiva di una sua, sia pur minima, attenuazione⁸³. L’esordio dell’art. 1, co. 85, l. n. 103 del 2017 conteneva, anzitutto, una clausola di riserva che impediva di intervenire sul regime del c.d. “carcere duro” (art. 41-*bis* ord. penit.): una scelta quantomeno deludente, che presentava un costo in termini di coerenza della riforma⁸⁴. Poco soddisfacente era anche la direttiva di cui all’art. 1, co. 85, lett. e), l. n. 103 del 2017), che escludeva dalla modifica concernente la eliminazione di automatismi e di preclusioni «i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque [...] le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale».

Lo schema di decreto legislativo Gentiloni si iscriveva, dunque, in questa cornice e mirava a ridurre il catalogo dei reati ostativi ricompresi nell’area applicativa dell’art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit., cercando di riportare il meccanismo delle preclusioni alla sua ispirazione originaria. D’altra parte, i confini imposti dalla legge delega non avrebbero consentito al legislatore delegato di trasformare l’attuale presunzione legale assoluta di pericolosità (art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit.) in una presunzione relativa, superabile con adeguata motivazione da parte del giudice⁸⁵. Anche con la vecchia bozza di decreto restava, di conseguenza, immutato il regime del c.d. “ergastolo ostativo”, con oggettive problematiche di compatibilità costituzionale e convenzionale, che continuano a persistere, a maggior ragione, oggi. Neanche allora, peraltro, l’intervento del Governo era stato particolarmente innovativo: il regime differenziato per condannati di particolare gravità rimaneva sostanzialmente inalterato.

Alla luce del contesto normativo attuale, tenuto conto del mancato esercizio della delega da parte del Governo in carica, restano totalmente disattese le indicazioni della Corte costituzionale, la quale di recente – e comunque in data anteriore ai decreti delegati e alla legge “spazzacorrotti” – ha rimarcato la centralità del principio di rieducazione del condannato, affermandone a chiare lettere il suo primato rispetto a ogni altra funzione della pena e la sua ineliminabilità, proprio in relazione alle preclusioni per l’accesso ai benefici pe-

o.p. ai delitti contro la p.a.: la Cassazione apre una breccia nell’orientamento consolidato, favorevole all’applicazione retroattiva, ivi.

⁸³ Cfr., MAGGIO, *La delega in materia penitenziaria*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2017, 68.

⁸⁴ BRONZO, *La delega per la riforma dell’ordinamento penitenziario*, in *Leg. pen.*, 2018, 4.

⁸⁵ V., invece, Proposta n. 1, Tavolo 16 degli *Stati Generali sull’esecuzione penale 2015-2016*, *Relazione di accompagnamento*, cit., 11, ove si auspicava la trasformazione della presunzione assoluta in relativa, fermo restando la prova dell’assenza dell’attualità di collegamenti del reo con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva.

nitenziari del condannato all'ergastolo⁸⁶. Sulla base della premessa secondo cui il canone costituzionale del finalismo rieducativo si attua anche attraverso il principio della progressività trattamentale e della flessibilità della pena, la Consulta ha ritenuto «incompatibili con il vigente assetto costituzionale [...] previsioni che precludano in modo assoluto [...] l'accesso ai benefici penitenziari a particolari categorie di condannati [...] 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»⁸⁷.

La persistenza delle preclusioni assolute e dei rigidi automatismi carcerari di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. presenta, dunque, sicuri profili di illegittimità costituzionale, tanto in riferimento agli artt. 3 e 24, co. 2, Cost., quanto con riguardo all'art. 27, co. 3, Cost.⁸⁸.

Ma in modo ancora più evidente, appare in contrasto sia con il principio di ragionevolezza-eguaglianza, sia con la finalità rieducativa la scelta – operata con la legge n. 3 del 2019 – di ricomprendere tra i reati “assolutamente ostativi”, di cui all'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit., taluni delitti contro la pubblica amministrazione⁸⁹. Delitti che, per loro natura, sono privi dei requisiti strutturali implicanti l'esistenza di profili organizzativi e che, dunque, paiono incompatibili con la originaria *ratio* selettiva riconducibile all'art. 4-*bis* ord. penit. Del resto, il catalogo dei reati ostativi ha già conosciuto una forte e irrazionale dila-

⁸⁶ Corte cost., n. 149 del 2018. La norma censurata riguardava una forma particolare di ergastolo: la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, co. 4, ord. penit., nella parte in cui si applica ai condannati all'ergastolo per i delitti di cui agli artt. 630 e 289-*bis* c.p. che abbiano cagionato la morte del sequestrato. V., tra gli altri, DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 7-8, 145 ss.; PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1359 ss.; FAB. SIRACUSANO, *Dalla Corte costituzionale un colpo “ben assestato” agli automatismi incompatibili con il finalismo rieducativo della pena*, *ibidem*, 1787 ss. Volendo, CAPITTA, *Ergastolo e rieducazione del condannato: la Corte censura la preclusione assoluta ai benefici penitenziari*, in *questa Rivista online*, *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, 2, 1 ss.

⁸⁷ Corte cost., n. 149 del 2018, *Considerato in diritto*, § 7. Per gli interventi manipolativi della Consulta sull'art. 4-*bis* ord. penit., Corte cost., n. 239 del 2014; Id., n. 137 del 1999; Id., n. 445 del 1997; Id., n. 504 del 1995. Quanto all'orientamento costante della giurisprudenza costituzionale volto ad abbattere, in via generale, i limiti alla concessione di benefici penitenziari, *ex multis*, Corte cost., n. 90 del 2017; Id., n. 189 del 2010; Id., n. 78 del 2007; Id., n. 255 del 2006; Id., n. 436 del 1999; Id., n. 306 del 1993. Di recente, all'interno di questi filoni giurisprudenziali, con riguardo alla detenzione domiciliare in favore delle detenute madri, Corte cost., n. 76 del 2017; Id., n. 239 del 2014. Da ultimo, Corte cost., n. 174 del 2018, in materia di assistenza all'esterno dei figli minori.

⁸⁸ In dottrina, già da tempo si sottolinea tale incompatibilità costituzionale: v., GUAZZALOCCA, PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, Torino, 1995, 312.

⁸⁹ Cfr., tra gli altri, MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. penit. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, cit., 108 ss.

tazione⁹⁰, per cui lo sviluppo di incoerenze all'interno di questo microsistema non rappresenta una novità. Va peraltro rilevato che è segnatamente con la legge "spazzacorrotti" che si ripropone la proliferazione di norme intrusive nel sistema, mentre i nuovi decreti penitenziari, lasciando del tutto invariato l'impianto delle preclusioni alle misure alternative e premiali, non creano ulteriore disordine normativo dal punto di vista sistematico. Naturalmente, va da sé che, con i decreti in commento, neppure si profila alcun cenno di riavvicinamento tra regime penitenziario speciale e regime ordinario.

Nel suo complesso – dopo la riforma spazzacorrotti del 2019 – il quadro normativo odierno esibisce forti elementi di disgregazione, tanto che il sottosistema degli automatismi e delle preclusioni ai benefici penitenziari rischia oggi di trasformarsi da eccezione in regola⁹¹, confermando in modo ancora più eclatante rispetto al passato l'espansione delle antinomie sottese al fenomeno della decodificazione legislativa⁹².

6. *Il futuribile delle riforme penitenziarie.* Con la mancata approvazione delle disposizioni messe a punto dal Governo nel marzo 2018, si è persa l'occasione di una riforma penitenziaria di ampio respiro che, sulla scorta del ponderoso studio redatto dalla Commissione Giostra⁹³, avrebbe dato linfa a nuove condizioni di vita detentiva rispettose dei diritti e della dignità della persona *in vinculis*. È andata perduta una legge che, se emanata, avrebbe altresì contribuito al recupero della coerenza e della razionalità del sistema delle misure alternative alla detenzione, ponendosi in una discontinuità virtuosa rispetto al passato⁹⁴.

Come si è rilevato nel corso di questa analisi, le linee di intervento di recente attuate risultano spesso contraddittorie fra loro e così frammentarie da non giungere a realizzare una vera e propria riforma penitenziaria. I propositi del legislatore delegante sono stati tradotti in modo assai riduttivo e minimale, specie sul terreno delle misure alternative alla detenzione.

L'incompiutezza della novella, sovrapposta a un sistema già fortemente disgregato, ha riconfermato la disorganicità della disciplina delle misure alterna-

⁹⁰ V., per esempio, l'inserimento di ulteriori fattispecie di reato realizzatosi a seguito della L. 23 aprile 2009, n. 38 e della L. 1° ottobre 2012, n. 172.

⁹¹ In tal senso, MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. penit. ai delitti contro la P.A.*, cit., 108.

⁹² Per la definizione di decodificazione legislativa come «creazione di sistemi dotati di logiche autonome ed organiche *extra codicem*», v. AMODIO, *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema*, cit., 8.

⁹³ *Proposta di riforma dell'ordinamento penitenziario*, cit., *passim*.

⁹⁴ Cfr., volendo, CAPITTA, *Le misure alternative alla detenzione nel quadro della riforma Orlando: discontinuità virtuosa o riconferma del disordine normativo?*, cit., 297 ss.

tive e ha provocato indirettamente una destrutturazione dei nuovi strumenti processuali.

D'altra parte, le disposizioni effettivamente varate non segnano, di per sé, un arretramento verso un carcere più diseducativo o più desocializzante né introducono più rigorosi presupposti di accesso alle misure alternative e neppure, per esempio, rendono più afflittive le prescrizioni indirizzate ai soggetti che ne possono usufruire. Piuttosto, è con la legge n. 3 del 2019 che, ampliandosi il novero dei reati ostativi, si è determinato un brusco passo indietro di civiltà⁹⁵. I nuovi decreti penitenziari non operano, invece, in senso destabilizzante rispetto all'impianto normativo già esistente.

Certo, si è scelta la strada della restaurazione e della conservazione del sistema⁹⁶. Ciò non può che destare rammarico. Le paure e le preoccupazioni avvertite un tempo e preconizzate dalla Commissione Giostra sembrano oggi farsi corpo in questa parziale "riforma" penitenziaria: come si era pronosticato, il disegno di riforma complessivo è stato offuscato e, in ultima analisi, si è sancita «la sconfitta di quei principi ideali che, con serena convinzione, [erano] stati posti alla base di [quel] difficile lavoro»⁹⁷. Lo "spettro di Banquo" che riappare sulla scena delle riforme penitenziarie non va sottovalutato, ma neanche solo temuto e disegnato come una potenza soprannaturale e insormontabile.

È necessario trovare gli strumenti più consoni per ristabilire un *humus* culturale che consenta di avviare riforme organiche e di largo respiro nel settore del diritto penale, penitenziario e processualpenalistico. In questa direzione, si sono mosse di recente e con grande forza la classe accademica e l'avvocatura, realizzando un ampio progetto a difesa dei principi fondamentali di civiltà giuridica, ora fissati nel «Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo»⁹⁸.

Quale può essere allora il futuro delle riforme penitenziarie?

⁹⁵ V., *supra*, § 5. Come si è detto, solo la legge "spazzacorrotti" pone degli argini all'accesso alle misure alternative, estendendo le preclusioni di cui all'art. 4-bis ord. penit. ad alcuni delitti contro la pubblica amministrazione.

⁹⁶ Di questo avviso, tra gli altri, DE SIMONE, *Gli esiti della controriforma penitenziaria*, cit., 14; FIORIO, *Carcere: la riforma dimezzata*, cit., 756; PELISSERO, *Politica, consenso sociale e dottrina*, cit., 11.

⁹⁷ Così, *Proposta di riforma dell'ordinamento penitenziario, Introduzione*, cit., 9.

⁹⁸ *Il Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo*, in www.camerepenali.it. Scrivono i penalisti italiani nella presentazione del "Manifesto": «[o]ccorre [...] raccogliere e definire nel loro preciso contenuto quei principi fondamentali [scilicet: i principi costituzionali] ed i corollari che ne derivano e che definiscono nei suoi tratti fondamentali ed irrinunciabili l'idea stessa del diritto penale liberale e del giusto processo, per diffonderne la conoscenza e con essa il necessario confronto e dibattito pubblico. Il "Manifesto" ci è parso lo strumento più idoneo per dare forma a questo progetto ambizioso», *ivi*. Cfr., al riguardo, DOLCINI, *La pena ai tempi del diritto penale illiberale*, cit., 1 ss.

Alla luce dell'intervento legislativo dell'attuale Governo, diventa più che mai urgente una riforma effettiva e radicale della esecuzione penale, quanto meno orientata ad attuare, pur con settant'anni di ritardo, la Costituzione⁹⁹.

Per iniziare un cammino proficuo verso la «riforma della mini-riforma»¹⁰⁰, il nuovo legislatore potrebbe muovere da un'opera di integrazione e di ripristino dell'impianto normativo, cercando di reintrodurre quelle innovazioni che - non a caso - avevano contraddistinto il progetto Giostra. Si dovrà ripartire proprio dal recupero del lavoro svolto dalle Commissioni Giostra e Pelissero: in questa prospettiva, quel lavoro non può dirsi perduto, anzi, potrebbe rivelarsi alquanto prezioso.

Dal punto di vista della tecnica legislativa, non pare che si presenti la necessità di apportare profonde modifiche alle norme ora varate, posto che, in fin dei conti, esse ricalcano, sia pur molto parzialmente, le disposizioni contenute nello schema del precedente Governo. Gli eventuali interventi modificativi o abrogativi potranno invece attenere ai profili riconducibili alle distorsioni della fisionomia delle misure extracarcerarie. Per cui, occorrerà emendare tutte quelle norme intrusive, responsabili della trasformazione delle misure in strumenti deflattivi del carcere, le quali, però, facevano capo al precedente assetto normativo. Sarebbe opportuno eliminare prontamente gli istituti più emblematici della metamorfosi delle misure alternative, come ad esempio la esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi.

Certo, riforme che puntino sempre e solo sulle misure alternative e sui loro contenuti rieducativi fanno sì che il sistema penitenziario resti comunque ancorato al paradigma carcere-centrico¹⁰¹. E, tutto sommato, esse sarebbero anche più agevoli da attuare, tenuto conto del fatto che non sposterebbero di molto la direzione in cui si era già mossa la pregevole riforma penitenziaria del 1975.

Quello che, invece, sarà più difficile è inserire nell'agenda del legislatore il riordino organico, compiuto e non settoriale del sistema penale, in modo da determinare il definitivo superamento del modello carcere-centrico¹⁰².

⁹⁹ Così come era «costituzionalmente orientata» la riforma contenuta nella bozza Gentiloni, mai entrata in vigore: v., GIOSTRA, *La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione*, cit., 121.

¹⁰⁰ Parafrasando l'espressione di GIOSTRA, *La riforma della riforma penitenziaria: un nuovo approccio ai problemi di sempre*, in www.costituzionalismo.it.

¹⁰¹ Per questa locuzione, v. PALAZZO, *Crisi del carcere e culture di riforma*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, 8.

¹⁰² In dottrina, sottolineano la necessità di riforme organiche e non settoriali del sistema penale, tra gli altri, DELLA CASA, *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, in *Processo penale e valori costituzionali nell'insegnamento di Vittorio Grevi*, Atti del convegno, Pavia, 2-4 dicembre 2011, a cura di Giuliani, Padova, 2013, 51; LORUSSO, *Superare la visione "carcere-centrica" della giustizia per uscire*

Nel futuribile delle riforme, la direzione da intraprendere, a questo fine, è quella che va verso la revisione non solo delle misure alternative, ma anche del sistema sanzionatorio.

In questo ambito, un terreno non ancora arato è, per esempio, quello concernente le pene alternative al carcere.

Un sistema che include pene non detentive nella fase edittale dovrà essere realmente ispirato al principio della *ultima ratio* della pena carceraria. La previsione di modelli di pena differenziati rispetto alla pena detentiva potrebbe essere modulata dal legislatore, in una graduazione di afflittività, da quella pecuniaria a quelle a contenuto prescrittivo ovvero interdittivo o, ancora, detentivo domiciliare. Ognuna di queste tipologie di sanzioni penali dovrà essere ricollegata alla natura e alla gravità dei reati per i quali si potrà comminare e ciò metterà in campo una serie di opzioni di disciplina in relazione ai contenuti e alle modalità esecutive delle sanzioni medesime¹⁰³. A questi fini, non sarebbe inopportuno rivalutare alcune delle linee di intervento già prefigurate nelle direttive della legge delega 28 aprile 2014, n. 67 (poi non attuate dal Governo allora in carica)¹⁰⁴ e, in ogni caso, optare verso un rafforzamento dei poteri discrezionali del giudice di cognizione, il quale sarebbe chiamato a intervenire con una maggiore articolazione delle pene e del *quantum* di pena, a vantaggio dell'imputato. Tale prospettiva sembra peraltro lontana dalle posizioni dell'attuale Governo, se si ha riguardo alle più recenti riforme in tema di pene accessorie. Come si è già avuto occasione di rilevare¹⁰⁵, nella legge "spazzacorrotti", le pene accessorie - in caso di condanna per determinati reati contro la pubblica amministrazione - si configurano addirittura come perpetue (art. 317-*bis* c.p.) e irrogabili secondo un rigido automatismo che si pone in evidente contrasto con il principio costituzionale di proporzionalità della

da una crisi strutturale del sistema penale, in *Guida dir.*, 2014, 10, 1 ss.; MAZZA, *Dalla sentenza Torreggiani alla riforma del sistema penale*, in *questa Rivista*, 2014, 2, 365; PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, in www.penalecontemporaneo.it; PELISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 261 ss.

¹⁰³ PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione, Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di Paliero, Viganò, Basile, Gatta, I, Tomo II, Milano, 2018, 545.

¹⁰⁴ Un tentativo apprezzabile nella direzione di un effettivo superamento del monopolio carcerario si era avuto, infatti, con l'art. 1, l. n. 67 del 2014: la delega - poi non esercitata dal Governo - avrebbe segnato una svolta nella politica sanzionatoria penale. Quello schema normativo prevedeva, tra le pene alternative (oltre a quelle pecuniarie), soltanto "la reclusione domiciliare" e "l'arresto domiciliare" per reati di modesta gravità. *De iure condendo*, si potrebbe rivalutare quel meccanismo che consentiva, per reati di media gravità, l'operatività di una clausola di sostituzione in concreto, lasciata alla discrezionalità del giudice di cognizione, il quale avrebbe dovuto tener conto dei criteri indicati dall'art. 133 c.p.

¹⁰⁵ V., *supra*, § 3.

pena¹⁰⁶.

Va comunque sottolineato che l'intervento riformatore qui prospettato necessiterebbe di un coordinamento tra le misure alternative e il rinnovato sistema codicistico delle sanzioni, eliminando tutti gli aspetti di incoerenza sistematica e redistribuendo in modo più razionale la "gestione" della componente rieducativa tra giudice della cognizione e magistratura di sorveglianza¹⁰⁷. Pertanto, bisognerebbe prima intervenire sul sistema sanzionatorio e, in un secondo momento, revisionare quello delle misure alternative.

Quanto a ciò, pare lecito affermare che il principale ostacolo alla realizzazione dell'ideale rieducativo si ponga oggi sul piano culturale. Per muoversi verso una globale ristrutturazione del sistema sanzionatorio e di quello della esecuzione penale esterna occorre, prima di tutto, puntare alla riscoperta dei due valori fondamentali della legalità e della giurisdizione.

Nella prospettiva di un recupero a tutto tondo dei valori sottesi al principio di legalità - posti seriamente in crisi nel "diritto" della postmodernità - si può comprendere il significato di nuove e stabili riforme che vadano nel senso di una profonda rivisitazione delle sanzioni penali e di una contestuale ricomposizione razionale del sistema penitenziario. Come pure, bisogna restare ancorati al presupposto culturale della legalità se si vuole evitare di dare per scontato che il diritto costituzionale alla rieducazione valga per tutti, eccetto che nei riguardi dei condannati per i delitti più gravi.

Correlativamente, si iscrive nella riscoperta della cultura della giurisdizione, in questo caso rieducativa, ogni tentativo di restituire alla magistratura di sorveglianza una rinnovata fiducia nella funzione risocializzante delle misure alternative alla detenzione.

Certo, solo nella consapevolezza dello stretto rapporto che deve intercorrere tra le misure alternative e l'obiettivo della rieducazione¹⁰⁸ il legislatore potrà convincersi, per esempio, dell'importanza di predisporre maggiori risorse umane e finanziarie per il servizio sociale e per gli organi giudiziari della sor-

¹⁰⁶ La tendenza inaugurata con il d.d.l. n. 1189 del 24 settembre 2018 (che ha dato origine alla l. n. 3 del 2019), secondo la quale occorre assicurare una "pena certa", intesa quale pena fissa, non risulta allineata ai moniti impartiti dalla Corte costituzionale, che più volte ha ribadito l'incompatibilità con il dettato costituzionale di cui all'art. 27, co. 3, Cost. delle pene accessorie fisse (Corte cost., n. 134 del 2012; Id., n. 293 del 2008) e, di recente, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 216, ult. co., l. fall., nella parte in cui prevedeva pene accessorie per la durata fissa di dieci anni, in caso di condanna per bancarotta fraudolenta (Corte cost., n. 222 del 2018).

¹⁰⁷ In questa prospettiva, PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, cit., 547 ss., il quale illustra una ipotesi di riforma che contempla, tra l'altro, pene alternative dotate di una «componente rieducativa attenuata», *ivi*, 548.

¹⁰⁸ In questi termini, DELLA CASA, *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, in *Processo penale e valori costituzionali*, cit., 47.

veglanza. Unicamente con questa logica ci si può augurare che i giudici specializzati non si orientino verso scelte che rinneghino le finalità rieducative per timore degli attacchi di una collettività smaniosa di provvedimenti punitivi.

Ma, soprattutto, è con il definitivo superamento di quella distorsione funzionale in senso deflattivo subita, a più riprese, dalle misure alternative che si potrà sperare di ristabilire una più equa distribuzione di compiti tra legislatore e magistratura di sorveglianza sul piano delle politiche carcerarie.

Se è vero, infatti, che le alternative alla detenzione sono suscettibili di una forte duttilità dal punto di vista dei contenuti risocializzativi, è altrettanto vero che l'azione rieducativa non può essere demandata soltanto ai magistrati di sorveglianza. Anche in sede di cognizione è bene che il giudice non rinunci all'esercizio di una discrezionalità che – in prospettiva *de iure condendo* – potrà essere riempita, sia pur entro certi limiti, di contenuti rieducativi. In tal modo, si potrà davvero ridimensionare la funzione delle misure alternative, riportandole al loro assetto fisiologico e al loro originario ruolo di riequilibrio della sanzione penale in senso special-preventivo, in correlazione a una pena edittale carceraria non più così ingombrante¹⁰⁹. Di conseguenza, si dovrebbe poter eliminare tutto ciò che sta all'origine del «perdurante vizio [...] che affligge la nostra politica sanzionatoria»¹¹⁰, vale a dire, di quel disequilibrio di poteri tra organo politico e magistratura di sorveglianza.

Solo in questo modo, forse, si potrà evitare che gli organi parlamentari perseverino nel portare avanti politiche di carcerizzazione con la disinvoltura che deriva loro dal confidare nelle misure alternative, intese come valvola di sfogo per risolvere il problema del sovraffollamento¹¹¹ e ad oggi, nonostante tutto, mantenute ancora in vita. Solo così, vi potrà essere una speranza non illusoria, ma concreta, che il legislatore non esibisca la “faccia feroce”¹¹², intervenendo con un continuo inasprimento delle risposte sanzionatorie ovvero con la riproposizione di un sistema penitenziario repressivo e puramente carcerocentrico.

Questa volta, per fortuna, la “faccia” del legislatore delegato è stata meno “feroce” di quanto potesse sembrare all'inizio. Ma non potrà accadere sempre così. Sono già state varate leggi securitarie, come la legge “spazzacorrotti”,

¹⁰⁹ Del resto, con una migliore sinergia tra sistema penale sanzionatorio e sistema penitenziario si «potrebbe riuscire a coniugare meglio di quanto avvenga ora l'effettività della pena con la finalità rieducativa»: così, PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, cit., 548.

¹¹⁰ Così, PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, cit., 540.

¹¹¹ Cfr., PALAZZO, *Crisi del carcere e culture di riforma*, cit., 8.

¹¹² La metafora è di PALAZZO, *Crisi del carcere e culture di riforma*, cit., 9.

quella in tema di rito abbreviato ed ergastolo¹¹³, la riforma della legittima difesa¹¹⁴ e quella sulla prescrizione del reato¹¹⁵.

Occorre dunque avere il coraggio di imprimere un radicale cambiamento di rotta alla politica criminale, riportandola sui binari dei principi costituzionali.

¹¹³ La legge 12 aprile 2019, n. 33 (in vigore dal 20 aprile 2019) ha escluso l'applicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo (art. 438, co. 1-*bis*, c.p.p.).

¹¹⁴ L. 26 aprile 2019, n. 36, in vigore dal 18 maggio 2019.

¹¹⁵ Art. 1, lett. d), e), f), l. n. 3 del 2019, che entrerà in vigore il 1° gennaio 2020.