



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SASSARI**

**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**

**Corso di Laurea Magistrale a Ciclo Unico in Giurisprudenza**

---

**LA DETENZIONE DOMICILIARE**

**Relatore:  
Prof.ssa Paola Sechi**

**Laureanda:  
Maria Chiara Calvia**

---

**ANNO ACCADEMICO 2018/2019**

# *Indice*

## *Capitolo I*

### **LE MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE**

1. La funzione della pena.....	5
2. Le misure alternative alla detenzione: inquadramento generale....	28
2.1 Accesso alle misure alternative alla detenzione.....	39
3. Stranieri e misure alternative alla detenzione:.....	54
3.1 La posizione dei condannati “comunitari”.....	54
3.2 ...E quella dei condannati extracomunitari.....	70
4. Limiti e preclusioni all’accesso alle misure alternative alla detenzione.....	88

## *Capitolo II*

### **LA DETENZIONE DOMICILIARE**

1. Introduzione della misura.....	103
2. Presupposti.....	108

2.1 Detenzione domiciliare per il condannato ultrasettantenne, (art 47-ter, comma 01 O.P.).....	112
2.2 Detenzione domiciliare per motivi di salute, famiglia o studio, (art 47-ter, comma 1 O.P.).....	115
2.2.1 Art. 47-ter comma 1 lettera a).....	117
2.2.2 Art. 47-ter comma 1 lettera b).....	121
2.2.3 Art. 47-ter comma 1 lettera c).....	125
2.2.4 Art. 47-ter comma 1 lettera d).....	130
2.2.5 Art. 47-ter comma 1 lettera e).....	131
2.3 Detenzione domiciliare “generica” , (art. 47-ter, comma 1- bis O.P.).....	134
2.4 Detenzione domiciliare “umanitaria”, (art 47-ter, comma 1- ter O.P.).....	143
3. La detenzione domiciliare in casi particolari.....	153
3.1 Misure alternative nei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, (art. 47-quater O.P.).....	153

3.2 La detenzione domiciliare speciale, art 47- <i>quinquies</i> (O.P.).....	162
3.3 La detenzione domiciliare per i collaboratori di giustizia.....	178
4. Esecuzione presso il domicilio di pene non superiori ai 18 mesi (Legge 26 novembre 2010 n. 199).....	189
4.1 Esecuzione presso il domicilio di pene detentive non superiori ai diciotto mesi (Decreto-Legge 17 marzo 2020, n. 18)...	194

### ***Capitolo III***

#### **APPLICAZIONE DELLA MISURA**

1. Modalità di accesso alla misura.....	199
2. Contenuto e modalità di esecuzione della detenzione domiciliare.....	202
2.1 il c.d. braccialetto elettronico.....	206
3. Revoca e sospensione della detenzione domiciliare.....	209

## *Capitolo IV*

### **ESECUZIONE PENALE E MINORI**

1. Detenzione domiciliare e sistema penitenziario minorile.....	214
<i>Bibliografia</i> .....	243
<i>Fonti normative</i> .....	252
<i>Giurisprudenza</i> .....	254

# *Capitolo I*

## **LE MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE**

### **1. La funzione della pena**

La sanzione penale è la reazione dell'ordinamento alla violazione di un obbligo, con la conseguenza di comportare una limitazione dei diritti nei confronti del trasgressore.

Il problema della pena, nel corso dei secoli dell'evoluzione del diritto penale, è sempre stato tra i più drammatici.

La pena detentiva trova la sua origine in epoca moderna, nel Settecento, è nata dal mondo degli illuministi con l'idea della pena utile, della pena giusta, destinata a realizzare la personalità dell'uomo.<sup>1</sup> Fin dai tempi più antichi il sistema penale si è caratterizzato per l'offerta di un catalogo di sanzioni piuttosto variegato che sostanzialmente ignorava o poneva agli estremi margini il carcere. Il carcere nell'epoca

---

<sup>1</sup> T. PADOVANI, *La pena carceraria*, Pisa, 2014, p. 17.

precedente alla riforma moderna del diritto penale non si configurava quale luogo di esecuzione della pena. Esso consisteva unicamente in un luogo di passaggio temporaneo in cui venivano condotti coloro in attesa di essere processati o in attesa dell'applicazione della punizione.<sup>2</sup>

L'offerta punitiva antecedente al periodo illuministico poteva essere distinta in pene corporali e incorporali. Le pene corporali a loro volta si dividevano in pene capitali e non capitali. Le pene capitali corporali comportavano l'estinzione biologica o civile del soggetto nei modi più disparati: nel primo caso vi rientra la pena di morte realizzata attraverso diverse modalità, ricordando tra le più praticate l'impiccagione, la decapitazione, il rogo; l'estinzione civile comportava invece l'esclusione del soggetto dalla società attraverso la deportazione che poteva consistere nell'esilio perpetuo o nel confino ad un determinato territorio. Le pene corporali non capitali non comportavano la soppressione del soggetto e si caratterizzavano per essere da un lato afflittive,

---

<sup>2</sup>R. FESTA, *Il carcere e la pena*, in [www.ristretti.it](http://www.ristretti.it), 2008.

consistendo nell'amputazione di un membro del corpo, dall'altro infamanti quali la frusta, la gogna o il bollo<sup>3</sup>.

Le pene incorporali, viceversa, non provocavano una sofferenza fisica o psicologia del soggetto e consistevano esclusivamente in sanzioni interdittive o pecuniarie.<sup>4</sup>

Tutte le modalità di esecuzione delle pene corporali richiamavano la presenza della collettività. La pena di morte avveniva in pubblico, così come la gogna e il bollo. La gente doveva sapere, doveva assistere, doveva vedere, perché solo in questo modo poteva essere rassicurata e allo stesso tempo intimidita. La pena detentiva non poteva trovare spazio in questo sistema normativo, in quanto incompatibile con le idee di fondo che ispiravano il senso della punizione.

E' nel 1700, con l'avvento dell'illuminismo che cambia il concetto di pena, di punizione, nascendo l'idea che la funzione della pena non è infliggere all'autore del delitto la stessa sofferenza che egli ha inflitto. La funzione della pena si

---

<sup>3</sup> La frusta condivideva anche un aspetto corporeo, dato che consiste nell'infliggere vergate nella schiena del condannato. La gogna e il bollo consistevano nell'esposizione al pubblico del condannato con cartelli recanti la condanna stessa per un periodo determinato, in modo che la comunità potesse conoscere ciò che il condannato aveva commesso.

<sup>4</sup> T. PADOVANI, *La pena carceraria*, cit., p. 24.



risolve nell'esigenza di prevenire il danno sociale e il senso del diritto penale sta nel fare in modo che la società si senta protetta, tutelata dall'accadere di fatti che ledono o pongono in pericolo i diritti. L'esigenza di prevenire la commissione di fatti socialmente dannosi presuppone una certa proporzionalità tra l'entità della pena e la gravità del reato affinché il sistema sia efficace; diversamente, un sistema che punisca in eccesso risulterà inefficace, poiché finirebbe con l'incentivare le più gravi forme di criminalità.<sup>5</sup> I tre poli - legittimazione del diritto di punire in funzione del danno sociale, scopo preventivo della pena e proporzionalità - sono uniti da un nesso di interdipendenza: l'uno non può prescindere dall'altro. Sono questi i tre pilastri necessari per reggere il sistema penale.

Su questo orientamento gli illuministi sembravano aver individuato nella detenzione la pena perfetta, perché si tratta di una pena che consente la massima gradualità e quella attività rieducativa che è lo scopo principale della sanzione penale.<sup>6</sup> E' da questo momento storico che la detenzione diviene "il baricentro del sistema penale, nel senso che governa e

---

<sup>5</sup> T. PADOVANI, *La pena carceraria*, cit., p. 44.

<sup>6</sup> T. PADOVANI, *La pena carceraria*, cit., p. 44 .

condiziona l'intero equilibrio del sistema, che sulla pena carceraria si regge.”<sup>7</sup>

Anche oggi la pena detentiva, quale *species* del *genus* della sanzione penale, non è certo una pena “leggera”. Resta, infatti, fulcro centrale del sistema sanzionatorio il carcere, che comporta la restrizione di uno dei principali diritti fondamentali della persona: la libertà<sup>8</sup>.

In materia, il profilo su cui la dottrina ha sempre maggiormente discusso e si è più concentrata, riguarda la funzione della pena, ossia quale fine l'inflizione della sanzione persegua. Nel corso del tempo sono tre le teorie che si sono sviluppate: 1. La teoria retributiva, 2. La teoria generalpreventiva, 3. la teoria specialpreventiva.

1. Secondo la teoria retributiva, la pena si legittima come un male inflitto dallo Stato per compensare, e quindi retribuire, il male che un uomo ha inflitto a un altro uomo o alla Società. Si configura come il corrispettivo del male inflitto. Tale teoria nella sua forma più primitiva e pura

---

<sup>7</sup>T. PADOVANI, *La pena carceraria*, cit., p. 12.

<sup>8</sup>A. CADOPPI- P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, Padova, 2014, p. 458.

assumeva la denominazione di “Legge del Taglione”, “Occhio per occhio, dente per dente”.

Si tratta di una teoria assolutamente disinteressata agli effetti della pena, essa non persegue nessun fine, si punisce perché è giusto e non perché la pena sia volta a raggiungere un obiettivo: per questi motivi è designata dalla dottrina come una teoria assoluta.<sup>9</sup>

2. La teoria generalpreventiva configura la pena come mezzo per orientare le scelte di comportamento della generalità dei suoi destinatari, i componenti di una collettività. Ha un effetto dissuasivo, attraverso la minaccia della sanzione penale, a cui si assegna la funzione della contropinta psicologica, si tende a ottenere la neutralizzazione delle spinte a delinquere dei consociati.

3. La teoria specialpreventiva concepisce la pena come strumento per prevenire che l'autore del reato in futuro delinqua nuovamente. Tale funzione può essere assolta attraverso tre forme: la risocializzazione, che consiste

---

<sup>9</sup> G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2015, p. 4.

nell'aiutare il condannato a inserirsi o reinserirsi nella società nel rispetto della legge; nella forma dell'intimidazione, nei confronti di quei condannati per la quale la pena non può essere strumento di risocializzazione; nella forma della neutralizzazione, che si attua quando il condannato non è suscettibile né di risocializzazione, né di intimidazione. In tal caso quindi l'unico obiettivo che la pena può perseguire nei suoi confronti è renderlo inoffensivo, o per lo meno rendere difficile la commissione di nuovi reati.<sup>10</sup>

Il codice Rocco emanato nel 1930 accoglieva nella sua impostazione originaria la teoria retributiva della pena, introducendo anche il c.d. "doppio binario", cioè accanto alle pene inflitte dal legislatore per la commissione del reato, la cui inflizione dipendeva dalla gravità del reato commesso, si affiancavano le misure di sicurezza, la cui applicazione prescindeva dalla tipologia di reato commesso, ma dipendeva dalla pericolosità sociale del reo, cumulandosi alla pena già inflitta.

---

<sup>10</sup> G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit. p. 4.

La concezione della pena cambiò con l'entrata in vigore della Costituzione nel 1948, e in particolare con l'introduzione dell'art. 27, il quale prevede nel comma 3 che *“Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.”*

Il primo principio preso in considerazione dall'art 27 comma 3 Cost. è il c.d. principio di umanizzazione della pena. La norma prevede infatti che *“Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità”*, principio rinvenibile anche nell'art. 3 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo che proibisce la tortura e i trattamenti o pene disumani e degradanti.<sup>11</sup> Tale divieto rappresenta uno dei traguardi più importanti delle Società moderne ed un elemento costante in tutti gli strumenti internazionali di tutela dei diritti dell'uomo.<sup>12</sup> La Corte di Strasburgo ne ha ribadito l'importanza definendolo *“un principio fondamentale delle*

---

<sup>11</sup> “Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti”, art. 3 CEDU.

<sup>12</sup> A. GORI, *L'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in [www.adir.unifi.it](http://www.adir.unifi.it), 2015.

*società democratiche*”<sup>13</sup>; il divieto di tortura e di pene inumane e degradanti è stato poi ribadito nell’art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea. Il principio in discorso, nel momento dell’esecuzione della pena, rafforza la tutela accordata al valore della persona, di cui vanno tutelati sempre e in ogni caso i diritti inviolabili, anche nella particolarissima condizione carceraria.<sup>14</sup> Così il principio di umanità trova concreta applicazione attraverso il divieto di pene crudeli come le pene corporali. All’umanità della pena è anche collegato il divieto della pena di morte di cui all’art. 27 comma 4 Cost.<sup>15</sup>

In fedele attuazione di tali principi, l’art. 1 della Legge n. 354 del 1975, di riforma dell’Ordinamento Penitenziario, afferma che *“il trattamento penitenziario deve essere*

---

<sup>13</sup> Questa espressione è stata utilizzata dai giudici di Strasburgo per la prima volta nel caso *Soering c. Regno Unito* del 7 luglio 1989, riguardante il caso di un’extradizione di un cittadino tedesco negli Stati Uniti, paese nel quale avrebbe subito una condanna alla pena di morte per aver commesso un omicidio. I giudici nella sentenza, dopo aver definito l’art. 3 “principio fondamentale”, ne hanno riconosciuto l’importanza, affermando che esso rappresenta uno standard accettato a livello internazionale, come si evince dal *Patto internazionale del 1966 sui diritti civili e politici* e dalla *Convenzione americana sui diritti umani 1969*. A partire dal 1989, i giudici hanno cristallizzato questo principio, dapprima in maniera più sporadica, poi sempre più sistematica, fino a richiamare il carattere fondamentale dell’art. 3 all’interno dei principi generali posti a base delle sentenze rese. A. GORI, *L’art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, cit.

<sup>14</sup> I. NICOTRA, *Pena e reinserimento sociale*, in [www.dirittopenitenziarioecostituzione.it](http://www.dirittopenitenziarioecostituzione.it), 2014.

<sup>15</sup> A. CADOPPI- P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, cit., pp. 459-460.

*conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona”.*

Il secondo principio cui l’art. 27 comma 3 Cost. si riferisce è il finalismo rieducativo della pena. Si prevede infatti che *“la pena deve tendere alla rieducazione del condannato”*. Si tratta di una innovazione assoluta. Mentre infatti la sanzione penale era sempre stata intesa in senso “retributivo”, quale corrispettivo al comportamento socialmente dannoso posto in essere dal reo, ed in funzione “preventiva”, quale deterrente alla commissione di nuovi illeciti, in forza dell’art. 27 comma 3 Cost. la pena assume primariamente una connotazione di “recupero sociale”, finalizzata al reinserimento nella società del colpevole.

I principi costituzionali in materia penale delineano una cornice preordinata a bilanciare l’efficienza repressiva con la garanzia dei diritti fondamentali della persona. Invero, in una prima fase che può inquadrarsi tra il 1966 e il 1988, la Corte Costituzionale aveva interpretato in modo riduttivo il significato del finalismo rieducativo nella cornice di una

concezione “polifunzionale” della pena. In alcune decisioni ormai poco recenti la Consulta considerava l’obiettivo di risocializzazione come «marginale o addirittura eventuale» o comunque «cirscritto entro i limite del trattamento penitenziario».<sup>16</sup> Un esempio di questa linea interpretativa è offerto dalla Sentenza n. 12/1966, avente ad oggetto una questione relativa alla legittimità costituzionale delle pene pecuniarie, le quali, secondo il giudice remittente dovevano essere considerate intrinsecamente non conformi al principio della finalità rieducativa della pena, espresso nell’art. 27 Cost.

La Consulta nonostante abbia ritenuto infondato il dubbio di costituzionalità, ha esaminato a fondo il merito della questione giungendo a dichiarare che «la vera portata del principio rieducativo» emerge dalla lettura combinata dei due enunciati di cui si compone il terzo comma dell’art. 27 Cost., che formano un tutt’uno «chiaramente unitario, non dissociabile [...] in una prima e in una seconda parte separate e distinte tra loro»; i due principi sanciti nel testo dell’articolo non possono essere separati e distinti l’uno dall’altro, in

---

<sup>16</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 12/1966.



quanto solo insieme costituiscono i connotati della pena. Nel dispositivo della sentenza viene, infatti, sottolineato che «è arbitrario, innanzi tutto, il modo con cui viene presentato il terzo comma dell'art. 27 del quale l'ordinanza pone in esclusiva evidenza una parte tacendone del tutto l'altra. Invero, la norma non si limita a dichiarare puramente e semplicemente che “le pene devono tendere alla rieducazione del condannato”, ma dispone invece che “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato». Un contesto, quindi, secondo il Giudice delle Leggi, unitario, non divisibile in una prima e in una seconda parte, né tanto meno riconducibile ad una di esse soltanto. Si ribadisce ancora nella motivazione della sentenza che il principio della finalità rieducativa della sanzione penale, «dovendo agire in concorso con le altre funzioni della pena, non può essere intesa in senso esclusivo ed assoluto» e la rieducazione dev'essere quindi collocata «nell'ambito della pena, umanamente intesa ed applicata».

Con questo intervento la Consulta ha colto l'occasione per fornire l'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione in esame. Sulla base di tale interpretazione, nonostante sia riconosciuta un'importanza notevole alla rieducazione del condannato, questa è pur sempre allocata nell'ambito del trattamento penale, il quale non può avere per oggetto pene contrarie al senso di umanità.

La svolta ci fu con la Sentenza n. 313/1990, con la quale la Corte Costituzionale ha affermato che «la necessità costituzionale che la pena debba tendere a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue.»<sup>17</sup>

Certo è che anche a seguito di tale evoluzione non si può affermare che la rieducazione sia l'unico fine della sanzione. La pena continua ad esse concepita come polifunzionale, fra le sue finalità essenziali continua ad esservi

---

<sup>17</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 313/1990.

quella retributiva, in assenza della quale la pena cesserebbe di essere tale. Infatti nella stessa sentenza la Consulta ha affermato che «incidendo la pena sui diritti di chi v'è sottoposto non può negarsi che indipendentemente da una considerazione retributiva, essa abbia necessariamente anche caratteri in qualche misura afflittivi»<sup>18</sup>. Allo stesso modo è fuori dubbio che la pena presenti risvolti che ineriscono alla difesa sociale e anche «di prevenzione generale per quella certa intimidazione che esercita sul calcolo utilitaristico di colui che delinque»<sup>19</sup>.

Nonostante anche tali profili abbiano un fondamento costituzionale, non possono comunque autorizzare «il pregiudizio della finalità rieducativa, espressamente consacrata dalla Costituzione»<sup>20</sup>. Così la funzione rieducativa anche se non in esclusiva, è divenuta la funzione prevalente ed essenziale della pena.

La rieducazione deve consentire la risocializzazione del condannato, il suo inserimento nella società nel rispetto

---

<sup>18</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 313/1990.

<sup>19</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 313/1990.

<sup>20</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 313/1990.

della legalità. Si condivide dalla dottrina l'opinione secondo cui la rieducazione non può essere identificata *“col pentimento, l'emenda morale, spirituale, astrattamente possibile con qualsiasi pena ed in qualsiasi condizione carceraria. Ma la rieducazione va intesa come concetto di relazione, rapportabile alla vita sociale e che presuppone un ritorno del soggetto nella comunità, e quindi come risocializzazione”*. Tale opera di *“risocializzazione non può che concretarsi nell'ambito di uno Stato liberal-democratico in una solidaristica offerta di opportunità, cioè come creazione delle condizioni obiettive perché al soggetto sia data la possibilità di correggere la propria antisocialità, di adeguare il proprio comportamento alle regole sociali, di un progressivo reinserimento sociale”*.<sup>21</sup>

E' in quest'ambito che si inserisce l'art. 1 della Legge n. 354/1975, il quale, nella versione originaria, stabiliva nel comma 6 che, nei confronti dei condannati dovesse essere attuato un trattamento rieducativo volto, anche attraverso i

---

<sup>21</sup>F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, Padova, 2002, pp. 343-344.

contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi.<sup>22</sup>

Il legislatore con la riforma penitenziaria del 1975 abbandonò la logica della depersonalizzazione del trattamento che vigeva nella concezione del regolamento penitenziario del 1931, e che rifletteva una filosofia della pena afflittiva e mortificante, nella quale le modalità di esecuzione cadevano essenzialmente sulla dimensione organizzativa dell'amministrazione penitenziaria e sulle correlative esigenze di disciplina. Si cercò sulla base dell'orientamento *ex art. 27 Cost.* di valorizzare quegli elementi della personalità del detenuto che si riteneva potessero giovare ai fini del suo riadattamento sociale. Nel nuovo ordinamento la figura del detenuto è posta in primo piano, ed è in funzione di essa che è impostata, e dovrà realizzarsi la fase esecutiva. E' la figura del detenuto che assume un ruolo centrale nell'esecuzione della

---

<sup>22</sup>L' articolo è stato modificato dal D.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, la cui versione attuale nel comma 2 dispone: "Il trattamento tende, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale ed è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati."

sua pena proprio nella prospettiva della rieducazione, rendendola così personalizzata.<sup>23</sup>

Perseguendo il fine rieducativo, il trattamento deve svolgersi attraverso l'istruzione; la formazione professionale, il lavoro - che non ha carattere afflittivo ed è remunerato -; la partecipazione a progetti di pubblica utilità; la religione; lo sport; una particolare importanza assumono le attività culturali e ricreative poiché svolgono un ruolo fondamentale nella socializzazione tra persone che condividono una situazione di "convivenza forzata", e favoriscono la creazione di un clima pacifico. Tra queste, le più diffuse sono il teatro, laboratori di lettura e scrittura, laboratorio di cinema e l'arte. Le attività sono diverse e diversificate, nel tentativo di individualizzare i percorsi di reinserimento sociale dei detenuti.<sup>24</sup> Il reinserimento sociale è inoltre attuato agevolando i contatti dei condannati con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia.<sup>25</sup>

Tale ultimo scopo è realizzato, oltre che con la disciplina dei

---

<sup>23</sup> A. SALVATI, *L'evoluzione della legislazione penitenziaria in Italia*, in *Rivista elettronica Amministrazione in Cammino*, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it), 2009.

<sup>24</sup> C. ANTONUCCI- V. SCOGNA, *Le attività sportive e culturali in carcere*, in [www.antigone.it](http://www.antigone.it), 2018.

<sup>25</sup> Art. 15 Legge n. 354/1975.

colloqui visivi e telefonici, con la disciplina dei permessi premio , concessi ai condannati che *“hanno tenuto regolare condotta”* e che *“non risultano essere socialmente pericolosi”*. Al permesso premio la Corte riconosce un’importante funzione rieducativa, in quanto «consente al condannato un iniziale reinserimento nella società».<sup>26</sup>

E’ opportuno sottolineare la stretta correlazione tra il comma 1 dell’art. 27 Cost., con il comma 3 dello stesso articolo enunciata dalla Consulta con la sentenza n. 364/1988<sup>27</sup> con la quale la Corte ha riconosciuto espressamente che *“responsabilità personale”* ex art. 27 Cost. è sinonimo di responsabilità per fatto proprio colpevole, e con la stessa sentenza ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 5 c.p. «nella parte in cui non esclude dall’inescusabilità dell’ignoranza della legge penale l’ignoranza inevitabile».

Con la sentenza sopracitata per la prima volta oltre ad essere stato costituzionalizzato il principio di colpevolezza, lo si descrive come strettamente correlato al finalismo

---

<sup>26</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 504/1995.

<sup>27</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 364/1988.

rieducativo della sanzione penale. Afferma infatti la Corte che «il 1° e 3° comma vanno letti in stretto collegamento: essi infatti, seppur enunciando diversi principi, costituiscono un'unitaria presa di posizione in relazione ai requisiti subiettivi minimi che il reato deve possedere perché abbiano un significato gli scopi di politica criminale enunciati, particolarmente nel 3° comma. (...) E' quest'ultimo che svela, ove ve ne fosse bisogno l'esatto significato e la precisa portata che il principio della responsabilità penale personale assume nella Costituzione». Infatti, «collegando il primo al terzo comma dell' art. 27 Cost., agevolmente si scopre che, comunque si intenda la funzione rieducativa della pena, essa postula almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica. Non avrebbe senso la 'rieducazione' di chi, non essendo almeno in colpa rispetto al fatto, non ha certo bisogno di essere 'rieducato'. Soltanto quando alla pena venisse assegnata esclusivamente una funzione deterrente (ma ciò è sicuramente da escludersi nel nostro sistema costituzionale, data la grave strumentalizzazione che subirebbe la persona umana) potrebbe



configurarsi come legittima una responsabilità penale per fatti non riconducibili alla predetta colpa dell'agente».<sup>28</sup>

Da ciò deriva in primo luogo che l'ignoranza della disposizione penale che non sia ascrivibile alla volontà del soggetto interessato non può comportare la sua punibilità, anzi questa è esclusa per ciò solo.

In secondo luogo, comporta che «si risponde penalmente soltanto per il fatto proprio, e per 'fatto proprio' non s'intende semplicemente fatto connesso al soggetto, all'azione dell'autore dal mero nesso di causalità, ma per fatto proprio si intende fatto commesso in presenza della prevedibilità ed evitabilità del risultato vietato con dolo, o almeno in colpa dall'agente»<sup>29</sup>.

Nella fase dell'esecuzione della pena la ricerca della rieducazione del condannato incontra una serie di limiti. In primo luogo l'opera di rieducazione non può essere condotta coattivamente. Perché infatti sia salva la dignità dell'uomo<sup>30</sup> e perché la pena sia rispettosa del principio di umanità ai sensi

---

<sup>28</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 364/1988.

<sup>29</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 364/1988.

<sup>30</sup> Art. 3 Cost.

dell'art. 27 comma 3 Cost.<sup>31</sup>, la rieducazione deve assumere la forma dell'offerta di aiuto e non di trasformazione coattiva della personalità. L'attività rieducativa deve inoltre cedere il passo alla neutralizzazione del condannato, qualora questi non risulti essere suscettibile né di essere reinserito nella società attraverso l'esecuzione della pena, né appaia sensibile ai suoi effetti di intimidazione-ammonimento. In tal caso ciò che giustifica l'esecuzione della sanzione risiede unicamente nella difesa della società dal rischio che il detenuto delinqua nuovamente.<sup>32</sup>

Le linee della politica penale e della risocializzazione hanno trovato attuazione in Italia per la prima volta con la Legge 26 luglio 1975, n. 354, recante “*Norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*”, che segnò una svolta storica della legislazione penitenziaria, in quanto sostituì definitivamente il regolamento carcerario fascista del 1931, *corpus* di norme che vedeva nelle privazioni e nelle sofferenze fisiche gli strumenti per favorire il pentimento e la rieducazione del reo. Vennero

---

<sup>31</sup> Ove si legge che “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità”.

<sup>32</sup> G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p.18.

introdotte in sostituzione di esse un complesso di disposizioni fortemente orientate verso la funzione specialpreventiva della pena e verso il rispetto della dignità del detenuto come sancito dall'art. 27 Cost.

La Legge n. 354/1975 è divisa in due titoli, “*Trattamento*” e “*Organizzazione*”. Tra le novità principali rispetto al sistema precedente si menziona l'art. 1 O.P. che dispone che “*Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona*” evidenziando il concetto di umanizzazione della pena.<sup>33</sup> Fondamentale al riguardo è anche l'art. 4 O.P. che assicura ai detenuti l'esercizio personale dei loro diritti anche se si trovano in stato di interdizione legale, riconoscendo così al detenuto una propria soggettività giuridica. Novità è il trattamento individualizzato: la legge prescrive l'osservazione scientifica della personalità del condannato così da costituire un programma individuale che risponda ai bisogni e necessità dell'indole del detenuto.

---

<sup>33</sup> L' articolo è stato modificato dal D.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, la cui versione attuale nel comma 2 dispone: “Il trattamento tende, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale ed è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati.”

L'osservazione è prescritta all'inizio dell'esecuzione e nel corso di essa, ed è sulla base di tale valutazione che è deciso un eventuale accesso da parte del soggetto ai benefici penitenziari, tra i quali in particolare le misure alternative alla detenzione.<sup>34</sup> Proprio al fine dell'osservazione scientifica della personalità, la riforma del 1975 prevede l'inserimento all'interno del carcere di nuove figure professionali tra cui esperti in psicologia, servizio sociale, psichiatria, pedagogia, criminologia clinica, essenziali e artefici del percorso rieducativo.<sup>35</sup>

Fondamentale menzionare ancora per l'importanza che assumono nel raggiungimento dell'obiettivo risocializzante l'istruzione, il lavoro, il coinvolgimento della società curando i rapporti del detenuto con la comunità esterna all'istituto penitenziario.

---

<sup>34</sup> A. ZEPPI, *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, in [www.ambientediritto.it](http://www.ambientediritto.it), 2004.

<sup>35</sup> A. SALVATI, *L'evoluzione della legislazione penitenziaria in Italia*, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it), 2009.

## **2. Le misure alternative alla detenzione: inquadramento generale**

Tra le novità introdotte dalla Legge 26 luglio 1975, n. 354, la più importante è sicuramente l'introduzione delle misure alternative alla detenzione. Si tratta di strumenti extramurari attraverso i quali viene teoricamente perseguita la risocializzazione.

Il primo fattore che ha indotto il legislatore all'introduzione delle misure alternative è sicuramente arginare l'azione desocializzante del carcere nei confronti dei condannati a una pena di lieve entità, risparmiando a chi vi faccia ingresso gli effetti negativi, quali l'annientamento della personalità e il contagio criminale.<sup>36</sup> Come più volte affermato dalla dottrina si deve a tale prima riforma il passaggio da una concezione "carcerocentrica" in cui la detenzione veniva considerata come unico strumento idoneo per "punire" il condannato, all'introduzione nell'ordinamento giuridico italiano di modalità di espiazione della pena all'esterno delle mura penitenziarie, aiutando così a porre in discussione la centralità della pena detentiva all'interno dell'apparato punitivo, in quanto considerata non più essenziale per perseguire gli obiettivi posti dall'art 27 comma 3 Cost.

---

<sup>36</sup> G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit. p. 657.

Il secondo fattore che ha indotto il legislatore alla nuova introduzione si individua nell'esigenza avvertita soprattutto negli anni '70, di attenuare le pene previste dal Codice Rocco, mitigandole sia dal punto di vista quantitativo attraverso l'introduzione della liberazione condizionale, sia sotto il profilo qualitativo attraverso l'introduzione del regime di semilibertà e dell'affidamento in prova.

Terzo fattore, la centralità della pena detentiva su cui si fondava il Codice Rocco aveva presto fatto emergere il problema del sovraffollamento carcerario. Perciò fu affiancata alla funzione risocializzante delle misure alternative quella deflattiva, riduttiva della popolazione carceraria.

Le misure alternative alla detenzione sono suscettibili di applicazione unicamente nei confronti dei destinatari di una sentenza definitiva, e consentono l'esecuzione della pena al di fuori dell'istituto penitenziario. Esse non ampliano il catalogo delle sanzioni penali, ma si sovrappongono alla detenzione inflitta con la sentenza di condanna<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> F. DELLA CASA, *Misure alternative alla detenzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2010, p. 817.

Alle misure alternative è dedicato, all'interno della Legge n. 354/1975, nel titolo I il capo VI, appunto intitolato “*Misure alternative alla detenzione e remissione del debito.*”

Come anticipato, in origine la normativa prevedeva unicamente tre tipologie di misure extramurarie: l'affidamento in prova, il regime di semilibertà e la liberazione anticipata.

Nel corso del tempo la disciplina ha subito numerose modifiche volte ad affrontare le esigenze del contesto temporale.

Un primo intervento di modifica dell'impianto originario della riforma si ebbe con la Legge 21 giugno 1985, n. 297 intitolata “*Norme sulla prevenzione e reinserimento in materia di tossicodipendenza*”, la quale ha introdotto nell'Ordinamento Penitenziario l'art 47-*bis*. La norma introduceva l'affidamento in prova in casi particolari, riservato ai tossicodipendenti e alcooldipendenti e disponeva a differenza di quanto previsto dalla disciplina ordinaria, la possibilità di concedere l'affidamento in prova fin dal momento della condanna<sup>38</sup>.

Una successiva riforma intervenne con la Legge 10 ottobre 1986, n. 663, nota come Legge Gozzini, che oltre ad inserire tra le misure già esistenti la detenzione domiciliare nell'art 47-*ter* O.P.,

---

<sup>38</sup> M. D'ONOFRIO- M. SARTORI, *Misure alternative alla detenzione*, Milano, 2004, pp. 9-10.

modificò l'impianto legislativo originario, prevedendo delle ipotesi di applicazione di misure al condannato ancora in stato di libertà, senza che fosse richiesto un precedente periodo di esecuzione carceraria; introdusse inoltre il nuovo beneficio dei permessi premio.

Nuovi interventi legislativi ci furono agli inizi degli anni novanta, ove a causa degli eventi culminati negli attentati ai magistrati Falcone e Borsellino, l'ampliamento dei benefici penitenziari lasciò spazio a regimi di maggior rigore, necessari per la lotta contro la criminalità organizzata particolarmente attiva in quegli anni. Si fa riferimento alla Legge 19 marzo 1990, n. 55 intitolata "*Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazioni di pericolosità sociale*" e soprattutto alla Legge 12 luglio 1991, n. 203 intitolata "*Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa*", che introdusse nell'Ordinamento Penitenziario l'art 4-bis O.P., precludendo l'accesso ai benefici penitenziari a condannati per associazione mafiosa o per sequestro di persona, con l'unica eccezione prevista per la liberazione anticipata garantita a tutti i detenuti indistintamente.<sup>39</sup> Dopo appena un

---

<sup>39</sup> M. D'ONOFRIO- M. SARTORI, *Misure alternative alla detenzione*, cit. pp.10-11.



anno dall'introduzione dell'articolo in esame, questo è stato oggetto di modificazioni apportate dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in Legge 7 agosto 1992, n. 356, il quale oltre ad introdurre il presupposto della collaborazione con l'autorità giudiziaria come requisito necessario per la fruibilità dei benefici penitenziari da parte dei condannati per i reati ostativi c.d. di "prima fascia", è intervenuto sull'art. 41-*bis* O.P. introducendo il comma 2 con il quale ha stabilito la possibilità di sospendere nei confronti dei detenuti o internati, che abbiano commesso uno dei delitti sanciti nell'art. 4-*bis* comma 1 O.P. l'applicazione di alcuni istituti previsti nella legge sull'Ordinamento Penitenziario che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza qualora vi sia il fondato motivo di ritenere che tali soggetti abbiano ancora delle relazioni con l'organizzazione criminale a cui appartenevano. La *ratio* è quella di recidere ogni collegamento tra il condannato e il mondo libero esterno, al fine di evitare e di conseguenza indebolire i contatti con l'organizzazione criminale, ponendo così il soggetto in una condizione di vero e proprio isolamento. Emerge come l'art. 41-*bis* O.P., introdotto nel 1986, sia la norma che in maniera più efficace rappresenta la forte rigidità e

inflexibilità che l'ordinamento assume nei confronti dei condannati di reati di estrema gravità sanciti nell'art. 4-*bis* O.P.

Ulteriori modifiche della Legge n. 354/1975 ci furono con la Legge 27 maggio 1998, n. 165, c.d. Legge Simeone, che oltre ad aver abrogato l'affidamento in prova in casi particolari previsto dall'art. 47-*bis* O.P., la cui fattispecie è oggi disciplinata dal D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, ha introdotto modificazioni in relazione ai presupposti di concessione soprattutto al fine di far fronte al problema del sovraffollamento carcerario, facilitando l'accesso alle misure extramurarie. Fu così esteso il campo di applicazione dell'affidamento in prova al servizio sociale, in particolare eliminando il preventivo periodo di osservazione della personalità del condannato in istituto; si è ampliato il limite di pena per la concessione della detenzione domiciliare, elevando il limite massimo di accesso alla misura tradizionale da tre a quattro anni. In particolare fu introdotta la possibilità della detenzione domiciliare in luogo del differimento della pena e la detenzione domiciliare generica, che prevede la possibilità di accedere alla detenzione domiciliare indipendentemente dalla presenza delle condizioni classiche *ex art 47-ter* O.P. qualora la pena

non ecceda i 2 anni, *“quando non vi fossero i presupposti per accedere all’affidamento in prova”*.

La novità principale della Legge Simeone è data dalla modifica del codice di rito in riferimento all’art. 656, dedicato all’esecuzione delle pene e alla loro sospensione. Nella versione originaria tale norma prevedeva l’emissione da parte del Pubblico Ministero, dell’ordine di esecuzione di carcerazione ogni qualvolta fosse stata emessa una sentenza di condanna definitiva. La novità concerne il comma 5 e 10, che impongono al P.M. l’emissione dell’ordine di sospensione della pena, qualora questa non ecceda i 3 anni, che si elevano a 4 qualora il reato sia commesso da persona tossicodipendente.<sup>40</sup> A seguito della sospensione, il condannato può entro 30 giorni presentare istanza per accedere alle misure alternative previste dal Codice evitando l’ingresso in carcere.

Le modificazioni intervenute hanno così chiaramente facilitato l’accesso alle misure alternative alla detenzione.

Come sopra anticipato, alla funzione risocializzante delle misure si è presto affiancata la funzione deflattiva, volta a ridurre il

---

<sup>40</sup> Nella versione attuale l’art. 656 comma 5 c.p.p., al seguito della sentenza della Consulta n. 41/2018 dispone la sospensione dell’ordine di esecuzione qualora la pena detentiva inflitta non ecceda i quattro anni, elevati a sei qualora il reato sia commesso da tossicodipendente.

numero dei carcerati. Perseguono questo fine particolari interventi normativi degli anni 2000, nonostante i quali, il sovraffollamento carcerario resta un problema ancora attualissimo dello Stato italiano.

Il Governo italiano infatti, a seguito di due sentenze emesse dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che la vedono condannata per le condizioni dei detenuti nelle nostre carceri fu costretta ad adottare provvedimenti adeguati per arginare il “gravissimo fenomeno” del sovraffollamento carcerario.<sup>41</sup>

L'intollerabilità della situazione ha inizio nel 2009, quando la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con la sentenza Sulejmanovic<sup>42</sup> condannò per la prima volta il nostro Paese per la violazione dell'art.3 Cedu<sup>43</sup>. La Corte ha affermato che il sovraffollamento oltre un certo limite, riducendo lo spazio vitale dei detenuti, costituisce di per sé trattamento inumano e degradante, configurando una violazione dei diritti fondamentali dell'uomo. Nel caso di specie si trattava di un cittadino bosniaco detenuto, che aveva vissuto per quasi 3 mesi in una cella di 2,70 mq. In quest'occasione la Corte con la citata sentenza ha ribadito il costante orientamento della sua giurisprudenza, ritenendo

---

<sup>41</sup> A.P. DELLA BELLA, *Emergenza carcere e sistema penale*, Torino, 2014, p. 1.

<sup>42</sup> Sentenza Sulejmanovic c/Italia 16 luglio 2009, Ricorso n. 22635/03.

<sup>43</sup> L'art.3 Cedu vieta qualsiasi tipo di tortura o trattamenti inumani e degradanti.

“auspicabile” uno spazio di 7mq a persona, che può scendere fino a 3, ma mai al di sotto di tale soglia.<sup>44</sup>

A seguito della pronuncia della Corte, nel gennaio 2010, in Italia fu dichiarato lo “stato di emergenza”, ed è in questo contesto che si inseriscono i successivi interventi normativi.

Il primo rimedio fu individuato nell’esigenza di costruire nuove carceri per ripartire i detenuti. Oltre però alle misure di edilizia penitenziaria, necessarie ma non sufficienti a risolvere il problema, fu introdotta la Legge 26 novembre 2010, n. 199, c.d. “*Legge svuota-carceri*”, così denominata proprio perché finalizzata a ridurre le presenze negli istituti. Tra le novità del provvedimento, si inquadra l’esecuzione della pena presso il domicilio per le pene detentive non superiori ai 12 mesi, elevati a 18 mesi dal d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, convertito in Legge 17 febbraio 2012, n. 9; si intervenne sull’art. 558 c.p.p. per arginare il fenomeno delle c.d. “porte girevoli”, cioè eliminare quel flusso di soggetti che faceva ingresso in carcere a seguito dell’arresto per uscirne dopo pochi giorni a seguito dell’udienza di convalida. In particolare da un lato si ridussero i termini per la convalida dell’arresto, dall’altro lato si stabilì il

---

<sup>44</sup> F. SASSETTI, *La funzione rieducativa della pena*, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it), 2017.

principio secondo cui gli arrestati devono essere custoditi di regola nel domicilio, o in mancanza nelle camere di sicurezza a disposizione della polizia giudiziaria, ed essere condotti in carcere solo in via residuale.

Nonostante tali misure abbiano avuto un forte impatto deflattivo non sono state sufficienti a risolvere il problema.

Una seconda sentenza di condanna emessa ancora una volta dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo colpì l'Italia nel 2013, per motivazioni equivalenti a quelle fondanti la precedente condanna.

Si tratta della sentenza Torreggiani<sup>45</sup>. La portata di tale pronuncia è sconvolgente, in quanto ha assunto la natura giuridica di “sentenza pilota”: la Corte a fronte dei numerosi ricorsi aventi ad oggetto questioni simili, sospese la loro analisi, assegnando allo Stato un termine entro il quale avrebbe dovuto adeguarsi alla pronuncia, adottando i provvedimenti idonei e opportuni, volti a risolvere definitivamente il problema. L'inadempienza dello Stato alle prescrizioni della Corte avrebbe comportato come conseguenza la condanna dello Stato italiano in tutti i ricorsi presentati dai ricorrenti e precedentemente sospesi dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Il

---

<sup>45</sup> Sentenza Torreggiani e altri c/Italia, 8 gennaio 2013.

termine assegnato dalla Corte di Strasburgo è stato di un anno, ed è in questo contesto di estrema urgenza che si collocano i due decreti-legge del 2013.<sup>46</sup>

La prima novità attiene all'eliminazione parziale degli automatismi carcerari che impedivano o rendevano più difficile l'accesso ai benefici penitenziari da parte di coloro a cui era stata applicata la circostanza aggravante relativa alla recidiva reiterata, prevista dall'art. 99 c.p., disciplina che era stata introdotta dalla Legge 5 dicembre 2005, n. 251, c.d. "ex Cirielli", la quale sanciva nei confronti di tali soggetti una presunzione assoluta di pericolosità. Il provvedimento ha abrogato nei loro confronti il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione di condanne a pena detentiva previsto dall'art. 656 comma 9 c.p.p.

La seconda novità è l'estensione ai recidivi reiterati della possibilità di accedere sia alla detenzione domiciliare tradizionale, sia all'esecuzione della pena presso il domicilio introdotta per pene non superiori ai 2 anni, anteriormente precluse a tale categorie di condannati.

---

<sup>46</sup> A.P. DELLA BELLA, *Emergenza carcere e sistema penale*, cit., pp. 4-12.

Attraverso tali interventi sono state notevolmente ampliate e facilitate le condizioni per accedere alle misure alternative sottraendo sempre più terreno al carcere ed incentivando l'espiazione della pena in regime extra-murario. Con tali manovre emerge come il legislatore tenda quasi a privilegiare l'espiazione *extra moenia*, applicando la sanzione detentiva solo in *extrema ratio*.

## **2.1 Accesso alle misure alternative alla detenzione**

La competenza a decidere in materia di accesso alle misure alternative ed alla revoca delle stesse spetta al Tribunale di Sorveglianza, *ex art. 70 Legge n. 354/1975*. La competenza per territorio è invece disciplinata dall'art. 677 c.p.p e dipende dalla condizione in cui si trova l'interessato al momento della richiesta.

Se la richiesta è formulata da soggetto detenuto o internato competente a decidere sulla richiesta sarà il Tribunale che ha giurisdizione sull'istituto in cui il detenuto è rinchiuso. In tal caso in forza del principio della *perpetuatio iurisdictionis*, risultano essere assolutamente irrilevanti eventuali trasferimenti o il riacquisto della libertà.



Se la richiesta è formulata da soggetto in stato di libertà, competente *ex art. 677 c.p.p* è il Tribunale che ha giurisdizione nel luogo in cui il condannato ha residenza o il domicilio, salvo che la legge non disponga diversamente.<sup>47</sup> Qualora non sia possibile determinare la competenza per territorio sulla base di tali criteri, si farà riferimento al Tribunale di Sorveglianza del luogo in cui si trova il Tribunale che ha emesso la sentenza di condanna.

A tali criteri generali il legislatore aggiunge regole particolari introdotte da specifiche disposizioni: in primo luogo se l'istanza è presentata da soggetto nei cui confronti il P.M. ha emesso la sospensione dell'ordine di esecuzione *ex art. 656 c.p.p.*, competente a recepire la richiesta sarà non il Tribunale del luogo in cui il condannato risiede o è domiciliato, ma il Tribunale di Sorveglianza appartenente al distretto del luogo in cui si trova l'ufficio del P.M. che cura l'esecuzione. In secondo luogo, competente a recepire l'istanza del condannato che al momento del passaggio in giudicato della sentenza si trovi in regime di arresti domiciliari è il Tribunale di Sorveglianza che ha giurisdizione nel luogo in cui il condannato si trova al momento della presentazione della richiesta. In terzo luogo, in

---

<sup>47</sup> L. DEGL'INNOCENTI- F. FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Milano, 2010, pp. 304-306

relazione ai collaboratori di giustizia, in materia di accesso alle misure alternative è sempre competente il Tribunale di Sorveglianza di Roma, sia che si trovi in stato di detenzione, sia che si trovi in stato di libertà.<sup>48</sup>

Il rito sulla cui base le misure alternative vengono concesse assume la denominazione di “procedimento di sorveglianza” disciplinato dagli artt. 666 e 678 c.p.p. e presenta alcune peculiarità: si tratta di un procedimento giurisdizionale cui si applicano le disposizioni previste nell’art. 666 c.p.p. per il procedimento di esecuzione, modellato a sua volta sulla disciplina del procedimento in camera di consiglio *ex art. 127 c.p.p.*; il procedimento di sorveglianza non è volto all’accertamento di un fatto, ma all’osservazione della personalità del condannato, cioè è finalizzato alla valutazione dell’idoneità del soggetto all’ammissione a una delle misure alternative contemplate dall’ Ordinamento Penitenziario e alla sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge per consentirne l’accesso; quanto alla decisione, il Tribunale di Sorveglianza non è vincolato alla richiesta dell’interessato, potendo disporre la misura

---

<sup>48</sup> L. DEGL’INNOCENTI- F. FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, cit., p. 307.

richiesta, o eventualmente una misura alternativa diversa anche meno ampia rispetto a quella oggetto dell'istanza.

Ai sensi dell'art. 57 O.P. sono legittimati all'instaurazione del procedimento: l'interessato, condannato o internato, i prossimi congiunti, il difensore dell'interessato, il Gruppo di Osservazione e Trattamento<sup>49</sup>. La legittimazione di quest'ultimo si aggiunge a quella del Consiglio di disciplina, già prevista dall'art. 76 comma 3 D.P.R. n. 230/2000 relativo alla disciplina sulle ricompense, senza produrre nessun effetto collaterale, primo perché di fatto il Consiglio di disciplina costituisce un sottoinsieme del G.O.T.<sup>50</sup> ma anche perché la proposta di concessione di un beneficio a titolo di ricompensa è pur sempre adottato "*sentito il Gruppo di Osservazione*".<sup>51</sup>

Le modalità di instaurazione del procedimento variano in relazione alla condizione in cui il condannato si trova al momento del

---

<sup>49</sup> L'art. 57 O.P. è stato così modificato dal D.lgs. n. 123/2018. La precedente disposizione prevedeva la possibilità di presentazione dell'istanza da parte dell'interessato e del suo difensore, mentre limitava la legittimazione dei prossimi congiunti unicamente alle misure alternative della semilibertà e affidamento in prova; prima di tale intervento era invece esclusa la legittimazione del Gruppo di Osservazione e Trattamento.

<sup>50</sup> Infatti la composizione degli organi è simile: nel GOT sono inseriti: il responsabile dell'area educativa con funzioni di coordinamento, i soggetti indicati nell'art. 29 comma 2 d.P.R. n. 230/2000, ed eventualmente le altre persone che interagiscono con il detenuto o che collaborano al suo trattamento (es. personale di polizia penitenziaria, insegnanti, volontari). L'èquipe di osservazione, che fa parte del GOT, è coordinata dal Direttore dell'istituto. Il consiglio di disciplina è composto dal Direttore dell'istituto, dall'educatore e da uno degli esperti *ex art. 80 O.P. (art. 40 comma 2 O.P.)*.

<sup>51</sup> M. RUARO, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le principali novità dei decreti attuativi in materia di semplificazione dei procedimenti e di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2018.

passaggio in giudicato della sentenza. Effettivamente sono tre le vie attraverso il quale egli può accedere alle misure alternative instaurando così il procedimento di sorveglianza: dallo stato di detenzione, dalla libertà e dal regime di arresti domiciliari.<sup>52</sup>

La prima fattispecie attiene al condannato ristretto in carcere: egli può accedere alle misure alternative presentando un'apposita istanza al Tribunale avente giurisdizione nell'istituto in cui è recluso. In tale ipotesi il codice nell'art. 47-ter comma 1-*quater* O.P. ammette anche l'applicazione provvisoria da parte del Magistrato di Sorveglianza della detenzione domiciliare in tutte le ipotesi contemplate nell'art 47-ter O.P. e dell'affidamento in prova in attesa del provvedimento del Tribunale di Sorveglianza, che dovrebbe intervenire nel termine ordinatorio di 60 giorni.

La concessione della misura provvisoria è condizionata dal fatto che dalla prosecuzione della pena detentiva derivi un grave pregiudizio; dalla presenza di elementi concreti che dimostrino la

---

<sup>52</sup> L. DEGL'INNOCENTI- F. FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, cit., pp. 309-312.

sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge per l'accoglimento dell'istanza; dall'assenza del pericolo di fuga del condannato<sup>53</sup>.

In ogni caso, la decisione del Magistrato in relazione alla concessione non è ricorribile per Cassazione, in quanto provvedimento avente mera natura interna al procedimento.

La seconda fattispecie attiene al condannato che formuli la richiesta di accesso alle misure alternative dallo stato di libertà. In questa ipotesi il procedimento si instaura attraverso il meccanismo disciplinato dall'art. 656 comma 5 c.p.p., il quale, *“qualora la pena detentiva da espiare anche se costituente residuo di maggior pena, non è superiore a 3 anni, o 4 anni nei casi prevista nell'art 47-ter”*, ovvero a 6 anni qualora il reato sia commesso da tossicodipendente, obbliga il Pubblico Ministero a disporre la sospensione dell'ordine di carcerazione. Il provvedimento automatico che sospende l'esecuzione della pena deve essere notificato all'interessato e al suo difensore, con l'avviso che entro 30 giorni dalla notifica dell'atto può essere presentata istanza di accesso alle misure alternative. La richiesta in questa ipotesi deve essere depositata presso l'ufficio del Pubblico Ministero che cura l'esecuzione. Il decorso del termine senza che

---

<sup>53</sup> M. GASPARI- M. LEONARDI, *La detenzione domiciliare*, Torino, 2017, Cap. IV, par. 1.1.

l'istanza sia stata presentata comporta il ripristino dell'efficacia esecutiva dell'ordine di carcerazione e la conseguente traduzione in carcere del condannato.<sup>54</sup> La disposizione in esame fu sottoposta all'attenzione della Corte Costituzionale, la quale con la Sentenza n. 41/2018 ne dichiarò l'incostituzionalità nella parte in cui si prevede che il P.M. sospende l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro. La Consulta ha ritenuto fondata la questione sollevata dal giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Lecce. A fondamento della decisione si pone un difetto di coordinamento tra il limite di pena di tre anni che legittima la sospensione dell'ordine di carcerazione sancito nell'art. 656 comma 5 c.p.p., e l'art. 47 O.P. il cui limite massimo della pena inflitta per l'accesso all'affidamento in prova al servizio sociale è fissato in quattro anni.<sup>55</sup>

All'istanza presentata dal condannato devono essere allegati i documenti dai quali emergono i presupposti per l'accesso alla misura

---

<sup>54</sup> M. D'ONOFRIO- M. SARTORI, *Misure alternative alla detenzione*, pp. 323-326.

<sup>55</sup> Infatti, i condannati a una pena detentiva inferiore ai tre anni avrebbero potuto beneficiare dell'affidamento in prova senza varcare le porte del carcere beneficiando del meccanismo di sospensione dell'ordine di carcerazione *ex* art. 656 comma 5 c.p.p. , mentre coloro che fossero stati condannati a una pena detentiva oltre i tre anni ma inferiore ai quattro, per poter accedere alla misura *ex* art. 47 O.P. avrebbero dovuto trascorrere quel breve periodo di tempo all'interno del carcere. Grazie alla sentenza della Consulta n. 41/2018 tale difetto di coordinamento tra le disposizioni è stato rimosso.

richiesta. La mancata presentazione di questi, non comporta di per sé l'inammissibilità della richiesta, potendo essere depositati nella cancelleria del Tribunale di Sorveglianza fino a un massimo di cinque giorni antecedenti la data fissata per l'udienza di decisione. Un'eccezione alla disciplina è prevista per i condannati che hanno presentato istanza per l'accesso all'affidamento terapeutico. In tal caso infatti il legislatore esige che in allegato all'istanza di accesso, sia presentato il programma terapeutico a cui l'interessato intenda sottoporsi a pena d'inammissibilità della richiesta e conseguente revoca della sospensione dell'ordine di carcerazione.<sup>56</sup>

La fase successiva la ricezione dell'istanza da parte del P.M. comporta la trasmissione degli atti al Tribunale di Sorveglianza affinché decida sulla richiesta non prima del trentesimo giorno e non oltre il quarantacinquesimo giorno dalla ricezione della richiesta.

La sospensione dell'ordine di esecuzione in relazione alla stessa condanna può essere concesso una volta soltanto. La *ratio* della disposizione si fonda nell'evitare reiterate richieste da parte dell'interessato in tempi diversi, che potrebbero poi paralizzare la fase esecutiva della pena.

---

<sup>56</sup> M. GASPARI- M. LEONARDI, *La detenzione domiciliare*, cit., Cap. IV, par. 1.1.

La sospensione dell'ordine di carcerazione è un istituto di cui non tutti i condannati possono beneficiare. Il divieto è esplicitamente sancito nell'art. 656 comma 9 c.p.p., il quale vieta l'operatività della sospensione nei confronti di due categorie di condannati: coloro che hanno commesso reati di cui all'art. 4-*bis* O.P. in ragione della particolare gravità del fatto che comporta la presunzione di una pericolosità tale del soggetto da rendere opportuno l'immediato ingresso in carcere; a tali fattispecie sono state aggiunti recentemente i reati di: incendio boschivo (art. 423-*bis* c.p.), maltrattamenti aggravati (art. 572 comma 2 c.p.), atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.), furto in abitazione (art. 624-*bis* c.p.), con la precisazione che il divieto non opera nei confronti dei condannati tossicodipendenti e alcolodipendenti in regime di arresti domiciliari, al fine di non interrompere il programma di recupero cui sono sottoposti. La preclusione della sospensione opera poi nei confronti di coloro che al passaggio in giudicato della sentenza siano sottoposti a custodia cautelare per il fatto oggetto della condanna da eseguire. La *ratio* della disposizione è da ricercare nell'attualità della pericolosità del soggetto confermata dal fatto che sia sottoposto a misura cautelare. La preclusione opera solo in relazione alla custodia in carcere per il reato



oggetto della condanna da eseguire; si esclude che il divieto possa operare nel caso in cui il condannato si trovi in carcere per l'esecuzione di una condanna per fatto diverso.<sup>57</sup>

Da quanto esposto emerge come la sospensione dell'ordine di esecuzione della pena *ex art. 656 comma 5 c.p.p.*, è un meccanismo che evita l'ingresso in carcere agli autori di reati non particolarmente gravi rispetto ai quali si ritiene probabile la presenza dei presupposti per l'applicazione di una misura alternativa, evitando così gli effetti desocializzanti e criminogeni del carcere, e non pregiudicando il percorso di risocializzazione che il soggetto abbia eventualmente intrapreso nell'arco di tempo che intercorre tra la commissione del fatto e il passaggio in giudicato della sentenza.<sup>58</sup>

La terza categoria di soggetti che possono accedere *ab initio* alle misure alternative alla detenzione riguarda coloro che al momento della presentazione della richiesta si trovino in regime di arresti domiciliari, ipotesi disciplinata dall' *art. 656 comma 10 c.p.p.* qualora la pena da espiare rientri nei limiti previsti nel *comma 5 dello stesso articolo*.

---

<sup>57</sup> M. GASPARI- M. LEONARDI, *La detenzione domiciliare*, cit., Cap. IV, par. 1.1.

<sup>58</sup> L. DEGL'INNOCENTI- F. FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, cit., p. 324.

In origine la materia prevedeva il passaggio diretto dagli arresti domiciliari al solo regime di detenzione domiciliare previa sospensione dell'ordine di carcerazione. Tale disciplina è stata modificata dal d.l. 24 novembre 2000, n.341, convertito in Legge 19 gennaio 2001, n. 4, in cui si prevede che il Pubblico Ministero, previa sospensione dell'ordine di esecuzione, trasmetta senza ritardo gli atti al Tribunale di Sorveglianza perché provveda all'applicazione di una delle misure alternative alla detenzione richiamate dal comma 5 dell'art. 656 c.p.p. e ciò a prescindere dalla presentazione di un'istanza da parte dell'interessato o del suo difensore. Nel periodo che intercorre dalla presentazione della richiesta fino alla decisione il condannato permane nel regime in cui si trova, con la precisazione da parte dell'art. 656 comma 10 c.p.p. che il periodo trascorso deve essere considerato come pena espiata a tutti gli effetti.<sup>59</sup> La ragione che ha indotto il legislatore a prevedere la sospensione dell'ordine di esecuzione in carcere con il mantenimento dello stato detentivo nel domicilio può ravvisarsi nell'attenuata pericolosità del soggetto già valutata da parte del giudice di merito, che rende così inopportuno il passaggio in carcere non ritenuto necessario già dalla precedente

---

<sup>59</sup> M. GASPARI- M. LEONARDI. *La detenzione domiciliare*, cit., Cap. IV, par. 1.2.

valutazione in applicazione di una misura cautelare diversa dalla custodia in carcere. Il fatto che il legislatore non circoscriva a chi si trovi in questo regime la sola possibilità della detenzione domiciliare, come previsto dalla disciplina precedente, consente di applicare la misura alternativa più idonea al caso concreto, in particolare permettendo l'accesso al più ampio regime dell'affidamento in prova.

Anche nei confronti dei condannati sottoposti a tale regime è prevista l'applicazione dell' art. 656 comma 9 c.p.p. in relazione alle ipotesi che precludono la sospensione dell'ordine di esecuzione, con conseguente ingresso in carcere al passaggio in giudicato della sentenza.

Nell'ambito del procedimento di accesso alle misure alternative rilevanti novità sono state introdotte in attuazione del D.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123 che ha introdotto il comma 1-*ter* nell'art. 678 c.p.p..

La novità riguarda l'introduzione di un procedimento di sorveglianza semplificato per l'accesso a tutte le misure alternative che si realizza *de plano*, senza quindi il contraddittorio con

l'interessato, che si instaura solo in via eventuale attraverso la sua opposizione alla decisione assunta.<sup>60</sup>

Condizioni essenziali per accedere al rito sono due: 1) *quantum* di pena da espiare, che non può eccedere un anno e 6 mesi; 2) che l'istanza sia presentata *ab externo*.

Di conseguenza, qualora l'istanza provenga dallo stato di detenzione, o provenga dalla libertà previa sospensione dell'ordine di esecuzione di carcerazione per l'espiazione di una pena compresa tra un anno 6 mesi più un giorno e quattro anni, resta fermo il procedimento camerale ordinario *ex art. 666 c.p.p.*

In presenza delle condizioni richieste dalla novella, successivamente alla presentazione dell'istanza al P.M., il rito segue il corso ordinario fino agli atti preliminari dell'udienza, nella quale il Presidente del Tribunale di Sorveglianza procede alla valutazione di ammissibilità della richiesta attraverso l'acquisizione dei documenti dai quali emergono i risultati dell'osservazione della personalità. A questo punto, piuttosto che procedere con la fissazione della data

---

<sup>60</sup> R. COLACI, *Il nuovo procedimento semplificato in materia di misure alternative*, in [www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com), 2019.

d'udienza<sup>61</sup>, il Presidente designa un Magistrato relatore che provvede entro il termine fissato all'eventuale adozione in via provvisoria di una delle misure alternative prevista dall'art. 656 comma 5 c.p.p., attraverso un'ordinanza adottata senza formalità. Nell'applicazione della misura il Magistrato designato non è vincolato all'oggetto dell'istanza del condannato, ma potrà applicare anche una misura diversa da quella richiesta; e il relativo provvedimento non è ricorribile per Cassazione sia per la natura meramente interinale, sia per la possibilità di proporre opposizione ad esso. Il provvedimento emesso è notificato al condannato e al suo difensore e non è immediatamente esecutivo, perciò il condannato ha diritto di rimanere in stato di libertà "sospesa" fino alla scadenza dei termini per la proposizione dell'opposizione, e qualora quest'ultima sia proposta, fino all'esito dell'opposizione dinanzi al collegio. Alla nuova procedura possono correlarsi due distinti esiti: qualora dovesse scadere il termine per l'opposizione e questa non è presentata, il Tribunale conferma in via definitiva la misura precedentemente applicata senza alcuna formalità e il relativo provvedimento è ricorribile per Cassazione; qualora sia invece presentata opposizione,

---

<sup>61</sup> Art. 666 c.p.p.

il Presidente del Tribunale dispone la fissazione dell'udienza camerale instaurando il contraddittorio; il contraddittorio è disposto anche nell'ipotesi in cui il Magistrato non provvede entro i termini all'applicazione dell'ordinanza provvisoria ovvero restituisce gli atti al Presidente del collegio ritenendo che allo stato non sussistano i presupposti per concedere la misura.<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> M. RUARO, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le principali novità dei decreti attuativi in materia di semplificazione dei procedimenti e di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2018.

### **3. Stranieri e misure alternative alla detenzione:**

#### **3.1 La posizione dei condannati “comunitari”...**

La condizione della persona detenuta in un Paese diverso da quello di residenza propria è piuttosto difficoltosa. Causa della particolare situazione è sicuramente una più forte recisione che caratterizza i legami familiari, sociali, culturali del condannato. Ciò potrebbe fortemente compromettere la finalità rieducativa della pena, o comunque rendere più difficile l’attuazione dei percorsi di reinserimento. Il legislatore pretende in questi casi una professionalità adeguata e complessa da parte del personale penitenziario, volta a garantire ai detenuti il superamento di problemi legati alla diversità della lingua, garantire l’esplicazione della propria professione religiosa e rispettare gli aspetti fondamentali di culture e società diverse. Il legislatore consapevole delle difficoltà cui i condannati stranieri devono far fronte, ha introdotto nel nostro ordinamento due previsioni: il trasferimento del condannato nello Stato di provenienza; l’espulsione dal territorio dello Stato.

Il trasferimento del condannato nello Stato di provenienza fu introdotto con la Convenzione per il trasferimento delle persone<sup>63</sup> condannate, sottoscritta a Strasburgo il 21 Marzo 1983 e ratificata in Italia con Legge 25 luglio 1988 n.334 e attuata con Legge 3 luglio 1989 n. 257. In applicazione di tale Trattato la persona condannata in uno Stato diverso da quello di cittadinanza può chiedere di espiare la pena nel proprio Paese. Per la realizzazione del trasferimento sono richieste precise condizioni: iniziativa dell'interessato; deve trattarsi di condannato in via definitiva; il fatto per cui si è proceduto deve costituire reato anche nel Paese di destinazione; la durata della pena non deve eccedere i sei mesi; lo Stato di condanna e quello di esecuzione devono acconsentire al trasferimento; non vige il principio di specialità, perciò il condannato una volta trasferito nel proprio Paese potrà essere processato anche per fatti diversi rispetto a quelli oggetto della condanna da cui è derivato il trasferimento; la pena è regolata dalle disposizioni dello Stato destinatario, fermi restando i benefici già ottenuti nello stato di condanna; una volta accolta l'istanza per potersi effettivamente realizzare il trasferimento è essenziale che il condannato ufficializzi la conferma del proprio

---

<sup>63</sup> M. CANEPA- M. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, p. 368.



consenso, che tra l'altro deve essere informato, nel senso che egli deve essere consapevole delle conseguenze cui conduce e a cui lo sottopone il trasferimento stesso; in Italia l'organo competente a riceverlo è il Magistrato di Sorveglianza.<sup>64</sup>

La Convenzione del Consiglio d'Europa del 1983, per quanto riguarda i cittadini europei è stata sostituita dalla Decisione-Quadro 2008/909/GAI, attuata in Italia con il D.lgs. 7 settembre 2010, n. 161, che, al fine di superare le difficoltà applicative della precedente Convenzione, introduce una procedura più snella caratterizzata da un maggiore automatismo. Elemento centrale della Decisione-Quadro è il mutuo riconoscimento delle sentenze di condanna a pene detentive o comunque privative della libertà personale, sfociante nella possibilità del condannato di eseguire una sentenza di condanna definitiva in uno Stato membro dell'U.E. diverso rispetto a quello che ha emesso la sentenza. La *ratio* della disposizione è identificata nell'aumento delle possibilità di reinserimento sociale della persona condannata, tenendo in considerazione elementi quali *“l'attaccamento della persona allo Stato di esecuzione e il fatto che questa consideri tale Stato il luogo in*

---

<sup>64</sup> M. CANEPA- M. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., pp. 369-370.

*cui mantiene legami familiari, linguistici, culturali, sociali o economici e di altro tipo*”<sup>65</sup>.

La procedura prevista si caratterizza per la semplificazione e la snellezza. La novità principale rispetto alla precedente disciplina, che esigeva sempre l’espressione del consenso al trasferimento da parte del condannato, è costituita dal fatto che attualmente in certe situazioni ciò non è richiesto.<sup>66</sup> In particolare, il consenso non è necessario e si ritiene automatico quando il condannato deve essere trasferito nello Stato in cui vive e di cui è cittadino ovvero qualora debba essere trasferito nello Stato di cui è cittadino benché non vi risieda. Il trasferimento può essere disposto anche in uno Stato diverso da questi, in tal caso però è essenziale, oltre che il consenso espresso degli Stati coinvolti, anche il consenso del condannato.

Le specifiche condizioni in presenza delle quali è possibile trasferire un condannato cittadino comunitario in altro Stato membro sono indicate nell’ art. 5 D.Q. 2008/909/GAI: la durata della pena non deve essere inferiore ai sei mesi, anche se costituisce parte residua di maggior pena, con la conseguenza che se debba essere espiata una

---

<sup>65</sup> D.Q. 2008/909/GAI, Preambolo n. 9.

<sup>66</sup> V. FERRARIS, *Il trasferimento dei detenuti comunitari: l’ennesimo tentativo fallito di riduzione del sovraffollamento*, in [www.antigone.it](http://www.antigone.it), 2019.

pena inferiore a tale soglia la procedura di trasferimento non può essere avviata; non deve ricorrere una causa di sospensione dell'esecuzione; il trasferimento deve favorire il reinserimento del condannato; il reato per il quale la persona è condannata deve essere punito in Italia con una pena detentiva non inferiore ai tre anni; la persona condannata deve trovarsi sul territorio italiano o sul territorio dello Stato membro di esecuzione al momento dell'emissione dell'ordine di trasferimento.

Altro aspetto importante della disciplina concerne la doppia incriminazione. L'art. 7 D.Q. 2008/909/GAI elenca trentadue condotte criminose in relazione alle quali il trasferimento può aver luogo senza che sia necessaria la doppia punibilità, quindi senza che il fatto costituisca necessariamente reato nello Stato in cui il condannato verrà trasferito.<sup>67</sup>

Per quanto attiene lo Stato nei cui confronti il trasferimento può essere disposto, con esso si intende: lo Stato membro dove il condannato vive e di cui è cittadino; lo Stato membro di cui il condannato è cittadino benché non vi risieda; lo Stato membro

---

<sup>67</sup> Tra i reati elencati nell'art. 7 D.Q. 2008/909/GAI, per i quali il trasferimento è ammesso senza che sia necessaria la verifica della doppia punibilità sono elencati: partecipazione a criminalità organizzata; terrorismo; tratta di essere umani; estorsione; sfruttamento sessuale dei bambini e pornografia infantile.

dell'U.E. che abbia acconsentito al trasferimento, ipotesi che ricorre nei casi di trasferimento in un Paese di cui il condannato non sia cittadino. Quest'ultima opzione, come anticipato, oltre ad esigere necessariamente il consenso degli Stati coinvolti e del condannato reso per iscritto, è innovativa rispetto alla disciplina precedente che consentiva la trasmissione esclusivamente nello Stato di cittadinanza del soggetto.<sup>68</sup> La decisione sul riconoscimento deve essere adottata entro novanta giorni che decorrono dal ricevimento della sentenza e del certificato del condannato; il termine può non essere rispettato solo per circostanze eccezionali che devono essere debitamente motivate dall'autorità di emissione. Il trasferimento del condannato invece, deve essere eseguito entro il termine di trenta giorni dalla decisione definitiva sull'esecuzione, e anche in tal caso il termine può essere derogato per circostanze impreviste.<sup>69</sup>

In forza di tale disciplina, gli Stati membri sono obbligati a cooperare al fine di dare esecuzione alle pene detentive irrogate dall'autorità giudiziaria di un altro Stato nei confronti dei propri cittadini, essendo tassativi e specifici i casi di rifiuto al trasferimento. I

---

<sup>68</sup> G. DE AMICIS, *Trasferimento delle persone condannate*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 2010.

<sup>69</sup> A. GAITO- G. SPANGHER, LUIGI KALB( a cura di), *Spazio europeo di giustizia e processo penale italiano: adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, Torino, 2012, p. 598.

motivi di rifiuto sono indicati nell'art. 9 D.Q. 2008/909/GAI e tra questi rientra: il principio *ne bis in idem*; la prescrizione della pena; le immunità penali; la non imputabilità derivante dall'età del condannato; il caso in cui la pena da scontare a seguito del trasferimento abbia una durata inferiore ai sei mesi; i vizi del certificato trasmesso dallo Stato di emissione, ipotesi che sussiste per esempio se questo risulti incompleto o non corrisponda alla sentenza trasmessa. Non costituiscono invece legittimi motivi di rifiuto il mancato consenso dell'interessato o il fatto che la pena non abbia ancora avuto inizio.

In materia di specialità, l'art. 18 D.Q. 2008/909/GAI, afferma il principio generale secondo cui la persona trasferita non può essere sottoposta nella fase esecutiva a misure restrittive della libertà personale per reati commessi in epoca anteriore al trasferimento. All'enunciazione del principio generale sono connesse numerose eccezioni previste dalla lettera a) alla lettera g)<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> L'art. 18 comma 2 D.Q. 2008/909/GAI prevede che il principio di specialità non si applica: a) quando, pur avendone avuto la possibilità, la persona non ha lasciato il territorio dello Stato di esecuzione nei 45 giorni successivi alla scarcerazione definitiva oppure vi ha fatto ritorno dopo averlo lasciato; b) il reato non è punibile con una pena detentiva o una misura di sicurezza privativa della libertà personale; c) il procedimento penale non dà luogo all'applicazione di una misura restrittiva della libertà personale; d) qualora la persona condannata sia passibile di una sanzione o misura che non implichi la privazione della libertà personale, in particolare una sanzione pecuniaria o una misura sostitutiva della medesima, anche se la sanzione o misura sostitutiva può restringere la sua libertà personale; e) qualora la persona condannata abbia

Sotto questo profilo, dal punto di vista interno, l'art. 7 comma 4 D.lgs. n. 161/2010 dispone in relazione alla procedura attiva coinvolgente lo Stato italiano, che qualora lo Stato di esecuzione, a seguito del trasferimento, chieda di perseguire, condannare o comunque privare della libertà personale la persona trasferita, in relazione ad un reato anteriormente commesso e diverso da quello per cui è avvenuto il trasferimento, l'autorità italiana competente a valutare la legittimità di tale estensione è la Corte d'Appello del distretto cui appartiene l'autorità giudiziaria competente *ex art. 4 D.lgs. n. 161/2010*.<sup>71</sup>

Lo Stato italiano ha recepito la disciplina comunitaria con il D.lgs. 7 settembre 2010, n. 161, riproducendo sostanzialmente quanto già disposto dalla Decisione-Quadro. Dal punto di vista interno, le autorità competenti alla gestione del procedimento sono, ai sensi dell'art. 5 D.lgs. n. 161/2010: il Ministro della Giustizia, al quale è riservato un ruolo esclusivamente amministrativo che si risolve essenzialmente nel provvedere alla trasmissione e ricezione degli atti, e l'autorità giudiziaria. In particolare, nei procedimenti attivi, di

---

acconsentito al trasferimento; f) qualora, dopo essere stata trasferita, la persona condannata abbia espressamente rinunciato a beneficiare della regola di specialità riguardo ai specifici reati anteriori al suo trasferimento.[...] g) per i casi diversi da quelli menzionati alle lettere da a) a f), qualora lo Stato di emissione dia il suo consenso.

<sup>71</sup> Ipotesi contemplata nella lettera g) art. 18 D.Q. 2008/909/GAI.

riconoscimento all'estero di decisioni di condanna italiane, il Ministro trasmette all'autorità giudiziaria straniera la sentenza di condanna e il certificato precedentemente ricevuto dall'autorità giudiziaria territoriale; competente all'emissione dell'ordine di trasferimento è il Pubblico Ministero presso il giudice dell'esecuzione. Nei procedimenti passivi, in cui sia l'Italia a riconoscere una sentenza straniera, la relativa deliberazione è affidata nella forma della camera di consiglio *ex art. 127 c.p.p.* alla Corte d'Appello nel cui distretto la persona condannata ha la residenza o il domicilio. Il provvedimento con il quale la Corte d'Appello accoglie o rigetta il riconoscimento è ricorribile in Cassazione. La normativa ammette anche la possibilità di riconoscere solo in parte la sentenza straniera. In questo caso la Corte d'Appello deve informare lo Stato di emissione, anche attraverso il Ministro della Giustizia, per concordare le modalità del riconoscimento parziale.<sup>72</sup> A tal fine, in nessun caso la durata della pena può essere superiore rispetto a quella irrogata nello Stato di emissione; e qualora non sia possibile concordare le modalità per l'esecuzione parziale, il certificato contenente l'ordine di trasferimento si intende ritirato.

---

<sup>72</sup> A. GAITO- G. SPANGHER, LUIGI KALB( a cura di), *Spazio europeo di giustizia e processo penale italiano: adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, cit., pp. 609-610.

Il sistema di cooperazione tra gli Stati membri in materia penale è stato rafforzato con l'adozione della Decisione-Quadro 2008/947/GAI, estensiva del principio del mutuo riconoscimento della sentenza emessa dall'autorità giudiziaria di un altro Stato membro alle decisioni contenenti misure di sospensione condizionale di una pena restrittiva della libertà personale o comunque pene sostitutive alla detenzione. Si tratta del trasferimento sulla "sorveglianza" della misura inflitta, in quanto, una volta ricevuta la decisione emessa dallo Stato di emissione, la competenza sulla vigilanza del rispetto delle prescrizioni oggetto della misura imposta passerà in capo all'autorità dell'esecuzione.<sup>73</sup>

Le misure che gli Stati si impegnano a riconoscere e a sorvegliare nel proprio territorio sono indicate nell'art. 4 della D.Q. 2008/947/GAI, e consistono sostanzialmente: nell'obbligo o nel divieto di frequentare determinati posti o determinate persone; nell'obbligo di presentarsi o di rimanere in determinati posti in orari specifici; nell'obbligo di svolgere, o astenersi dal compiere determinate attività; nell'obbligo di risarcire i danni causati dal reato;

---

<sup>73</sup> A. MAFFEO, *Recepita la decisione quadro 2008/947/GAI: il principio del reciproco riconoscimento esteso alle decisioni che impongono sanzioni sostitutive alla detenzione o la liberazione condizionale*, in *www.rivista.eurojus.it*, 2016.



nell'obbligo di non lasciare lo Stato di esecuzione; nell'obbligo di comunicare il cambio di residenza; nell'obbligo di assoggettarsi a trattamento terapeutico o di disintossicazione. L'elenco non costituisce un *numero clausus*, lasciando agli Stati membri in sede di recepimento della Decisione-Quadro la possibilità di ampliarlo; il Governo italiano ha deciso di non esercitare tale facoltà, limitandosi a riprodurre le prescrizioni contenute nella normativa europea.

Invero, con oltre quattro anni di ritardo rispetto al termine concesso agli Stati membri, il governo italiano ha provveduto alla recezione della D.Q. 2008/947/GAI con il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 38, il quale, in coordinamento con il d.lgs. n. 161/2010, individua gli organi competenti in tema di gestione della procedura nel Ministro della Giustizia, al quale si riserva anche in questo caso un ruolo amministrativo, dovendosi tale organo limitare alla ricezione nonché alla trasmissione delle decisioni giudiziarie e dei relativi certificati, e nell'autorità giudiziaria. Nelle procedure attive il provvedimento può anche essere trasmesso allo Stato di esecuzione direttamente dall'autorità che ha emesso la sentenza, dandone semplice comunicazione al Ministro della Giustizia. La traduzione può avvenire solo al passaggio in giudicato della sentenza di condanna e solo

qualora le prescrizioni debbano essere osservate per un periodo non inferiore ai sei mesi.<sup>74</sup> Nella procedura passiva, la competenza è affidata alla Corte d'Appello del luogo in cui il destinatario ha la sua residenza ovvero del luogo in cui l'interessato ha dichiarato di volerla trasferire, con l'obbligo di trasmettere la decisione sul riconoscimento entro trenta giorni allo Stato di emissione decorrenti dal ricevimento della richiesta.<sup>75</sup>

Ai fini della Decisione-Quadro in oggetto, per “misure di sospensione condizionale” si intendono gli obblighi e le istruzioni imposti da un'autorità giudiziaria nei confronti di una persona fisica in relazione a: una sospensione condizionale della pena, qualora cioè l'esecuzione di una pena detentiva o restrittiva della libertà sia sospesa in tutta o in parte al momento della condanna; una condanna condizionale, cioè una sentenza in cui l'imposizione della pena è stata condizionalmente differita o in cui sono imposte misure di sospensione condizionale invece di una pena detentiva o restrittiva della libertà personale; liberazione condizionale, derivante dalla legislazione nazionale per la liberazione anticipata di una persona

---

<sup>74</sup> Art. 6 d.lgs. n. 38/2016.

<sup>75</sup> Art. 9 d.lgs. n. 38/2016.

condannata dopo che questa abbia scontato parte della pena detentiva o della misura privativa della libertà personale. La Decisione-Quadro definisce invece la “sanzione sostitutiva” come una sanzione diversa dalla pena detentiva, da una misura restrittiva della libertà personale o da una pena pecuniaria, che impone un obbligo o impartisce un’istruzione.<sup>76</sup>

Sono escluse dall’ambito applicativo della Decisione-Quadro le sentenze relative all’esecuzione di pene detentive o restrittive della libertà personale, e le sentenze che infliggono sanzioni pecuniarie o decisioni di confisca.<sup>77</sup>

Da quanto esposto si pone il problema di comprendere se sia possibile in forza di tale disciplina la traduzione del condannato in altro Stato membro per l’esecuzione di una misura alternativa alla detenzione contemplata dal nostro Ordinamento Penitenziario.

La giurisprudenza italiana ha sempre negato tale possibilità<sup>78</sup>, sul presupposto che la presenza del condannato in un territorio diverso da quello italiano non consente ai servizi sociali di svolgere il proprio

---

<sup>76</sup>Adeguamento alla D.Q. 2008/947/GAI, sul reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale, in *www.senato.it*, 2015.

<sup>77</sup> Art. 2 par .2 D.Q. 2008/947/GAI.

<sup>78</sup>Cass., Sentenza n. 54508/2017.

compito e non rende possibile alla polizia giudiziaria verificare l'osservanza delle prescrizioni.<sup>79</sup> Alla luce della disciplina introdotta con la D.Q. 2008/947/GAI, una svolta si è verificata limitatamente per l'affidamento in prova al servizio sociale, attraverso la sentenza della Corte di Cassazione n. 15091/2019. La pronuncia trova fonte nell'impugnazione da parte dell'interessato dell'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Catania con il quale si declina la possibilità di eseguire la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale in Germania, luogo in cui il condannato vive e lavora, e luogo in cui vivono i suoi familiari, per non aver manifestato tale volontà prima del passaggio in giudicato della decisione.<sup>80</sup> La Corte di Cassazione accoglie il ricorso, evidenziando come nonostante la giurisprudenza abbia effettivamente sempre mantenuto un atteggiamento negativo all'estensione dell'esecuzione delle misure alternative all'estero, i motivi posti a fondamento dell'orientamento, limitatamente all'affidamento in prova, sono ormai superabili alla luce

---

<sup>79</sup> A. CANESTRINI, *Misure alternative all'estero: si può fare?*, in [www.canestrinilex.com](http://www.canestrinilex.com), 2019.

<sup>80</sup> La Corte di Cassazione con la sentenza n. 15091/2019, accogliendo il ricorso dell'interessato, evidenzia anche come il Tribunale di Sorveglianza di Catania abbia rigettato la richiesta del condannato non perché risulti impossibile l'esecuzione della misura alternativa ex art. 47 O.P. in Germania, ma basandosi sulla mancata manifestazione della volontà del soggetto di voler eseguire la misura in uno Stato diverso dall'Italia prima del passaggio in giudicato della sentenza. Non ha escluso quindi la possibilità di eseguire l'affidamento in prova all'estero, riconoscendo probabilmente la sussunzione della misura ex art. 47 O.P. nell'ambito delle misure sostitutive alla detenzione enunciate nella normativa comunitaria.

della D.Q. 2008/947/GAI recepita con il d.lgs. n. 38/2016, ove, nell'enunciare le prescrizioni che gli Stati membri si impegnano a riconoscere, esse corrispondano sostanzialmente a quelle che caratterizzano l'esecuzione della misura *ex art. 47 O.P.* L'affidamento in prova quindi, corrisponde alla definizione che la Decisione-Quadro offre della "sanzione sostitutiva", potendo essere sussunta nella fattispecie *ex art. 2 par. 4* e nel successivo *art. 4 D.Q. 2008/947/GAI*.<sup>81</sup>

Lo stesso discorso non vale per le altre misure alternative contemplate nel nostro ordinamento. In particolare allo stato attuale non è ammissibile l'esecuzione della detenzione domiciliare all'estero. Fulcro centrale dell'esclusione è la mancata corrispondenza degli elementi che connotano la misura *de qua* rispetto alle prescrizioni enunciate nella disciplina comunitaria e che gli Stati si impegnano a riconoscere. Si potrebbe pensare che la detenzione domiciliare sia stata esclusa da tale regime poiché considerata effettivamente una pena detentiva anche se eseguita in luogo diverso dal carcere, o comunque restrittiva della libertà personale non riconducibile nell'area delle misure europee sostitutive alla detenzione. Considerando la *ratio* che le novità introdotte dalle Decisioni-Quadro

---

<sup>81</sup> A. CANESTRINI, *Misure alternative all'estero: si può fare?*, in [www.canestrinilex.com](http://www.canestrinilex.com), 2019.

perseguono, potrebbe essere opportuno per il futuro un intervento dell'Unione Europea in materia al fine di ampliare la possibilità di traduzione dei condannati anche per le ipotesi di esecuzione della pena esterna al carcere, attraverso la creazione di istituti a livello europeo che, comparando le diverse tipologie di misure alternative al carcere, trovino sostanzialmente una corrispondenza in tutti gli Stati membri, e ai quali sarebbe possibile accedere dopo aver espiato un *quantum* di pena stabilito dalla legislazione nazionale, realizzando in tal modo un duplice effetto positivo: da un lato la riduzione del numero dei detenuti qualora non vi sia la possibilità di ammettere il condannato a misure extramurarie per le più disparate ragioni, per esempio per l'assenza di un domicilio, contrastando in tal modo il fenomeno del sovraffollamento carcerario; in secondo luogo, attuando tale traduzione si favorisce il reinserimento sociale del condannato, con un esito potenzialmente positivo del percorso rieducativo che verrà intrapreso nel Paese di appartenenza mantenendo i legami familiari, linguistici, sociali e culturali.

In tal modo verrebbe rafforzata la cooperazione in materia penale tra gli Stati membri, rendendo più efficace il panorama europeo fondato sulla reciproca fiducia.

### **3.2 ...E quella dei condannati extracomunitari**

L'espulsione dal territorio dello Stato fu introdotta dalla Legge 30 luglio 2002, n.189, cd. Bossi-Fini, prevedendola a titolo di sanzione sostitutiva alla detenzione quando è inflitta dal giudice di cognizione in luogo della sanzione detentiva non eccedente i due anni, o a titolo di misura alternativa alla detenzione quando è ordinata dal Magistrato di Sorveglianza durante l'esecuzione della pena. L'espulsione a titolo di misura alternativa è applicabile unicamente nei confronti di coloro che non siano cittadini di Paesi membri dell'Unione Europea, e può essere disposta solo qualora il condannato si trovi in uno stato attuale di detenzione e nei suoi confronti sia stata emessa una sentenza definitiva la cui pena inflitta non ecceda i due anni. Requisito essenziale per essere destinatari dell'istituto è lo *status* di straniero identificato che sia: clandestino, e quindi entrato nel territorio italiano senza sottoporsi ai controlli o senza essere in possesso di permesso di soggiorno, perché non richiesto, annullato, revocato o scaduto senza richiesta di rinnovo; socialmente pericoloso ai fini delle misure di prevenzione; indiziato di appartenere a criminalità organizzata.

Il legislatore elenca una serie di reati che per la loro pericolosità precludono l'applicazione della misura, trattenendo così lo straniero nel territorio nazionale: devastazione, saccheggio e strage (art. 285 c.p.), guerra civile (art. 286 c.p.), associazione di tipo mafioso anche straniero (art. 416-*bis*), strage (art. 422 c.p.), contrabbando limitatamente alle ipotesi aggravate previste dalle lettere *a)*, *d)* ed *e)* del comma 2 (art. 291-*ter* T.U. approvato con D.P.R. n. 43/1973), associazione a delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-*quater* T.U. approvato con D.P.R. n. 43/1973), ovvero delitti previsti dal Testo Unico Immigrazione.

L'espulsione inoltre non può essere disposta per ragioni umanitarie quando essa ponga il condannato a rischio di persecuzione nel Paese di destinazione per motivi di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione; qualora si tratti di minore di anni 18, fatto salvo il diritto di seguire il genitore o affidatario espulso; qualora il condannato sia in possesso del permesso di soggiorno; quando il condannato sia convivente di coniuge o parente entro il secondo grado che sia cittadino italiano; quando si



tratti di donna in stato di gravidanza e nei sei mesi successivi alla nascita del figlio. In questa ipotesi il divieto di espulsione è esteso anche al marito o convivente della donna in stato di gravidanza, e al padre convivente con figlio minore di sei mesi.<sup>82</sup>

Problema centrale dell'esecuzione della pena dei condannati stranieri è la compatibilità della loro condizione di clandestino con l'Ordinamento Penitenziario in particolare per quanto attiene l'applicazione delle misure alternative alla detenzione ogni qualvolta l'espulsione non possa essere applicata. La questione si fonda su un problema di coordinamento tra l'art. 16 comma 5 TUI, che prevede l'espulsione dal territorio dello Stato considerata da alcuni unica misura alternativa applicabile nei confronti degli stranieri, e le disposizioni generali previste dalla Legge n. 354/1975. Il dubbio si pone unicamente nei confronti di coloro che sono privi di permesso di soggiorno e quindi qualificabili come clandestini, in quanto nulla osta all'applicazione dell'ordinaria disciplina nei confronti di coloro che permangono in regolarità nel territorio Italiano. Il tema è stato a lungo dibattuto in dottrina<sup>83</sup> e contrastanti orientamenti si sono sviluppati

---

<sup>82</sup> M. CANEPA- M. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., pp. 371-375.

<sup>83</sup> M. PAVONE, *Le misure alternative alla detenzione sono applicabili anche ai clandestini*, in *www.ristretti.it*, 2005; E. LANZA, *Stranieri e misure alternative alla detenzione carceraria*.

negli anni anche in giurisprudenza. Il quesito sulla concedibilità o meno delle misure alternative è emersa all'inizio del nuovo secolo, anni in cui il numero degli stranieri negli istituti di reclusione era in forte aumento e di conseguenza risultava importante fare chiarezza in materia. E' così che per esigenze deflative dottrina e giurisprudenza iniziarono a soffermarsi sull'incognita questione circa l'idoneità degli stranieri ad esser ammessi alle misure extramurarie in presenza dei presupposti richiesti dalla legge.

Come anticipato il tema trattato ha sollevato orientamenti contrastanti negli anni. In passato la giurisprudenza tendeva a negare l'accesso alle misure alternative alla detenzione nei confronti degli stranieri presenti nel territorio nazionale in condizioni di illegalità in ragione dell'incompatibilità ontologica di questa condizione con le misure extramurarie. Le ragioni di tale orientamento sono esplicate dalla Corte di Cassazione nella Sentenza n. 30310/2003, detta Calderon, considerata la più rappresentativa di questo filone,<sup>84</sup> nella quale si sottolinea come «l'affidamento in prova al servizio sociale e,

---

*Considerazioni sulla sentenza della Corte Costituzionale n.78/2007, in [www.rassegnapenitenziaria.it](http://www.rassegnapenitenziaria.it), 2007.*

<sup>84</sup> E. LANZA, *Stranieri e misure alternative alla detenzione carceraria. Considerazioni sulla sentenza della Corte Costituzionale n.78/2007, in [www.rassegnapenitenziaria.it](http://www.rassegnapenitenziaria.it), 2007, pp. 43-44.*

in genere, tutte le misure alternative alla detenzione non possano essere applicate allo straniero extracomunitario che si trovi in Italia in condizioni di clandestinità, atteso che tale condizione rende illegale la permanenza del medesimo straniero nel territorio dello Stato e non può, d'altra parte ammettersi che l'esecuzione della pena abbia luogo con modalità tali da comportare la violazione o l'elusione delle norme che rendono configurabile tale illegalità». Secondo le ragioni della Corte di Cassazione le misure alternative non possono trovare applicazione poiché l'esecuzione della pena in forma alternativa comporterebbe il protrarsi della permanenza nel territorio nazionale in forma irregolare, configurando un'ipotesi a sua volta di illegalità. L'incompatibilità rilevata è di tipo oggettivo, prescinde totalmente dalle caratteristiche individuali del condannato e dalla sua pericolosità, dipendendo invece dall'incongruenza strutturale delle disposizioni che disciplinano la presenza degli extracomunitari e le modalità esecutive delle misure alternative che non dovranno mai comportare «violazione o l'elusione delle norme che rendono configurabile tale illegalità».<sup>85</sup> Secondo questo orientamento l'unica misura alternativa applicabile in presenza di pene detentive brevi nei

---

<sup>85</sup> Cass., Sentenza n. 30310/2003.

confronti degli allogeni è l'espulsione sancita dall'art. 16 comma 5 TUI, con la conseguenza che qualora la pena non sia contenuta nel limite dei due anni, qualora non vi siano le condizioni richieste dal legislatore perché possa essere disposta l'espulsione, l'unica alternativa rimanente al condannato sia unicamente il carcere.

Oltre ai motivi indicati nella sentenza del Giudice di Legittimità, altre ragioni sono state esposte a sostegno della tesi che nega l'applicazione dei benefici agli stranieri irregolari: tra cui la difficoltà di attuare nel concreto un percorso di rieducazione derivante dall'impossibilità che si instauri un'interrelazione fra i servizi sociali, il cui ruolo è essenziale nell'esecuzione della pena in modalità extramuraria, e il condannato, che in ogni caso al termine dell'espiatione della pena andrà comunque espulso; in secondo luogo esistono delle difficoltà pratiche consistenti nell'assenza frequente di relazioni sociali non solo di tipo familiare che possano costituire punto di riferimento per la definizione dei programmi trattamentali extramurari; in terzo luogo, viene in rilievo il disagio economico in cui generalmente tali soggetti versano; tutti elementi che complessivamente rendono difficoltosa la positiva realizzazione del fine cui le misure extramurarie perseguono.

Alla soluzione negativa cui è giunta la Sentenza Calderon sono state mosse diverse critiche dalla dottrina<sup>86</sup> per una pluralità di ragioni. E' opportuno osservare come sostenere un orientamento di questo tipo comporterebbe una disparità di trattamento nella fase dell'esecuzione della pena tra cittadini italiani o stranieri in possesso di regolare permesso di soggiorno, per i quali le misure alternative alla detenzione sono ammissibili, e stranieri clandestini cui tali istituti sono inaccessibili, potendo invece fruire unicamente della liberazione anticipata e dei permessi premio, violando da un lato i principi di uguaglianza sanciti nell'art. 3 Cost. e dall'altro il disposto dell'art. 1 della Legge n. 354/1975 secondo il quale *“Il trattamento è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazione in ordine a nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose”*; ulteriore irragionevole disparità di trattamento si verificherebbe in ipotesi di concorso di reato tra più persone là dove alcune di queste siano clandestine e per questo aspetto non ammesse ai benefici penitenziari che siano invece stati concessi agli altri soggetti concorrenti per lo stesso fatto; in terzo luogo il

---

<sup>86</sup> M. PAVONE, *Le misure alternative alla detenzione sono applicabili anche ai clandestini*, in [www.ristretti.it](http://www.ristretti.it), 2005; M. PAGGI, *Gli stranieri e le misure alternative alla detenzione*, in [www.ristretti.it](http://www.ristretti.it), 2004.

finalismo rieducativo della pena sancito nell'art. 27 Cost., di cui sono componenti essenziali proprio le misure extramurarie, è assolutamente inderogabile, risultando invece compromesso irrimediabilmente dall'accoglimento dell'orientamento della sentenza Calderon. Si ritiene inoltre che la sentenza sia viziata dal punto di vista logico<sup>87</sup> nella parte in cui fonda la preclusione sull'irregolare permanenza del clandestino sul territorio nazionale, ipotesi che si configurerebbe ugualmente anche quando la protrazione del soggiorno si verifici in carcere; seguendo un ragionamento coerente con questa linea di pensiero sarebbero unicamente due le alternative ipotizzabili: o gli stranieri irregolari non possono mai permanere nel territorio dello Stato non potendo neanche essere applicata nei loro confronti alcun tipo di sanzione, neanche a maggior ragione quella reclusiva che andrebbe applicata nel Paese di origine per evitare il protrarsi della condizione di illegalità in cui il clandestino versa; ovvero ammettere l'esecuzione della pena in carcere, il che significa affermare in presenza delle condizioni richieste dalla legge anche l'ammissione alle misure alternative. Paradossale risulterebbe poi la posizione di coloro

---

<sup>87</sup> E. LANZA, *Stranieri e misure alternative alla detenzione carceraria. Considerazioni sulla sentenza della Corte Costituzionale n.78/2007*, in [www.rassegnapenitenziaria.it](http://www.rassegnapenitenziaria.it), 2007, pp. 52-56.

che seppur clandestini non siano suscettibili di espulsione per l'appartenenza a categorie protette dell'art. 19 TUI per ragioni umanitarie, non potendo però fruire neanche degli strumenti ordinari previsti dal sistema penitenziario come le misure alternative al carcere.

Nel corso degli anni si è sviluppato un orientamento opposto a quello sostenuto nella Sentenza Calderon. Significativa risulta essere al riguardo la sentenza della Corte di Cassazione n. 22161/2005 con la quale si è ammessa anche per lo straniero entrato illegalmente nel territorio nazionale e destinatario di un provvedimento di espulsione da eseguire dopo l'esecuzione della pena, la possibilità di essere destinatario di misure alternative alla detenzione in ragione della prevalenza del finalismo rieducativo della sanzione di cui tali provvedimenti costituiscono espressione. Afferma la sentenza che ogni discriminazione va esclusa «per la decisiva ragione che le relative disposizioni di legge sono dettate a tutela della dignità della persona umana, in sé considerata e protetta indipendentemente dalla circostanza della liceità o non della permanenza nel territorio italiano: sicché un'eventuale disparità di trattamento normativo risulterebbe indubbiamente contraria ai principi di uguaglianza e al canone della

ragionevolezza di cui all'art. 3 della Costituzione»<sup>88</sup>, evidenziando anche come sia del tutto inesistente un divieto normativo esplicito o implicito di applicazione delle misure alternative alla detenzione nei confronti degli stranieri.

I sostenitori della tesi in oggetto, ammettendo lo straniero alle misure extramurarie non giustificano la permanenza irregolare del clandestino oltre il tempo necessario all'esecuzione della pena, dovendosi in ogni caso eseguire l'espulsione al termine dell'espiazione di essa se permangono le condizioni che impongono l'allontanamento dallo Stato.

E' opportuno osservare come sostenere la tesi che nega l'accesso alle misure alternative agli stranieri non in regola comporta come inevitabile conseguenza che se l'espulsione fosse davvero l'unica misura applicabile ai clandestini e irregolari, a coloro che fossero condannati a una pena inferiore ai due anni, ma non siano espellibili, sarebbe precluso il reinserimento sociale senza aver commesso fatti di particolare gravità, vanificando da un lato l'obiettivo costituzionale della risocializzazione e dall'altro la funzione deflattiva dell'espulsione.

---

<sup>88</sup>Cass., Sez. I, Sentenza n. 22161/2005.



Il primo punto di svolta in materia si ebbe con la sentenza della Corte di Cassazione n. 14500/2006. In considerazione degli orientamenti contrastanti nelle diverse sezioni, la questione fu rimessa alle Sezioni Unite le quali con la menzionata sentenza espressero il loro parere favorevole all'applicazione delle misure alternative alla detenzione agli stranieri. La vicenda che ha generato l'intervento della Corte di Cassazione fu un'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Sassari che disponeva l'applicazione dell'affidamento in prova al servizio sociale nei confronti di un clandestino condannato a una pena detentiva di due anni, impugnata dal Procuratore Generale della sezione distaccata della Corte d'Appello di Sassari facendo leva sull'inaccessibilità alle misure alternative da parte dei clandestini. In quest'occasione le Sezioni Unite hanno aderito all'orientamento che estende le misure alternative agli stranieri giustificando tale decisione oltre che per l'assenza nella legge penitenziaria di un divieto formale di fruizione delle misure alternative da parte degli immigrati irregolari, in ragione della preminente esigenza di salvaguardia dei principi costituzionali della pari dignità delle persone, della funzione rieducativa della pena incompatibile con una tesi che a priori esclude una categoria di soggetti dai benefici penitenziari, affermando in

occasione il principio secondo cui «in materia di esecuzione della pena detentiva, le misure alternative alla detenzione in carcere (nella specie affidamento in prova al servizio sociale), sempre che ne sussistano i presupposti stabiliti dall'Ordinamento Penitenziario, possono essere applicate anche allo straniero extracomunitario che sia entrato illegalmente nel territorio dello Stato e sia privo del permesso di soggiorno».<sup>89</sup>

A conferma della linea intrapresa con la sentenza del 2006, è intervenuta anche la sentenza della Corte Costituzionale n. 78/2007 che ha aderito sostanzialmente allo stesso orientamento. La Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47 O.P. sull'affidamento in prova al servizio sociale e degli artt. 48 e 50 O.P. relativi alla semilibertà, ove interpretati nel senso di precludere in ogni caso l'accesso alle misure alternative previste dalla legge allo straniero extracomunitario entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno. La Corte nella sua pronuncia censura ogni tipo di automatismo e di preclusione oggettiva e assoluta nel godimento dei benefici penitenziari, dovendo essere assolutamente individualizzati i giudizi relativi alla concessione delle misure volte a

---

<sup>89</sup>Cass., Sentenza n. 14500/2006.

favorire il percorso rieducativo. Afferma la Corte che l'esclusione degli stranieri dalle misure alternative alla detenzione «assume carattere assoluto quanto all'oggetto, abbracciando indistintamente l'intera gamma delle misure alternative alla detenzione e, dunque, un complesso di misure dai connotati profondamente diversificati e dai contenuti estremamente variegati, in quanto espressione dell'esigenza di realizzare una progressione del trattamento. Al tempo stesso, tale preclusione risulta collegata in modo automatico ad una condizione soggettiva -il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato- che, di per sé, non è univocamente sintomatica né di una particolare pericolosità sociale, incompatibile con il perseguimento di un percorso rieducativo attraverso qualsiasi misura alternativa, né della sicura assenza di un collegamento col territorio, che impedisca la proficua applicazione della misura medesima. In conseguenza di siffatto automatismo, vengono quindi ad essere irragionevolmente accomunate situazioni soggettive assai eterogenee: quali ad esempio quella dello straniero entrato clandestinamente nel territorio dello Stato in violazione del divieto di reingresso e detenuto proprio per tale causa, e quella dello straniero che abbia semplicemente omissso di chiedere il rinnovo del

permesso di soggiorno e che sia detenuto per un reato non riguardante la disciplina dell'immigrazione».<sup>90</sup>

In relazione al problema della legittimità della permanenza dello straniero irregolare nel territorio dello Stato, libero di circolare in esecuzione della misura alternativa, la Corte Costituzionale ha accolto un orientamento già diffuso in dottrina secondo il quale la legittimazione deriverebbe dal titolo concedente la misura alternativa stessa.<sup>91</sup>

La Corte Costituzionale afferma la possibilità che il legislatore individui dei casi in cui la finalità rieducativa della pena sia circoscritta per preferire fini preventivi o di difesa sociale diversificando le condizioni di accesso alle misure alternative, le modalità esecutive, potendo addirittura creare istituti specifici, senza potersi mai spingere al punto di sancire un divieto assoluto e generalizzato di accesso alle misure alternative, precisando che «l'assoluta preclusione all'accesso alle misure alternative alla detenzione prescinde, peraltro, dalla valutazione prognostica attinente alla rieducazione, al recupero e al reinserimento sociale del

---

<sup>90</sup>Corte Costituzionale, Sentenza n.78/2007.

<sup>91</sup> E. LANZA, *Stranieri e misure alternative alla detenzione carceraria. Considerazioni sulla sentenza della Corte Costituzionale n.78/2007*, in [www.rassegnapenitenziaria.it](http://www.rassegnapenitenziaria.it), 2007, pp. 76-81.

condannato e alla previsione di reiterazione di reati, cosicché la finalità repressiva finisce per annullare quella rieducativa».<sup>92</sup>

Affermata l'applicazione delle misure alternative nei confronti degli stranieri, la Consulta non si è espressa su un punto di fondamentale importanza in materia, che risulta essere il nodo centrale della questione: la prevalenza dell'art. 16 comma 5 T.U. immigrazione o della disciplina della Legge n. 354/1975 . Il problema è incentrato sulla successione delle fonti normative considerato che si è in presenza di fonti di pari grado. Di fatto non è chiaro se il Magistrato di Sorveglianza nell'affrontare i singoli casi debba prima verificare la ricorrenza dei requisiti dell'art. 16 comma 5 TUI, o esaminare l'istanza di accesso a una misura extramuraria. Secondo il principio della gerarchia delle fonti, se la valutazione fosse effettuata ricorrendo al criterio cronologico o di specialità prevarrebbe il TUI, pur se tale soluzione non terrebbe conto dei valori costituzionali; se la questione fosse invece affrontata dal punto di vista teleologico, che desse prevalenza ai valori della Costituzione, le norme relative

---

<sup>92</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n.78/2007.

all'Ordinamento Penitenziario andrebbero applicate in via preferenziale.

In materia la Corte Costituzionale si è limitata ad affermare l'estraneità «al perimetro delle valutazioni contenutistiche e della decisione del Tribunale di Sorveglianza, chiamato a pronunciarsi sull'applicabilità del beneficio penitenziario a favore dello straniero extracomunitario, e di ogni ulteriore apprezzamento circa l'esistenza, o non, delle condizioni che potrebbero, in ipotesi, legittimare l'adozione, nei confronti dello stesso, della diversa e alternativa sanzione dell'espulsione: apprezzamento quest'ultimo, che è affidato in via esclusiva alle autonome determinazioni del Magistrato di Sorveglianza, secondo il modulo procedimentale fissato dall'articolo 15, comma 5 e segg., D.lgs. n. 286/1998».<sup>93</sup> Si potrebbe affermare secondo alcuni<sup>94</sup> che la Corte dia prevalenza alle misure alternative, con funzione residuale dell'espulsione senza definire però nessun tipo di vincolo per il Magistrato di Sorveglianza che dovesse intervenire prima del Tribunale. Prevalente quindi sarebbe il rimedio che interviene per primo.

---

<sup>93</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n.78/2007.

<sup>94</sup> E. LANZA, *Stranieri e misure alternative alla detenzione carceraria. Considerazioni sulla sentenza della Corte Costituzionale n.78/2007*, in [www.rassegnapenitenziaria.it](http://www.rassegnapenitenziaria.it), 2007, p.86-87.

E' possibile affermare quindi che, nei confronti dello straniero destinatario di un provvedimento di espulsione non è possibile disporre la concessione di misure alternative; mentre nei confronti dello straniero ammesso a una misura extramuraria, poiché alternativa all'espulsione, questa non può essere disposta;<sup>95</sup> in ogni caso la fruizione della misura alternativa alla detenzione non compromette il provvedimento ablativo poiché lo straniero al termine dell'espiazione della pena andrebbe comunque espulso ai sensi dell'art. 13 comma 2 T.U. Immigrazione.

Appare evidente il difetto di coordinamento tra il TUI e la legge sull'Ordinamento Penitenziario, che renderebbe necessario un intervento del legislatore finalizzato ad armonizzare la convivenza delle diverse norme.

In conclusione è possibile sostenere in primo luogo che dalle pronunce del Giudice di Legittimità e della Consulta non emerge il carattere obbligatorio o facoltativo dell'espulsione, essendo rimesso quindi l'apprezzamento al Magistrato di Sorveglianza; in secondo luogo risulta ormai certa la compatibilità delle misure alternative alla detenzione con la condizione dello straniero che permane illegalmente

---

<sup>95</sup>Cass., Sez. I, Sentenza n. 518/2003.

nel territorio nazionale, essendo anzi destinate ad essere considerate illegittime quelle previsioni che limitino in modo assoluto tale possibilità.<sup>96</sup>

---

<sup>96</sup> L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2013, p. 295.



#### **4. Limiti e preclusioni all'accesso delle misure alternative**

L'accesso alle misure alternative alla detenzione, così come l'ammissione al lavoro all'esterno, i permessi premio e gli altri benefici penitenziari non sono estesi a tutte le categorie dei condannati, ma soggiacciono ai limiti indicati negli articoli 4-*bis* O.P. e 58-*quater* O.P.

L'art. 4-*bis* O.P., introdotto con il d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito in Legge 12 luglio 1992, n. 203, elenca alcune fattispecie di reato che precludono, di regola, ai loro autori l'accesso ai benefici penitenziari in ragione dell'elevata gravità del fatto e dell'idoneità a provocare un particolare allarme sociale.

La novella introdotta nei primi anni '90 nella Legge n. 354/1975 fu ampiamente criticata da parte della dottrina, sostenendo come tale irrigidimento normativo andasse contro la tendenza rieducativa della pena, essendo contrari ai principi costituzionali l'operare di automatismi preclusivi che prescindano da una valutazione individualizzata del reo.<sup>97</sup>

---

<sup>97</sup> F. FIORENTIN, *Misure alternative alla detenzione*, Milano, 2012, pp. 601-603.

Il legislatore al fine di temperare il nuovo quadro legislativo introdusse un sistema di doppio binario, che comportava la possibilità di superare il regime di preclusione assoluta di accesso ai benefici solo qualora il reo collaborasse con la giustizia ai sensi dell'art 58-*ter* O.P.

Le fattispecie preclusive in assenza di collaborazione con la giustizia, ove possibile, sono elencate nell'art. 4-*bis* comma 1 O.P., che contempla: delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza; peculato (art. 314 c.p.); concussione (art. 317 c.p.); corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.); corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 c.p.); corruzione in atti giudiziari(art. 319-*quater*); corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (art. 320 c.p.); istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.); associazione di tipo mafioso di cui all'art. 416-*bis* del codice penale; delitti commessi avvalendosi delle condizioni dell' art. 416-*bis* ovvero al fine di agevolare le associazioni in esso previste; scambio elettorale politico-mafioso (art. 416-*ter* c.p.) delitti di cui agli artt. 600 c.p. (riduzione in schiavitù), 600-*bis* c.p. (prostituzione minorile), 600-*ter* c.p. (pornografia minorile), 601 c.p. (tratta di persone), acquisto e alienazione di schiavi (art. 602 c.p.),

609-*octies* c.p. (violenza sessuale di gruppo); delitto di cui all'art. 630 c.p. (sequestro di persona a scopo di estorsione); delitto di cui all'art. 291-*quater*, D.P.R. 23 gennaio 1973 n. 43 (associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri); delitto di cui all'art. 74, D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (associazione finalizzata al traffico di stupefacenti); delitti di cui all'art. 12 comma 1 e 3 del Testo Unico Immigrazione.

In tutti questi casi il divieto di accesso ai benefici penitenziari può essere superato solo attraverso la collaborazione con la giustizia, ove possibile, ai sensi dell'art 58-*ter* O.P., qualora cioè il reo anche dopo la condanna, si sia adoperato per evitare che l'attività criminosa sia portata a conseguenze ulteriori, ovvero abbia aiutato concretamente l'autorità giudiziaria nella raccolta degli elementi rilevanti e decisivi per la ricostruzione dei fatti e l'individuazione degli altri autori dei reati, attribuendo così rilevanza al ravvedimento del colpevole.

Nella formulazione originaria dell'art. 4-*bis* O.P. il legislatore estendeva la preclusione di accesso a benefici anche nei casi in cui la collaborazione fosse inesigibile o impossibile. Su di essa è intervenuta

la Corte Costituzionale la quale con le sentenze n. 357/1994 e n. 68/1995 dichiarò l'incostituzionalità della norma, per contrasto con gli artt. 3 e 27 comma 3 Cost., nella parte in cui condizionava la concessione dei benefici penitenziari alla collaborazione con la giustizia anche qualora questa fosse impossibile. Al seguito della pronuncia quindi, alla collaborazione effettivamente prestata dal condannato è equiparata quella irrilevante o inesigibile fermo restando l'assenza attuale di legami con la criminalità organizzata.

Per collaborazione irrilevante si intende quell'ipotesi fondata sulla limitata partecipazione del soggetto al fatto criminoso accertata con sentenza passata in giudicato, che rende di per sé difficoltosa la resa di informazioni utili per l'accertamento del fatto. Diversamente, la collaborazione inesigibile si configura qualora l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile renda inutile la collaborazione.<sup>98</sup> In ogni caso, la giurisprudenza ritiene che il dubbio sull'impossibilità della collaborazione non possa mai risolversi a danno dell'istante.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> *La collaborazione impossibile ex art. 58-ter O.P.*, in [www.deiurecriminalibus.altervista.org](http://www.deiurecriminalibus.altervista.org), 2018.

<sup>99</sup> Cass., Sez. I, Sentenza n. 7409/2018.

Nell'art. 4-*bis* comma 1-*ter* O.P., il legislatore individua invece un'ipotesi di preclusione relativa di accesso, ammettendo la concessione dei benefici penitenziari solo qualora in riferimento ad alcune fattispecie di reato non vi siano elementi tali da far considerare sussistenti collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. La preclusione è detta relativa in quanto non vi è un divieto di concessione, ma un innalzamento dei limiti edittali per l'accesso.

La preclusione in oggetto opera per: delitto di omicidio; delitti di cui agli artt. 600-*bis* (prostituzione minorile), 600-*ter* (pornografia minorile), 600-*quinqüies* (iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile); rapina aggravata; estorsione aggravata; contrabbando di tabacchi lavorati esteri; violazione legge stupefacenti aggravata dall'ingente quantità; associazione a delinquere finalizzata allo scopo di commettere delitti previsti dagli artt. 473 e 474 c.p.; associazione a delinquere finalizzata a commettere i delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I c.p.; associazione a delinquere finalizzata a commettere i delitti di cui agli artt. 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*octies* c.p.; associazione a delinquere finalizzata a commettere i delitti di cui all'art. 12, commi 3, 3-*bis* e 3-*ter* del D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

Anche in questo caso la preclusione può essere superata attraverso la collaborazione del reo con la giustizia accertata dal Tribunale di Sorveglianza, e l'innalzamento dei limiti edittali per l'accesso al beneficio specificamente previsto, non sarà più operante.<sup>100</sup>

Ai sensi dell'art. 4-*bis* comma 1-*quater* O.P., ulteriore condizione richiesta dal legislatore per l'accesso ai benefici penitenziari da parte dei condannati che siano autori di reati a sfondo sessuale contemplati nell'art. 4-*bis* comma 1 O.P., è l'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente, anche attraverso la partecipazione di un esperto psicologo, protratta per almeno un anno; prima del decorso del termine dilatorio la richiesta non potrà essere considerata dal giudice.

La disciplina delle preclusioni posta in via generale dall'art. 4-*bis* O.P., chiude con una formulazione generale che prevede in caso di condanna definitiva per qualsiasi delitto doloso un divieto di concessione di benefici penitenziari, e quindi anche misure alternative alla detenzione, qualora il Procuratore Nazionale Antimafia o il Procuratore Distrettuale comunicino di propria iniziativa o su

---

<sup>100</sup> M. GASPARI- M. LEONARDI, *La detenzione domiciliare*, cit., Cap. I, par. 3.

segnalazione del Comitato Provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, l'attualità di collegamenti tra il condannato e criminalità organizzata. La norma, *ex art. 4-bis comma 3-bis O.P.*, prescinde dal titolo di reato commesso, includendo nella disposizione qualunque delitto commesso con dolo.

Riferendoci in particolare alla misura extramuraria della detenzione domiciliare, il superamento delle preclusioni sancito dal legislatore non consente comunque al condannato per delitti indicati nell'*art 4-bis O.P.* l'accesso ad alcune tipologie di detenzione domiciliare. Infatti, è sempre esclusa, e ciò a prescindere dalla circostanza che vi sia collaborazione con la giustizia, insussistenza di collegamenti con criminalità organizzata e osservazione scientifica per un anno della personalità del reo, la detenzione domiciliare generica *ex art. 47-ter comma 1-bis O.P.*, e la detenzione domiciliare per gli ultrasessantenni *ex art. 47-ter comma 01 O.P.*

La seconda disposizione su cui ruota il sistema delle preclusioni è l'*art. 58-quater O.P.*, il quale dispone nel comma 1 che i benefici penitenziari non possono essere concessi *“al condannato che sia stato riconosciuto colpevole di una condotta punibile ai sensi*

*dell'art. 385 c.p.*”. Per il realizzarsi della preclusione è dunque necessario che sia stata emessa una sentenza di condanna definitiva che accerti la condotta di evasione, e che l’evasione sia stata posta in essere da un soggetto già condannato, nella fase quindi di espiazione della pena. Esonerati dall’applicazione di tale disciplina sono coloro nei cui confronti è stata disposta la sospensione della pena e coloro soggetti all’affidamento in prova terapeutico per l’eccezionalità che caratterizza questo istituto.

La stessa disciplina esposta per l’evaso trova applicazione in conformità all’art. 58-*quater* comma 2 O.P. nei confronti del condannato per il quale è stata disposta la revoca di una precedente misura alternativa.

Secondo un orientamento dottrinale, già negli anni scorsi si riteneva che non sarebbe sottoposta al divieto in questione la detenzione domiciliare speciale per il particolare fine che persegue l’istituto stesso; essendo destinata alle detenute madri la norma è chiamata a soddisfare esigenze di tutela sociale “*se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti*” e di ricostituzione dell’unione familiare spezzata dalla reclusione, sempre



che vi sia “*la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli*”.<sup>101</sup>

Secondo tale orientamento, la preclusione all’accesso causata dalla revoca di un precedente beneficio dovrebbe essere circoscritta quanto meno ai delitti più gravi e non a tutte le tipologie dei reati. L’apparente contrasto è stato inizialmente chiarito dalla Corte di Cassazione affermando «che il divieto di concessione di benefici penitenziari, previsto dall’art. 58-*quater* comma 2 O.P. per il condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa ai sensi dell’art. 47 comma 11 O.P., art. 47-*ter* comma 6 O.P., e art. 51 comma 1 O.P., opera con riguardo a qualsiasi condannato, indipendentemente dal titolo di reato cui la condanna si riferisce e non solo con riguardo ai condannati *ex art 4-bis*». <sup>102</sup> Tale orientamento in un primo momento ha ricevuto un autorevole sostegno dalla Corte Costituzionale, che con l’ordinanza n. 289/2002 ritenne manifestamente infondato il dubbio di costituzionalità dedotto sulla questione di legittimità costituzionale dell’art. 58-*quater* comma 2 O.P. La Consulta di recente ha invertito il proprio orientamento. Infatti, attraverso la sentenza n. 187/2019 ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 58-*quater* commi 1, 2, 3 O.P. nella parte in cui,

---

<sup>101</sup> F. FIORENTIN, *Misure alternative alla detenzione*, cit., pp. 607-611

<sup>102</sup> Cass., Sez. I, Sentenza n. 4823/1996

nel loro combinato disposto, prevedono che non possa essere concessa per la durata di tre anni la detenzione domiciliare speciale *ex art. 47-quinquies* O.P., al condannato nei cui confronti sia stata disposta la revoca di un beneficio penitenziario; inoltre, con la stessa sentenza, e per gli stessi motivi, ha dichiarato in via consequenziale l'illegittimità costituzionale dell'*art. 58-quater* O.P. nella parte in cui prevede il divieto di concessione della detenzione domiciliare *ex art. 47-ter* comma 1 lettera a) e b) O.P. nei confronti di chi sia stato destinatario della revoca di un beneficio penitenziario precedentemente concesso. Ovviamente, la non applicazione del divieto opera a condizione che non sussista nel caso concreto il pericolo di commissione di ulteriori delitti.

Alla base dell'indirizzo giurisprudenziale vi è il principio per cui «affinché l'interesse del minore possa restare recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine occorre che la sussistenza e la consistenza di queste ultime venga verificata [...] in concreto [...] e non già collegata ad indici presuntivi [...] che precludono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole

situazioni». <sup>103</sup> Tale principio ha indotto la Corte a ritenere illegittimo l'automatismo preclusivo derivante dal combinato disposto delle disposizioni censurate. <sup>104</sup>

Nelle ipotesi in cui la preclusione opera, essa ha un termine di tre anni, decorso il quale il giudice potrebbe rivalutare l'idoneità del condannato all'ammissione dei benefici.

Oltre alle forme di preclusione assolute e relative di accesso ai benefici penitenziari, ulteriori limiti sono previsti dall'art. 58-*quater* O.P.: il comma 5 dello stesso articolo preclude la concessione delle misure premiali, o, se già concesse, la loro revoca nei confronti dei condannati per uno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis* comma 1,1-*ter* e 1-*quater* O.P., qualora si proceda o sia già stata pronunciata una condanna per delitto doloso punito con la reclusione non inferiore nel massimo a tre anni commesso dall'autore durante lo stato di evasione o durante la fruizione della misura premiale. In tale ipotesi il divieto di concessione di benefici ha una durata di 5 anni che decorrono dalla ripresa dell'esecuzione della pena o dal momento in cui è emesso il provvedimento che dispone la revoca della misura alternativa.

---

<sup>103</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 239/2014.

<sup>104</sup> A.M. CAPITTA, *Revoca della misura alternativa e detenzione domiciliare per la cura dei minori: la Consulta rimuove l'automatismo ma continua a imporre la regola di giudizio*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2019.

L'ultimo comma dell'art. 58-ter O.P. contempla la figura del recidivo reiterato, nei cui confronti la misura dell'affidamento in prova, detenzione domiciliare e semilibertà non possono essere concessi più di una volta. Tale divieto opera soltanto qualora il delitto non colposo espressivo della recidiva reiterata sia stato commesso dopo aver fruito di una misura alternativa concessa in esecuzione di una pena a sua volta inflitta con l'applicazione dell'aggravante *ex art. 99 comma 4 c.p.* La legge 5 dicembre 2005, n. 251, c.d. *ex Cirielli* aveva introdotto nei confronti di tale categoria di condannati ulteriori preclusioni, in particolare aveva previsto che nelle ipotesi di cui all'art. 47-ter comma 1 O.P. la misura in oggetto potesse essere concessa solo per pene inflitte o residue non superiori ai tre anni, a fronte dei quattro previsti per gli altri condannati; in secondo luogo vietava ai recidivi reiterati l'accesso alla detenzione domiciliare generica *ex art. 47-ter comma 1-bis O.P.*, misure che per far fronte al problema del sovraffollamento carcerario aggravato anche a causa di queste previsioni, furono soppresse dal d.l. n. 78/2013, convertito in Legge 9 agosto 2013, n. 94, che ha parificato la condizione del recidivo reiterato alle altre categorie di condannati, con l'unico limite

rimasto in vigore del divieto della doppia concessione di una misura alternativa alla detenzione.<sup>105</sup>

Oltre a quelli indicati, ulteriori limiti erano previsti dall'art. 58-*quater* comma 4 O.P. in ragione della gravità del fatto o della pericolosità del soggetto. A riguardo la norma disponeva per i condannati del delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione o eversiva (artt. 289-*bis* e 630 c.p.) che abbiano cagionato la morte del sequestrato un assoluto divieto di accesso alle misure premiali se prima non avessero espiato almeno i due terzi della pena irrogata o, nel caso di condanna all'ergastolo, almeno 26 anni di pena. La disposizione è stata fulminata da due recenti sentenze della Corte Costituzionale che ha ritenuto la disciplina contraria alla Costituzione.

La sentenza n. 149/2018 ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 58-*quater* comma 4 O.P. nella parte in cui si applica ai condannati all'ergastolo per il delitto *ex art.* 630 c.p., nonché ai condannati all'ergastolo per il reato *ex art.* 289-*bis* che abbiano cagionato la morte del sequestrato. La disposizione si è ritenuta lesiva: del principio di uguaglianza *ex art.* 3 Cost. in quanto comporta un'irragionevole disparità di trattamento tra i condannati all'ergastolo

---

<sup>105</sup> M. GASPARI- M. LEONARDI, *La detenzione domiciliare*, cit. Cap. I, par. 3.

per il delitto di sequestro di persona e gli altri condannati all'ergastolo per i restanti reati contemplati nell'art. 4-*bis* O.P.; del principio di rieducazione del condannato *ex art. 27 Cost.*, in quanto rende inoperanti gli incentivi essenziali ad un percorso di reinserimento sociale, rendendo la pena all'ergastolo sorda per un arco di tempo piuttosto esteso a qualunque progresso positivo del condannato verso un graduale reinserimento sociale.<sup>106</sup>

Mentre la sentenza n. 149/2018 si è concentrata sul trattamento penitenziario degli ergastolani, la sentenza n. 229/2019 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater* comma 3 O.P. nella parte in cui si applica ai condannati a una pena temporanea per i delitti di cui agli artt. 289-*bis* e 630 c.p.

La sentenza si fonda sugli stessi motivi su cui si fondava la sentenza n. 149/2018, lamentando la lesione del principio di uguaglianza, di rieducazione del condannato e di irragionevole disparità di trattamento che si era creata, da un lato, tra i condannati all'ergastolo e i condannati a pena temporanea per il medesimo titolo di reato realizzatasi per effetto della sentenza n. 149/2018, e d'altro

---

<sup>106</sup> E. DOLCINI, *Dalla Corte Costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo e di rieducazione del condannato*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2018.

lato tra condannati per delitti di cui agli artt. 289-*bis* e 630 c.p. e i condannati agli altri reati ostativi elencati nell'art. 4-*bis*.

Per effetto di tali pronunce si è realizzato l'allineamento del trattamento penitenziario tra condannati per il delitto di sequestro di persona con morte della vittima e gli altri delitti ostativi, potendo di conseguenza i suddetti autori di reato fruire dei benefici penitenziari alle stesse condizioni indicate nell'art. 4-*bis* comma 1 O.P. per gli altri condannati.<sup>107</sup>

---

<sup>107</sup> S. BERNARDI, *Dalla Consulta un'ulteriore affermazione dei principi di flessibilità e progressività nell'esecuzione della pena detentiva: definitivamente smantellata la disciplina dell'art. 58-quater comma 4 O.P.*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2019.

## *Capitolo II*

### **LA DETENZIONE DOMICILIARE**

#### **1. Introduzione della misura**

Nell'impianto originario della Legge 26 luglio 1975, n. 354, introduttiva nel sistema italiano dell'Ordinamento Penitenziario, la detenzione domiciliare non era contemplata. La suddetta legge prevedeva infatti unicamente l'affidamento in prova al servizio sociale e la semilibertà. Solo con l'entrata in vigore della Legge 10 ottobre 1986, n. 663 (c.d. Legge Gozzini) è stato introdotto l'art. 47-ter O.P. intitolato appunto "*Detenzione domiciliare*".<sup>108</sup>

Ciò che ha spinto il legislatore ad ampliare il ventaglio delle misure alternative alla detenzione è la situazione di squilibrio in cui si ritrovava colui che al momento del passaggio in giudicato della sentenza si trovasse in regime di arresti domiciliari. Alla sentenza di condanna definitiva seguiva l'obbligatoria traduzione in carcere, essendo così l'interessato costretto a subire il drastico cambiamento dalla custodia cautelare trascorsa nella propria abitazione, in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo di cura o assistenza alla

---

<sup>108</sup> F. FIORENITN, *Misure alternative alla detenzione*, cit., pp. 242-243.



peggiore condizione di inserimento in un ambiente carcerario con una notevole maggiore restrizione della propria libertà. E' su questa *ratio* che si fonda la volontà del legislatore di ampliare il catalogo delle misure extramurarie.<sup>109</sup>

In origine i casi in cui la misura in questione poteva essere concessa si fondavano su motivi unicamente umanitari la cui presenza rendeva incompatibile il protrarsi della detenzione in carcere. I possibili destinatari della misura erano inizialmente individuati unicamente dall'art. 47-*ter* O.P. contemplando tra i beneficiari la donna in stato di gravidanza o convivente con prole fino ai tre anni, persone in condizioni di salute particolarmente gravi, soggetti ultrasessantenni parzialmente o totalmente inabili e i minori di anni ventuno, in ricorrenza di comprovate ragioni di salute, lavoro e famiglia. Alla detenzione domiciliare poteva accedersi, per i delitti, in presenza della pena della reclusione anche residua non superiore ai due anni, (limite innalzato a tre anni dalla Legge 12 agosto 1993, n. 296), e, per le contravvenzioni, successivamente alla condanna all'arresto indipendentemente dall'ammontare della pena inflitta.<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> M. CANEPA- S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., pp. 312-313.

<sup>110</sup> M. D'ONOFRIO- M. SARTORI, *Misure alternative alla detenzione*, cit., pp. 213-214.

Le condizioni abbastanza rigide richieste dal legislatore rendevano di fatto limitata l'applicazione della misura, tant'è che solo negli anni successivi la detenzione domiciliare assunse un ruolo di primo piano nelle misure alternative al carcere, in particolare grazie alle modifiche introdotte dalla Legge 27 Maggio 1998, n. 165, c.d. Legge Simeone, che, introducendo importanti novità, ampliò l'applicazione di essa. In particolare ci riferiamo ad un primo intervento che ha elevato il limite di pena inflitta per poter accedere alla misura a 4 anni in luogo dei 3 previsti in precedenza; in secondo luogo tra i soggetti beneficiari è stato contemplato il padre in caso di decesso della madre del bambino o in caso di impossibilità della stessa a provvedere all'assistenza del minore; si sono ampliati, grazie all'intervento della Corte Costituzionale, i luoghi delle postazioni domiciliari possibili ai fini dell'esecuzione penale: la concessione della misura non è più condizionata necessariamente al possesso da parte del condannato di un'abitazione stabile,<sup>111</sup> in quanto nel concetto di domicilio è incluso anche un "luogo pubblico di cura e accoglienza"<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> M. D'ONOFRIO- M. SARTORI, *Misure alternative alla detenzione*, cit., p. 215.

<sup>112</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 215/1990.

La novità di maggior rilievo risulta però essere l'introduzione di una tipologia di detenzione domiciliare assolutamente svincolata dai motivi umanitari che giustificavano l'originaria misura *extra moenia* nell' art. 47-ter comma 1-bis O.P.: si tratta della detenzione domiciliare generica, la quale consente a chiunque debba espiare una pena detentiva inferiore ai due anni, anche se costituente parte residua di maggior pena l'accesso alla detenzione domiciliare, sempre che non vi siano i presupposti per l'applicazione dell'affidamento in prova e che la misura sia idonea ad evitare la recidiva.

Negli anni successivi, soprattutto per esigenze di deflazione carceraria furono ulteriormente ampliate le tipologie di detenzione domiciliare: fu infatti introdotta la concedibilità della detenzione domiciliare in tutti i casi in cui potrebbe essere disposto il rinvio facoltativo o obbligatorio dell'esecuzione della pena, le cui ipotesi sono disciplinate dagli artt. 146 e 147 c.p.; la Legge 12 luglio 1999, n. 231 introdusse con l'art. 47-*quater* un'ipotesi di detenzione domiciliare a favore dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria; la Legge 8 marzo 2001, n. 231 con l'art. 47-*quinquies* introdusse l'ipotesi di detenzione domiciliare speciale accrescendo la possibilità di accesso alla misura alternativa a favore

delle detenute madri e dei padri in caso di decesso o impossibilità della madre di accudire la prole; la Legge 5 dicembre 2005, n. 251, c.d. *ex Cirielli*, estese la misura a favore dei condannati ultrasettantenni aggiungendo all'art. 47-*ter* il comma 01; il d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, convertito con modificazioni nella Legge 15 marzo 1991, n. 82 (poi modificata dalla legge 13 febbraio del 2001, n. 45) ha dettato la disciplina prevista a favore dei collaboratori di giustizia; ed infine la Legge 26 novembre 2010, n. 199, introdusse l'esecuzione della pena presso il domicilio inizialmente destinata a coloro che dovessero espiare una pena non eccedente ai 12 mesi, elevati a 18 dal d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, convertito in Legge 17 febbraio 2012, n. 9.

## 2. Presupposti

Prima condizione necessaria affinché qualunque tipologia di detenzione domiciliare possa essere applicata è ovviamente la presenza di un domicilio, la cui idoneità all'esecuzione della sanzione penale è rimessa alla valutazione della Magistratura di Sorveglianza.

Il concetto di ciò che può essere considerato “domicilio” si è ampliato nel corso del tempo. Esso infatti può essere costituito dall'abitazione o da altro luogo di privata dimora, ma anche da un luogo di cura, assistenza o accoglienza la cui concreta individuazione è poi rimessa alla discrezionalità della Magistratura di Sorveglianza.

Tra gli spazi menzionati compare il luogo di assistenza, introdotto con la Legge n. 165/1998, espressione generica dalla quale emerge la possibilità di accesso alla misura anche per coloro privi di fissa dimora, i quali proprio per tale ragione sono stati esclusi fino a questo momento dalla categoria dei potenziali beneficiari.<sup>113</sup> L'utilizzo di una terminologia poco specifica da parte del legislatore consente alla Magistratura di Sorveglianza un maggior intervento potendo

---

<sup>113</sup> M. GASPARI- M. LEONARDI, *La detenzione domiciliare*, cit., Cap. II par. 2.

scegliere il luogo ritenuto più adeguato ai fini dell'esecuzione della misura in corrispondenza alle esigenze specifiche del caso concreto.

Sempre perseguendo l'obiettivo di favorire l'applicazione della misura alternativa, si ricomprendono nel concetto di domicilio le "case famiglia protette", al fine di consentire l'accesso alla detenzione extra-muraria alle condannate madri prive di dimora nelle ipotesi previste dall'art. 47-ter comma 1 lettera a) O.P. e 47-quinquies O.P.<sup>114</sup>

La seconda condizione da cui dipende l'applicazione della misura varia a seconda della tipologia della detenzione domiciliare stessa. In alcuni casi il legislatore subordina l'ammissione alla misura in relazione al *quantum* della pena inflitta: è il caso dell'art. 47-ter comma 1 O.P., in cui l'accesso alla misura è condizionato all'espiazione di una pena anche residua non superiore ai quattro anni; è il caso della detenzione generica, disciplinata dall'art. 47-ter comma 1-bis O.P., in cui la fruizione è condizionata all'espiazione di una pena anche residua non superiore ai due anni; dell'ipotesi dell'esecuzione della pena presso il domicilio, che ammette alla misura coloro che debbano espiaire una pena anche residua non superiore ai 18 mesi.

---

<sup>114</sup> M. GASPARI – M. LEONARDI, *La detenzione domiciliare*, cit., Cap. II par. 2.

In altri casi l'ammissione alla detenzione domiciliare prescinde totalmente dall'ammontare della pena inflitta, in ragione delle particolari e delicate circostanze del caso concreto: sono le ipotesi contemplate dall'art. 47-ter comma 01 O.P., che ammette il condannato ultrasettantenne all'esecuzione extramuraria della pena; dall'art. 47-ter comma 1-ter O.P., che dispone la possibilità di concessione della detenzione domiciliare in tutti i casi in cui possa essere disposto il differimento obbligatorio o facoltativo della pena ai sensi degli artt. 146-147 c.p.; dall'art. 47-quater O.P., che consente l'applicazione dell'affidamento in prova e della detenzione domiciliare alla persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria anche qualora la condanna inflitta superi i limiti indicati dalla legge; è il caso dell'art. 47-quinquies O.P., destinato alle detenute madri, beneficiarie della detenzione domiciliare anche qualora la pena inflitta ecceda i limiti prescritti dal legislatore in ragione del particolare fine che la disposizione persegue.<sup>115</sup>

Ultima condizione essenziale per ammettere il condannato a tale regime è l'assenza di pericolosità sociale che si esprime nella mancanza del rischio che siano commessi ulteriori reati.

---

<sup>115</sup> F. DELLA CASA, *Misure alternative alla detenzione*, in *Enciclopedia del diritto*, III, Milano, 2010, p. 846.

In ogni caso, pur sussistendo nel concreto tutte le condizioni richieste dalla legge per accedere alla misura alternativa si esclude qualsiasi automatismo. E' sempre rimessa alla valutazione del giudice la concreta applicazione di essa, tenendo conto oltre che della presenza delle condizioni richieste dalla legge, dell'idoneità del condannato ad essere ammesso all'esecuzione extramuraria della pena. Questo aspetto è stato evidenziato dapprima dalla Corte di Cassazione, affermando come la detenzione domiciliare non possa mai costituire oggetto di un diritto per il condannato, essendo la sua applicazione sempre subordinata ad una valutazione discrezionale affidata al giudice di merito<sup>116</sup>.

Tale orientamento è stato poi ribadito dalla Corte Costituzionale nella Sentenza n. 177/2009, nella quale si è evidenziato che nella concessione della detenzione domiciliare è sempre necessario il presupposto dell'assenza del pericolo di recidiva, in quanto costituisce *ratio* comune a tutte le figure di detenzione domiciliare favorire il recupero del condannato e prevenire la commissione di nuovi reati.<sup>117</sup>

---

<sup>116</sup> Cass., Sentenza n. 5523/1996.

<sup>117</sup> M. GASPARI – M. LEONARDI, *La detenzione domiciliare*, cit., Cap. II par. 2.



## **2.1 Detenzione domiciliare per il condannato ultrasettantenne (art. 47-ter comma 01 O.P)**

La prima ipotesi contemplata nell'art. 47-ter comma 01 O.P., è stata introdotta con la Legge n. 251/2005, c.d. Legge *ex Cirielli*, e introduce tra i beneficiari della detenzione domiciliare il condannato che *“al momento dell'esecuzione della pena, o dopo l'inizio della stessa, abbia compiuto i settanta anni di età, purché non sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza, né sia stato condannato con l'aggravante di cui all'art. 99 c.p.”*

L'unico requisito cui il legislatore subordina l'accesso alla misura alternativa ha natura oggettiva, ed è rappresentato oltre che dall'applicazione della pena della reclusione, dal superamento della soglia dei settanta anni di età, considerata incompatibile con la detenzione in carcere indipendentemente dalle reali condizioni psicofisiche del condannato.<sup>118</sup> La *ratio* della disposizione si fonda in particolare sulla ridotta pericolosità sociale della persona ultrasettantenne.

---

<sup>118</sup> G. GIOSTRA- F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2019, pp. 677-678.

La disciplina non pone un limite al *quantum* di pena inflitto, potendosi da ciò desumere che la misura extramuraria possa essere concessa per qualsiasi tipologia di reato.

Tuttavia l'applicazione della misura alternativa incontra nella stessa disposizione limiti specifici che impediscono la fruizione del beneficio. La prima preclusione è rappresentata dalla condanna all'ergastolo; in secondo luogo osta all'accesso la condanna per determinate fattispecie di reato, quali: riduzione o mantenimento in schiavitù (art. 600 c.p.), prostituzione minorile (art. 600-*bis* c.p.), pornografia minorile (art. 600-*ter* c.p.), detenzione di materiale pornografico (art. 600-*quater* c.p.), pornografia virtuale (art. 600-*quater* 1 c.p.), tratta di persone (art. 601 c.p.), acquisto e alienazione di schiavi (art. 602 c.p.), reati di violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.), atti sessuali con minore (art. 609-*quater* c.p.), violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.), reati indicati nell'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p., reati indicati nell'art. 4-*bis* O.P.;

Tra le circostanze impeditive non manca la condanna inflitta con l'aggravante della recidiva di cui all'art 99 c.p.. Il legislatore non si riferisce a una tipologia specifica di recidiva, e di conseguenza osta

al beneficio non solo la recidiva reiterata *ex art. 99 comma 4 c.p.*, ma qualunque forma di essa.

Condizione essenziale per essere compatibili all'accesso è la non dichiarazione di delinquente abituale, professionale e per tendenza, circostanza che non si considera più ricorrente se il Magistrato ne dispone la revoca ai sensi dell'art. 69 comma 4 O.P.<sup>119</sup>

Nonostante il legislatore non abbia contemplato nella categoria dei beneficiari della misura in questione i condannati all'arresto, una ragionevole interpretazione impone l'estensione della disciplina pure nei loro confronti.<sup>120</sup>

In ogni caso, pur in presenza delle condizioni richieste dalla legge, giurisprudenza<sup>121</sup> e dottrina sono d'accordo nell'escludere qualunque automatismo nell'applicazione. L'accesso infatti è sempre rimesso alla valutazione e alla discrezionalità del Tribunale di Sorveglianza circa la meritevolezza del condannato e l'idoneità della misura a facilitare il reinserimento sociale.

---

<sup>119</sup> F. FIORENTIN, *Misure alternative alla detenzione*, cit. pp. 262-265.

<sup>120</sup> F. DELLA CASA, *Misure alternative alla detenzione*, cit., pag. 842.

<sup>121</sup> Cass., Sez. I, Sentenza n. 32922/2008.

Nonostante l'applicazione di questa ipotesi di detenzione domiciliare sia subordinata a un unico requisito oggettivo legato all'età del condannato, di fatto la disposizione trova scarsa applicazione, sia per il sistema delle preclusioni che circoscrivono notevolmente l'accesso, sia perché il numero dei condannati<sup>122</sup> che superano la soglia dei settant'anni è estremamente ridotto non superando 1.4% della popolazione carceraria,<sup>123</sup> vanificando così anche il fine deflattivo che l'istituto non in via secondaria persegue.

## **2.2 Detenzione domiciliare per motivi di salute, famiglia o studio (art. 47-ter comma 1 O.P.)**

La detenzione domiciliare disciplinata dall'art. 47-ter O.P., è l'ipotesi tradizionale di detenzione alternativa al carcere introdotta con la Legge n. 663/1986, destinata a soggetti meritevoli di una particolare tutela in ragione del loro peculiare *status*, condannati a una pena non eccedente i quattro anni, anche se costituente residuo di maggior pena, e ai condannati all'arresto senza la previsione di limite alcuno. Il

---

<sup>122</sup> G. GIOSTRA- F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit. p.678.

<sup>123</sup> Statistiche aggiornate al 31 dicembre 2018 in [www.giustizia.it/statistiche](http://www.giustizia.it/statistiche).

limite di pena massimo inizialmente previsto era fissato a soli tre anni, elevati a quattro dalla Legge n. 165/1998.<sup>124</sup>

Prima dell'ampliamento della categoria delle varie tipologie di detenzione domiciliare, i soggetti indicati nell' art. 47-ter comma 1 O.P. erano gli unici fruitori dell'espiazione della pena presso il domicilio. I beneficiari, i quali possono chiedere l'ammissione alla misura indipendentemente dal tipo di reato commesso, con la sola esclusione dei reati indicati nell'art. 4-bis O.P., sono tassativamente indicati nella disposizione: a) la donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente; b) il padre, esercente la responsabilità genitoriale, di prole di età inferiore ad anni dieci, quando la madre sia deceduta o altrimenti impossibilitata a dare assistenza alla prole; c) la persona in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedono costanti contatti con i presidi territoriali; d) la persona di età superiore a sessanta anni, se inabile anche parzialmente; e) la persona minore di anni ventuno per comprovate esigenze di salute, studio, di lavoro e famiglia.<sup>125</sup>

---

<sup>124</sup>M. GASPARI – M. LEONARDI, *La detenzione domiciliare*, cit., Cap. III par. 1.1.

<sup>125</sup> Art. 47-ter comma 1 O.P.

### **2.2.1 Art. 47-ter comma 1. Lettera a)**

La prima destinataria del beneficio contemplata dalla disposizione è la donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente; il legislatore tende a garantire tutela a due situazioni tra loro distinte: da un lato la condizione della donna in quanto tale, in stato di gravidanza, tradizionalmente protetta sia nel corso del processo, sia nel corso dell'esecuzione della pena; d'altro lato, nella seconda parte della formulazione oggetto di tutela non è più la donna ma il minore, la cui età è stata più volte modificata nell'evoluzione legislativa.<sup>126</sup> Nella formulazione originaria il limite di età del minore era fissato a tre anni, elevato a cinque anni dalla Legge n. 296/1993, ed innalzato ancora a dieci anni dalla Legge n. 165/1998,<sup>127</sup> aumentando la categoria dei beneficiari e garantendo al minore un più adeguato e duraturo sostegno nella fase dell'infanzia, evitando la provocazione dei negativi effetti che seguono all'interruzione del rapporto madre-figlio.

Nella disposizione l'utilizzo dell'espressione generica "madre di prole" evidenzia come in essa non sia ricompreso unicamente il

---

<sup>126</sup> G. GIOSTRA- F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit. p. 659.

<sup>127</sup> F. FIORENTIN, *Misure alternative alla detenzione*, cit. p. 266.

rapporto di filiazione naturale, ma si estenda anche alla madre adottiva, dimostrando come il fine primario del legislatore sia proteggere il rapporto figlio-genitore prescindendo dalla natura del legame.<sup>128</sup>

La norma prevede requisiti minimi per l'accesso: il *quantum* di pena inflitto non superiore ai quattro anni, anche se costituente residuo di maggior pena o una condanna all'arresto; l'accertata convivenza della condannata col minore; la disponibilità di un domicilio, nel cui concetto, come sopra esposto, oltre ad essere ricompreso un luogo di privata dimora, a seguito dell'intervento della Legge n. 21/2011 per l'ipotesi specifica in esame si ricomprende la casa famiglia protetta, al fine di consentire l'accesso alla misura anche alla madre condannata priva di dimora. In ogni caso la valutazione circa l'idoneità del domicilio è rimessa alla Magistratura di Sorveglianza, e sarà condotta con specifico riferimento alle necessità del minore.

Sulla disciplina sono intervenute due fondamentali Sentenze della Corte Costituzionale, che hanno ampliato la categoria dei beneficiari della misura finalizzata alla tutela della famiglia.

---

<sup>128</sup> G. GIOSTRA - F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit. pag. 659.

Si tratta in *primis* della Sentenza n. 215/1990, con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell' art. 47-*ter* comma 1 lettera a) O.P., per violazione degli artt. 3, 29, 30 e 31 Cost. La Corte ha osservato come la disposizione, riconoscendo alla sola madre il diritto-dovere di assistere il minore di dieci anni, negava implicitamente all'altro genitore l'esercizio dello stesso diritto e l'adempimento dello stesso dovere qualora la madre mancasse o fosse assolutamente impossibilitata a svolgere il compito. Su questa premessa la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 47-*ter* comma 1 lettera a) O.P., nella parte in cui non concede la detenzione domiciliare, alle stesse condizioni previste, anche al padre detenuto qualora la madre fosse deceduta o assolutamente impossibilitata ad assistere la prole.<sup>129</sup> Conseguenza dell'intervento fu l'introduzione della disposizione dedicata al padre detenuto inserita nell'art. 47-*ter* comma 1 lettera b) O.P.

Ispirata alla tutela del minore è anche la seconda Sentenza che intervenne sulla disciplina, la n. 350/2003, con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 47-*ter* comma 1 lettera a) O.P. nella parte in cui non prevede la concessione

---

<sup>129</sup> F. FIORENTIN, *Misure alternative alla detenzione*, cit. p 267.



della misura alternativa anche nei confronti della madre condannata, e del padre condannato in riferimento alla lettera b) dello stesso articolo, conviventi con un figlio portatore di handicap totalmente invalidante, indipendentemente dall'età di quest'ultimo. Secondo la Corte la disciplina comporta disparità di trattamento «tra situazioni familiari analoghe ed equiparabili tra loro, quali sono quella della madre di un figlio incapace perché minore di anni dieci [...] e quella della madre di un figlio incapace di provvedere anche alle sue più elementari esigenze, il quale a qualsiasi età ha maggiore e continua necessità di essere assistito dalla madre rispetto ad un bambino di età inferiore agli anni dieci».<sup>130</sup> La soluzione della Corte prescinde dalle condizioni soggettive del condannato ed è finalizzata a favorire il pieno sviluppo della personalità del figlio, svincolando l'ipotesi da qualsiasi limite di età. Conseguenze dell'intervento è un ulteriore ampliamento della categoria dei destinatari del beneficio.<sup>131</sup>

Un'ulteriore dichiarazione di illegittimità costituzionale<sup>132</sup> fulminò l'art 47-ter comma 1 lettera a) O.P., nella parte in cui non limita la punibilità per il delitto di evasione ai sensi dell' art. 385 c.p.

---

<sup>130</sup> Corte costituzionale, Sentenza n. 350/2003.

<sup>131</sup> G. GIOSTRA- F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit. p. 661.

<sup>132</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 211/2018.

al solo caso in cui l'allontanamento dal luogo di esecuzione della pena si protragga per oltre dodici ore, come previsto per l'ipotesi di detenzione domiciliare speciale ai sensi dell'art. 47-*quinquies* O.P., sul presupposto che non sussista un concreto pericolo di commissione di nuovi delitti.

Nell'ipotesi in esame, l'ammissione alla misura non è comunque automatica, ma è sempre rimessa alla valutazione discrezionale della Magistratura di Sorveglianza.

### **2.2.2 Art. 47-*ter* comma 1 Lettera b)**

L'introduzione della lettera b) nell' art. 47-*ter* comma 1 O.P., avvenuto con la Legge n. 165/1998, non è altro che la recezione nell'Ordinamento Penitenziario dell'intervento della Consulta avvenuto con la Sentenza n. 215/1990, con la quale il Giudice di legittimità delle leggi dichiarò incostituzionale la precedente disciplina dell'art. 47-*ter* comma 1 lettera a) O.P. nella parte in cui non consentiva al padre detenuto di fruire della stessa misura concessa alla madre del minore in caso di suo decesso o assoluto impedimento alla cura della prole; in conseguenza a tale intervento il legislatore

aggiunse tra i beneficiari il padre detenuto, disponendo nell'art. 47-ter comma 1 lettera b) O.P. l'ammissione alla detenzione domiciliare del *“padre detenuto di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, esercente la responsabilità genitoriale, in caso di decesso o assoluto impedimento della madre.”*

Dalla formulazione della disposizione emerge come nonostante il legislatore riconosca anche al padre un ruolo attivo nella cura, nell'assistenza e nell'educazione dei figli, la sua presenza non risulti essere indispensabile ma eventuale e surrogatoria, a differenza della considerazione che l'ordinamento riserva alla madre, la cui figura per il minore risulta essere indispensabile.<sup>133</sup>

Diversi sono infatti i requisiti richiesti per la concessione della misura: in primo luogo è essenziale che il padre eserciti sul minore la responsabilità genitoriale, requisito non richiesto per l'ipotesi prevista nella lettera a); occorre considerare come la condanna a una pena detentiva non inferiore ai cinque anni comporta come sanzione accessoria la decadenza dalla responsabilità genitoriale, conseguenza che può verificarsi anche per la condanna per alcuni reati sessuali *ex art. 609-nonies c.p.* il che riduce l'area di fruibilità della misura

---

<sup>133</sup> G. GIOSTRA- F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit. pp. 660-661.

alternativa stessa. Le pene accessorie che determinano la sospensione o la decadenza dalla responsabilità genitoriale sono previste per entrambi i genitori. Mentre in riferimento alla madre si ipotizza che nonostante la decadenza o sospensione dalla responsabilità genitoriale, il legislatore concedendo la detenzione domiciliare voglia consentire un ricongiungimento familiare, per quanto attiene la posizione paterna, proprio perché la concessione della detenzione domiciliare è subordinata alla circostanza della morte della madre o del suo assoluto impedimento, la mancanza del requisito della responsabilità genitoriale mira ad evitare un ritorno in famiglia del padre che risulterebbe essere pregiudizievole per i figli. Nonostante l'impostazione legislativa ponga la madre in una posizione preminente rispetto al padre, una parte della dottrina osserva come non solo sia opportuno richiedere il requisito della titolarità della responsabilità genitoriale anche in capo alla madre ai fini della fruizione del beneficio, ma che sarebbe appropriato che il giudice valutasse in ogni caso il benessere che può derivare al minore dal ricongiungimento materno, valutazione che deve essere effettuata

soprattutto se la madre sia decaduta dall'esercizio della responsabilità genitoriale.<sup>134</sup>

In secondo luogo l'ammissione alla detenzione domiciliare per il padre è eventuale e surrogatoria, in quanto è possibile solo in caso di decesso o assoluto impedimento della madre all'assistenza della prole stessa. L'assoluto impedimento di regola consiste in condizioni di salute particolarmente gravi, ovvero nell'abbandono del domicilio domestico;<sup>135</sup> si esclude invece che integri di per sé il presupposto dell'impedimento lo svolgimento di attività lavorativa anche notturna;<sup>136</sup> sotto questo profilo la Corte di Cassazione è intervenuta con la Sentenza n. 13021/2009, con la quale ha precisato che «l'esistenza di un impedimento assoluto ad assistere la prole deve essere accertata in relazione alle peculiari connotazioni delle singole situazioni, in particolare attraverso la verifica dell'esistenza di strutture di sostegno e di assistenza sociale, ovvero della disponibilità all'assistenza di altri familiari che possano, all'occorrenza, sostituire la madre».<sup>137</sup>

---

<sup>134</sup> G. GIOSTRA- F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit. pp. 660.

<sup>135</sup> L. DEGL'INNOCENTI – F. FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, cit. pp.110.

<sup>136</sup> F. FIORENTIN, *Misure alternative alla detenzione*, cit. pp. 268-269.

<sup>137</sup> Cass., Sezione I, Sentenza n. 13021/2009.

La dottrina comunque ha accolto positivamente la disciplina introdotta in conseguenza alla Sentenza n. 215/1990, posto che entrambi i genitori hanno il dovere e il diritto di compiere attività di mantenimento e di educazione dei figli, e con tale intervento anche il padre risulta essere finalmente preso in considerazione dall'Ordinamento Penitenziario, anche se ancora con qualche differenza rispetto al regime previsto per la condannata madre.<sup>138</sup>

### **2.2.3 Art. 47-ter comma 1 Lettera c)**

In ottemperanza all'art. 32 Cost., il legislatore riserva una tutela particolare a coloro che si trovano in gravi condizioni di salute, individuando nella detenzione domiciliare un giusto compromesso tra diritto alla salute ed esecuzione della pena. D'altronde lo *status* del condannato gravemente malato si pone fortemente in contrasto col senso di umanità e non rende possibile il perseguimento del fine rieducativo, obiettivo primario della sanzione penale. Per questi motivi il legislatore indica tra i beneficiari della detenzione domiciliare *“la persona in condizioni di salute particolarmente gravi,*

---

<sup>138</sup> M. D'ONOFRIO – M. SARTORI, *Misure alternative alla detenzione*, cit. pp. 218-219.

*che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali”*, mantenendo così in vita l’esecuzione penale.<sup>139</sup>

Presupposto essenziale per l’accesso alla misura è una situazione di salute indubbiamente grave, confermata dall’utilizzo da parte del legislatore dell’avverbio “particolarmente”; in secondo luogo è essenziale la necessità di costanti contatti con i presidi sanitari, requisito sottolineato dalla giurisprudenza affermando come «non sia sufficiente che si tratti di una persona in condizioni di salute gravi, ma è necessario che la particolare gravità di queste richieda un costante contatto con strutture sanitarie»<sup>140</sup>; con la conseguenza che una condizione di salute del detenuto seppur qualificabile come grave, non si considera tale qualora non richieda costanti contatti con le strutture sanitarie esterne al carcere, rendendolo incompatibile con l’ipotesi in esame.

Si è inoltre precisato<sup>141</sup> come lo stato di salute idoneo a giustificare la concessione della misura non può essere limitato alla sola patologia implicante un pericolo per la vita, così come non si

---

<sup>139</sup> M. GASPARI – M. LEONARDI, *La detenzione domiciliare*, cit., Cap. III par. 1.3.

<sup>140</sup> Cass., Sez. I, 15 maggio, Todice, in *Cass. Pen.*, I, 1990; Cass., Sez. I, 14 luglio 1998, n. 4283, Valz Blin, in *Riv. Pen.*, 1999, p. 214.

<sup>141</sup> Cass., Sentenza n. 1371/2010.

esige che la condizione di salute del detenuto sia necessariamente incompatibile con il regime detentivo. Il presupposto legittimante dev'essere invece ravvisato in una o più alterazioni della funzionalità psico-fisica del soggetto caratterizzate dalla necessità di costanti contatti con presidi sanitari extracarcerari, dall'intensità di queste alterazioni e dall'idoneità a rendere ancora più afflittiva la pena detentiva; di conseguenza, la misura in esame non potrà essere concessa quando le patologie seppur gravi e plurime possono essere debitamente trattate attraverso le strutture sanitarie interne all'istituto di pena e in regime di detenzione.<sup>142</sup>

Essenziale poi risulta essere la presenza della particolare gravità delle condizioni di salute al momento dell'espiazione della pena indipendentemente dalla data in cui la patologia è sorta, «essendo indifferente se sia anteriore o posteriore al reato o alla condanna, essendo essenziale che essa sussista nel momento in cui la pena inflitta passi in esecuzione».<sup>143</sup>

Non integra il presupposto della gravità, legittimante l'applicazione della misura in esame, la semplice esigenza di

---

<sup>142</sup> F. FIORENTIN, *Misure alternative alla detenzione*, cit., pp. 260.

<sup>143</sup> Cass., Sez. I, 10 febbraio 1993, Porru, in *Cass. Pen.*, 1994, p. 1005.



un'assistenza fisica per un soggetto impedito fin dalla nascita e le cui condizioni non risultano essersi aggravate nel periodo della carcerazione.

Il legislatore, riferendosi alla condizione di salute particolarmente grave non precisa alcuna distinzione tra patologie fisiche e patologie psichiche, al punto che entrambe si ritengono ricomprese nella fattispecie.

Un problema di coordinamento si pone tra l'art. 47-*ter* comma 1 lettera c) O.P. e l'art. 148 c.p. il quale dispone il differimento o la sospensione dell'esecuzione della pena nei confronti del condannato affetto da infermità psichica sopravvenuta. La disposizione prevede la possibilità per il Magistrato di Sorveglianza qualora ritenga che lo *status* del condannato sia incompatibile al regime carcerario di ordinare il ricovero in ospedale psichiatrico civile, invece che in quello giudiziario, a cui sono subentrati le REMS, qualora il *quantum* di pena inflitto non eccede il limite di tre anni e il condannato non sia stato dichiarato delinquente abituale professionale o per tendenza. In conseguenza di ciò la detenzione domiciliare si pone come una valida alternativa al ricovero ospedaliero, permettendo al condannato di

ottenere i trattamenti sanitari necessari all'interno di strutture di cura e assistenza adeguate, o presso il proprio domicilio, rendendo il percorso di recupero più efficace.

In ogni caso la disposizione in esame non è l'unica che si preoccupa di tutelare il diritto alla salute del condannato, in questo senso operano anche l' art. 47-ter comma 1 lettera d) O.P., l'art. 147 c.p., che prevede il possibile differimento delle esecuzione per chi si trovi in condizioni di grave infermità fisica o psichica; l'art. 47-ter comma 1-ter O.P., che prevede la concessione della detenzione domiciliare in luogo del differimento della pena in presenza degli stessi presupposti indicati negli artt. 146-147 c.p.; l'art 11 O.P. che prevede il ricovero in ospedali civili, o in altri luoghi esterni di cura, oltre che in strutture penitenziarie, *“ove siano necessari cure o accertamenti diagnostici che non possono essere apprestati dai servizi sanitari degli istituti”*<sup>144</sup>, e l'art. 47-quater O.P., dedicato ai condannati affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria.

---

<sup>144</sup> G. GIOSTRA- F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 662.

#### 2.2.4 Art. 47-ter comma 1 Lettera d)

Anche la lettera d) della disposizione in esame è finalizzata, per lo meno nella sua versione originaria, a tutelare la salute del condannato. Il legislatore consente infatti l'accesso alla detenzione domiciliare “*alla persona di età superiore ai sessanta anni se inabile, anche parzialmente*”. Il primo presupposto cui la norma si riferisce è l'età; il secondo presupposto è l'inabilità, anche parziale. Di tale requisito il legislatore non specifica l'entità. Tuttavia si ritiene in giurisprudenza<sup>145</sup> e dottrina<sup>146</sup> che esso non sia utilizzato in senso tecnico come in materia previdenziale. Il requisito menzionato non consisterebbe infatti nell'inabilità all'attività lavorativa, ma abbraccia la situazione di non autosufficienza della persona, non infrequente nei soggetti che abbiano superato tale soglia di età;<sup>147</sup> non risulta essere quindi necessaria ai fini della concessione del beneficio la presenza di una condizione di salute grave che richieda il contatto costante con strutture sanitarie, e che risulti essere incompatibile con il regime carcerario. Attualmente però, tale interpretazione in dottrina non risulta più essere convincente in ragione delle modifiche apportate

---

<sup>145</sup> Cass. Sez. I, Sentenza n. 32922/2008.

<sup>146</sup> M. CANEPA – M. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 318; F. FIORENTIN, *Misure alternative alla detenzione*, cit., p. 260.

<sup>147</sup>F. FIORENTIN, *Misure alternative alla detenzione*, cit. p. 260.

dalla Legge n. 296/1993, che ha ridotto il limite di età da sessantacinque anni a sessant'anni, aggiungendo al fine originario quello deflattivo, ottenendo la riduzione della popolazione carceraria.

In ogni caso, il beneficio concesso potrà essere revocato una volta venute meno le condizioni che ne hanno giustificato l'applicazione.

#### **2.2.5 Art. 47-ter comma 1 lettera e)**

L'ultima lettera della disposizione è dedicata "*a persona minore di anni ventuno per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro, e di famiglia*", il legislatore indica i motivi che legittimano la detenzione domiciliare in maniera molto generica, al punto che vi possono essere ricomprese una serie molto ampia di situazioni, che tra l'altro potrebbero già essere ricomprese nei casi considerati dalle lettere precedenti della disposizione.<sup>148</sup> L'indeterminatezza delle parole utilizzate dal legislatore comporta il non facile compito dei Tribunali di Sorveglianza di individuare nel concreto le fattispecie in oggetto, con la conseguenza che si riconosce in capo ad essi un ampio

---

<sup>148</sup> G. GIOSTRA- F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 665.

margine di discrezionalità nella valutazione dei presupposti e quindi nell'applicazione della misura.

La dottrina individua nella norma un trattamento di favore a beneficio di soggetti che la società ha il dovere di recuperare, ed emerge implicitamente una considerazione negativa dell'ambiente carcerario; l'istituto infatti rientra fra quelle misure attraverso le quali si vuole evitare l'ingresso in carcere di persone giovani o giovanissime, a causa dell'effetto negativo che l'ambiente carcerario può avere su di questi, prima di tutto evitando l'incisione negativa che esso può avere nello sviluppo della personalità ed evitando le conseguenze desocializzanti che il carcere necessariamente produce.<sup>149</sup>

Opinioni discordanti sussistono in relazione al momento cui deve farsi riferimento nella considerazione dell'età del condannato, in quanto a seconda della soluzione derivano conseguenze non indifferenti nell'applicazione della misura. Secondo un orientamento dottrinale<sup>150</sup>, deve considerarsi l'età del condannato al momento della commissione del fatto illecito, con conseguente più ampia

---

<sup>149</sup>M. D'ONOFRIO- M. SARTORI, *Misure alternative alla detenzione*, cit., p. 222.

<sup>150</sup>G. CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, Milano, 2002, p. 400.

applicazione di questa tipologia di detenzione domiciliare; secondo altro orientamento<sup>151</sup> ci si deve riferire all'età del giovane al momento della presentazione dell'istanza. Quest'ultima opzione anche se riduce notevolmente il numero dei beneficiari, appare preferibile dalla dottrina prevalente, in ragione della formulazione della disposizione, secondo cui le pene “*possono essere espiate*”.

Nell' art. 47-ter comma 7 O.P. si precisa come al venire meno delle condizioni indicate nei commi 1 e 1-bis dello stesso articolo la misura deve essere revocata; in relazione all'ipotesi in esame significa che superata la soglia dei ventuno anni la misura extra-muraria debba essere revocata, proseguendo l'esecuzione in forma carceraria; l'orientamento non risulta essere condiviso dalla dottrina maggioritaria<sup>152</sup>, la quale ammette la prosecuzione dell'esecuzione penale in forma alternativa anche dopo il superamento del limite di età sopraindicato, sostenendo come il contrario comporterebbe un ingiustificato e incolpevole regresso nel trattamento rieducativo; orientamento non condiviso da diversa dottrina<sup>153</sup>, ricordando come il

---

<sup>151</sup>G. GIOSTRA - F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit. pag. 665.

<sup>152</sup>G. CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, cit., p. 400; F. FIORENTIN- A. MARCHESELLI, *L'ordinamento penitenziario*, Torino, 2005, p. 225.

<sup>153</sup> L. CESARIS, *Commento all'art. 47-ter*, in *L'ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, a cura di V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, Padova, 2006, p. 576.

minore di anni ventuno che fruisca della detenzione domiciliare per i motivi indicati nella norma in esame, si trova in tale situazione poiché risultato incompatibile o immeritevole di altro beneficio più ampio e rilevante, quale ad esempio il perdono giudiziale, la sospensione condizionale della pena, messa alla prova, o nella fase dell'esecuzione l'affidamento in prova al servizio sociale o le misure di comunità concedibili se il reato è stato commesso prima del raggiungimento della maggiore età, ed estendibili al beneficiario, se opportuno, fino al raggiungimento dei venticinque anni, età in cui si realizza in passaggio al sistema penitenziario dedicato agli adulti.<sup>154</sup>

### **2.3 La detenzione domiciliare “generica” (Art. 47-ter comma 1-bis O.P.)**

Un'estensione notevole dell'applicazione della detenzione domiciliare si è avuta con l'introduzione della detenzione domiciliare generica o infrabiennale, avvenuta con la Legge n. 165/1998, c.d. Simeone-Saraceni, e localizzata nell'art. 47-ter comma 1-bis O.P. la quale prevede la possibilità di espiare la pena in forma alternativa per

---

<sup>154</sup> Vedi Cap. IV.

coloro condannati “a una pena detentiva non superiore ai due anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, indipendentemente dalle condizioni di cui al 1 comma dell’art. 47-ter”<sup>155</sup>.

A seguito di tale innovazione emerge come la detenzione domiciliare non sia più uno strumento attraverso il quale l’ordinamento si preoccupa di tutelare condannati definiti deboli e per questo meritevoli di una particolare attenzione; ma diviene invece un ordinario istituto accessibile a tutti i detenuti favorendo il loro reinserimento sociale. A conferma di tale cambiamento è rilevante la sentenza n. 422/1999 della Corte Costituzionale, nella quale osserva come la detenzione domiciliare «non è più caratterizzata da quella eminente finalità umanitaria ed assistenziale che la contraddistingueva, ma ha assunto aspetti più vicini alla ordinaria finalità rieducativa e di reinserimento sociale. La circostanza infatti, che la misura in questione non sia più limitata ai soggetti deboli, prima previsti come destinatari esclusivi della misura dall’art. 47-ter O.P., ma sia applicabile in tutti i casi di condanna a pena non superiore ai due anni, anche se residuo di maggior pena, purché la

---

<sup>155</sup> F. FIORENTIN, *Misure alternative alla detenzione*, cit., p. 271.



misura sia idonea ad evitare il pericolo di recidiva, sta a dimostrare che in queste ultime ipotesi la pena, o il residuo di pena detentiva breve legittimano l'applicazione della misura in quanto volta ad assecondare il passaggio graduale allo stato di libertà pieno mediante un istituto che sviluppa la ripresa dei rapporti familiari ed intersoggettivi, senza incidere negativamente sulle eventuali opportunità di lavoro»<sup>156</sup>.

La dottrina maggioritaria si è discostata dall'orientamento assunto dalla Consulta, ritenendo che anche questa forma alternativa di esecuzione della pena si allontana da una finalità rieducativa, non essendo indicate nel provvedimento di ammissione ad essa prescrizioni di carattere positivo, ma caratterizzandosi solo per il suo contenuto interdittivo e contenitivo, prevalendo con questo intervento legislativo le esigenze di non desocializzazione su quelle di carattere rieducativo.<sup>157</sup> Si percepisce inoltre nell'introduzione di tale misura uno strumento di soddisfacimento dell'esigenza deflattiva volta a ridurre la popolazione carceraria. Di fatto si tratta di una detenzione "generalizzata", cui sono ammessi tutti i condannati indipendentemente dal tipo di reato commesso, ad eccezione di quelli

---

<sup>156</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 422/1999.

<sup>157</sup>M. D'ONOFRIO – M. SARTORI, *Misure alternative alla detenzione*, cit., p. 229.

indicati nell'art. 4-*bis* O.P., rendendo estremamente ampia la gamma dei beneficiari.

Le condizioni legittimanti l'accesso alla detenzione generica sono fissate in negativo dal legislatore rendendo più difficoltosa alla Magistratura di Sorveglianza l'individuazione delle fattispecie concrete idonee al beneficio. In assenza di criteri indicati positivamente dal legislatore, la magistratura deve dare conto delle ragioni che l'hanno indotta a ritenere il condannato idoneo alla misura, in particolare riferendosi: all'efficacia delle prescrizioni imposte; alle caratteristiche della personalità del soggetto; ai progressi trattamentali raggiunti nel corso della detenzione intramuraria; alle indagini svolte sulla sua condotta in ambiente libero. Determinante risulta essere ai fini di una valutazione positiva all'ammissione del beneficio una prognosi di non recidiva.

Prima condizione essenziale per l'accesso alla detenzione generica è l'espiazione di una pena non superiore ai due anni, anche se costituente parte residua di maggior pena; in secondo luogo come già precisato, è richiesto un requisito soggettivo legato all'assenza di pericolo di commissione di ulteriori reati.

Nonostante si tratti di una detenzione generalizzata destinata a tutti i condannati senza che siano richieste particolari condizioni e indipendentemente dal tipo di reato commesso, resta precluso il godimento del beneficio agli autori di reati indicati nell'art. 4-*bis* O.P. Si tratta di una preclusione assoluta che opera anche qualora sussistano le condizioni richieste dalla disposizione per il venir meno delle preclusioni in essa sancite, quali, ad esempio, la collaborazione con la giustizia o l'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva.

Sulla legittimità della preclusione assoluta sancita nell'art. 47-*ter* comma 1-*bis* O.P. più volte la Consulta è stata chiamata a pronunciarsi. Una prima questione di legittimità costituzionale sollevata agli inizi degli anni 2000, era fondata sulla violazione degli artt. 3 e 27 Cost. nella parte in cui la norma in questione non consente ai condannati per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* O.P. di essere ammessi alla detenzione domiciliare alle stesse condizioni stabilite nell'art. 4-*bis* O.P. per l'accesso ai permessi premio e agli altri benefici in esso contemplati. Il giudice remittente ritenne che si verificasse un'irragionevole disparità di trattamento, dato che il condannato per uno dei delitti ricompresi nell'articolo in questione

può accedere ai benefici ove sussistano le condizioni richieste dallo stesso articolo, mentre non può ottenere la detenzione domiciliare generica «senza che ciò trovi una giustificazione nella concreta pericolosità sociale del soggetto o comunque in una condotta a lui addebitabile» evidenziando come la Corte Costituzionale si fosse già espressa nel senso dell'esclusione di “ogni rigido automatismo”<sup>158</sup> dovendosi invece valutare nel concreto ogni situazione.

La Corte Costituzionale ritenne manifestamente inammissibile la questione<sup>159</sup> per difetto di motivazione.

Il dibattito circa la ragionevolezza dell'esistenza della preclusione assoluta prevista nell'art. 47-ter comma 1-bis O.P. che impedisce agli autori di reati ostativi di fruire della detenzione domiciliare “generica” non si è placata negli anni. Infatti, di recente la Corte di Cassazione ha riproposto la questione<sup>160</sup> contestando nuovamente il contrasto della disciplina *de qua* con gli artt. 3 e 27 Cost. basando l'ordinanza di rimessione su due ragioni: in primo luogo si ribadisce l'intollerabilità dell'esistenza di una forma di presunzione assoluta nell'esecuzione penale che preclude al giudice

---

<sup>158</sup> Corte Costituzionale, Sentenze nn. 306/1993, 186/1995, 436/1999.

<sup>159</sup> Corte Costituzionale, Ordinanza n. 77/2000.

<sup>160</sup> Cass., Ordinanza n. 81/2019.

una valutazione del caso concreto; in secondo luogo si fa leva sull'irragionevolezza del sistema graduale dei divieti sancito nell'art. 4-*bis* O.P. considerando che per l'identico fatto la norma consente misure non custodiali, come per esempio l'affidamento in prova, ma non permette la concessione della detenzione domiciliare che pure per il suo carattere detentivo e interdittivo dovrebbe garantire un maggior contenimento della pericolosità del soggetto. La Consulta si è pronunciata sulla questione con la sentenza n. 50/2020, che ha considerato la norma censurata non manifestamente irragionevole. La conclusione cui la Corte è giunta si basa su un duplice ragionamento: si precisa che l'art. 47-*ter* comma 1-*bis* O.P. si riferisce alla tipologia dei reati contemplati nell'art. 4-*bis* O.P. e non anche alle eccezioni in esso previste la cui presenza legittimerebbe l'ammissione ai benefici penitenziari contemplati. In secondo luogo, la Corte Costituzionale sostiene l'operatività della preclusione astrattamente considerata unicamente nei confronti di soggetti concretamente pericolosi, non contenibili attraverso la detenzione domiciliare. Nelle sue considerazioni, la Consulta evidenzia che il condannato giunto dinanzi alla Magistratura di Sorveglianza nonostante l'esiguità della sanzione inflitta, a meno che non costituisca residuo di maggior pena, è un

soggetto a cui non è stata concessa la sospensione condizionale da parte del giudice di cognizione, il che è sintomo di una prognosi negativa o della presenza di precedenti ostativi. Inoltre, nella fase esecutiva, chi subisce la preclusione in esame ha dimostrato la non meritevolezza dell'affidamento in prova che segue a un concreto giudizio di inidoneità della misura al contenimento della pericolosità e rieducazione del condannato. Se tale giudizio fosse invece positivo, al soggetto verrebbe sì preclusa la detenzione domiciliare *ex art. 47-ter* comma 1-*bis* O.P., ma avrebbe comunque accesso ad un trattamento più favorevole attraverso la concessione della misura *ex art. 47* O.P. In secondo luogo, ad avviso della Corte anche l'affidamento in prova come la detenzione domiciliare è una misura flessibile che può assumere nel concreto severe restrizioni della libertà e allo stesso tempo misure di forte impatto risocializzante: ciò significherebbe, per la Corte, che se il giudice nel caso concreto ritiene che neanche attraverso l'ampia possibilità di articolare le restrizioni dell'affidamento in prova sia possibile contenere la pericolosità sociale del condannato, l'esclusione della stessa persona dalla forma di detenzione domestica in esame non dipenda da una forma di

presunzione di pericolosità astratta e insuperabile, ma dal fatto di specie.<sup>161</sup>

Un ulteriore divieto di accesso era stato introdotto dalla Legge n. 251/2005, nei confronti di coloro condannati con l'aggravante della recidiva *ex art. 99 comma 4 c.p.*, preclusione soppressa con il d.l. n. 78/2013, convertito dalla Legge n. 94/2013.

In conclusione, la norma precisa che la detenzione generalizzata può essere concessa *“quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale”*, con la conseguenza che essa dovrebbe essere applicata da un lato nei casi in cui l'uscita dall'abitazione potrebbe essere fattore di rischio di recidiva, e dall'altro nei casi in cui non vi sia necessità di prescrizioni positive.<sup>162</sup>In ogni caso essa non costituisce mai un diritto del condannato, ma la sua applicazione è sempre rimessa alla valutazione discrezionale del Tribunale di Sorveglianza.

---

<sup>161</sup> G. LEO, *Detenzione domiciliare: non illegittima la preclusione per i reati di cui all'art. 4-bis dell'Ordinamento Penitenziario*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2020.

<sup>162</sup>L. DEGL'INNOCENTI- F. FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, cit., p. 121.

## 2.4 La detenzione “umanitaria” (Art. 47-ter comma 1-ter O.P.)

La terza tipologia di detenzione domiciliare disciplinata dall'Ordinamento Penitenziario è la detenzione domiciliare umanitaria, introdotta con la Legge n. 165/1988, e collocata nell'art. 47-ter comma 1-ter O.P., il quale consente al Tribunale di Sorveglianza di disporre l'applicazione della detenzione domiciliare in tutti quei casi in cui potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della pena ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p., anche qualora la pena da espiare ecceda il limite dei quattro anni sancito nell'art. 47-ter comma 1 O.P. La disposizione in esame persegue il fine di tutelare la salute del condannato consentendo l'applicazione della misura alternativa più idonea al raggiungimento degli obiettivi umanitari-assistenziali posti dalla Costituzione.<sup>163</sup> In ragione delle precise esigenze che la misura è volta a soddisfare, essa è destinata anche agli autori di reato *ex art. 4-bis* O.P., ai condannati all'ergastolo e a coloro a cui sia stato revocato un beneficio penitenziario, non operando il divieto di cui all'art. 58-*quater* O.P..<sup>164</sup> Inoltre, per le stesse ragioni, alla durata della misura il giudice fissa un termine preciso, il quale alla

---

<sup>163</sup>M. GASPARI- M. LEONARDI, *La detenzione domiciliare*, cit. Cap. III par. 4.

<sup>164</sup>F. FIORENTIN, *Misure alternative alla detenzione*, cit., p. 252.



scadenza potrà essere prorogato se sussistono i presupposti richiesti *ex* artt. 146-147 c.p., o in mancanza comporterà la riespansione dell'esecuzione della pena in forma carceraria o l'ammissione ad altra misura alternativa se ne ricorrono i presupposti.

La misura in esame potrà essere disposta dal Tribunale di Sorveglianza su richiesta dell'interessato o anche d'ufficio, in presenza dei presupposti indicati nell'art 146-147 c.p., nei quali sono enunciati i motivi di differimento obbligatorio o facoltativo della pena.

Ai sensi dell' art. 146 c.p., il differimento della pena è obbligatorio: se la pena deve essere eseguita da donna incinta o madre di prole di età inferiore a un anno; in caso di persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria o altra malattia grave per effetto della quale le sue condizioni risultano incompatibili con lo stato di detenzione.

Ai sensi dell'art. 147 c.p. il differimento della pena è facoltativo: se è presentata domanda di grazia; se la pena deve essere eseguita nei confronti di chi si trova in condizioni di grave infermità fisica; se la pena deve essere eseguita nei confronti di madre di prole di età inferiore a tre anni.

Una grave lacuna legislativa emergeva nell'ordinamento per quanto riguardava coloro che fossero affetti da un'infermità psichica, non contemplati nella norma. Da un lato, una particolare attenzione merita l'art. 147 comma 1 n. 2 c.p., il quale, fino alla recente sentenza della Corte Costituzionale n. 99/2019, riservava il differimento facoltativo della pena unicamente al condannato affetto da un'infermità fisica, precludendo così ai condannati affetti da infermità psichica l'accesso alla misura alternativa *ex art. 47-ter* comma 1-*ter* O.P. In secondo luogo, l'art. 148 c.p. prevede che in caso di infermità psichica sopravvenuta il condannato debba essere ricoverato in ospedale psichiatrico giudiziario o in casa di cura e custodia. La Corte di Cassazione però sostenne con un'ordinanza del 27 novembre 2017 che a seguito della chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari, iniziata nel 2015 e completata nel 2017, non può ipotizzarsi il subingresso delle REMS nell'esercizio di tutte le funzioni precedentemente svolte dagli OPG ai sensi dell'art. 148 c.p., in quanto si tratta di luoghi per l'esecuzione di sole misure di sicurezza. Conseguenza di tale posizione della Corte era la mancanza di misure alternative alla detenzione fruibili dai soggetti affetti da infermità psichica nel corso dell'esecuzione della pena che dovessero espiare

una pena superiore ai 4 anni o una pena inflitta per reati *ex art. 4-bis* O.P. in quanto da un lato tali casi erano incompatibili con l'*art.47-ter* comma 1 O.P. per carenza dei presupposti, e dall'altro vi era l'impossibilità di accedere alla misura *ex art. 47-ter* comma 1-*ter* O.P. limitata alla sola infermità fisica.<sup>165</sup>

L'unica soluzione quindi, sembrava essere il carcere.

La svolta ci fu con la sentenza della Corte Costituzionale n. 99/2019, la quale dichiarò l'illegittimità dell'*art. 47-ter* comma 1-*ter* O.P. nella parte in cui non consente che la detenzione umanitaria possa essere concessa nelle ipotesi di grave infermità psichica anche sopravvenuta.<sup>166</sup>

La decisione è di estrema importanza in quanto da un lato ha fatto risorgere la tutela del diritto alla salute delle persone con problemi mentali, dall'altro ha eliminato la disparità di trattamento in violazione dell'*art. 3* Cost. tra chi soffre di una grave infermità fisica e chi invece è portatore di una malattia psichiatrica. Per quest'ultima categoria di soggetti l'unica cura garantita era il carcere, proprio il

---

<sup>165</sup> P. SECHI, *Il riformato ordinamento italiano: le modifiche in tema di assistenza sanitaria*, in *Radca Prawny nr. 3(20)*, Varsavia, 2019, pp. 126-127.

<sup>166</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 99/2019.

luogo in cui le sofferenze sono aggravate.<sup>167</sup>A conferma di questo, afferma la Consulta che «la malattia psichica è fonte di sofferenze non meno della malattia fisica ed è appena il caso di ricordare che il diritto fondamentale alla salute *ex art. 32 Cost.*, di cui ogni persona è titolare, deve intendersi come comprensivo non solo della salute fisica, ma anche della salute psichica alla quale l'ordinamento è tenuto ad apprestare un identico grado di tutela [...]soprattutto le patologie psichiche possono aggravarsi e acutizzarsi proprio per la reclusione: la sofferenza che la condizione carceraria inevitabilmente impone di per sé a tutti i detenuti si acuisce e si amplifica nei confronti delle persone malate, sì da determinare, nei casi estremi, una vera e propria incompatibilità tra carcere e disturbo mentale»<sup>168</sup>.

Con l'istituto in esame il legislatore ha voluto introdurre una misura intermedia tra la pena detentiva eseguita in carcere, eccessivamente afflittiva, e la sua sospensione concessa attraverso gli artt. 146 e 147 c.p. senza tra l'altro indicare al Tribunale di Sorveglianza i criteri a cui fare riferimento per la scelta dell'istituto

---

<sup>167</sup> A. CALCATERRA, *Salute mentale e detenzione: un passo avanti. E' possibile la cura fuori dal carcere*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2019.

<sup>168</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 99/2019.

più adeguato. Nella ricerca della soluzione la Corte di Cassazione<sup>169</sup> ha più volte ribadito che la scelta nell'istituto da applicare nel concreto è rimessa alla ampia discrezionalità del Tribunale di Sorveglianza che dovrà effettuare una duplice valutazione: in primo luogo dovrà verificare la sussistenza dei presupposti previsti negli artt. 146 e 147 c.p.; in secondo luogo la detenzione domiciliare può essere disposta in luogo del differimento della pena tutte quelle volte che lo stato di salute e le condizioni soggettive del condannato lo rendono idoneo alla partecipazione del percorso rieducativo e al reinserimento sociale; viceversa, qualora l'espiazione della pena appaia contraria al senso di umanità per le sofferenze da essa derivanti, rendendo assolutamente incompatibile la condizione del condannato con il regime detentivo, ovvero la pena sia priva di alcun significato rieducativo in ragione della completa inefficacia della sanzione, dovrà preferirsi il differimento della pena.<sup>170</sup>

La detenzione umanitaria risulta essere il giusto compromesso tra tutela della salute ed esecuzione penale, garantendo al condannato tutte le cure di cui ha bisogno senza che allo stesso tempo sia eluso il trattamento penale. Conseguenza dell'introduzione di questo istituto, è

---

<sup>169</sup>Cass., Sentenza n. 5715/1999.

<sup>170</sup> M. GASPARI – M. LEONARDI, *La detenzione domiciliare*, cit., Cap. III par. 4.

la sostanziale perdita del carattere obbligatorio del differimento dell'esecuzione penale *ex art. 146 c.p.* sostituito nella gran parte dei casi dall'applicazione della detenzione domiciliare *ex art. 47-ter comma 1-ter O.P.* La soluzione è vantaggiosa per il condannato che esegue la pena in regime detentivo domestico piuttosto che subirne il rinvio a un momento successivo. La detenzione domiciliare umanitaria consente al giudice di valutare il caso concreto senza essere vincolato all'alternativa secca tra carcerazione o libertà senza vincoli prevista in presenza dei presupposti indicati negli artt.146-147 c.p.<sup>171</sup>

Da ultimo è intervenuto in materia il d.l. 30 aprile 2020, n. 28. L'intervento normativo è scaturito dalla situazione emergenziale creata dalla diffusione del virus COVID-19 che, a causa dell'elevato rischio di contagio negli istituti di pena ed, esponendo al rischio le condizioni sanitarie di alcuni detenuti già non in perfetta salute, ha comportato la presentazione di un elevato numero di istanze di accesso alla detenzione domiciliare *ex art. 47-ter comma 1-ter O.P.* da parte di condannati particolarmente pericolosi, anche ergastolani, legati alla criminalità organizzata. L'accoglimento di un rilevante

---

<sup>171</sup>G. GIOSTRA- F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 674.

numero di istanze da parte della Magistratura di Sorveglianza ha generato l'agitazione del settore dell'Antimafia che ha sollecitato un immediato intervento del legislatore. Le richieste mosse dalle Procure Antimafia, accolte dallo Stato, hanno determinato l'intervento legislativo d'urgenza sulla disciplina in esame, in particolare aggiungendo all'art. 47-ter O.P. il comma 1-*quinquies* dedicato agli autori di delitti di mafia e terrorismo *ex art. 51 comma 3-bis e 3-quater c.p.p.*: ogni qualvolta quest'ultimi richiedano l'ammissione alla misura della detenzione domiciliare umanitaria *ex art. 47-ter O.P.*, ai fini della decisione è obbligatorio un parere sull'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata e sulla pericolosità del soggetto reso dal Procuratore Distrettuale Antimafia del distretto in cui ha sede il giudice che ha emesso la sentenza e del Procuratore Nazionale Antimafia qualora l'istante sia sottoposto al regime *ex art. 41-bis O.P.*<sup>172</sup>

Sulla disciplina così formulata, è intervenuto ulteriormente il d.l. 10 maggio 2020, n. 29, il quale, al fine di controllare e assicurare che le scarcerazioni dei condannati per reati particolarmente pericolosi dipendano effettivamente da motivi di salute potenzialmente aggravati

---

<sup>172</sup> G. SANTALUCIA, *Un altro decreto-legge – n. 28 del 30 aprile 2020 – in materia di giustizia penale per l'emergenza sanitaria e non solo*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2020

dall'emergenza sanitaria, impone al Giudice di Sorveglianza - dopo aver acquisito il parere del Procuratore Distrettuale Antimafia o del Procuratore Nazionale Antimafia- di valutare la permanenza dei motivi legati all'emergenza sanitaria entro quindici giorni dall'adozione dei provvedimenti di concessione della detenzione domiciliare o del differimento dell'esecuzione della pena per motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19, e successivamente con cadenza mensile. Tale valutazione deve essere condotta immediatamente, anche prima della decorrenza del termine ordinario pari a quindici giorni, qualora il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria comunichi la disponibilità di strutture penitenziarie adeguate alle condizioni di salute del detenuto ammesso alla detenzione domiciliare o ad usufruire del differimento dell'esecuzione della pena.

Inoltre, prima di provvedere, l'autorità giudiziaria è tenuta a sentire l'autorità sanitaria regionale in persona del Presidente della Giunta Regionale in ordine alla situazione sanitaria locale.<sup>173</sup>

---

<sup>173</sup> *Emergenza COVID-19 ed esecuzione della pena presso il domicilio per gli esponenti della criminalità organizzata: in G.U. il d.l. 10 maggio 2020, n. 29, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2020*



Qualora il giudice ritenga che siano venuti meno i motivi sanitari che legittimavano la concessione del beneficio penitenziario, o siano disponibili reparti penitenziari adeguati alla cura del detenuto, il provvedimento con il quale viene revocata la detenzione domiciliare è immediatamente esecutivo.<sup>174</sup>

---

<sup>174</sup> L. BIARELLA, *Covid-19, il decreto-legge contro le scarcerazioni dei detenuti per gravi reati*, in *www.altalex.com*, 2020

### **3. La detenzione domiciliare in casi particolari**

#### **3.1 Misure alternative nei confronti di soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria (art. 47-*quater* O.P.)**

L'ipotesi di detenzione domiciliare che l'Ordinamento Penitenziario riserva a chi è affetto da malattie immunitarie particolarmente gravi è disciplinata dall'art. 47-*quater* O.P., rubricato: "*Misure alternative alla detenzione nei confronti di soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria*", introdotta nel nostro ordinamento dalla Legge 12 luglio 1999, n. 231.

La disciplina trae origine da una situazione di emergenza nata tra gli anni '80 e '90 determinata dalla presenza in carcere di un elevato numero di detenuti affetti da HIV, i quali, a causa della mancanza di cure adeguate in quell'epoca e, in particolar modo all'interno degli istituti penitenziari, erano costretti a vivere in una condizione di estremo disagio e in costante pericolo di contrarre infezioni anche mortali. Le critiche da parte dell'opinione pubblica e della comunità medico-scientifica indussero il legislatore ad

intervenire sul tema al fine di individuare una soluzione adeguata alla problematica.

Il primo intervento legislativo risale alla Legge 14 luglio 1993, n. 222, con la quale fu introdotto l'art. 286-*bis* c.p.p., ai sensi del quale non poteva essere disposta o mantenuta la custodia cautelare in carcere nei confronti di soggetti affetti da HIV qualora ricorresse una situazione di incompatibilità con il regime detentivo; l'intervento riguardò anche l'art. 146 c.p., introducendo nel comma 1 n. 3 il differimento obbligatorio dell'esecuzione della pena per i soggetti affetti da tale patologia. La novità principale introdotta dalla Legge n. 222/1993, risiedeva nell'aver previsto una assoluta incompatibilità tra il detenuto affetto da AIDS conclamata o grave deficienza immunitaria e il regime carcerario, comportando automaticamente la revoca di misure cautelari eventualmente disposte o l'impossibilità di applicarle, o, nel caso di sentenza definitiva, il differimento obbligatorio della sua esecuzione. L'incompatibilità esisteva ogni qual volta sussistessero le condizioni previste dalla circolare del Ministero della Sanità n. 5/1987, la quale prevedeva dei parametri fissi di deficit immunitario; in ogni caso, tale automatismo precludeva al giudice ogni potere discrezionale, assegnando ad esso un mero ruolo notarile.

La disciplina fu presto fortemente criticata<sup>175</sup> in ragione da un lato, della violazione del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, derivante dal diverso trattamento riservato ai condannati affetti da HIV e agli altri condannati affetti da altre malattie immunitarie ugualmente gravi, e dall'altro lato dell'automatismo che rendeva a priori incompatibile il condannato con il regime detentivo.<sup>176</sup>

Nonostante la Consulta<sup>177</sup> inizialmente ritenesse assolutamente fondata la necessità di riservare ai soggetti affetti da AIDS un trattamento differente rispetto agli altri condannati, le accese critiche istituzionali e dell'opinione pubblica provocarono un'inversione di orientamento, che si tradusse in due sentenze importanti sotto questo profilo.

---

<sup>175</sup> G. LOCATELLI, *Il trattamento sanzionatorio dei soggetti tossicodipendenti o affetti da HIV: evoluzione della normativa fino alla legge 12 luglio 1999, n. 231*, in *Cassazione Penale*, Milano, 2000, p. 550, ove afferma come dalla normativa “Traspare una concezione perdonista e lassista nei confronti del reo-tossicomane che, anziché favorirne il recupero sociale, rischia di sospingerlo verso l'illegalità alimentando la sensazione dell'impunità”. E ritenendo come “la massiccia esenzione dal carcere concessa ai tossicodipendenti e ancor di più ai soggetti affetti da HIV, rischia di ritorcersi contro gli stessi beneficiari perché, essendo divenuti soggetti a ridotta responsabilità penale, possono risultare manovalanza particolarmente appetibile per la criminalità organizzata e non, in vista di un impiego in azioni delittuose gravi nell'aspettativa dell'impunità”.

<sup>176</sup> M. GASPARI- M. LEONARDI, *La detenzione domiciliare*, cit., Cap. III par. 5.

<sup>177</sup> Corte Costituzionale Sentenze nn. 70/1994, 210/1994, 300/1994.

La prima è la Sentenza n. 438/1995, con la quale la Consulta dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 146 comma 1 n. 3 c.p. nella parte in cui era stabilito che il differimento dell'esecuzione della pena nei confronti di soggetti affetti da HIV avesse luogo anche qualora l'espiazione della pena potesse avvenire senza alcun pregiudizio della salute del soggetto e di quella degli altri detenuti.

La seconda Sentenza è la n. 439/1995, con la quale la Corte Costituzionale dichiarò l'illegittimità costituzionale dell' art. 286-*bis* comma 1 c.p.p., nella parte in cui stabiliva il divieto di custodia cautelare in carcere per le persone affette da HIV conclamata o che presentassero una deficienza immunitaria per infezione da HIV, anche quando sussistessero le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza di cui all' art. 275 comma 4 c.p.p., e l'applicazione della misura potesse avvenire senza pregiudizio per la salute del soggetto e degli altri detenuti. Entrambe le pronunce si fondano sulla violazione del principio di uguaglianza *ex* art. 3 Cost., causato dalla disciplina allora vigente.

La rimozione degli automatismi in materia ha fatto ben presto riemergere il problema della presenza in carcere di un consistente numero di soggetti affetti da AIDS o da grave deficienza immunitaria, ed è per tale ragione che il legislatore è intervenuto in materia: sotto il profilo delle misure cautelari aggiungendo i commi *4-bis*, *4-ter*, *4-quater* e *4-quinquies* nell'art. 275 c.p.p., prevedendo il divieto dell'applicazione della custodia cautelare in carcere solo in caso di incompatibilità con il regime carcerario e solo qualora tale regime non consenta cure adeguate all'interno dell'istituto di pena. Inoltre, qualora vi siano particolari esigenze cautelari e non sia possibile applicare la custodia in carcere o la custodia cautelare presso strutture sanitarie penitenziarie senza che da ciò derivi un pregiudizio per la salute del soggetto o degli altri detenuti, il giudice può disporre la misura degli arresti domiciliari presso una struttura adeguata a garantire la cura e l'assistenza del condannato.<sup>178</sup> Sotto il profilo dell'esecuzione della pena invece, il legislatore è intervenuto inserendo la misura alternativa della detenzione domiciliare speciale nell'art. 47-*quater* O.P., il quale prevede la possibilità per i soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, di

---

<sup>178</sup>M. GASPARI - M. LEONARDI, *La detenzione domiciliare*, cit., Cap. III par. 5.

accedere all'affidamento in prova al servizio sociale e alla detenzione domiciliare senza limiti di pena, qualora sia in corso o vi sia l'intenzione di intraprendere un percorso di cura.<sup>179</sup>

Alla luce dell'orientamento della Consulta espresso nelle sentenze n. 438/1995 e n. 439/1995, il legislatore -non subordinando l'accesso al beneficio a un *quantum* di pena inflitto- mira ad evitare l'espiazione della pena in regime carcerario, privilegiando l'applicazione dell'affidamento in prova al servizio sociale e della detenzione domiciliare e riducendo in tal modo notevolmente l'applicazione del differimento della pena *ex art.* 146 comma 1 n. 3 c.p., che resta circoscritto ai soli condannati per i quali la prognosi risulti infausta. In questo modo il legislatore ha cercato una soluzione che da un lato consente al soggetto di avvalersi di cure adeguate espiano la pena in un regime meno afflittivo di quello carcerario, senza rinunciare però alla pretesa punitiva, rinuncia che si avrebbe invece attraverso l'istituto del differimento della pena.

L'accesso alla misura è subordinato alla sussistenza di una condizione oggettiva rappresentata dalla presenza dell'infezione dell'HIV conclamata o da grave deficienza immunitaria. Per la gravità

---

<sup>179</sup>F. FIORENTIN, *Misure alternative alla detenzione*, cit., pp. 278-279.

dell'infezione il legislatore rinvia al decreto ministeriale del Ministro della sanità di concerto con il Ministro della giustizia adottato il 21 ottobre 1999.<sup>180</sup>

All'istanza di accesso deve essere allegata la certificazione del servizio sanitario pubblico competente che attesti la sussistenza delle condizioni di salute richieste per la concessione e inoltre, il programma "concretamente attuabile" di cura in corso o da effettuare presso le unità operative di malattie infettive ospedaliere o universitarie o altre strutture destinate all'assistenza di malati di AIDS.

Per evitare strumentalizzazioni del beneficio legati alla patologia il legislatore prevede delle condizioni ostative alla concessione: un primo limite è previsto nell'art. 47-*quater* comma 5 O.P., il quale prevede la possibilità per il giudice di non concedere il beneficio nei confronti di colui che abbia già fruito di analoga misura<sup>181</sup> e questa sia stata revocata da meno di un anno; in secondo luogo l'art. 47-*quater* comma 6 O.P., prevede la possibilità di revoca della misura, qualora il beneficiario commetta, successivamente

---

<sup>180</sup>G. GIOSTRA- F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 695.

<sup>181</sup> Per analoga misura si intende una precedente concessione di detenzione domiciliare ai sensi dell'art. 47-*quater*, 47-*ter* e di affidamento in prova al servizio sociale *ex art.* 47 O.P.



all'applicazione della misura stessa, un delitto di cui all'art. 380 c.p.p., per il quale risulti imputato o sottoposto a misura cautelare; infine, l'art. 47-*quater* comma 7 O.P., prevede che nei casi di applicazione dei commi 5 e 6 dello stesso articolo, il giudice può disporre la detenzione intramuraria da esporsi presso un istituto dotato di un reparto attrezzato a rendere le cure necessarie.<sup>182</sup>

Ai sensi dell'art. 47-*quater* comma 10 O.P., la disciplina in esame trova applicazione anche per gli internati. La *ratio* sembra essere quella di consentire l'espiazione della pena con modalità meno afflittive anche per colui che versando in condizioni di salute peculiari si trovi rinchiuso in un istituto che spesso risulta essere meno attrezzato di quello penitenziario sotto il profilo igienico-sanitario, e garantendo soprattutto un'efficace tutela del diritto alla salute.

Nonostante nell'art. 47-*quater* O.P. non sia contenuto nessun tipo di automatismo, demandandosi al Tribunale di Sorveglianza la decisione sulla concedibilità della misura alternativa al carcere, in realtà sembra che al giudice sia assegnata una funzione meramente notarile dovendosi limitare esclusivamente a verificare la sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge e la provenienza della

---

<sup>182</sup> M. GASPARI- M. LEONARDI, *La detenzione domiciliare*, cit., Cap. III par. 5.

certificazione. Non è escluso però che il giudice possa disporre perizie per accertare l'attuabilità del programma, con la conseguenza che nel momento in cui risultano essere integrati i presupposti richiesti dal legislatore nell'art. 47-*quater* O.P., il giudice è tenuto ad applicare una delle misure indicate nel comma 1 dello stesso articolo.<sup>183</sup> Il legislatore non indica i criteri a cui il giudice dovrà fare riferimento per orientare la propria scelta verso l'una o l'altra misura alternativa. Pertanto, si ritiene che dovrà preferirsi l'affidamento in prova, quale misura più flessibile e idonea a perseguire gli obiettivi posti, tutte quelle volte che il soggetto non risulti essere socialmente pericoloso e sia assente il pericolo di recidiva.<sup>184</sup>

Di fatto la disciplina esposta trova ormai scarsa applicazione, in quanto l'efficacia delle attuali terapie farmacologiche ha notevolmente migliorato le condizioni di salute dei malati, allungando la durata di vita e semplificando le cure, rendendo sempre più rara la presenza di soggetti detenuti gravemente malati affetti da HIV.

---

<sup>183</sup>G. GIOSTRA- F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 696.

<sup>184</sup>F. CANEVELLI, *Problemi applicativi della detenzione domiciliare*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, Milano, 2000, pp. 204-209.

### **3.2 La detenzione domiciliare speciale ( Art. 47-*quinquies* O.P)**

La detenzione domiciliare speciale fu introdotta nel nostro ordinamento con la Legge 8 marzo 2001, n. 40, intitolata “*Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori*”, e collocata nell’art. 47-*quinquies* O.P..

Nonostante il legislatore si sia preoccupato fin dalle origini dell’Ordinamento Penitenziario di tutelare il rapporto genitori-figli, l’idea che il carcere non fosse un luogo adatto ad accogliere minori in conseguenza alla condanna inflitta ai loro genitori è emersa solo con il tempo. All’origine dell’Ordinamento Penitenziario del 1975 infatti, il legislatore ha previsto per le detenute madri di prole di età non superiore ai tre anni la possibilità di tenere con sé i figli negli istituti penitenziari; di conseguenza, fuori dai casi in cui poteva essere ottenuta la semilibertà per cura della prole, o ci fossero i presupposti per ottenere il rinvio dell’esecuzione della pena, di fatto il nostro legislatore ha consentito la carcerazione dei figli minori con i loro

genitori<sup>185</sup>. Solo negli anni '80, e in particolare con la Legge n. 663/1986, emerse la consapevolezza della totale inadeguatezza del carcere, già di regola considerato *extrema ratio* per persone adulte, all'accoglimento di minori, i quali tra l'altro non hanno nessuna responsabilità delle scelte criminali del genitore.<sup>186</sup> Per tali ragioni, volte ad evitare la crescita di un minore all'interno di istituti carcerari, il legislatore si preoccupò di arricchire gli strumenti diretti a tutelare il rapporto genitore-figlio attraverso l'introduzione della detenzione domiciliare ordinaria destinata a genitori di prole di età non superiore ad anni dieci *ex art. 47-ter* comma 1 lettera a) e b) O.P. e attraverso la previsione della detenzione domiciliare in luogo del differimento della pena *ex art. 47-ter* comma 1-*ter* O.P..

Tale quadro seppur articolato non è stato ritenuto sufficiente e adeguato a dare attuazione a quella protezione che l'art. 31 Cost. intende assicurare alle madri e ai loro figli, ragione per la quale il legislatore è intervenuto nuovamente nella disciplina con la Legge n. 40/2001, introducendo la detenzione domiciliare speciale con al centro

---

<sup>185</sup> L'ipotesi considerata è prevista anche attualmente, ma attraverso le disposizioni entrate in vigore negli anni successivi il legislatore ha cercato di rendere residuale la presenza dei figli delle detenute nei luoghi di detenzione.

<sup>186</sup> D. PAJARDI- R. ADORNO- C.M. LENDARO- C.A. ROMANO, *Donne e carcere*, Milano, 2018, pp. 103-104.

della disciplina il minore, che non è considerato semplicemente soggetto meritevole di protezione, ma soggetto titolare del preminente diritto all'assistenza materna in modo continuato e in ambiente familiare.

Ai sensi dell'art. 47-*quinquies* comma 1 O.P., destinataria della misura è la condannata madre di prole di età non superiore ad anni dieci, che abbia espiato almeno un terzo della pena inflitta ovvero quindici anni qualora sia condannata all'ergastolo. La norma consente l'esecuzione della pena non necessariamente nella propria abitazione, ma anche in altro luogo di privata dimora, “*ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza*”, al fine di garantire l'accesso alla misura anche a quelle madri prive di dimora.

Nonostante nella disposizione in esame non sia presente alcun riferimento, fino a poco tempo fa doveva ritenersi operante il divieto di concessione di benefici penitenziari sancito nell'art. 4-*bis* O.P. nei confronti di coloro che siano stati condannati per i reati in esso elencati, in quanto si tratterebbe di divieto esteso a tutte le tipologie di misure alternative alla detenzione, compresa quindi la detenzione domiciliare in esame; di conseguenza, i condannati per reati di cui

all'articolo in questione potevano accedere al beneficio speciale solo in presenza delle condizioni richieste, fra cui la collaborazione con la giustizia. La questione è stata sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale, la quale con la sentenza n. 239/2014 ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4-*bis* O.P. nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione di benefici penitenziari la detenzione domiciliare speciale. Secondo il giudice remittente infatti, la tipologia di detenzione domiciliare in esame differisce dalle altre misure elencate nell'art. 4-*bis* O.P., essendo volta unicamente a ripristinare la convivenza tra genitore e figlio minore; la *ratio* della disposizione non è tanto la risocializzazione del condannato, elemento comune a tutte le misure extracarcerarie, ma è prevalentemente la tutela del minore e del suo interesse a ricevere le cure parentali e vivere nell'ambito della propria famiglia mantenendo un rapporto continuativo ed equilibrato con i propri genitori. Tale interesse trova riscontro anche nell'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo<sup>187</sup> e negli artt. 29, 30 e 31

---

<sup>187</sup> Art. 3 Convenzione sui diritti del fanciullo: 1. In tutte le decisioni riguardanti i fanciulli che scaturiscono da istituzioni di assistenza sociale, private o pubbliche, tribunali, autorità amministrative o organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve costituire oggetto di primaria considerazione. 2. Gli Stati parti s'impegnano ad assicurare al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo benessere, tenuto conto dei diritti e dei doveri dei suoi genitori, dei tutori legali o di qualsiasi altra persona legalmente responsabile di esso, e, a tal fine, prenderanno ogni misura appropriata di carattere legislativo e amministrativo. 3. Gli Stati parti si impegnano ad assicurare che le istituzioni, i servizi e le strutture responsabili della cura e della protezione dei fanciulli siano conformi ai criteri normativi fissati dalle autorità competenti, particolarmente nei

della nostra Costituzione. Si è contestato al legislatore il trattamento identico di situazioni tra loro assolutamente eterogenee. Infatti, ha osservato la Corte che tale regime risulta essere lesivo dei parametri costituzionali, in quanto la subordinazione dell'accesso alla misura alternativa all'accertata collaborazione del condannato espressiva della rottura dei legami con la criminalità organizzata può risultare giustificato quando si tratti di misure finalizzate esclusivamente alla risocializzazione del condannato autore del reato; cessa invece di essere giustificabile quando al centro della tutela si collochi un interesse diverso ed esterno,<sup>188</sup> qual è quello del minore a fruire delle condizioni per un migliore sviluppo psico-fisico.<sup>189</sup> Tuttavia la Consulta, nell'ammettere tale categoria di condannati alla fruizione della detenzione domiciliare speciale, pur riconoscendo che le conseguenze delle scelte di tutela della collettività ricadono su un "soggetto terzo estraneo"<sup>190</sup> qual è il minore, non afferma che la tutela di esso prevalga sempre e comunque e che l'interesse "a fruire delle

---

campi della sicurezza e dell'igiene e per quanto concerne la consistenza e la qualificazione del loro personale nonché l'esistenza di adeguato controllo.

La convenzione ONU sui diritti del fanciullo fu firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata dall'Italia con la Legge 27 maggio 1991, n. 176.

<sup>188</sup>M. GASPARI- M. LEONARDI, *La detenzione domiciliare*, cit., Cap. III par. 6 .

<sup>189</sup>Corte Costituzionale, Sentenza n. 239/2014.

<sup>190</sup>Corte Costituzionale, Sentenza n. 239/2014.

cure materne formi oggetto di protezione assoluta”<sup>191</sup>, dovendosi invece bilanciare con l’interesse contrapposto costituito dalla protezione della società; tale bilanciamento è realizzato attribuendo al giudice la verifica nel concreto della pericolosità del richiedente al fine di evitare che la misura in questione possa trasformarsi in uno strumento utile al riacquisto, anche se parziale, della libertà di genitore.<sup>192</sup>

Di conseguenza, le soglie edittali indicate nell’art. 47-*quinquies* comma 1 O.P. sono previste anche per le condannate per reati elencati nell’art. 4-*bis* O.P.: il legislatore non ha previsto alcuna differenza rispetto a condannati per altri reati, a dimostrazione di voler favorire un ampio ricorso alla misura domiciliare al fine di privilegiare la tutela dei figli.

Emerge come la prima caratteristica da cui deriva la specialità della misura *de qua* risiede nell’essere estesa a tutti i condannati senza alcuna differenza, e in secondo luogo nell’essere residuale alla detenzione ordinaria: si applica infatti quando non ricorrono i presupposti per la concessione della detenzione domiciliare *ex art. 47-*

---

<sup>191</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 239/2014.

<sup>192</sup>G. GIOSTRA- F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., pp.711-712.



ter O.P., cioè quando il *quantum* da espiare ecceda il limite di quattro anni.

Oltre al *quantum* di pena espiato, due ulteriori condizioni sono richieste dalla norma per l'accesso al beneficio: la prima attiene al profilo della pericolosità sociale, non dovendo sussistere il pericolo di commissione di ulteriori delitti. La disposizione non indica gli elementi e i criteri cui il giudice deve fare riferimento per l'accertamento dell'esistenza del pericolo nel concreto, rimettendo al Tribunale di Sorveglianza ampia discrezionalità nel valutare l'opportunità della concessione della misura bilanciando gli interessi contrapposti. La seconda condizione cui la concessione della misura è subordinata riguarda la "*possibilità di ripristinare la convivenza con i figli*": il Tribunale di Sorveglianza dovrà valutare non solo la sussistenza delle condizioni materiali per la convivenza, ma soprattutto l'effettiva utilità e opportunità per il minore di riallacciare i legami con il genitore detenuto.

Si precisa che requisito essenziale per l'accesso alla misura è l'esercizio della responsabilità genitoriale sancito nell' art. 6 Legge n. 40/2001, che preclude l'accesso per "*coloro che sono stati*

*dichiarati decaduti dalla potestà sui figli ai sensi dell'art. 330 c.c.*".

In apparente contrasto, sempre al fine della tutela del figlio minore, l'art. 7 della Legge n. 40/2001 dispone la sospensione dell'operatività della pena accessoria della decadenza dalla responsabilità genitoriale *ex art. 34 c.p.* nel caso in cui siano stati concessi benefici finalizzati alla tutela del minore. La previsione è volta a rimuovere gli effetti che provoca una condanna all'ergastolo, la quale comporta necessariamente la decadenza dalla responsabilità sulla prole, o a una pena superiore a cinque anni di reclusione, in quanto consente l'applicazione della pena accessoria *de qua*. E' ovvio invece che la sospensione della pena accessoria non operi in conseguenza di una condanna inflitta per delitti contro minori, anche se non coinvolgano i propri figli, in quanto proprio essi sono oggetto di protezione.<sup>193</sup>

Nonostante le intenzioni del legislatore, la detenzione domiciliare speciale così come è stata introdotta dalla Legge n. 40/2001 ha trovato scarsa applicazione e non si è dimostrata adeguata a risolvere il problema della presenza dei minori in carcere al fine di evitare la separazione del nucleo familiare. Per tale ragione si è intervenuti nuovamente sulla disciplina con la Legge 21 aprile 2011,

---

<sup>193</sup>G. GIOSTRA- F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 714.

n. 62, la quale introdusse nell'art. 47-*quinquies* il comma 1-*bis* O.P., che prevede la possibilità per le detenute madri condannate di espiare *ab initio* il *quantum* di pena necessario per poter accedere alla misura presso istituti di custodia attenuata, ovvero, qualora non vi sia pericolo di fuga o di recidiva presso la propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, in luoghi di cura, assistenza o accoglienza e, in caso di impossibilità di espiare la pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, presso case famiglia protette, evitando in questo modo la convivenza in carcere.

Nella sua formulazione originaria il comma 1-*bis* aggiunto nell'art. 47-*quinquies* O.P. non si applicava alle condannate madri per reati contenuti nell'art. 4-*bis* O.P., sussistendo una presunzione assoluta di pericolosità nei loro confronti che le costringeva ad espiare in pieno regime carcerario il *quantum* di pena necessario per accedere al beneficio speciale. La disparità di trattamento fu rimossa dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 76/2017 con la quale fu dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 47-*quinquies* comma 1-*bis* O.P. limitatamente alle parole “*salvo che nei confronti delle madri condannate per taluno dei delitti indicati nell'art. 4-bis*”. Con la pronuncia la Consulta ha evidenziato come il divieto, precludendo al

giudice di accertare se nel concreto non sussistano ragioni di sicurezza che impediscano di concedere *ab initio* forme alternative e più attenuate di espiazione della pena, comporta una limitazione ingiustificata del diritto del minore di ricevere le cure e l'assistenza del genitore<sup>194</sup>, integrando una violazione dell'art. 31 Cost.

Ai sensi dell'art. 47-*quinquies* comma 7 O.P., alle stesse condizioni previste per la condannata madre, alla misura in esame può accedere anche il padre “*quando la madre sia deceduta o impossibilitata*” e “*non vi è modo di affidare la prole ad altri*”. Nonostante il padre sia ammesso alla fruizione del beneficio, sono previste notevoli limitazioni: in primo luogo la figura paterna è solo residuale, al punto che è precluso l'accesso al beneficio qualora vi siano “*altri*” che possano prendersi cura del minore. L'ipotesi comporta una forte disparità di trattamento che è stata sottoposta al giudizio di legittimità della Corte Costituzionale per violazione degli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost., questione però che è stata ritenuta inammissibile dalla Consulta con la sentenza n. 211/2009. In secondo luogo non è estesa nei confronti del condannato padre l'applicazione dell'art. 47-*quinquies* comma 1-*bis* O.P., recando un'irragionevole

---

<sup>194</sup>R. MASTROTOTARO, *La detenzione domiciliare*, in *Donne e carcere*, cit., p. 118.

disparità di trattamento nei confronti di quei minori che possono contare solo sul padre.<sup>195</sup>

A seguito dell'estensione della detenzione ordinaria al genitore di figlio portatore di handicap realizzato dalla sentenza costituzionale n. 350/2003, sulla stessa scia si pone il recentissimo intervento della Consulta in relazione alla detenzione domiciliare speciale, avvenuto con la sentenza n. 18/2020, con la quale la Corte ha dichiarato illegittimo l'art. 47-*quinquies* O.P. nella parte in cui non prevede la concessione della detenzione domiciliare speciale anche alle condannate madri di figli affetti da handicap gravi, rimuovendo così il limite di età di dieci anni posto in via ordinaria dalla norma per l'accesso alla misura speciale. La *ratio* si fonda sulla natura della misura, finalizzata a mantenere le relazioni con almeno un genitore la cui presenza potrebbe essere essenziale per una migliore condizione psico-fisica del figlio disabile. La Consulta considera assolutamente irragionevole lo sbarramento dell'età, considerato come l'esperienza rivela che con l'avanzare dell'età le condizioni di vita e di salute delle persone con gravi disabilità tendono ad aggravarsi<sup>196</sup>, «sicché

---

<sup>195</sup> R. MASTROTOTARO, *La detenzione domiciliare*, in *Donne e carcere*, cit., p. 110.

<sup>196</sup> P. MACIOCCHI, *Detenute madri con figli disabili, diritto ai domiciliari a prescindere dall'età*, in *www.ilsole24ore.com*, 2020.

delimitare il beneficio penitenziario in questione in ragione di un parametro meramente anagrafico è costituzionalmente illegittimo quando si tratta di persona disabile».<sup>197</sup>

Il Tribunale di Sorveglianza nell'ammettere il beneficiario alla misura alternativa deve indicare nel provvedimento le prescrizioni imposte e il periodo di tempo che la persona può trascorrere all'esterno del proprio domicilio o di altro luogo in cui stia espiando la pena. Il secondo aspetto della specialità del beneficio risiede nell'assenza della specificazione dei motivi per i quali l'allontanamento dal domicilio sia autorizzato, a differenza di quanto è previsto per le altre ipotesi di detenzione domiciliare in cui l'allontanamento è autorizzato unicamente per soddisfare esigenze di vita indispensabili o per esercitare un'attività lavorativa. La disposizione si fonda sull'intenzione di ampliare le possibilità di allontanamento dal domicilio soprattutto per consentire il soddisfacimento di esigenze legate al minore, quali per esempio l'accompagnamento a scuola.

Per quanto attiene il regime della revoca, essa può conseguire all'inosservanza delle prescrizioni poste dal Tribunale di

---

<sup>197</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 18/2020.

Sorveglianza; in realtà non tutte le violazioni provocano la soppressione del beneficio, ma solo quelle che evidenziano l'inidoneità del soggetto alla fruizione della misura; in ogni caso, essa non opera mai automaticamente, ma solo previa valutazione da parte del Tribunale di Sorveglianza dell'entità, rilevanza e frequenza della trasgressione. Configurano ulteriori ipotesi di revoca: la decadenza dalla responsabilità genitoriale *ex art. 330 c.c.*; il venir meno del fine che giustifica la misura: l'interesse di tutela del minore, perché deceduto o perché affidato ad altre persone; il compimento del decimo anno di età del minore qualora non sia disposta la proroga o l'assistenza all'esterno.<sup>198</sup>

Un'ulteriore ipotesi di revoca, che segue alla più importante delle violazioni, è costituita dall'allontanamento ingiustificato dal domicilio o altro luogo in cui la pena è eseguita. Si tratta di una fattispecie che il legislatore disciplina autonomamente nell'art. 47-*sexies* O.P. Le conseguenze che derivano dalla trasgressione sono differenti a seconda che l'allontanamento non superi le dodici ore o si protragga per un tempo maggiore. Nel primo caso si potrà solo proporre la revoca del beneficio, se invece l'allontanamento si protrae

---

<sup>198</sup>F. FIORENTIN, *Misure alternative alla detenzione*, cit., p. 287.

oltre le dodici ore il condannato è punibile ai sensi dell'art. 385 c.p. configurandosi il delitto di evasione. Anche sotto questo aspetto si conferma la specialità della misura: mentre di regola l'allontanamento dal domicilio integra il delitto di evasione senza alcuna distinzione circa il tempo trascorso all'esterno del domicilio, nella misura *de qua* il reato in discorso si configura solo con il superamento delle dodici ore di assenza.<sup>199</sup>

Come anticipato, il raggiungimento del limite di età di anni dieci sancito nell'art. 47-*quinques* comma 1 O.P., non necessariamente conduce alla revoca del beneficio a favore del genitore. Il legislatore infatti, ai sensi dell'art. 47-*quinquies* comma 8 lettera a) O.P., favorendo il mantenimento della relazione genitore-figlio, consente al genitore già ammesso alla detenzione domiciliare speciale di richiedere una proroga della misura stessa qualora vi siano i presupposti per la concessione della semilibertà: l'espiazione di almeno metà della pena se si tratta di condanna alla reclusione; due terzi della pena se si tratta di condanna per reati compresi nell'art. 4-*bis* O.P.; vent'anni se è stata inflitta una condanna all'ergastolo.

---

<sup>199</sup>G. GIOSTRA – F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., p. 718.



Ai sensi dell'art. 47-*quinquies* comma 8 lettera b) O.P., in alternativa alla proroga o in mancanza dei presupposti necessari per la sua concessione, il giudice può ammettere il condannato all'assistenza all'esterno dei figli minori *ex art. 21-bis* O.P.. Anche sotto questo profilo è intervenuto il Giudice delle Leggi con la sentenza n. 174/2018, con la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 21-*bis* O.P. nella parte in cui, attraverso il rinvio al precedente art. 21 O.P. con riferimento alle detenute madri condannate alla reclusione per uno dei reati contemplati nell'art. 4-*bis* comma 1, 1-*ter*, 1-*quater* O.P., non consente l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci oppure lo subordina alla previa espiazione di una frazione di pena. La pronuncia della Consulta ha abbattuto l'ennesima preclusione assoluta del sistema penitenziario, restituendo al giudice il potere di valutare nel concreto il caso di specie. Il beneficio è stato così esteso anche alle condannate per i reati c.d. ostativi, indipendentemente dalla collaborazione con la giustizia o dall'espiazione di una frazione della pena.<sup>200</sup>

---

<sup>200</sup> S. CORBETTA, *Concessione della detenzione domiciliare speciale: la Consulta elimina un'ulteriore preclusione*, in [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it), 2019.

Come anticipato<sup>201</sup>, si è discusso in passato circa l'operatività nei confronti della misura in questione dell'art. 58-*quater* comma 2 O.P., relativo al divieto di concessione di misure alternative alla detenzione per la durata di tre anni destinato ai condannati nei cui confronti sia stata disposta la revoca di un beneficio penitenziario. A un primo orientamento sostenuto per molti anni dalla giurisprudenza che affermava l'operatività del divieto<sup>202</sup>, è seguita di recente una pronuncia di indirizzo opposto: la Consulta con la sentenza n. 187/2019 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater* comma 1, 2, 3 O.P. nella parte in cui prevede che non possa essere concessa per la durata di tre anni la detenzione domiciliare speciale al condannato nei cui confronti sia stata disposta la revoca di un beneficio penitenziario; e con la stessa sentenza in via consequenziale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*ter* comma 1 lettera a) e b) O.P. nella parte in cui prevedono che non possa essere concessa, per la durata di tre anni, la detenzione domiciliare al condannato cui la misura sia stata revocata. La pronuncia censura l'automatismo preclusivo sancito dalla norma in ragione della particolare e delicata finalità che essa persegue.

---

<sup>201</sup> Vedi capitolo I par. 4.

<sup>202</sup>Cass., sez. I, Sentenza n. 4823/1996.

Tutte le pronunce costituzionali intervenute in materia sono unite da un unico filo che è rappresentato dal principio per cui «affinché l'interesse del minore possa restare recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine occorre che la sussistenza e la consistenza di queste ultime venga verificata [...] in concreto [...] e non già collegata ad indici presuntivi [...] che precludono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni»<sup>203</sup>.

### **3.3 La detenzione domiciliare per i collaboratori di giustizia (art. 16-*nonies* d.l. 15 gennaio 1991, n. 8)**

L'esperienza criminologica ha dimostrato che esistono fenomeni delinquenziali caratterizzati da una solida struttura associativa e da forti legami tra i partecipanti alle attività illecite. Gli esempi più noti sotto questo aspetto riguardano sicuramente la criminalità organizzata di stampo mafioso e le organizzazioni criminali con finalità terroristiche.<sup>204</sup> La normativa di favore destinata ai collaboratori di giustizia è stata introdotta agli inizi degli anni '90 in

---

<sup>203</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 239/2014.

<sup>204</sup>M. CANEPA – M. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 503.

concomitanza all'introduzione della legislazione di emergenza, la quale ha provveduto ad introdurre misure restrittive volte a contrastare la criminalità organizzata particolarmente attiva in quegli anni. Se da un lato la legislazione ha inasprito il regime penitenziario dei soggetti affiliati alla criminalità organizzata o che abbiano commesso delitti in questo contesto<sup>205</sup>, d'altro lato ha previsto in favore di coloro che decidono di collaborare con la giustizia dei vantaggi, in particolare di circostanze attenuanti speciali e modalità di accesso agevolato alle misure alternative. La *ratio* della concessione è l'intento di incentivare il condannato o l'imputato a recidere i legami con l'associazione criminale di appartenenza. E' essenziale infatti per contrastare in modo efficace organizzazioni così solide e strutturate la collaborazione di soggetti che decidano di abbandonare l'organizzazione criminale in modo da rivelarne le strategie.

In questa sede ci si limita ad esporre la disciplina relativa ai benefici penitenziari, e quindi la normativa introdotta dal d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, convertito in Legge 15 marzo 1991, n. 82.

---

<sup>205</sup> Per esempio attraverso l'introduzione del regime differenziato previsto nell'art. 41-*bis* O.P. e preclusioni specifiche per l'accesso ai benefici penitenziari, volte ad ottenere la rottura dei legami con l'associazione criminale.

Alla condotta collaborativa si riferisce anche l'art. 58-ter O.P., enunciando come essa costituisca elemento idoneo a superare le preclusioni sancite nell'art. 4-bis comma 1 O.P.; la collaborazione a cui tale disposizione fa riferimento è esclusivamente quella inerente al delitto per cui è in esecuzione la custodia cautelare o l'esecuzione della pena; pertanto, essa può riguardare unicamente i fatti e reati oggetto della condanna in relazione alla quale il beneficio è richiesto. La disciplina introdotta invece con la Legge n. 82/1991 si pone come normativa speciale, in deroga a quella ordinaria in quanto riguarda condotte collaborative per l'accertamento di fatti o per la resa di informazioni attinenti a condotte criminose estranee alla condanna in esecuzione.<sup>206</sup>

Le due discipline sono tra loro autonome. Ciò è confermato dalla riserva contenuta nell' art. 4-bis comma 1 O.P. che nella attuale riformulazione operata dal legislatore del 2009 enuncia che *“sono fatte salve le disposizioni dell'art. 16-nonies del d.l. n 8 del 1991, convertito, con modificazioni dalla Legge 15 marzo 1991, n. 82”*.

Nella versione originaria dell' art. 13-ter d.l. n. 8/1991, il presupposto necessario per ottenere la concessione dei benefici

---

<sup>206</sup>M. GASPARI – M. LEONARDI, *La detenzione domiciliare*, cit., Cap. V par. 1.

penitenziari, in deroga alla disciplina ordinaria, era costituito unicamente dalla sottoposizione del collaborante allo speciale programma di protezione; con la conseguenza che la revoca di quest'ultimo comportava anche la revoca dei benefici ottenuti, non rilevando i percorsi di reinserimento eventualmente intrapresi.<sup>207</sup> La deroga comportava l'inoperatività di tutte le disposizioni vigenti aventi carattere restrittivo comprese quelle relative ai limiti di pena, e riguardava tutti i benefici penitenziari: permessi premio, lavoro all'esterno e misure alternative alla detenzione. L'autorità che aveva autorizzato il programma doveva rilasciare il proprio parere, sulla base delle informazioni acquisite dal Pubblico Ministero presso il giudice competente per i reati in relazione ai quali la collaborazione era prestata; tale parere era obbligatorio ma non vincolante, e in caso di parere sfavorevole, il provvedimento di concessione doveva essere debitamente motivato. L'aspetto premiale della disciplina è estremamente significativo: a prescindere dall'entità della pena da espiare ed eventualmente di quella già espiata, al collaboratore erano concedibili tutti i benefici penitenziari senza che fosse necessaria la sussistenza delle condizioni legislative ed era inapplicabile tutto il

---

<sup>207</sup> M. GASPARI – M. LEONARDI, *La detenzione domiciliare*, cit., Cap. V par. 2.

sistema di preclusioni contemplato nell'art. 4-*bis* O.P.. Secondo tale regime quindi anche all'ergastolano poteva essere concessa in ogni momento la detenzione domiciliare o la più ampia misura dell'affidamento in prova *ex art.* 47 O.P.

Nonostante la disciplina abbia notevolmente incentivato la collaborazione con la giustizia confermandosi un ottimo strumento per contrastare le organizzazioni criminali, allo stesso tempo presentava numerose lacune: in primo luogo la disciplina non conteneva rigorosi e precisi criteri sulla cui base individuare i soggetti destinatari del programma di protezione; non indicava le cause che avrebbero potuto dar luogo alla revoca del programma; non disciplinava i tempi e le modalità con cui la collaborazione doveva essere resa. Inoltre, la concessione dei benefici premiali subordinata unicamente alla sottoposizione del programma di protezione aveva comportato un eccessivo aumento di ricorso a questo istituto, rendendo difficilmente gestibile la popolazione protetta soprattutto dal punto di vista dell'assistenza economica che doveva essere garantita dallo Stato al

collaboratore e a tutta la sua famiglia entrati nel programma di protezione.<sup>208</sup>

Al fine di riempire i vuoti normativi della disciplina vigente e soprattutto separare il profilo tutorio da quello premiale, il legislatore ritenne opportuna una revisione della materia realizzata dopo quattro anni di iter parlamentare con la Legge 13 febbraio 2001, n. 45, la quale è intervenuta abrogando l'art. 13-*ter* del d.l. n. 8/1991 e sostituendolo con l'art. 16-*nonies* che attualmente disciplina la materia dei benefici penitenziari a favore dei collaboratori di giustizia.

Eliminato l'unico presupposto che legittimava l'accesso alla disciplina in deroga, la nuova normativa individua invece sia i soggetti destinatari di essa, sia i benefici ammessi. Sotto il primo profilo si tratta degli imputati o condannati per un delitto commesso per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, ovvero per uno dei delitti indicati nell'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p.<sup>209</sup>, che abbiano collaborato anche dopo la condanna. Per quanto attiene i

---

<sup>208</sup> M. GASPARI – M. LEONARDI, *La detenzione domiciliare*, Cap. V par. 2.

<sup>209</sup> Art. 16-*nonies* Legge n. 82/1991.

Ai sensi dell'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p. si tratta di delitti di associazione mafiosa, tratta di persone, sequestro di persona a scopo di estorsione, associazione finalizzata al traffico di stupefacenti o al contrabbando, nonché tutti i delitti commessi avvalendosi delle condizioni intimidatrici discendenti da associazioni di tipo mafioso ovvero commessi al fine di agevolare l'attività delle associazioni criminali.



benefici concedibili si tratta unicamente dei permessi premio, detenzione domiciliare e liberazione condizionale<sup>210</sup>. Ulteriore condizione essenziale per la fruizione della misura premiale è connessa al *quantum* di pena espiato: è necessario aver eseguito un quarto di pena inflitto, ovvero se si tratta di condannato all'ergastolo aver espiato almeno dieci anni di pena.

La norma, a differenza dell'art. 58-ter O.P.<sup>211</sup>, non indica espressamente le caratteristiche della condotta necessaria per ottenere i benefici, ma si limita ad individuare la collaborazione utile in tutte quelle condotte che consentono l'applicazione di alcune delle circostanze attenuanti previste nel codice penale o in leggi speciali, precisando che le suddette condotte possono essere prestate nel corso del giudizio o anche dopo la condanna. Di conseguenza, nel primo caso si potrà accedere a tale regime premiale se siano state applicate le circostanze attenuanti; se invece la collaborazione è prestata

---

<sup>210</sup> S. ROMICE, *La collaborazione impossibile. Note sui margini di superamento dei divieti di cui all'art. 4-bis O.P.*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 2018

<sup>211</sup> L'art. 58-ter O.P. identifica i collaboratori con la giustizia coloro che "anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati."

successivamente all'emissione della sentenza di condanna, occorre verificare se le circostanze attenuanti sarebbero state concedibili.<sup>212</sup>

La legislazione, così come modificata dalla Legge n. 45/2001, pur non tipizzando espressamente una condotta collaborativa esige qualità specifiche delle informazioni rese. In primo luogo, deve trattarsi di una collaborazione qualificata: ciò significa che le informazioni rivelate devono presentare le caratteristiche della completezza, novità, attendibilità e rilevanza. In secondo luogo, entro sei mesi dalla manifestazione della volontà di collaborare, gli organi procedenti devono provvedere alla redazione del verbale<sup>213</sup> in cui siano esposte e raccolte tutte le informazioni in possesso del collaborante. Per effetto di tale indicazione si esclude che nel nostro ordinamento possano esservi soggetti collaboranti senza limiti di tempo<sup>214</sup>.

Ulteriore presupposto che deve essere accertato dal Tribunale di Sorveglianza per la concessione della misura premiale è il ravvedimento del condannato. La giurisprudenza di legittimità ha affermato come tale requisito non può essere oggetto di presunzione

---

<sup>212</sup> M. GASPARI – M. LEONARDI, *La detenzione domiciliare*, cit., Cap. V par. 3.1.

<sup>213</sup> Il verbale, denominato verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione, deve essere redatto secondo le modalità indicate nell'art. 141-bis c.p.p.

<sup>214</sup> M. CANEPA – M. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 528.

ricavabile dalla sola collaborazione con la giustizia e dall'assenza di attuali collegamenti con le organizzazioni criminali<sup>215</sup>, ma richiede ulteriori elementi di qualsiasi natura idonei a dimostrare in positivo l'effettiva sussistenza di esso. Tale orientamento è ravvisabile anche nella sentenza della Corte di Cassazione n. 35217/2018, nella quale, in riferimento alla concessione della detenzione domiciliare al collaboratore di giustizia in esecuzione di pena in carcere, si afferma che la misura può essere disposta solo in presenza di una collaborazione effettiva e di un percorso carcerario di reinserimento, di concreti elementi che attestino la natura effettiva e non meramente formale del ravvedimento.<sup>216</sup>

Il legislatore esige indistintamente per tutte le misure premiali il requisito del ravvedimento; data però la differente ampiezza dei benefici concedibili ai collaboratori di giustizia, la formulazione pone dei problemi interpretativi in relazione al *quantum* di ravvedimento necessario per potervi accedere. La soluzione interpretativa più soddisfacente è risultata quella di esigere per ciascun beneficio un grado di ravvedimento rapportato all'ampiezza della misura

---

<sup>215</sup>Cass., Sentenza n. 1115/2009.

<sup>216</sup>E. NICOSIA, *Detenzione domiciliare al collaboratore di giustizia solo se effettivamente ravveduto in concreto*, in [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it), 2018.

premiale<sup>217</sup>. Di conseguenza, per l'accesso al permesso premio è sufficiente che il detenuto abbia intrapreso un percorso di revisione critica del proprio passato deviante; per l'accesso alla detenzione domiciliare è necessario che questo percorso sia proseguito e sia progredito; per l'accesso alla liberazione condizionale è necessario che tale percorso sia in fase di completamento. Nella scelta quindi trova applicazione il criterio della gradualità, dovendosi applicare la misura adeguata a contenere la residua pericolosità sociale.<sup>218</sup>

L'istanza volta ad offrire la propria collaborazione deve essere presentata dal condannato. Su di essa decide il Tribunale di Sorveglianza previo parere obbligatorio ma non vincolante dei Procuratori Generali presso la Corte d'Appello interessati o del Procuratore Nazionale Antimafia.

La concessione della misura può essere revocata qualora vi sia revisione della sentenza che riconosceva le circostanze attenuanti in materia di collaborazione; qualora vi sia inosservanza degli impegni assunti; qualora siano stati commessi delitti o condotte che siano indice di reingresso nel circuito criminale.

---

<sup>217</sup>M. GASPARI – M. LEONARDI, *La detenzione domiciliare*, cit., Cap. V par. 2.

<sup>218</sup>F. FIORENTIN, *Misure alternative alla detenzione*, cit., p. 641.

La normativa, nell'art. 16-*nonies* comma 5 Legge n. 82/1991, ammette la resa di informazioni relative a fatti estranei a quelli oggetto della condanna: in questo caso i benefici in deroga sono concedibili solo dopo l'emissione della sentenza di primo grado concernente i fatti per i quali la collaborazione è stata resa, in modo che possa essere confermata la sussistenza dei requisiti dell'attendibilità, rilevanza, novità e completezza.

In conclusione, all'art. 16-*nonies* della Legge n. 82/1991 non si estende il comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* O.P. relativo alla concessione dei benefici penitenziari in caso di collaborazione irrilevante o impossibile.<sup>219</sup> La *ratio* della scelta trova fondamento nel fatto che la disciplina *de qua* è ulteriormente premiale, e quindi è inderogabilmente essenziale un contributo conoscitivo importante.

---

<sup>219</sup> Ai sensi dell'art. 4-*bis* comma 1-*bis* O.P., infatti il beneficio è concedibile in caso di collaborazione impossibile o irrilevante. La collaborazione è impossibile o irrilevante quando i fatti risultano essere integralmente accertati con sentenza definitiva ovvero qualora sia stata accertata con sentenza irrevocabile la limitata partecipazione del condannato al reato.

#### **4. Esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi (Legge 26 novembre 2010, n. 199)**

L'esecuzione della pena presso il domicilio è stata introdotta con la Legge 26 novembre 2010, n. 199 nell'ambito della legislazione di emergenza volta ad affrontare il gravissimo problema del sovraffollamento carcerario. In ragione della natura straordinaria ed emergenziale, la normativa è stata introdotta dal legislatore in via temporanea limitando la sua operatività *“fino alla completa attuazione del piano straordinario penitenziario, nonché in attesa della riforma della disciplina delle misure alternative alla detenzione e comunque non oltre il 31 dicembre 2013”*<sup>220</sup>. La disciplina ammetteva al nuovo istituto straordinario coloro che dovessero espiare una pena detentiva non superiore ai dodici mesi, anche se costituente residuo di maggior pena. Sulla materia è intervenuta la legislazione deflattiva, in particolare: il d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, convertito in Legge 17 febbraio 2012, n. 9 che ha innalzato il limite di pena che legittima l'accesso alla misura da dodici mesi a diciotto mesi; e il d.l. n. 78/2013 convertito in Legge 9 agosto 2013, n. 94, il quale sopprimendo il periodo dell'art. 1 della Legge n. 199/2010 relativo

---

<sup>220</sup> Art. 1 Legge n. 199/2010.

alla limitata operatività temporale della misura, ha rimosso il carattere provvisorio dell'istituto, che è entrato a far parte definitivamente del catalogo delle misure alternative alla detenzione offerte dal nostro ordinamento penitenziario.<sup>221</sup>

Attualmente, quindi, sono legittimati all'accesso all'esecuzione della pena presso il domicilio coloro che sono stati condannati all'esecuzione di una pena detentiva non eccedente i diciotto mesi, anche se costituente parte residua di maggior pena.

Nonostante la finalità deflattiva dell'istituto esso non è esteso a tutti i condannati indistintamente. L'operatività è preclusa: nei confronti dei condannati per taluno dei delitti indicati nell'art. 4-*bis* O.P.<sup>222</sup>; nei confronti dei soggetti dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza; nei confronti di coloro che sono sottoposti a regime di sorveglianza particolare *ex art.* 41-*bis* O.P.. Non trova invece applicazione il divieto sancito nell'art. 58-*quater* comma 7-*bis* O.P., con la conseguenza che è ammesso alla misura alternativa

---

<sup>221</sup> A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., pp. 1-5.

<sup>222</sup> Il rinvio operato dal legislatore all'art. 4-*bis* O.P. è un rinvio meramente formale al catalogo dei reati in esso indicati, con la conseguenza che è esclusa l'operatività delle deroghe contemplate nello stesso articolo, quali per esempio la collaborazione con la giustizia.

anche chi in precedenza abbia fruito di una misura e successivamente sia tornato a delinquere.<sup>223</sup>

Nonostante la sussistenza in astratto dei requisiti oggettivi richiesti per l'ammissione alla misura, la concedibilità di essa è subordinata alla presenza di specifiche condizioni. In primo luogo è essenziale che non vi sia pericolo di fuga del beneficiario; in secondo luogo la misura non può essere concessa nei confronti del condannato per il quale sussista il rischio di commissione di ulteriori delitti;<sup>224</sup>In ultimo, è necessario la presenza di un domicilio effettivo ed idoneo all'esecuzione della pena *“anche in funzione delle esigenze di tutela delle persone offese dal reato”*. Anche in presenza dei requisiti necessari, la concessione della misura non è mai automatica ma è rimessa alla valutazione discrezionale del Magistrato di Sorveglianza, che deve motivare in maniera dettagliata il provvedimento che dispone la misura o ne nega l'applicazione.<sup>225</sup>

La misura è accessibile: ai condannati liberi presentando istanza al Pubblico Ministero; ai detenuti, nel qual caso l'istituto di

---

<sup>223</sup>F. FIORENTIN, *Misure alternative alla detenzione*, cit., pp. 308-313.

<sup>224</sup> Il legislatore fa riferimento unicamente ai delitti e non ai reati in generale, da ciò consegue che il pericolo di recidiva riguarda solo la commissione di delitti e non di contravvenzioni.

<sup>225</sup> S. TURCHETTI, *Legge svuota carceri e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.com](http://www.dirittopenalecontemporaneo.com), 2010.



pena provvederà alla trasmissione di una relazione sulla condotta durante la detenzione e sulla presenza di un domicilio idoneo per l'esecuzione della misura. Nonostante l'ammissione su istanza di parte rappresenti la normale procedura, è possibile l'instaurazione del procedimento di sorveglianza *ex officio* prima ancora della presentazione dell'istanza dalla parte stessa. La *ratio* della soluzione trova fondamento nella peculiarità dell'istituto e nella sua natura emergenziale; infatti il problema dello sfollamento degli istituti di pena, obiettivo che intende raggiungere la disciplina *de qua*, è affare di interesse generale al punto tale da meritare l'attivazione d'ufficio dell'organo competente. Di conseguenza, se il condannato è libero, il Pubblico Ministero, sussistendo i presupposti richiesti dalla legge, a seguito della redazione del verbale relativo alla sussistenza di un domicilio idoneo provoca l'attivazione del Magistrato di Sorveglianza chiamandolo a decidere sull'applicazione della misura; allo stesso modo, se il condannato è detenuto, il Magistrato di Sorveglianza può provvedere all'applicazione della misura prima che sia pervenuta la richiesta dall'istituto di pena.

L'art. 1 comma 8 della Legge n. 199/2010 rinvia per la disciplina della misura *de qua* alla normativa della detenzione

domiciliare ordinaria *ex art. 47-ter O.P.*, in quanto compatibile: dichiara applicabili l'art. 47-ter comma 4 e 58-quinquies O.P. su “*Particolari modalità di controllo nell’esecuzione della detenzione domiciliare*”, l'art. 47-ter comma 5 O.P.; l'art. 47-ter comma 6 O.P. relativo alla “*Revoca della misura in caso di comportamento contrario a legge o alle prescrizioni, che appaia incompatibile con la sua prosecuzione*”; l'art. 47-ter comma 8 O.P. sulle “*Pene previste per il delitto di evasione nel caso di allontanamento del condannato dall’abitazione*”; l'art. 47-ter comma 9 O.P. relativo alla “*Revoca del beneficio in caso di condanna per evasione, salvo che il fatto sia di lieve entità*”; l'art. 47-ter comma 9-bis O.P. sull’ “*Insostituibilità della misura con qualsiasi altra nel caso di avvenuta revoca*”.

I destinatari principali della misura *de qua* sono stati i condannati a cui era stata applicata la recidiva reiterata *ex art. 99 comma 4 c.p.*. Questi ultimi infatti, con la Legge n. 251/2005 sono stati esclusi dalla possibilità di accesso alla detenzione domiciliare generica *ex art. 47-ter comma 1-bis O.P.*, e colpiti dal divieto di sospensione dell’ordine di esecuzione *ex art. 656 comma 9 c.p.p.* con conseguente e consistente aumento degli ingressi in carcere. Entrambe le preclusioni sono state rimosse per effetto delle disposizioni

contenute nel d.l. n. 146/2013, divenendo accessibili anche ai recidivi reiterati, con la conseguenza che la misura introdotta con la Legge n. 199/2010 verrà utilizzata solo nei casi residuali.<sup>226</sup>

In conclusione, dalla natura straordinaria ed emergenziale dell'istituto discende l'impossibilità del destinatario della misura di rinunciare all'applicazione della stessa qualora la valutazione del magistrato alla concessione del beneficio abbia avuto esito positivo.<sup>227</sup>

#### **4.1 Esecuzione presso il domicilio di pene detentive non superiori ai diciotto mesi (Decreto-Legge 17 Marzo 2020, n. 18)**

Il decreto-legge 17 Marzo 2020, n. 18, c.d. Decreto Cura-Italia, è una misura straordinaria varata dal Governo-Conte per far fronte all'emergenza sanitaria causata dal diffondersi del contagio da virus COVID-19 e che in questi mesi sta devastando il nostro Paese come mai prima d'ora. In esso sono contenute misure volte a far fronte a tutte le circostanze di crisi che la pandemia ha determinato in

---

<sup>226</sup> La misura cioè verrà utilizzata in quei casi in cui sia consentita la “doppia sospensione dell'ordine dell'esecuzione” essendoci nel concreto sia i presupposti per la fruizione dell'esecuzione della pena presso il domicilio, sia i presupposti per la sospensione dell'ordine di esecuzione della pena *ex art. 656 c.p.p.* ma per qualunque ragione l'interessato non abbia presentato l'istanza per l'ammissione a una misura alternativa alla detenzione.

<sup>227</sup>M. GASPARI – M. LEONARDI, *La detenzione domiciliare*, cit., Cap. VI par. 2.

particolare dal punto di vista sanitario, sociale ed economico. Tra le misure introdotte per contenere la diffusione del virus, il legislatore ha introdotto disposizioni concernenti l'Ordinamento Penitenziario: nell'art. 123 d.l. n. 18/2020 è stata introdotta un'ipotesi di detenzione domiciliare destinata a coloro che debbano espiare una pena detentiva non superiore ai diciotto mesi, anche se costituente parte residua di maggior pena. La misura deriva dalla Legge n. 199/2010 e deroga a quest'ultima per alcuni aspetti. Al seguito delle proteste e delle rivolte causate dai detenuti, la *ratio* del nuovo beneficio trova fondamento nell'esigenza di evitare la diffusione del virus all'interno degli istituti penitenziari, nei quali l'assenza di spazi e strumenti adeguati renderebbe assolutamente impossibile la gestione dell'assistenza e della cura dei detenuti contagiati. È opportuno ricordare che la detenzione domiciliare *de qua* ha natura emergenziale, quindi è provvisoria. Pertanto, i detenuti che debbano espiare il *quantum* di pena richiesto, possono presentare istanza di accesso a partire dalla data di entrata in vigore del decreto-legge, fino al 30 giugno 2020.

Ciò che caratterizza la misura in discorso è una procedura semplificata, più rapida rispetto a quella ordinaria. In primo luogo la misura è disposta dal Magistrato di Sorveglianza e non dal Tribunale

di Sorveglianza, ed è concessa non solo su istanza dell'interessato, ma anche per iniziativa del P.M. o della direzione dell'istituto penitenziario senza che sia necessaria la redazione della relazione *ex art 1 comma 4 Legge n. 199/2010*.

Altra peculiarità della normativa attiene la modalità di esecuzione del beneficio: la norma prevede che per i detenuti che debbano espiare una pena compresa tra i sette e i diciotto mesi sia obbligatorio il ricorso all'utilizzo del braccialetto elettronico<sup>228</sup> che verrà reso disponibile sulla base di un programma di distribuzione adottato dal capo dell'amministrazione penitenziaria, d'intesa con il capo del dipartimento di pubblica sicurezza, tenuto conto della capienza degli istituti di detenzione, del numero dei ristretti e delle concrete emergenze sanitarie rappresentate dalle autorità competenti. Per coloro che invece debbano espiare una pena detentiva non superiore ai sei mesi non sarà necessario il ricorso allo strumento elettronico.<sup>229</sup>

Sono esclusi dal beneficio: gli autori di reati richiamati nell'art. 4-*bis* O.P; i condannati per maltrattamenti in famiglia ( art.

---

<sup>228</sup> L'utilizzo dello strumento elettronico richiede anche in questo caso la manifestazione espressa del consenso del condannato.

<sup>229</sup> S. VARANI, *Decreto Cura Italia: domiciliari per chi ha meno di 18 mesi da scontare*, in *www.altalex.com*, 2020.

572 c.p.) e stalking ( art. 612-*bis* c.p.); i delinquenti abituali, professionali o per tendenza; i detenuti sottoposti al regime di sorveglianza particolare *ex art. 41-bis* O.P.; i detenuti che nell'ultimo anno siano stati sanzionati per infrazioni disciplinari previste dall'art. 77 comma 1 nn. 18, 19, 20 e 21 d.P.R n. 230/2000; i detenuti che a partire dal 7 marzo 2020 hanno partecipato a disordini e sommosse. Infine, costituisce motivo di esclusione l'assenza di un domicilio effettivo e idoneo e la presenza di gravi motivi ostativi ravvisati dal Magistrato di Sorveglianza e debitamente motivati.

In deroga a quanto stabilito dal D.lgs. n. 121/2018, la detenzione domiciliare introdotta con il d.l. n. 18/2020 trova applicazione anche nei confronti di detenuti minori alle stesse condizioni previste per i detenuti adulti nell'art. 123 comma 1 d.l. n. 18/2020. Ai sensi del comma 7 dello stesso articolo, l'unica rilevante eccezione riguarda la non applicazione dello strumento elettronico di controllo e il dovere dell'Ufficio dei Servizi Sociali dei minori territorialmente competente di redigere in collaborazione con l'equipe educativa dell'istituto penitenziario il programma educativo a cui il minore nel corso dell'esecuzione della misura alternativa dovrà sottoporsi. Il programma deve essere elaborato entro trenta giorni

dalla presentazione dell'istanza di accesso alla misura in esame, e dovrà poi essere sottoposto all'approvazione del Magistrato di Sorveglianza.

In conclusione, ai sensi dell'art. 123 comma 8 d.l. n. 18/2020 ove compatibili restano ferme le altre disposizioni previste dall'art. 1 della Legge n. 199/2010.<sup>230</sup>

---

<sup>230</sup> *Coronavirus: detenzione domiciliare per pene fino ai 18 mesi*, in [www.penedp.it](http://www.penedp.it), 2020.

## *Capitolo III*

### **APPLICAZIONE ED ESECUZIONE DELLA MISURA**

#### **1. Modalità di accesso alla misura**

Sulle diverse modalità attraverso le quali è possibile accedere alla misura ci si è già soffermati.<sup>231</sup>

In questa sede è sufficiente aggiungere che la più grossa difficoltà creata dalla disciplina è la scelta tra l'affidamento in prova al servizio sociale e la detenzione domiciliare qualora nel concreto vi siano i presupposti per l'accesso a entrambe le misure alternative. L'affidamento in prova al servizio sociale si caratterizza per la sua natura propulsiva connessa alle prescrizioni anche di contenuto positivo; la detenzione domiciliare si caratterizza per il suo carattere essenzialmente contenitivo e interdittivo: di conseguenza dovrebbe preferirsi l'affidamento in prova tutte quelle volte che la rieducazione del condannato richieda prescrizioni positive e non risulti essere socialmente pericoloso; dovrà preferirsi invece la detenzione domiciliare quando vi sia la necessità di contenere la residua pericolosità sociale del condannato. Tra le due misure vi è un rapporto

---

<sup>231</sup> Vedi Capitolo 1 paragrafo 2.1.



gerarchico, nel senso che la misura detentiva ha carattere certamente più restrittivo rispetto all'affidamento in prova *ex art. 47 O.P.*

Se l'istanza di accesso è presentata da un condannato "libero sospeso" *ex art. 656 comma 5 c.p.p.*, è determinante ai fini della scelta della misura da applicare: l'esame della sentenza di condanna; i precedenti penali del condannato; la condotta tenuta in stato di libertà nel periodo che è intercorso dalla condanna alla celebrazione dell'udienza per la concessione del beneficio penitenziario; l'atteggiamento del condannato.

Se l'istanza è presentata da condannato ristretto in istituto, sono determinanti ai fini della scelta della misura da applicare, oltre agli elementi già menzionati, gli esiti dell'osservazione della personalità condotta in carcere.<sup>232</sup>

L'esecuzione della pena in regime detentivo domiciliare ha inizio il giorno in cui è notificata al condannato l'ordinanza che ne dispone l'applicazione.

---

<sup>232</sup>F. FIORENTIN, *Misure alternative alla detenzione*, cit., p. 273.

Per quanto attiene il trattamento penitenziario è significativo l'art. 47-ter comma 5 O.P.<sup>233</sup>, ai sensi del quale nei confronti del condannato in detenzione domiciliare non trovano applicazione le norme dell'Ordinamento Penitenziario che attengono al regime interno degli istituti di pena; inoltre si prevede l'esonero dell'Amministrazione Penitenziaria dagli oneri specificamente previsti dalla Legge n. 354/1975 in materia di mantenimento, cura e assistenza medica.

---

<sup>233</sup> Art. 47-ter comma 5 O.P.: "Il condannato nei cui confronti è disposta la detenzione domiciliare non è sottoposto al regime penitenziario previsto dalla presente legge e dal relativo regolamento di esecuzione. Nessun onere grava sull'amministrazione penitenziaria per il mantenimento, la cura e l'assistenza medica del condannato che trovasi in detenzione domiciliare."

## **2. Contenuto e modalità di esecuzione della detenzione domiciliare**

La detenzione domiciliare si sostanzia nell'obbligo del condannato di trattenersi in modo continuativo nel luogo<sup>234</sup> stabilito dal Tribunale di Sorveglianza nell'ordinanza applicativa della misura.<sup>235</sup>

Ai sensi dell'art. 47-ter comma 4 O.P., il Tribunale di Sorveglianza nel concedere la misura deve indicare le modalità di svolgimento di essa, rinviando per la determinazione alla disciplina prevista nell'art. 284 c.p.p. in tema di arresti domiciliari.

Nella definizione dell'esecuzione, considerata la flessibilità della misura, il legislatore consente al Magistrato di Sorveglianza di adeguare le prescrizioni alle esigenze del caso concreto e alla personalità del condannato potendo inasprire il regime detentivo o attenuarlo. In questo senso il Tribunale di Sorveglianza può imporre al condannato il divieto di comunicare con persone diverse rispetto a quelle che con lui convivono o lo assistono; può imporre il divieto di

---

<sup>234</sup> Il concetto di abitazione comprende sia il luogo in cui il soggetto conduce la sua vita domestica, sia le pertinenze esclusive, le quali devono essere individuate mediante il riferimento della nozione civilistica di pertinenza ricavabile dall'art. 817 c.c.

<sup>235</sup> L. DEGL'INNOCENTI – F. FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, cit., p. 140.

frequentare determinate persone o determinati luoghi; può autorizzare il condannato ad allontanarsi dall'abitazione esclusivamente per “*indispensabili esigenze di vita*” ovvero per lo svolgimento di un'attività lavorativa<sup>236</sup> purché il condannato non possa “*altrimenti provvedere alle sue indispensabili esigenze, ovvero versare in una situazione di assoluta indigenza.*”<sup>237</sup> La valutazione di quali siano le necessità che costituiscano “indispensabili esigenze di vita” così come la nozione di “assoluta indigenza” sono rimesse all'apprezzamento discrezionale della Magistratura di Sorveglianza. La Corte di Cassazione ha precisato<sup>238</sup> nella sentenza n. 8276/2018 che per autorizzare lo svolgimento dell'attività lavorativa deve essere valutato in forma rigorosa il complesso delle fonti di sostentamento disponibili, tenuto conto che non possono essere ricompresi tra queste eventuali contributi provenienti da terzi a meno che tali soggetti non siano legalmente obbligati al mantenimento della persona sottoposta al regime detentivo domestico.

---

<sup>236</sup> Sotto questo aspetto la Corte di Cassazione ha precisato con la Sentenza n. 8276/2018 in tema di arresti domiciliari, estendibile in forza del rinvio *ex art. 47-ter* comma 4 O.P. anche all'esecuzione della detenzione domiciliare, come l'autorizzazione all'attività lavorativa non costituisca un diritto per il condannato sottoposto a tale regime, in quanto consentire attività lavorative che comportino continui spostamenti renderebbero difficile il controllo del soggetto, snaturando il regime della custodia domestica.

<sup>237</sup> Art. 284 c.p.p.

<sup>238</sup> Cass., Sentenza n. 8276/2018.

Il Tribunale di Sorveglianza può autorizzare l'allontanamento dall'abitazione anche per motivi diversi rispetto a quelli restrittivamente indicati nell'art. 284 c.p.p., attenuando in tal modo il regime detentivo, per esempio per consentire al condannato lo svolgimento di attività suscettibili di contribuire al suo recupero sociale.<sup>239</sup> In ogni caso, nel rispetto della necessità di salvaguardare quel minimo di afflittività che deve connotare l'esecuzione della pena anche in regime detentivo domiciliare, il Tribunale di Sorveglianza deve indicare il tempo che il condannato può trascorrere all'esterno del domicilio e le specifiche ragioni che ne giustificano l'allontanamento.

Si tratta sostanzialmente di prescrizioni di natura negativa o interdittiva che possono in ogni momento della fase esecutiva essere modificate dall'autorità giudiziaria a seconda delle necessità e opportunità; si esclude invece la possibilità di dettare prescrizioni di carattere positive<sup>240</sup>e dalle quali potrebbe derivare un obbligo di

---

<sup>239</sup> Per esempio attività di volontariato.

<sup>240</sup> L. DEGL'INNOCENTI – F. FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, cit., p. 143.

*facere*, come per esempio l'obbligo di partecipare a corsi di riabilitazione o l'obbligo di risarcire il danno.<sup>241</sup>

I controlli sul rispetto delle prescrizioni imposte, grazie al rinvio all'art. 284 c.p.p., sono affidati al Pubblico Ministero e alla polizia giudiziaria, i quali anche di propria iniziativa “*possono controllare in ogni momento l'osservanza delle prescrizioni*”.<sup>242</sup>

In conclusione, ai sensi dell'art. 47-ter comma 4 O.P., è sempre il Tribunale di Sorveglianza che determina e impartisce le disposizioni per gli interventi dei Servizi Sociali appartenenti all'U.e.p.e. L'ufficio esecuzione penale esterna è un importante collaboratore della Magistratura di Sorveglianza nonché primo interlocutore che opera nella fase esecutiva nell'ambito delle misure alternative alla detenzione<sup>243</sup> svolgendo una funzione di controllo e di

---

<sup>241</sup> Cass., Sentenza n. 222183/2002.

<sup>242</sup> Art. 284 c.p.p.

<sup>243</sup> La collaborazione dell'U.e.p.e. è importante non solo nell'ambito delle misure alternative alla detenzione. Nella fase esecutiva l'Ufficio collabora anche nell'ambito della proroga, revoca, modifica delle misure di sicurezza e pene sostitutive. Nella fase di cognizione invece il suo operato rileva nel campo della messa alla prova. Con riferimento alle misure alternative alla detenzione, e in particolare in ordine all'affidamento in prova e alla detenzione domiciliare, tra le funzioni principali si segnala la proposta al Tribunale di Sorveglianza del programma di trattamento a cui sottoporre il condannato a seguito di un'indagine relativa alla condizione individuale, socio-familiare e all'osservazione del comportamento del soggetto; collaborazione nel controllo dell'osservanza delle prescrizioni imposte, riferendo regolarmente all'autorità giudiziaria l'andamento dell'esecuzione della misura.

sostegno nei confronti dei beneficiari della misura *extra moenia*<sup>244</sup>. Figure centrali dell'Ufficio esecuzione penale esterna sono gli assistenti sociali, i cui contatti con il condannato sono essenziali per un reinserimento sociale compiuto e duraturo.

## **2.1 Il c.d. braccialetto elettronico**

L'art. 58-*quinquies* O.P. prevede che tra le prescrizioni imposte dal Tribunale di Sorveglianza nell'esecuzione della detenzione domiciliare, possa essere disposto il controllo del detenuto mediante “*strumenti elettronici o altri strumenti tecnici*”, cioè attraverso il c.d. braccialetto elettronico, unico strumento di controllo attualmente presente, ove tecnicamente disponibile.

In forza del rinvio all'art. 275-*bis* c.p.p., l'applicazione degli strumenti elettronici è subordinata al consenso dell'interessato e può essere imposta anche nel corso della misura. Qualora il Tribunale di Sorveglianza ritenga l'utilizzo dello strumento elettronico condizione necessaria per la concessione o la prosecuzione della misura alternativa, il rifiuto del condannato legittima il rigetto dell'istanza di

---

<sup>244</sup> G. DEL PRETE, *UEPE, l'Ufficio per l'esecuzione penale esterna*, in [www.poliziapenitenziaria.it](http://www.poliziapenitenziaria.it), 2019.

ammissione alla detenzione domiciliare, la sospensione o la revoca della misura qualora l'esecuzione sia già in corso.<sup>245</sup>

L'utilizzazione del braccialetto elettronico è assolutamente facoltativa, e la sua prescrizione è rimessa alla discrezionalità della Magistratura di Sorveglianza, la quale è tenuta a indicare nel provvedimento che ne dispone l'applicazione i motivi per i quali intende disporlo.

Una specifica sanzione è prevista per il *“condannato o la persona sottoposta a misura cautelare che, al fine di sottrarsi ai controlli prescritti, in qualsiasi modo altera il funzionamento dei mezzi elettronici o degli altri strumenti tecnici adottati nei suoi confronti, o comunque si sottrae fraudolentemente alla loro applicazione o al loro funzionamento”*<sup>246</sup>: la pena è la reclusione da uno fino a tre anni.

L'utilizzo del braccialetto elettronico consentendo un controllo più penetrante della persona sottoposta a regime detentivo domestico dovrebbe facilitare l'accesso alla misura extramuraria, anche se

---

<sup>245</sup> M. CANEPA – M. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., pp. 332-333.

<sup>246</sup> Art. 18 d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito in Legge 19 gennaio 2001, n. 4.



effettivamente la normativa ha trovato scarsissima applicazione nel concreto.

### 3. Revoca e sospensione della detenzione domiciliare

Ai sensi dell'art. 47-ter comma 6 O.P. la detenzione domiciliare è revocata quando il comportamento del beneficiario, poiché contrario a legge o alle prescrizioni, appare incompatibile con la prosecuzione della misura. La pronuncia della revoca non è mai automatica ma è rimessa alla decisione del Tribunale di Sorveglianza chiamato a valutare la gravità della condotta posta in essere e l'atteggiamento psicologico che la sorregge.<sup>247</sup>

L'unica fattispecie, nonché la più importante e più frequente che provoca obbligatoriamente la revoca del beneficio concesso è la condanna per evasione<sup>248</sup> punibile *ex art.* 385 c.p.

L'evasione consiste nell'allontanamento del condannato dal luogo di espiazione della misura senza alcuna autorizzazione. Per la configurazione del delitto è sufficiente il dolo generico; di conseguenza, è sufficiente la consapevolezza dell'agente della trasgressione che deriva dalla propria condotta,<sup>249</sup> essendo del tutto

---

<sup>247</sup> L. DEGL'INNOCENTI – F. FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, cit., p. 146.

<sup>248</sup> Art. 47-ter comma 8 O.P.

<sup>249</sup> G. TAMBURINI, *Detenzione domiciliare e delitto di evasione nella recente giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 2017.

irrilevanti le motivazioni poste alla base di essa, la durata dell'allontanamento o la distanza.<sup>250</sup>

La disciplina originaria prevedeva un'automatica sospensione del beneficio penitenziario alla presentazione della sola denuncia per evasione con la conseguente traduzione del soggetto in carcere. Sulla norma è intervenuta la Corte Costituzionale che con la sentenza n. 173/1997 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*ter* comma 9 O.P. nella parte in cui faceva derivare l'automatica sospensione della misura alla sola presentazione della denuncia per il reato di evasione senza consentire al giudice alcuna valutazione sulla condotta e sulla effettiva incidenza sul percorso di risocializzazione intrapreso dal condannato. A seguito della pronuncia della Consulta è venuto meno ogni automatismo tra denuncia per delitto *ex art. 385 c.p.* e sospensione della misura, dovendo il Magistrato di Sorveglianza valutare nel concreto se la condotta oggetto della denuncia «presenti le caratteristiche, soggettive e oggettive, di una non giustificabile sottrazione all'obbligo di non allontanarsi dalla propria abitazione o dal luogo indicato ai sensi di detto art. 47-*ter*, disponendo quindi soltanto in ipotesi di positivo riscontro la sospensione della misura

---

<sup>250</sup> Cass., Sentenza n. 15871/2016.

alternativa».<sup>251</sup> In ogni caso, il Magistrato dopo aver adottato il decreto che dispone la prosecuzione o sospensione della misura alternativa deve trasmettere gli atti al Tribunale di Sorveglianza per la decisione definitiva.

L'obbligo di revoca scatta solo al passaggio in giudicato della sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 385 c.p., a meno che il fatto non sia di lieve entità. Di conseguenza, spetterà al giudice in sede di cognizione un'attenta valutazione di tutte le circostanze del caso concreto al fine di stabilire con certezza se la condotta posta in essere dal condannato sia davvero tanto grave da configurare il delitto di evasione e porsi quindi in contrasto con la prosecuzione della misura.

In ogni caso, la condotta valutabile ai fini dell'integrazione del reato è solo quella posta in essere successivamente all'inizio dell'esecuzione della misura.

La disciplina esposta non trova applicazione per la detenzione domiciliare speciale, in quanto in ragione delle peculiarità dell'istituto e del specifico fine che persegue, il legislatore ha ritenuto opportuno riservare un'autonoma disciplina enunciata nell'art. 47-*sexies* O.P,

---

<sup>251</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 173/1997.

estesa per effetto delle sentenze costituzionali n. 177/2009 e n. 211/2018 anche alla detenzione ordinaria limitatamente alle ipotesi dell'art. 47-ter comma 1 lettera a) e b) O.P.<sup>252</sup>

Ai sensi dell'art. 51-ter O.P., qualora il beneficiario ponga in essere comportamenti tali da giustificare la revoca della misura alternativa concessa, essa può essere sospesa in via cautelativa e provvisoriamente dal Magistrato di Sorveglianza con provvedimento motivato, ordinando la traduzione del condannato nell'istituto di reclusione. Il provvedimento provvisorio, oltre a non essere ricorribile per Cassazione, dovrà essere tempestivamente trasmesso al Tribunale di Sorveglianza per l'assunzione della decisione definitiva. In ogni caso, la decisione del Tribunale di Sorveglianza deve intervenire entro trenta giorni dalla ricezione degli atti, diversamente la mancata osservanza del termine provoca l'inefficacia del provvedimento di sospensione precedentemente disposto e il ripristino della posizione giuridica anteriore.<sup>253</sup>

In conclusione, giunta a scadenza la detenzione domiciliare senza che sia intervenuta revoca o sostituzione di essa la pena

---

<sup>252</sup> Vedi Cap. 2 Paragrafi 2.2.1, 2.2.2 e 3.2.

<sup>253</sup> C. BRUNETTI, *Sospensione cautelativa delle misure alternative e applicazione dell'art. 51-ter O.P.*, in [www.Inx.dirittopenitenziario.it](http://www.Inx.dirittopenitenziario.it), 2005.

detentiva è automaticamente estinta senza che sia necessaria una pronuncia specifica da parte del Tribunale di Sorveglianza; viceversa, qualora nel corso dell'esecuzione della pena in regime detentivo domestico il beneficio concesso sia stato revocato o sospeso, la pena residua da espiare in regime carcerario è inderogabilmente pari all'ammontare del *quantum* di pena risultante dalla sottrazione dalla pena da espiare quella già trascorsa in regime alternativo. Sotto questo profilo emergono importanti differenze rispetto all'affidamento in prova al servizio sociale<sup>254</sup> per il quale è possibile una revoca retroattiva della misura, e al termine di essa la pena non si estingue automaticamente ma è necessaria un'apposita pronuncia del Tribunale di Sorveglianza.<sup>255</sup>

---

<sup>254</sup>M. CANEPA – M. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 333.

<sup>255</sup> Art. 47 comma 12 O.P.

## *Capitolo IV*

### **ESECUZIONE PENALE E MINORI**

#### **1. Detenzione domiciliare e sistema penitenziario minorile**

Nel sistema italiano la tutela della persona minorenni nel contesto penale non è mai stata di facile attuazione. Ciò è dimostrato dal fatto che l'introduzione nel nostro ordinamento di un sistema penitenziario minorile è avvenuta solo di recente attraverso il D.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121 attuativo della delega contenuta nella Legge 23 giugno 2017, n. 103, recante “*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*”.<sup>256</sup>

Il D.lgs. n. 121/2018, introduttivo dell'Ordinamento Penitenziario Minorile, colma a distanza di oltre quarant'anni una grave lacuna in materia di esecuzione di sanzioni penali. Fino al 2018 infatti, in attesa di un intervento *ad hoc* da parte del legislatore, il sistema penitenziario minorile si incentrava su un'unica disposizione transitoria e finale della Legge n. 354/1975: si trattava in particolare dell'art. 79 comma 1 O.P., ai sensi del quale le norme

---

<sup>256</sup> M.V. MAGGI, *I condannati minorenni e l'esecuzione della pena: D.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, in [www.iusinitinere.it](http://www.iusinitinere.it), 2018.

dell'Ordinamento Penitenziario dettato per gli adulti “*si applicano anche nei confronti dei minori sottoposti a misure penali fino a quando non sarà provveduto con apposita legge.*”

La necessità di una disciplina *ad hoc* era fortemente sentita dalla giurisprudenza fin dal varo della Legge n. 354/1975<sup>257</sup>, e ancor di più tale esigenza emerse con l'entrata in vigore del d.P.R. n. 448/1988 introduttivo della normativa sul processo penale a carico di imputati minorenni. Siffatta normativa, pur modificando l'approccio verso il minore imputato nel procedimento penale, ha mancato di sviluppare un' adeguata disciplina minorile in riferimento all'esecuzione penitenziaria, limitandosi alla sola fase di cognizione. Da tale impostazione derivava un sistema del tutto inadeguato e incoerente; in particolare l'assenza di una normativa *ad hoc* tradiva quella specificità legata allo *status* minorile che costituisce l'elemento distintivo del modello della giurisdizione di cognizione pensato appositamente per i minori. Risultava paradossale il fatto che seppur la tutela delle esigenze educative costituissero il *leit motiv* del

---

<sup>257</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 46/1978.



processo minorile, tali peculiarità, nella fase esecutiva, momento fondamentale per il recupero della persona, venissero a mancare.<sup>258</sup>

In tutti questi anni il vuoto normativo è stato colmato grazie a un sapiente lavoro della Corte Costituzionale che ha provveduto all'adeguamento delle disposizioni dell'Ordinamento Penitenziario dedicato agli adulti per conformarle alle esigenze educative dei minori nel rispetto dei dettati costituzionali, e in particolare ai fini della funzione rieducativa della pena *ex art. 27 comma 3 Cost.*, nonché della tutela della gioventù con la promozione degli istituti necessari a tale scopo *ex art. 31 comma 2 Cost.*. In questo lavoro di adeguamento assume una rilevanza particolare la sentenza-monito n. 125/1992, con la quale la Consulta, rivolgendosi al legislatore ed evidenziando la necessità di un intervento legislativo *ad hoc*, ha sottolineato come l'assenza di ogni diversificazione nel regime trattamentale tra adulti e minorenni comprometterebbe «quell'esigenza di specifica individuazione e flessibilità di trattamento che l'evolutività della

---

<sup>258</sup> L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2018.

personalità del minore e la preminente funzione rieducativa richiedono».<sup>259</sup>

Alla suddetta pronuncia hanno fatto seguito numerose sentenze che, non limitandosi a meri ammonimenti, hanno via via dichiarato l'illegittimità dell'applicazione verso i minori di alcune norme della Legge n. 354/1975 e del relativo regolamento di esecuzione poiché contrastanti con il principio di protezione della personalità del minore. Tra queste si menziona la sentenza n. 403/1997, con la quale si è censurato l'art. 30-*ter* comma 5 O.P., nella parte in cui estendeva ai detenuti minori il divieto di concessione di permessi premio nei due anni successivi alla commissione di un delitto doloso durante l'espiazione della pena; la sentenza n. 450/1998, con la quale la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 30-*ter* comma 4 lett c) O.P., nella parte in cui estendeva ai minori condannati per reati *ex art. 4-bis* O.P. la concessione dei permessi premio condizionata all'espiazione di almeno metà della pena e comunque di non oltre dieci anni; la sentenza n. 436/1999, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater* comma 2 O.P., nella parte in cui precludeva al minore la concessione di benefici penitenziari per un periodo di tre

---

<sup>259</sup> Corte Costituzionale, Sentenza n. 125/1992.

anni nel caso in cui il condannato fosse incorso nella revoca di una misura alternativa anteriormente concessa. Tutte le decisioni erano finalizzate ad evidenziare l'esistenza di un sistema poco attento alle esigenze di specifica individualizzazione e flessibilità di trattamento. Tali principi, insieme al ricorso privilegiato alle misure alternative al carcere, alla necessaria separazione degli adulti dai minori nei luoghi di detenzione e alla considerazione del ricorso al carcere quale *extrema ratio*, sono stati richiamati anche da fonti internazionali tra le quali: le Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile approvate dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 29 novembre 1985, c.d. regole di Pechino; le regole dell'ONU per la protezione dei minori privati della libertà approvate dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 14 dicembre 1990; la Raccomandazione (08) 11 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulle regole di trattamento per i condannati minorenni sottoposti a sanzioni o a misure restrittive della libertà personale del 5 novembre 2008; le Linee Guida per una giustizia a misura di minore, adottate dal Consiglio d'Europa nel 2010; la direttiva 2016/800/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio Europeo del 11 maggio 2016

sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali.<sup>260</sup>

Le indicazioni della Corte Costituzionale e degli impegni internazionali furono finalmente recepite nella legge delega n. 103/2017, che impostava le linee di intervento su tre direttrici: 1. priorità assegnata ai bisogni del minore e alla promozione della sua persona, attraverso l'individualizzazione e la flessibilità dell'intervento educativo; 2. preferenza alle misure alternative alla detenzione che delineano un modello penitenziario incentrato sui bisogni di ogni singolo condannato, e che di conseguenza cambiano l'attuale prospettiva incentrata sul carcere; 3. riorganizzazione degli istituti per minorenni in modo da favorire la responsabilizzazione e il rafforzamento delle relazioni con il mondo esterno, al fine di un proficuo inserimento sociale che riduca il più possibile il rischio di commissione di ulteriori reati. Non tutti gli otto punti della delega hanno trovato puntuale attuazione con il D.lgs. n. 121/2018, in particolare per quanto attiene i punti 5 e 6 relativi all'ampliamento dei criteri di accesso alle misure extramurarie e all'eliminazione di preclusioni e automatismi. Infatti, dall'analisi della disciplina emerge

---

<sup>260</sup> F. TRIBISONNA, *Esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni. Le novità normative del D.lgs. n. 121/2018*, in [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it), 2018.

come di fatto il sistema delle misure *extra moenia* minorili, nei presupposti e nei contenuti non si discosta poi così tanto dal modello penitenziario ordinario in modo da determinare un'esecuzione penale "a misura di minorenne", come invece avrebbe dovuto essere.<sup>261</sup> Il legislatore si è preoccupato maggiormente di differenziare aspetti attinenti alla vita detentiva, dimostrando ancora una volta una predilezione per il carcere.

Il D.lgs. n. 121/2018 è costituito da ventisei articoli suddivisi in quattro capi. Esso esordisce con l'enunciazione nell'art. 1 comma 1 del principio di specialità, in forza del quale dispone che l'esecuzione della pena detentiva, delle misure penali di comunità e la loro applicazione nei confronti di condannati minori è disciplinata dal D.lgs. n. 121/2018, e solo in via sussidiaria potrà farsi ricorso al c.p.p., alla Legge n. 354/1975, al relativo regolamento di esecuzione, nonché alle norme del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448. In particolare per quanto attiene le misure penali di comunità, l'interprete può fare ricorso all'Ordinamento Penitenziario dettato per gli adulti e alle altre leggi solo per colmare vuoti relativi alla loro applicazione o

---

<sup>261</sup> L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2018.

esecuzione, non invece per estendere ai minori misure alternative previste per gli adulti ma non contemplate nel decreto in esame.

Nel comma 2 dello stesso articolo è sancita la *ratio* della disciplina differenziata: l'esecuzione penale minorile dev'essere volta a favorire la responsabilizzazione, l'educazione e il pieno sviluppo psico-fisico del minore; a preparare l'interessato alla vita libera, a favorirne l'inclusione sociale e a ridurre il rischio di commissione di nuovi reati. Gli strumenti essenziali per un esito positivo del percorso di inclusione sono certamente l'istruzione, la formazione professionale, l'educazione alla cittadinanza attiva e responsabile, le attività di utilità sociale, culturali, sportive. Fondamentale per il raggiungimento dell'obiettivo è la presenza di assistenti sociali ed educatori che provvedano all'assistenza e al sostegno del minore o del giovane adulto.

Il Capo II del D.lgs. n. 121/2018, è dedicato alle misure alternative alla detenzione, che nella normativa *de qua* sono definite specificamente misure alternative di comunità al fine di porre in risalto ciò verso cui tendono: l'utilizzo del termine "comunità" in luogo di "alternativa" sta ad indicare che oltre a coinvolgere la

collettività nel progetto di recupero e di reinserimento del condannato, esse rappresentano la modalità prescelta dal legislatore per l'esecuzione penale minorile, apparendo indice di tale conclusione la loro collocazione all'inizio della disciplina, successiva solo alle disposizioni generali.<sup>262</sup>

Come anticipato, nonostante una diversa denominazione e una diversa collocazione, di fatto le misure alternative di comunità si discostano ben poco dalle misure contemplate dalla Legge n. 354/1975. Rientrano nella categoria delle misure extracarcerarie minorili: l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare, la semilibertà e l'affidamento in prova in casi particolari.

1. L'affidamento in prova al servizio sociale nella disciplina minorile si duplica in: affidamento in prova ordinario *ex art. 4*; e affidamento in prova con detenzione domiciliare in determinati giorni della settimana *ex art. 5*, concedibile ogni qualvolta il pericolo di commissione di reati non può essere evitato soltanto attraverso prescrizioni positive e impegni che il minore assume attraverso l'affidamento. Con l'affidamento in prova con detenzione domiciliare

---

<sup>262</sup> L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2018.

si consente al giudice di modulare l'esecuzione della misura e il programma di intervento associando alle prescrizioni positive anche obblighi di stare, o divieti di allontanamento in determinati giorni della settimana. Attraverso tale variante dell'affidamento in prova al servizio sociale, si è creata una misura intermedia: maggiormente afflittiva rispetto all'affidamento in prova ordinario *ex art. 4*, ma meno gravosa della detenzione domiciliare, in quanto i limiti di durata degli obblighi di stare devono essere necessariamente circoscritti a specifici giorni della settimana, non potendo essere indeterminati. Nonostante l'affinità con la detenzione domiciliare, per entrambe le ipotesi di affidamento in prova restano ferme le condizioni sancite nell'art. 4 che fissa il limite di pena per l'accesso al beneficio in un *quantum* non eccedente i quattro anni di pena detentiva.

La detenzione domiciliare è disciplinata dall'art. 6, e le condizioni di accesso non differiscono da quelle sancite per la concessione dell'omologa misura agli adulti.<sup>263</sup>

Il sistema penitenziario minorile recepisce espressamente solo alcune delle tipologie di detenzione domiciliare previste dalla Legge n. 354/1975: la detenzione domiciliare speciale *ex artt. 47-quater* e 47-

---

<sup>263</sup> Vedi Capitolo 2.



*quinquies* O.P., e la detenzione domiciliare ordinaria disciplinata dall'art. 47-ter comma 1 O.P. Le condizioni di accesso sono le stesse previste dalla Legge n. 354/1975: la fruizione della detenzione domiciliare ordinaria è ammessa per chi oltre a trovarsi nelle condizioni soggettive richieste dallo stesso articolo, debba espriare una pena non superiore ai quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena.

A tali ipotesi, non tutte effettivamente applicabili ai minori per questioni legate alla giovanissima età, il decreto aggiunge un'ulteriore ipotesi di detenzione domiciliare qualificata "generica", che consente l'esecuzione della pena presso il proprio domicilio, ovvero altro luogo pubblico o privato, ai minori che debbano eseguire una pena non superiore ai tre anni e non sia possibile la concessione dell'affidamento in prova *ex artt.* 4 e 5.

Non sono state accolte dalla disciplina *de qua* la detenzione umanitaria *ex art.* 47-ter comma 1-ter O.P. concedibile in luogo del rinvio obbligatorio o facoltativo della pena e l'esecuzione della pena presso il domicilio prevista dalla Legge n. 199/2010. La *ratio* dell'esclusione di quest'ultimo beneficio trova fondamento

nell'incompatibilità dell'istituto con l'impianto penitenziario minorile in cui è essenziale e obbligatorio lo svolgimento di un programma educativo; l'esecuzione della pena presso il domicilio infatti, è una forma di detenzione domiciliare che prescinde da considerazioni di natura rieducativa, essendo ispirata esclusivamente a finalità di mera deflazione della popolazione carceraria.<sup>264</sup> Una deroga a tale orientamento è stata introdotta nell'anno in corso con il d.l. n. 18/2020, che ha reso applicabile anche nei confronti dei detenuti minori la detenzione domiciliare di natura emergenziale per coloro che debbano espiare una pena detentiva non eccedente i diciotto mesi, anche se costituente parte residua di maggior pena.<sup>265</sup>

Una nota distintiva piuttosto significativa rispetto al regime detentivo domestico previsto per gli adulti, è rappresentata dal contenuto della misura *de qua*: mentre di regola la detenzione domiciliare si connota per essere una misura dal contenuto negativo, interdittiva, che tende a impedire al condannato determinate attività, nella detenzione domiciliare dedicata ai minori il decreto impone l'elaborazione di un programma di intervento educativo da parte

---

<sup>264</sup> F. FIORENTIN, *L'esecuzione della pena presso il domicilio non si applica ai condannati minorenni*, in [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it), 2019.

<sup>265</sup> Vedi Capitolo 2 par. 4.1.

dell'Ufficio di Servizio Sociale per i minori che tuteli e promuova i diritti del condannato affinché non sia costretto ad una completa passività e isolamento derivante dalla reclusione domestica. Nel provvedimento che dispone l'ammissione alla detenzione domiciliare devono essere indicate le prescrizioni che obbligatoriamente il condannato è tenuto ad osservare; l'art. 6 comma 3 precisa il fine cui esse debbano tendere: deve trattarsi di precetti volti a favorire lo svolgimento di attività utili dal punto di vista pedagogico e funzionali al suo inserimento sociale.

Infine, si conferma anche in questa ipotesi l'elemento caratterizzante della detenzione domiciliare: il divieto di allontanamento dal domicilio senza autorizzazione, la cui violazione integra il delitto di evasione *ex art. 385 c.p.*

La semilibertà, disciplinata dall'art. 7 mantiene la struttura e il contenuto previsti nella Legge n. 354/1975 consentendo al condannato di trascorrere parte della giornata fuori dall'istituto per la partecipazione ad attività volte a favorire l'inclusione sociale. Alla misura può accedere il condannato che abbia espiato un terzo della pena; se si tratta di condanna per uno dei delitti *ex art. 4-bis O.P.*, il

giudice nel concedere la misura deve tener conto “*del significativo rapporto tra la pena espiata e la pena residua*”.<sup>266</sup>

L’ultima misura alternativa di comunità enunciata dalla disciplina è l’affidamento in prova in casi particolari di cui però il legislatore omette totalmente la disciplina generando dubbi di costituzionalità qualora non si riuscisse a colmare i vuoti normativi per via interpretativa considerato che non possono essere estese ai minori misure previste per gli adulti che non siano appositamente contemplate nel decreto. Che con l’espressione “affidamento in casi particolari” il legislatore intendesse riferirsi all’affidamento in prova terapeutico però, lo si può ricavare dall’art. 2 comma 12 del D.lgs. n. 121/2018, che estende ai minori la disciplina delle omologhe misure previste per gli adulti, in quanto compatibili. Attraverso tale sforzo esegetico si rendono destinatari dell’affidamento in prova terapeutico anche i minori.<sup>267</sup>

Come anticipato, l’elemento qualificante delle misure *extra moenia* in discorso, comune in tutte le tipologie, è l’obbligatoria predisposizione di un programma educativo elaborato sulla base della

---

<sup>266</sup> Art. 7 D.lgs. n. 121/2018.

<sup>267</sup> L. CARACENI, *Riforma dell’ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2018

personalità del condannato, delle sue esigenze, senza pregiudicare gli eventuali percorsi educativi già in atto. E' vero che l'educazione del minore è un dovere-funzione che spetta in *primis* alla famiglia, ma nel momento in cui è stato commesso un reato la sua educazione, il suo percorso formativo non può essere tralasciato, ed è interesse dello Stato il recupero e un positivo inserimento dell'interessato nella società<sup>268</sup>.

Legittimati a presentare istanza di accesso ai benefici penitenziari minorili sono: l'interessato, se maggiorenne; il difensore; l'esercente la responsabilità genitoriale, se il condannato è minorenni. Il procedimento di sorveglianza può essere attivato anche attraverso una proposta del Pubblico Ministero o dell'Ufficio di Servizio Sociale per minorenni, essendo invece sempre esclusa la concessione d'ufficio da parte del Tribunale di Sorveglianza.

Competente a decidere sull'istanza è il Tribunale di Sorveglianza, mentre sull'applicazione provvisoria della misura provvede il Magistrato di Sorveglianza.

---

<sup>268</sup> P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2018, p. 885.

Sulla decisione della misura da applicare, il Tribunale di Sorveglianza è tenuto a orientare la propria scelta ponendo a fondamento di essa elementi relativi alla valutazione della personalità del minore, delle sue condizioni psico-fisiche, dell'età, del grado di maturità, del contesto di vita e di ogni altro elemento utile, considerando il programma di intervento e di trattamento elaborato dall'Ufficio del Servizio Sociale.

Come per gli adulti, nel corso dell'esecuzione penale, l'art. 8 prevede il potere del Tribunale di Sorveglianza di disporre la sospensione, revoca o modifica della misura di comunità concessa nelle ipotesi espressamente previste e ogni qualvolta il comportamento del minore si pone in contrasto con la prosecuzione della misura extracarceraria. In ogni caso, è sempre escluso qualunque automatismo, essendo sottoposta alla valutazione dell'autorità giudiziaria ogni modifica del regime in atto. La revoca del beneficio concesso determina sicuramente il computo ai fini dell'espiazione della pena del periodo trascorso in misura alternativa di comunità nelle ipotesi di detenzione domiciliare e semilibertà; per quanto attiene invece l'affidamento in prova e l'affidamento in prova con detenzione domiciliare il Tribunale di Sorveglianza dovrà stabilire

l'entità della decurtazione sul residuo di pena da espiare, considerando la durata della misura e il comportamento complessivo del condannato.

Nell'impianto originario della normativa un'importante stonatura della disciplina esposta era rappresentata dall'operatività nel sistema minorile dell'art. 4-*bis* commi 1 e 1-*bis* O.P. con la sopravvivenza quindi dei reati ostativi alla fruizione dei benefici penitenziari. La previsione si poneva in netto contrasto con l'art. 1 comma 85 punto 6 della legge delega n. 103/2017, il quale prevede l'eliminazione di ogni *“automatismo e preclusione per la revoca o per la concessione dei benefici penitenziari, in contrasto con la funzione rieducativa della pena e con il principio dell'individuazione del trattamento”*. Nonostante la forte opposizione, il legislatore ha giustificato l'operatività dell'art. 4-*bis* O.P. nella Relazione di Accompagnamento enunciando come fosse assolutamente necessaria l'applicazione della disposizione per *“mantenere indenne dalla riforma la disciplina di cui all'art. 41-*bis* della Legge n. 354/1975, individuato dalla legge delega quale criterio generale che deve orientare tutti gli interventi in materia di ordinamento penitenziario, compreso quello minorile”*. Il legislatore ritiene quindi essenziale

l'operatività dell'art. 4-*bis* O.P. per salvare anche nel sistema minorile l'applicazione dell'art 41-*bis* O.P. che rinvia all'art. 4-*bis* O.P. per l'individuazione delle fattispecie di reato che legittimano l'applicazione del regime speciale. Secondo parte della dottrina tale conclusione non può essere condivisa<sup>269</sup> in quanto tra l'art. 4-*bis* O.P. e l'art. 41-*bis* O.P. non sussisterebbe alcuna interdipendenza; le due disposizioni condividono solo alcune fattispecie di reato particolarmente gravi, ma la loro applicazione resta del tutto autonoma e indipendente, e qualora il legislatore avesse voluto mantenere indenne il carcere duro anche per i minori sarebbe stato sufficiente che egli lo prevedesse espressamente evitando presunzioni legali di pericolosità. Sulla questione non poteva che intervenire la Corte Costituzionale, la quale, con la Sentenza n. 263/2019 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 2 comma 3 del D.lgs. n. 121/2018 nella parte in cui inserisce nell'esecuzione della pena detentiva per i minorenni il meccanismo preclusivo dell'accesso ai benefici penitenziari di cui all'art. 4-*bis* O.P. eliminando così qualunque meccanismo presuntivo e restituendo al Tribunale di Sorveglianza il

---

<sup>269</sup> L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2018.



potere di valutare secondo il proprio prudente apprezzamento ogni singolo caso concreto.

Sempre in riferimento ai c.d. reati ostativi, la Consulta era già intervenuta anteriormente. La formulazione originaria della disciplina precludeva ai minori autori di reati *ex art. 4-bis O.P.* l'operatività dell'art. 656 comma 9 c.p.p. relativo alla sospensione dell'ordine di esecuzione. Anche in questo caso, sempre in funzione della preminenza della funzione rieducativa dell'esecuzione minorile, il Giudice delle Leggi è intervenuto con la Sentenza n. 90/2017 censurando l'art. 656 comma 9 c.p.p. nella parte in cui estende il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione anche ai minori autori di reati elencati nell'art. 4-*bis* O.P.

Il decreto prevede che la disciplina riservata ai minori trovi applicazione anche per coloro che durante l'esecuzione penale abbiano raggiunto il diciottesimo anno di età ma non il venticinquesimo anno salvo che non ricorrano particolari ragioni di sicurezza; inoltre, ai sensi dell'art. 12 comma 5, qualora sia in atto l'esecuzione di una misura alternativa di comunità, al raggiungimento del venticinquesimo anno di età, verificandosi il passaggio dal sistema

penitenziario minorile a quello destinato agli adulti, è prevista la possibilità di prosecuzione della misura in atto ove ne ricorrano le condizioni, con le modalità previste nella Legge n. 354/1975 attraverso il passaggio degli atti dal Magistrato di Sorveglianza per minorenni al Magistrato di Sorveglianza ordinario. Nella maggior parte dei casi il passaggio da un sistema penitenziario all'altro non presenta alcun effetto collaterale essendo davvero limitatissime le differenze dal punto di vista dei presupposti.<sup>270</sup>

Sono inoltre previste specifiche disposizioni destinate a coloro che stiano espiando una pena per reati concorrenti commessi da minore e da adulto. L'assenza di una disciplina *ad hoc* rimandava alla norma generale prevista dall'art. 665 c.p.p. che radica la competenza in capo al giudice che ha emesso la sentenza che per ultima è divenuta irrevocabile. Il nuovo Ordinamento Penitenziario Minorile è intervenuto in materia stabilendo in queste ipotesi il radicamento della competenza dinanzi al Magistrato di Sorveglianza minorile,<sup>271</sup> a cui è affidato il compito di verificare se *“vi siano le condizioni per la prosecuzione dell'esecuzione secondo le norme e con le modalità*

---

<sup>270</sup> L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2018.

<sup>271</sup> R. PIROSA, *Il nuovo ordinamento penitenziario per i minorenni*, in [www.gruppocrc.net](http://www.gruppocrc.net), 2019.

*previste per i minorenni, tenuto conto del percorso educativo in atto e della gravità dei fatti oggetto del cumulo.*<sup>272</sup> Pertanto, quando nel corso dell'esecuzione penale per reati commessi da minorenni sopravvenga una condanna per un reato commesso da maggiorenne, il P.M. ai sensi dell'art. 656 c.p.p., dispone la sospensione dell'ordine di esecuzione e trasmette gli atti al Magistrato di Sorveglianza dei minori per le valutazioni di competenza. Se la valutazione avrà esito positivo, il regime minorile si estende anche al nuovo titolo; qualora l'esito sia negativo, il Magistrato *“dispone la cessazione della sospensione e restituisce gli atti al Pubblico Ministero per l'ulteriore corso dell'esecuzione”*<sup>273</sup>. A tale regola è prevista una deroga: essa non trova applicazione qualora il condannato infraventicinquenne, per il reato commesso da maggiorenne, *“abbia fatto ingresso in un istituto per adulti in custodia cautelare o in espiazione di pena.”*<sup>274</sup>

Ai sensi dell'art. 11 sono dettate disposizioni specifiche anche per gli infraventicinquenni che commisero reati da minorenni. Il decreto detta una disciplina autonoma rispetto a quanto previsto dall'art. 656 c.p.p., modificandone alcuni precetti: la normativa

---

<sup>272</sup> Art. 10 comma 1 D.lgs. n. 121/2018.

<sup>273</sup> Art. 10 comma 4 D.lgs. n. 121/2018.

<sup>274</sup> Art. 10 comma 5 D.lgs. n. 121/2018.

prevede che qualora la pena da eseguire, anche residua, non ecceda i quattro anni, il P.M. provvede contestualmente all'emissione dell'ordine di esecuzione e alla sua sospensione. Il provvedimento è notificato all'interessato, al suo difensore, o in caso di minore all'esercente della responsabilità genitoriale con l'avviso che entro trenta giorni dalla ricezione potrà essere presentata al Tribunale di Sorveglianza l'istanza per la concessione di una misura di comunità.<sup>275</sup> L'istanza deve essere corredata dall'elaborazione del programma di intervento educativo quale contenuto imprescindibile di ogni misura minorile *extra moenia*. La disciplina *de qua* non può trovare applicazione nell'unica ipotesi in cui nonostante la sussistenza del *quantum* di pena richiesto per l'operatività del meccanismo di sospensione, il condannato si trovi per il fatto oggetto della condanna da eseguire in custodia cautelare ovvero ristretto in carcere o in istituto penitenziario minorile per altra sentenza definitiva.

Rilevante ai fini della tutela dell'affettività è l'accoglimento del principio di territorialità nell'esecuzione penale esterna, che comporta il collocamento del minore nel luogo in cui risiede la

---

<sup>275</sup> Il Tribunale di Sorveglianza minorile fissa l'udienza *ex art.* 666 comma 3 c.p.p. nel termine di 45 giorni dalla ricezione dell'istanza. Come nel sistema per gli adulti, la mancata presentazione dell'istanza comporta la revoca della sospensione dell'ordine di esecuzione.

famiglia, indispensabile per assicurare un più facile ritorno alla propria vita. Al principio può derogarsi solo in presenza di particolari e comprovate circostanze.

In conclusione, il decreto introduttivo del sistema penitenziario minorile si conclude con l'enunciazione delle regole di trattamento all'interno degli istituti di reclusione minorili, a dimostrazione che ad esse deve farsi ricorso solo in *extrema ratio* e che devono prevalere le disposizioni anteriormente indicate. Oltre alle diverse differenze rispetto al sistema per gli adulti relativo alla permanenza all'aperto, alla regolamentazione dei colloqui<sup>276</sup>, significativa risulta essere la cura della fase della dimissione dall'istituto stesso. È un momento centrale di estrema importanza, in cui è essenziale l'assistenza e la presenza degli assistenti sociali al fine di evitare che il soggetto si senta solo, abbandonato a se stesso col conseguente rischio di recidiva. A tal fine è prevista nei sei mesi precedenti la liberazione una forte collaborazione tra gli uffici del Servizio Sociale dei minorenni e l'area trattamentale, i quali provvederanno all'elaborazione di un programma educativo, di formazione

---

<sup>276</sup> Per gli adulti il limite massimo di colloqui mensili è pari a sei ognuno della durata di un'ora. Per i minori l'art. 19 D.lgs. n. 121/2018 prevede un massimo di otto colloqui mensili dalla durata non inferiore a sessanta e non superiore ai novanta minuti.

professionale, di lavoro, di sostegno all'esterno, di cura dei rapporti familiari, da applicarsi al minore che non abbia fruito delle misure di comunità. Tale programma sarà ulteriormente potenziato in mancanza di riferimenti o legami familiari sul territorio nazionale.

## *Conclusioni*

Come emerge dalla disciplina esposta, nel corso degli anni la funzione assegnata dal legislatore alle misure alternative alla detenzione, e in particolare alla detenzione domiciliare, è notevolmente cambiata. Inizialmente la detenzione domiciliare si configurava come misura alternativa al carcere concessa ad alcuni condannati in ragione delle peculiari situazioni in cui versavano, enunciate nell'art. 47-ter O.P., risultanti incompatibili con il regime detentivo. Nel corso degli anni la *ratio* umanitaria e assistenziale posta a fondamento della concessione della misura extracarceraria è stata in gran parte abbandonata dal legislatore nella scelta degli altri presupposti legittimanti l'accesso alle nuove e successive tipologie di detenzione *extra moenia* introdotte. La causa di tale cambiamento, com'è noto, è il grave e ancora attuale problema del sovraffollamento carcerario, che impone al legislatore la continua ricerca di strumenti idonei a ridurre il numero della popolazione detenuta e che allo stesso tempo soddisfino i principi costituzionali enunciati nell'art. 27 Cost., per rendere l'esecuzione penale non contrastante con i principi di dignità e umanità della persona. Occorre ricordare infatti, che la Corte

Europea dei diritti dell'Uomo nella sentenza Sulejmanovich del 2009, ha affermato che il sovraffollamento oltre un certo limite, riducendo lo spazio vitale dei detenuti, costituisce di per sé un trattamento inumano e degradante. Secondo la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo lo spazio vitale di ogni detenuto all'interno della cella corrisponde ai 7 mq, che può scendere fino ai 3 mq, ma mai al di sotto di tale soglia: ciò significa che vivere in una cella il cui spazio disponibile per ogni detenuto è inferiore ai 3 mq equivale a un trattamento inumano e degradante. In questo senso la detenzione domiciliare ha assunto negli anni un ruolo di spicco nella scelta delle misure extramurarie rispondendo alle esigenze cui il legislatore intendeva soddisfare: da un lato è una misura a “costo zero”, posto che, ai sensi dell'art. 47-ter comma 5 O.P., le norme relative al regime interno degli istituti non trovano applicazione per i beneficiari della detenzione domiciliare e si esonera l'Amministrazione Penitenziaria da ogni onere specificamente previsto dalla legge in materia di mantenimento e assistenza, gravando ogni spesa in capo al destinatario della misura; d'altro lato il trasferimento del condannato dal carcere al proprio domicilio riduce il numero dei detenuti. Questa impostazione ha mutato nel tempo la funzione primaria della



detenzione domiciliare: da strumento di favore introdotto per ragioni assistenziali e umanitarie si è trasformato in un rilevante strumento deflattivo.

Ai sensi dell'art. 27 Cost., la pena ha una funzione ben precisa: oltre al carattere afflittivo e alla protezione della collettività, il fine preminente della sanzione penale è la rieducazione e il reinserimento del condannato affinché possa svolgere una vita nel rispetto della legalità senza il pericolo di commissione di ulteriori reati. All'interno degli istituti penitenziari sono molteplici le attività organizzate dagli educatori e dagli assistenti sociali, la cui presenza è essenziale anche per il sostegno psicologico del detenuto: basti pensare alla possibilità di studiare, conseguire il diploma secondario o la laurea, attività culturali come il teatro, il servizio biblioteca, le attività sportive.

Purtroppo questa attenzione nei confronti dei condannati viene in qualche modo a mancare in tutte le tipologie di detenzione domiciliare. Tale misura si connota per essere interdittiva, una misura dal carattere negativo, è la misura del "non fare", con cui ci si astiene dall'imporre al destinatario prescrizioni positive. In tal modo, una volta concessa dal Tribunale di Sorveglianza la detenzione domiciliare

ordinaria, l'esecuzione della pena inizia o prosegue nel proprio domicilio senza un'assistenza costante di educatori e assistenti sociali e senza un programma di trattamento specifico modellato sulla personalità del condannato, con la conseguenza che la persona si ritrova lasciata a se stessa, quasi abbandonata, vivendo passivamente l'esecuzione penale con conseguente *deficit* della funzione rieducativa della pena.

La soluzione dell'inadeguatezza potrebbe essere ricercata dal legislatore ispirandosi all'Ordinamento Penitenziario Minorile e alle disposizioni che esso dedica alla detenzione domiciliare. Il D.lgs. n. 121/2018, prevede quale elemento essenziale di qualunque tipologia di misura alternativa di comunità, e quindi anche della detenzione domiciliare, l'elaborazione di un programma di trattamento rieducativo che coinvolge la collettività predisposto sulla base della personalità e dell'indole del minore stesso e che impone al destinatario l'osservanza non solo degli obblighi di stare, ma anche prescrizioni di carattere positivo, con una costante presenza di professionisti nello svolgimento del percorso di inclusione. Il legislatore ha ritenuto essenziale questa soluzione per i minori per evitare il verificarsi di una condizione soggettiva di abbandono e isolamento determinata dalla

detenzione stessa; in secondo luogo si tratta di soggetti in giovanissima età e perciò con una personalità in via di sviluppo sulla quale è essenziale intervenire. Il regime di trattamento detentivo domiciliare pensato per i minori, potrebbe essere applicato anche agli adulti con i dovuti adeguamenti, al fine di attuare anche in questo caso il fine rieducativo e assistere costantemente il condannato nel reinserimento sociale, con una maggiore probabilità che si concluda positivamente il percorso di recupero intrapreso riducendo notevolmente il pericolo di recidiva.

## ***Bibliografia***

C. ANTONUCCI- V. SCOGNA, *Le attività sportive e culturali in carcere*, in [www.antigone.it](http://www.antigone.it), 2018

S. BERNARDI, *Dalla Consulta un'ulteriore affermazione dei principi di flessibilità e progressività nell'esecuzione della pena detentiva: definitivamente smantellata la disciplina dell'art. 58-quater comma 4 O.P.*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2019

L. BIARELLA, *Covid-19, il decreto-legge contro le scarcerazioni dei detenuti per gravi reati*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), 2020

C. BRUNETTI, *Sospensione cautelativa delle misure alternative e applicazione dell'art. 51-ter O.P.*, in [www.Inx.dirittopenitenziario.it](http://www.Inx.dirittopenitenziario.it), 2005

A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, Padova, 2014

A. CALCATERRA, *Salute mentale e detenzione: un passo avanti. E' possibile la cura anche fuori dal carcere*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.com](http://www.dirittopenalecontemporaneo.com), 2019

M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2006

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

A. CANESTRINI, *Misure alternative all'estero: si può fare?*, in [www.canestrinilex.com](http://www.canestrinilex.com), 2019

F. CANEVELLI, *Problemi applicativi della detenzione domiciliare*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, Milano, 2000

A.M. CAPITTA, *Revoca della misura alternativa e detenzione domiciliare per la cura dei minori: la Consulta rimuove l'automatismo ma continua a imporre la regola di giudizio*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2019

L. CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2018

G. CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, Milano, 2002

L. CESARIS, *Commento all'art. 47-ter*, in *L'ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, a cura di V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, Padova, 2006

V. CITRARO, *La collaborazione impossibile ex art. 58-ter O.P.*, in [www.deiurecriminalibus.altervista.org](http://www.deiurecriminalibus.altervista.org), 2018

R. COLACI, *Il nuovo procedimento semplificato in materia di misure alternative*, in [www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com), 2019

S. CORBETTA, *Concessione della detenzione domiciliare speciale: la Consulta elimina un'ulteriore preclusione*, in [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it), 2019

*Coronavirus: detenzione domiciliare per pene fino ai 18 mesi*, in [www.penaledp.it](http://www.penaledp.it), 2020

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

G. DE AMICIS, *Trasferimento delle persone condannate*, in [www.europarights.eu](http://www.europarights.eu), 2010

L. DEGL'INNOCENTI, F. FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Milano, 2010

L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2013

G. DEL PRETE, UEPE, *L'Ufficio per esecuzione penale esterna*, in [www.poliziapenitenziaria.it](http://www.poliziapenitenziaria.it), 2019

A.P. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014

F. DELLA CASA, *Misure alternative alla detenzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali III, Milano, 2010

E. DOLCINI, *Dalla Corte Costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2018

*Emergenza COVID-19 ed esecuzione della pena presso il domicilio per gli esponenti della criminalità organizzata: in G.U. il d.l. 10 maggio 2020, n. 29*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2020

V. FERRARIS, *Il trasferimento dei detenuti comunitari: l'ennesimo tentativo fallito di riduzione del sovraffollamento*, in [www.antigone.it](http://www.antigone.it), 2019

R. FESTA, *Il carcere e la pena*, in [www.ristretti.it](http://www.ristretti.it), 2008

F. FIORENTIN- A. MARCHESELLI, *L'ordinamento penitenziario*, Torino, 2005

F. FIORENTIN, *L'esecuzione della pena presso il domicilio non si applica ai condannati minorenni*, in [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it), 2019

F. FIORENTIN, *Misure alternative alla detenzione*, Milano, 2012

A. GAITO, G. SPANGHER, LUIGI KALB, *Spazio europeo di giustizia e processo penale italiano: adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, Torino, 2012

M. GASPARI, M. LEONARDI, *La detenzione domiciliare*, Torino, 2017

G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2019



A. GORI, *L'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in [www.adir.unifi.it](http://www.adir.unifi.it), 2015

E. LANZA, *Stranieri e misure alternative alla detenzione carceraria. Considerazioni sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 78 del 2007*, in [www.rassegnapenitenziaria.it](http://www.rassegnapenitenziaria.it), 2007

G. LEO, *Detenzione domiciliare: non illegittima la preclusione per reati di cui all'art. 4-bis dell'Ordinamento Penitenziario*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2020

G. LOCATELLI, *Il trattamento sanzionatorio dei soggetti tossicodipendenti o affetti da HIV: evoluzione della normativa fino alla legge 12 luglio 1999, n. 231*, in *Cassazione Penale*, Milano, 2000

P. MACIOCCHI, *Detenute madri con figli disabili, diritto ai domiciliare a prescindere dall'età*, in [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com), 2020

A. MAFFEO, *Recepita la decisione quadro 2008/947/GAI: il principio del reciproco riconoscimento esteso alle decisioni che impongono sanzioni sostitutive alla detenzione o la liberazione condizionale*, in [www.rivista.eurojus.it](http://www.rivista.eurojus.it), 2016

M.V. MAGGI, *I condannati minorenni e l'esecuzione della pena: D.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, in [www.iusinitinere.it](http://www.iusinitinere.it), 2018

F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, Padova, 2002 F.

G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2015

E. NICOSIA, *Detenzione domiciliare al collaboratore di giustizia solo se effettivamente ravveduto in concreto*, in [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it), 2018

I. NICOTRA, *Pena e reinserimento sociale*, in [www.dirittopenitenziarioecostituzione.it](http://www.dirittopenitenziarioecostituzione.it), 2014

T. PADOVANI, *La pena carceraria*, Pisa, 2014

M. PAGGI, *Gli stranieri e le misure alternative alla detenzione*, in [www.ristretti.it](http://www.ristretti.it), 2004

D. PAJARDI, R. ADORNO, C.M. LENDARO, C.A. ROMANO, *Donne e carcere*, Milano, 2018

M. PAVONE, *Le misure alternative alla detenzione sono applicabili anche ai clandestini*, in [www.ristretti.it](http://www.ristretti.it), 2005

R. PIROSA, *Il nuovo ordinamento penitenziario per i minorenni*, in [www.gruppocrc.net](http://www.gruppocrc.net), 2019

S. ROMICE, *La collaborazione impossibile. Note sui margini di superamento dei divieti di cui all'art. 4-bis O.P.*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 2018

M. RUARO, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le principali novità dei decreti attuativi in materia di semplificazione dei procedimenti e di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2018

A. SALVATI, *L'evoluzione della legislazione penitenziaria in Italia*, in *Rivista elettronica Amministrazione in Cammino*, 2009

G. SANTALUCIA, *Un altro decreto-legge – n. 28 del 30 aprile 2020 – in materia di giustizia penale per l'emergenza sanitaria e non solo*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2020

F. SASSETTI, *Funzione rieducativa della pena*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), 2017

P. SECHI, *Il riformato ordinamento italiano: le modifiche in tema di assistenza sanitaria*, in *Radca Prawny* nr. 3(20), Varsavia, 2019

G. TAMBURINI, *Detenzione domiciliare e delitto di evasione nella recente giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 2017

P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2018

F. TRIBISONNA, *Esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni. Le novità normative del D.lgs. n. 121/2018*, in [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it), 2018

S. TURCHETTI, *Legge svuota carceri ed esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.com](http://www.dirittopenalecontemporaneo.com), 2010

S. VARANI, *Decreto Cura Italia: domiciliari per chi ha almeno 18 mesi da scontare*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), 2020 S.

A. ZEPPI, *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, in [www.AmbienteDiritto.it](http://www.AmbienteDiritto.it), 2004 A

## **FONTI NORMATIVE**

Art. 3 Cost.

Art. 27 Cost.

Art. 31 Cost.

Art. 32 Cost.

Art. 3 Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo

Art. 4 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea

Artt. 146, 147, 148 c.p.

Art. 656 c.p.p.

Legge 26 luglio 1975, n. 354

Legge 10 ottobre 1986, n. 663

Legge 27 maggio 1998, n. 165

Legge 12 luglio 1999, n. 231

Legge 13 febbraio 2001, n. 45

Legge 8 marzo 2001, n. 40

Legge 5 dicembre 2005, n. 251

D.lgs. 7 settembre 2010, n. 161

Legge 26 novembre 2010, n. 199

Legge 17 febbraio 2012, n. 9

D.lgs. 15 febbraio 2016, n. 38

D.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121

D.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123

Decisione-Quadro 27 novembre 2008, n. 2008/909/GAI

Decisione-Quadro 27 novembre 2008, n. 2008/947/GAI

# GIURISPRUDENZA

## *Corte Costituzionale*

Sentenza 4 febbraio 1966, n. 12

Sentenza 11 aprile 1978, n. 46

Sentenza 23 marzo 1988, n. 364

Sentenza 4 aprile 1990, n. 215

Sentenza 26 giugno 1990, n. 313

Sentenza 16 marzo 1992, n. 125

Sentenza 11 giugno 1993, n. 306

Sentenza 21 febbraio 1994, n. 70

Sentenza 23 maggio 1994, n. 210

Sentenza 4 luglio 1994, n. 300

Sentenza 19 luglio 1994, n. 357

Sentenza 22 febbraio 1995, n. 68

Sentenza 17 maggio 1995, n. 186

Sentenza 18 ottobre 1995, n. 438

Sentenza 18 ottobre 1995, n. 439

Sentenza 11 dicembre 1995, n. 504

Sentenza 13 giugno 1997, n. 173

Sentenza 10 dicembre 1997, n. 403

Sentenza 16 dicembre 1998, n. 450

Sentenza 27 ottobre 1999, n. 422  
Sentenza 22 novembre 1999, n. 436  
Ordinanza 8 marzo 2000, n. 77  
Ordinanza 26 febbraio 2002, n. 289  
Sentenza 24 novembre 2003, n. 350  
Sentenza 5 marzo 2007, n. 78  
Sentenza 10 giugno 2009, n. 177  
Sentenza 8 luglio 2009, n. 211  
Sentenza 22 ottobre 2014, n. 239  
Sentenza 8 marzo 2017, n. 76  
Sentenza 22 febbraio 2017, n. 90  
Sentenza 6 febbraio 2018, n. 41  
Sentenza 21 giugno 2018, n. 149  
Sentenza 4 luglio 2018, n. 174  
Sentenza 22 novembre 2018, n. 211  
Sentenza 20 febbraio 2019, n. 99  
Sentenza 22 maggio 2019, n. 187  
Sentenza 5 novembre 2019, n. 263  
Sentenza 15 gennaio 2018, n. 18  
Sentenza 9 gennaio 2020, n. 50



### ***Corte Europea dei Diritti dell'Uomo***

Sentenza 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, n. 22635/03

Sentenza 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia

### ***Corte di Cassazione***

Sentenza 17 luglio 2003, n. 30310

Sentenza 12 maggio 2005, n. 22161

Sentenza 28 marzo 2006, n. 14500

Sentenza 15 febbraio 2018, n. 7409

Sentenza 21 febbraio 2018, n. 8276

