



UNIVERSITÀ DI PISA

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Tesi di Laurea

Le misure alternative prima del carcere (ovvero il prevalere dell'istanza deflattiva)

Il Candidato

Chiara Mangiaracina

Il Relatore

Chiar.mo. Prof. Luca Bresciani

Anno Accademico 2015/2016

“ Le carceri italiane... rappresentano l’esplicazione della vendetta sociale nella forma più atroce che si sia mai avuta: noi crediamo di aver abolita la tortura, e i nostri reclusori sono essi stessi un sistema di tortura, la più raffinata; noi ci vantiamo di aver cancellato la pena di morte dal codice penale comune, e la pena di morte che ammanniscono a goccia a goccia le nostre galere è meno pietosa di quella che era data per mano del carnefice; noi ci gonfiamo le gote a parlare di emenda dei colpevoli, e le nostre carceri sono fabbriche di delinquenti, o scuole di perfezionamento dei malfattori. ”

(Filippo Turati: Camera dei Deputati -18 marzo 1904)

INDICE

INTRODUZIONE	6
CAPITOLO I	8
<i>Le misure alternative alla detenzione in esecuzione di pena</i>	8
1. Il diritto del condannato alla rieducazione e la nascita delle misure alternative	8
2. L'introduzione del meccanismo di accesso anticipato all'affidamento in prova in casi particolari (la legge 1985 n. 297).....	8
3. Problemi e critiche all'istituto dell'affidamento in prova in casi particolari	30
4. La legge Gozzini 1986 n.663.....	36
5. Problematiche: disparità di trattamento tra detenuti.....	43

CAPITOLO II45

***Il problema del bilanciamento tra certezza della
pena e rieducazione del condannato***45

1. La legge Simeone 45

2. Rielaborazione del codice di procedura penale: l'articolo
656 e la sospensione ab initio dell'esecuzione delle pene .. 55

3. Gli effetti della legge Simeone: risposta al
sovraffollamento e norma di equità che restituisce certezza ed
uguaglianza..... 58

CAPITOLO III 62

***Modifiche all' art. 656 c.p.p. a seguito della
sentenza Torreggiani e disciplina odierna***62

1. Dalla sentenza Torreggiani ai necessari rimedi al
sovraffollamento carcerario..... 62

2. DL. 1 luglio 2013 n.78: le modifiche all'art. 656
c.p.p..... 68

3. Le sanzioni suscettibili di sospensione..... 77

4. I presupposti temporali (i ' tre scalini') e i criteri di
calcolo della pena espianda: il comma 4-*bis*..... 81

5. Riequilibrio della disciplina della custodia cautelare
in carcere con l'art.656 c.p.p. ad opera del dl. 26 giugno 2014
n. 92..... 85

CAPITOLO IV	91
<i>La sospensione dell'esecuzione delle pene detentive brevi: Procedimento</i>	91
1. La notifica dell'ordine di esecuzione e del decreto sospensivo.....	91
2. La presentazione dell'istanza da parte del condannato.....	93
3. Eccezioni alla sospensione	97
4. I casi di revoca della sospensione.....	101
5. Il regime riguardante i condannati agli arresti domiciliari.....	103
 CONCLUSIONI.....	 105
 BIBLIOGRAFIA.....	 109
 RINGRAZIAMENTI.....	 116

INTRODUZIONE

Scopo del presente lavoro sarà cercare di affrontare quello che è stato l'iter di nascita e sviluppo dell'applicazione anticipata delle misure alternative alla detenzione, e di come tale istituto sia finito col rappresentare un vero e proprio "rimedio" atto ad ovviare al grave problema del sovraffollamento carcerario. L'istituto venne alla luce, in origine, per rispondere ad una grave situazione iniziata a svilupparsi nel corso degli anni Ottanta, che vide, parallelamente ad un graduale accrescimento del consumo di droga tra la popolazione, un notevole aumento dei soggetti tossicodipendenti che affollavano gli istituti penitenziari del nostro Paese.¹ Tutto questo pose l'amministrazione penitenziaria davanti ad una situazione di difficile governabilità, e diede l'*input* che portò a domandarsi se fosse opportuno intraprendere una via differente ed alternativa a quella della carcerazione, cercando di andare in aiuto ai soggetti, autori di reato e assuntori di sostanze stupefacenti, abbracciando un regime volto a favorire anche la cura della dipendenza dalla droga. Con la legge n. 297 del 1985, che convertì il d.l. n. 144 del medesimo anno, venne istituita un'ipotesi particolare di affidamento in prova per i tossicodipendenti e alcool dipendenti, prevista dall'art. 47-*bis* o.p. (detta anche affidamento terapeutico), e per la prima volta venne previsto per i soggetti tossico/alcolodipendenti, autori di reato, che avessero intrapreso un programma riabilitativo, un percorso alternativo al carcere. Circa un anno più tardi, con la legge n.663 del 10 ottobre 1986, detta "

¹ B. Guazzaloca, *L'esecuzione della pena del tossicodipendente*, in G. Insolera (a cura di), *Le sostanze stupefacenti*, Torino, 1998, p. 506.

Legge Gozzini ”, vennero ampliati i presupposti per l'applicazione anticipata dell'affidamento in prova in casi particolari, e si permise al condannato tossicodipendente che avesse avuto anche solo “l'intenzione” di intraprendere un programma di recupero, di presentare istanza per l'ottenimento della misura alternativa. Inoltre venne estesa anche ad altre misure la possibilità di una loro applicazione anticipata. Ancora più tardi, nel 1998, con l'istituzione della cd. legge Simeone, si introdusse la sospensione automatica dell'esecuzione delle pene detentive brevi, novellando l'art. 656 c.p.p., per poter in questo modo garantire l'accesso alle misure alternative a tutti i condannati astrattamente meritevoli. Tra i vari obiettivi perseguiti dalla suddetta legge vi era anche quello, già intrapreso dalla legge Gozzini, di evitare il carcere a quei soggetti per i quali l'esperienza carceraria sarebbe risultata più criminogena e depersonalizzante che rieducativa. Negli anni successivi, l'istituto in oggetto ha subito ulteriori ed incisive modifiche, spinte questa volta, purtroppo, dall'esigenza di rimediare alla grave situazione venutasi a creare per via del sovraffollamento dei nostri istituti penitenziari. Tutto ciò ha praticamente snaturato quello che era il significato alla base dell'istituto in questione, nato con l'intento di rafforzare e salvaguardare il concetto di trattamento penitenziario, inteso come intervento personalizzato, socioterapeutico o psicoterapeutico, mirato alla risocializzazione, giunto adesso a rappresentare praticamente un “rimedio “ diretto ad alleggerire il grande carico di soggetti detenuti presenti all'interno delle carceri del nostro paese.

CAPITOLO I

Le misure alternative alla detenzione in esecuzione di pena

Sommario: 1. Il diritto del condannato alla rieducazione e la nascita delle misure alternative – 2. L'introduzione del meccanismo di accesso anticipato all'affidamento in prova in casi particolari (la legge 1985 n.297) – 4. Problemi e critiche all'istituto dell'affidamento in prova in casi particolari – 5. La legge Gozzini 1986 n.663 – Problematiche: disparità di trattamento tra detenuti.

1. Il diritto del condannato alla rieducazione e la nascita delle misure alternative

La funzione del carcere, nel nostro paese, presenta un'evoluzione articolata e poco omogenea nel corso della storia. In passato il concetto di pena risultava fortemente influenzato dai cosiddetti “ modelli culturali penitenziari ² ”, che consideravano le privazioni e le sofferenze fisiche subite dai soggetti un mezzo idoneo per favorire l'educazione, il riconoscimento dell'errore, e sollecitare il ravvedimento per giungere a conseguire il miglioramento personale del reo. Questa impostazione comportava che il carcere fosse organizzato quasi come se si trattasse di una realtà separata

² G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, in *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione, II ed, Milano, p.3*

dalla società civile, in cui la durezza del regime avesse la precisa funzione di rafforzare la capacità di emenda. Questa interpretazione della funzione penitenziaria subisce un graduale cambiamento nel momento in cui è proprio la stessa società civile a mutare concezione e modo di interpretare le dinamiche evolutive dell'uomo, comprendendo in maniera sempre più chiara le complessità che caratterizzavano i processi formativi e motivazionali del comportamento umano. Il carcere, dunque, inizia a perdere gradualmente la sua etichetta di " istituzione terminale", in cui il soggetto che vi era sottoposto risultava praticamente abbandonato a consumare passivamente la sua pena senza alcuna possibilità di cambiamento del suo stato, diventando un luogo a cui si affida un'azione attiva e " tendenzialmente provvisoria in una fase dell'esecuzione penale ³ ". La nostra Carta fondamentale dedica in particolare una precisa disposizione al tema della finalità della pena: l'articolo 27, comma terzo, secondo cui " *le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*". A sostegno di tale principio, si è espressa più volte a favore la giurisprudenza della Corte Costituzionale, benché il procedimento non sia risultato lineare ed abbia subito vari arresti contraddittori, evolvendosi storicamente secondo una linea non sempre univoca. Tra le varie pronunce emesse, di particolare importanza per l'argomento oggetto di questo lavoro, risulta essere la sentenza numero 204 del 1974, che costituisce un'eccezione all'interpretazione dominante del tempo in ambito di esecuzione della pena e soprattutto per

³ G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, in *Ordinamento, op.cit.*, p.5

quanto riguarda il concetto di rieducazione/risocializzazione del condannato. E' con questa sentenza che per la prima volta si individua un vero e proprio "diritto alla rieducazione", più precisamente " *il diritto per il condannato a che [...] il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo* ⁴". Ulteriore aspetto fondamentale toccato dalla pronuncia di cui sopra è rappresentato dalla contestazione, da parte del giudice a quo ⁵, della legittimità dell'attribuzione del potere di decidere in capo al Ministro di Grazia e Giustizia di ammettere con proprio decreto alla liberazione condizionale i condannati a pena detentiva dopo un determinato periodo di esecuzione, ai sensi dell'art.176 del codice penale. La figura del Ministro, quale organo politico, risultava essere incompatibile con la possibilità di poter prendere decisioni riguardanti un istituto quale quello della liberazione condizionale, caratterizzante un aspetto fondamentale, così importante della fase esecutiva della pena ⁶. La corte infatti prosegue rilevando che " *il Ministro della giustizia gode di una*

⁴ Corte Cost. 204/1974, in www.giurcost.org.

⁵ L'ordinanza del giudice di sorveglianza del tribunale di Biella pone la questione di legittimità costituzionale dell'art. 43 del r.d. 28 maggio 1931, n. 602, contenente disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, in riferimento agli artt. 24, secondo comma, e 111, secondo comma, della Costituzione.

⁶ Successivamente alla sentenza del 1974, tramite la legge 26 Luglio 354 del 1975 (" Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure private e limitative della libertà"), verrà attribuita la competenza oggetto della questione alla Corte d'appello del distretto in cui si trovava il detenuto. Solo successivamente, con la legge Gozzini (l. 10 ottobre 1986 n.663) , la competenza verrà attribuita al Magistrato di sorveglianza.

*discrezionalità talmente ampia da poter disattendere il parere espresso, sulla istanza per l'applicazione del beneficio, dall'organo giudiziario, il solo idoneo, per le funzioni attribuitegli dalla legge nel processo esecutivo della pena, a poter valutare l'effettiva esistenza in concreto delle condizioni oggettive e soggettive - particolarmente quest'ultime - per la concessione di esso beneficio*⁷. “ . Con questa pronuncia è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 43 del r.d. 28 maggio 1931, n. 602 (Disposizioni di attuazione del codice di procedura penale), e l'istituto della liberazione condizionale arriva ad assumere una nuova fisionomia, inserendosi in una logica di valorizzazione della funzione rieducativa della pena, e dovendo aspirare inoltre al recupero sociale del condannato.

La concezione della sanzione penale dunque, ancorata su un'interpretazione evolutiva del disposto dell'articolo 27 della nostra Costituzione, continuò a subire, negli anni che seguirono, significative variazioni. Iniziava infatti ad avanzare la consapevolezza “dell'intrinseca inidoneità risocializzativa, in determinate situazioni, della pena detentiva scontata all'interno del carcere, a contatto con un ambiente inidoneo al conseguimento dell'essenziale finalità rieducativa”⁸. “ Particolare attenzione merita al riguardo la legge 26 Luglio 1975 n. 354 intitolata “Norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà personale” (anche detta Riforma penitenziaria), con cui il Legislatore introdusse all'interno dell'ordinamento del nostro paese nuovi

⁷ Corte Cost. 204/1974, in *www.giurcost.org*, cit.

⁸ M. D'Onofrio, M. Sartori, in *Le misure alternative alla detenzione*, Milano, 2004, pag. 4, cit.

strumenti sanzionatori penali, misure alternative alle pene fino a quel momento previste, e in particolare alla pena carceraria, che era considerata la sanzione afflittiva per eccellenza. L'essenza della riforma rispondeva ad una logica di adempimento costituzionale indicato dall'articolo 27 della Costituzione, avente il suo precetto relativo all'umanizzazione delle pene e alla finalità rieducativa a cui le stesse pene devono tendere in maniera necessaria⁹. La grande portata riformatrice della legge n. 354 del 1975 è da ritrovarsi negli effetti pratici che essa ha riportato. Tra i più importanti figura sicuramente l'aver "codificato" dei veri e propri diritti del detenuto, venendo a creare un corpus normativo adeguato alle norme costituzionali. Per la prima volta, una legge, riconosceva al detenuto una propria soggettività, dal punto di vista sostanziale ed anche formale: sostanziale, in quanto egli viene identificato e definito quale titolare di diritti e di aspettative, formale in quanto lo stesso viene legittimato all'agire giuridico, in relazione a determinate posizioni, proprio nella qualità di detenuto, il tutto a prescindere da considerazioni riguardanti il suo passato e la sua pericolosità sociale. La legge sull'ordinamento penitenziario genera una nuova visione del condannato, basandosi su un nuovo rapporto tra lo stesso e gli organi dell'esecuzione. La stessa scelta dell'utilizzo dello strumento legislativo per la disciplina della materia, fu a suo tempo una novità non trascurabile. Fino ad allora, infatti, la materia era contenuta nel regolamento per gli istituti di

⁹ G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, in *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, p. 16

prevenzione e pena, risalente al r.d. 18.06.1931 n. 787. L'utilizzo della legge formale, ha come primo effetto l'attrazione della materia in un ambito segnato non più soltanto dalla discrezionalità amministrativa, ma dai limiti, dai vincoli e dagli obblighi che nascono dalla legge¹⁰. Nonostante le innovazioni e le encomiabili intenzioni di fondo che caratterizzavano la sopra citata riforma, è da notare che questa purtroppo si collocava in un ambiente sfavorevole alla sua concreta attuazione. La legge del 1975 n. 354 era infatti stata pensata allo scopo di adeguare le regole dell'esecuzione penale al principio costituzionale della pena rieducativa (art.27 comma 3), ma essa si presentò senza che allo stesso tempo si provvedesse alla modifica del codice penale e del codice di rito. Tale situazione ebbe come conseguenza una evidente frattura ideologica tra la regolamentazione costituzionalmente orientata della fase esecutiva, risultante appunto dalle novità apportate dalla disciplina in esame, ed il settore del sistema punitivo, che era rimasto fermo ad una visione di stampo prettamente pre-costituzionale, seguendo quindi una logica retributiva della pena e di prevenzione generale¹¹. Nonostante questi aspetti problematici, è da riconoscere che la rigidità del sistema penale italiano subì comunque un primo scossone dalle novità introdotte dalla Riforma dell'ordinamento penitenziario. Sono senza dubbio le cd. " misure alternative alla detenzione " le protagoniste indiscusse della nuova legislazione, a cui è

¹⁰ G. La Greca, *La riforma penitenziaria a venti anni dal 26 Luglio 1975. I) Linee generali e sviluppo*, in *Dir. Pen. E Proc.*, 1995, pp. 875-881

¹¹ A. Presutti, *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, Padova, 1999, pp. 42 ss

dedicato, all'interno della legge n. 354/1975, nel Titolo I, il Capo VI , intitolato appunto “ Misure alternative alla detenzione e remissione del debito”. Queste misure, nella loro configurazione originaria, si ponevano all'interno del sistema penitenziario con lo scopo di reinserire gradualmente il condannato nella vita sociale esterna; tutto questo veniva a realizzarsi all'interno di un sistema di garanzie e controlli, operati dagli stessi organi giudiziari e dai servizi sociali. Questo nuovo sistema aveva come fulcro la persona del reo, la cui condotta, che veniva valutata dai soggetti sopraccitati, costituiva la base per l'applicazione delle stesse misure alternative. Le misure introdotte furono: l’Affidamento in prova al servizio sociale, previsto all’articolo 47 o.p., il regime di semilibertà (artt. 48-52) e la liberazione anticipata (art. 54). In quest’ambito, erano proprio gli operatori di servizio sociale ad assumere risalto e ad avere un ruolo determinante, per far sì che gli obiettivi della pena potessero essere raggiunti tramite un approccio centrato sulla partecipazione del condannato ai programmi di recupero sociale che lo riguardavano ¹². I nuovi istituti, riservati esclusivamente a chi avesse riportato una sentenza definitiva di condanna, andavano a collocarsi nell’ambito dell’esecuzione della pena, ed erano improntati al principio fondamentale dell’individualizzazione del trattamento sanzionatorio (ulteriore carattere di novità, sconosciuto dal nostro sistema prima della legge del 1975), che era basato su svariati elementi di valutazione. Sono proprio le

¹² G. Di Gennaro, R. Breda, G. La Greca, in *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, p. 21

misure alternative ad essere state il primo intervento legislativo atto a correggere quella rigidità e le conseguenti problematiche sul piano sostanziale e processuale, che caratterizzavano il sistema penale del nostro Paese. Il Codice Rocco, con le sue impostazioni ancorate all'idea retributiva della pena, e prevedendo limiti edittali severi, privilegiava la pena detentiva, provocando così, tra le altre cose, una situazione di sovraffollamento carcerario, che ancora oggi costituisce una tra le problematiche più accese e dibattute del nostro sistema giudiziario. A ciò si deve, anticipando di qualche pagina ciò che sarà l'oggetto di questa trattazione, il fatto che le misure alternative abbiano assunto col tempo quasi una funzione impropria, "atte a riparare, in sede esecutiva, un eccessivo ed inutile rigore punitivo ^{13.}" Alla tradizionale funzione risocializzativa, propria di queste misure in esame, si è ben presto andata affiancando anche quella di far fronte al sovraffollamento carcerario, andando ad attenuare la pena irrogata e influenzando non più sulla fase di cognizione e di condanna, ma invece su quella esecutiva. Le misure alternative si sostanziano in modalità esecutive della pena detentiva, che si svolgono in spazi extra carcerari. Esse non sono quindi volte ad impedire l'inizio dell'esecuzione carceraria, ma a modificarne il contenuto, una volta che essa abbia avuto attuazione per un certo periodo in istituto. L'introduzione dell'ordinamento penitenziario è stata accompagnata da una piena giurisdizionalizzazione della fase esecutiva del processo

¹³ A. Presutti, *Esecuzione op.cit*, p.22

penale, al fine di garantire al condannato richiedente le misure alternative tutti i diritti e le facoltà spettanti all'imputato ¹⁴.

¹⁴ M. D'Onofrio, M. Sartori, *Le misure, op.cit.*, p.8

2. L'introduzione del meccanismo di accesso anticipato all'affidamento in prova in casi particolari (la legge 1985 n. 297)

Il carattere rieducativo della pena detentiva viene man mano acquisendo sempre maggiore importanza, soprattutto, come spiegato nelle pagine precedenti, a partire dagli anni '70 del secolo scorso. A questo risvolto positivo riguardante detta funzione, si affiancarono nello stesso periodo, e nel decennio che seguì, problematiche di vario genere, che comportarono l'attivazione di vari tipi di interventi atti ad agire per risolvere tali questioni, e ciò ebbe come esito finale l'elevazione dell'educazione e del reinserimento sociale a principi e finalità a cui la pena deve tendere. In quegli anni infatti si assistette ad una sorta di "emergenza sociale", causata dal fenomeno del terrorismo, superata la quale si veniva poco a poco conquistando una concezione della pena sempre più legata al carattere della rieducazione, in particolar modo nei riguardi di soggetti autori di reati minori. Negli anni 80', un ulteriore fenomeno sociale, legato questa volta all'utilizzo in larghissima scala di sostanze stupefacenti, iniziò a provocare un grave incremento di soggetti tossicodipendenti detenuti, il che portò l'amministrazione penitenziaria a dover affrontare una situazione a dir poco ingovernabile ¹⁵. È in questa circostanza che ci si ritrovò a domandarsi se il carcere rappresentasse realmente lo strumento idoneo a poter contrastare ed affrontare la diffusione della droga e in particolar modo la dipendenza che tali sostanze comportano. La

¹⁵ B. Guazzaloca, *L'esecuzione della pena del tossicodipendente*, in G. Insolera (a cura di), *Le sostanze stupefacenti*, Torino, 1998, p. 506

questione che si pose riguardava infatti se, date le condizioni, si rendesse necessario prevedere per il soggetto, autore di reato e dipendente da sostanze stupefacenti, un regime volto a favorire, oltre alle finalità previste per tutte le ‘tipologie’ di detenuti, anche la cura ed il recupero di tale situazione di dipendenza. Fu in quel frangente che il legislatore decise di intraprendere la (rischiosa) strada della decarcerizzazione, presentandosi come l’unica auspicabile per tentare di risanare, o tantomeno affrontare, la grave situazione che si stava creando ¹⁶. Si intervenne a quel punto con una novella legislativa, che ha ritoccato e integrato la legge sulla disciplina degli stupefacenti e sulla tossicodipendenza. La normativa in questione è la legge 21 Giugno 1985 n. 297 (che ha convertito il D.L. 144/1985), intitolata “Norme sulla prevenzione e reinserimento in materia di tossicodipendenza”, con la quale si superarono le accortezze avanzate dalla dottrina sull’uso della custodia cautelare in comunità per i tossicodipendenti in nome della parità di trattamento rispetto agli imputati che tossicodipendenti non erano, e per la prima volta fu previsto per i soggetti autori di reato tossicodipendenti e alcolodipendenti che avessero intrapreso un programma riabilitativo, un percorso alternativo a quello del carcere. Nel corso del dibattito parlamentare sulla legge 297/1985 appariva evidente l’allarme per la situazione carceraria: si sostenne, infatti, che "su 46 mila

¹⁶ Cfr. B. Guazzaloca, *L'esecuzione, op.cit.*, 1998, cit. p.506;

G. Neppi Modona, in *Premessa al commento del D.L. 22/4/1985 n.144, convertito in legge 21/6/1985 n.297*, in *Legislazione penale*, 1986, cit., p. 20, scriveva "Le spinte verso questa direzione trovano la loro causa immediata nella difficile situazione carceraria, in quanto su circa 45.000 detenuti almeno un terzo lo sono per reati connessi all'uso di sostanze stupefacenti". Fino a quel momento, i percorsi alternativi erano stati predisposti solo per la fase cautelare, non per la fase esecutiva.

detenuti, uno su quattro" era tossicodipendente e che "un detenuto su tre" era in carcere per fatti direttamente o indirettamente connessi alla droga¹⁷. Venne sottolineato come i tossicodipendenti diedero vita al fenomeno del cosiddetto "pendolarismo carcerario", entrando ed uscendo dal carcere, spesso per pene brevi e per reati di lieve entità, a dimostrazione dell'impossibilità di condurre seri programmi di recupero all'interno delle istituzioni penitenziarie¹⁸. In particolare, nei casi in cui la condanna alla pena detentiva comportava l'interruzione di un programma terapeutico in corso presso una comunità, costringendo il tossicodipendente ad abbandonarlo, veniva abbandonata anche ogni possibilità di riscatto dello stesso dalla droga e dalla delinquenza, normalmente, strettamente connesse. In Parlamento, dunque, a fianco alla preoccupazione per la situazione del sovraffollamento delle carceri, si manifestò anche una grande sensibilità verso il fenomeno della tossicodipendenza, per cui: "nell'alternativa tra la galera - fatalmente destinata a perpetuarsi - ed il recupero sociale" si poteva privilegiare quest'ultima via "senza che ciò significasse rinunciare alla potestà punitiva dello Stato, dato che la Costituzione prevede che "la pena deve tendere alla rieducazione del condannato" e che per raggiungere questa finalità la stessa pena può essere riempita di contenuti terapeutici"¹⁹.

¹⁷ Intervento del deputato G. Maceratini nella seduta del 14 giugno 1985, in *Atti Parlamentari. Camera dei deputati. IX legislatura. Discussioni*, 1985, pp. 28786

¹⁸ Interventi dei deputati Felisetti e Bocchino Schelotto nella seduta del 27 maggio 1985, in *Atti Parlamentari. Camera dei deputati. IX legislatura. Discussioni*, 1985, pp. 28178-28185

¹⁹ Cit. Intervento on. Felisetti, *riv. pen. op. cit.*, p. 28177

Il tratto più innovativo riguardante il trattamento del detenuto tossicodipendente introdotto dalla legge n. 297 del 1985 è rappresentato dall'inserimento all'interno dell'ordinamento penitenziario, legge n. 354 del 26 luglio 1975, dell'art. 47-*bis*, che dava vita ad un'ipotesi particolare di affidamento in prova per i tossicodipendenti e alcolodipendenti, ricalcata su quella dell'affidamento ordinario, già prevista dall'art. 47 della stessa normativa²⁰. In questo modo il legislatore diede vita, rifacendosi

²⁰ Dopo l'art. 47 della legge 26 luglio 1975, n. 354, è inserito il seguente:

"Art. 47-*bis*. - *Affidamento in prova in casi particolari* – " Quando una sentenza di condanna a pena detentiva deve essere eseguita nei confronti di persona tossicodipendente o alcool dipendente che abbia in corso un programma di recupero, l'interessato può chiedere al pubblico ministero o al pretore competente per la esecuzione di essere affidato in prova al servizio sociale per proseguire l'attività terapeutica sulla base di un programma concordato dall'interessato stesso con una unità sanitaria locale o con uno degli enti, associazioni, cooperative o privati di cui all'art. 1- bis del decreto-legge 22 aprile 1985, n. 144. Alla domanda deve essere allegata certificazione rilasciata da una struttura sanitaria pubblica attestante lo stato di tossicodipendenza o di alcool dipendenza e l'idoneità, ai fini del recupero del condannato, del programma in corso.

In tal caso il pubblico ministero o il pretore, dopo aver determinato la pena complessiva da eseguire, anche ai sensi dell'art. 582 del codice di procedura penale, se non vi ostano le condizioni e i limiti indicati nel primo e nel secondo comma dell'articolo precedente e nell'ottavo comma del presente articolo, in luogo di emettere ordine di carcerazione trasmette gli atti alla sezione di sorveglianza del luogo ove è eseguito il programma terapeutico.

Se la richiesta perviene dopo che l'ordine di carcerazione è già stato eseguito, il pubblico ministero o il pretore provvede a norma del comma precedente, ordinando la liberazione del condannato.

La sezione di sorveglianza, nominato un difensore di ufficio al condannato che non abbia indicato un difensore di fiducia nella richiesta, fissa la data della deliberazione entro dieci giorni dal ricevimento degli atti, dandone avviso al condannato, al difensore ed al pubblico ministero almeno cinque giorni prima. Se non è possibile effettuare la notifica dell'avviso al condannato nel domicilio indicato nella richiesta e lo stesso non compare all'udienza, la sezione di sorveglianza respinge la richiesta. Ai fini della decisione la sezione di sorveglianza può anche acquisire copia degli atti del procedimento e disporre gli opportuni accertamenti in ordine al programma terapeutico in corso; deve altresì accertare che lo stato di tossicodipendenza o alcolodipendenza o l'esecuzione del programma di recupero non siano preordinati al conseguimento del beneficio.

Dell'ordinanza che conclude il procedimento è data immediata comunicazione al pubblico ministero o al pretore competente per l'esecuzione, il quale, se l'affidamento non è disposto, emette ordine di carcerazione.

Se la sezione di sorveglianza dispone l'affidamento, tra le prescrizioni impartite devono essere comprese quelle che determinano le modalità di esecuzione del

ad uno strumento già a sua disposizione, ad una misura capace di consentire almeno una parziale decarcerizzazione dei tossicodipendenti, dando così una risposta quanto più possibile immediata all'emergenza in corso ²¹. Analizzando il contenuto della disposizione occorre notare che, la condizione essenziale per ottenere la concessione della misura alternativa in esame, era che il tossicodipendente avesse in corso un programma di recupero. A seguito di ciò, il beneficio dell'affidamento terapeutico venne riservato solamente a coloro che avessero già in atto un programma terapeutico, da un lato, per evitare il crearsi di richieste strumentali con l'esclusivo intento di sottrarsi al carcere, dall'altro, per garantire l'autenticità della volontà del soggetto di sottoporsi ad un programma terapeutico (autenticità considerata presupposto essenziale per la sua riuscita). Particolare riguardo merita il fatto che, come è stato sottolineato in dottrina ²², la norma, prevedendo che il programma fosse in corso al momento della concessione dell'affidamento terapeutico, provocava di conseguenza che quest'ultimo si presentasse in origine "atipico", ovvero non realizzato dalle strutture qualificate richiamate dall'art. 47-bis. In questo caso, il Tribunale di Sorveglianza doveva unicamente

programma. Sono altresì stabilite le prescrizioni e le forme di controllo per accertare che il tossicodipendente o l'alcool dipendente prosegua il programma di recupero. L'esecuzione della pena si considera iniziata dalla data del verbale di affidamento. L'affidamento in prova al servizio sociale non può essere disposto, ai sensi del presente articolo, più di una volta. Si applica, per quanto non diversamente stabilito, la disciplina prevista dalle altre norme della presente legge per la misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale".

²¹ Cfr. A. Beconi, L. Ferrannini, "Problemi di applicazione delle misure alternative alla detenzione del tossicodipendente", in *Questione Giustizia*, 1986, n. 4, cit., p. 841

²² E. Fassone, *Commento all'art. 4 ter del D.L. 22/4/1985 n. 44, convertito nella legge 21/6/1985 n. 297*, in *Legislazione penale*, 1986, p. 54

valutare che il percorso riabilitativo fosse stato utilmente intrapreso, indipendentemente dai requisiti di forma, e poi soltanto in un secondo momento che fosse rimodulato, così da essere ritenuto idoneo da parte di una struttura sanitaria pubblica (come l'asl). Continuando ad analizzare l'istituto in questione, vi erano ulteriori limitazioni e requisiti necessari per potervi accedere, tra questi vi era il divieto della concessione dell'affidamento in prova per chi avesse assegnata una pena detentiva superiore a due anni e sei mesi (tre anni nel caso di persona infra-ventunenne o ultrasettantenne) o una misura di sicurezza detentiva (*ex art. 47 bis*, 2° comma, che rimandava all'art. 47 o.p.²³). L'articolo 47-*bis*, nella sua formulazione d'origine, si apriva affermando che l'affidamento in casi particolari poteva essere richiesto "quando una sentenza di condanna a pena detentiva *deve essere eseguita* nei confronti di una persona tossicodipendente", per poi rimandare, per il limite di pena entro il quale la misura era concedibile, all'art. 47, relativo all'affidamento ordinario che però fissava tale limite, con riferimento alla pena inflitta e non da eseguire²⁴. Il legislatore aveva poi anche previsto che alcuni delitti risultassero ostativi alla concessione della misura: non poteva infatti essere concesso l'affidamento *ex art. 47-bis* nei confronti di chi fosse stato condannato per i delitti di rapina, estorsione, sequestro di persona

²³ Secondo quanto disposto dai primi due commi dell'art. 47 della legge n. 354/75 allora vigente: "Allorché alla pena detentiva inflitta non segua una misura di sicurezza detentiva e la pena non superi un tempo di due anni e sei mesi ovvero di tre anni nei casi di persona di età inferiore agli anni ventuno o di persona di età superiore agli anni settanta, il condannato può essere affidato al servizio sociale fuori dell'istituto per un periodo uguale a quello della pena da scontare. L'affidamento al servizio sociale non si applica, quando il condannato abbia precedentemente commesso un delitto della stessa indole ed in ogni caso è escluso per i delitti di rapina, rapina aggravata, estorsione, estorsione aggravata, sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione".

²⁴ E. Fassone, *Commento, op.cit.*, p.54

a scopo di rapina o di estorsione, associazione di tipo mafioso (combinato disposto degli artt. 47 *bis*, 2° comma e 47, 2° comma). Era infine previsto che l'affidamento in casi speciali potesse essere concesso una sola volta. Ulteriore analisi meritano le disposizioni procedurali contenute nell'art. 47-*bis* introdotto dalla legge 297/1985, soprattutto partendo dal presupposto che il provvedimento per la concessione dell'affidamento in casi particolari è stato disciplinato, per varie aspetti, in modo diverso da quello ordinario. La novità di fondo mirava a consentire al tossicodipendente di poter beneficiare della misura senza interrompere il programma terapeutico in corso. A questa si aggiungeva l'importanza assunta dalle funzioni degli organi chiamati a raccogliere l'istanza che il soggetto doveva proporre. Il procedimento infatti si avviava su impulso dell'interessato, tramite presentazione della domanda al pubblico ministero o al pretore (che svolgeva le funzioni di pubblico ministero) competente per l'esecuzione, il quale doveva verificare che il tossicodipendente fosse nelle condizioni di presentare la domanda. Se vi era la presenza di tutti i requisiti richiesti dalla legge, in luogo di emettere l'ordine di carcerazione, venivano trasmessi gli atti alla sezione di sorveglianza. Se inoltre il tossicodipendente non era libero, ma risultasse già detenuto, il pubblico ministero, verificata l'esistenza di tutte le precondizioni, doveva disporre la scarcerazione del condannato. Nel caso in cui invece, l'accertamento avesse rivelato la mancanza di uno o più dei requisiti previsti per l'ammissibilità della misura, il pubblico ministero doveva emettere l'ordine di esecuzione della pena detentiva. La dottrina sostenne che avverso il provvedimento con il quale il pubblico ministero non accordava la provvisoria sospensione della pena a beneficio di un soggetto

detenuto con problemi di dipendenza, l'interessato poteva proporre incidente d'esecuzione e non ricorso per Cassazione. La dottrina però si divise riguardo al ruolo del p.m. e ai compiti a lui spettanti. Alcuni sostennero che il p.m. avesse il compito di compiere un controllo meramente formale degli atti presentati dal tossicodipendente, e che dovesse comunque trasmettere gli atti alla sezione di sorveglianza, unico giudice competente per la concessione o il diniego dell'affidamento, sia nel caso in cui venisse accertata l'esistenza dei presupposti per la concessione, che in caso di una loro mancanza e conseguente emissione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva²⁵. Altri, pur sostenendo che il p.m. avesse solo poteri di controllo formale, ritenevano, evidenziando, sulla scorta di un rapporto di antecedenza necessaria tra il provvedimento adottato in via transitoria e la decisione finale del collegio di sorveglianza, che il giudizio innanzi al Tribunale di sorveglianza presupponesse lo stato di libertà del destinatario della misura: quindi nel caso in cui il pubblico ministero negasse la sussistenza dei requisiti ed emettesse l'ordine di esecuzione della pena detentiva, quest'ultimo non avrebbe dovuto trasmettere gli atti alla sezione di sorveglianza. Questa tesi²⁶ evitava la pendenza della questione presso due distinte sedi giurisdizionali, quella del giudice dell'esecuzione, adito in opposizione al diniego di scarcerazione pronunciato dal pubblico ministero, e quella del

²⁵ In tal senso G. Grasso, *Misure alternative alla detenzione*, in G. Vassalli (a cura di), *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano, 1986, p. 671, cit.; E. Fassone, *Commento all'art. 4 ter del D.L. 22/4/1985 n. 44, convertito nella legge 21/6/1985 n.297*, in *Legislazione penale*, 1986, pp. 61-62.

²⁶ Sostenuta per esempio F. Corbi, *L'affidamento in prova con finalità terapeutiche: un nuovo sostituto della pena detentiva*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986, pp. 1140-1143

Tribunale di sorveglianza. Essa però privava il tossicodipendente della possibilità di poter ottenere un controllo di merito sulla propria istanza da parte dell'organo giurisdizionale competente, la sezione di sorveglianza. Il rimedio giurisdizionale a sua disposizione, ovvero l'incidente di esecuzione avverso l'ordine di esecuzione, gli avrebbe consentito di investire della questione la sezione di sorveglianza, solo se il giudice dell'esecuzione avesse rilevato l'erroneità della decisione del p.m. e quindi l'illegittimità dell'ordine di esecuzione; in questo caso, infatti, avrebbe trasmesso la sua ordinanza, unitamente agli atti, alla sezione di sorveglianza che a quel punto sarebbe stata investita della decisione sul merito della concessione della misura. Un'altra critica da parte della dottrina ebbe ad oggetto la previsione secondo cui il pubblico ministero dovesse trasmettere gli atti alla sezione di sorveglianza del luogo dove fosse eseguito il programma terapeutico. Il rischio temuto era quello che, in questo modo, si consentisse al tossicodipendente di scegliere la sezione di sorveglianza competente a decidere sulla sua richiesta²⁷. Dato che l'art. 47-bis rinvia per tutto ciò che non disponeva direttamente all'art. 47 dell'ordinamento penitenziario, si ritenne tranquillamente che, anche il buon esito dell'affidamento in prova in casi particolari estinguesse la pena e ogni altro effetto penale. In caso invece di mancato giudizio positivo sull'esito dell'affidamento o in caso di revoca dello stesso durante il suo svolgimento si apriva un'ulteriore importante questione, già molto discussa con

²⁷ Come osserva F. Corbi in *L'affidamento in prova con finalità terapeutiche: un nuovo sostituto della pena detentiva*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986. cit., p. 1147, la funzione di deroga alle norme ordinarie sulla competenza era quella di permettere uno più stretto controllo da parte della sezione di sorveglianza sullo svolgimento dell'affidamento.

riferimento all'affidamento ordinario, ovvero quella della computabilità o meno del periodo trascorso in affidamento come pena scontata, in considerazione del fatto che la revoca implicava l'ingresso in carcere dell'affidato affinché vi scontasse la pena residua. Quella parte della dottrina che vedeva con sospetto la specialità dell'istituto, affiancata anche da alcune pronunce della Corte di cassazione, affermava che non si dovesse computare il periodo trascorso in trattamento terapeutico, in caso di revoca. Si sosteneva infatti che la revoca fosse indice del mancato rispetto delle prescrizioni previste e quindi, considerare come pena utilmente espiata un periodo in cui il tossicodipendente non aveva osservato tali prescrizioni, avrebbe rafforzato il carattere di normativa speciale dell'art. 47-*bis*²⁸. Il problema venne risolto dalla Corte Costituzionale la quale stabilì che si dovesse considerare l'affidamento "non una misura alternativa alla pena, ma una pena essa stessa" e dichiarò con sentenza l'illegittimità costituzionale dell'articolo 47 o.p. nella parte in cui questo non consentiva che il periodo di affidamento in prova al servizio sociale, in caso di annullamento dei provvedimenti di ammissione, valesse come espiazione di pena²⁹. A distanza di pochi mesi, la Corte Costituzionale emise un'analogha sentenza³⁰ e con essa

²⁸ Cfr. E. Fassone, *op.cit.*, p. 69.

²⁹ Cfr. Corte Cost., 13 giugno 1985, n. 185, in *Foro italiano*, 1985, p. 1888. "Il giudice a quo sottolinea come il periodo trascorso in affidamento è vissuto dal condannato in un impegno di emenda" e "comporta per lo stesso l'osservanza di prescrizioni restrittive della sua libertà e insieme la soggezione ai costanti controlli del servizio sociale" così da "dedurre che" la misura stessa "non costituisca un'alternativa alla pena, ma una pena essa stessa".

³⁰ Cfr. Corte Cost., 6 dicembre 1985, n. 312 in *Cassazione penale*, 1986, p. 210. La sentenza, richiamando la precedente pronuncia n. 185/'85, recitava: "È costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli art. 3 e 13 cost., l'art. 47 comma 10 l. 26 luglio 1975 n. 354, nella parte in cui, in caso di revoca del provvedimento di

dichiarò l'illegittimità costituzionale del medesimo articolo, nella parte in cui questo non prevedeva che valesse come pena espiata il periodo di affidamento al servizio sociale, nel caso di revoca della misura. La Corte Costituzionale inoltre, con la sentenza 15 ottobre 1987 n. 343, tornò ancora una volta sull'argomento, dichiarando l'illegittimità costituzionale del decimo comma dell'art. 47 nella parte in cui, in caso di revoca del provvedimento di ammissione all'affidamento in prova per comportamento incompatibile con la prosecuzione della prova, questo non consentisse al Tribunale di sorveglianza di poter determinare la residua parte di pena detentiva da espiare, tenendo conto della durata delle limitazioni che erano state patite dal condannato e del comportamento tenuto da questo durante il periodo trascorso in affidamento in prova³¹. La decisione della Corte risultò subito adeguata alla questione sottoposta al suo esame. Il Tribunale di sorveglianza investito quindi del compito di individuare il periodo utilmente trascorso in affidamento in prova era in grado infatti di valutare l'andamento

ammissione l'affidamento in prova per comportamento incompatibile con la prosecuzione della prova, non consente al tribunale di sorveglianza di determinare la residua pena detentiva da espiare, tenuto conto della durata delle limitazioni patite dal condannato e del suo comportamento durante il trascorso periodo di affidamento in prova".

³¹ Seguendo il ragionamento della Corte "le prescrizioni inerenti all'affidamento in prova hanno carattere sanzionatorio con la conseguenza che esse rientrano a pieno titolo tra quelle restrizioni della libertà personale che l'art. 13 Cost. circonda di particolari cautele; ed il carattere sanzionatorio del nostro sistema è ispirato - come si desume dallo stretto collegamento tra gli articoli 3 e 13 della Costituzione - ai principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena, che devono essere applicati, non solo nella fase di cognizione ma anche in quella esecutiva". Da ciò la Corte fa derivare il dovere del tribunale di sorveglianza che procede alla revoca dell'affidamento in prova per comportamento incompatibile con la sua prosecuzione di "determinare la durata della residua pena detentiva da scontare tenendo conto, sia del periodo di prova trascorso dal condannato nell'osservanza delle prescrizioni imposte e del concreto carico di esse sia della gravità oggettiva e soggettiva del comportamento che ha dato luogo alla revoca".

della prova in concreto senza penalizzare ingiustamente l'affidato, arrivando a stabilire se il fallimento della prova fosse imputabile al condannato, ed anche l'influenza del contesto ambientale entro il quale lo stesso affidato aveva intenzione di reinserirsi. In questo modo l'affidato era cosciente del fatto che l'inosservanza delle prescrizioni imposte e del programma terapeutico avrebbero avuto delle ripercussioni con delle sanzioni. Il potere conferito al Tribunale in fase di revoca dalla Corte riusciva quindi ad avere una certa efficacia intimidatoria nei confronti del condannato tossicodipendente. Quest'ultima pronuncia ha quindi fissato in maniera definitiva la via da percorrere in caso di revoca dall'affidamento, delegando il computo della pena residua da scontare all'esclusiva valutazione del Tribunale di Sorveglianza, sulla base della condotta tenuta dall'affidato. La successiva giurisprudenza della Corte di cassazione ³² ha precisato poi la necessità che il collegio di sorveglianza, investito del proprio apprezzamento discrezionale, determinasse l'effettiva gravità del comportamento posto in essere dall'interessato e la qualità delle limitazioni imposte all'affidato, con riferimento anche alla durata delle stesse, in modo da proporzionare la pena residua al carico delle prescrizioni adempiute ed al grado di risocializzazione già raggiunto dal soggetto. Per l'assegnazione dell'affidamento in prova il condannato aveva l'onere di allegare all'istanza presentata una certificazione, che veniva rilasciata da una struttura pubblica, che attestasse lo stato di tossicodipendenza o di alcolodipendenza. L'idoneità di tale certificazione, ai fini del recupero del condannato e della concessione del beneficio richiesto, veniva

³² Cass., 26 maggio 1997, Caputo, in *Rassegna di studi penitenziari*, 1998, p. 101 e Cass., 20 novembre 1996, Nardo, in *Cassazione penale*, 1997, p. 3567

verificata dal pubblico ministero (o dal pretore) competente a emettere l'ordine di esecuzione della pena detentiva che doveva essere scontata ³³ . Dopo di ciò, il pubblico ministero territorialmente competente, se non emergevano le condizioni ostative o i limiti richiamati dai commi 1 e 2 dell'art. 47 o.p., non emetteva l'ordine di carcerazione e trasmetteva immediatamente gli atti al Tribunale di sorveglianza del luogo dove doveva avere esecuzione il programma terapeutico. Al Tribunale di sorveglianza inoltre, ai fini della decisione, era data la possibilità di acquisire copia degli atti del procedimento sottostante e di disporre tutti gli accertamenti ritenuti più opportuni in ordine al programma terapeutico in corso di svolgimento. Il Tribunale, poi, aveva il compito di accertare che lo stato di tossicodipendenza o di alcolodipendenza del condannato fossero effettivamente esistenti e che l'esecuzione del programma di recupero terapeutico, presentato ai fini dell'ottenimento dell'istituto penitenziario, previsto dall'art. 4 *ter*, l. 297/1985, non fosse preordinato al conseguimento di tale beneficio ³⁴.

³³ Riguardo questo particolare istituto argomentano G. Di Gennaro e G. La Greca, *La questione droga. Commento al testo unico 9 ottobre 1990, n. 309*, Milano, 1999, pp. 296-297, osservando: "Va ricordato che l'affidamento in prova qui disciplinato era stato concepito come una forma speciale di quell'affidamento che, previsto dall'art. 47 dell'ordinamento penitenziario già nel suo originario testo del 1975, ha consentito nel nostro Paese le prime esperienze di messa alla prova o validation. La differenza principale consisteva nella possibilità di applicare la misura alternativa in ogni momento. Non era infatti indispensabile, come per l'affidamento in generale, attendere lo svolgimento dell'osservazione della personalità, che deve svolgersi per almeno un mese in istituto. La previsione era diretta a dar tempestivo corso ai programmi di recupero, per evitare al tossicodipendente sin dall'inizio l'esperienza della carcerazione".

³⁴ Cfr. F. Corbi, *L'esecuzione*, op. cit., p. 1140

3. Problemi e critiche all'istituto dell'affidamento in prova in casi particolari

Il nuovo istituto introdotto dall'articolo 47-*bis* dell'ordinamento penitenziario incontrò fin da subito varie critiche da una parte rilevante della Dottrina, che vi si schierò ideologicamente contro. Al riguardo fu sostenuto che la previsione di misure particolari, per alcune tipologie di soggetti (in questo caso i tossicodipendenti e alcolodipendenti), andasse quasi a legittimare dei diritti speciali, giustificati da esigenze special-preventive, considerate preminenti rispetto alle esigenze di retribuzione e prevenzione generale³⁵. Secondo il pensiero di quegli esponenti, l'affidamento in casi speciali andava a mutare in modo generalizzato la pena in programma terapeutico, andando a creare una rischiosa confusione e sovrapposizione fra gli obiettivi terapeutici e quelli punitivo-repressivi, con il grande rischio di deresponsabilizzare il tossicodipendente che poteva quindi arrivare a pensare che gli fosse riconosciuta, in campo penale, una sostanziale incapacità di autocontrollo. Il nuovo istituto appariva insomma come una sorta di " diritto di asilo ³⁶ " per il tossicodipendente autore di reati, che

³⁵ In tal senso cfr. Beconi A., Ferrannini L., *Problemi*, *op.cit.*, pp. 864 ss.; E. Fassone, *Commento*, *op.cit.*, pp. 47 e ss.; G. Neppi Modona in *Legislazione penale*, 1986, pp. 19 e ss.; B. Guazzaloca, *L'esecuzione*, *op.cit.*, pp. 510-511; R. Stocco, *L'affidamento in prova al servizio sociale*, in Flora G. (a cura di), *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, Milano, 1987, p. 199-200; G. Grasso, *L'affidamento in prova del tossicodipendente e dell'alcol dipendente*, in *Legislazione penale*, 1987 *cit.*, p. 668.

³⁶ *Cit.* E. Fassone, *Commento*, *op.cit.*, p. 48

finiva per neutralizzare l'impostazione rigorosa prevista dal codice Rocco in ambito di responsabilità. Era opinione dei sostenitori di questa tesi che sarebbe stato opportuno applicare ai tossicodipendenti le misure alternative comuni, utilizzabili anche per tutti gli altri soggetti, dando rilievo al loro particolare status soggettivo solo nel caso in cui la richiesta di una misura alternativa fosse stata accompagnata " da una chiara domanda di cura del condannato ³⁷". Queste tesi però erano destinate a venire meno, in considerazione del fatto che la figura dell'affidamento in casi particolari era stata creata sull'onda dell'emergenza carceraria. Il legislatore, infatti, avvertiva l'esigenza di decarcerizzare i soggetti tossicodipendenti proprio a causa delle difficoltà che questi incontravano nell'ottenere la concessione di misure alternative ordinarie. Un ulteriore aspetto riguardante l'affidamento in prova in casi particolari, o altrimenti detto affidamento terapeutico (istituto poi trasferito dall'ordinamento penitenziario al T.U. sugli stupefacenti, con poche sostanziali varianti rispetto alla normativa del 1985), che incontrò non poche critiche da parte della dottrina fu l'assenza della previsione di un nesso tra la condizione (e quindi lo status) di tossicodipendenza (o alcool-dipendenza ³⁸) e la commissione del reato. Ciò che rilevava, infatti, ai fini dell'ammissibilità al beneficio era che la condizione di tossicodipendenza fosse attuale al momento dell'esecuzione della pena. Nella pratica quindi, chi avesse commesso un reato, in conseguenza del suo status di

³⁷ A. Beconi , L. Ferrannini, *Problemi, op. cit.*, cit., p. 864

³⁸ "L'accostamento dell'alcol-dipendenza alla tossicodipendenza costituisce un'anomalia, non solo di carattere sistematico, ma anche logico immediatamente rilevata dalla dottrina", E. Fassone, *Commento, op.cit.*, cit. p. 52.

tossicodipendenza, ma al momento dell'esecuzione penale si fosse già liberato di tale condizione, non poteva richiedere la misura ³⁹. Parte della dottrina manifestò disorientamento per l'omissione della previsione del nesso dipendenza/reato, in considerazione del fatto che l'alternativa carcere/affidamento in prova fosse ammissibile solamente in conseguenza dell'accertamento che il soggetto tossicodipendente avesse commesso il reato a causa delle sue condizioni. Per questo motivo, riuscire a far uscire dal circuito di dipendenza dalla droga il soggetto che si era reso responsabile di fatti criminali, implicava far venire meno anche la sua stessa tendenza a delinquere e quindi la sua pericolosità. L'argomentazione di fondo restava insomma la medesima, ovvero che prescindere non solo dal nesso eziologico tossicodipendenza/reato, ma addirittura dalla sussistenza dello stato di tossicodipendenza al momento della commissione del reato, significasse dare origine ad un diritto speciale per i soggetti tossicodipendenti, andando a privilegiare tale categoria. Il nuovo istituto introdotto infatti dava l'impressione di consentire al neo condannato tossicodipendente di evitare del tutto il circuito penitenziario, tralasciando qualsiasi tipo di analisi individuale pre-esecutiva posto che l'inizio del procedimento per la concessione della misura potesse avvenire prima dell'inizio dell'esecuzione ⁴⁰. Sembrava dunque che l'affidamento terapeutico, al contrario di quanto stabilito dal secondo comma dell'art. 47 o.p. per quello

³⁹ La questione nella pratica si pose molto di rado, il T.U. del 1990 ha, comunque, ovviato a questa situazione prevedendo che, in questo caso, il soggetto possa usufruire della sospensione pena, che oggi è applicabile solo al tossicodipendente che abbia già svolto con successo il programma terapeutico.

⁴⁰ F. Corbi, *L'affidamento*, *op.cit.*, p. 1123

ordinario, potesse applicarsi indipendentemente dalla prognosi favorevole di non recidività e di recupero sociale del soggetto interessato. Sotto questo profilo, effettivamente, i presupposti per la concessione della misura si limitavano all'idoneità del programma concordato, che finiva con l'assorbire il giudizio di prognosi sulla recidiva e sul recupero sociale⁴¹, tenuto anche conto che il giudice disponeva, a fini special-preventivi, del potere di arricchire la concessione dell'affidamento terapeutico con prescrizioni specifiche⁴². Importante poi non dimenticare che per molti l'istituto in questione trovava la propria giustificazione, in gran parte, nella semplice ragione di "indurre, sotto la minaccia del carcere, ad una pratica terapeutica"⁴³. Molti arrivarono a sostenere che questa normativa rappresentasse l'affidamento in casi particolari non come uno strumento rieducativo (o, meglio, special-preventivo), ma come uno strumento premiale, spingendo i soggetti verso una "strumentale precostituzione delle condizioni di tossicodipendente al fine di usufruire del trattamento alternativo al carcere"⁴⁴. Alcuni autori intesero invece, da una parte, che l'assenza della richiesta del nesso fra reato commesso e stato di tossicodipendenza ai fini dell'affidamento in prova fosse allo

⁴¹ Per effettuare il giudizio di prognosi, la sezione di sorveglianza poteva comunque acquisire gli atti del procedimento, oltre a disporre gli opportuni accertamenti in ordine al programma terapeutico in corso.

⁴² Corbi F., *Affidamento, op.cit.*, pp. 1125 e 1154; G. Grasso, *L'affidamento in prova del tossicodipendente e dell'alcool dipendente*, in *Legislazione penale*, 1987, p. 670

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Cfr. G. Neppi Modona, *Premessa al commento del D.L. 22/4/1985 n. 144, convertito in legge 21/6/1985 n. 297*, in *Legislazione penale*, 1986, cit., pp. 26-27; E. Fassone, *Commento all'art. 4 ter del D.L. 22/4/1985 n. 44, convertito nella legge 21/6/1985 n. 297*, op. cit., p. 49; A. Beconi, L. Ferrannini, *Problemi di applicazione delle misure alternative alla detenzione del tossicodipendente*, in *Questione Giustizia*, 1986, n. 4, p. 869.

stesso tempo conseguenza e testimonianza del carattere terapeutico dell'istituto, il cui obiettivo era appunto il recupero del soggetto, da intendersi come liberazione dalla dipendenza, cosa che era assunta dal legislatore di per sé come un valore ⁴⁵. Dall'altra parte, gli stessi autori, capirono che la ratio della previsione fosse quella di evitare che l'ingresso in carcere, sia pur al fine di consentire un'indagine sulla persona e una prognosi sull'esito della misura stessa, potesse compromettere la continuità del programma di recupero intrapreso, pregiudicando, in maniera probabile, le possibilità di reinserimento sociale del condannato ⁴⁶. La normativa prevedeva comunque la necessità di verificare che lo stato di tossicodipendenza o l'esecuzione del programma di recupero non fossero preordinati al conseguimento del beneficio. La dottrina considerò tale previsione, da una parte come dimostrazione del fatto che il legislatore fosse consapevole che l'istituto potesse dare origine ad abusi e strumentalizzazioni, dall'altra si osservò che, non avendo il legislatore individuato espressamente dei dati probatori indispensabili e tipizzati, non fosse chiaro in che modo questi accertamenti potessero essere operati ⁴⁷. Si sostenne che l'accertamento richiesto alla sezione di sorveglianza, riguardante la preordinazione del programma terapeutico, fosse una sorta di *probatio diabolica*, dato che la legge presupponeva che il programma fosse già in corso, per cui il tossicodipendente doveva averlo già necessariamente predisposto, e chiedere insomma al giudice di distinguere tra la predisposizione

⁴⁵ In tal senso F. Corbi, *L'affidamento, op.cit.*, p. 1160.

⁴⁶ G. Grasso, *L'affidamento, op.cit.*, p. 665.

⁴⁷ F. Corbi, *L'affidamento, op.cit.*, p. 1157.

del programma al fine del recupero e la sua preordinazione al fine di sottrarsi al carcere significava domandare "un'indagine di coscienza da riservarsi piuttosto al confessionale che ad un'aula di giustizia⁴⁸". Dato comunque lo spirito della norma, occorre notare che nonostante fosse emerso che il tossicodipendente avesse intrapreso il programma per sottrarsi al carcere, sarebbero esistite comunque le condizioni per soddisfare le esigenze di recupero terapeutico e di recupero sociale che l'istituto si era prefissato di raggiungere.

⁴⁸ Cfr. F. Corbi, *L'affidamento*, *op.cit.*, p. 1121; R. Stocco, R. Stocco, *L'affidamento in prova al servizio sociale*, in G. Flora (a cura di), *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, Milano, 1987, p.190

4. La legge Gozzini 1986 n.663

Alla necessità di ricercare e giungere con ogni mezzo alla rieducazione del condannato, si è andata affiancando nel corso del tempo l'esigenza di far sì che la pena non finisse con l'essere desocializzante. Importanza fondamentale riveste il processo legislativo che negli anni ha in parte modificato quello che era l'assetto normativo così come inizialmente proposto dal legislatore del '75⁴⁹. A dieci anni di distanza dall'entrata in vigore della riforma infatti, si assiste ad un ulteriore cambiamento di rotta, evidenziandosi l'opportunità di recuperare le fondamentali valenze innovative del progetto iniziale, tornando da un lato al principio della individualità del trattamento, da rapportarsi alla disponibilità del singolo al risultato finale di un reinserimento nella società, e dall'altro sottoponendo ogni modifica del trattamento alla scrupolosa osservanza del principio di legalità, sotto il controllo del magistrato di sorveglianza⁵⁰. Al riguardo è da rammentarsi l'importanza della legge 10 ottobre 1986, n. 663, nota come Legge Gozzini, dal nome del senatore fiorentino suo primo firmatario, approvata quasi all'unanimità in Parlamento. Suddetta legge nacque tra due diverse istanze, tra le quali si cercò di trovare un punto di equilibrio: quella della sicurezza interna ed esterna, e quella della progressiva proiezione del trattamento

⁴⁹ C. Brunetti, M. Ziccone, *Manuale di diritto penitenziario*, Piacenza, 2005, p.237

⁵⁰ E. Fassone, T. Basile, G. Tuccillo, *La riforma penitenziaria*, Jovene, Napoli, 1987, p.7.

individualizzato oltre le mura penitenziarie ⁵¹. La seconda esigenza trovò in particolare uno spazio importante nella nuova disciplina, che avanzò molto nella direzione della decarcerizzazione. In quest'ottica si prevedeva la possibilità di concedere le misure alternative⁵² indipendentemente dalla osservazione scientifica della personalità, con il preciso scopo di sottrarre il condannato dal contatto con l'ambiente carcerario ⁵³. Nella dottrina penitenziaria e nella criminologia, infatti, risultava ormai pacifico quanto fosse inutile e dannoso, per i soggetti autori di reati di lieve entità o comunque meno gravi, scontare la pena all'interno di un istituto carcerario. La legge Gozzini ampliò, a questo proposito, le possibilità di uscita temporanea dei detenuti dagli istituti penitenziari, con modifiche alla disciplina del lavoro all'esterno e della semilibertà, e con l'introduzione dei permessi premio. Inoltre vennero aumentate le opportunità di esenzione, in tutto o in parte, dall'esecuzione penitenziaria, sia evitando l'ingresso in istituto ⁵⁴, sia rendendo possibile la dimissione anticipata ⁵⁵. Con la legge Gozzini, oltre all'affidamento al servizio sociale, il regime di semilibertà, la liberazione anticipata e le licenze, venne introdotta un'ulteriore misura alternativa: la detenzione domiciliare, di cui all'art. 47 *ter* o.p., e si andò ad

⁵¹ V. Grevi, *Scelte di politica penitenziaria e ideologie del trattamento nella l. 10 ottobre 1986, n. 663*, in Grevi (a cura di), *L'ordinamento penitenziario*, Padova, 1994, p. 25.

⁵² Trattasi delle cosiddette misure alternative *ab initio*

⁵³ C. Brunetti, M. Ziccone, *Manuale di diritto penitenziario*, Piacenza, 2005, p.238.

⁵⁴ Come nei casi particolari di affidamento in prova "senza osservazione" e di semilibertà "senza espiazione", detenzione domiciliare ab origine

⁵⁵ Affidamento in prova, detenzione domiciliare "residuale", liberazione anticipata, liberazione condizionale.

incidere sulla disciplina dell'affidamento in prova in casi particolari per i tossicodipendenti o alcolodipendenti, di cui all'art. 47-bis o.p., la cui applicabilità era attribuita alla competenza del Tribunale di sorveglianza ⁵⁶. Il legislatore innalzò il limite di applicabilità dell'affidamento in prova a tre anni, eliminò i reati ostativi alle misure alternative e rese possibile un'ammissione anticipata alla semilibertà, così come già previsto per l'affidamento in prova terapeutico, a condizione che la pena da eseguirsi fosse contenuta entro i limiti previsti per la misura richiesta, con l'obbligo per il pubblico ministero di sospendere l'emissione o l'esecuzione dell'ordine di carcerazione sino alla decisione della magistratura di sorveglianza ⁵⁷. Se da un lato la legge Gozzini si è mossa nell'ottica del recupero sociale del condannato e della sua decarcerizzazione, dall'altro ha fondato tutto il sistema detentivo sulla concessione dei benefici, ma tale aspetto, pur costituendo un importante ribaltamento di prospettiva nella funzione e nella finalità della pena, presentava alcuni risvolti problematici per ciò che riguardava le strategie trattamentali ed educative. L'idea della rieducazione per così dire spontanea, intesa come possibilità di un trattamento rieducativo impostato sulla volontarietà dell'atteggiamento gratuito di cooperazione con l'istituzione ai fini della rieducazione, risultava praticamente fallito insieme al sinallagma osservazione-trattamento-rieducazione, che sembrava ora del tutto scollegato ⁵⁸. Meno attenzione era riposta per la persona, mentre maggiore interesse veniva incentrato sul

⁵⁶ G. Catelani, *Manuale dell'esecuzione penale*, Milano, 1987, p. 257.

⁵⁷ Cfr., E. Fassone, T. Basile, G. Tuccillo, *La riforma, op.cit.*, p. 69 ss.

⁵⁸ L. Daga, *L'evoluzione normativa e la situazione penitenziaria dopo la riforma del 1986*, in *Quaderni del Consiglio superiore della magistratura*, 1995, n. 80, pp. 76-77.

fatto, inteso come comportamento. Il programma di trattamento fondato sui bisogni del detenuto, perno centrale della riforma del '75, cedeva il posto ad una valutazione del Magistrato di sorveglianza sul comportamento. Il Tribunale di sorveglianza cambiava l'angolazione della propria attività conoscitiva, in quanto il suo giudizio, in alcuni casi, non avrebbe avuto più come oggetto immediato la personalità del condannato, ma principalmente riscontri fattuali forniti quasi esclusivamente dagli organi di polizia o dalle inchieste del Centro servizio sociale, che avrebbero sostituito la relazione di sintesi dell'équipe di osservazione e trattamento e sulle quali sarebbero poi state effettuate le valutazioni del caso per la concessione delle misure alternative. Il legislatore, pur consapevole del mutamento effettuato, non ha apportato idonei e specifici mezzi di accertamento e di verifica dei presupposti di concessione delle misure, limitandosi, invece, a stabilire requisiti piuttosto generici, che nella prassi hanno finito inevitabilmente per tradursi nell'acquisizione di dati di carattere empirico, assai poco significativi sul piano trattamentale e del tutto insufficienti sul piano probatorio. Si è dato così largo spazio alla discrezionalità del giudice, specialmente nell'ipotesi di misure applicabili ab initio; tutto ciò ha contribuito ad aggravare la posizione delicata del Magistrato di sorveglianza che si trovava a decidere senza il supporto di adeguati strumenti conoscitivi e caricato di eccessive e ingiustificate responsabilità in caso di esito negativo della misura. Dal controllo e dalla verifica dei risultati del trattamento intramurale, si passava alla valutazione delle condotte tenute in libertà dal condannato, dal momento della commissione del fatto a quello in cui avrebbe dovuto iniziare l'esecuzione della pena. La tendenza al restringimento dell'attività di osservazione e

trattamento, si verificava soprattutto nell'ipotesi di concessione delle misure alternative ab initio⁵⁹. In tutti questi casi l'osservazione della personalità come momento di rilevazione dei bisogni e delle problematiche individuali, veniva superata da una rinnovata centralità che assumeva la condotta in relazione all' 'premio' da ottenere. Riportando l'attenzione all'istituto dell'affidamento in casi particolari, le modifiche apportate dall'art.12 della legge 663/1986 all'art. 47-*bis* ord. pen., in linea con lo spirito della riforma, miravano a rendere più agevole l'accesso a tale misura. Due erano le modifiche che in particolare rafforzavano notevolmente la possibilità di ricorrere all'istituto: la prima prevedeva l'opportunità di chiedere la concessione della misura non solo da parte del tossicodipendente che avesse già in corso il trattamento terapeutico, ma anche da parte di colui che intendesse intraprenderlo. La seconda era rappresentata dall'eliminazione della possibilità di chiedere l'affidamento terapeutico una sola volta⁶⁰. Queste due modifiche sembravano porre definitivamente a base dell'istituto una sorta di presunzione di incompatibilità tra stato di tossicodipendenza e stato di detenzione⁶¹, delineandolo a tutti gli effetti come uno specifico

⁵⁹ G. Concato, *Educatori in carcere*, Milano, 2002, p. 22

⁶⁰ La legge Gozzini, infatti, prevedeva espressamente che l'affidamento in prova al servizio sociale non potesse essere disposto più di due volte. Quest'ultima previsione avviava al rischio di ingresso in carcere per un tossicodipendente che avesse già scontato con successo l'affidamento, qualora sopraggiungesse un ordine di esecuzione per un reato commesso antecedentemente al primo affidamento, all'eventualità, vanificando il lavoro terapeutico già svolto. Di fatto, in questo modo, si dava una seconda chance al tossicodipendente, riconoscendo l'oggettiva difficoltà connessa al percorso di disintossicazione.

⁶¹ Cfr. F. Corbi, *L'affidamento in prova con finalità terapeutiche: un nuovo sostituto della pena detentiva*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986, pp. 1110 e ss.; G. Ambrosini, P. Mileto, *Le sostanze stupefacenti. Le misure di prevenzione*, Torino, 1989, pp. 116 e ss.; R. Stocco, *L'affidamento in prova al servizio sociale*, in

tipo di affidamento in prova, differenziato da quello ordinario, con finalità prettamente rieducative. L'estensione dell'ambito di applicazione dell'affidamento in prova anche al tossicodipendente che non avesse già un programma terapeutico in corso finiva con lo sconvolgere la ratio originaria della misura, che era quella di evitare l'interruzione di un programma già in corso nel momento in cui un soggetto fosse stato raggiunto da un ordine di esecuzione⁶². Il legislatore con dette modifiche sottolineava la convinzione che l'esperienza carceraria potesse nuocere alla risocializzazione dei tossicodipendenti e che, quindi, per tali soggetti, il contatto con l'ambiente carcerario si rivelasse in contrasto con le finalità special-preventive che la pena, a norma dell'art. 27 cost. doveva avere. In coerenza con questa nuova impostazione si posero anche altre due innovazioni legislative. La prima era rappresentata dall'eliminazione sia dell'elenco dei reati ostativi alla concessione della misura, sia dell'ostatività della misura di sicurezza. L'eventuale misura di sicurezza infatti, se l'affidamento avesse avuto una conclusione con esito positivo doveva essere revocata, perché tale circostanza stava ad indicare che la pericolosità del soggetto era venuta meno. Si prevedeva inoltre, che l'affidamento in casi speciali potesse essere richiesto in ogni momento, da parte di un tossicodipendente al quale era

Flora G. (a cura di), *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, Milano, 1987, pp. 190 e ss.

⁶² Come evidenziarono gli autori A. Beconi, L. Ferrannini in *Problemi di applicazione delle misure alternative alla detenzione del tossicodipendente*, in *Questione Giustizia*, 1986, n. 4, p. 876, l'estensione dell'ambito di applicabilità della misura aumentava notevolmente i rischi di strumentalizzazioni, rendendo sempre più facile sfruttare tale beneficio per sottrarsi al carcere.

stata inflitta una pena detentiva non superiore a tre anni ⁶³. La finalità della misura diventava, in definitiva, quella di “incentivare il condannato tossicodipendente alla scelta terapeutica, collegando alla manifestazione di questa intenzione l'immediata acquisizione della libertà ⁶⁴”. Sul piano procedurale il legislatore fissò la competenza a decidere sulla richiesta di affidamento in capo al Tribunale di sorveglianza del luogo in cui aveva sede il pubblico ministero (o il pretore) che procedeva all'esecuzione. Fu inoltre abolito il termine ordinatorio di dieci giorni per la fissazione della data dell'udienza di trattazione, a favore di una nuova disposizione che imponeva al Tribunale di fissare “ senza indugio ” la data dell'udienza. Alla vaghezza della disposizione si rispose in via interpretativa, applicando il termine massimo di quarantacinque giorni già previsto nell'art. 47 o.p., in virtù del rinvio generale a quella disciplina. L'unica preconditione su cui la legge n. 663 del 1986 influì negativamente riguardava il limite di pena che consentiva di usufruire dell'affidamento in prova. Questo, come prima accennato, venne innalzato a tre anni, e nella sostanza, la normativa relativa all'affidamento in casi speciali venne equiparata a quella dell'affidamento ordinario.

⁶³ G. Flora, *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario, L. 10 ottobre 1986, n.663*, Milano, 1987, p.194.

⁶⁴ *Cit.* V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa (a cura di), *Ordinamento penitenziario*, Padova, 2006, p. 527.

5. Problematiche: disparità di trattamento tra detenuti

Le novità introdotte dalla legge Gozzini riscontrarono un largo consenso, soprattutto nella parte in cui si limitavano a rimuovere precedenti momenti di rigidità, ed in cui delineavano in modo più approfondito i requisiti di ammissibilità alle misure, e soprattutto nella parte in cui si evitava “ l’assaggio del carcere ” per le pene brevissime. Perplexità invece si ebbero per la parte in cui si faceva risalire all’inizio dell’esecuzione il momento di concessione della misura, per le pene non brevissime ma di media durata, senza adeguate contropartite in termini di osservazione ⁶⁵. Ulteriori critiche riguardarono inoltre lo squilibrio di trattamento che veniva a delinearsi tra quei soggetti che riuscivano ad ottenere il prolungamento dello stato di libertà in vista della trattazione delle istanze, grazie ad una loro personale conoscenza derivante da precedenti esperienze penitenziarie, oppure perché assistiti da una difesa qualificata, e altri soggetti che invece, risultando sprovvisti dell’uno, ma soprattutto dell’altro requisito, non potevano che ricorrere alla ordinaria istanza dello stato detentivo ⁶⁶. Tali critiche, come avremo modo di vedere, verranno superate grazie all’intervento della legge 27 maggio 1998, n. 165, la legge Simeone. Altre censure riguardarono inoltre la posizione in cui veniva a ritrovarsi il soggetto tossicodipendente, posto in sostanza tra la secca alternativa di accettare un programma terapeutico

⁶⁵ Cfr. E. Fassone, T. Basile e G. Tuccillo, *La riforma*, op. cit., p. 72

⁶⁶ M. Canepa, S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, pp. 241-244.

oppure di scontare la pena in carcere, rischiando di snaturare la funzione propria del carcere, che veniva quasi reso strumentale all'opzione terapeutica, e di conseguenza ridotto ad una funzione esclusivamente segregativa ⁶⁷.

⁶⁷ A. Beconi, L. Ferrannini, *Problemi*, *op.cit.*, p. 871

CAPITOLO II

Il problema del bilanciamento tra certezza della pena e rieducazione del condannato

Sommario: 1. La legge Simeone – 2. Rielaborazione del codice di procedura penale: l'articolo 656 e la sospensione *ab initio* dell'esecuzione delle pene – 3. Gli effetti della legge Simeone: risposta al sovraffollamento e norma di equità che restituisce certezza ed uguaglianza

1. La legge Simeone

Un nuovo ritorno al garantismo ed un intervento di rilievo, molto discusso, sul testo legislativo dell'ordinamento penitenziario ha avuto luogo con l'approvazione della legge 27 Maggio 1998, n.165, la c.d. Legge Simeone, con la quale si è tentato di rendere maggiormente agevole l'accesso alle misure alternative e, al contempo, conseguire effetti deflativi nella popolazione carceraria⁶⁸. Constatata infatti la non tollerabile situazione di sovraffollamento degli istituti penitenziari, si ritenne inevitabile predisporre una soluzione che ‘’ agevolasse la riduzione a priori della popolazione detenuta ove a dover essere eseguite fossero

⁶⁸ M. D'Onofrio, M. Sartori, *Le misure alternative alla detenzione*, Milano, 2004, p.13

pene detentive di breve durata⁶⁹ ‘. Le innovazioni apportate dalla legge in questione consistevano nell’estensione del campo di applicazione dell’affidamento in prova al servizio sociale, eliminando la necessità della preventiva osservazione del condannato in istituto, si è poi ampliato il limite di pena previsto per la concessione della detenzione domiciliare, portato ad un massimo di quattro anni nei casi tradizionali, e si è prevista la concessione di tale misura anche indipendentemente dalle classiche condizioni in luogo di pene detentive non superiori a due anni ‘ quando non ricorrono i presupposti per l’affidamento in prova al servizio sociale⁷⁰ ‘. Modifiche altrettanto importanti riguardarono poi l’istituto della semilibertà. L’aspetto fondamentale dell’incidenza della legge Simeone che qui ci interessa, e che approfondiremo nel corso dei successivi paragrafi, riguarda il meccanismo processuale da essa innescato, che mira a consentire l’accesso alle misure alternative previste dall’ordinamento penitenziario, per tutti i condannati che si trovino in determinate situazioni, direttamente dalla libertà, senza quindi un preventivo passaggio per il carcere. L’obiettivo di questa nuova legge nella sostanza, fu quello di riuscire a realizzare una sorta di politica del non ingresso, già presente nella ratio della legge Gozzini, e di evitare quindi il carcere per quei soggetti per i quali l’esperienza carceraria sarebbe risultata più criminogena e depersonalizzante che rieducativa. A tale scopo il legislatore ha effettuato la rielaborazione dell’articolo 656 del codice di

⁶⁹ Presutti.A, *Legge 27 maggio 1998 n. 165 e alternative penitenziarie: la pena rinnegata*, in *Esecuzione penale e alternative penitenziarie* (a cura di Presutti A.), Padova, 1999, p. 28

⁷⁰ M. D’Onofrio, M. Sartori, *Le misure*, *op. cit.*, p. 12

procedura penale, nella disposizione che concerne l'esecuzione delle pene detentive e gli interventi del pubblico ministero. Le modifiche sopra descritte, avendo alterato in parte quelli che sono i caratteri delle misure alternative, hanno portato taluni ad affermare che la nuova configurazione di queste finiva col porsi in contrasto con i dettami costituzionali. Tali mutamenti apportati infatti sono apparsi fin da subito in grado di provocare un'ulteriore e consistente alterazione dei tratti distintivi delle singole misure. In particolare, non è passato inosservato come ad uscirne compromessa fosse la loro connotazione di strumenti di attuazione del finalismo rieducativo della pena, conformemente al progetto delineato dall'articolo 27 della Costituzione ⁷¹. Cercando di analizzare più nello specifico le novità introdotte dalla legge in esame, occorre notare subito come essa, con i suoi artt. 2, 4 e 5, apportò, come anticipato, delle modifiche alla disciplina, rispettivamente, dell'affidamento in prova, della detenzione domiciliare e della semilibertà. Per ciò che riguarda l'affidamento in prova, traducendo in norma quella che era la sentenza della Corte costituzionale 22 dicembre 1989, n. 569 ⁷², venne sostituito l'originario comma 3 dell'articolo 47 o.p. (affidamento in prova al servizio sociale), il quale nella nuova formulazione prevedeva che tale misura potesse essere concessa indipendentemente dall'osservazione in istituto ed a prescindere da una presofferta detenzione, eventualmente a titolo di custodia cautelare, laddove il condannato, dopo la commissione del reato, avesse tenuto un

⁷¹ Presutti, *Una alternativa in crisi di identità ovvero l'affidamento in prova dopo la legge 27 maggio 1998*, n. 165, in *RIDPP* 2000, p. 178

⁷² Cfr., Brunetti C. e Ziccone M., *Le novità introdotte dalla legge n. 165/98*, in *Manuale di diritto penitenziario*, Piacenza, 2005, p. 530.

comportamento tale da poter ritenere l'utilità della misura stessa al fine di rieducarlo, e l'efficacia preventiva del beneficio stesso. Inoltre, il comma 2 dell'art. 2 della legge n. 165 del 1998, operò una sostituzione dell'originario comma 4 dell'art. 47 o.p. . In base alla nuova formulazione, venne prevista la possibilità per il condannato di proporre istanza di affidamento in prova al servizio sociale o di semilibertà al magistrato di sorveglianza competente in relazione al luogo dell'esecuzione della pena ⁷³ , dopo che quest'ultima avesse avuto inizio. In questo modo, il magistrato di sorveglianza, poteva provvisoriamente sospendere l'esecuzione della pena e ordinare la liberazione dell'interessato qualora l'istanza di affidamento fosse stata presentata dopo l'inizio dell'esecuzione stessa. Requisiti essenziali per potersi avere tale provvisoria sospensione erano: l'offerta di concrete indicazioni in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'ammissione all'affidamento in prova e al grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione, ed inoltre l'assenza del pericolo di fuga. Il magistrato di sorveglianza infine trasmetteva gli atti al tribunale di sorveglianza, il quale doveva decidere entro quarantacinque giorni. Qualora l'istanza non fosse stata accolta, l'esecuzione della pena sarebbe ripresa e non sarebbe potuta essere accordata altra sospensione quale che fosse l'istanza successivamente proposta ⁷⁴. È da notare come dal comma 3 dell'art. 47 o.p. venne eliminato qualsiasi riferimento ad una precedente detenzione o ad un periodo di custodia cautelare, quali

⁷³ F. Fiorentin, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione. Norma e giurisprudenza ragionata*, Milano, 2013, p. 678

⁷⁴ Cfr., Brunetti C. e Ziccone M., *Le novità, op.cit.*, p. 530.

presupposti per la concessione dell'affidamento indipendentemente dall'osservazione in istituto. Il comma in esame infatti, nella sua versione originaria, fu dichiarato incostituzionale, proprio nella parte in cui richiedeva una pregressa detenzione o un periodo di custodia cautelare. La legge Simeone effettuò, quindi, una modifica inevitabile, che in fin dei conti non comportò nessun elemento rivoluzionario, trovando la propria giustificazione nella decisione della Corte costituzionale. Le modifiche apportate invece dall'art. 4 della legge 27 maggio 1998, n. 165, all'art. 47 *ter* o.p. riguardarono il limite di pena, che venne elevato a quattro anni, e le situazioni in presenza delle quali poteva essere concessa la detenzione domiciliare. A seguito di tale intervento, potevano scontare la pena in regime di detenzione domiciliare, oltre alle ipotesi rimaste invariate e già previste nella stesura originaria dell'articolo, la donna incinta o la madre di prole di età inferiore a dieci anni, e non più cinque anni, nonché il padre ove fosse l'unico che potesse dedicarsi alla prole. Anche in questo caso, con tale novità, la legge Simeone tradusse in dettato normativo una decisione della Corte Costituzionale ⁷⁵, la quale aveva dichiarato il comma in esame costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non prevedeva la possibilità anche per il padre di prole di età inferiore a cinque anni di poter richiedere la concessione della detenzione domiciliare, laddove la madre fosse deceduta o impossibilitata ad assistere la prole stessa. Inoltre, venne aggiunto il comma 1 *bis*, in base al quale, indipendentemente dalle situazioni di cui al comma precedente, poteva concedersi la detenzione domiciliare per una pena non superiore a due anni, anche se residuo di pena maggiore, quando

⁷⁵ Cfr. Corte Cost. Sent. 4 aprile 1990, n. 215 in www.giurcost.org

non erano presenti i presupposti per la concessione dell'affidamento e sempreché la detenzione domiciliare potesse prevenire la commissione di altri reati da parte del beneficiario. La disposizione non poteva però applicarsi ai condannati per i delitti di cui all'art. 4 *bis* o.p. . Con l'inserimento del comma 1 *ter* nello stesso art. 47-*ter* dell'ordinamento penitenziario, la legge in esame prevedeva inoltre la possibilità per il tribunale di sorveglianza di concedere la detenzione domiciliare, indipendentemente dal limite di pena fissato dal comma 1, a coloro i quali potevano essere applicabili gli artt. 146 e 147 c.p.⁷⁶. In questo modo si dava in pratica la possibilità di disporre la detenzione domiciliare al posto del differimento obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena. Il tribunale di sorveglianza fissava la durata del periodo da scontarsi in detenzione domiciliare, e tale termine poteva essere anche prorogato. In questo modo era possibile per il soggetto, il quale si trovasse in particolari situazioni, poter cominciare a scontare la propria pena in regime alternativo. Un meccanismo del genere permetteva così ai soggetti condannati di evitare l'attesa dell'esecuzione di una pena a cui comunque sarebbero stati sottoposti. Anche per la detenzione domiciliare si prevedeva un potere provvisorio del magistrato di sorveglianza, il quale poteva sospendere l'esecuzione della pena qualora l'istanza fosse stata presentata successivamente all'inizio della stessa, se il soggetto fosse rientrato nelle ipotesi disciplinate dai commi 1 ed 1 *bis*. In quanto compatibili, si applicavano le disposizioni di cui all'art. 47, comma 4, o.p. . Infine, dopo aver abrogato il comma 3 dell'art. 47 *ter* o.p., relativo alla possibilità di presentare istanza di

⁷⁶ Tali articoli trattano rispettivamente del rinvio obbligatorio e del rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena.

sospensione dallo stato di libertà o di arresti domiciliari, ipotesi da considerarsi a quel punto compresa nella disciplina del nuovo art. 656 c.p.p., la legge Simeone inserì il comma 9 *bis*, il quale poneva una limitazione ad una nuova concessione di detenzione domiciliare precedentemente disposta in base al comma 1 *bis*. Secondo quanto disposto nel nuovo comma 9 *bis*, se la detenzione domiciliare così concessa fosse stata revocata ai sensi dei commi 6, 7, 8 e 9 ⁷⁷ dello stesso art. 47 *ter* o.p., tale misura non poteva più essere concessa in relazione alla pena residua. Con il suo art. 5 poi la legge 27 maggio 1998, n.165, modificò anche l'art. 50 o.p., del quale sostituì il comma 6. La stesura originaria di tale norma prevedeva la possibilità di concedere la semilibertà anche prima dell'inizio dell'esecuzione della pena, ma successivamente all'intervento legislativo sull'art. 656 c.p.p., tale ipotesi fu contemplata e regolata nella norma del codice di rito ora citata. Con la nuova formulazione si stabiliva che la semilibertà potesse essere concessa anche dopo l'inizio dell'esecuzione, e si operava un rinvio all'art. 47, comma 4, o.p.⁷⁸, in quanto compatibile.

⁷⁷ Con tali commi si prevede rispettivamente che "la detenzione domiciliare è revocata se il comportamento del soggetto, contrario alla legge o alle prescrizioni dettate, appare incompatibile con la prosecuzione delle misure", che "deve essere inoltre revocata quando vengono a cessare le condizioni previste nei commi 1 e 1 bis", che "il condannato che, essendo in stato di detenzione nella propria abitazione o in un altro dei luoghi indicati nel comma 1, se ne allontana, è punito ai sensi dell'art. 385 del codice penale. Si applica la disposizione dell'ultimo comma dello stesso art. ", ed infine che "la denuncia per il delitto di cui al comma 8 comporta la sospensione del beneficio e la condanna ne comporta la revoca".

⁷⁸ Il comma 4 dell'art. 47, *Affidamento in prova al servizio sociale*, statuisce: "Se l'istanza di affidamento in prova al servizio sociale è proposta dopo che ha avuto inizio l'esecuzione della pena, il magistrato di sorveglianza competente in relazione al luogo dell'esecuzione, cui l'istanza deve essere rivolta, può sospendere l'esecuzione della pena e ordinare la liberazione del condannato, quando sono offerte concrete indicazioni in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'ammissione all'affidamento in prova e al grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione e non vi sia pericolo di fuga. La sospensione dell'esecuzione opera sino alla decisione del tribunale di sorveglianza, cui il

L'intento del legislatore fu, molto probabilmente, quello di precisare che, anche nel caso in cui l'esecuzione della pena fosse iniziata a causa dell'omissione dell'interessato rispetto alla presentazione dell'istanza di sospensione, ed il condannato avesse dimostrato di volersi reinserire nell'ambito sociale, questi avrebbe potuto chiedere al magistrato di sorveglianza la sospensione dell'esecuzione in attesa della decisione definitiva sul merito della richiesta di semilibertà presentata al tribunale di sorveglianza. L'ipotesi prevista dall'art. 656 comma 5, c.p.p. si differenziava da quelle elencate dagli artt. 47 comma 4 o.p., 50 comma 6 o.p. e 47 *ter* comma 1 *quater* o.p. in quanto la sospensione dell'esecuzione carceraria *ex art. 656 comma 5 c.p.p.* da parte del pubblico ministero diveniva obbligatoria, mentre quella del magistrato di sorveglianza era discrezionale. La prima, doveva essere disposta *ex lege* in presenza dei presupposti di legittimità ed in assenza di elementi ostativi, la seconda invece richiedeva non solo la presenza dei presupposti di legittimità, ma anche quelli di merito. L'art. 3 della stessa legge n.165/1998 mise inoltre fine alla coesistenza dell'art. 94 T.U. sugli stupefacenti e l'art. 47 *bis* o.p., con l'abrogazione espressa di quest'ultimo ⁷⁹, poiché entrambi gli articoli disciplinavano l'ipotesi di affidamento in prova in casi particolari, dopo che la materia, già introdotta nel nostro ordinamento con la legge 21 giugno 1985, n. 297, all'art. 47 bis, a

magistrato di sorveglianza trasmette immediatamente gli atti, e che decide entro quarantacinque giorni. Se l'istanza non è accolta, riprende l'esecuzione della pena, e non può essere accordata altra sospensione, quale che sia l'istanza successivamente proposta."

⁷⁹ Cfr., S. Braghini, *Le misure alternative alla detenzione: dalla riforma dell'ordinamento penitenziario alle attuali applicazioni legislative*, in www.mondodiritto.it, Rivista n. 369

seguito della delega contenuta nell'art. 37 della legge 26 giugno 1990, n. 192, venne inserita nel D.P.R. n. 309 del 1990, testo unico in materia di stupefacenti, trovando la sua collocazione proprio all'art. 94 con richiami, per gli aspetti procedurali, agli artt. 90, 91 e 92 dello stesso testo⁸⁰. La regolamentazione dell'affidamento in prova in casi particolari contenuta nell'art. 94 T.U. riprodusse sostanzialmente quella dell'art. 47-*bis* dell'ordinamento penitenziario. Questa, infatti, seppure nata, come ricordato, quasi come una riproduzione dell'affidamento ordinario, sotto la pressione derivante dall'esigenza di dover predisporre strumenti e misure idonee ad affrontare l'emergenza rappresentata dall'ingente numero di tossicodipendenti in carcere, fu perfezionata nel corso degli anni, grazie all'opera della giurisprudenza e agli interventi della Corte Costituzionale. Con le modifiche apportate poi dalla legge Gozzini, la disciplina venne armonizzata con le altre disposizioni dell'ordinamento penitenziario, dimostrandosi a quel punto sufficientemente articolata ed in grado di disciplinare le possibili situazioni che, di fatto, si verificavano nel corso dell'esecuzione penale nei riguardi di soggetti tossicodipendenti. La similarità tra le disposizioni contenute nell'art. 47 *bis* e quelle del nuovo art. 94 T.U. posero il problema del rapporto esistente tra i due istituti. In dottrina, alcuni sostennero che la disposizione di cui all'art. 94 T.U. n. 309 fosse una mera riproduzione dell'art. 47-*bis*, e che lo stesso quindi doveva considerarsi implicitamente abrogato⁸¹. Altri invece

⁸⁰ M. Canepa, S. Merlo, *Le misure alternative alla detenzione*, in *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, p. 273.

⁸¹ G. Di Gennaro, G. La Greca, *La droga, traffico, abusi, controlli*, Milano, 1992, p.324; M. Canepa, S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2002, p. 264.

ritennero che le differenze fra le due disposizioni fossero tali da configurare i due istituti contemporaneamente vigenti. Ciò comportava che, di volta in volta, si sarebbe dovuto applicare la norma più favorevole al reo ⁸². In effetti, le differenze tra i due istituti risultavano essere di carattere prevalentemente formale e le poche di esse che incidevano sulla fisionomia dell'istituto rendevano le disposizioni contenute nell'art. 94 T.U. più favorevoli al reo, rendendo, di fatto, abrogato l'art. 47 *bis*. In tal senso il legislatore pose fine a tale coesistenza di norme, anche se occorre precisare la presenza di successivi interventi in materia, che operarono alcune modifiche, quali il d.l. 30 dicembre 2005, n. 272 e la relativa legge di conversione 21 febbraio 2006, n. 49 ⁸³.

⁸² In tal senso B. Guazzaloca, *L'esecuzione della pena del tossicodipendente*, in G. Insolera (a cura di), *Le sostanze stupefacenti*, Torino, 1998, p. 518.

⁸³ Cfr. Canepa M., Merlo S., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, p. 273.

2. Rielaborazione del codice di procedura penale: l'articolo 656 e la sospensione *ab initio* dell'esecuzione delle pene

La legge 27 Maggio 1998, n. 165, in particolare con il suo articolo 1, è intervenuta in maniera incisiva, come accennato in precedenza, prevedendo un incremento delle concessioni delle misure alternative *ab initio*, consentendo quindi di evitare la privazione della libertà personale a soggetti che, se pur condannati, risultassero idonei a fruire di misure alternative alla detenzione, nonché di renderne più celere l'adozione a favore di detenuti a ciò legittimati, evitando in questo modo di prolungare la loro carcerazione, a causa dell'accumulo degli affari presso i tribunali di sorveglianza⁸⁴. Queste novità possono essere riscontrate nella rielaborazione dell'articolo 656 del codice di procedura penale, che ha comportato l'aggiunta dei commi da 5 a 10. Nello specifico, nel novellato articolo 656 c.p.p., venne stabilito l'obbligo, per il Pubblico ministero, di sospendere l'ordine di esecuzione in riferimento a pene detentive brevi⁸⁵, e di ordinare, di conseguenza, la liberazione del condannato⁸⁶ “ quando sono

⁸⁴ M. Canepa, S. Merlo, *Manuale, op.cit.*, p. 243.

⁸⁵ In riferimento a pene detentive inferiori a tre anni (di regola) o a quattro anni nel caso del condannato tossicodipendente (attualmente, grazie alla legge 46/2006, la sospensione può riguardare i titoli esecutivi aventi ad oggetto una pena detentiva, originaria o residua, non superiore a sei anni).

⁸⁶ Art. 656 c.p.p. comma 5 “ Se la pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non è superiore a tre anni, quattro anni nei casi previsti dall'articolo 47 -ter , comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, o sei anni nei casi di cui agli articoli 90 e 94 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, il pubblico ministero, salvo quanto previsto dai commi 7 e 9, ne sospende l'esecuzione. ”

offerte concrete indicazioni in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'ammissione all'affidamento in prova e al grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione e non vi sia pericolo di fuga⁸⁷ . Tra i doveri del pubblico ministero vi è inoltre, quello di disporre la notifica dell'ordine di esecuzione e del decreto di sospensione al condannato, con avviso della facoltà a costui riservata di presentare, nel termine perentorio di trenta giorni, istanza adeguatamente documentata per la concessione dell'affidamento in prova, della detenzione domiciliare, della semilibertà, dell'affidamento terapeutico o della sospensione dell'esecuzione per reati commessi in relazione allo stato di tossicodipendenza. L'opportunità e l'urgenza di modifica dell'articolo 656 c.p.p. trovano ragion d'essere, in modo particolare, nella necessità di effettuare un coordinamento con le disposizioni previste dagli articoli 47, 4° e 5° comma, e 47 *bis* della legge sull'ordinamento penitenziario, nonché con le norme di cui agli articoli 90 e 94 contenuti nel testo unico in materia di stupefacenti (D.P.R 9 Ottobre 1990, n.309) . La previsione di un'unica disciplina in materia di sospensione, ed inoltre la semplificazione degli interventi delle varie autorità⁸⁸, consentono

⁸⁷ Art. 656 c.p.p., comma 5

⁸⁸ Al momento dell'entrata in vigore del T.U. in materia di stupefacenti (D.P.R 9 Ottobre 1990, n. 309) dato che l'art. 94 non richiamava la disposizione prevista dal 1° comma dell'art. 91 per la sospensione della pena, che fissa la competenza territoriale in capo al Tribunale di Sorveglianza del luogo di residenza del condannato, la competenza era determinata sulla base del criterio stabilito dall'allora 3° comma dell'art. 47 o.p. Quindi, anche per l'affidamento in prova in casi particolari, regolato allora sia dall'artt. 47-*bis* o.p. che dall'art. 94 T.U., la competenza a decidere della richiesta spettava al Tribunale di Sorveglianza del distretto sede dell'ufficio del pubblico ministero investito dell'esecuzione, come disposto, in via eccezionale, ai sensi del 2° comma dell'art. 677, codice di rito. La legge n. 165 del 27 maggio 1998 ha modificato il 3° comma dell'art. 47 o.p., eliminando il riferimento alla competenza a decidere sulla questione, e distinta la

di superare le grandi incertezze che derivavano dalle precedenti disposizioni anche in ordine all'individuazione del pubblico ministero competente per l'emanazione del relativo provvedimento. In linea sintetica, la sospensione automatica dell'esecuzione ex art. 656 comma 5 c.p.p. viene oggi ad assorbire la disciplina contenuta nella versione originale del comma 4 dell'articolo 47 ord. pen. , che prevedeva “ un contegno inibitorio, dell'emissione o dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione, molto simile a quello introdotto ⁸⁹ ”.

posizione del richiedente libero e quella del richiedente detenuto. Per il primo ha rimandato alle prescrizioni dettate dal novellato 4^o comma dell'art. 47 o.p., secondo il quale la decisione sulla richiesta di affidamento in prova effettuata dal carcere è di competenza del Tribunale di Sorveglianza del luogo dove la pena è eseguita, come disposto dal 1^o comma dell'art. 677 c.p.p.. Per il condannato "libero" invece, l'art. 656 comma 6^o c.p.p, fissa la competenza in capo al Tribunale di Sorveglianza del distretto sede dell'ufficio del pubblico ministero investito dell'esecuzione. In entrambi i casi il condannato attende la decisione del Tribunale da "libero" in forza della sospensione pena ex art. 656 c.p.p. o avendo ottenuto la scarcerazione ex comma 4 art. 91 T.U.

⁸⁹ Cit. A. Bernasconi, *Affidamento in prova e semilibertà nell'epoca post-rieducativa, in Esecuzione penale e alternative penitenziarie* (a cura di A. Presutti), Padova, 1999, p.119

3. Gli effetti della Legge Simeone: risposta al sovraffollamento e norma di equità che restituisce certezza ed uguaglianza

L'andamento altalenante che si susseguì negli anni successivi alla riforma penitenziaria, tra finalità di reinserimento ed esigenze di sicurezza, ha portato a continue inversioni di tendenza. Se la legge Gozzini, nella prospettiva premiale, tendeva ad evitare o ad interrompere, appena sussistevano determinati requisiti, lo stato di detenzione, non aveva tuttavia contribuito a risolvere il problema del sovraffollamento negli istituti penitenziari. La nuova formulazione della disciplina in materia di esecuzione delle pene detentive, istituita dalla Legge Simeone, contiene diverse novità rispetto alla precedente previsione, tutte riconducibili alla scelta legislativa di attribuire al pubblico ministero il potere-dovere di sospendere d'ufficio l'esecuzione stessa prima che essa abbia inizio, perseguendo l'obiettivo di evitare la privazione della libertà a persone che avessero "veste e titoli"⁹⁰ per fruire di misure alternative alla detenzione. Le ragioni avanzate per giustificare la necessità della riforma avvenuta con la legge 27 Maggio 1998 n.165, rinviano ad una pluralità di motivazioni, tutte finalisticamente orientate a rendere più agevole il ricorso a quei meccanismi idonei ad ottenere la concessione della misura alternativa prima dell'esecuzione della pena detentiva, al fine di evitare che il condannato transiti necessariamente per il carcere⁹¹.

⁹⁰ Cit. M. D'Onofrio, M. Sartori, *Le misure*, op.cit., p. 243

⁹¹ P. Canevelli, *Prime riflessioni sulla legge Simeone*, in *Cass. Pen.* 1998, p. 1870

I vari commenti sulle ragioni di fondo di suddetta riforma hanno posto l'accento, in maniera particolare, su due esigenze. In prima battuta, è importante rammentare che la precedente disciplina risultava penalizzare i condannati più deboli sotto il profilo socio-economico, andando quindi a creare uno squilibrio di trattamento tra soggetti che, per personale conoscenza, o perché assistiti da oculata difesa, erano in grado di ottenere la protrazione dello stato di libertà in contrapposizione ad altri soggetti che, avendo ormai sofferto l'inserimento in carcere, non potevano che ricorrere all'ordinaria istanza dallo stato detentivo. Per questa motivazione, si è ritenuto che la soluzione della sospensione obbligatoria e d'ufficio dell'esecuzione costituisse la risposta più efficace per eliminare tale disparità tra detenuti, causata da circostanze fortuite, come un'adeguata o insufficiente informazione, incidente sulla tempestività della presentazione dell'istanza, originata dal tipo di assistenza difensiva goduta⁹². La differenza rispetto all'originaria disciplina in tema di sospensione dell'esecuzione delle pene detentive si apprezza in sostanza, oltre che sotto al profilo della collocazione sistematica, soprattutto sotto quello delle modalità operative, atteso che la nuova formulazione dell'articolo 656 c.p.p. non ripropone più l'alternativa presente nella previsione dell'articolo 47 comma 4 o.p., secondo la quale il magistrato del pubblico ministero, a seconda dell'istanza presentata, sospendeva l'emissione dell'ordine o la sua esecuzione fino alla decisione del tribunale di sorveglianza⁹³. Con la riforma introdotta nell'articolo

⁹² Gaito-Ranaldi, *Esecuzione penale*, Milano, 2005, p. 123; Pulvirenti, *Dal giusto processo alla giusta pena*, Torino, 2008, p. 175.

⁹³ A. Dalia, M. Ferraioli (a cura di), *Sospensione della pena ed espiazione extra moenia, commento alla legge 27 maggio 1998, n.165 (c.d. legge Simeone)*, Milano, 1998, p. 7

656 c.p.p. il pubblico ministero deve sospendere *ex officio* l'esecuzione delle pene detentive, nei modi e nei casi indicati, in vista della presentazione da parte del condannato di idonea istanza finalizzata alla concessione di una delle misure alternative specificate. L'innovazione, pertanto, veniva presentata come una sorta di norma di equità, in grado di restituire certezza ed uguaglianza nell'esecuzione delle pene detentive. L'iniquità da contrastare era rappresentata dall'ostacolo sofferto da alcune categorie di soggetti che non riuscivano a fruire delle misure alternative alla detenzione per la sola ed ingiustificata ragione della loro appartenenza a categorie sociali estremamente deboli e svantaggiate ⁹⁴. L'altra esigenza affrontata dalla legge Simeone veniva individuata nella necessità di realizzare un decremento del numero dei detenuti e di cercare quindi di temperare il grande problema del sovraffollamento carcerario ⁹⁵. Per completare il quadro di quelle che furono le motivazioni poste alla base della riforma apportata dalla legge Simeone occorre non trascurare come tale normativa, volta, come detto, ad assicurare la sospensione automatica dell'esecuzione delle pene detentive non superiori a una certa entità, trovasse ulteriore giustificazione negli inconvenienti determinati dalla prassi, quali, in particolare, il notevole lasso di tempo che intercorreva tra la presentazione dell'istanza e la decisione del tribunale di sorveglianza ⁹⁶. Tutto ciò comportava, com'è immaginabile, dei risvolti negativi, ovvero che l'esecuzione della pena detentiva trovasse effettiva attuazione

⁹⁴ P. Canevelli, *L'esecuzione della pena*, in *Giust. Pen.*, 1995, I, pp. 286 ss

⁹⁵ C. Brunetti e M. Ziccone, *Manuale di diritto penitenziario*, Piacenza, 2005, p. 528.

⁹⁶ A. Dalia, M. Ferraioli, *Sospensione*, *op.cit.*, p. 8

trascorsi anche molti anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna, così come successivamente, a distanza di tempo, si finiva col concedere inutilmente la misura alternativa al condannato che, date le circostanze, risultava nella pratica aver già scontato quasi interamente la propria pena. Era convinzione generale infatti che, a causa della lentezza e della confusione delle procedure, venisse di fatto negata al condannato, che doveva scontare pene detentive brevi, la possibilità di beneficiare degli effetti apportati dalla legge Gozzini in materia di concessione delle misure alternative alla detenzione. In definitiva, a seguito dell'evoluzione avutasi con i vari interventi legislativi fin qui esposti, risulta evidente e meritevole di riflessione come l'esecuzione penitenziaria non costituisca più il fulcro dell'esecuzione penale. La legge n.165 del 1998, in particolare con la previsione dell'articolo 656 c.p.p. e l'automatica sospensione delle pene di entità non lunga, costituisce il punto di partenza verso una nuova concezione della fase dell'esecuzione, con l'obbligo di previa verifica della possibilità di applicare sanzioni non carcerarie al soggetto condannato ⁹⁷.

⁹⁷ M. D'Onofrio, M. Sartori, *Le misure, op.cit.*, p. 245

CAPITOLO III

Modifiche all' art. 656 c.p.p. a seguito della sentenza Torreggiani e disciplina odierna

Sommario: 1. Dalla sentenza Torreggiani ai necessari rimedi al sovraffollamento carcerario – 2. Il D.l 1 luglio 2013 n.78: le modifiche all'articolo 656 c.p.p. – 3. Le sanzioni suscettibili di sospensione – 4. I presupposti temporali (i ‘tre scalini’) e i criteri di calcolo della pena espianda: il comma 4-*bis* – 5. Riequilibrio della disciplina della custodia cautelare in carcere con l'art. 656 c.p.p. ad opera del d.l. 26 giugno 2014 n.92

1. Dalla sentenza Torreggiani ai necessari rimedi al sovraffollamento carcerario

La critica situazione in cui versano gli istituti carcerari nel nostro paese non necessita, purtroppo, di larghe spiegazioni, essendo questo un problema che da sempre, e specie negli ultimi anni, affligge il nostro sistema penitenziario. I dati che descrivono e che hanno descritto la situazione delle nostre carceri altro non sono che la testimonianza di quanto il tasso di sovraffollamento sia giunto ormai ad un limite estremo, che ha posto la situazione del nostro paese al di sopra della media europea, collocando l'Italia al penultimo posto in Europa ⁹⁸ per ciò

⁹⁸ Cfr. statistiche pubblicate dall'istituto di ricerca Cattaneo, *Un'anomalia italiana: il sovraffollamento carcerario*, in www.ristretti.it

che attiene la qualità del sistema penitenziario. Il risultato raggiunto da tale situazione ha purtroppo avuto come conseguenza che il bene sacrificato all'interno delle carceri, 'violato anche se inviolabile'⁹⁹, risulta essere quello della dignità della persona umana. Merita menzione, a questo riguardo, e per comprendere più adeguatamente le modifiche, i ritocchi ed il significato che è venuto ad assumere l'istituto analizzato in questo elaborato, un'importante vicenda che ha visto coinvolto il nostro Paese, chiamato a rispondere della violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹⁰⁰, disposizione che vieta in modo assoluto la sottoposizione a tortura o a trattamenti inumani o degradanti di soggetti sottoposti a restrizione della propria libertà. La vicenda in questione è la nota sentenza Torreggiani¹⁰¹, con la quale, come anticipato, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha, ancora una volta¹⁰², condannato l'Italia per la violazione dell'articolo 3 Cedu provocata dalla situazione di sovraffollamento carcerario¹⁰³. La questione portava alla

⁹⁹ Cit. A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale, i decreti del 2013 e la sentenza della Corte Cost. n.32/2014*, Torino, 2014, p.3

¹⁰⁰ Cfr. art. 3 CEDU, in www.echr.coe.int

¹⁰¹ Corte Edu, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, ricc. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10

¹⁰² Il primo segnale d'allarme lanciato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sulle condizioni dei detenuti nelle carceri italiane è da considerarsi la sentenza *Sulejmanovic c. Italia* del luglio 2009 n. 22635/03, che ha condannato per la prima volta il nostro Paese per la violazione dell'art.3 Cedu, causata dalle condizioni detentive in cui si trovava il ricorrente all'interno di un istituto penitenziario.

¹⁰³ A. Della Bella, *Emergenza carceri op.cit.*, p.8

luce la situazione vissuta dai sette ricorrenti¹⁰⁴ che lamentavano le condizioni nelle quali erano stati detenuti rispettivamente presso gli istituti penitenziari di Busto Arsizio e di Piacenza ¹⁰⁵. Questa sentenza assume un'importanza particolare grazie al suo carattere di "sentenza pilota", assunto in virtù dell'art. 46 ¹⁰⁶ della Convenzione, interpretato alla luce dell'art. 1 CEDU ¹⁰⁷, elemento che da subito è in grado di far percepire la gravità del fenomeno che rappresenta. Lo strumento della procedura pilota, infatti, si configura come rimedio rispetto a casi di ripetute violazioni dei diritti fondamentali, non derivanti da fatti contingenti eliminabili in seguito ad una

¹⁰⁴ Secondo l'articolo 34 CEDU: Ricorsi individuali. La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga di essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto

¹⁰⁵ I ricorrenti denunciavano di aver occupato celle di 9 metri quadrati con altri due detenuti, disponendo quindi di uno spazio personale di 3 metri quadrati, e di aver subito altre limitazioni, quali l'accesso all'acqua calda o la mancanza di luce sufficiente a causa delle sbarre metalliche apposte alle finestre. Prendendo in considerazione il diritto e la prassi interni, l'art. 6 della legge n. 354 del 26 luglio 1975, legge sull'ordinamento penitenziario, descrive come debbano risultare i locali nei quali si svolge la vita dei detenuti e degli internati. In particolare, questi devono essere di ampiezza sufficiente, illuminati con luce naturale e artificiale in modo da permettere il lavoro e la lettura, areati, riscaldati e dotati di servizi igienici riservati e decenti. Rilevo va dato inoltre al comma terzo, in cui si prescrive che agli imputati deve essere garantito il pernottamento in camere ad un posto, a meno che la situazione particolare dell'istituto non lo consenta. Dunque la cella singola dovrebbe essere la regola, e le camere a più posti invece l'eccezione.

¹⁰⁶ Secondo quanto disposto dall'articolo 46 CEDU, *Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze*, " Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti. "

¹⁰⁷ Articolo 1 CEDU, *Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo*: "Le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione. "

sentenza di condanna, ma da problemi di natura strutturale. Tale connotazione, ha comportato come effetto diretto la sospensione di tutti i ricorsi dei detenuti italiani aventi ad oggetto il riconoscimento della violazione patita, ed inoltre la concessione allo Stato Italiano del termine di un anno dalla data del passaggio in giudicato della sentenza, avvenuto il 28 Maggio 2013, entro il quale adottare delle misure necessarie, ossia provvedimenti interni preventivi e compensativi, per porre rimedio alla situazione provocata dal sovraffollamento delle carceri. La decisione di adottare una tale tipologia di sentenza derivava dalla ragione che questa fosse in grado di mettere in luce chiaramente l'esistenza di problemi strutturali all'origine delle violazioni, e di indicare le misure o azioni particolari che lo Stato convenuto avrebbe dovuto adottare per porvi rimedio. La Corte ha operato un'importante distinzione in merito alle misure che lo Stato Italiano avrebbe dovuto necessariamente attuare entro il termine del 27 Maggio 2014 ¹⁰⁸ . Da una parte, è stato disposto il “ dovere dello Stato di risolvere strutturalmente il problema del sovraffollamento carcerario ¹⁰⁹ ”, abolendone le cause mediante misure di carattere generale in grado di consentire un maggior ricorso a sanzioni non detentive ed una minore utilizzazione della custodia cautelare in carcere. Come è facile intuire, si trattava di misure e rimedi implicanti duri sforzi, da applicarsi nel lungo periodo. Su un secondo

¹⁰⁸ A. Della Bella, *Emergenza carceri*, op.cit., p.8

¹⁰⁹ Cit. A. Della Bella, *Emergenza carceri*, op.cit., p.9

piano, i giudici di Strasburgo hanno poi collocato il differente e più ristretto dovere dello Stato di predisporre “un ricorso o una combinazione di ricorsi” in grado di riparare le violazioni in atto ¹¹⁰. La sentenza Torreggiani riveste dunque un’importanza fondamentale, in quanto attesta in modo chiaro che in presenza di condizioni detentive pari a quelle accertate nel caso di cui tratta, ossia situazioni nelle quali i detenuti si trovavano a vivere in uno spazio inferiore a 3 mq, l’esecuzione della pena è da considerarsi in contrasto con i principi convenzionali e di conseguenza anche con quelli costituzionali. La situazione di sovraffollamento degli istituti penitenziari è stata definita come intollerabile, e non ulteriormente differibile. Lo stesso Presidente della Repubblica infatti, in un messaggio alle Camere avuto in data 8 Ottobre 2013 ¹¹¹, dichiarò che “una tale situazione non avrebbe potuto protrarsi ulteriormente ¹¹²”, dato il carattere inderogabile del principio dell’umanità del trattamento penale, ed annunciò poi la “sollecita introduzione di misure specificatamente mirate a farla cessare ¹¹³”. Queste sono dunque le circostanze nelle quali occorre collocare il decreto legge

¹¹⁰ Il riferimento è proprio a quei rimedi giudiziali, preventivi e compensativi, a cui prima si è fatto cenno.

¹¹¹ Cfr. *Il Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano sulla questione carceraria, 8 Ottobre 2013 (Allegato 1)*, in www.giurcost.org; a commento del messaggio presidenziale, D. Pulitanò, *Il messaggio del presidente Napolitano e le politiche penali*, in *Dir.pen. cont.*, 23 ottobre 2013

¹¹² Cit. *Ibidem*

¹¹³ Cit. *Ibidem*

che sarà affrontato successivamente ¹¹⁴, giustificato dall'urgenza e dalla necessità di adottare misure atte a ridurre con effetti immediati il grave problema del sovraffollamento carcerario.

¹¹⁴ Dl.1 Luglio 2013 n.78

2. DL. 1 luglio 2013 n.78: le modifiche all'art. 656 c.p.p.

Sulla spinta dell'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo che, con la sentenza *Torreggiani e altri c. Italia* dell' 8 gennaio 2013, ha assegnato al nostro Paese il termine di un anno entro cui procedere all'adozione di misure necessarie a porre rimedio alla constatata violazione dell'art. 3 CEDU, è da annoverarsi l'importante e probabilmente più incisivo provvedimento adottato al fine di ridurre il flusso dei detenuti " in ingresso ¹¹⁵" negli istituti penitenziari. Il decreto in questione è il Dl. 1 Luglio 2013 n.78, convertito con modificazioni in legge 9 Agosto 2013 n.94, recante "Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena". Per ciò che riguarda la tematica di nostro interesse, tra le varie novità apportate da questa normativa, meritano un approfondimento particolare le rilevanti modifiche aventi ad oggetto l'articolo 656 c.p.p., introdotte al fine di ampliare i casi di operatività del suo comma 5, grazie al quale, come spesso già anticipato, il pubblico ministero ha l'obbligo di sospendere l'ordine di esecuzione delle condanne a pena detentiva non superiori a tre anni, o sei anni in caso di condannato tossicodipendente, sempre che non siano presenti condizioni ostative previste

¹¹⁵ Cit. A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale, i decreti del 2013 e la sentenza della Corte Cost. n.32/2014*, Torino, 2014, p.30

dal comma 9 dello stesso articolo ¹¹⁶. In sede di riforma è stata introdotta, da una parte, una procedura che consente di applicare al condannato gli sconti di pena derivanti dalla liberazione anticipata in un momento che precede l'emissione dell'ordine di esecuzione da parte del pubblico ministero, dall'altro si è provveduto ad aumentare, in alcune ipotesi specifiche, il quantum di pena suscettibile di sospensione e a limitare l'operatività delle condizioni ostative alla sospensione ¹¹⁷. Più dettagliatamente, le nuove disposizioni presentano un meccanismo atto a consentire la possibilità di anteporre ai provvedimenti del pubblico ministero, ex art. 656 c.p.p., la decisione del magistrato di sorveglianza riguardo l'applicazione degli sconti di pena derivanti dalla liberazione anticipata. E' importante ricordare che tale ultima misura trova la propria disciplina nell'art. 54 o.p., e prevede che il magistrato di sorveglianza, procedendo secondo la disciplina di cui all'art. 69 *bis* o.p., possa applicare una detrazione di pena pari a 45 giorni per ogni singolo semestre di pena scontata nei riguardi del condannato che abbia “ dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione ¹¹⁸”. In verità, la detrazione di pena prevista, ha subito un ampliamento in relazione ai semestri di pena correnti dal Gennaio 2010 al Dicembre 2015, essendo stata estesa a 75 giorni, in base alla

¹¹⁶ F. Della Casa, sub art.656 c.p.p., in V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa, *Ordinamento penitenziario commentato, vol II*, Padova, 2011, p.1014 ss

¹¹⁷ Della Bella. A, *Emergenza, op.cit.*, p.31

¹¹⁸ Cfr. Art. 54 o.p., Legge 26 luglio 1975 n. 354

previsione dell'art. 4 del decreto legislativo 23 dicembre 2013 n.146¹¹⁹ che ha introdotto all'interno dell'ordinamento la c.d. liberazione anticipata speciale. Si è trattato di una misura di carattere eccezionale, con valenza temporale limitata, destinata a venir meno appunto alla data del 31 Dicembre 2015, che ha avuto lo scopo di fronteggiare l'emergenza carceraria provocata dal sovraffollamento¹²⁰. Intento del nuovo comma 4-bis dell'articolo 656 c.p.p., aggiunto proprio dal dl. 1 luglio 2013 n.78, è stato quello di consentire che nel calcolo del quantum di pena residua necessaria per la valutazione dell'applicabilità della sospensione prevista dal comma 5 dello stesso articolo possano essere conteggiate anche le detrazioni di pena provenienti dall'applicazione della liberazione anticipata, per permettere così di ampliare l'ambito di operatività della sospensione disciplinata dall'articolo 656 c.p.p. comma 5. Secondo il comma 4-bis infatti, compito del pubblico ministero, prima di emettere l'ordine di esecuzione, è quello di accertare se, per effetto di un'eventuale applicazione degli sconti di pena della liberazione anticipata, la quantità residua di pena da scontare rientrerebbe nei limiti di pena che consentono,

¹¹⁹ Il D.L. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni dalla L. 21 febbraio 2014, n. 10, ha disposto (con l'art. 4, comma 1) che "*Ad esclusione dei condannati per taluno dei delitti previsti dall'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, per un periodo di due anni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, la detrazione di pena concessa con la liberazione anticipata prevista dall'articolo 54 della legge 26 luglio 1975, n. 354 e' pari a settantacinque giorni per ogni singolo semestre di pena scontata*".

¹²⁰ A. Della Bella, *Emergenza carceri*, o.p.cit., p.32

secondo il comma 5 dell'articolo 656 c.p.p., l'applicazione della sospensione. In tale evenienza, lo stesso pubblico ministero, è tenuto a trasmettere “ senza ritardo ¹²¹ ” gli atti al magistrato di sorveglianza competente, allo scopo di assumere le decisioni in merito all'applicazione della liberazione anticipata. È da notare come al pubblico ministero non sia attribuito alcun potere di valutazione in merito alla questione; questi deve infatti solamente effettuare un calcolo matematico per poter individuare i semestri sui quali è possibile effettuare gli sconti, ed accertare se, a seguito della sottrazione di tali sconti astrattamente applicabili, il residuo di pena da scontare possa o no rientrare nei limiti che permettono la sospensione dell'ordine di esecuzione. Per ciò che riguarda l'individuazione dei semestri, la legge fa riferimento ad eventuali periodi trascorsi in custodia cautelare e a periodi di pena fungibili in relazione al titolo esecutivo da eseguire. Per ciò che invece attiene ai periodi trascorsi in custodia cautelare, il riferimento è da intendersi sia nei riguardi dei periodi trascorsi in carcere, che di quelli trascorsi agli arresti domiciliari, secondo quanto previsto dall'interpretazione corrente dell'articolo 54 o.p. ¹²². Occorre precisare il significato del riferimento alle pene fungibili, contenuto nel novellato comma 4-*bis* dell'articolo 656 c.p.p. per il calcolo della liberazione anticipata,

¹²¹ Cfr. comma 4-bis, art. 656 c.p.p.

¹²² M.G. Coppetta, sub art. 54 o.p. , in V. Grevi, F. Della Casa, *Ordinamento penitenziario commentato*, Tomo II, Padova, 2015, p.798

richiamando l'art. 657, c. 2, c.p.p., che qualifica come tali le pene espiate in caso di revoca della condanna, ai sensi dell'art. 637 c.p.p., e nei casi di amnistia e indulto. E' da notare come il provvedimento in esame non vada ad incidere sulla disciplina della liberazione anticipata, che resta invariata per ciò che riguarda i presupposti e gli effetti¹²³. La novità, infatti, consiste solo nell'anticipazione del giudizio del magistrato di sorveglianza, che deve essere effettuato prima dell'emissione dell'ordine di esecuzione da parte del p.m., secondo la procedura di cui all'art. 69 *bis* o.p., con lo scopo finale di evitare inutili passaggi dal carcere nei riguardi di quei soggetti che, per effetto di una successiva pronuncia del magistrato di sorveglianza, potrebbero poi finire con l'essere scarcerati in tempi brevi¹²⁴. Proseguendo ad analizzare le modifiche che hanno coinvolto il comma quinto dell'articolo 656 c.p.p., ad opera del decreto legge n.78 del 2013, dirette ad ampliare la sua operatività, occorre prestare attenzione a ciò che riguarda l'innalzamento del quantum di pena sospendibile. La disciplina che precedeva tale intervento prevedeva che la sospensione potesse operare nei riguardi di pene detentive pari ad un massimo di tre anni, o sei anni nel caso di condannato tossicodipendente. Con il citato decreto legge, il quinto comma dell'articolo 656 c.p.p. ha subito una

¹²³ l'art. 54 o.p. prevedeva già infatti la possibilità di computare, ai fini degli sconti di pena, anche eventuali periodi di custodia cautelare.

¹²⁴ A. Della Bella, *Convertito in legge il "decreto carceri" 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 Settembre 2013

rielaborazione, arrivando a prevedere la sospensione delle condanne fino a quattro anni di pena detentiva nei casi previsti all'art. 47 *ter*, comma 1, o.p., ovvero nei confronti di: donna incinta o madre di prole di età inferiore ai dieci anni, con lei convivente; padre, esercente la potestà, di prole di età inferiore ad anni dieci, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata ad occuparsi della prole; persona in gravi condizioni di salute; ultrasessantenne se inabile anche parzialmente; minore di anni ventuno per comprovate ragioni di salute, studio, lavoro e famiglia¹²⁵. La novità introdotta ha avuto lo scopo di colmare la discordanza fino a quel momento esistente tra il limite di tre anni di pena sospendibile secondo quanto previsto dal comma cinque dell'art.656 c.p.p., ed il limite di quattro anni previsto invece dall'art. 47 *ter*, co.1, o.p. per l'accesso alla detenzione domiciliare ¹²⁶. In questo modo quindi, a differenza che in passato, è possibile evitare il passaggio in carcere per i condannati a pena detentiva compresa tra i tre e i quattro anni, che presentino istanza per poter beneficiare della detenzione domiciliare. La disciplina fin qui descritta prevede delle preclusioni. Secondo lo stesso comma 4-*bis* infatti, la procedura

¹²⁵ L'effettività di tale disposizione sarà poi subordinata all'adempimento di un onere di allegazione da parte del condannato, diretto ad attestare e segnalare al pubblico ministero di trovarsi effettivamente in una delle situazioni descritte dall'art. 47 *ter*, co.1 o.p.

¹²⁶ Occorre precisare che, in tutte le varianti previste, ovvero in presenza del limite di tre, quattro o sei anni di pena detentiva, quest'ultimo dovrà essere calcolato al netto delle eventuali riduzioni di pena che potrebbero derivare dall'applicazione anticipata. Tutto ciò per via della nuova procedura prevista dal comma 4-*bis* dell'articolo 656 c.p.p. di cui si è discusso in precedenza.

anticipata non opererà nei riguardi di coloro che, al momento in cui la sentenza diviene definitiva, si trovano in custodia cautelare in carcere per il fatto oggetto della condanna, secondo quanto previsto dal comma nove, lett. b) dello stesso art. 656 c.p.p., ed inoltre, tale divieto si estende anche nei confronti dei condannati per taluno dei delitti di cui all'art. 4 *bis* o.p.¹²⁷. Per ciò che attiene alla prima ipotesi menzionata, il p.m., dunque, sarebbe tenuto a procedere all'emissione dell'ordine di esecuzione, conformemente al disposto dell'art. 656, c.1, c.p.p.. Nonostante ciò, in previsione del nuovo comma 4-*ter* dello stesso articolo, nel caso in cui ricorrano i presupposti elencati dal precedente comma 4-*bis*, ovvero nel caso in cui, computando gli sconti applicabili *ex* art. 54 o.p., la pena restasse entro i limiti di cui al co. 5, il p.m. dovrà trasmettere senza ritardo, gli atti al magistrato di sorveglianza, allo scopo di sollecitare una rapida applicazione degli sconti di pena e consentirne quindi una più rapida uscita dal circuito carcerario. La seconda ipotesi preclusiva invece, pone un dubbio interpretativo¹²⁸, in quanto la disposizione del c. 4-*bis* dell'art. 656 c.p.p. sembrerebbe mal conciliarsi con quanto previsto al comma 9 dello stesso. Infatti, non risulta agevole comprendere il motivo per cui dall'applicazione anticipata dell'istituto di cui all'art. 54 o.p. debbano rimanere esclusi solo gli autori dei reati previsti all'art. 4 *bis* o.p. e non anche gli autori degli altri delitti per i quali,

¹²⁷ A. Della Bella, *Convertito*, *op.cit.*

¹²⁸ A. Della Bella, *Ibidem*

ai sensi del comma 9 dell'art. 656 c.p.p., non può operare il meccanismo sospensivo dell'ordine di esecuzione previsto dal comma 5 dell'art. 656 c.p.p.¹²⁹. Da ciò deriva che la ricordata procedura anticipata, di fatto, non opererà per tutte le ipotesi previste dall'art. 656, c. 9, c.p.p., nonostante l'espresso richiamo al solo caso dei condannati per i reati previsti all'art. 4 *bis* o.p. . Anche il regime delle preclusioni alla disciplina della sospensione indicate al comma nove dell'articolo 656 c.p.p. ha subito delle importanti modifiche ad opera dell'intervento del d.l. n. 78/2013. Il ritocco più significativo è sicuramente rappresentato dalla soppressione della lettera c), inerente al divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione per i recidivi reiterati, di cui all'articolo 99, co. 4, c.p. , divieto che adesso è appunto venuto meno. Tale intervento sembra rappresentare il superamento della presunzione assoluta di pericolosità nei confronti di questa categoria di condannati, che risultava dotata di scarsa significatività, sul piano della difesa sociale. Restando sempre nell'area operativa del comma nove dell'articolo 656 c.p.p., riferendoci però alle preclusioni legate alla tipologia di reato, è da notare come accanto alla soppressione di alcuni reati ostativi (art. 624-625 c.p.), ne sono stati aggiunti di nuovi, ritenuti oggi di maggior allarme sociale ¹³⁰. Dall'esito finale di queste

¹²⁹ ossia, nei riguardi dei condannati per i reati di cui agli artt. 423 *bis*, 572, 612 *bis* e 624 *bis* c.p.

¹³⁰ La strada seguita dal Governo in sede di redazione del decreto legge era diretta all'eliminazione di tali reati ostativi, eccezion fatta per i reati di cui all'art. 4 *bis* o.p., ma invece in sede di conversione si è preferito adottare la diversa linea d'azione esposta.

particolari e articolate modifiche ne deriva che, oggi, come avremo modo di vedere nelle pagine che seguiranno, la sospensione dell'ordine di esecuzione non opera per le condanne relative ai reati di cui all'art. 4-*bis* o.p., all'art. 423 *bis* c.p. (incendio boschivo), all'art. 624 *bis* c.p. (furto in abitazione) ed in relazione ai i nuovi reati inseriti nell'elenco agli artt. 572 co. 2 e 612 *bis* co. 3 c.p. (ipotesi aggravate di maltrattamenti e di *stalking* ¹³¹).

Avendo dato uno sguardo alle modifiche introdotte dal d.l. n.78/2013, e dalla successiva legge di conversione, riguardanti l'istituto sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, è possibile provare ad immaginare quanta incidenza abbiano avuto tali modifiche fino ad oggi, e quanta ne continueranno ad avere in futuro, sul fenomeno del sovraffollamento. Per quanto infatti siano state introdotte novità rilevanti rispetto al passato, come ad esempio l'intervento in materia di custodia cautelare e l'eliminazione di una serie di preclusioni riguardanti il recidivo reiterato, queste non possono considerarsi come la soluzione definitiva per risolvere il problema dell'emergenza carceraria, nonostante si sia riscontrata una, seppur minima, riduzione dell'affluenza penitenziaria ¹³².

¹³¹ Della Bella. A, *Emergenza carceri*, o.p. cit., p.38

¹³² È da notare che la popolazione carceraria, in data 30 giugno 2013, data quindi precedente rispetto agli interventi in commento, ammontava a 66.028 unità, mentre, secondo l'ultimo aggiornamento, in data 31 luglio 2016, offerto dal Ministero della Giustizia, la popolazione carceraria è scesa a circa 54.072 unità. (Cfr. dati consultati in www.giustizia.it)

3. Le sanzioni suscettibili di sospensione

Come affrontato nelle pagine precedenti, la disciplina della sospensione dell'esecuzione delle pene detentive brevi, prevista dall'articolo 656 c.p.p., comma 5, ha subito nel tempo svariate modifiche, dettate dal susseguirsi di molteplici esigenze e soprattutto problematiche. La disciplina odierna infatti, è il frutto di interventi legislativi che hanno proseguito l'iter intrapreso dall'importante riforma operata dalla legge Simeone del 1998, aventi come obiettivo primario quello di ovviare alla grave questione del sovraffollamento ed anche alla difficile situazione di vivibilità presente all'interno delle carceri del nostro Paese, problematiche queste provocate dall'inadeguatezza dei rimedi predisposti e dall'insufficienza della disciplina volta a fronteggiare situazioni correlate sia a strutture penitenziarie non idonee, sia anche al regime di esecuzione delle pene detentive ¹³³. Per queste motivazioni, come discusso fino a questo punto, l'Italia è stata condannata, da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, per la violazione dell'art. 3 CEDU, disposizione che stabilisce il divieto assoluto di sottoporre i detenuti a tortura e a pene o trattamenti inumani o degradanti ¹³⁴, e da tale condanna è derivato l'obbligo in capo al nostro Paese di predisporre, entro un certo

¹³³ A. Della Bella, *Convertito in legge il "decreto carceri" 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 settembre 2013; Cfr., F. Fiorentin, *Sovraffollamento carcerario: urgenti le riforme*, in *Guida al diritto*, n. 27, 2013, p. 26.

¹³⁴ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo seconda sezione caso Torregiani e altri c/ Italia, in *Riv. It. Dir. E proc. Pen.* n. 2, 2013, pp. 927-928.

termine ¹³⁵, misure idonee a risolvere la situazione violata. A seguito di ciò, e intrapresa la strada per tentare di dirimere le gravi problematiche che affliggono il nostro sistema penitenziario, è emersa una nuova strategia di approccio tesa, da una parte, alla riduzione del flusso di soggetti in entrata negli istituti penitenziari, come prospettato dall'ampliamento dell'operatività del meccanismo di sospensione dell'ordine di esecuzione delle condanne a pene detentive brevi, di cui all'art. 656 comma 5 c.p.p., permettendo in questo modo la possibilità di evitare detenzioni considerate inopportune; dall'altro, si è cercato di agire in modo da eliminare gli automatismi che impedivano, o rendevano arduo, l'accesso ai benefici penitenziari a determinate categorie di condannati, sulla base di presunzioni assolute di pericolosità¹³⁶. Volendo adesso ad esaminare la disciplina odierna dell'articolo 656 c.p.p. sembra opportuno iniziare sottolineando che, per aversi la sospensione dell'ordine di esecuzione, come affermato dallo stesso articolo 656 c.p.p., occorre la presenza del requisito stabilito dal legislatore, ovvero la presenza di una pena detentiva ¹³⁷. In base al riscontro che tale requisito non sia accompagnato, nel testo dell'articolo, da specificazioni aggiuntive, la conclusione che sembra si possa dedurre è che si potrà avere sospensione dell'ordine di esecuzione tanto nell'ipotesi in cui il titolo esecutivo derivi da una condanna alla reclusione militare ¹³⁸, quanto in quella

¹³⁵ La predisposizione delle misure che lo Stato avrebbe dovuto necessariamente attuare prevedeva come termine la data del 27 Maggio 2014.

¹³⁶ Il riferimento è rivolto alla categoria dei recidivi reiterati.

¹³⁷ Secondo l'art. 656 c.p.p. c. 5 : " Se la pena detentiva, anche se costituente residuo di maggior pena, non è superiore a tre anni [...], il pubblico ministero , [...], ne sospende l'esecuzione ."

¹³⁸ F. Della Casa, *La magistratura di sorveglianza*, II ed., Torino, 1998, p. 127

in cui dovrà essere eseguita una pena detentiva risultante dalla conversione di una sanzione sostitutiva, secondo la disciplina dell'art. 66, l. 24 Novembre 1981 n.689¹³⁹. Sono state riscontrate in dottrina una diversità di opinioni riguardo la diversa questione della possibile applicabilità dell'art. 656 c.p.p. c.5 nei riguardi delle sentenze che infliggono la sanzione della semidetenzione o della libertà controllata¹⁴⁰. Secondo una prima tesi infatti¹⁴¹, la sospensione in questi casi sarebbe da escludere, oltre che per la motivazione secondo cui la dicitura dell'art. 656 co.5 menzioni appunto la sola pena detentiva, anche per il fatto che l'esecuzione delle sanzioni sostitutive non risulterebbe regolata dall'art. 656 c.p.p., ma piuttosto dall'art. 661 c.p.p.¹⁴². Secondo altre tesi invece, alla questione occorrerebbe dare una risposta diversa ed affermativa, sia in riferimento all'art. 57, l. 689/81, che equipara “ per ogni effetto giuridico¹⁴³” la semidetenzione e la libertà controllata alla pena detentiva della specie corrispondente, sia in quanto organo dell'esecuzione risulterà essere solo il pubblico ministero, presso il quale resta pendente il fascicolo dell'esecuzione¹⁴⁴, anche per ciò che riguarda le sanzioni

¹³⁹ F. Della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Padova, 2015, p.1086

¹⁴⁰ Cfr. Art. 53 della legge 24 novembre 1981, n. 689

¹⁴¹ F. Caprioli, D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, II ed., Torino, 2011, p. 148

¹⁴² F. Della Casa, G. Giostra, *Ordinamento, op.cit.*, p.1086

¹⁴³ Cit. art. 57, l. 689/81 secondo cui “ Per ogni effetto giuridico la semidetenzione e la libertà controllata si considerano come pena detentiva della specie corrispondente a quella della pena sostituita.”

¹⁴⁴ Disciplina ex art. 655 c.p.p.

sostitutive. Per ciò che invece concerne la giurisdizione del giudice di pace, occorre escludere senza troppi dubbi l'applicabilità del meccanismo della sospensione ex art. 656 co.5 c.p.p. in riferimento alle sanzioni c.d. paradetentive ¹⁴⁵, ovvero la permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità, fissate dall'organo sopracitato, in quanto queste stesse sanzioni prevedono un'autonoma regolamentazione della fase esecutiva secondo la disciplina dell'art. 43 d.legisl. 28 agosto 2000 n. 274 ¹⁴⁶ ed in considerazione del fatto che la sospensione che si sta analizzando risulta essere funzionale rispetto alla concessione delle misure alternative alla detenzione, che risultano essere incompatibili con entrambe le sanzioni dettate dal giudice di pace.

¹⁴⁵ Cit. F. Della Casa, G. Giostra, *Ordinamento, op.cit.*, p.1087

¹⁴⁶ M. Bargis, G. Conso, V. Grevi, *Compendio di procedura penale*, VII ed., Padova, 2014, p. 1101

4. I presupposti temporali (i “ tre scalini”) e i criteri di calcolo della pena espianda: il comma 4-bis

Il testo del quinto comma dell’art. 656 c.p.p. è quello che più di tutti pare abbia subito modifiche di rilevante importanza, a seguito dei vari interventi legislativi fin qui esaminati, che, innovando tale istituto in maniera significativa rispetto a quella che era la precedente disciplina, hanno finito col prevedere un vero e proprio obbligo di sospensione dell’esecuzione della pena detentiva in situazioni ben precise. Come visto, i grandi sforzi hanno avuto il dichiarato obiettivo di razionalizzare l’accesso alle misure alternative per quei condannati aventi requisiti tali da permettergli di poterne usufruire ab initio ¹⁴⁷. L’intento perseguito è stato quello di riuscire a predisporre un meccanismo idoneo a consentire che la posizione dei soggetti condannati, aventi requisiti idonei per l’ottenimento di una misura alternativa, venga valutata dal tribunale di sorveglianza prima che sia andato a buon fine l’ordine di esecuzione e di conseguenza sia avvenuto il loro accesso in un istituto di pena. L’operatività della sospensione dell’ordine di esecuzione delle pene detentive, di cui all’art. 656 comma 5 c.p.p. prevede la presenza di precisi limiti di pena per la propria attuazione. Il legislatore ha infatti fissato tali limiti suddividendoli

¹⁴⁷ F. Della Casa, *La magistratura, op.cit.*, p. 131

in tre diversi ‘‘scalini¹⁴⁸’’, prevedendo come primo di essi quello di tre anni, che possiamo definire di carattere generale, e i rimanenti due di quattro e sei anni, in riferimento, per quanto riguarda il primo ai casi di detenzione domiciliare, disciplinata dall’art. 47-ter co.1 ord.penit.¹⁴⁹, e per ciò che attiene al secondo nei riguardi delle misure contemplate dagli art. 90 e 94 T.U. 309/90 riguardanti i condannati tossicodipendenti¹⁵⁰. Appare interessante soffermare l’attenzione su quelli che sono i criteri di carattere generale ai quali il pubblico ministero deve uniformarsi per poter stabilire se l’ordine di esecuzione dovrà essere sospeso. Come già affrontato, una grande innovazione è stata introdotta in questo ambito, dall’art.1 co.1° lett.b d.l. 78/13, che ha accresciuto la formulazione dell’art.656 c.p.p. introducendo al suo interno i commi 4-bis, 4-ter e 4-quater, previsioni aventi come fine ultimo

¹⁴⁸ Cit. F. Della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Cedam 2015, p.1086

¹⁴⁹ Tale previsione, come analizzato nelle pagine precedenti, risulta essere una novità introdotta dall’intervento del d.l. 78/2013, che è andato a colmare la sfasatura, precedentemente esistente, tra il limite di tre anni della pena sospendibile ex art. 656 comma 5 c.p.p. ed il limite di quattro anni previsto dall’art. 47 ter comma 1 o.p. per l’accesso alla detenzione domiciliare.

Tale mancanza di coesione tra i due limiti, comportava l’inevitabile passaggio dal carcere per i condannati a pene tra i tre e i quattro anni che avessero voluto fare istanza per la detenzione domiciliare.

¹⁵⁰ La sospensione del soggetto tossicodipendente/alcooldipendente ha subito un ampliamento rispetto all’originario limite quadriennale previsto in precedenza dal legislatore del 1998 (Legge Simeone). Tale modifica è frutto del d.l. 30 dicembre 2005 n.272, convertito in l.21 febbraio 2006 n.49, con il quale si è provveduto a stabilire che le misure previste dagli art. 90 e 94 t.u. 309/90 possano essere concesse quando la pena espianda non risulti superiore a sei anni. (oppure a quattro anni quando il titolo esecutivo comprenda un reato di cui all’art. 4-bis ord.penit.). In quella stessa circostanza, è stato in parallelo modificato lo stesso art. 656 c.p.p che attualmente prevede appunto l’obbligo di sospensione, da parte del pubblico ministero, in riferimento a pene non superiori a sei anni nei casi di cui agli artt. 90 e 94 t.u.

quello di attenuare il sovraffollamento carcerario, cercando di aumentare il più possibile il numero dei condannati in grado di usufruire *ab initio* di una misura alternativa alla carcerazione ¹⁵¹. Il meccanismo messo a punto dal legislatore con il nuovo comma 4-*bis* prevede che il pubblico ministero, qualora il condannato abbia trascorso dei periodi di custodia cautelare o abbia espiato periodi di pena fungibili in relazione al titolo esecutivo da eseguire e qualora ritenga che, per effetto della liberazione anticipata, la pena da scontare rientri nei limiti di cui al comma 5 dell'art. 656 c.p.p., sospenda le proprie determinazioni, trasmettendo senza ritardo gli atti al magistrato di sorveglianza competente, affinché decida in merito all'applicazione dell'art. 54 o.p. A seguito dell'ordinanza del magistrato, il pubblico ministero può emettere il provvedimento *ex art. 656 comma 5 c.p.p.* sospendendo l'ordine di esecuzione¹⁵², qualora per effetto degli sconti *ex art. 54 o.p.* la pena scenda al di sotto dei livelli di cui al comma 5 suddetto, ovvero, in caso contrario emette l'ordine di esecuzione nel caso in cui la pena residua da scontare sia superiore a tali livelli ¹⁵³. La novità consiste nell'anticipazione del giudizio del magistrato di sorveglianza, da effettuare, come di norma, secondo la procedura

¹⁵¹ Sulla stessa linea, per poter quindi ampliare la portata dell'art. 656 co.5 c.p.p., si colloca un'ulteriore modifica che avremo modo di analizzare successivamente. Si tratta dell'art.8 d.l. 26 giugno 2014 n.92 convertito in l.11 agosto 2014 n.117, che ha modificato l'art. 275 c.p.p., prevedendo una nuova ipotesi di esclusione della custodia cautelare in carcere, riducendo l'operatività dell'eccezione stabilita al comma 9 dell'art.656 c.p.p. lett.*b* che esclude la sospensione dell'ordine di esecuzione quando si abbia ad oggetto una sentenza irrevocabile di condanna a carico di un soggetto sottoposto a custodia cautelare in carcere per lo stesso fatto oggetto della condanna da eseguire.

¹⁵² Il comma 4 *quater* art. 656 c.p.p., introdotto dal d.l. 78/2013, sancisce che "*nei casi previsti dal comma 4 bis, il pubblico ministero emette i provvedimenti previsti dai commi 1, 5 e 10 dopo la decisione del magistrato di sorveglianza*"

¹⁵³ F. Della Casa, G. Giostra, *Ordinamento, op.cit.*, p. 908

di cui all'art. 69 *bis* o.p., prima dell'emissione dell'ordine di esecuzione da parte del pubblico ministero, per poter così evitare inutili passaggi dal carcere nei confronti di chi, per effetto, appunto, di una successiva pronuncia del magistrato di sorveglianza, possa poi essere scarcerato in tempi brevi.

5. Riequilibrio della disciplina della custodia cautelare in carcere con l'art.656 c.p.p. ad opera del dl. 26 giugno 2014 n. 92

Proseguiamo con l'analisi di quello che è stato il disegno di riforma diretto a contenere il grave fenomeno del sovraffollamento carcerario, volto inoltre ad adempiere alle direttive dettate da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo nei confronti dello Stato italiano nella sentenza Torreggiani del gennaio 2013 ¹⁵⁴, nella quale, come detto, la Corte aveva imposto al nostro Paese l'adozione di specifiche misure atte a risolvere il problema del sovraffollamento. L'attenzione si concentrerà in particolare su un decreto legislativo, che si ricollega e coinvolge la disciplina di nostro interesse, ovvero le disposizioni dell'art. 656 c.p.p., in materia di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva. Il provvedimento in questione è il d.l. 26 giugno 2014, n. 92, entrato in vigore il 28 giugno 2014, che con il suo articolo 8 ha apportato delle modifiche al previgente testo dell'art. 275, co. 2-*bis*, c.p.p., riguardante la disciplina della custodia cautelare in carcere ¹⁵⁵. Tale modifica ha coinvolto il primo periodo del comma in esame, ed ha operato aggiungendone un secondo, secondo cui non potrà essere applicata la misura della custodia cautelare in carcere nel momento in cui il giudice ritenga che, all'esito del giudizio, la pena detentiva da eseguire non risulterà superiore a tre

¹⁵⁴ C. Eur. dir. umani, Sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*.

¹⁵⁵ F. Viganò', *Pubblicato ed entrato in vigore un decreto legge sul risarcimento dei detenuti vittima di sovraffollamento (con una importante e problematica modifica in materia di custodia cautelare in carcere)*, 30 Giugno 2014, in www.penalecontemporaneo.it

anni ¹⁵⁶. La novità legislativa introdotta, come anticipato, ha avuto come finalità quella di rendere l'art. 275, co. 2-*bis*, c.p.p., il più possibile coerente con le disposizioni dell'art. 656 c.p.p., in materia di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva. In questo modo infatti si intende evitare l'applicazione della custodia cautelare in carcere nei casi in cui sembra possibile ritenere che l'imputato, in caso di condanna irrevocabile, con ogni probabilità non entrerà in carcere, in quanto l'entità contenuta della pena, non superiore a tre anni, potrà consentirgli di accedere ad una misura alternativa alla detenzione. Come ripetuto in più occasioni, l'art. 656, 5° co., c.p.p., dedicato ai condannati in stato di libertà, prevede che il pubblico ministero sospenda l'esecuzione della pena detentiva, anche costituente residuo di maggior pena, non superiore a tre anni ¹⁵⁷. Al co.10 dello stesso articolo, trova disciplina la specifica situazione dell'accesso alle misure alternative per i condannati agli arresti domiciliari, secondo cui, nelle ipotesi considerate dall'art. 656, 5° co., c.p.p., il pubblico

¹⁵⁶ Il testo del primo periodo dell'art. 275, co. 2°-*bis*, c.p.p. stabiliva che *“non può essere disposta la misura della custodia cautelare se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena”*. La giurisprudenza, a fronte del generico riferimento alla *“misura della custodia cautelare”*, sanciva l'estensione del divieto anche a quella degli arresti domiciliari, che con la custodia cautelare in carcere condivide la natura detentiva ed è assoggettata, nei limiti della compatibilità, alle relative regole previste dall'art. 284, 5° co., c.p.p., secondo cui l'imputato agli arresti domiciliari *“si considera in stato di custodia cautelare”*. Il decreto legge di nostra attenzione ha inoltre ritoccato il previgente testo dell'art. 275, co. 2° *bis*, c.p.p. chiarendo il riferimento alle misure della custodia cautelare in carcere e degli arresti domiciliari, andando quindi a sostituire quello della misura della *“custodia cautelare”*. La precisazione segna dunque la differenza tra le due distinte previsioni in cui il comma novellato va ad articolarsi, ed a seguito di ciò, la nuova disciplina, contempla un divieto di applicazione riferito in via esclusiva alla misura della custodia cautelare in carcere.

¹⁵⁷ Il limite è elevato a quattro anni nei casi previsti dall'art. 47-*ter*, 1° co., della l. 26 luglio 1975, n. 354, o a sei anni nei casi di cui agli artt. 90 e 94 del d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309.

ministero dovrà sospendere l'esecuzione dell'ordine di carcerazione e trasmettere gli atti, senza ritardo, al tribunale di sorveglianza affinché provveda eventualmente all'applicazione di una delle misure alternative, allorquando il condannato si trovi agli arresti domiciliari per il fatto oggetto della condanna da eseguire. Del tutto diversa risultava essere invece la situazione del condannato che, al momento della sentenza definitiva, si trovasse in stato di custodia cautelare in carcere per il fatto oggetto della condanna da eseguire. L'art. 656, 9 co., lett. b), c.p.p., escludeva infatti, in tale evenienza, la sospensione dell'ordine di esecuzione, muovendo dall'idea che la persistenza della misura custodiale in carcere al momento del passaggio in giudicato della sentenza avesse come base la sussistenza effettiva di almeno uno dei *pericula libertatis* tipizzati dall'art. 274 c.p.p.¹⁵⁸, non eliminabile mediante misure cautelari meno afflittive¹⁵⁹. L'innovazione legislativa introdotta dall'art. 8 del d.l. 26 giugno 2014, n. 92 consente quindi alla disciplina della custodia cautelare in carcere ed a quella della fase esecutiva di svilupparsi nella prospettiva di riuscire ad evitare l'ingresso in carcere degli imputati che, anche qualora condannati, potrebbero comunque beneficiare della sospensione dell'esecuzione di cui all'art. 656, co.5, c.p.p. . Per effetto dunque del nuovo art. 275, co. 2-*bis*, c.p.p., sembra che un indagato e/o imputato non dovrà effettuare l'accesso in carcere nel caso in cui il giudice, e prima ancora, il p.m., incaricato di promuovere l'azione cautelare, ritenga che la

¹⁵⁸ Il riferimento è da intendersi, in particolare, al pericolo di reiterazione di condotte delittuose e/o del pericolo di fuga.

¹⁵⁹ F. Viganò, *Una norma da eliminare: l'art. 8 del d.l. 92/2014*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 Luglio 2014

condanna non sarà superiore a tre anni, e sembrerebbe di conseguenza che lo stesso non dovrà ritrovarsi in stato di custodia cautelare in carcere nel caso in cui la sentenza divenga definitiva, e dunque, nei suoi confronti, non potrà operare la preclusione di cui all'art. 656, 9° co., lett. b), c.p.p., che, come si è analizzato, esclude la sospensione dell'esecuzione per i condannati sottoposti a custodia cautelare in carcere nel momento del passaggio in giudicato della sentenza. L'insolito collegamento tra la risposta cautelare e la fase esecutiva della sanzione, seppur spinto dall'intento deflattivo circa il sovraffollamento carcerario, è stato oggetto di molte critiche, poiché apparso troppo penalizzante in merito alle esigenze cautelari nei casi di conclamate situazioni di inadeguatezza delle misure meno afflittive della custodia in carcere. Una prima serie di critiche sembrano riferirsi alla parte della novella legislativa che pone un divieto di applicare la custodia cautelare in carcere anche in presenza di situazioni concrete di elevata pericolosità, ovvero quando il giudice si trovi a dover fronteggiare difficoltose e pressanti esigenze cautelari sotto il profilo soggettivo, con riguardo, ad esempio, alla recidiva, e sotto quello oggettivo, in riferimento a reati come quelli elencati dall'art. 656, co 9., lett. a, c.p.p., per i quali la sospensione dell'esecuzione è comunque esclusa ¹⁶⁰. Inoltre, un'altra serie di critiche riguardanti l'art. 8 del d.l. n. 92/2014, hanno avuto ad oggetto dei rilevati difetti di coordinamento con la disciplina degli arresti domiciliari ¹⁶¹. Sintetizzando, è stato constatato come la

¹⁶⁰ A. Laronga, *L'art. 275, co. 2°-bis, c.p.p.: una nuova preclusione all'impiego della custodia cautelare in carcere*, in www.questionegiustizia.it, 6 ottobre 2014

¹⁶¹ F. Viganò, *Una norma, op.cit.*

mancata previsione di deroghe al divieto assoluto previsto dal nuovo art. 275, co. 2-*bis* c.p.p. abbia finito col determinare l'inapplicabilità della predetta misura coercitiva anche in altre svariate ipotesi ¹⁶². A seguito di tali critiche, avutesi nei riguardi dell'art. 8 del d.l. n. 92/2014, il legislatore ha provveduto a modificare parzialmente il testo della norma oggetto di disapprovazione¹⁶³, in sede di conversione, avvenuta con la l. 11 agosto 2014, n. 117. Nonostante le censure subite, occorre notare come non siano comunque mancate opinioni a sostegno della disposizione introdotta dall'art. 8 del d.l. n. 92/2014, percepita da molti come tendente ad una sorta di garanzia, che attraverso

¹⁶² Il riferimento è da intendersi nei riguardi delle disposizioni :

- a) dell'art. 276, co. 1°-*ter*, c.p.p., che stabilisce la sostituzione della misura domiciliare con la custodia cautelare in carcere in caso di violazione delle prescrizioni degli arresti domiciliari concernenti il divieto di non allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora;
- b) dell'art. 280, 3° co., c.p.p., che consente l'applicazione della custodia cautelare in carcere in caso di trasgressione delle prescrizioni inerenti ad altra misura cautelare;
- c) dell'art. 284, co. 5°-*bis*, c.p.p., che vieta la concessione degli arresti domiciliari a soggetti condannati per il reato di evasione nei cinque anni precedenti al fatto per il quale si procede;
- d) dell'art. 391, 5° co., c.p.p., che consente, nell'udienza di convalida dell'arresto eseguito per uno dei delitti indicati nell'art. 381, 2° co., c.p.p. di applicare la custodia cautelare in carcere anche al di fuori dei limiti previsti dagli artt. 274, 1° co., lett. c), e 280 c.p.p.;
- e) di indagati e/o imputati senza fissa dimora, che in tale evenienza diventerebbero una categoria di soggetti non passibile di alcuna misura cautelare detentiva.

¹⁶³ A seguito di tali modifiche l'art. 275, co. 2-*bis*, c.p.p., recita oggi: *“Non può essere applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena. Salvo quanto previsto dal comma 3 e ferma restando l'applicabilità degli articoli 276, comma 1-*ter*, e 280, comma 3, non può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni. Tale disposizione non si applica nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 423-*bis*, 572, 612-*bis* e 624-*bis* del codice penale, nonché all'articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, e quando, rilevata l'inadeguatezza di ogni altra misura, gli arresti domiciliari non possano essere disposti per mancanza di uno dei luoghi di esecuzione indicati nell'articolo 284, comma 1, del presente codice”*.

l'ideale collegamento tra il piano cautelare e quello dell'esecuzione della pena, ha l'effetto di rendere effettivo quello che è il principio di proporzionalità, riducendo in maniera significativa il rischio di infliggere all'imputato un sacrificio ingiusto ¹⁶⁴.

¹⁶⁴ M. Ceresa Gastaldo, *Tempi duri per i legislatori liberali*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 luglio 2014.

CAPITOLO IV

La sospensione dell'esecuzione delle pene detentive brevi: Procedimento

Sommario: 1. La notifica dell'ordine di esecuzione e del decreto sospensivo – 2. La presentazione dell'istanza da parte del condannato – 3. Eccezioni alla sospensione – 4. I casi di revoca della sospensione – 5. Il regime riguardante i condannati agli arresti domiciliari

1. La notifica dell'ordine di esecuzione e del decreto sospensivo

Successivamente all'emissione dell'ordine di esecuzione, e a seguito della verifica del fatto che la pena in oggetto rientri nei limiti previsti dall'articolo 656 c.p.p. co.5, il pubblico ministero ha il dovere di sospenderne provvisoriamente l'operatività con un apposito decreto. Secondo quella che è la disciplina attuale, sia l'ordine di esecuzione che il decreto con il quale se ne dispone la sospensione, devono essere notificati al condannato e al suo difensore, nominato per la fase dell'esecuzione, o in difetto, al difensore che lo ha assistito nella fase del giudizio. In precedenza, secondo quanto era disposto dalla normativa prevista dal legislatore nel 1998, l'interessato veniva messo a conoscenza di entrambi gli atti tramite la loro diretta consegna, a mani proprie, da parte degli organi di polizia ¹⁶⁵. Tale procedura palesava un

¹⁶⁵ M. D'Onofrio, M. Sartori, *Le misure alternative alla detenzione*, Milano, 2004, p. 373

preciso intento del legislatore, ovvero quello di garantire al condannato, tramite il meccanismo della consegna, una conoscenza effettiva, e non solo presunta, dell'esecuzione di una pena detentiva esistente nei suoi confronti. Ma tale iter aveva spesso comportato una paralisi del meccanismo esecutivo¹⁶⁶ ogni qualvolta risultasse impossibile consegnare all'interessato l'ordine di esecuzione, a causa di irreperibilità involontaria o della volontaria e consapevole sottrazione del destinatario¹⁶⁷, strumentale ad un'illimitata sospensione della procedura esecutiva. Inoltre, al soggetto destinatario che si sottraesse in maniera volontaria alla consegna, non poteva essere contestato, per mancanza del presupposto costitutivo, l'addebito richiamato dal comma 1 dell'art. 296 c.p.p. configurante il provvedimento di latitanza. Per queste motivazioni, dopo pochi anni infatti, l'art. 10 del d.l. 24 novembre 2000 n.341, convertito in l.19 gennaio 2001 n.4 ha previsto che il condannato venga portato a conoscenza degli atti in questione tramite l'articolato meccanismo delle notificazioni, che, incentrandosi sul criterio della conoscenza legale, è in grado di superare quelle situazioni di latitanza ed irreperibilità del destinatario cui si accennava prima¹⁶⁸. Altra innovazione disposta dal provvedimento legislativo del 2001, avente lo scopo di compensare la diminuzione di garanzie venutasi

¹⁶⁶ F. Della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Padova, 2015, p.1103

¹⁶⁷ Cit. F. Della Casa, *Democratizzazione dell'accesso alle misure alternative e contenimento della popolazione carceraria: le due linee-guida della nuova legge sull'esecuzione della pena detentiva: [commentario alla] L. 27/5/1998 n. 65*, in *Legislazione penale*, 1998, pp. 780-781.

¹⁶⁸ A. Bernasconi, in M. Bargis (a cura di) *Il decreto <<antiscarcerazioni>>*, Torino, 2001, p. 176

a creare ¹⁶⁹, e quello di attenuare eventuali vuoti di conoscenza dovuti all'adozione del meccanismo ora previsto, è stata la disposizione del comma 8-*bis* dell'art. 656 c.p.p. secondo cui “*quando è provato o appare probabile che il condannato non abbia avuto effettiva conoscenza dell'avviso di cui al comma 5, il pubblico ministero può assumere, anche presso il difensore, le opportune informazioni, all'esito delle quali può disporre la rinnovazione della notifica* ¹⁷⁰ ”. Tra gli atti che il pubblico ministero deve far notificare al condannato vi è anche un avviso avente lo scopo di rendere noto al soggetto del termine perentorio di trenta giorni entro il quale lo stesso dovrà presentare l'istanza da sottoporre alla valutazione del tribunale di sorveglianza, l'avviso conterrà inoltre l'indicazione della tipologia di misure extramurarie che potranno essere richieste ¹⁷¹.

2. La presentazione dell'istanza da parte del condannato

Secondo quanto disposto dai commi 5 e 6 dell'articolo 656 c.p.p., al decreto di sospensione dell'esecuzione emesso dal pubblico

¹⁶⁹ Il riferimento allude alla tutela per quei condannati socialmente svantaggiati per i quali era parso originariamente opportuno ricorrere al meccanismo della “consegna”, che è stata sacrificata in nome della conoscenza legale, ricorrendo al meccanismo delle notificazioni.

¹⁷⁰ art. 656 c.p.p., in F. Della Casa, G. Giostra, V. Grevi, *Ordinamento penitenziario commentato*, Tomo II, Padova, 2011, p. 1015; nuovo testo art. 656 c.p.p. in *Guida al diritto*, n. 39, 28 settembre 2013, p. 29.

¹⁷¹ F. Della Casa, G. Giostra, V. Grevi, *Ordinamento*, *op.cit.*, p. 1104

ministero deve necessariamente seguire, da parte del soggetto condannato o del suo difensore, la presentazione di un'apposita istanza, la cui mancanza comporterebbe l'immediata revoca del provvedimento di sospensione ed il conseguente corso della pena detentiva. All'istanza sarà necessario allegare un'idonea documentazione. Tale onere di allegazione ha lo scopo di far acquisire al soggetto condannato maggiore consapevolezza nella richiesta delle misure alternative, in quanto è stata riscontrata nella prassi la tendenza dei condannati a richiederle in maniera indiscriminata¹⁷². Il pubblico ministero trasmetterà poi la suddetta istanza, unita alla documentazione necessaria, al tribunale di sorveglianza competente in relazione al luogo in cui ha sede l'ufficio del pubblico ministero, che deciderà entro quarantacinque giorni. La stessa potrà altresì essere depositata nella cancelleria del tribunale di sorveglianza fino a cinque giorni prima dell'udienza¹⁷³. Importanza fondamentale riveste il termine utile per la presentazione dell'istanza in questione; questa infatti deve essere presentata nel termine perentorio di trenta giorni dalla notificazione del decreto di sospensione. Secondo la giurisprudenza di legittimità, la previsione del termine di trenta giorni per la presentazione dell'istanza comporta che la stessa, in tale termine, dovrà pervenire presso il pubblico ministero competente per l'esecuzione, e non semplicemente risultare spedita o inviata. Il termine "presentazione", di cui al comma 6

¹⁷² A. Giarda, G. Spangher, sub. art. 656 c.p.p., *Codice di procedura penale commentato*, tomo III, IV ed., Milano, 2010, p. 7748

¹⁷³ Resta salva, comunque, la facoltà del tribunale di sorveglianza di procedere anche d'ufficio alla richiesta di documenti o informazioni, o all'assunzione di prove a norma dell'articolo 666, comma 5

dell'art. 656 c.p.p., esprime un concetto diverso da quello di "spedizione"; tale terminologia infatti richiama la consegna a mano o la ricezione dell'istanza nei termini da parte della magistratura competente¹⁷⁴. Vi è anche la possibilità che l'istanza di concessione delle misure alternative venga proposta prima dell'ordine di esecuzione e della relativa notifica, ed in tale evenienza non sarà necessaria alcuna successiva reiterazione della stessa, ed inoltre non si determinerà la caducazione dell'effetto sospensivo a causa dell'inerzia del condannato a seguito della stessa notifica¹⁷⁵. Secondo quanto poi previsto dal comma 8 dell'art. 656 c.p.p., nel caso in cui vi sia istanza *ex artt. 90 e 94 D.P.R. n. 309 del 1990*, e questa risulti intempestiva, inammissibile, rigettata, nonché nei casi in cui il programma *ex art. 94 o.p.* non sia iniziato entro cinque giorni dalla presentazione ovvero risulti interrotto, il pubblico ministero deve revocare immediatamente il decreto di sospensione dell'ordine di esecuzione, dopo aver disposto gli opportuni accertamenti nel trasmettere l'istanza al tribunale di sorveglianza. Analogamente sarà disposta la revoca del decreto di sospensione in conseguenza di una successiva, eventuale dichiarazione di inammissibilità o di rigetto dell'istanza del condannato da parte del tribunale¹⁷⁶.

¹⁷⁴ F. Della Casa, G. Giostra, *Ordinamento, op.cit.*, p.1105

¹⁷⁵ M. D'Onofrio, M. Sartori, *Le misure, op.cit.*, p. 377

¹⁷⁶ Art. 656 c.p.p. c.8 " [...] qualora l'istanza non sia tempestivamente presentata, o il tribunale di sorveglianza la dichiari inammissibile o la respinga, il pubblico ministero revoca immediatamente il decreto di sospensione dell'esecuzione [...] "

3. Eccezioni alla sospensione

In origine il comma 9 dell'articolo 656 c.p.p. prescriveva delle preclusioni alla regola della sospensione, escludendola in presenza di tre diverse situazioni, ovvero: nei riguardi dei condannati per i delitti di cui all'articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, per quei soggetti che si trovassero in stato di custodia cautelare in carcere per il fatto oggetto della condanna da eseguire al momento della condanna definitiva, ed infine nei confronti dei condannati ai quali fosse stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale. Tutte le eccezioni descritte hanno subito delle rilevanti modifiche, ed il comma nove risulta oggi di gran lunga mutato rispetto alla disciplina previgente. Una prima modifica è avvenuta ad opera del dl. 1 luglio 2013 n.78, ed ha avuto ad oggetto la lettera a) del comma nove dell'art. 656 c.p.p., ovvero le preclusioni alla disposizione della sospensione dell'esecuzione legate al tipo di reato. In sede di conversione di tale decreto, a fianco alla soppressione di alcuni reati ostativi, all'art. 624 e all'art. 625 c.p.¹⁷⁷ (furto pluriaggravato), ne sono stati aggiunti dei nuovi, ovvero i maltrattamenti in famiglia, lo *stalking*, il furto in abitazione ed il furto con strappo¹⁷⁸. Si tratta di reati considerati oggi di maggior allarme sociale, e ciò dimostra che l'art. 656 c.p.p. rappresenta uno dei "luoghi dell'ordinamento

¹⁷⁷ I quali erano stati introdotti dall'art. 2 lettera m) della l. 24 luglio 2008, n. 125 che ha convertito con modificazioni il d.l. 23 maggio 2008, n. 92. In proposito si veda Antonini E., *Le novità del "pacchetto sicurezza"*, in *Dir.pen.proc.*, n. 11/2008, pp. 1357-1373; Degl'innocenti L., *I nuovi divieti di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva*, in *www.rassegnapenitenziaria.it*, pp. 45-55

¹⁷⁸ entrambi nelle ipotesi aggravate di cui agli articoli 572, co.2 e 612 bis co.3, c.p.

più sensibili alle istanze di tipo securitario, e più strumentalizzabile dalle forze politiche¹⁷⁹ ‘’. Merita a questo proposito menzione una recentissima pronuncia della Corte Costituzionale, in particolare si tratta della sentenza n. 125 del giugno 2016, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del comma 9, lett. a) dell’art.656 c.p.p. per contrasto con gli artt. 3 e 27 della nostra Costituzione¹⁸⁰. L’illegittimità riguarderebbe la parte in cui il comma in questione stabilisce che non può essere disposta la sospensione dell’esecuzione, prevista dal comma 5 dello stesso articolo, nei confronti dei soggetti condannati per il delitto di furto con strappo, reato indicato dall’art. 624-*bis* c.p. . La questione è stata sollevata in quanto la stessa preclusione non risultava prevista per i soggetti condannati per il delitto di rapina ex art. 628 c.p. e ciò provocava una paradossale situazione di incoerenza con quelli che sono i principi di uguaglianza e della finalità rieducativa della pena. Come spiegato dai Giudici, la differenza tra la fattispecie del furto con strappo e quella della rapina consisterebbe nella diversa direzione della violenza esercitata dal soggetto agente. Nella prima fattispecie incriminatrice infatti, la condotta di violenza è immediatamente rivolta verso la cosa oggetto del furto, e solo in maniera indiretta verso la persona che la detiene, mentre nel delitto di rapina, la violenza è diretta alla persona, divenendo un mezzo tramite cui viene a concretizzarsi la sottrazione e l’impossessamento della cosa altrui. La disparità di trattamento

¹⁷⁹ Cit. A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale, i decreti del 2013 e la sentenza della Corte Cost. n.32/2014*, Torino, 2014, p.38

¹⁸⁰ Corte Cost. 1 giugno 2016 n.125, in *www.giurcost.org*.

risultante dalla lettera a) del comma 9 dell'art. 656 c.p.p. non poteva dunque essere giustificata, non tanto per la maggiore gravità esistente tra le due tipologie di reato, ma piuttosto per le caratteristiche delle fattispecie incriminatrici, caratteristiche che, a detta dei Giudici ‘ non consentono di assegnare all'autore di un furto con strappo una pericolosità maggiore di quella riscontrabile nell'autore di una rapina attuata mediante violenza alla persona¹⁸¹’. Altra modifica, probabilmente la più significativa, avvenuta sempre ad opera del d.l. 1 luglio 2013, n. 78, ha riguardato la soppressione della lettera c), comma 9, art. 656 c.p.p., ovvero il venir meno del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione nei riguardi dei recidivi reiterati di cui all'art.99, co. 4, c.p. . La disciplina di rigore nei confronti dei recidivi reiterati era stata introdotta nel nostro ordinamento dalla legge 5 dicembre 2005, n.251 (c.d. ex Cirielli), ed impostava una presunzione assoluta di pericolosità sociale nei confronti di coloro che per più di tre volte fossero stati condannati per un delitto non colposo ¹⁸². Questa rilevante novità è testimonianza di un'inversione di tendenza del legislatore, per lungo tempo sperata dalla dottrina, ed in grado di produrre effetti di non poco rilievo, considerando il gran numero di condannati plurirecidivi detenuti nei nostri istituti. Occorre dare attenzione anche all'eccezione indicata alla lettera b) del comma 9 dell'art. 656 c.p.p., ovvero il divieto di sospensione dell'esecuzione per i soggetti sottoposti a custodia cautelare in carcere per il fatto oggetto della condanna, in considerazione della

¹⁸¹ Cit. Corte Cost. 1 giugno 2016 n.125, in *www.giurcost.org*.

¹⁸² E. Dolcini, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2007, p.515 ss.

modifica subita dall'art. 275 co. 2-*bis* c.p.p. ad opera dell'art.8 del dl. 26 Giugno 2014 n.92. Come già accennato nelle pagine precedenti, tramite la nuova regola introdotta dal suddetto decreto, si esclude che il giudice cautelare prosegua con la più grave delle misure coercitive nelle ipotesi in cui, a seguito di una valutazione prognostica, reputi che la pena detentiva che verrà irrogata non risulterà, all'esito del giudizio, superiore a tre anni ¹⁸³, limite questo che, come sappiamo, coincide con quello previsto dal comma 5 dell'art. 656 c.p.p. per la sospensione dell'ordine di esecuzione ¹⁸⁴. E' da sottolineare che sono comunque state previste delle eccezioni basate sulla gravità del reato oggetto del procedimento ¹⁸⁵.

¹⁸³ F. Della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Padova, 2015, p.1100

¹⁸⁴ Secondo quanto previsto dal comma 2-bis dell'art. 275 c.p.p.: "[...] Salvo quanto previsto dal comma 3 e ferma restando l'applicabilità degli articoli 276, comma 1-ter, e 280, comma 3, non può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni. Tale disposizione non si applica nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 423-bis, 572, 612-bis e 624-bis del codice penale, nonché all'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni [...]"

¹⁸⁵ Vengono infatti menzionati gli artt. 423-bis c.p. (incendio boschivo), 572 c.p. (maltrattamenti contro familiari e conviventi), 612-bis c.p. (atti persecutori), 624-bis c.p. (furto in abitazione), ed ovviamente l'art.4-bis ord.penit. Si tratta comunque di fattispecie per cui, in caso di condanna, sarebbe sicuramente esclusa la sospensione dell'ordine di esecuzione, per via della preclusione prevista alla lett. a) del comma 9 dell'art. 656 c.p.p.

4. I casi di revoca della sospensione

Al comma otto dell'art. 656 c.p.p. sono indicate le situazioni in presenza delle quali il pubblico ministero è tenuto a procedere alla revoca della sospensione dell'esecuzione emessa in precedenza tramite apposito decreto, e a seguito di ciò sarà data piena operatività all'ordine di carcerazione. La prima ipotesi di revoca del decreto sospensivo sarà disposta nel caso in cui, trascorso il termine perentorio di trenta giorni dalla notificazione del decreto, secondo quanto previsto dal comma 5 dell'art. 656 c.p.p., il condannato non abbia provveduto a presentare al pubblico ministero l'istanza necessaria ¹⁸⁶. La stessa revoca sarà disposta nel caso in cui l'istanza presentata dal condannato sia dichiarata inammissibile, o venga respinta, da parte del tribunale di sorveglianza ¹⁸⁷. A fianco a queste due ipotesi di revoca se ne affiancano altre tre, introdotte dalla legge 49/06, che, a differenza delle altre, sono rivolte soltanto ai condannati

¹⁸⁶ Cfr. F. Della Casa, G. Giostra, sub. Art. 656, *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Padova, 2015, p. 1107

¹⁸⁷ Ai sensi dell'art. 666 co.2, al condannato è data facoltà di ricorrere all'impugnazione sia dell'ordinanza di rigetto del tribunale di sorveglianza, che del decreto presidenziale di inammissibilità tramite ricorso per cassazione. Nella prima ipotesi, secondo quanto previsto dal comma 7 dell'art.666 c.p.p. è escluso che il ricorso abbia un effetto sospensivo, per cui il pubblico ministero procederà alla revoca immediata del decreto sospensivo anche in caso dell'eventuale impugnazione da parte condannato. In caso di impugnazione avverso il decreto presidenziale di inammissibilità invece, troverà applicazione il principio generale previsto dall'art. 588 co.1 c.p.p., e ciò comporterà la non procedibilità a revoca del precedente decreto sospensivo finché non si avrà l'esito del ricorso da parte della corte di cassazione. In proposito Cfr. P. Comucci, *La nuova fisionomia della detenzione domiciliare*, in A. Presutti, *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, Padova, 1999, p.212

tossico/alcol dipendenti ¹⁸⁸. Secondo quanto stabilito, la revoca sarà disposta nel caso in cui il condannato tossicodipendente, che ambisca alle misure previste dagli artt. 90 e 94 T.U. 309/90, abbia presentato un'istanza che sia risultata inammissibile " ai sensi degli art. 90 e seguenti del suddetto T.U. ¹⁸⁹ ". Il decreto sospensivo precedentemente emesso verrà revocato inoltre anche nel caso in cui il programma di recupero previsto dall'art.94 T.U. 309/90 non risulterà iniziato entro il termine perentorio di cinque giorni dalla data di presentazione dell'istanza, o nell'ulteriore caso in cui lo stesso programma risulterà interrotto. La conseguenza negativa legata sia al mancato inizio, che all'interruzione del programma di recupero, rispecchia la previsione dell'art. 94 co.1 T.U. 309/90, che dà la possibilità al condannato tossicodipendente di accedere all'affidamento terapeutico non soltanto nel momento in cui il soggetto abbia già in corso un programma, ma anche nell'ipotesi in cui questi abbia intenzione di sottoporvisi.

¹⁸⁸ F. Della Casa, G. Giostra, *Ordinamento, op.cit.*, p.1107

¹⁸⁹ Pare di non trovarsi di fronte ad un'effettiva novità, dato che già il 5° co. dell'art. 656 c.p.p., a seguito delle modifiche introdotte dal d.l. 341/00 (conv. In l. 4/01), prevedeva che il condannato dovesse essere avvisato che nel caso in cui l'istanza non fosse risultata munita della certificazione necessaria ai sensi degli articoli 91 c.2 e 94 c.1 del t.u. 309/90, la pena avrebbe avuto corso immediato.

5. Il regime riguardante i condannati agli arresti domiciliari

Il decimo ed ultimo comma dell'articolo 656 c.p.p. ha ad oggetto le peculiarità del regime sospensivo nei confronti dei condannati sottoposti agli arresti domiciliari. Secondo quanto prescritto dal suddetto comma infatti, nel caso in cui il soggetto condannato risulti sottoposto agli arresti domiciliari per il fatto oggetto della condanna da eseguire, e se la pena residua da espiare, determinata ai sensi del comma 4-*bis* dello stesso articolo, non risulti superare i limiti indicati dal comma 5, il pubblico ministero dovrà sospendere l'esecuzione dell'ordine di carcerazione e trasmettere, senza ritardo, gli atti al tribunale di sorveglianza affinché questo provveda alla eventuale applicazione di una delle misure alternative previste al co. 5. Oltre alla verifica riguardante l'entità della pena *espianda*, il pubblico ministero dovrà accertarsi che la condanna nei confronti del soggetto non riguardi uno dei delitti ostativi indicati al co. 9 lett. a) dell'art. 656 c.p.p.¹⁹⁰. Il soggetto condannato rimarrà nello stato detentivo fino alla decisione del tribunale di sorveglianza, ed il tempo corrispondente verrà

¹⁹⁰ A questa regola è però prevista un'eccezione secondo cui, infatti, il pubblico ministero dovrà sospendere l'ordine di esecuzione quando il soggetto, sottoposto a custodia domestica, ed essendo condannato per un delitto ostativo, risulti essere tossico/alcolodipendente, in quanto questi potrà invocare l'applicazione del trattamento di favore riservatogli dall'ultima parte del co.9 lett a) dell'art. 656 c.p.p.. Questa disposizione, infatti, introduce un'eccezione in riferimento al condannato per rapina aggravata (art. 628 co.3 c.p.) e per estorsione aggravata (art. 629 co. 2 c.p.) che, durante il processo, invece di essere sottoposto a custodia carceraria, viene posto ex art. 89 t.u. 309/90 agli arresti domiciliari in una struttura residenziale per iniziare (o proseguire) un programma terapeutico.

considerato come pena espiata a tutti gli effetti. Vi è inoltre la possibilità, per il tribunale di sorveglianza, di convertire gli arresti domiciliari direttamente in detenzione domiciliare. In relazione a tale opportunità sono state riscontrate alcune critiche. E' da osservare che la misura della detenzione domiciliare, in conversione degli arresti domiciliari, sembrerebbe apparire, sotto alcuni aspetti, uno strumento rivolto per lo più alla riduzione dei costi e del fenomeno del sovraffollamento. Dando uno sguardo, infatti, alle ipotesi di cui all'art. 656 comma 5 c.p.p., si nota come, nei trenta giorni utili per la presentazione dell'istanza per ottenere una misura alternativa, il soggetto esente dall'istituto ora descritto, dovrà adoperarsi al fine di dimostrare la propria volontà di tenere un comportamento consono alla misura richiesta, il che potrà sostanziarsi, ad esempio, nel cercare un'attività lavorativa, un domicilio, o nel procurarsi la documentazione necessaria. In questi casi, dunque, si richiede un certo impegno da parte dell'interessato, i cui risultati saranno poi oggetto di valutazione del tribunale di sorveglianza. Questo impegno però, non è richiesto nell'ipotesi di cui al co. 10 dell'art. 656 c.p.p. .

CONCLUSIONI

In principio, il meccanismo di accesso anticipato alle misure alternative alla detenzione, che fece ingresso nel nostro ordinamento sotto il nome di ‘ ‘ affidamento in prova terapeutico’ ’, costituì una soluzione rispondente ad un chiaro intento umanitario, costituendo un espediente alla carcerazione, ritenuta dannosa, per i soggetti tossico/alcol dipendenti che avessero intrapreso un programma di disintossicazione. La scelta di intervento diretta a consentire l’applicazione anticipata della nuova misura alternativa, ebbe lo scopo di ovviare all’incapacità degli istituti penitenziari di sostenere ed aiutare in maniera concreta tutti quei detenuti tossicodipendenti che si trovarono ad affollare le carceri del nostro Paese. L’esperienza infatti dimostrava che, l’esecuzione della pena detentiva, provocava in genere esiti dannosi, in quanto non risultava essere in grado di far ottenere un risultato paragonabile a quello di un programma di recupero svolto da comunità esterne al carcere. Era palese infatti che, per i condannati affetti da una dipendenza conclamata, risultasse impensabile riuscire a portare a termine con successo il proprio iter rieducativo senza prima aver risolto il grande problema provocato appunto dalla loro dipendenza. L’istituto in questione ha col tempo subito svariate modifiche, che hanno avuto come esito finale un vero e proprio stravolgimento di quella che era la sua logica d’origine. A cominciare dalla legge Gozzini del 1986 infatti, vennero ampliati i requisiti per l’affidamento in prova terapeutico, risultando sufficiente anche solo la mera “intenzione” di intraprendere un percorso di disintossicazione per l’applicazione anticipata della

misura, ed inoltre l'applicazione anticipata venne estesa anche ad altre misure alternative. Una svolta ancora più incisiva si ebbe successivamente con l'introduzione della legge Simeone del 1998, che rese "automatico" il meccanismo dell'accesso anticipato alle misure alternative provvedendo ad inserirne la disciplina direttamente all'interno del codice di procedura penale, andando a riformulare ed estendere quello che era l'art. 656, che, a seguito delle novelle apportate, arrivò a prevedere un obbligo in capo al pubblico ministero di sospendere l'ordine di esecuzione in riferimento a pene detentive brevi. L'intento di fondo era quello di sottrarre, quando possibile, al circuito carcerario, i soggetti condannati a pene detentive relativamente brevi, che possedessero i requisiti necessari per poter fruire di misure alternative alla detenzione. Con la propria azione, la legge Simeone, cercò di ovviare ad una situazione di disparità di trattamento tra detenuti che si era venuta a creare, tentando di affrontare il problema dello scarso accesso alle misure alternative da parte di quei soggetti economicamente deboli, che non riuscivano ad evitare il passaggio per il carcere, pur avendone diritto, essendo sprovvisti di un'adeguata assistenza legale. Con questo intervento, e con quelli che seguirono, senza dubbio, i soggetti condannati fruitori delle misure alternative aumentarono di gran numero. Allo stesso tempo però, iniziava a mutare anche il significato dell'osservazione, e quindi, della stessa esecuzione penitenziaria, andando pian piano ad assumere un ruolo non più centrale nell'esecuzione penale, in quanto, il risultato della valutazione del soggetto, che in precedenza avveniva dallo stato di detenzione, adesso, mutava in un giudizio direttamente dallo stato di libertà ¹⁹¹. Negli anni che

¹⁹¹ F. Canepa, S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*, 2010, pp. 243 ss

seguirono, il meccanismo in esame fu oggetto di ulteriori modifiche ed ampliamenti, susseguendosi questa volta per ovviare alla gravissima situazione creata dal sovraffollamento carcerario, e soprattutto per adempiere all'obbligo imposto al nostro Paese, condannato, da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, per aver violato l'art. 3 CEDU. Con quella che fu la nota Sentenza Torreggiani, infatti, che assunse il carattere di sentenza pilota, in capo al nostro Paese discese il dovere di porre fine, entro il termine prestabilito, alla violazione causata. Giunti a questo punto, è possibile effettuare una sorta di valutazione del criterio analizzato, cercando di evidenziare quelli che sono i punti di favore e quelli sfavorevoli dell'istituto in esame. Ciò che ha rappresentato il punto di forza del meccanismo di applicazione anticipata delle misure alternative è stato, senza dubbio, l'aver appurato che, il passaggio dal carcere per quei soggetti che, secondo una loro iniziativa, abbiano intrapreso la strada verso la risocializzazione durante il lungo lasso di tempo che in genere intercorre tra il momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna e la commissione del fatto-reato, non possa avere altro effetto che quello di rendere vani, e quindi annullare, i progressi raggiunti dal soggetto in termini di rieducazione. Da questo aspetto favorevole ne discende un altro molto preoccupante, che provoca una radicale modifica di quella che in teoria dovrebbe rappresentare l'originaria idea di pena carceraria, necessitante un periodo, anche minimo, di osservazione in istituto, nel quale il soggetto dovrebbe scontare parte della propria pena. Ciò che più di tutto rende negativo tale ultimo aspetto descritto è l'essere giunti all'idea di voler tendere ad evitare quanto più possibile l'accesso in carcere non più per le motivazioni d'origine, che col tempo hanno riconosciuto e

riscontrato nell'istituzione carceraria una sorta di "male", da evitare, nei confronti di determinati soggetti, quanto piuttosto l'aver assunto il significato di "rimedio", diretto a riuscire ad ovviare al problematico fenomeno del sovraffollamento, ed arrivando quindi ad evitare il più possibile gli ingressi in istituto, prevedendo per quasi tutte le categorie di condannati, escluse le ipotesi contemplate al comma 9 dell'art. 656 c.p.p., la possibilità di scontare la pena in modo alternativo, senza neanche prevedere un minimo periodo di osservazione in carcere. Il sistema sanzionatorio, che in teoria dovrebbe articolarsi e seguire un iter ben preciso, partendo della pena prevista dalla norma incriminatrice, seguita poi da quella inflitta dal giudice di cognizione ed arrivare infine a quella effettivamente scontata, subisce in questo modo una radicale rottura, e finisce col far apparire tutto il lavoro di restauro e di aggiustamento subito dal meccanismo dell'esecuzione penale effettuato dalla l. 165/98, come ad un vero e proprio svuotamento dei caratteri afflittivi della pena ¹⁹².

¹⁹² F. Canepa, S. Merlo, *Manuale, op. cit.*, pp. 243 ss

BIBLIOGRAFIA

AMBROSINI G. – MILETO P., *Le sostanze stupefacenti. Le misure di prevenzione*, Torino, 1989

BARGIS M. - CONSO G.- GREVI V., *Compendio di procedura penale*, VII ed., Padova, 2014

BECONI A. - FERRANNINI L., *Problemi di applicazione delle misure alternative alla detenzione del tossicodipendente*, in *Questione Giustizia*, 1986, n. 4

BERNASCONI A., *Affidamento in prova e semilibertà nell'epoca post-rieducativa*, in *Esecuzione penale e alternative penitenziarie* (a cura di Presutti A.), Padova, 1999

BERNASCONI A. - in BARGIS M. (a cura di), *Il decreto <<antiscarcerazioni>>*, Torino, 2001

BRAGHINI S., *Le misure alternative alla detenzione: dalla riforma dell'ordinamento penitenziario alle attuali applicazioni legislative*, in *www.mondodiritto.it* , Rivista n. 369

BRUNETTI C. – ZICCONI M., *Manuale di diritto penitenziario*, Piacenza, 2005

CANEPA M. - MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010

CANEVELLI P., *L'esecuzione della pena*, in *Giustizia Penale.*, 1995

CANEVELLI P., *Prime riflessioni sulla legge Simeone*, in *Cassazione Penale.* 1998

CAPRIOLI F. – VICOLI D., *Procedura penale dell'esecuzione*, II ed., Torino, 2011

CATELANI G., *Manuale dell'esecuzione penale*, Milano, 1987

CERESA GASTALDO M., *Tempi duri per i legislatori liberali*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 luglio 2014

COMUCCI P., *La nuova fisionomia della detenzione domiciliare*, in A. Presutti, *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, Padova, 1999

CONCATO G., *Educatori in carcere*, Milano, 2002

CORBI F., *L'affidamento in prova con finalità terapeutiche: un nuovo sostituto della pena detentiva*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986

DAGA L., *L'evoluzione normativa e la situazione penitenziaria dopo la riforma del 1986*, in *Quaderni del Consiglio superiore della magistratura*, 1995, n. 80

DALIA A. – FERRAIOLI M. (a cura di), *Sospensione della pena ed espiazione extra moenia, commento alla legge 27 maggio 1998, n.165 (c.d. legge Simeone)*, Milano, 1998

DELLA BELLA A., *Convertito in legge il “decreto carceri” 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 Settembre 2013

DELLA BELLA A., *Emergenza carceri e sistema penale, i decreti del 2013 e la sentenza della Corte Cost. n.32/2014*, Torino, 2014

DELLA CASA F., *Democratizzazione dell’accesso alle misure alternative e contenimento della popolazione carceraria: le due linee-guida della nuova legge sull’esecuzione della pena detentiva: [commentario alla] L. 27/5/1998 n. 65*,
in *Legislazione penale*, 1998

DELLA CASA F., *La magistratura di sorveglianza*, II ed., Torino, 1998

DELLA CASA F., in V. Grevi, G. Giostra, F. Della Casa, *Ordinamento penitenziario commentato, vol II*, Padova, 2011

DELLA CASA F. – GIOSTRA G., *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Padova, 2015

DI GENNARO G. – LA GRECA G., *La droga, traffico, abusi, controlli*, Milano, 1992

DI GENNARO G. – LA GRECA G., *La questione droga. Commento al testo unico 9 ottobre 1990, n. 309*, Milano, 1999

DI GENNARO G. – BREDI R. – LA GRECA G., *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione, II ed*, Milano

DOLCINI E., *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2007

D'ONOFRIO M. - SARTORI M., *Le misure alternative alla detenzione*, Milano, 2004

FASSONE E., *Commento all'art. 4 ter del D.L. 22/4/1985 n. 44, convertito nella legge 21/6/1985 n. 297*, in *Legislazione penale*, 1986

FASSONE E. – BASILE T. – TUCILLO G., *La riforma penitenziaria*, Jovene, Napoli, 1987

FIorentin F., *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione. Norma e giurisprudenza ragionata*, Milano, 2013

FIorentin F., *Sovraffollamento carcerario: urgenti le riforme*, in *Guida al diritto*, n. 27, 2013

FLORA G., *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*,
L. 10 ottobre 1986, n.663, Milano, 1987

GAITO A. – RANALDI G., *Esecuzione penale*, Milano,
2005

GIARDA A. – SPANGHER G., *Codice di procedura penale
commentato*, tomo III, IV ed., Milano, 2010

GRASSO G., *L'affidamento in prova del tossicodipendente e
dell'alcool dipendente*, in *Legislazione penale*, 1987

GRASSO G., *Misure alternative alla detenzione*, in G.
Vassalli (a cura di), *Dizionario di diritto e procedura penale*,
Milano, 1986

GREVI V. – GIOSTRA G. – DELLA CASA F. (a cura di),
Ordinamento penitenziario, Padova, 2006

GREVI V., *Scelte di politica penitenziaria e ideologie del
trattamento nella l. 10 ottobre 1986, n. 663*, in Grevi (a cura
di), *L'ordinamento penitenziario*, Padova, 1994

GUAZZALOCA B., *L'esecuzione della pena del tossicodipendente*, in G. Insolera (a cura di), *Le sostanze stupefacenti*, Torino, 1998

LARONGA A., *L'art. 275, co. 2°-bis, c.p.p.: una nuova preclusione all'impiego della custodia cautelare in carcere*, in www.questionegiustizia.it, 6 ottobre 2014

LA GRECA G., *La riforma penitenziaria a venti anni dal 26 Luglio 1975. I) Linee generali e sviluppo*, in *Dir. Pen. E Proc.*, 1995

NEPPI MADONA G., *Premessa al commento del D.L. 22/4/1985 n.144, convertito in legge 21/6/1985 n.297*, in *Legislazione penale*, 1986

PRESUTTI A., *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, Padova, 1999

PRESUTTI A., *Legge 27 maggio 1998 n. 165 e alternative penitenziarie: la pena rinnegata*, in *Esecuzione penale e alternative penitenziarie* (a cura di Presutti A.), Padova, 1999

PRESUTTI A., *Una alternativa in crisi di identità ovvero l'affidamento in prova dopo la legge 27 maggio 1998, n. 165*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2000

PULITANO' D., *Il messaggio del presidente Napolitano e le politiche penali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 ottobre 2013

PULVIRENTI A., *Dal giusto processo alla giusta pena*, Torino, 2008

STOCCO R., *L'affidamento in prova al servizio sociale*, in Flora G. (a cura di), *Le nuove norme sull'ordinamento penitenziario*, Milano, 1987

VIGANO' F., *Pubblicato ed entrato in vigore un decreto legge sul risarcimento dei detenuti vittima di sovraffollamento (con una importante e problematica modifica in materia di custodia cautelare in carcere)*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 Giugno 2014

VIGANO' F., *Una norma da eliminare: l'art. 8 del d.l. 92/2014*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 Luglio 2014

RINGRAZIAMENTI

Giunta alla fine di questo cammino vorrei fare dei sentiti ringraziamenti.

Ringrazio innanzitutto il mio relatore, il prof. Luca Bresciani, per la disponibilità, professionalità e la cortesia dimostratemi durante la stesura di questa tesi, e per avermi guidata con i suoi preziosi consigli.

Ringrazio i miei genitori, che oltre ad avermi dato la possibilità di intraprendere un percorso di studi così importante, mi hanno sempre sostenuta e incoraggiata, non smettendo mai di credere in me.

Ringrazio poi chi ha scelto di starmi a fianco fino alla fine, sia da vicino che da lontano, supportandomi e sopportando i miei difetti, le mie ansie e le mie incertezze, ed è giunto fin qui insieme a me, a gioire di questo traguardo, che spero possa rappresentare per me un trampolino verso il futuro.